

Dergi Sahibi | Owner
Ondokuz Mayıs Üniversitesi adına Yavuz ÜNAL

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü | Managing Editor
Nazım ÖLMEZ

EDİTÖR | EDITOR
Dr. Gizem HALİS KASAP

Yayın Türü | Publication Type
Periyodik Çevrimiçi

Yayın Tarihi | Publication Date
Eylül 2022

Dergide yayımlanan yazıların bilimsel ve hukuki sorumluluğu yazarlara aittir.

Kapak Tasarımı | Cover Design
Gülizar TUFAN
İrem HAZIR

Baş Editör | Editor in Chief
Dr. Gizem HALİS KASAP

Editörler Kurulu | Editorial Board
Didem DELİDOLU
Özge ÜNLÜ
Zeynep ANA

Yardımcı Editörler | Co-Editors
Metehan KÖK
Mehmet TOZKOPARAN
Emin Seyyid KÜÇÜK

Mizanpaj Editörleri | Layout Editors
Özge ÜNLÜ
Didem DELİDOLU

Yayın Kurulu | Editorial Board
İrem HAZIR
Zeynep ANA
Özge ÜNLÜ
Didem DELİDOLU

Uluslararası Hukuk ve Diploması Topluluğu Dergisi (“UHDTD”) 2022 yılında yayın hayatına başlamıştır. Dergi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi bünyesindeki Uluslararası Hukuk ve Diploması Topluluğu'nun öncülüğünde uzman akademisyenler nezaretinde lisans ve lisansüstü öğrencileri tarafından hazırlanmaktadır. Derginin yayın periyodu Mart ve Eylül ayları olmak üzere yılda iki defadır. Yayın dili Türkçe ve İngilizcedir. Dergide makalelerin yanı sıra tercümelere, kitap ve karar incelemelerine de yer verilmektedir.

UHDTD, uluslararası hukuk, insan hakları hukuku, insancıl hukuk, uluslararası özel hukuk başta olmak üzere hukukun diğer alanlarından ve ilişkili diğer disiplinlerden yazıları kabul etmektedir.

UHDTD güncel gelişmeleri interdisipliner bir yaklaşımla ele alarak uluslararası hukuk literatürüne dinamik kazandırmayı hedeflemektedir. Dergi; uluslararası hukuka tesir eden diplomatik ilişkileri, ekonomik ve teknolojik gelişmeleri, ekolojik sorunları, sosyokültürel değişimleri yakından takip ederek özgün ve bilimsel çalışmaları çoğunlukla bir tema çerçevesinde sistematikleştirme gayesiyle hareket etmektedir.

Dergiye yapılan atıflarda UHDTD kısaltması kullanılmalıdır.

The Journal of International Law and Diplomacy Society (“UHDTD”) was established in 2022. Undergraduate and graduate students run the Journal under the leadership of the International Law and Diplomacy Society and the supervision of expert academics within the body of Ondokuz Mayıs University Ali Fuad Başgil Faculty of Law. The publication is twice a year, in March and September. The Journal's Publication languages are Turkish and English. The Journal includes translations, books, case law reviews, and articles.

UHDTD accepts articles focusing on international law, human rights law, humanitarian law, and private international law but also from other fields of law and other related disciplines.

UHDTD aims to bring dynamics to the international law literature by handling current developments with an interdisciplinary approach. The Journal closely follows diplomatic relations, economic and technological developments, ecological problems, and socio-cultural changes that affect international law and acts with the aim of systematizing original and scientific studies mostly within the framework of a theme.

UHDTD abbreviations shall be used in reference to the Journal.

Yazışma Adresi | Correspondence Address
Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi
Mustafa Kemal Güneşdoğdu Kampüsü
55500 (Dergi) Çarşamba/Samsun/Türkiye
tel: +90 362 312 1919/7806 fax: +90 362 800 8178
e-mail: uhdtdergi@gmail.com
web: <https://ojs.omu.edu.tr/index.php/uhdd/index>

EDİTÖRDEN MEKTUP

Değerli Uluslararası Hukuk ve Diplomasi Topluluğu Dergisi Okuyucuları,

Uluslararası Hukuk ve Diplomasi Topluluğu Dergisi'nin ilk sayısı ile karşınızda olmaktan mutluluk ve gurur duyuyoruz. Uluslararası Hukuk ve Diplomasi Topluluğu'na üye öğrencilerimizin çabaları ve istekleri ile kurulan ve ilk sayısını yayına hazırlayan Dergimiz, Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi lisans ve lisansüstü öğrencileri tarafından yürütülme gayesi ile başlamış olup bu bakımından Türkiye'de hukuk fakültesi lisans ve lisansüstü öğrencilerinin Editör Kurulu'nda asıl rolü üstlendiği bir akademik hukuk dergisi olmayı hedeflemektedir. Editör Kurulu'nda yer alan ve Topluluk için önemli emek sarf eden tüm öğrencilerimizin sorumluluk alma, akademik hayata daha Fakülte sıralarında girişerek kendilerine ve ayrıca Fakültemize olan katkılarına günden güne şahit olmaktan mutluluk duyuyorum.

Dergimizin ilk sayısı vesilesiyle OMÜ Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi Uluslararası Hukuk ve Diplomasi Topluluğu Dergisi kurma konusunda yardım ve desteklerini esirgemeyen OMÜ Rektörlüğü ve Fakülte'miz Dekanlığına şükranlarımı sunuyor, ilk sayımıza katkı sunan bütün yazarlarımıza, Dergi'nin yayına hazırlanması ve mizanpaj işlemlerini üstlenen tüm OMÜ idari personeli ile Editör Kurulumuza içten teşekkürlerimi iletiyorum.

Nice sayılarda beraber olmak dileğiyle...

Dr. Öğr. Üyesi Gizem Halis Kasap

Editör

İÇİNDEKİLER | CONTENTS

Implementing Competition Policy to Enhance Public Health in Developing Countries.....	1-13
Gelişmekte Olan Ülkelerde Halk Sağlığını Geliştirmek İçin Rekabet Hukuku Politikası Öğr. Gör. Dr. Atilla KASAP	
İstanbul Sözleşmesinin Feshedilmesinin Hukuki Boyutu.....	14-26
Legal Dimension of The Termination of The Istanbul Convention Dr. Öğr. Üyesi Zeynep ÖZCAN	
Uluslararası Hukukta Metodoloji Sorunsalı: Kısa Bir Giriş.....	27-41
Methodological Problem in International Law: A Brief Introduction Dr. Öğr. Üyesi Sezai ÇAĞLAYAN	
Vatandaş Olmayan Kişilerin Ülkeden Sınır Dışı/İade Edilme Kararlarına Karşı Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı.....	42-49
Approach of the Constitutional Court Against Deportation/Extradition Decisions of Non-Citizens Dr. Öğr. Üyesi Fatmagül KALE ÖZÇELİK	

Implementing Competition Policy to Enhance Public Health in Developing Countries

Gelişmekte Olan Ülkelerde Halk Sağlığını Geliştirmek İçin Rekabet Hukuku Politikası

Atilla Kasap*

Abstract

Patents must be made available in all fields of technology. However, this makes the supply of affordable medicines to the public a challenging duty for developing countries in the post-Agreement On Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) era. This is because patent owners—the majority of them are pharmaceutical companies—may freely determine the price of medicines thanks to patents on these medicines to compensate for their investment. However, these patent owners have the potential to violate competition rules. Competition law is one of the TRIPS flexibilities, yet developing countries have not effectively exercised it. One of the important reasons is that developing countries have generally established legal regimes regulating competition only in the very recent past. This Article proposes that developing countries must build their own competition policies to address access to medicines. To do this, this Article argues that the international community should provide technical assistance to developing countries via programmes devised by the World Trade Organization (WTO) Council.

Keywords: access to medicines, patents, intellectual property rights, competition law, TRIPS

*Doktor, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, ORCID: 0000-0002-8130-9776, atilla.kasap@omu.edu.tr.

Öz

Patentler teknolojinin her alanındaki buluşlara verilmelidir. Ancak bu durum Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesinin (TRIPS) kabulünden sonraki dönemde gelişmekte olan ülkeler için halka uygun fiyatlı ilaç tedarikini zorlu bir görev haline getirmiştir. Zira ilaçlar üzerindeki patentler sayesinde büyük çoğunluğu ilaç şirketleri olan patent sahipleri yapmış oldukları yatırımı kompanse edebilmek için ilaç fiyatını serbestçe belirlemektedirler. İşte bu gibi patent sahiplerinin rekabet hukukunun alanına giren ihlallerde bulunması söz konusu olabilmektedir. Rekabet hukuku TRIPS'in sağladığı esnekliklerden biri olmasına rağmen gelişmekte olan ülkeler tarafından etkin bir şekilde kullanılamamaktadır. Bunun bir önemli sebebi ise gelişmekte olan ülkelerin genellikle rekabet hukukuna ilişkin yasal düzenlemeleri yakın geçmişte yapmalarıdır. Bu makalede gelişmekte olan ülkelerin ilaçlara erişimi kolaylaştırmak için kendi rekabet hukuku politikalarını oluşturmaları önerilmektedir. Bunu yapmak için ise gelişmekte olan ülkelere Dünya Ticaret Örgütü gibi uluslararası kuruluşlar tarafından tasarlanan programlar aracılığıyla teknik yardım sağlanması tavsiye edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: ilaçlara erişim, patentler, fikri mülkiyet hakları, rekabet hukuku, TRIPS

I. INTRODUCTION

In the post-TRIPS¹ era, patents must be made available in all fields of technology, making the supply of affordable medicines to the public a challenging duty for developing countries. The potential of competition law, as one of TRIPS flexibilities,² has not been effectively exercised by developing countries. This is also related to the fact that European Commission (EC) has recently paid attention to anti-competitive practices in pharmaceutical sector, and the Court of Justice of the European Union (CJEU) started to hear the pioneering cases related to such practices' effect, *e.g.* reverse payment agreements, in previous years. Unilateral strategies such as patent clusters, product hopping, and defensive patenting can delay the entry of generic versions but have as yet not been discussed in detail by the EU and the US Courts. Such practices and strategies can create significant barriers to access affordable medicines and innovation. This issue becomes critical as we witness the effects of COVID-19 that are continuing worldwide, especially regarding access to vaccines.³ Utilising competition policy and monitoring the pharmaceutical sector is crucial for developing countries if the potential benefits to society are to be realised. This Article uses South Africa as a case study because of its recent case law on competition law and patents and its pioneering role in raising international awareness of the means of establishing an effective competition policy against the abuse of intellectual property rights (IPRs).⁴

II. TRIPS FLEXIBILITIES RELATED TO COMPETITION LAW

TRIPS sets out principles that can be used to design a legal framework to address the tension between IPRs and competition law.⁵ Art. 8(1) TRIPS is particularly relevant as it permits Members to formulate or amend their laws and regulations to preserve *public health*. Art. 8(2)

¹ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 15 April 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, 1869 UNTS 299, 33 ILM 1197 (hereinafter TRIPS).

² Shirin Sayed, 'Incorporation of Competition-related TRIPS Flexibilities in the Domestic Law: A Case Study of India' (2020) (23)2 J World Intellect Prop. 2, 3 ('[T]he remedies within the competition law can be treated as flexibility available within the TRIPS Agreement to address abuse of patent rights.');

WTO, *Intellectual Property and the Public Interest: Promoting Public Health Through Competition Law And Policy Communication From China And South Africa* (25 May 2018) IP/C/W/643 ('Competition law is one of the least discussed flexibilities within the WTO's TRIPS Agreement.')

³ See UNDP, 'Using Competition Law to Promote Access to Health Technologies: A Supplement to the Guidebook for Low- and Middle Income Countries' (2022), 15-27.

⁴ See WTO, *Intellectual Property And The Public Interest: Promoting Public Health Through Competition Law And Policy Communication From South Africa* (1 February 2019) IP/C/W/651.

⁵ Jonathan Berger, 'Advancing Public Health by Other Means: Using Competition Policy' in Pedro Roffe *et al*, *Negotiating Health: Intellectual Property and Access to Medicines* (Earthscan, 2006), 183.

further states that measures can be taken to preclude *abuse* of IPRs or *practices* that would unfairly constrain trade or have a debilitating effect on the international transfer of technology. These principles can be utilised by developing countries to establish a competition regime that would promote the development of a local pharmaceutical industry that could supply affordable and accessible medicines as the language of the provision is sufficient to prohibit the exercise of any IPRs that might have an adverse effect on trade and technology transfer.⁶ The Report of the United Nations Secretary-General's High-Level Panel on Access to Medicines explicitly states that:

Competition policies are important levers that governments can employ to ensure that health technology markets operate competitively and that the public benefits from low prices and innovation. Should governments pay closer attention to competition law, it could serve as an important policy tool for closing access to health technologies.⁷

On the other hand, Fox cautions that were there excessive take up of such a strategy, the impact on a Member of TRIPS would be such that the US would likely react and attempt to limit this practice on the grounds that protection of IPRs is guaranteed by TRIPS.⁸ That said, developed countries might not necessarily try to prevent these moves, since any country intending to deploy competition policy under Art. 8(2) provisions as a means to protect public health must still respect the principles of *necessity*, *appropriateness* and *compliance* with TRIPS.

One significant flexibility, offered under Art. 31 of TRIPS, is the right of a government to grant a compulsory licence to a third party to exploit a patented invention without the patent owner's consent.⁹ Pursuant to Art. 31(k), if a compulsory licence is issued against anti-competitive practices following either a judicial or administrative process of review, the two requirements ordinarily specified do not apply to the country in question. First, the proposed user does not need to acquire the patent holder's authorisation on acceptable commercial

⁶ *ibid* 185.

⁷ UNGA, 'The Report of the United Nations Secretary-General's High Level Panel on Access to Medicines' (2016), 24.

⁸ Fox EM, 'Trade, Competition, and Intellectual Property--TRIPS and Its Antitrust Counterparts' (1996) 29(3) V and J Transnat'l L 481, 492.

⁹ UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, (Cambridge University Press, 2005), 461.

terms and conditions, and these efforts need not be resulted in a successful agreement within a reasonable period, which is otherwise required by para(b). Second, the compulsory license is not necessarily aimed at predominantly for the supply of the domestic market, which otherwise significantly restricts countries' ability to import products from other countries pursuant to para(f).

III. EXAMPLES OF ANTI-COMPETITIVE PRACTICES AND ABUSES BY THE PHARMACEUTICAL INDUSTRY IN DEVELOPED COUNTRIES

A. REVERSE PAYMENT AGREEMENTS

Reverse payment agreements are a generally lawful means to resolve patent disputes and are beneficial for dispute settlement mechanisms in accordance with public policy considerations. However, anti-competitive concerns would be raised where such agreements include clauses that limit competition, establish price-fixing or share information related to products and prices.¹⁰ In the US, these agreements mostly take place according to procedures set out in the Hatch-Waxman Act¹¹ between the originator pharmaceutical company that brings a lawsuit for patent infringement, and the generic company that counterclaims the patent's invalidity and enforceability.¹² Pharmaceutical companies argue that they are legitimate since they fall within the scope of patent protection, also known as the 'scope of patent' approach.¹³ The FTC, on the other hand, applied the 'quick look' approach, which considers such agreements to be *presumptively* illegitimate.¹⁴ The Supreme Court in *FTC v Actavis* rejected both approaches and held that reverse payment settlements can occasionally breach antitrust law and are not exempted from antitrust investigation even though the scope of the patentee's exclusionary rights encompasses the agreement's anticompetitive effects.¹⁵ The Court established a 'rule of reason' test for the lower courts, whereby the anticompetitive effects are analysed by considering the following features of an agreement: (1) its size; (2) its scale in connection with the payor's expected litigation costs; (3) its independence from other services

¹⁰ Hovenkamp H and Janis MD and Lemley MA, 'Anticompetitive Settlement of Intellectual Property Disputes.' (2003) 87(6) Minn L Rev 1719.

¹¹ It is officially known as The Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act of 1984.

¹² Congressional Research Service Report for Congress, 'The Hatch-Waxman Act: Legislative Changes in the 108th Congress Affecting Pharmaceutical Patents' (2004) Order Code: RL32377, 13.

¹³ Olga Gurgula, 'US Supreme Court decision on reverse payment agreements: new era in patent litigation settlements- *FTC v Actavis, Inc.*, 570 US (2013)' (2013) 3(4) QMJIP 325.

¹⁴ *ibid.*

¹⁵ *FTC v Actavis, Inc.*, 570 U.S. 136 (2013).

which it would justify payment, and; (4) the absence or lack of any other persuasive justification.¹⁶ This approach led to a significant decline in the number of anti-competitive agreements after the *FTC v Actavis* judgment.¹⁷

In the EU, reverse payment agreements may be concluded both at the court stage but also out of court.¹⁸ In *Lundbeck*, the General Court, for the first time in legal history, held that reverse payment agreements agreed by Lundbeck and generic companies in return for lump sum restricted competition *by object* had wiped out competition coming from the generic companies without any convincing justification.¹⁹ The Court went on to say that this constituted an infringement of Art. 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), which prohibits any agreement that restricts, distorts, or prevents competition by its object or effect²⁰ on the ground that although the Commission was incompetent to decide the scope of a patent, this does not preclude it from taking action when the scope of the patent is necessary to rule out Art. 101 and 102 violations.²¹ Compared to the US, the EU has adopted therefore a stricter approach, and this has resulted in a significant decrease in the number of patent settlements since the sector inquiry was completed.²²

Sir Robin Jacob harshly criticizes the EU's policy towards patent settlement agreements as being unrealistic and uncommercial on three main grounds: (1) the agreement is binding only for the generic company that signed it; (2) there is a danger of precluding genuine settlement agreements and; (3) these agreements do not severely affect the potential market of the drug by simply reaching one generic company.²³ However, the sector inquiry of 2009 revealed that originator companies also aim to *prevent other generic companies' entry* by reverse payment

¹⁶ *ibid* 159.

¹⁷ FTC Press Release, 'FTC Report on drug Patent Settlements Shows Potential Pay-for-Delay Deals Decreased Substantially in the First Year Since Supreme Court's Actavis Decision' (13 January 2016) <<https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/agreements-filled-federal-trade-commission-under-medicare-prescription-drug-improvement/160113mmafy14rpt.pdf>> accessed 11 April 2018.

¹⁸ Duncan Matthews and Olga Gurgula, 'Patent strategies and competition law in the pharmaceutical sector: implications for access to medicines' (2016) 38(11) E.I.P.R. 662, 664.

¹⁹ Case T-472/3, *H.Lundbeck A/S and Lundbeck Ltd v European Commission*, [2016] 5 CMLR 18.

²⁰ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (2012) OJ C326/47.

²¹ *Lundbeck v European Commission* (n 19). See also, European Commission COMP/39612 *Servier-Perindopril* (9 July 2014) (In *Servier*, unlike *Lundbeck*, the Commission also discussed the breach of Art.102 of TFEU since *Servier's* aim in promoting vying technologies was to eliminate competition.)

²² European Commission, '6th Report on the Monitoring of Patent Settlements (period: January-December 2014).'

²³ Sir Robin Jacob, 'Competition Authorities Support Grasshoppers: Competition Law as a Threat to Innovation', (2013) 9(2) CPI Spring 15, 18-20.

agreements when they realise that they have a weak case or are unlikely to acquire interim injunctions.²⁴ Moreover, although other generic companies are free to challenge the originator companies, the first thing they ponder in considering legal action is the anticipated cost of litigation, whereas the majority of originator companies first analyse their position in the case.²⁵ Furthermore, such agreements might occur in the involvement of more than one generic company, e.g. Lundbeck and Servier agreed with a few geographically and potentially strategic generic manufacturers, four and five respectively.²⁶ Therefore, in this environment, it is not realistic to expect bona fide settlements to be concluded between originator companies and generic companies.

B. PATENT CLUSTERS, PRODUCT HOPPING AND DEFENSIVE PATENTING

Pharmaceutical companies might engage in unilateral strategies to maintain their monopoly and delay the market entry of generic companies. Patent clusters involve filing patent applications that encompass any feature of a product that could conceivably be financially significant, i.e. processes, formulations, extra pharmaceutical elements or other indications.²⁷ It is a key strategy for firms to adopt to maximize patent protection on their commercial products. These patent applications might be divided into one or more narrower applications either by the patentee itself or at the patent office's request.²⁸ The denser the patent cluster, the more it will potentially delay generic entry.²⁹ This is because generic companies are aware that they are likely to confront a few valid patents as soon as production begins, resulting in unacceptable compliance costs to ensure that any valid patents in the cluster are not infringed.³⁰

Sir Jacob argues that patent thickets occur in sectors characterised by intense innovation and rapid technological development, noting how Edison protected himself via clusters under such

²⁴European Commission, 'Pharmaceutical Sector Inquiry: Final Report' (8 July 2009), 263 <http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/staff_working_paper_part1.pdf> accessed 11 April 2018.

²⁵ *ibid* 266.

²⁶ *Lundbeck v European Commission* (n 19) 983-4, *Servier-Perindopril* (n 21).

²⁷ The EC Pharmaceutical Inquiry (n 24) 189.

²⁸ European Commission, 'Communication from the Commission: Executive Summary of the Pharmaceutical Sector Inquiry Report' (2008), 11 <http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/communication_en.pdf> accessed 12 April 2018.

²⁹ UNCTAD, 'The Role of competition in the pharmaceutical sector and its benefits for consumers' (2015), para.21 <http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/t drbpconf8d3_en.pdf> accessed 12 April 2018.

³⁰ *ibid*.

conditions over a century ago.³¹ However, Matthews and Gurgula offer the example of Abbot's two current, combination HIV medicines—Norvir (containing ritonavir, approved in 1996) and Kaletra (lopinavir/ritonavir, approved in 2000)—which are protected by a total of 108 separate patents.³² This dense patent cluster is likely to delay competition from generic companies until at least 2028. One study shows that lopinavir and ritonavir are already being produced by generic companies in India.³³ Moreover, Amin and Kesselheim contend that the inventiveness of some of the secondary patents of lopinavir/ritonavir are doubtful.³⁴

Product hopping, also known as product switching, occurs when branded manufacturers introduce a new formulation of a patented medicine that is about to lose patent protection. Originator companies guide doctors and pharmacists to switch demand over to the novel formulation of the drug, newly patented. At the same time, doctors are discouraged from prescribing the older version of the drug, inhibited generic competition.³⁵ A US court found that product hopping by an originator company without a lawful commercial justification is a breach of antitrust law if customers are forced to use the new product.³⁶ Accordingly, the Court of Justice of the European Union held that by conducting such strategy without justification, dominant undertakings cannot misuse regulatory procedures to preclude or impede the entry of competitors to the market, thereby the conduct constituted an abuse of dominant position pursuant to Art. 102 of TFEU.³⁷

Defensive patenting a strategy whereby a firm purchases or otherwise acquires patents or patent rights as a means to prevent acquisition by a competitor, and are typically stockpiled in important markets.³⁸ The firm's objective is to take compounds of interest to competitors out of circulation rather than to pursue royalties or sales.³⁹ Matthews and Gurgula argue that if patents are deployed to prevent competitors from improving medicines, competition

³¹ Jacob (n 23) 18.

³² Matthews and Gurgula (n 18) 665-6.

³³ Tahir Amin and Aaron S. Kesselheim, 'Secondary Patenting of Branded Pharmaceuticals: A Case Study of How Patents on Two HIV Drugs Could Be Extended for Decades' (2012) 31(10) Health Affairs 2286, 2292.

³⁴ *ibid* 2291.

³⁵ UNCTAD (n 29) para.23.

³⁶ New York *ex rel. Schneiderman v Actavis PLC*, 787 F.3d 638 (2015)

³⁷ Case C-457/10P, *AstraZeneca AB v European Commission*, [2013] 4 CMLR 7.

³⁸ The EC Pharmaceutical Inquiry (n 24) 386.

³⁹ *ibid*.

authorities should intervene since the overarching rationale for patents is to reward the inventor rather than retard competition.⁴⁰

IV. HAZEL TAU v OTHERS: THE SOUTH AFRICAN EXAMPLE

South Africa introduced a new competition law in 1998 (the Act).⁴¹ Non-governmental organizations (NGOs) took advantage of competition law to challenge pharmaceutical companies' pricing policy in South African market. For instance, NGOs and individuals took complaints about two large pharmaceutical companies, GlaxoSmithKline (GSK) and Boehringer Ingelheim (BI), to South Africa's Competition Commission in 2002, arguing they had infringed the Act by charging excessive prices. The complainants argued that even accounting for research and development costs, license fees and the need for a reasonable return on innovation investment, the prices charged by the pharma companies were still excessive and unreasonable.⁴² After the investigation, which took one year, the Competition Commission found that GSK and BI had engaged not only in excessive pricing, but also two additional infringements: refusal to allow access to an essential facility and undertaking exclusionary acts.⁴³ In 2013, GSK and BI decided to settle and undertook to: (1) extend voluntary licenses to the private sector; (2) grant three more voluntary licenses; (3) allow the licensees to export contract products manufactured under the license to sub-Saharan African countries, and; (4) demand a royalty rate of no more than 5 per cent (30 per cent in the case of GSK).⁴⁴ The license was later granted to eight generic manufacturers.⁴⁵ The competition investigation ensured a relatively inexpensive and sustainable supply of ARVs in South Africa, with significant payoffs in terms of public health.⁴⁶ Berger argues that *Hazel Tau v Others* shows how competition policy can be effectively deployed in developing countries.⁴⁷

⁴⁰ Matthews and Gurgula (n 18) 666.

⁴¹ The Competition Act, Act No. 89, 1998.

⁴² The Price of Life: Hazel Tau and Others vs GlaxoSmithKline and Boehringer Ingelheim: A Report on the excessive pricing complaint to South Africa's Competition Commission, (2003), 35.

⁴³ 'Competition Commission finds pharmaceutical firms in contravention of the Competition Act' (16 October 2003) <<http://www.cptech.org/ip/health/sa/cc10162003.html>> accessed 13 April 2018.

⁴⁴ 'Competition Commission concludes an agreement with pharmaceutical firms' CPTech (10 December 2003) <<http://www.cptech.org/ip/health/sa/cc12102003.html>> accessed 12 April 2018.

⁴⁵ Tenu Avafia *et al.*, 'The Ability of Select Sub-Saharan African Countries to Utilise TRIPS Flexibilities and Competition Law to Ensure a Sustainable Supply of Essential Medicines: A Study of Producing and Importing Countries' (2006) TRALAC Working Paper, 25.

⁴⁶ Berger (n 5) 199.

⁴⁷ *ibid* 199-200. See also Heinz Klug, 'Access to Medicines and the Transformation of the South African State: Exploring the Interactions of Legal and Policy Changes in Health, Intellectual Property, Trade, and Competition Law in the Context of South Africa's HIV/AIDS Pandemic' (2012) 37(2) L.& Soc. Inquiry 297, 310-11.

V. CONCLUSION

Little attention has been paid to the use of competition law instruments in addressing access to medicines in developing countries. This is because developing countries have generally established legal regimes regulating competition only in the very recent past. Matthews and Gurgula argue that competition law is a key instrument to achieve a balance between encouraging innovation via IPR protection and protecting consumer welfare via competitive markets. They argue that the effective implementation of competition law—so that legal precedent is established and guidelines are clarified so that pharmaceutical firms can adopt stable long-term market strategies—can significantly lower prices and boost access.⁴⁸ One of the essential advantages of using a competition law is that there is currently no multilateral agreement on competition law, which provides significant policy space for developing countries regarding competition law policy.⁴⁹

Developed countries have taken note of the methods pharmaceutical firms use to abuse IPRs to enhance competitive advantage at the expense of the public interest and effective measures have been taken to prevent these approaches from being used to extend market monopolies or prevent generic company entry. Developing countries must learn these lessons and build their own competition policies to achieve the same outcomes under the provisions of the TRIPS regime. However, developing countries cannot establish the competition policy regimes necessary to enforce such an approach without technical assistance from the donor community. Technical support could be provided by programmes devised by the WTO Council.

⁴⁸ Duncan Matthews and Olga Gurgula (n 18) 662-3. See also B.N. Pandey and Prabhat Kumar Saha, *Competition Flexibilities In The Trips Agreement: Implications For Technology Transfer And Consumer Welfare* (2015) 57(1) *J Indian L Inst* 92, 108 ('[T]he anti-competitive provisions in the TRIPS are the first significant leap for developing country members of WTO. These provisions establish a legal framework for WTO members with a substantial discretion to customize their domestic competition law to deal with anti-competitive practises in technology transfer agreements.').

⁴⁹ Sayed (n 2) 5.

BIBLIOGRAPHY

Table of Cases

European Cases

Case C-457/10P, AstraZeneca AB v European Commission, [2013] 4 CMLR 7.

Case T-472/3, H.Lundbeck A/S and Lundbeck Ltd v European Commission, [2016] 5 CMLR 18

European Commission COMP/39612 Servier-Perindopril (9 July 2014) (not reported)

Other Cases

FTC v Actavis, Inc., 570 U.S. 136 (2013)

New York ex rel. Schneiderman v Actavis PLC, 787 F.3d 638 (2015)

Table of Legislations

Treaties and Conventions

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 15 April 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, 1869 UNTS 299, 33 ILM 1197

Consolidate version of the Treaty on the Functioning of the European Union (2012) OJ C326/47

EU Legislation

Commission Regulation (EC) No: 316/2014 of 28 March 2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements, OJEU L 93/17

Other Jurisdictions

The Competition Act, Act No. 89, 1998 (South Africa)

The Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act of 1984. (The US)

Books

The Price of Life: Hazel Tau and Others vs GlaxoSmithKline and Boehringer Ingelheim: A Report on the excessive pricing complaint to South Africa's Competition Commission, (2003). Jonathan Berger, 'Advancing Public Health by Other Means: Using Competition Policy' in Pedro Roffe *et al*, *Negotiating Health: Intellectual Property and Access to Medicines* (Earthscan, 2006).

UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, (Cambridge University Press, 2005).

Journal Articles

Pandey BN and Saha PK, Competition Flexibilities In The Trips Agreement: Implications For Technology Transfer And Consumer Welfare (2015) 57(1) J Indian L Inst 92.

Matthews D and Gurgula O, 'Patent strategies and competition law in the pharmaceutical sector: implications for access to medicines' (2016) 38(11) E.I.P.R 662-3.

Fox EM, 'Trade, Competition, and Intellectual Property--TRIPS and Its Antitrust Counterparts.' (1996) 29(3) Vand J Transnat'l L 481.

Klug H., 'Access to Medicines and the Transformation of the South African State: Exploring the Interactions of Legal and Policy Changes in Health, Intellectual Property, Trade, and Competition Law in the Context of South Africa's HIV/AIDS Pandemic' (2012) 37(2) L.& Soc. Inquiry 297.

Hovenkamp H and Janis MD and Lemley MA, 'Anticompetitive Settlement of Intellectual Property Disputes.' (2003) 87(6) Minn L Rev 1719.

Gurgula O, 'US Supreme Court decision on reverse payment agreements: new era in patent litigation settlements- *FTC v Actavis, Inc.*, 570 US (2013)' (2013) 3(4) QMJIP 325

Sayed S, 'Incorporation of Competition-related TRIPS Flexibilities in the Domestic Law: A Case Study of India' (2020) (23)2 J World Intellect Prop. 2.

Jacob SR, 'Competition Authorities Support Grasshoppers: Competition Law as a Threat to Innovation', (2013) 9(2) CPI Spring 15.

Amin T and Kesselheim AS, 'Secondary Patenting of Branded Pharmaceuticals: A Case Study of How Patents on Two HIV Drugs Could Be Extended For Decades' (2012) 31(10) Health Affairs 2286.

Other Printed Sources

Congressional Research Service Report for Congress, 'The Hatch-Waxman Act: Legislative Changes in the 108th Congress Affecting Pharmaceutical Patents' (2004) Order Code: RL32377.

European Commission, '6th Report on the Monitoring of Patent Settlements (period: January-December 2014)'

European Commission, 'Communication from the Commission: Executive Summary of the Pharmaceutical Sector Inquiry Report' (2008), <http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/communication_en.pdf>

European Commission, 'Pharmaceutical Sector Inquiry: Final Report' (8 July 2009)
<http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/staff_working_paper_part1.pdf>

Avafia T. *et al.*, 'The Ability of Select Sub-Saharan African Countries to Utilise TRIPS Flexibilities and Competition Law to Ensure a Sustainable Supply of Essential Medicines: A Study of Producing and Importing Countries' (2006) TRALAC Working Paper.

UNCTAD, 'The Role of competition in the pharmaceutical sector and its benefits for consumers' (2015)
<http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/tdrbpconf8d3_en.pdf>.

UNDP, 'Using Competition Law to Promote Access to Health Technologies: A Supplement to the Guidebook for Low- and Middle Income Countries' (2022).

UNGA, 'The Report of the United Nations Secretary-General's High Level Panel on Access to Medicines' (2016).

WTO, *Intellectual Property and the Public Interest: Promoting Public Health Through Competition Law And Policy Communication From China And South Africa* (25 May 2018) IP/C/W/643.

WTO, *Intellectual Property And The Public Interest: Promoting Public Health Through Competition Law And Policy Communication From South Africa* (1 February 2019) IP/C/W/651.

Website and Blogs

'Competition Commission concludes an agreement with pharmaceutical firms' CPTEch (10 December 2003) <<http://www.cptech.org/ip/health/sa/cc12102003.html>>

'Competition Commission finds pharmaceutical firms in contravention of the Competition Act' (16 October 2003) <<http://www.cptech.org/ip/health/sa/cc10162003.html>>

FTC Press Release, 'FTC Report on drug Patent Settlements Shows Potential Pay-for-Delay Deals Decreased Substantially in the First Year Since Supreme Court's Actavis Decision' (13 January 2016) <<https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/agreements-filled-federal-trade-commission-under-medicare-prescription-drug-improvement/160113mmafy14rpt.pdf>> accessed 11 April 2028.

İstanbul Sözleşmesinin Feshedilmesinin Hukuki Boyutu

Legal Dimension of The Termination of The Istanbul Convention

Zeynep Özcan*

Öz

81 madde ile İmtiyaz ve Muafiyetler şeklinde Ek maddeden oluşan İstanbul Sözleşmesi¹, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 30.04.2002 tarihli Tavsiye Kararının² genişletilip güncellenerek sözleşme halini almış şeklidir. Nitekim adı “*Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi*” olan bu sözleşme İstanbul'da ülkelere imzaya açıldığı için kısaca İstanbul Sözleşmesi olarak ifade edilmektedir³. Sözleşme 11.05.2011 tarihinde imzaya açılmış ve 01.08.2014 tarihinde 10 ülkenin onaylanması neticesinde yürürlüğe girmiştir⁴. Türkiye, 11 Mayıs 2011'de İstanbul Sözleşmesini ilk imzalayan; 24 Kasım 2011'de ise 6251 sayılı Kanun'la uygun bulan devlet olmuştur.

Anahtar Kelimeler: İstanbul Sözleşmesi, Avrupa Konseyi Sözleşmesi, CEDAW, kadına şiddet, ayrımcılık

*Doktor Öğretim Üyesi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD Öğretim Üyesi; zeynep.ozcan@omu.edu.tr; ORCID ID: 0000-0001-9525-3139.

¹Sözleşme metni için bkz. Milletlerarası Sözleşme, Karar Sayısı: 2012/2816 Kabul Tarihi: 10.02.2012, RG 08.03.2012/28227.

²Kadınların Şiddete Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R (2002) 5 sayılı Tavsiye Kararı ve İzahat Belgesi, Kabul Tarihi: 30.04.2002

³Ayşegül Kahveci Dalkır, 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un Türkiye'de Kadına Yönelik Şiddeti Önlemedeki Rolü (Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 2019) 48; Begüm Özcan, Kadına Yönelik Şiddet Konusunda Feminist Hareketin ve Devletin Karşılaştırmalı Yaklaşımı: İstanbul Sözleşmesi Örneği (İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 2019) 52; Mehmet Şerif Sağıroğlu, *Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun* (Legal 2013) 35-36; Feride Acar, "Cedaw'dan İstanbul Sözleşmesi'ne: Kadınların İnsan Hakları ve Kadınlara Karşı Şiddete İlişkin Uluslararası Standartların Evrimi", *Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddet*, Funda Kaya vd. (ed.), (Savaş 2014) 67.

⁴Fersu Ege Kandemir, *Kadına Karşı Şiddet ve Ailenin Korunması Sorununun Türk Hukuk Mevzuatı ve Uluslararası Sözleşmelerdeki Yeri*, (Seçkin 2019) 155; Özcan, (n 3), 52.

Abstract

The Istanbul Convention, which consists of 81 articles and an additional article in the form of privileges and immunities, is the form of a contract by expanding and updating there commendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe dated 30.04.2002. As a matter of fact, this Convention, which is called the "Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence", is briefly referred to as the Istanbul Convention since it was opened for signature by countries in Istanbul. The contract was opened for signature on 11.05.2011 and entered into force as a result of theratification of 10 countries on 01.08.2014. Turkey was the first state to sign the Convention on 11.05.2011 and the first state to sign the Istanbul Convention, which was approved by the parliament on 24.11.2011 with Law No. 6251.

Keywords: Istanbul Contract, Council of Europe Convention, CEDAW, violence against woman, discrimination.

I. ULUSLARARASI VE ULUSAL BOYUTU İLE KADINLARA YÖNELİK ŞİDDET VE AİLE İÇİ ŞİDDETİN ÖNLENMESİ VE BUNLARLA MÜCADELEYE İLİŞKİN AVRUPA KONSEYİ SÖZLEŞMESİ (İSTANBUL SÖZLEŞMESİ)

İstanbul Sözleşmesi'nin amacı aile içi şiddete engel olmak, kadını şiddetin her türünden koruması, nihayetinde ortadan kaldırılması, uluslararası alanda şiddetin önlenmesi için uluslararası işbirliği yapılması, kadınlara karşı ayrımcılığın ortadan kaldırılması ve kadın erkek eşitliğinin sağlanmasıdır⁵. İstanbul Sözleşmesi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nce Avrupa Konseyi'ne üye devletlere gönderilen tavsiye kararları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin zamanla artan içtihat hukuku ve Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi olan CEDAW gibi milletlerarası sözleşmeler dikkate alınarak metin haline getirilmiştir⁶. Zira Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme'nin diğer uluslararası metinlerden en önemli farkı, diğer insan hakları metinlerinde tüm insanlar bakımından hakların güvence altına alınması önemsenirken; İstanbul Sözleşmesi'nde özellikle kadın haklarının ayrıca vurgulanması, kadının ve ailenin korunmasının üstün tutulmasıdır. İstanbul Sözleşmesi'nde kadın haklarının en çok ihlal edildiği alanlar tespit edilip bu hakların korunması için hükümler getirilmiştir. Bu niteliği ile metne kadınlar için bir haklar bildirgesi, devletler için ise bir yükümlülükler manzumesi olarak bakılmaktadır⁷.

Uluslararası alanda ilk kez, uluslararası bir sözleşme üye devletler bakımından bağlayıcı olup sözleşmede kadınlara uygulanan şiddetle onların insan haklarının ihlal edilemeyeceği açık ve net bir şekilde belirtilmiştir⁸. Aslında sözleşme kadına yönelik şiddetin de yanı sıra aile içi şiddetin önlenmesini amaçlamaktadır. İstanbul Sözleşmesi'nde aile içi şiddeti, toplumsal cinsiyete dayalı şiddet biçimlerinden en sık karşılaşılan şiddet biçimi olduğundan, kadına yönelik şiddetten ayrı olarak tanımlama ihtiyacı doğmuştur. İstanbul Sözleşmesi'ne göre, eylemi gerçekleştiren, mağdurla aynı ikametgahı paylaşmakta olsun veya olmasın veya daha

⁵Gizem Özkan, 'Kadına Yönelik Şiddet-Aile İçi Şiddet ve Konuya İlişkin Uluslararası Metinler Üzerine Bir İnceleme' 2017, 7 (1) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 555-556.

⁶ Tuğba Bayraktar, 'İstanbul Sözleşmesi ve 2017 Türkiye Gölge Raporuna İlişkin Bir Değerlendirme' 2018, 6 (3) 87 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 92-93.

⁷ Özkan, (n 5) 548; Gülay Akkaya Şahin, Aile İçi Şiddet Kavramı ve Aile İçi Şiddetin Uluslararası ve Ulusal Hukuki Belgelerdeki Düzenlemesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010), 20.

⁸Seher Kırbuş Canikoğlu, 'Kadınlara Yönelik Şiddetin ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesine Dair Ulusal ve Uluslararası Mevzuat (İstanbul Sözleşmesi ve 6284 Sayılı Kanun)' 2015 (3) Ankara Barosu Dergisi 357-378, 378; Kandemir (n 4) 155; Özge Tuçe Gökçalp, 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunda Kadın ve Şiddet, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 2014).

önce paylaşmış olsun veya olmasın, aile içinde veya aile biriminde veya mevcut ya da daha önceki eşler veya birlikte yaşayan bireyler arasında meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, ekonomik şiddet eylemleri aile içi şiddet olarak kabul edilmektedir. Görüldüğü gibi İstanbul Sözleşmesi, aile içi şiddeti tanımlarken kavramın kapsam alanını geniş tutmuş ve mağdur ile failin aynı evde yaşama zorunluluğunu dahi aramamıştır. Aynı şekilde, eylemin aile içi şiddet kapsamında sayılması için fail ile mağdur arasında mutlaka evlilik birliğinin kurulmuş olması koşulu da aranmamıştır. Aile içinde şiddete uğrayan kadın, erkek, çocuk her kim ise onların şiddetten korunmasını amaçlamaktadır. Ancak günümüzde aile içinde şiddete uğrayan kişiler çoğunlukla kadınlar olduğu için kadına yönelik şiddet hemen hemen her maddede yinelenmiştir⁹. Önleme (prevention), koruma (protection) ve kovuşturma (prosecution)¹⁰ şeklinde “3p ilkesi”ni benimseyen İstanbul Sözleşmesi, CEDAW’ın güçlenmesini sağlamış ve CEDAW’da yer alan ayrımcılık yasağına destek olmuştur. Yine sözleşmede kadına yönelen şiddete ve aile içinde uygulanan şiddete son verilip şiddetin olmadığı bir dünya oluşturmak amacıyla Sözleşme'nin düzenlendiği önemle belirtilmiştir¹¹.

Uluslararası boyutta gelişmeler bu şekildeyken, Türkiye’de aile içi şiddete özellikle de kadına yönelik şiddete ilişkin yasal düzenlemeler ele alındığında, 11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul Sözleşmesi imzalandıktan sonra şiddetin önlenmesi konusunda yetersiz bulunan 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun üzerinde çalışmalar yapılarak 20.03.2012 tarihinde 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun yürürlüğe girmiştir¹². İstanbul Sözleşmesi'nin imzalanması ile 6284 sayılı Kanun’un kabul edilmesi arasında kısa bir zaman dilimi vardır. Zira 6284 sayılı Kanun m. 1’de kanun hazırlanırken referans alınan uluslararası metinler açıkça ifade edilmiştir ki o metinlerden birisi de İstanbul Sözleşmesi'dir. Bu gelişmelere rağmen dünyanın pek çok yerinde olduğu gibi, ülkemizde de kadına yönelik şiddet ve aile içi şiddet hız kazanarak varlığını sürdürmeye devam etmekte ve şiddete maruz kalan kadınların korunmasına ve bu kadınlara yönelik yardım ve yönlendirmelere olan gereksinim giderek artmaktadır. Bu gereksinimlere yönelik olarak İstanbul Sözleşmesi'nin bu konuda referans olduğu ve ülkemizde yürürlükte olan 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun m. 14’te şiddet

⁹ Özcan (n 3) 52; Acar (n 3) 69 ve 156.

¹⁰Nazan Moroğlu, ‘Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi, 6284 Sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi’ 2019 (İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi) 367; Gökalp (n 8) 62; Sema Tarkan, ‘Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair 6284 Sayılı Kanun Kapsamında Hakim Tarafından Verilebilecek Tedbir Kararları’ (Ondokuz Mayıs Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2021) 62.

¹¹ Moroğlu (n 10) 367;Tarkan (n 10) 62.

¹² *Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun*, Kanun Numarası: 6284, Kabul Tarihi: 08.03.2012, RG 20.03.2012/28239.

önleme ve izleme merkezlerinin kurulması, m. 3 ve devamı hükümlerde mülki amir tarafından verilecek koruyucu tedbir kararları ile hakim tarafından verilecek koruyucu ve önleyici tedbir kararları, ilgilinin talebi, Bakanlık veya kolluk görevlileri veya Cumhuriyet Savcısının başvurusu üzerine hakim, mülki amir ya da kolluk birimi tarafından verilecek tedbir kararları ve bu kararların ihlali halinde üç günden on güne kadar zorlama hapsi uygulanması; tedbir kararının gereklerine aykırılığın her tekrarında, ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre zorlama hapsinin süresi on beş günden otuz güne kadar değişebilmesi ve zorlama hapsinin toplam süresinin altı ayı geçemeyeceği düzenlenmiştir. Ayrıca on altı yaşından büyükler için geçici maddi yardım yapılması, korunan kişi lehine mahkeme tarafından nafakaya hükmedilmişse, korunan kişinin başvurusu aranmaksızın nafaka, ilgilinin aylık, maaş ya da ücretinden icra müdürlüğü tarafından tahsil edilme hali mağduru koruyucu hükümler olarak düzenlenmiştir.

İstanbul Sözleşmesi kabul edilmeden önce AİHM kararları kadına yönelik şiddet ile ilgili bağlayıcılığı olan tek uluslararası karardır. İstanbul Sözleşmesi, kendinden önce kabul edilen kadına yönelik ayrımcılıkla ilgili uluslararası tüm standartları, AİHM kararlarını ve Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin içtihatlarını da kapsayan bir sözleşmedir. Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) m.3-b bendinde aile içerisinde veya hanede ya da şiddete uğrayan şiddet uygulayanla aynı evi paylaşsın veya paylaşmasın önceki ya da şu andaki eşler ya da partnerler arasında ortaya çıkan tüm fiziksel, psikolojik veya ekonomik şiddet eylemleri *aile içi şiddet* olarak tanımlanmıştır. 6284 sayılı Kanun'da, 4320 sayılı Kanun ile İstanbul Sözleşmesi'nden ayrı bir şekilde "*ev içi şiddet*" terimi kullanılmıştır. Kanun koyucu ev içi şiddet tabirini kullanırken daha kapsamlı, çatı hükmünde bir tanım yapmak istemiştir. Zira aynı evde olan kişiler aile olmayacağı gibi aile bireyleri de aynı evde olmayabilir¹³. Kanaatimizce de kanun koyucu ev içi şiddet terimini evlilik birliği olmadan aynı evde yaşayan kişilerin de kanun kapsamında korunması amacını taşıyarak kullanmış ve kanunun uygulanma alanını genişletmek istemiştir. Mesela resmi nikah olmaksızın aynı evde evlilik birliğini sürdürenler veya boşanmış olmakla birlikte aynı evde yaşamaya devam eden kişilerin de bu korumadan yararlanabilmesi için kanun koyucu bu ifadenin kullanımını uygun görmüştür. İstanbul Sözleşmesi ve 6284 sayılı Kanun, adlandırmalar bakımından farklılıklar içerse de düzenledikleri aile içi şiddet ve ev içi şiddet kavramları içerik ve kapsam bakımından benzerlik göstermektedir. Mesela İstanbul

¹³Tarkan (n 10) 21.

Sözleşmesi'nde düzenlenen; partner olarak değerlendirilebilecek kişilerin de bu kanun korumasından yararlanabileceği öngörülmüştür. Bu aşamada 6284 sayılı Kanun'un m.1/2-a'da; "*Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, özellikle Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve yürürlükteki diğer kanuni düzenlemeler esas alınır.*" denilerek uygulanacak hükümlerde boşluk olması halinde İstanbul Sözleşmesi'nin uygulanacağı hükmü gereği; İstanbul Sözleşmesi'ndeki "*partner*" ifadesinin 6284 sayılı Kanun bakımından değerlendirilmesi yapıldığında resmi nikâhı olmadan aynı evde yaşayan kişilerin, iki arkadaşın, bir evdeki aile bireyleri dışındaki yardımcı personelin aynı evde kalması gibi örneklerle özdeşleştiği belirtilmelidir¹⁴. Hem İstanbul Sözleşmesi'ndeki düzenlemelerde hem de 6284 sayılı Kanun'un kapsamında korumadan yararlanmak için şiddete uğrayanın ve şiddeti uygulayanın aynı evde yaşama zorunluluğu bulunmamaktadır. Böylece uygulama alanı bakımından kapsam genişletilmiştir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu tarafından oluşturulan 2002 tarihli 5 No.'lu Tavsiye Kararı esas alınarak düzenlenen ve 2011 yılında Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) de kadına yönelik şiddeti toplumsal cinsiyet ayrımcılığına dayandırmakta ve kadına yönelik şiddet eylemlerinin kadını, toplumda erkeğe nazaran geri planda kalmaya zorlayan eylemler olduğunu vurgulamaktadır. Kadına yönelik şiddet, ayrıca Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme (CEDAW) ile de toplumsal cinsiyete dayalı bir ayrımcılık biçimi olarak değerlendirilmiş ve kadın haklarına yönelik ihlallerin insan hakları ihlali kapsamında olduğu da vurgulanmıştır. CEDAW'ın amacı, kadın ve erkek arasındaki eşitsizlikleri ortadan kaldırmak ve kadınların temel özgürlüklerinin ve insan haklarının tanınmasını sağlamaktır. CEDAW temel olarak, kadın haklarının evrensel niteliğine ve her kadının bu evrensel haklardan yararlanmasına vurgu yapan bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin önemi, kendinden önceki metinlerde genel olarak insan haklarına vurgu yapılırken burada kadına özel düzenlemelerin yer almasıdır. Buna rağmen, sözleşmede kadına yönelik şiddetle ilgili olarak açık bir hüküm yer almamıştır¹⁵. Bu düzenlemelerle kadına yönelik şiddet, kadınların yalnızca kadın olmaları

¹⁴Gökalp (n 8) 20; Hüsamettin Uğur, "Kadın ve Aile Bireylerine Yönelik Şiddete Karşı 6284 Sayılı Kanunun Getirdikleri", (2012) 101, TBB Dergisi 341.

¹⁵Meryem Hazal Çamurcu, 'İstanbul Sözleşmesi: Türkiye'de İç Hukuka Etkisi ve Toplumun Tepkisi', 2021(4) Ankara Barosu Dergisi, 77.

sebebiyle karşılaştıkları ve eşitsiz güç ilişkilerinden kaynaklanan bir eylem olarak ele alınmıştır¹⁶.

II. TÜRKİYE CUMHURİYETİ'NİN İSTANBUL SÖZLEŞMESİ'NDEN TARAF OLMAKTAN ÇEKİLMESİ

İstanbul Sözleşmesi kadına yönelik şiddet ve ev içi şiddet ile ilgili uluslararası hukukta bağlayıcılığı olan ilk sözleşmedir¹⁷. Sözleşme'nin amacı; şiddetin oluşmasını önlemek, oluşan şiddet mağdurlarını koruma altına almak ve şiddet uygulayanların gerekli cezaları almalarını sağlamaktır. Uluslararası alanda hem kadına yönelik şiddet hem de ev içi şiddetin korunması amacıyla getirilen düzenlemeyi imzalayan ilk ülke olmakla birlikte Türkiye; imza tarihten on yıl sonra sözleşmeden çekilmiştir.

20 Mart 2021 tarih ve 31429 sayılı Resmi Gazete'de¹⁸ yayımlanan 3718 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile İstanbul Sözleşmesi'nin Türkiye Cumhuriyeti bakımından feshedilmesine karar vermiştir¹⁹. Söz konusu karar, kararda da belirtildiği gibi, yürürlükteki 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m.3'e dayanarak verilmiştir²⁰. 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m.3'e göre; milletlerarası antlaşmaların hükümlerinin uygulanmasının durdurulmasına, sona erdirilmesine ve uygulanmasının sona erdiği tarihlerin tespitine Cumhurbaşkanı karar verir. Her ne kadar kararda fesih ifadesi kullanılsa da doğru ifade çekilmedi²¹. Zira sözleşme pek çok devletin imzalayıp onayladığı ve iç hukukunda da uyguladığı çok taraflı bir sözleşmedir. Bu sebeple sözleşmeden çekilme ifadesi yerindedir.

Türkiye'nin sözleşmeye taraf olmaktan çekilmesine ilişkin pek çok farklı görüş ortaya çıkmıştır. Bu görüşlerin en baskın olanları²² sözleşmeden çekilmeden ötürü kadına şiddet

¹⁶Özkan (n 5) 539.

¹⁷Kadriye Bakırcı, 'İstanbul Sözleşmesi', 2015(4) Ankara Barosu Dergisi, 133-204; Çamurcu (n 15) 80.

¹⁸Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinin Türkiye Cumhuriyeti Bakımından Feshedilmesi Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararı, Kararname Sayısı: 9/3 Kabul Tarihi: 19.03.2021, RG 20 Mart 2021/31429

¹⁹Cumhurbaşkanı Kararı, Karar Sayısı: 3928, RG 30.04.2021/31470 (24/04/2022).

²⁰ Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Kararname Sayısı: 9, Kabul Tarihi: 15.07.2018, RG 15.07.2018/30479.

²¹Kemal Gözler, 'Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var mı? İstanbul Sözleşmesinin Feshi Hakkında 3718 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı Üzerine Eleştiriler', (Türk Anayasa Hukuku Sitesi, 20 Mart 2021)<(www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-fesih.htm)>Erişim Tarihi: 24 Nisan 2022; Çamurcu (n 15) 84.

²²Anonim, 'İstanbul Sözleşmesi'nden çekilme kararı, ayrımcılıkla mücadelede geri adımdır' Dünya Gazetesi (İstanbul, 22.03.2021) <https://www.dunya.com/sehirler/istanbul-sozlesmesinden-cekilme-karari-ayrimcilikle-mucadelede-geri-adimdir-haberi-615264> Erişim Tarihi: 24 Nisan 2022; Anonim, 'Kadın Örgütleri İstanbul Sözleşmesi'nden Çekilme Kararını Tanımıyor, Mücadeleye "Devam" Diyor!' Sivil Sayfalar (İstanbul, 21.03.2021) <https://www.sivilsayfalar.org/2021/03/21/kadin-orgutleri-istanbul-sozlesmesinden-cekilme-

vakıalarının gün geçtikçe artacağı, bu kararın kadınların kazandıkları hakları elinden alma girişimi olduğu, İstanbul Sözleşmesi'nin kadın hareketinin önemli bir kazanımı olduğu ve bu sözleşmeden çekilme ile insan hakları konusunda da gerileme yaşanabileceği hususlarıdır.

III. TÜRKİYE CUMHURİYETİ'NİN İSTANBUL SÖZLEŞMESİ'NDEN TARAF OLMaktan ÇEKİLMESİ KARARININ HUKUKİ BOYUTU

Cumhurbaşkanı kararı ile sözleşmeden çekilmenin hukuka ve yürürlükteki mevzuat hükümlerine aykırı olup olmadığı hususunda pek çok görüş ileri sürülmüştür. Kararın hukuki niteliği incelenirken öncelikle çekilme kararı uluslararası hukuk boyutuyla ele alındığında; İstanbul Sözleşmesi m.80'e göre taraf devletler bildirimde bulunarak tek taraflı sözleşmeden çekilebilir. Türkiye çekilme kararını Avrupa Konseyi Antlaşmalar Bürosuna iletmiş ve Büro 1 Temmuz 2021 tarihi itibarıyla Türkiye bakımından sözleşmenin yürürlükten kalkacağını doğrulamıştır²³. Dolayısıyla uluslararası boyutu ile usule uygunluk söz konusudur²⁴.

İç hukuk boyutu ile çekilme kararı incelendiğinde; çekilme kararının eleştirilmesinin nedeni, insan haklarını düzenleyen sözleşmelerden çekilmenin Cumhurbaşkanı kararı ile yapılmasının, Anayasaya aykırı olup olmadığı ile ilgilidir. Öncelikle iç hukuk düzenlemeleri ele alındığında; AY. m. 13'te, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği düzenlenmiştir.

AY. m. 104/XVII'te "*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir*" hükmü bulunmaktadır.

kararini-tanimiyor-mucadeleye-devam-diyor/> Erişim Tarihi: 24 Nisan 2022; Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği, 'Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneğinin Cumhurbaşkanının İstanbul Sözleşmesi'ne İlişkin Kararı Hakkındaki Açıklaması' Anayasa-Der (Ankara, 23.03.2021) <<http://anayasader.org/anayasa-hukuku-arastirmalari-derneginin-cumhurbaskaninin-istanbul-sozlesmesine-iliskin-karari-hakkindaki-aciklamasi/>> Erişim Tarihi: 24 Nisan 2022

²³ Gözler (n 21)

²⁴ ibid

Yine milletlerarası anlaşmaları onaylama ve sona erdirme görevi Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı'na verilmiştir²⁵. Ayrıca 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 3. maddesinin, “*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir*” hükmü olan AY. m. 104/XVII gereği Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yürütme yetkisine ilişkin bir konuda karar alınabilmesi mümkündür. Tüm bu düzenlemeler değerlendirildiğinde İstanbul Sözleşmesi temel haklara ilişkin bir sözleşme olup; sözleşmeden çekilmenin de ancak kanunla yapılması gerektiği ileri sürülmektedir. Cumhurbaşkanı'na verilen kararname çıkarma yetkisi yürütmeye ilişkin işlerle sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla uluslararası bir sözleşmenin onaylamasının veya sona erdirilmesinin kanun ile düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir.

Uluslararası antlaşmaların onaylanması konusu, yürütme yetkisine ilişkin bir konu değildir. Zira uluslararası antlaşmalara ilişkin düzenleme olan AY. m. 90'da²⁶ Cumhurbaşkanı'nın uluslararası antlaşmaları onaylayabilmesini TBMM'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulması şartına bağlamaktadır ki İstanbul Sözleşmesi de TBMM tarafından 24 Kasım 2011 tarih ve 6251 sayılı Kanun'la uygun bulunmuştur. Dolayısıyla uluslararası antlaşmaların onaylanmasının kanunla uygun bulunması, yasama yetkisi kapsamında olan bir konu olduğundan Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez²⁷.

Yine aynı maddede yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların nasıl onaylanacağı, yayımlanacağı ve ne şekilde yürürlüğe konulacağı düzenlenmişken antlaşmalardan nasıl çekilebileceği konusuna değinilmemiştir. Bir görüşe göre²⁸; gerek

²⁵ Kararname Sayısı: 9, (n 20)

²⁶AY. m. 90 “(1) Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır. (2) Ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur. (3) Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluluğu yoktur; ancak, bu fıkra göre yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz. (4) Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır. (5) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004- 5170/7 md.) 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.”

²⁷ Gözler, (n 21)

²⁸Ali Dursun Ulusoy, ‘İstanbul Sözleşmesi’nden Çekilme Hukuksal Gerçekler’ t24 İnternet Gazetesi (t24 İnternet Sitesi, 24.03.2021) <<https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/istanbul-sozlesmesi-nden-cekilmede-hukuksal-gercekler,30338>> Erişim Tarihi: 24 Nisan 2022; Tarkan (n 10) 67.

Cumhurbaşkanlığı sisteminde gerekse parlamenter sistemde milletlerarası sözleşmeye taraf olma ve taraf olma sıfatının sona erdirilmesine karar verme yetkisi yürütme erkindedir. Kararın bu boyutuyla getirilen eleştiri ise; çekilmenin, idare hukukunun ilkelerinden olan yetkide ve usulde paralellik ilkesine uygun olmayan bir şekilde gerçekleştirilmesidir²⁹. Zira idare hukukunun temel ilkelerinden birisi olan ve idari işlemi yapmaya yetkili olan organın ve işlemi yaparken takip edilecek usulün o işlemi kaldırırken de yetkili ve geçerli olmasını ifade eden yetkide ve usulde paralellik ilkesine göre; milletlerarası antlaşmaya taraf olma yetkisi bulunan Cumhurbaşkanı'nın bu antlaşmadan taraf olmaktan çıkma kararı verme yetkisi de vardır.³⁰

Kanaatimizce yerinde olan diğer görüşe göre ise, kanun ile uygulanması uygun bulunarak yürürlüğe giren milletlerarası antlaşmaların “yetki ve usulde paralellik” ilkesi gereğince yine kanun ile sona erdirilmesi gerektiğidir³¹. Zira İstanbul Sözleşmesi, bu bağlamda değerlendirildiğinde taraf olunurken çıkarılan kanun gibi çekilirken de bir kanun çıkarılarak işlem yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Türkiye Cumhuriyeti'nin İstanbul Sözleşmesi'ne taraf olmaktan çekilmesine ilişkin verilen kararın iptali hakkında Danıştay 10. Dairesi'nde açılan davalar henüz sonuçlanmamıştır.

IV. SONUÇ

Uluslararası hukuk boyutuyla, İstanbul Sözleşmesi m. 80 gereği uluslararası sözleşmenin kendisi taraf devletlere çekilmeye izin vermiş olup Türkiye çekilme kararını Avrupa Konseyi Antlaşmalar Bürosuna iletmış ve Büro 1 Temmuz 2021 tarihi itibarıyla Türkiye bakımından sözleşmenin yürürlükten kalkacağını doğrulamıştır. Bu sebeple uluslararası hukuk bakımından sözleşmeden çekilmenin usulü doğrudur. Ulusal hukuk bakımından ise, AY. m.90/I hüküm Cumhurbaşkanının uluslararası antlaşmaları onaylayabilmesini TBMM'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulması şartına bağlamaktadır ki İstanbul Sözleşmesi de TBMM tarafından 24 Kasım 2011 tarih ve 6251 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur. Her ne kadar hükümde sözleşmeden çekilmenin usulü düzenlenmemiş olsa da yetki ve usulde paralellik ilkesi gereği uluslararası antlaşmaların feshedilmesinin de kanunla uygun

²⁹Türkiye Barolar Birliği, ‘Barolar ve TÜBAKKOM’un İstanbul Sözleşmesi’ne İlişkin Ortak Basın Açıklaması’ Baro Birlik (Baro Birlik Sitesi, 20.03.2021) <<https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/barolar-ve-tubakkom-istanbul-sozlesmesi-ne-iliskin-ortak-basin-aciklamasi-81675>> Erişim Tarihi: 24 Nisan 2022

³⁰Ali Dursun Ulusoy, ‘İstanbul Sözleşmesi’nden Çekilme Hukuksal Gerçekler’ t24 İnternet Gazetesi (t24 İnternet Sitesi, 24.03.2021) <<https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/istanbul-sozlesmesi-nden-cekilmede-hukuksal-gercekler,30338>> Erişim Tarihi: 24 Nisan 2022; Tarkan (n 10) 67.

³¹Gözler, (n 21)

bulunması, yasama yetkisi kapsamında olan bir konu olup; yürütme yetkisi alanına dahil olmadığından Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Cumhurbaşkanına uluslararası andlaşmaları sona erdirme yetkisi Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile değil; Anayasa veya kanunla verilmelidir. İstanbul Sözleşmesi, TBMM tarafından 24 Kasım 2011 tarih ve 6251 sayılı Kanun'la uygun bulunduğuna göre, feshedilmesine ilişkin bir kanun³² çıkarılmadıkça, sadece Cumhurbaşkanı kararıyla feshedilemez. Yetki ve usûlde paralellik ilkesi gereği bir uluslararası andlaşma, TBMM'nin onaylamayı uygun bulma kanunundan sonra Cumhurbaşkanı tarafından onaylanarak yürürlüğe konulmuş ise, ancak yine TBMM'nin bir kanun çıkarmasından sonra Cumhurbaşkanı tarafından sona erdirilebilir.

³²Volkan Aslan, 'İstanbul Sözleşmesi'nin Türkiye Cumhuriyeti Bakımından Feshedilmesi Hakkında Kararın 1982 Anayasası Bakımından Değerlendirilmesi' Lexpera Blog (Lexpera İnternet Sitesi, 29.03.2021)<<https://blog.lexpera.com.tr/istanbul-sozlesmesinin-turkiye-cumhuriyeti-bakimindan-feshedilmesi-hakkinda-kararin-1982-anayasasi-bakimindan-degerlendirilmesi/>>Erişim Tarihi: 24 Nisan 2022

KAYNAKÇA

Acar F, "Cedaw'dan İstanbul Sözleşmesi'ne: Kadınların İnsan Hakları ve Kadınlara Karşı Şiddete İlişkin Uluslararası Standartların Evrimi", Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddet, Funda Kaya vd. (ed.), (Savaş 2014).

Akkaya Şahin G, Aile İçi Şiddet Kavramı ve Aile İçi Şiddetin Uluslararası ve Ulusal Hukuki Belgelerdeki Düzenlemesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010).

Aslan V, "İstanbul Sözleşmesi'nin Türkiye Cumhuriyeti Bakımından Feshedilmesi Hakkında Kararın 1982 Anayasası Bakımından Değerlendirilmesi", (<https://blog.lexpera.com.tr/istanbul-sozlesmesinin-turkiye-cumhuriyeti-bakimindan-feshedilmesi-hakkinda-kararin-1982-anayasasi-bakimindan-degerlendirilmesi/>) (Erişim Tarihi:: 24.04. 2022).

Bakırcı, K, "İstanbul Sözleşmesi", Ankara Barosu Dergisi, 2015(4) 133-204.

Bayraktar T, "İstanbul Sözleşmesi ve 2017 Türkiye Gölge Raporuna İlişkin Bir Değerlendirme," Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 6 (3) 87–111.

Çamurcu, M. H., "İstanbul Sözleşmesi: Türkiye'de İç Hukuka Etkisi ve Toplumun Tepkisi", Ankara Barosu Dergisi, 2021(4) 63-106.

Dalkır A. K., 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un Türkiye'de Kadına Yönelik Şiddeti Önlemedeki Rolü, (Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 2019).

Gökalp Ö. T., 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunda Kadın ve Şiddet, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2014).

Gözler K, "Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var mı? İstanbul Sözleşmesinin Feshi Hakkında 3718 Sayılı Cumhurbaşkanı Kararı Üzerine Eleştiriler", (www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-fesih.htm) (Yayın Tarihi: 20 Mart 2021) (Erişim Tarihi: 24.04.2022).

Kırbaş Canikoğlu S, "Kadınlara Yönelik Şiddetin ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesine Dair Ulusal ve Uluslararası Mevzuat (İstanbul Sözleşmesi ve 6284 Sayılı Kanun)", Ankara Barosu Dergisi 2015(3) 357-378.

Moroğlu N, "Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi, 6284 Sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi", (İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi 2019).

Özcan B, Kadına Yönelik Şiddet Konusunda Feminist Hareketin ve Devletin Karşılaştırmalı Yaklaşımı: İstanbul Sözleşmesi Örneği, (İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019).

Özkan G, "Kadına Yönelik Şiddet-Aile İçi Şiddet ve Konuya İlişkin Uluslararası Metinler Üzerine Bir İnceleme", Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7 (1) 2017, 533-564.

Sağiroğlu M. Ş., Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, (Legal 2013).

Tarkan S, "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair 6284 Sayılı Kanun Kapsamında Hakim Tarafından Verilebilecek Tedbir Kararları," (Ondokuz Mayıs Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 2021).

Uğur, H, "Kadın ve Aile Bireylerine Yönelik Şiddete Karşı 6284 Sayılı Kanunun Getirdikleri", TBB Dergisi, (101) 2012, 333-366.

Ulusoy, A. D., "İstanbul Sözleşmesi'nden Çekilmede Hukuksal Gerçekler", (<https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/istanbul-sozlesmesi-nden-cekilmede-hukuksal-gercekler,30338>) (Erişim Tarihi:24.04.2022).

Uluslararası Hukukta Metodoloji Sorunsalı: Kısa Bir Giriş

Methodological Problem in International Law: A Brief Introduction

Sezai Çağlayan*

Öz

Uluslararası hukuk evrensel midir? Bu soruya “evet” yanıtını verebilmek için uluslararası hukukun uluslararası toplumu ilgilendiren konulara temas etmesi gerekir. Peki gerçekte durum öyle mi? Başka bir söylemle, uluslararası hukuk sağlıktan ekonomiye, çevreden insan haklarına her alanda herkesi ve her şeyi kapsar mahiyette midir? Uluslararası hukuku sadece normatiflik lensinden ele alırsak, bu soruya olumlu bir yanıt vermemiz pek mümkün olmaz. Bu soruya “evet” yanıtını verebilmenin yolu metodolojiden geçer. Bu nedenle, uluslararası hukuk araştırmaları için belirlenecek metodolojiler çeşitli olmalıdır. Sosyal bilim disiplinlerinde, davranış bilimlerinde ve hatta tıpta kullanılan bakış açıları ve çerçeveler, bir uluslararası hukukçu için de kullanılabilir olmalıdır. Uygulamaya bakıldığında, özellikle Türkçe yazında, normatifliğin ağır bastığı ve buna bağlı olarak çok disiplinli yaklaşımın yaygın olmadığı görülmektedir. Bu sorunun kökeni ise uluslararası hukukta değil, genel olarak hukukun içindedir. Bu çalışmanın amacı uluslararası hukukta devam eden metodoloji sorunsalına işaret etmektir. Normatifliğin dışına çıkamayan uluslararası hukuka ve uluslararası hukukçulara yeni bakış açıları kazandırmak, uluslararası hukukun sahip olduğu misyonunu yerine getirmesine vesile olacaktır.

Anahtar Kelimeler: uluslararası hukuk, metodoloji, metot, normatif çerçeveler, teorik çerçeveler, disiplinlerarası yaklaşım

*Ondokuz Mayıs Üniversitesi AFB Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ABD Doktor Öğretim Üyesi; Sheffield Üniversitesi Hukuk Fakültesi SCIEL Merkezi Misafir Araştırmacı ve Öğretim Üyesi, sezai.caglayan@omu.edu.tr,
Tel: +90 362 800 81 74, ORCID: 0000-0002-8101-4660

Abstract

Is international law universal? For someone to answer “yes” to this question, international law needs to touch on issues that concern the international community. So, is that really the case? In other words, does international law cover everyone and everything from health to economy, from the environment to human rights? If we consider international law only through the lens of normativity, it is unlikely that we can give a positive answer to this question. The way to answer "yes" to this question goes through the methodology. Therefore, the methodologies to be determined for research in international law should be diverse. Perspectives and frameworks employed in social sciences, behavioural sciences, and even medicine must be available to an international lawyer. Considering the practice, normativity predominates, particularly in Turkish literature, and the multidisciplinary approach is not common accordingly. The root of this problem is not only in international law but in law in general. The purpose of this paper is to point out the ongoing methodological problem in international law. Bringing new perspectives to international law and international lawyers who cannot go beyond normativity will be instrumental in fulfilling the mission of international law.

Keywords: international law, methodology, method, normative frameworks, theoretical frameworks, interdisciplinary approach

I. GİRİŞ

Uluslararası hukuk, uluslararası toplum süjelerinin ilişkilerini düzenleyebilme adına oluşturulmuş bir hukuk sistemidir. Bu sistemin hukuk alemindeki tartişmalı konumu bir kenara bırakıldığında,¹ asıl sorunun daha önemli olduğu görülecektir. Bu sorun metodoloji sorunudur. Metodoloji, en genel tanımıyla, bir konunun ele alınma biçimini, bakış açısını ifade eder. Metodoloji, literatürde sıklıkla ve yanlış kullanılan metot kavramından daha geniş bir kapsama sahip olup, birden fazla metodu içinde barındırabilecek bir fenomendir. Uluslararası hukuk, hukuk literatüründe kullanılan yerleşik metodoloji olan normatif metodoloji ile sınırlandırılabilir bir disiplin değildir. Bir uluslararası hukukçunun misyonu, mevcut uluslararası hukuk kurum ve kurallarının bir üst norm veya bir hukuk prensibine göre değerlendirilmesinden fazlasını ifade eder. Nitekim uluslararası toplumun tek ihtiyaç duyduğu Şey de bu değildir. Ekonomik krizler, Şiddet ve Şiddete bağlı diğer içtimai sorunlar, salgın hastalıklar ve daha birçok küresel sorun uluslararası toplumu olumsuz etkiler. Bu durum ise *ipso facto* uluslararası hukuku ve uluslararası hukukçuyu ilgilendirir. Bu nedenle, uluslararası hukukçuların, farklı alanlardaki gelişmeleri, o alanlarda geçerli olan teorik çerçeveleri de dikkate almak suretiyle ele almaları gerekir.

Bu çalışmanın amacı uluslararası hukukta devam eden metodoloji sorunsalına işaret etmektir. Uluslararası hukuk disiplini normatifliğin dışına çıkamamaktadır. Bu sorunun çözümü için yapılması gereken ise uluslararası hukukun disiplinlerarası boyutunun ön plana çıkartılmasıdır. Buradan hareketle bu çalışmada öncelikle hukuk yazınındaki metot-metodoloji ayrımına değinilecektir. Akabinde, uluslararası hukukta metodolojiye neden ihtiyaç duyulduğu üzerinde durulacaktır. Devamında, normatif yaklaşımın sınırlılığına dikkat çekilerek disiplinlerarası çalışmanın sağladığı metodolojik avantajlar değerlendirilecektir.

II. METOT MU, METODOLOJİ Mİ?

Bilimsel değeri olan yazılı eserleri (Monografi, tez, makale, eleştiri vb.) bir edebi metinden veyahut başka tür bir yazıdan ayıran en belirgin özellik, belirli bir sistematik içinde kanıtlara dayanıyor olmasıdır. Hukuk yazınındaki kanıtlar normatif özellikleri gereği *sui generis*dir. Alt disiplin fark etmeksizin hukukçuların bu konudaki farkındalıkları ise bir hayli yüksektir. Disiplinin normatif niteliği, hukukun sosyal bilimler dışında daha özgül bir alana, hukukçuların ise sosyal bilimci olmak dışında daha özgün bir pozisyona sahip olmalarına

¹ Anthony d'Amato, 'Is International Law Really Law' (1984) 79 Nw. UL Rev. 1293.

neden olmuştur. Bu durum, hukuk yazını için belirlenen sistematik *-metodoloji-* için de geçerlidir. Başka bir söylemle, hukukçunun ele aldığı hukuki mevzunun nasıl ele alınacağı hususu da nevi şahsına münhasırdır.

Hukukçuların bir hukuki konuyu değerlendirme usulleri, özellikle Türkçe yazında “yöntem” kavramı ile ifade edilir. Bu kullanımın ne derece doğru olduğu ise tartışmalıdır. Bunun nedeni “yöntem” kavramının bilgi üretim süreçlerindeki son halka işlevi görmesidir. Bilinmektedir ki şeylerin kökenlerinin araştırılması Ontoloji’nin, bilginin kaynağının araştırılması ise Epistemoloji’nin konusunu oluşturur.² Daha özelinde, bilgi üretim süreçlerinde benimsenen yaklaşımların kümülatif toplamları ile “metodoloji” ve metodoloji altında kullanılan her bir öznel araç ile “yöntem” kastedilir.³ Yöntem sözcüğü, İngilizce’deki “method” kelimesinin Türkçe karşılığıdır. Aynı zamanda bu sözcüğün Türkçe’ye aynı şekilde “metot” olarak geçtiği de bilinmektedir. Nitekim TDK Sözlük’te “yöntem” ve “metot” eş anlamlı olarak kullanılır. İngilizce “methodology” sözcüğünün de aynı şekilde “metodoloji” olarak Türkçe’ye kazandırıldığı, ayrıca kavramın “yöntem bilimi” olarak kullanıldığı da görülmektedir. Uygulamada metot-yöntem ve metodoloji arasındaki bu kapsam farkına pek dikkat edilmediği görülmekle birlikte,⁴ metodoloji ifadesinin kullanımını daha doğrudur. Epistemolojik olarak Batı kökenli bu kavramların yerleşik hale gelmesi, bunların Türkçe yazında da aynı şekilde kullanılmasını gerektirir.

Uluslararası hukuk özelinde hukuk araştırmaları için asıl olan metodolojidir. Metodoloji, araştırmanın başından sonuna kadar nasıl bir bakış açısı izleneceğini belirleme işidir. Yöntem ise belirlenen metodolojiye bağlı olarak kullanılacak araçlardan sadece biridir. Örneğin, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin Soğuk Savaş sürecinde salgın hastalıklara karşı yaklaşımının saptanmasına dair bir araştırma olduğunu var sayalım. Bu araştırmada, Konsey için bağlayıcı olan hukuk normları, konjonktürel gelişmeler, ilgili döneme hâkim olan dünya görüşü ve buna benzer hususlar dikkate alınarak araştırmanın belirli bir çerçeveye yerleştirilmesi metodolojinin işidir. Buna karşın, Konsey’in Soğuk Savaş döneminde salgın hastalıklara ilişkin çıkarttığı rezolüsyonların (bağlayıcı nitelikteki kararlar) nicelik olarak tasnifi ve bu rezolüsyonlarda kullanılan ifadelerin yorumlanması yöntemle ilgilidir. Bu örnek

² Gary Goertz and James Mahoney, ‘Concepts and Measurement: Ontology and Epistemology’ (2012) 51 Social Science Information 205, 207–213.

³ Noella Mackenzie and Sally Knipe, ‘Research Dilemmas: Paradigms, Methods and Methodology.’ (2006) 16 Issues in educational research 193.

⁴ Yöntem ve metodoloji kavramlarının birbirlerinin karşılığı olarak kullanıldığı görülmektedir. Bkz. Rona Serozan, ‘Hukukta Yöntem’ (2013) 8 Journal of Yaşar University 2423.

özelinde, bir metodolojinin ve buna bağlı olarak da iki farklı yöntemin kullanılması gerektiği görülmektedir. Bu sebeple, bir uluslararası hukuk araştırmasının genel görünümünü ve istikametini tayin etme adına evleviyetle belirlenmesi gereken husus metodoloji olup, metodolojiye bağlı metotların belirlenmesi ise daha sonraki bir iştir.

III. ULUSLARARASI HUKUKTA METODOLOJİYE NEDEN İHTİYAÇ DUYARIZ?

Her bilim alanı belirli bir mantık silsilesi içerisinde bilgi üretimi gerçekleştirir. Uluslararası hukuk için de bu böyledir. Metodoloji olarak ifade edebileceğimiz bu silsile, araştırmacının veriler içerisinde kaybolmamasına ve elindeki argümanları sağlıklı bir şekilde ve yerli yerinde kullanmasına imkân tanır. Araştırmanın türü değiştikçe araştırmacının metodolojiye hâkim olabilme kapasitesi de değişir. Örneğin, seksen bin kelimelik bir monografi ile beş bin kelimelik bir araştırma makalesi için harcanan efor ve vakfedilen zaman farklıdır. Araştırmanın süresi ve kapsamı genişledikçe kullanılacak metot sayısı artabilir ve nihayetinde metodolojiyi kurgulamak daha zor hale gelebilir.

Uluslararası hukuk açısından metodoloji ayrı bir öneme sahiptir. Bunun birkaç geçerli sebebi mevcuttur. Birincisi, uluslararası hukuk disiplininin ne olduğuna yönelik tartışmalarda saklıdır. Uluslararası hukukun gerçek bir hukuk dalı olup olmadığı yazındaki klasik bir tartışma konusudur.⁵ Norm ihdas edici ve uygulayıcı merkezi bir yapının bulunmaması, uluslararası hukuk normlarının ulusal hukuk normları kadar bağlayıcı karaktere sahip olmaması ve uluslararası hukuk kurallarının devletler tarafından sıklıkla ihlal ediliyor olması,⁶ bu disiplinin gerçek bir hukuk dalı olmadığı yönündeki eleştirilerin temelini oluşturur. Bu eleştirilerde haklılık payı bulunmaktadır. Lakin, uluslararası hukukun ihlal ediliyor olmasının bir gerekçe olarak sunulması ve disiplinin hukuk aleminden aforoz edilmesi de kabul edilebilir değildir. Nitekim hukuk kurallarının ihlal edilmesi yalnız uluslararası hukuk için geçerli değildir.⁷ Hülasa, uluslararası hukukun belirli bir konuda kural koyması ve bunun karşılığında da bir yaptırım mekanizması belirlemesi, disiplinin normatifliği adına yeterlidir. Bu gerçeklik, uluslararası hukuk yazınındaki araştırmaların, metodoloji oluşturma süreçlerinde normatifliği dikkate almalarını gerektirir.

⁵ d'Amato (n 1).

⁶ ibid 1293–1313.

⁷ Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I* (6th edn, Seçkin 2021) 38–47.

Metodolojiyi uluslararası hukuk için önemli kılan ikinci husus, uluslararası hukukun disiplinlerarası niteliğidir. Uluslararası hukuk, uluslararası toplumun sùjeleri arasındaki ilişkileri düzenlemek için vardır. Devletler, uluslararası örgütler ve bireylerin uluslararası toplumu oluşturan başat sùjeler olduğu dikkate alındığında, uluslararası hukukun bu sùjelerin ilişkilerini düzenleyebilecek nitelikte olması gerekir. Uluslararası hukukun bu noktada iç hukuktan ayrıldığı söylenebilir. Nitekim bir iç hukuk normu belirli bir devlet ülkesi içerisinde o devletin tüzel ve gerçek kişileri için oluşturulurken, uluslararası hukukun hitap ettiği kesim bir hayli geniştir. Öyle ki bu özellik, uluslararası hukuku, hukuk ile sosyal bilimler arasında bir köprü haline getirir. Uluslararası hukukun, hem hukuk (hukuk fakùlteleri) hem de sosyal bilimlerde (Uluslararası İlişkiler-Siyaset Bilimi) yükseköğrenim düzeyinde öğretilmesi bunun açık bir göstergesidir. Bu nedenle, uluslararası hukuk araştırmalarında benimsenen metodolojilerin her iki açıdan duyarlı olması gerekir.

IV. NORMATİF YAKLAŞIM VE SINIRLARI

Normatiflik hukukun temel gerçeğidir. Bu özelliği nedeniyle hukukun öznel olduğu ve sosyal bilimlerden farklı olduğu savunulur.⁸ Bu özellik uluslararası hukuk için de kısmen geçerlidir. Uluslararası hukuku hukuk yapan, hukuki norm ve süreçleri ihtiva ediyor olmasıdır. Bu durum uluslararası hukuk sùjelerinin hepsi için geçerlidir. Devletlerarası bir anlaşmanın ihdas edilmesi, bir uluslararası yargı mekanizmasının kararları ve bireylerin haklarını koruyan bir insan hakları belgesinin oluşturulması tamamıyla normatiflik içerir.

Normatif hukukun metodolojisi de normatiftir. Bu metodoloji doktriner “doctrinal” metodoloji olarak bilinir. Doktriner metodolojiye göre yürütölen bir çalışmada, hukuk normlarının bulunması ve yorumlanması esastır.⁹ 19. ve 20. yüzyılın vazgeçilmez hukuk metodolojisi olan doktriner metodoloji, hukuk normları ve kavramlarının irdelenmesine yoğunlaşır.¹⁰ Buna göre, bir hukuki gelişmeyi değerlendirmek için kullanılan ölçüt normlar ve parametreler de hukukun içindedir. Örneğin, yasa koyucu tarafından çıkartılan bir ceza normunun yeterliliği, ilgili devletin anayasasına veya bir genel hukuk ilkesine uygunluğu ile ölçölür. Şayet bu yeni düzenleme ilgili anayasaya veya ilgili hukuk ilkesine aykırı ise geçersiz olarak değerlendirilir. Uluslararası hukuk yazını için de bu geçerlidir. Örneğin,

⁸ Serozan (n 4) 2425.

⁹ Terry Hutchinson and Nigel Duncan, ‘Defining and Describing What We Do: Doctrinal Legal Research’ (2012) 17 Deakin L. Rev. 83, 110.

¹⁰ ibid 85.

devletler arasında meydana gelen bir silahlı çatışmanın değerlendirilmesinde ilk bakılan yer BM Şartı ve ilgili devletlerin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalardır. Söz konusu çatışma durumu bu normatif metinler üzerinden doğru veya yanlış olarak değerlendirilir. Çatışmaya taraf devletlerin ilişkileri, tarihteki benzer çatışma örnekleri, bu çatışmaları açıklayan teoriler vb. maalesef değerlendirme dışında bırakılmaktadır. Özetle, doktriner hukuk metodolojisine dayalı olarak yapılan hukuk araştırmaları için belirlenen çerçeveler normatiftir (*normatif çerçeveler*), hukukun içindedir ve esneme katsayıları düşüktür.¹¹

Doktriner metodoloji şüphesiz hukuk araştırmaları için önemli bir yere sahiptir. Uygulanan hukukun *-ulusal veya uluslararası-* gelişmesinde hayati bir öneme sahiptir. Bu metodolojiye göre araştırma yapacakların derin bir hukuk bilgisine, etkili bir hukuk diline ve verilen hukuki kararları muhakeme etme yetisine sahip olması gerekir.¹² Uluslararası hukuk açısından düşünüldüğünde, konunun uluslararası toplumu ilgilendiriyor olmasından dolayı bu yetilerin bir uluslararası hukukçu için de *sine qua non* olduğu söylenebilir. Peki doktriner hukuk metodolojisi bir uluslararası hukuk çalışması için yeterli midir? Esasen bu soruya verilecek yanıt, uluslararası hukuk dışındaki diğer hukuk disiplinleri için de geçerlidir. Hukuk kavramlarını, prensiplerini, normlarını ve diğer ulusal ve uluslararası hukuk metinlerini merkezine alan doktriner metodolojinin “black-letter” metodoloji olarak ifade edilmesi, bu soruya üstü kapalı bir şekilde cevap vermektedir. Tam karşılığı Gotik Yazı biçimi olan “black-letter”, eski hukuk metinlerinin daktilo edilme aşamasındaki yazı stilini tanımlamak için kullanılır. Mevzuat ve içtihatların bulunduğu eserlerde kullanılan bu yazı stili, bu iki hukuk çıktısı *-mevzuat ve içtihat-* üzerinde duran doktriner metodolojinin farklı bir ifade biçimi olarak literatüre yerleşmiştir.¹³ Ayrıca, bu kavram, doktriner metodolojinin dar kapsamlı ve yetersiz olduğunu ifade etmek isteyenler tarafından bilinçli ve ironik bir biçimde de kullanılmaktadır. Bu noktada doktriner metodolojiyi benimseyen hukukçuları eleştiren Becher, hukukçu akademisyenlerin pratikte boğulduklarını ve bu sebeple “akademisyen” olup olmadıklarının sorgulanması gerektiğini ileri sürer.¹⁴ Ako ve Olawuyi’ye göre, hukuk araştırmalarındaki analizin mevcut hukuk normlarını yorumlamakla sınırlı kalması ve teorik

¹¹ Sezai Çağlayan, ‘Hukuk Araştırmasında Teorik ve Normatif Çerçeveler: Teorinin Uygulamaya Aktarımı’ (2021) 11 Hacettepe Law Review 1533–1536.

¹² Hutchinson and Duncan (n 9) 116.

¹³ ibid 94.

¹⁴ Tony Becher, ‘Towards a Definition of Disciplinary Cultures’ (1981) 6 Studies in Higher education 109, 111.

bir temele inilmemesi de büyük bir eksiklik olarak tanımlanmıştır.¹⁵ Doktriner hukuk metodoloji üzerinden hukukçulara yönelik yapılan bu eleştirileri minimize etmenin yolu, aşağıdaki başlıkta açıklanacağı üzere, disiplinlerarası bir yaklaşımın benimsenmesi olacaktır.

V. DİSİPLİNERARASI ARAŞTIRMA YAKLAŞIMININ SAĞLADIĞI METODOLOJİK AVANTAJLAR

Disiplinlerarası yaklaşım, istisnasız bir şekilde her bilim dalında dillendirilen güncel bir fenomendir. Yükseköğretim kurumları, akademik yayıncılık faaliyeti gerçekleştiren dergiler, yayınevileri ve daha birçok platform bu fenomeni misyon ve vizyon belgelerine dahil etmektedir. Nedir bu disiplinlerarası yaklaşım, neden önemlidir ve uluslararası hukuk metodolojisine nasıl fayda sağlar?

Disiplinlerarası yaklaşım, son 30 yıllık süreçte yaşanan ekonomik krizler nedeniyle üniversitelere aktarılan devlet desteklerinin kısılması sonucu popülerlik kazanmıştır. Farklı bilim alanlarında faaliyet gösteren araştırmacıların bir araya gelerek dış (finansal) kaynaklı projelerle bilgi ve ekonomik çıktı üretmesi tercih edilen bir çalışma biçimi haline gelmiştir.¹⁶ Bireysel olarak yapılan kütüphane temelli doktriner çalışmalardan ziyade, grup odaklı ve disiplinlerarası anlayışa dayalı araştırmalar, hukukçulardan da beklenmektedir. Farklı şekillerde tezahür etmekle birlikte hukukçuların bu konuda statükocu bir tavır takındıklarını söylemek yanlış olmayacaktır. Lakin İngiltere ve Avustralya gibi ülkelerde hükümetler tarafından başlatılan kurumsal girişimlerle, akademik yayınların “kalitesi” ölçülmeye başlanmış ve mevcut atmosfer belirli ölçüde değişmiştir.¹⁷ Bu gelişmeler doğrultusunda ilgili ülkelerdeki hukukçuların yeni trende uyumlu çalışmalar yapması teşvik edilmiş, yayın “kaliteleri” bu trende koşul olarak kurulan dizinleme araçları ile ölçülür hale gelmiştir. Bu süreçte üretimi gerçekleştirilen akademik çıktıların “kalitesi”, metodolojik yapının çeşitliliği, disiplinlerarasılık, ekonomik ve toplumsal fayda üzerinden ölçülmeye başlamıştır. Benzer uygulamaların kısa sürede yaygınlaşacağı ise su götürmez bir gerçekliktir.

Hukukçuların uzun vadede bu yaşanan gelişmelere uyum sağlaması kaçınılmaz hale gelecek gibi görünmektedir. Çoğu hukukçu, hukukun ulusal nosyonlu bir alan olduğunu ileri sürerek

¹⁵ Rhuks Ako and Damiola S Olawuyi, ‘Methodology, Theoretical Framework and Scholarly Significance: An Overview of International Best Practices in Legal Research’ (2017) 8 Journal of Sustainable Development Law and Policy (The) 225, 235.

¹⁶ Hutchinson and Duncan (n 9) 86.

¹⁷ ibid 90–97.

değişime karşı direnmektedir. Esasen bu noktadaki direnç Türk hukuk akademiyasında da ciddi bir şekilde hissedilmektedir. Bunun en temel nedeni ve de doğal sonucu Türk hukuk öğretimindeki *-lisansüstü-* geleneğin korunuyor olmasıdır.¹⁸ Diğer taraftan disiplinlerarası yaklaşımın zorunluluk haline geldiği Batı'daki hukukçuların çoğu, tıp dahil olmak üzere birçok farklı alandaki araştırmacılarla ortak çalışmalar yapmaktadırlar. Bu da doğal olarak kullanılan metodolojinin çeşitlenmesine neden olmuştur. Bu süreçte kurulan çok disiplinli dergilerin nicelik ve nitelik olarak artış göstermesi ise bu sürecin hem doğal bir sonucu hem de hızlandırıcısı olmuştur.

Disiplinlerarası yaklaşımın hukuka uyarlanması noktasında uluslararası hukuk yazınının görece daha elverişli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu açıdan disiplinin metodolojik olarak faydalanabileceği en yakın alan sosyal bilimlerdir. Uluslararası İlişkiler başta olmak üzere, Siyaset Bilimi, Sosyoloji, Psikoloji ve hatta Teoloji'de kullanılan farklı metodolojiler uluslararası hukuk için elverişlidir. Bu disiplinlerde kullanılan teorik ve kavramsal çerçeveler uluslararası hukuk araştırmalarının daha sistematik hale gelmesine yardımcı olacak mahiyettedir. Esasen bu çerçevelerin hukuk ve uluslararası hukukta hiç kullanılmadığını söylemek doğru değildir. Hali hazırda, özellikle Batı'da, bu yaklaşımın yaygın olduğu açıktır. Doktriner metodolojiyi benimsemiş hukukçular açısından bir değerlendirme yapıldığında bu yeni çerçevelerin faydalı olduğu söylenebilir. Peki nedir bu çerçeveler, doktriner metodolojiden farklı olarak neyi önermektedir?

Teorik çerçeve (*theoretical framework*) bir araştırmada ele alınacak konunun bakış açısının belirlenmesidir. Bir monografi veya bir makale yazarının olayları ele alma biçimi ve bu süreçte dikkate aldığı dünya görüşü teorik çerçeveyi oluşturur.¹⁹ Buradaki dünya görüşü geniş kitlelere ulaşmış bir ideoloji veya belirli bir alana özgü daha dar bir teori de olabilir. Örneğin, klasik uluslararası ilişkiler yazınındaki hâkim görüş Realizm'dir.²⁰ Hobbesçi bir felsefeyi benimseyen Realizm akımının odağında güç faktörü vardır. Özellikle Soğuk Savaş döneminde etkisi hissedilen bu teoriye göre uluslararası sisteme anarşi hakimdir, devletler birbirleriyle dost değildir ve devletlerin hayatta kalabilmeleri için tek gereksinim duydukları

¹⁸ Türkiye'deki hukuk lisansüstü programları genel itibarıyla "Kamu Hukuku" ve "Özel Hukuk" şeklinde iki genel başlık altında yürütülmektedir. Son zamanlarda "Sağlık Hukuku", "Bilişim Hukuku", "Spor Hukuku" gibi farklı fransiyonların gelişim göstermesi olumlu bir gelişme olmakla birlikte, yerleşik geleneksel anlayışın etkilerinin kısa vadede etkisini yitirmesi de beklenmemektedir.

¹⁹ Norman G Lederman and Judith S Lederman, 'What Is a Theoretical Framework? A Practical Answer' (2015) 26 Journal of Science Teacher Education 593, 593–596.

²⁰ Sandrina Antunes and Isabel Camisão, 'Realism' in Stephen Mcglinchey, Rosie Walters, And Christian Scheinpflug (eds), *International Relations Theory* (E-International Relations Publishing 2017).

şey güçtür. Diğer taraftan Liberalizm’de ise gücün maksimizasyonundan ziyade iş birliğine önem verilir. Karşıt bu iki teori ve bunlardan ayrılarak oluşan yeni fraksiyonlar,²¹ sosyal gerçekliklerin farklı gözlüklerden incelenebilmesini sağlar. Uluslararası hukuk yazınında ele alınacak bir gelişmenin bu teorilerden soyutlanarak incelenmesi disiplini eksik kılar. Örneğin, NATO’nun 1999 tarihinde Kosova’da gerçekleştirdiği hava saldırıları, BM Şartı hükümlerine aykırı olduğu gerekçesiyle ciddi eleştiriler almıştır.²² Teknik olarak bu doğrudur. Normatif olarak ortada bir çerçeve olarak BM Şartı vardır ve NATO BM Şartı’daki *jus cogens* niteliğindeki kuvvet kullanma yasağını ihlal etmiştir. Lakin diğer taraftan, söz konusu NATO eyleminin “insani müdahale” konsepti içinde açıklanmaya çalışıldığı görülmektedir.²³ Teknik olarak yasal olmayan (mevzuata uygun olmayan) bir hususun içtimai olarak uluslararası toplum tarafından meşru kabul edildiği ileri sürülmektedir. Bu örnek özelinde normatif çerçevenin tekliği söz konusudur ve bu da BM Şartı’dır. Diğer taraftan, NATO müdahalesinin doğruluğu veya yanlışlığı ile ilgili olarak farklı perspektiflere sahip birden fazla teorik çerçeveden bahsedilebilir. Dahası, bu teorilerin her biri farklı disiplinlere ait de olabilir. Sosyoloji’de Bourdieu tarafından geliştirilen *Sembolik Şiddet Teorisi*²⁴ veya Galtung’un *Kişisel-Yapısal Şiddet Teorisi*²⁵ uluslararası hukuk alanındaki kuvvet kullanımına bağlı şiddet olgularını açıklamak için kullanılacak teorik çerçevelerdir.

Uluslararası hukuk özelinde analiz yapmaya imkân tanıyan bu iki tür çerçevenin *-normatif ve teorik çerçeve-* ilişkisine dair farklı görüşler mevcuttur. Bu iki çerçevenin bazı durumlarda örtüştüğünü ileri sürenler vardır. Westerman, belirli bir coğrafyada geçerli olan bir hukuk sisteminin bir nevi teorik çerçeve olduğunu ve bunun “örtülü teorik çerçeve” olarak ifade edilebileceğini ileri sürmüştür.²⁶ Diğer taraftan, teorik çerçevelerin normatif çerçevelere göre daha geniş nitelikte olduklarını savunanlar, teorik çerçevelerin işlevlerinin hukuk sistemlerini yorumlamak olduğunu savunurlar.²⁷ Örneğin, birinci görüş perspektifinden bir değerlendirme yapıldığında, Anglo-Sakson hukuk sistemi başlı başına örtülü bir çerçevedir ve hukuk

²¹ Bkz. Annette Freyberg-Inan, ‘Critical Theories and Change in International Relations’ [2021] The Oxford Handbook of Peaceful Change in International Relations 205.

²² Louis Henkin, ‘Kosovo and the Law of “Humanitarian Intervention”’ (1999) 93 American Journal of International Law 824, 824.

²³ ibid 826.

²⁴ Pierre Bourdieu, ‘Symbolic Violence’, *Beyond French Feminisms* (Springer 2003).

²⁵ Johan Galtung, ‘Violence, Peace, and Peace Research’ (1969) 6 Journal of peace research 167.

²⁶ Pauline C Westerman, ‘Open or Autonomous: The Debate on Legal Methodology as a Reflection of the Debate on Law’ [2009] Available at SSRN 1609575 4.

²⁷ Jan BM Vranken, ‘Methodology of Legal Doctrinal Research: A Comment on Westerman’ [2011] Methodologies of legal research: Which kind of method for what kind of discipline 111.

yazınında bu şekilde kullanılabilir. İkinci görüşe göre ise Anglo-Sakson hukuk sistemi teknik olarak bir hukuk sistemidir, bu sistemin açıklanabilmesi için yerleşik birtakım teorik çerçevelere ihtiyaç vardır. Bu örnekler tabiatıyla çoğaltılabilir. Lakin her iki çerçevenin arasındaki ayrımın her zaman için net olduğuna dair bir yargıya varmak da kolay değildir. Bunun sebebi, teorik çerçeveleri oluşturan bakış açılarının, son tahlilde, bir hukuk normuna dönüşme ihtimal ve potansiyelinin olmasıdır. Örneğin, liberal bakış açısı (teorik çerçeve) doğrultusunda oluşturulan bir normatif düzenleme haliyle liberal değerler taşıyacaktır. Bu konuda araştırma yapan bir hukukçunun, araştırması için belirleyeceği teorik ve normatif çerçeveler aynı perspektife (liberal bakış açısı) sahip olacağından, her iki çerçeve adına benzer değerlendirmeler ortaya çıkacaktır.²⁸

Uluslararası hukuk yazınında normatif ve teorik çerçeveler üzerinden *sui generis* yeni çerçevelerin oluşturulması da mümkündür. Başka bir anlatımla, belirli bir dünya görüşünü kabul etmiş bir teorik çerçeveyi temel kabul etmek suretiyle oluşturulmuş normatif çerçeveler, uluslararası hukuk gelişmelerinin değerlendirilmesinde yeni bakış açıları sunabilirler. Amerikalı uluslararası hukukçu Michael P. Scharf tarafından kaleme alınan 2013 tarihli “*Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments*” isimli kitap bu yeni tür çerçevelerin oluşturulması adına önemli bir girişimin ürünüdür.²⁹ Doğal Hukuk anlayışının dönüştürülmesinde önemli bir yere sahip olan ve uluslararası hukukun babası olarak isimlendirilen Hugo Grotius’ten (1583-1645) yola çıkan Scharf, uluslararası hukukun kaynağı olan teamüllerin, olağanüstü bazı olaylar neticesinde hızlı bir şekilde ortaya çıkabileceğine ilişkin yeni bir teori geliştirerek alan yazına önemli bir katkı sağlamıştır. İkinci Dünya Savaşı’nın sorumlularının yargılanmaları için kurulan ve bireyin uluslararası sorumluluğunu ortaya çıkartan Nürenberg yargılamaları ile ABD-Rusya mücadelesi ekseninde 1960’larda uzaya araç gönderilmesine bağlı olarak ortaya çıkan Uzay Hukuku, Scharf’ın tarif ettiği ve Grotian Moment olarak nitelendirdiği gelişmelerdir. Scharf’ın geliştirdiği bu yeni çerçevenin, uluslararası hukuktaki yeni hadiselerin yorumlanması adına temel kabul edildiği görülmektedir. Örneğin, Sterio tarafından devlet

²⁸ Uluslararası hukuk gelişmelerinin yorumlanması noktasında iki klasik çerçeve olarak “Doğal Hukuk Görüşü” ve “Pozitif Hukuku Görüşü” bulunur. Özellikle Türk yazınına bakıldığında çoğu ders kitabı sadece bu ikisine yer verir. Aksar tarafından hazırlanan ders kitabında, modern görüşler olarak “Realist Görüşler” ve “Liberal Görüşlere” yer verilmesi, uluslararası hukuktaki teorik çerçeve sorununun çözümü adına heyecan verici bir gelişmedir. İngilizce yazındaki eserlere bakıldığında ise uluslararası hukukun beslenebileceği ana akımlara ve bunların fraksiyonlarına dair ayrıntılı çalışmaların olduğu görülmektedir. Bkz. Aksar (n 7), s. 31-33; Rossana Deplano and Nicholas Tsagourias (eds), *Research Methods in International Law: A Handbook* (Elgar 2021).

²⁹ Michael P Scharf, *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments* (Cambridge University Press 2013).

teorisi üzerine yazılan bir eserde, 1933 Montevideo Sözleşmesi’de bahsi geçen devlet olma kriterlerinin (Ülke, egemenlik, millet ve diğer devletlerle ilişkiye girme kapasitesi) yeni uluslararası sistemde yetersiz olduğu, bölgesel ve küresel güç kabul edilen devletler tarafından tanınmanın da önemli bir kriter olması gerektiği belirtilerek, bu durumun, Scharf’ın tanımına göre bir Grotian Moment olduğu üzerinde durulmuştur.³⁰

Disiplinlerarası yaklaşım doğrultusunda uluslararası hukukçuların faydalanabileceği çerçeveler sosyal bilimlerin sağladıkları ile sınırlı değildir. Kapsam itibariyle hukuka en uzak sayılabilecek tıp disiplini dahi uluslararası hukukçular için önemli bir metodolojik kaynak sağlayıcı olabilir. Burada kastedilen bir cerrahi bilim metodolojisi tabi ki değildir. Son üç yılda, Covid-19 sürecinde gündemden düşmeyen Kamu Sağlığı (*Public Health*) bir tıp disiplini olarak uluslararası hukukçulara faydalı olabilir. Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) tarafından kamu sağlığı sorunlarının üstesinden gelinmesi için geliştirilen, izleme-tanımlama-uygulama-müdahale etme adımlarından oluşan Kamu Sağlığı Yaklaşımı (*Public Health Approach*), toplumsal bir gerçeklik olan şiddetin önüne geçebilme adına önemli bir yaklaşımı oluşturmaktadır.³¹ Şiddet, sadece belirli bir toplum içerisinde farklı kaynaklardan (din, dil, cinsiyet vb.) beslenen bir sorun olmayıp, uluslararası toplum için de önemli bir sorundur. Devletlerin birbirlerine karşı uyguladıkları ve uluslararası hukukta “kuvvet” (*force*) olarak ifade edilen eylemler de bir nevi şiddet türüdür. Devletin birtakım uluslararası hukuk normları (bkz. BM Şartı VII. bölüm) vasıtasıyla güç kullanması söz konusu şiddeti meşrulaştırırsa da (*legitimised violence*) bu bir şiddet türüdür. Kamu Sağlığı Yaklaşımı olarak geliştirilen bu dört aşamalı sürecin devletlerarası ilişkilere uyarlanması da bu bakımdan uluslararası hukuk yazını adına faydalıdır. Uluslararası hukukun tıbbi metodolojiden faydalanabilmesi adına tek örnek Kamu Sağlığı Yaklaşımı da değildir. Her iki disiplindeki yaklaşımların kullanılması vasıtasıyla yeni hibrid çerçevelerin oluşturulması da mümkündür. Nitekim David Fidler’in çalışması bu konuya güzel bir örnek teşkil eder.³² Uluslararası hukuk ve uluslararası ilişkiler yazınında önemli bir tartışma konusu olan “koruma sorumluluğu” (*responsibility to protect*) yaklaşımını kamu sağlığı alanına uyarlayan Fidler, BM’nin, kamu sağlığını tehdit eden gelişmeler karşısında, “kamu sağlığını uygulama sorumluluğu”

³⁰ Milena Sterio, ‘A Grotian Moment: Changes in the Legal Theory of Statehood’ (2010) 39 Denv. J. Int’l L. & Pol’y 209.

³¹ Local Government Association, ‘Public Health Approaches to Reducing Violence’ [2018] London, England 5.

³² David P Fidler, ‘The UN and the Responsibility to Practice Public Health’ (2005) 2 J. Int’l L & Int’l Rel. 41, 42.

olduğunu ileri sürerek, yeni bir çerçeve geliştirmiştir. Sağlık sorunlarının 21. yüzyıl dünyası adına ciddi tehditler oluşturduğunu ifade eden Fidler, bu sorunların klasik uluslararası hukuk sorunları olan Güvenlik Konseyi'nin reforme edilmesi ve kuvvet kullanmadan daha ciddi olduğunun altını çizerek bu yeni yaklaşımı geliştirmiştir. Bu yaklaşıma göre bir sağlık krizi karşısında izlenmesi gereken yol izleme ve müdahaledir. Buradaki “izleme” (*surveillance*) kamu sağlığı disiplininin, “müdahale” (*intervention*) ise uluslararası hukuktan ödünç alınan kavramlardır.

VI. SONUÇ

Uluslararası hukukta metodoloji sorunsalının çözümü disiplinlerarası yaklaşımdan geçmektedir. Normatifliğin ve normatif çerçevelerin uluslararası hukuk ve uluslararası hukukçu için önemli olması, bu çerçevelerin her soruna yanıt verdiği anlamına gelmemektedir. Bir uluslararası hukuk normunun ihdas edilmesi veya ihdas edilmiş bir normun yorumlanması tabiatıyla uluslararası hukukçunun görev alanına girer. Lakin şu da bir gerçektir ki söz konusu normların ortaya çıkmalarının arkasında da diğer disiplinleri ilgilendiren gelişmeler mevcuttur. Uluslararası toplumun son üç yıldır yaşadığı salgın süreçleri de bu durumun en güncel örneği olarak gösterilebilir. Bu sebeplerle, uluslararası hukukçunun kullanacağı metodolojiler kapsayıcı (*inclusive*) bir şekilde belirlenmeli ve gerekmesi halinde yenileri üretilerek yeni parametre ve ölçütler geliştirilmelidir. Bu konunun muhatabı şüphesiz yükseköğretim kurumlarıdır. Yükseköğretim kurumları olarak hukuk fakültelerinin tek misyonu, klasik hukuk anlayışına dayalı hukuk uygulayıcıları olarak avukat, hâkim ve savcı yetiştirmek değildir. Toplumun ihtiyaçları doğrultusunda ilgili normların ve kurumlarının daha geniş bir çerçevede değerlendirilmesine katkı sağlayacak hukukçu akademisyenlerin yetiştirilmesi de bu kurumların görevleri arasındadır. Uluslararası hukuk ölçeğinde düşünüldüğünde, uluslararası toplumun hukuki gereksinimlerinin daha geniş olduğu sarihtir. Bu bağlamda, uluslararası hukukçuların araştırmalarının da daha kapsayıcı bir metodolojiye ihtiyacı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu sebeple, metodoloji konusunun hukuk fakültelerinde ve hukuk kitaplarında daha fazla yer işgal etmesi gerekmektedir. Böylelikle, hukukçu akademisyenler ile yukarıda sayılan hukuk uygulayıcıları uzun vadede disiplinlerarası yaklaşıma sahip olabileceklerdir.

KAYNAKÇA

Ako R and Olawuyi DS, 'Methodology, Theoretical Framework and Scholarly Significance: An Overview of International Best Practices in Legal Research' (2017) 8 Journal of Sustainable Development Law and Policy 225

Aksar Y, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I* (6th edn, Seçkin 2021)

Becher T, 'Towards a Definition of Disciplinary Cultures' (1981) 6 Studies in Higher education 109

Bourdieu P, 'Symbolic Violence', *Beyond French Feminisms* (Springer 2003)

Çağlayan S, 'Hukuk Araştırmalarında Teorik Ve Normatif Çerçevesel: Teorinin Uygulamaya Aktarımı' (2021) Hacettepe Law Review, 1524-1552.

D'Amato A, 'Is International Law Really Law' (1984) 79 Nw. UL Rev. 1293

Fidler DP, 'The UN and the Responsibility to Practice Public Health' (2005) 2 J. Int'l L & Int'l Rel. 41

Freyberg-Inan A, 'Critical Theories and Change in International Relations' [2021] The Oxford Handbook of Peaceful Change in International Relations 205

Galtung J, 'Violence, Peace, and Peace Research' (1969) 6 Journal of peace research 167

Goertz G and Mahoney J, 'Concepts and Measurement: Ontology and Epistemology' (2012) 51 Social Science Information 205

Henkin L, 'Kosovo and the Law of "Humanitarian Intervention"' (1999) 93 American Journal of International Law 824

Hutchinson T and Duncan N, 'Defining and Describing What We Do: Doctrinal Legal Research' (2012) 17 Deakin L. Rev. 83

Lederman NG and Lederman JS, 'What Is a Theoretical Framework? A Practical Answer' (2015) 26 Journal of Science Teacher Education 593

Local Government Association, 'Public Health Approaches to Reducing Violence' [2018]
London, England

Mackenzie N and Knipe S, 'Research Dilemmas: Paradigms, Methods and Methodology.'
(2006) 16 Issues in educational research 193

Rossana Deplano and Nicholas Tsagourias (eds), *Research Methods in International Law: A Handbook* (Elgar 2021)

Sandrina Antunes and Isabel Camisã, 'Realism' in Stephen Mcglinchey, Rosie Walters, And
Christian Scheinplflug (eds), *International Relations Theory* (E-International Relations
Publishing 2017)

Scharf MP, *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing
Grotian Moments* (Cambridge University Press 2013)

Serozan R, 'Hukukta YöntemMethodology in Law' (2013) 8 Journal of Yaşar University
2423

Sterio M, 'A Grotian Moment: Changes in the Legal Theory of Statehood' (2010) 39 Denv. J.
Int'l L. & Pol'y 209

Vranken JB, 'Methodology of Legal Doctrinal Research: A Comment on Westerman' [2011]
Methodologies of legal research: Which kind of method for what kind of discipline 111

Westerman PC, 'Open or Autonomous: The Debate on Legal Methodology as a Reflection of
the Debate on Law' [2009] Available at SSRN 1609575

Vatandaş Olmayan Kişilerin Ülkeden Sınır Dışı/İade Edilme Kararlarına Karşı Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Approach of the Constitutional Court Against Deportation/Extradition Decisions of Non-Citizens

Fatmagül Kale Özçelik*

Öz

Türkiye, son yıllarda çeşitli göç dalgalarıyla karşı karşıya kalmıştır. Toplu ya da tekil şekilde kendi ülkesinden kaçan bu kimseler, sığınma talebiyle ülkemize gelmektedir. Sığınma talepleri reddedilen ya da daha sonra ülkede hukuka aykırı bir şekilde bulunduğu tespit edilen bu kimselerin ülkeden sınır dışı/iade edilme kararları Anayasa Mahkemesi'nde bireysel başvuru konusu olmuştur. Mahkeme bu başvuruları, kötü muamele yasağı ve aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde ele almıştır. Çalışmada da bu konudaki ilke kararlar incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: sınır dışı/iade edilme, Anayasa Mahkemesi, hak, insan hakları.

*Dr. Öğr. Üyesi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi, fatmagul.kale@omu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-8700-2150>.

Abstract

Turkey has faced various immigration waves in recent years. These people, who have fled their country collectively or individually, come to our country with a request for asylum. The deportation/extradition decisions of these people whose asylum claims were rejected or who were later found to be in the country unlawfully have been the subject of individual applications at the Constitutional Court. The Court dealt with these applications within the framework of the prohibition of ill-treatment and the right to respect for family life. In the study, the principle decisions on this issue were examined.

Keywords: deportation/extradition, Constitutional Court, right, human rights.

I. GİRİŞ

Bir devletin kendi ülkesinde vatandaşı olmayan ancak hukuka uygun bir şekilde yaşayan kişiler bulunabilir. Uluslararası hukuk kapsamında “göçmen”, “mülteci” ya da “geçici” şekilde adlandırılan bu kişiler, ya diğer bir devletin vatandaşı olabilir ya da herhangi bir vatandaşlığa sahip olmaksızın vatansız olabilir. Bu kişiler, çeşitli nedenlerle vatandaş olmadığı bir ülkeye giriş yapmıştır. Türkiye’de farklı vatandaşlıklara sahip kimselere ev sahipliği yapmaktadır. Özellikle son yıllarda Suriye başta olmak üzere İran, Irak, Afganistan kökenli kişiler Türkiye’ye yasa dışı yollardan gelerek, sığınma talebinde bulunmaktadır. Bu kişilerin sığınma talepleri ya kabul edilerek hukuka uygun bir şekilde ülkede kalmaktadırlar ancak zaman sonra çeşitli hukuki gerekçelerle ülkeden sınır dışı/iade edilmek istenmektedirler ya da sığınma talepleri kabul edilmeyerek ülkeden ayrılmaları istenmektedir. Haklarında ülkeden çıkış kararı verilen bu kişilerin yaptıkları bireysel başvurular, Anayasa Mahkemesi tarafından sonuçlandırılarak bu konudaki içtihadi standart belirlenmiştir. Çalışmamızda da, ülkemizde vatandaş olarak bulunmayan bu kişilerin sınır dışı/iade edilmelerine ilişkin devlet tarafından verilen kararların Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru içtihadı çerçevesinde incelenmesi hedeflenmiştir.

II. KÖTÜ MUAMELEYE UĞRAMA RİSKİNE KARŞI SINIR DIŞI EDİLME YASAĞI

Bir kimse, başka bir ülkeye iade ya da sınır dışı edildiği takdirde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 3. maddesi kapsamında yasaklanan bir muameleye ya da cezaya maruz kalma tehlikesiyle karşı karşıya ise ülkesinde bulunan devletin bu kişileri koruma yükümlülüğü bulunmaktadır¹. Bu yükümlülük kapsamında, ilgili devletin ülkesinde yasa dışı bulunan kişiyi sınır dışı ve iade etmeme yasağı bulunur.

3. madde kapsamında böyle bir yükümlülüğün devlet nezdinde doğabilmesi için öncelikle, sınır dışı/iade etme durumunda, gerçek bir tehditle karşılaşacağına inanılmasına izin verecek derecede ciddi gerekçelerin bulunması gerekmektedir². Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu nedenleri gerek kendisine taraflarca sağlanan gerekse re’sen temin ettiği unsurlara dayanarak takdir etmektedir³.

¹ Oya Boyar, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, Sibel İnceoğlu (ed), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (Beta 2013) 144

² ibid, 145

³ AİHM, Saadi v İtalya, 37201/06, 28.02.2008, paragraf 128

Anayasa Mahkemesi de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin belirlediği bu standartlardan sapmamaktadır. Nitekim önüne gelen sınır dışı/iade edilmeye ilişkin başvurularda, gönderileceği ülkede kötü muameleye maruz kalacağını iddia eden kişilerin bu iddialarının ciddi derecede ağır olmasını aramaktadır. Örneğin, A.A. ve A.A. Başvurusunda sınır dışı/iade edilmeye ilişkin olarak bu standarda vurgu yapmıştır⁴.

Anayasa Mahkemesinin istikrarlı içtihadına göre, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası, gönderildikleri ülkede kötü muameleye maruz kalma riski bulunan yabancıların maddi ve manevi varlıklarının korunması yönünde devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir⁵. Anılan pozitif yükümlülük kapsamında sınır dışı edilecek kişiye ülkesinde karşılaşılabileceği risklere karşı gerçek anlamda bir koruma sağlanabilmesi için sınır dışı kararına karşı etkili bir *karşı çıkma imkânı* tanınması gerekir. Ancak kötü muameleye karşı koruma yükümlülüğü, her sınır dışı işleminde yukarıda belirtilen şekilde bir araştırma yapılmasını gerektirmez. Bu yükümlülüğün ortaya çıkabilmesi için öncelikli olarak başvuru tarafından savunulabilir (makul) bir iddia ortaya konulmalı, bu kapsamda kötü muamele riskine ilişkin iddialar somutlaştırılmalıdır⁶.

Sınır dışı etme kararının uygulanması hâlinde kötü muamele yasağının ihlal edilebileceğine karar verebilmek için geri gönderilen ülkedeki riskin varlığının bir olasılığın ötesinde “gerçek bir risk” seviyesinde olduğunun ispatlanması gerekir⁷. Bu konudaki ispat külfeti iddianın niteliğine göre kamu makamlarına ve/veya başvurucuya ait olabilir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, “İlk olarak başvuru, geri gönderileceği ülkede uzun süredir devam eden genel siyasi istikrarsızlık ya da ülkenin tamamına yayılmış iç karışıklık nedeniyle kötü muameleye maruz kalacağını ileri sürebilir. Bu durumda anılan ülkenin genel koşullarının objektif olarak kötü muamele yasağına aykırılık oluşturmayacağı idari ve yargısal makamlar tarafından ortaya konulmalıdır. İkincisi, geri gönderilecek ülkenin kamu makamlarının; etnik kökenleri, dinî inançları, siyasi görüşleri ya da belirli bir gruba mensubiyetleri gibi nedenlerle kişilere sistematik olarak kötü muamelede buldukları iddia edilebilir. Böyle bir durumda kamu makamları tarafından, belirtilen özelliklerdeki kişi veya grupların ülkelerinde kötü muameleye uğrayıp uğramadıkları araştırılmalıdır. Buna karşılık

⁴ Anayasa Mahkemesi, 2015/3941, 1.3.2017

⁵ Anayasa Mahkemesi, 2020/11244,13.04.2022, paragraf 17; Anayasa Mahkemesi, 2015/3941, 1.3.2017, paragraf 59

⁶ Anayasa Mahkemesi, 2015/3941, 1.3.2017, paragraf 60-63

⁷ Anayasa Mahkemesi, 2015/3941, 1.3.2017, paragraf 65

başvurucunun da risk altında olduğu iddia edilen gruplara aidiyetini veya mensubiyetini ispatlaması gerekir. Üçüncüsü, geri gönderilecek ülkede var olduğu iddia edilen risk başvurusunun herhangi bir gruba mensubiyetinden ya da aidiyetinden bağımsız olarak doğrudan kişisel durumundan kaynaklanabilir. Bu durumda başvuru geri gönderileceği ülkede hangi nedenle kötü muameleye maruz kalacağını açıklamalı ve bu iddiasını ispata yarayacak olguları açıkça belirtmelidir. Son olarak geri gönderilecek ülkedeki riskin kamu görevlisi olmayan kişi veya gruplardan kaynaklandığı ileri sürülebilir. Böyle bir durumda ise hem riskin gerçekliğinin hem de söz konusu ülkenin kamu makamlarının bu riski ortadan kaldırmak konusunda yeterli korumayı sağlamakta yetersiz kalacaklarının başvuru tarafından kanıtlanması gerekir.”⁸

A.A. ve A.A. Başvurusunda ise başvuru tarafından sunulan bilgi ve belgeler ile Anayasa Mahkemesi tarafından resen araştırılarak elde edilen bilgiler birlikte değerlendirilmiş ve Irak'ın hangi bölgesinden oldukları bilinmeyen ve geri gönderilmeleri hâlinde Irak yönetiminin kendilerini korumakta yetersiz kalacağı yönünde bir açıklamada bulunmayan başvuru sahiplerinin sınır dışı edilmeleri hâlinde ülkelerinde kötü muameleye maruz kalabileceklerine ilişkin iddialarının savunulabilir nitelikte olmadığına karar verilerek; hak ihlaline hükmedilmemiştir⁹. Luay Ameen Başvurusunda da, başvuru tarafından Anayasa Mahkemesine yaptığı bireysel başvuruda sınır dışı edilmesi hâlinde maruz kalacağını ileri sürdüğü riske ilişkin somut ve kişisel açıklamalarda bulunmadığı, ülkesinin genel durumu dışında kendisinin hangi özel durumunun risk oluşturduğuna ilişkin somutlaştırma yapmadığından hareketle, hak ihlaline karar verilmemiştir¹⁰.

III. AİLE YAŞAMINA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKINA KARŞI SINIR DIŞI EDİLME YASAĞI

Vatandaş olmadığı ülkede ailesiyle beraber bulunan kimselerin sınır dışı edilmeleri halinde aile yaşamının ihlal edileceğine ilişkin tespit Anayasa Mahkemesi'nin A.A.A. Başvurusunda ortaya konulmuştur¹¹. Yüksek mahkeme burada da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadını takip etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Schembri/Malta¹² kararında; göçmenlerle ilgili kurallardan kurtulmak, ikamet izni veya vatandaşlık kazanmak için yapılan,

⁸ Anayasa Mahkemesi, ibid, paragraf 67-69

⁹ Anayasa Mahkemesi, ibid, paragraf 81

¹⁰ Anayasa Mahkemesi, 2020/11244, 13.04.2022, paragraf 20

¹¹ Anayasa Mahkemesi, 2018/36516, 15.03.2022.

¹² AİHM, Schembri v Malta, 66297/13, 19.9.2017, paragraf 53-54

böylelikle hakiki olmayan anlaşmalı evliliklerin *aile hayatı* kapsamında olmadığını, dolayısıyla da konu bakımından 8. maddenin kapsamında bulunmadığını vurgulamıştır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) da evliliğin amacının bir aile hayatı kurmak değil ülkeye giriş, çalışma ve/veya ikamet izni almak için yapıldığının tespit edildiği başvuruları, ortada Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında korunması gerekli gerçek bir aile hayatı bulunmadığı gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur¹³.

Sözleşme, yabancıların ülkeye girişi veya oraya yerleşmeleri hususundaki bir hakkı güvence altına almamakla birlikte kişinin yakın aile bireylerinin bulunduğu bir ülkeden ayrılmak zorunda olması, belirli koşullar altında aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmesine neden olabilir¹⁴. Aile hayatına saygı hakkının yalnızca vatandaşlar tarafından değil hukuka uygun şekilde ikamet eden yabancılar tarafından oluşturulan aile birliklerini de koruduğunun kabulü gerekir. Bunun yanı sıra kimi zaman ülkede hukuka aykırı olarak bulunan yabancıların aile yaşamının da belirtilen güvenceden yararlanması söz konusu olabilir¹⁵. Vatandaş olmayanların buldukları ülkeden çıkarılması durumunda aile yaşamına saygı hakkının uygulanabileceğine ilişkin AİHM'in ilk kararı Abdulaziz, Cabales ve Balkandali davasındadır¹⁶.

AİHM, sınır dışı işlemi gibi aile hayatına saygı hakkına yönelik müdahaleleri Sözleşme'nin 8. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kanunilik, meşru amaç, demokratik toplumda gereklilik ve orantılılık ilkeleri bakımından incelemeye tabi tutmaktadır. AİHM, orantılılık incelemesi yaparken başvurucuların aile hayatı ile sınır dışı işleminin uygulanması bağlamında gözetilen kamusal menfaat arasında adil bir denge kurulması gereğine işaret etmiştir. Söz konusu değerlendirmede dikkate alınması gereken unsurlar arasında başvurucunun işlediği suçun niteliği ve ağırlığı, sınır dışı edilmeden önce başvurucunun ülkede ikamet süresi, suçun işlenmesinin ardından geçen süre, ilgili diğer kişilerin vatandaşlıkları, aile durumu, evliliğinin süresi, çiftin gerçek ve hakiki bir aile yaşamı sürdürüp sürdürmediğini gösteren diğer etkenler, eşin aile yaşamını kurduğu anda söz konusu suçtan haberdar olup olmadığı, evlilikte çocuk sahibi olup olmadıkları ve varsa çocukların yaşı gibi hususlar yer almaktadır. Her ne kadar bir kişinin sınır dışı edilen eşi ile sınır dışı edildiği ülkede birlikte yaşamasının beraberinde bazı

¹³ AİHM Ayhan Yavuz v Avusturya (Kabul Edilemezlik Kararı), 25050/94, 16/1/1996; F.P.; Birleşik Krallık (Kabul Edilemezlik Kararı), 20118/92, 12/10/1992.

¹⁴ AİHM, Boultif v İsviçre, 54273/00, 2/8/2001, paragraf 39

¹⁵ AİHM, Slivenko v Litvanya, 48321/99, 9/10/2003, paragraf 94; AİHM, Amara v Hollanda (Kabul Edilemezlik Kararı), 6914/02, 5/10/2004

¹⁶ Nicola Rogers, 'Immigration and the European Convention on Human Rights: Are New Principles Emerging?' (2003) 1 E.H.R.L.R., 54.

zorlukları getireceği olgusu tek başına sınır dışı edilmeye engel oluşturmasa da AİHM özellikle eşin başvurusunun ülkesinde karşılaşması muhtemel zorlukların ciddiyetini de göz önünde tutmaktadır¹⁷.

A.A.A. Başvurusunda da Anayasa Mahkemesi, Türkiye’de yasal olarak ailesiyle beraber oturma iznine sahip olan kişinin tek başına sınır dışı edilerek, ailesinin konumunun göz önüne alınmamasını aile yaşamına saygı hakkını ihlal ettiğini tespit etmiştir¹⁸.

IV. SONUÇ

Vatandaş olmayan kişilerin sınır dışı/iade edilme kararları karşısında Mahkeme’nin önüne iki iddiayla çıktıkları görülür: birincisi kötü muameleye uğrama yasağı, ikincisi aile yaşamına saygı hakkı. Anayasa Mahkemesinin istikrarlı içtihadına göre, Anayasa’nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası, gönderildikleri ülkede kötü muameleye maruz kalma riski bulunan yabancıların maddi ve manevi varlıklarının korunması yönünde devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir. Anılan pozitif yükümlülük kapsamında sınır dışı edilecek kişiye ülkesinde karşılaşabileceği risklere karşı gerçek anlamda bir koruma sağlanabilmesi için sınır dışı kararına karşı etkili bir *karşı çıkma imkânı* tanınması gerekir. Ancak kötü muameleye karşı koruma yükümlülüğü, her sınır dışı işleminde yukarıda belirtilen şekilde bir araştırma yapılmasını gerektirmez. Bu yükümlülüğün ortaya çıkabilmesi için öncelikli olarak başvuru tarafından savunulabilir (makul) bir iddia ortaya konulmalı, bu kapsamda kötü muamele riskine ilişkin iddialar somutlaştırılmalıdır. Sınır dışı etme kararının uygulanması hâlinde kötü muamele yasağının ihlal edilebileceğine karar verebilmek için geri gönderilen ülkedeki riskin varlığının bir olasılığın ötesinde “gerçek bir risk” seviyesinde olduğunun ispatlanması gerekir. Bunlar yok ise kötü muameleye uğrama yasağı ihlal edilmez. Türkiye’de yasal olarak ailesiyle beraber oturma iznine sahip olan kişinin tek başına sınır dışı edilerek, ailesinin konumunun göz önüne alınması gerekir. Aksi halde kişilerin aile yaşamına saygı hakkını ihlal edilir.

¹⁷ AİHM, *Boultif v İsviçre*, 54273/00, 2/8/2001, paragraf 48; AİHM, *Üner v Hollanda (BD)*, 46410/99, 18/10/2006, paragraf 62-66

¹⁸ Anayasa Mahkemesi, 2018/36516, 15.03.2022, paragraf 60-61

KAYNAKÇA

Boyar O, “İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, Sibel İnceoğlu (ed), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 3. Baskı, (Beta 2013).

Rogers, N, “Immigration and the European Convention on Human Rights: Are New Principles Emerging?” E.H.R.L.R., Issue 1, 2003, ss. 53-64.

AİHM, Saadi v İtalya, BD, Başvuru Numarası: 37201/06, 28.02.2008.

AİHM, Schembri v Malta, Başvuru Numarası: 66297/13, Karar Tarihi: 19.9.2017.

AİHM, Ayhan Yavuz v Avusturya (Kabul Edilemezlik Kararı), Başvuru Numarası: 25050/94, Karar Tarihi: 16.1.1996.

AİHM, F.P. v Birleşik Krallık (Kabul Edilemezlik Kararı), Başvuru Numarası: 20118/92, Karar Tarihi: 12.10.1992.

AİHM, Boultif v İsviçre, Başvuru Numarası: 54273/00, Karar Tarihi: 2.8.2001.

AİHM, Slivenko v Litvanya, Başvuru Numarası: 48321/99, Karar Tarihi: 9.10.2003,

AİHM, Amara v Hollanda (Kabul Edilemezlik Kararı), Başvuru Numarası: 6914/02, Karar Tarihi: 5.10.2004.

AİHM, Üner v Hollanda (BD), Başvuru Numarası: 46410/99, Karar Tarihi: 18.10.2006.

AYM, A.A. ve A.A. Başvurusu, Başvuru Numarası: 2015/3941, Karar Tarihi: 1.3.2017.

AYM, Luay Abdulsattar Ameen Ameen Başvurusu, Başvuru Numarası: 2020/11244, Karar Tarihi: 13.04.2022.