



DIGESTA TURCICA

JOURNAL OF THE
UNION OF TURKISH BAR
ASSOCIATIONS

2

Özdemir ÖZOK

Luzius WILDHABER

Tülay TUĞCU

Deniz AKÇAY

Rona AYBAY

Christian RUMPH

Hakan HAKERİ

Durmuş TEZCAN

Christian GORISCH

Michel BÉLENGER

Ahmet MUMCU

Barbara HUBER

Günsel KOPTAGEL-İLAL

Şemsettin Talip DİLER

ISSN: 1305-1091



DIGESTA TURCICA

JOURNAL OF THE UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS

2

ISSUE: 2, 2006

DIGESTA TURCICA

JOURNAL OF THE UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS

ISSUE: 2, 2006

Publisher

On behalf of the Union of Turkish Bar Associations
Att. Özdemir ÖZOK, President

**Chairperson of the General Board
of Publications**
Att. Teoman ERGÜL

Managing Editor
Dr. Ozan ERGÜL

**Adress for Submissions and
Correspondence**
Union of Turkish Bar Associations
(Türkiye Barolar Birliği)

General Board of Publications
Karanfil Sokağı 5/62
06650 Kızılay-Ankara
TURKEY

Telephone: +90 (312) 425 30 11 or
425 36 19

Telefax: +90 (312) 418 78 57
www.barobirlik.org.tr
admin@barobirlik.org.tr
yayin@barobirlik.org.tr

ISSN: 1305-1091

Editor in Chief
Prof. Dr. Rona AYBAY

Board of Editors
Prof. Dr. Yüksel ERSOY
Att. Şahin MENGÜ
Prof. Dr. Ahmet MUMCU
Att. Talay ŞENOL
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

Board of Advisors
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK
(Marmara University)
Prof. Dr. Aydın AYBAY
(Maltepe University)
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK
(İstanbul Kültür University)
Prof. Dr. Hüseyin PAZARCI
(Atılım University)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ
(Galatasaray University)

© Union of Turkish Bar Associations

- DIGESTA TURCICA is published annually.
- The Board of Editors will review all manuscripts received and will select those to be published.
- Previously published manuscripts may not be submitted.
- All published material becomes the property of UTBA (TBB) which retains all copyrights.
- No material published in this journal may be reproduced in part or in whole without reference to DIGESTA TURCICA.
- The opinions expressed in the material published by DIGESTA TURCICA are the responsibility of the author alone.

Design and Offset Preparation

Düş Atelyesi
+90 (312) 215 70 37

Printing

Şen Matbaa
+90 (312) 229 64 54

Printing date: June 2006

CONTENTS

From The Editor	5
Özdemir Özok	
The Effects Of EU-Turkish Relations to our Legal System	7
Luzius Wildhaber	
Solemn Hearing of the European Court of Human Rights on the Occasion of the Opening of the Judicial Year	9
Luzius Wildhaber	
Audience solennelle de la Cour européenne des Droits de l'Homme à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire	21
Tülay Tuğcu	
The Place of the European Convention on Human Rights in Turkey	34
Deniz Akçay	
Le Mécanisme de Contrôle de la Convention européenne des Droits de l'Homme: un Processus de Réforme continu	43
Rona Aybay	
A Proposal of "Mandatory Conciliation" Process to be Incorporated in the Protection Mechanism of the European Convention on Human Rights	63
Christian Rumph	
Der Vergütungsanspruch im Behandlungsvertrag nach türkischem Recht	68

Hakan Hakeri	
Der türkische Entwurf für ein Gesetz über die Haftung wegen fehlerhafter Behandlung medizinischer Dienste (Kunstfehler)	99
Christian Rumph	
Die türkische Verfassung - eine Perspektive für Europa	115
Durmuş Tezcan	
Droits Procéduraux des Détenus et comment Informer les Suspects de leurs Droits (Lettre de Droits)	187
Christian Görisch	
Der Beitrag der Rechtsprechung zur Stärkung der Demokratie in Deutschland (Vortragsmanuskript)	198
Michel Bélenger	
Le Droit a là Sante, Droit fondamental de da Personne humaine	214
Ahmet Mumcu	
A Complementary Note on the Biography of Richard Honig	223
Barbara Huber	
The Normative Framework Against Child Abuse in European Supra-national and German Law-An Overview	225
Günsel Koptagel-İlal	
Psychiatry and Law Use and Abuse of a Delicate Profession	240
Şemsettin Talip Diler	
The Precursor of the Modern Roman Law Studies in Turkey	250
ECHR Judgement, Leyla Şahin v. Turkey	261
Legislation	323

from the editor...

When we launched the first issue of *DIGESTA TURCICA* last year, we were excited by the idea of publishing the first “journal” of the Union of Turkish Bar Associations entirely in foreign languages. Despite the fact that the Union of Turkish Bar Associations was quite experienced in the field of publications having published not only several books but also the *Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Journal of the Union of Turkish Bar Associations)* which had been regularly issued for over 20 years, I should admit, that we were also worried about the success of this new endeavour.

Today, I am pleased and proud to say that the reactions we have received about the first issue were generously encouraging. I am deeply grateful to all who sent us letters and messages of congratulations. I am also grateful to those readers who kindly drew our attention to certain drawbacks and overlooked points in the first issue. These friendly criticisms were, certainly, taken into account in preparing this second issue.

I hope the reader will find fewer points to criticize in this issue. Needless to say, any comments or criticism on this issue will be most welcome and taken into account in the preparations of future issues.

* * *

In this issue you will find the English and French versions of the opening address of Judge Luzius Wildhaber, President of the European Court of Human Rights delivered on 20 January 2006 on the occasion of the new judicial year of his court. This year the opening ceremony of the ECHR had a particular significance for Turkey because Judge Madame Tülay Tuğcu, President of the Constitutional Court of Turkey was invited to address the audience during the opening ceremony in Strasbourg. You will find the text of President Tuğcu’s speech following that of President Wildhaber.

If I may take a bit of liberty and be personal, I would add that I was also invited to participate in the opening ceremony by President Wildhaber as member of the Group of Wise Persons. I accepted this invitation with much pleasure.

* * *

In the previous issue of *DIGESTA TURCICA*, we published the replica of an article on the place of Istanbul, in the history of law – taken from *Capitolium*, a law journal published in 1934 in Turkey. The author Ord. Prof. Dr. Richard Honig was among those distinguished German professors who, under the threat of Nazi persecution took refuge in Turkey and were welcomed by the Turkish universities during the 1930's. Prof. Dr. Ahmet Mumcu, a member of our Board of Editors who wrote a short introductory note to Prof. Honig's article (Über Prof. Dr. Richard Honig, *DIGESTA TURCICA*, 1, 2005, p. 12) discovered that Prof. Honig was the Doktorvater of Dr Barbara Huber whose article on the "Normative Framework Against Child Abuse in European and Supra-national and German Law" is also published in this issue. With the assistance of Dr. Huber, Prof. Mumcu wrote a complementary note on Prof. Honig's biography which you will find in this issue.

We continue our tradition of publishing replicas of articles on legal issues published in Turkey in languages other than Turkish. In this issue you will find the reprint of an article in Italian by Prof. Şemsettin Talip, published in the 1930's. Şemsettin Talip was one of the precursors of the teaching of modern Roman Law in Turkey. A brief biography of him is also included.

* * *

Among the international conventions recently ratified or signed by Turkey is Protocol No.13 to the ECHR concerning abolition of the death penalty in all circumstances. Turkey's ratification of this Protocol was completed by the deposition of the relevant documents on 1 June 2006. It should be noted that the death penalty had already been abolished in Turkey, by an amendment to the Constitution passed in 2004 (Law Nr. 5170, *Official Gazette*, 7 May 2004, 25469).

Turkey has been a party to the "twin" Covenants (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and International Covenant on Civil and Political Rights) since September 2003. By a law passed by the Turkish Parliament on 1 June 2006 (*Official Gazette*, 17 March 2006, 26211) the executive branch was authorized to ratify the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights(1).

Rona AYBAY

¹ For a detailed list of the international instruments signed and ratified by Turkey, see President Tülay Tuğcu's Opening Address in this issue of *DIGESTA TURCICA*, pp. 34.

The Effects of EU-Turkish Relations to our Legal System

Att. Özdemir ÖZOK

When speaking of reforms introduced in the fields of the judiciary and law one must remember the decisiveness of the founders of the secular Turkish Republic. The introduction of the most progressive laws in a society which had been ruled by religious (sheria) laws for centuries could only have been achieved by leaders with an unfaltering belief in the revolution. These individuals of exceptional qualities, by adopting a series of Western European laws, laid the foundation for a secular system of law.

From its very inception, the Turkish Republic chose European –Western civilization, and this was much later followed with establishing a relationship with the European Union. Turkey first applied for membership to the European Economic Community in 1959. This was followed with the signing of the Ankara Agreement making Turkey an Associate member in 1963. A closer examination of this document reveals that the underlying political aim was Turkey's integration into Europe. This aim became clearer on 14 May 1987 when Turkey applied for full membership to the European Community.

In line with its application, in January 1987 Turkey recognized both the competence of the European Commission of Human Rights to receive petitions brought against Turkey as well as the full jurisdiction of the European Court of Human Rights.

Later, the decision taken at the Helsinki Summit of December 1999 to accept Turkey's candidacy started a difficult new and burdensome process.

President, Union of Turkish Bar Associations.

European integration, which originally started with only six member States, grew into a much larger project after the Copenhagen Summit of the Heads of State and government held in December 2002. As of May 2004 the European Union has become an organization of 25 member States and with the possible accession of Bulgaria and Romania the number of member States will reach 27 by the year 2007.

Turkey is willing to join the Union according to the conditions contained in the document known as the Copenhagen criteria, based on the principle of rule of law, democracy, human rights, protection of minorities and a market system.

Turkey has indicated her serious intentions for full membership in the European Union by adopting several laws, protocols, decisions and other similar legal instruments. Of particular importance is the decision taken on 6 March 1995 to accede to the Customs Union, the abolition of the death penalty, the ratification of Protocol nr. 6 and nr. 13 amending the ECHR and the ban on converting prison sentences into fines in torture cases.

As a lawyer and as a citizen one can only praise these actions and achievements. Nevertheless, despite all of these positive developments there are still a number of unpleasant events that are discouraging.

While these new laws and legal instruments have aimed at establishing a culture of freedom there are still some persons and groups that continue to resist these developments and prevent reaching these goals.

It should be noted, however, that the democratic culture has developed a great deal since the declaration of the Reform Decree (*Tanzimat Fermani*) in 1839 which intended to introduce the rule of law. Later on, constitutional developments carried this ideal to newer and more positive directions together with several important achievements in the field of democracy human rights, and the rule of law.

For us, membership in the EU is a natural outcome of these developments. Therefore, EU membership is not an aim in itself but a means to achieve the democratic values common to all modern and civilized nations.

Our aim is to become an equal member sharing the same common values. This is the reason why we as Turkish lawyers strive to make all possible contributions to achieve democracy, human rights and the rule of law.

Solemn Hearing of the
European Court of Human Rights
on the Occasion of the Opening
of the Judicial Year
Speech by Mr Luzius Wildhaber
President of the European Court
of Human Rights
20 January 2006, Strasbourg

Presidents, Excellencies, friends and colleagues; ladies and gentlemen,

As always, it is a great pleasure for me to welcome you here today to our traditional ceremony to mark the opening of the judicial year. Many guests, including around fifty Presidents and other judges from Supreme and Constitutional Courts, are honouring us with their presence this evening. Among them, I should like to welcome in particular our distinguished guest of honour, Ms. Tülay Tuğcu, President of the Constitutional Court of Turkey, and the three rapporteurs from this afternoon's seminar, Mr Egidijus Kūris, President of the Lithuanian Constitutional Court,

Mr Hans-Jürgen Papier, President of the Federal Constitutional Court of Germany, and Lord Justice Sedley, from the Court of Appeal of England and Wales, to whom I would like to express our sincere gratitude for their most stimulating contributions.

There are far too many distinguished guests here this evening to name them all, but just let me mention that we are happy to welcome the Mayor of our host city,

Mme Keller. On a personal note I am delighted to say that my own family is represented by my daughter Anne.

I would also wish to greet two members of the Wise Person's Group, Professor Rona Aybay and President Veniamin Yakovlev.

Looking back over the period since the entry into force in 1998 of Protocol No. 11, which established the fully judicial character of the European Convention machinery, the importance and relevance of the European Court of Human Rights has not ceased to grow. As I put it in my address to the Council of Europe summit in Warsaw in May 2005, it is more than just another European institution, it is a symbol. It harmonises law and justice and tries to secure, as impartially and as objectively as is humanly possible, fundamental rights, democracy and the rule of law so as to guarantee long-lasting international stability, peace and prosperity. It strives to establish the kind of good governance which Ambrogio Lorenzetti depicted in the town hall of Siena some 665 years ago. The European Convention on Human Rights has brought into being the most effective international system of human rights protection ever developed. As the most successful attempt to implement the UN's Universal Declaration of Human Rights of 1948 in a legally binding way, it is part of the heritage of international law; it constitutes a shining example in those parts of the world where human rights protection, whether national or international, remains an aspiration rather than a reality; it is both a symbol of, and a catalyst for, the victory of democracy over totalitarian government; it is the ultimate expression of the capacity, indeed the necessity, for democracy and the rule of law to transcend frontiers.

It is a privilege for us Judges to be at this Court. We may have workload problems, but the avalanche of applications that reaches us simply reflects the importance which the Court has acquired in the minds and hearts of all Europeans. We may be confronted by a lack of understanding in some quarters as to what an independent court is, but since our arguments are principled, we trust that they will prevail. We may be criticised for certain judgments, but this is quite legitimate and indeed inevitable in the pluralistic democracy which we describe in these very judgments and of which we ourselves are a part. All in all our mission is a deeply enriching one.

Sometimes one feels like wandering in a blossoming garden, where one constantly discovers new colours and new shades. And so we have the exciting, sometimes exhilarating and sometimes very responsible and challenging task of making human rights a reality across Europe. And since human rights come as a package, we have in essence the task of giving a tangible content to such elementary notions as the principles of democracy, the rule of law and minority rights across daily decisions which define the content of human rights in a modern, democratic society.

In our first years, some critics expressed concern about what were then called politically motivated double standards, ie, a more generous interpretation towards the new member States. Remember that? There have been no double standards. The Court rightly showed understanding for the transitional period of consolidation of democracy in cases such as *Rekvényi v. Hungary* or for the need to preserve the essence of democracy against subversion in cases such as *Refah Partisi (the Welfare Party) v. Turkey*. However, these cases did no more than to express the need to confirm and consolidate democracy and the rule of law and to protect them against being undermined.

The "*Leitmotiv*" of the Court's case-law has been continuity in the framework of an evolutive jurisprudence. Thus, on the one hand, the dynamic interpretation of the Convention, initiated by our predecessor institutions, has been pursued, as can be seen in cases such as *Selmouni v. France*, *Matthews v. the United Kingdom*, *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*, *Immobiliare Saffi v. Italy*, *Thlimmenos v. Greece*, *Rotaru v. Romania*, *Brumărescu v. Romania*, *Kudła v. Poland*, *Cyprus v. Turkey*, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, *Stafford v. the United Kingdom*, *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, *Kalashnikov v. Russia*, *Öcalan v. Turkey*, *Maestri v. Italy*, *Assanidze v. Georgia*, *Broniowski v. Poland*, *Nachova v. Bulgaria*, *Hirst v. the United Kingdom*, or *Rasmussen and Sørensen v. Denmark*, and I could cite many more. Of course, the case-law also evolves through inadmissibility decisions and findings of non-violation. As examples, I might mention, apart from the cases I have already cited of *Rekvényi* and *Refah Partisi*, those of *Gratzinger and Gratzingerova v. Czech Republic*, *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* (the so-called "Mauerschützenfälle"), *Al-Adsani v. the United Kingdom*, *Z. v. the United Kingdom*, *Banković v. 17*

NATO member States, Şahin v. Turkey, or Jahn as well as Von Maltzan v. Germany. What I am saying is that our Court has continued to offer guidance to national courts on the development and evolution of human rights protection. Yet at the same time it has followed precedent, except where cogent reasons impelled it to adjust the interpretation of the Convention to changes in societal values or in present-day conditions. And it has followed precedent not only with respect to judgments against a respondent State, but it recognises that the same European minimal standards should be observed in all member States. It is indeed in the interests of legal certainty, of a coherent development of the Convention case-law, of equality before the law, of the rule of law and of the separation of powers for the Court to follow in principle a moderated doctrine of precedent.

Obviously in describing our tasks in this way, I espouse a certain image of what the role of a European quasi-constitutional Judge should be. Our Court is to a certain extent a law-making body. How could it be otherwise? How is it possible to give shape to Convention guarantees such as the prohibition of torture, equality of arms, freedom of expression or private and family life, if – like Montesquieu – you see in the judge only the mouthpiece of the law? Such guarantees are programmatic formulations, open to the future, to be unfolded and developed in the light of changing conditions. My personal philosophy of the task of judges is that they should find their way gradually, in a way experimentally, inspired by the facts of the cases that reach a court. As you will realise, I do not believe in closed theoretical systems that are presented as sacrosanct on the basis of speculative hypotheses or ideologies. Such monocausal explanations ignore the complex and often contradictory manner in which societies and international relations (and incidentally also individual human beings) evolve. Conversely, it has to be acknowledged that in developing the law it is difficult to avoid value judgments, whether on domestic or on international law. This applies especially to human rights, which, anchored as they are in the concepts of constitutionalism, democracy and the rule of law, are value judgments par excellence.

Let me emphasise that I do not plead for a “*Gouvernement des Juges*”. Giving broad answers which are in no way called for by the facts of a case is to confuse a judicial mandate with that of the legislature or of

the executive, and cannot and should not be the role of courts. I agree with Jutta Limbach, the former President of the German Constitutional Court, who stated: *"The tighter the Court ties the net of constitutional conditions, the more it restricts the potential of the parliament to act and the more it paralyses its political creativity"*.

The courts are not instruments of power. In the famous "Federalist" Papers, Alexander Hamilton, the great theoretician of the American Constitution, wrote that the government holds the sword, the legislature holds the money box and the only thing the courts hold for themselves is their independence. It is that independence which places us in a position to watch over fairness and justice within governments.

The "*Sachsenspiegel*" – the oldest written record of customary law in Germany going back, in its earliest version, to the years 1220-1235 – defined what and how a judge should be as follows: *"Each judge should have four virtues ... The first one is justice, the second one wisdom, the third one fortitude, the fourth one moderation."* I would venture to suggest that this is still a helpful way of looking at what a judge is and does. Judges might also be inspired by the motto of the puritans, *"Do what is fair and do not fear anyone"*. I would like to add that whereas international human rights judges should indeed do what is fair and should fear no one, they should at the same

time have regard for the context in which they live and for the aims they are serving. Human rights are our common responsibility. First and foremost they must be respected by the national parliaments, governments, courts and civil society at large. Only if they fail does our Court come in. The subsidiarity I describe and advocate here is more than pragmatic realism; it is also a way of paying respect to democratic processes (always provided they are indeed democratic); and I am firmly convinced that it is the best means of translating the *"human rights-law-in-the-books"* not only into a *"human rights-law-in-the-court"*, but into a *"human rights-law-in-action"* and – hopefully – in reality in all of our member States.

I should now like to describe some of the more important cases the Court decided in 2005 which, once again provide an illustration of what lies at the heart of our activities and reflection.

The judgment in the case of *Leyla Şahin v. Turkey* is one of that rare breed of pivotal judgments that can be said to formulate a real theory of democratic society. It concerned a Turkish student who was refused access to university for wearing the Islamic headscarf. On the merits, the Grand Chamber endorsed the earlier decisions of the Fourth Section and the Turkish Constitutional Court holding that there had been no violation of her right to freedom of religion. After reiterating that pluralism and tolerance were among the fundamental principles of any democratic society, the Grand Chamber said that it also had to take into account the need for the public authorities to protect the rights and freedoms of others, to preserve public order and to secure civil peace and true religious pluralism, which was vital to the survival of democratic society. In this case, it found that, in a context in which the values of pluralism and respect for the rights of others and, in particular, equality before the law of men and women were being taught and applied in practice, it was understandable that the relevant authorities should wish to preserve the secular nature of the institutions concerned and so consider it contrary to such values to allow religious attire, including the Islamic headscarf, to be worn.

There have been new developments on Article 14, which prohibits discrimination in the enjoyment of the Convention rights. In the case of *Nachova v. Bulgaria* the Grand Chamber was the first formation of the Court to apply this provision in conjunction with Article 2, which protects the right to life. The case originated in a military operation in which two young deserters of Roma origin were shot and killed by members of the military police who had received orders to track them down. The applicants, who were members of the victims' families, alleged among other things that prejudice and hostile attitudes of a racist nature had played a role in their deaths. On the merits, the Court found that it had not been established that the men had been killed as a result of racism. However, it went on to find that the domestic authorities should have examined, in the course of their investigation, whether racist motives had played a role in the men's deaths and, if so, brought those responsible to justice.

In addition to reiterating certain basic principles governing Articles 5 and 6, the Grand Chamber's judgment in the case of *Öcalan v. Turkey* offered the Court an opportunity to examine two important

issues. With regard to the death penalty, it found under Article 3 that imposing a death sentence after an unfair trial wrongfully subjected the person concerned to the fear that he or she would be executed. In circumstances where there existed a real possibility that the sentence would be enforced, the fear and uncertainty as to the future which the death penalty generated meant that it infringed Article 3. As to the consequences of a violation of Article 6, the Court considered that where an individual, as in the instant case, had been convicted by a court which did not meet the Convention requirements of independence and impartiality, a retrial or a reopening of the case, if requested, represented in principle an appropriate way of redressing the violation. However, the specific remedial measures, if any, required of a respondent State in order to discharge its obligations had to depend on the particular circumstances of the individual case and be determined in the light of the terms of the Court's judgment in that case.

In the case of *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, the Court reviewed its *Cruz Varas* jurisprudence in the light of developments in international law concerning interim measures. Referring to recent decisions of other international tribunals such as the International Court of Justice, the Inter-American Court of Human Rights and the Human Rights Committee of the United Nations, it said that henceforth: *"A failure by a Contracting State to comply with interim measures is to be regarded as preventing the Court from effectively examining the applicant's complaint and as hindering the effective exercise of his or her right and, accordingly, as a violation of Article 34 of the Convention"*.

Lastly, in the case of *Bosphorus v. Ireland*, the Court made an important and much awaited contribution to clarification of the relationship between the Convention and Community law. It found that the protection of fundamental rights by EC law, unless manifestly deficient, could be considered *"equivalent"* to that of the Convention system. Consequently, there was a presumption that a State would not depart from the requirements of the Convention when it was merely implementing legal obligations flowing from its membership of the European Union.

The striking-out judgment in the case of *Broniowski v. Poland* marked a satisfactory conclusion to proceedings that had produced the

first, so-called, “pilot” judgment which the Court had delivered on the merits in June 2004. It concerned the case of an applicant who had been unable to secure, through a lack of funds, the payment of a debt owed to him by the Polish State as compensation for expropriation following changes made to the international borders after the Second World War. In its judgment on the merits, the Court had found a violation of the right of property and reserved the question of just satisfaction while inviting the respondent State to take, in addition to individual measures in the applicant’s case, general measures capable of remedying the situation of the 80,000 or so potential applicants in the same situation as Mr Broniowski. I should like to pay tribute to the Polish Government for complying with the judgment so expeditiously and for its constructive attitude throughout the negotiations that led to the conclusion of a friendly settlement that enabled the Court to strike the case out of the list.

In the third part of my speech, I will turn to the reform of the Convention system, where we must insist on measures which will make it possible for the Court to continue to fulfil its crucial and unique role in the coming years and decades, in the present and future European institutional framework.

Our Court, the so-called new Court of Protocol No. 11, began its activity in 1998 with a substantial backlog of some 7,000 applications, many of which were complicated cases requiring detailed judgments on the merits. As early as mid-2000, the Court drew attention to the danger that the workload would become uncontrollable. It organised a reflection day on possible reform avenues. As part of the follow-up to the Rome Conference marking the 50th anniversary of the Convention, the Ministers’ Deputies set up an Evaluation Group to consider guarantees for “*the continued effectiveness of the Court, with a view, if appropriate, to making proposals for reform*”.

The Group’s recommendations, submitted in September 2001, as well as the continuing and apparently inexorable rise in the number of cases, led to the preparation of Protocol No. 14. The Court submitted a position paper in September 2003 and proposed a separate filtering system and a new pilot judgment procedure for repetitive cases. Neither of the proposals was adopted, but the pilot judgment procedure

found support in Resolution (2004)3 of the Committee of Ministers and was successfully implemented by the Court in the *Broniowski v. Poland* judgment.

Protocol No. 14 brings about four main procedural changes. The single-judge formation for clearly inadmissible applications; the extended competence of the three-judge Committees instead of seven-judge Chambers for applications which are “*already the subject of well-established case-law of the Court*”; the joint examination of admissibility and merits of applications; and the “*significant disadvantage*” as a new admissibility criterion. The Court urges all member States to ratify Protocol No. 14 forthwith. It will be ready to apply the Protocol as soon as it enters into force.

Two extensive audits by the Internal Auditor and by a British External Auditor carried out in 2004 gave a full picture about a good many aspects of the Court’s internal working. Briefly put, the Internal Auditor stated, and the External Auditor confirmed, that the Court would need, on top of the 530 persons it currently employs, another 660 persons in order to cope with all incoming applications, leaving aside the backlog.

In addition to the two audit reports, the former Lord Chief Justice of England, Lord Woolf of Barnes, carried out a management report on the Court. Let me quote from Lord Woolf’s report:

“The Court has been extensively audited and reviewed, but despite possible ‘audit fatigue’ we found everyone we met to be open, welcoming and helpful. We were struck throughout by the dedication of the staff, and their positive and pro-active attitude in the face of an ever-growing workload which would, in many situations, lead to low morale and apathy. The lawyers and judges of the Court are all extremely committed, and are constantly looking to innovate and improve, and try out new working methods. It is, in my view, to their credit that the Court continues to function in the face of its enormous and often overwhelming workload.”

As we see it, the Court has been amply vindicated by the various reports. We now wish to concentrate on our real work, of which there is absolutely enough. Last year, in 2005, some 45,500 applications were submitted to the Court, and at the end of 2005, 81,000 applications

were pending before the Court, of which a still too high proportion constitute backlog. We are the first to realise how important these figures are. But the true miracle lies in the fact that the backlog figures are not much higher. It is only thanks to the constant, tireless efforts of the Court – of the Judges and the Registry, to all of whom I pay a richly deserved tribute – to streamline, reconsider, improve and simplify existing procedures and working methods that we have survived as successfully as we have.

The Court has changed its ways all along and has constantly re-invented itself and its procedures. The most recent result has been that it issued in the year 2005, 1,105 judgments, which constitutes an increase of around 54% as compared to the year 2004.

We will of course continue to review ourselves working methods and procedures. In doing so, we will respond to the recommendations made by Lord Woolf, many of which are indeed already underway or envisaged. I note with satisfaction the Secretary General's willingness to implement quickly those recommendations for which his assistance will be required. I would also wish to pay tribute to the Member States of the Council of Europe, and their representatives here in Strasbourg, for the financial effort they have made to agree the Court's budget for 2006. True, the Court would have preferred to have had a three-year programme adopted with an annual increase of 75 staff. But Member States accepted an increase of 46 staff members in difficult financial circumstances. We do appreciate this special effort, which will make it possible to implement one of Lord Woolf's recommendations, based on a proposal that was already on the table, that is to set up a secretariat with the specific task of dealing with backlog cases.

The eleven Wise Persons, appointed in the aftermath of the Warsaw Summit of May 2005, have begun their work under the Chairmanship of Gil Carlos Rodrigues Iglesias, the former long-time President of the Court of Justice of the European Communities. We await their proposals with optimism, given the high competence and the excellent qualifications of the members of the Group. We expect that full attention shall be given to their future views, and that their proposals will be implemented promptly.

Ladies and gentlemen, as you will have understood from what I said earlier, my time as President has been and continues to be an immensely rewarding one, in terms both of the colleagues that I have, and have had, the pleasure of working with and of what we feel we have accomplished over that period. However, I find it very hard to understand or accept the difficulties which the Court has encountered in establishing its institutional position in accordance with the text and spirit of Protocol No. 11 as an independent fully judicial organ. These matters may also be addressed by the Wise Persons in the course of their work, as they do go to the effectiveness of the Convention system, but I wish to mention them here. There are three principal problems:

The first point concerns the Court's budget. The fact that our budget is part of the budget of the Council of Europe is not objectionable as such. However, the Court's budget should be voted on the basis of a request and explanations which stem directly from the Court. Moreover, the Court should manage autonomously the budget which has been voted. The necessary arrangements for this could be implemented easily and rapidly, and would also increase efficiency.

The second point concerns the appointment of the Court's staff. All other international courts appoint, promote and exercise disciplinary powers over their staff, either on the basis of a specific legal rule (e.g. in the International Criminal Court) or on the basis of a specific agreement with the respective Secretary General (e.g. in the United Nations for the ad hoc – International Criminal Courts or in the OAS for the Inter-American Court of Human Rights). The Court's Rules Committee has submitted proposals to guarantee such operational independence. Opposition to these proposals purports to rely on the Council of Europe's staff regulations, which are of course based on the Statute of the Council of Europe, which itself pre-dates the Convention. The staff regulations should have been amended long ago to bring them into conformity with the Convention, and certainly since Protocol No. 11 amended Article 25 of the Convention, which now states that *"the Court shall have a registry, the functions and organisation of which shall be laid down in the Rules of Court"*. Let me just add that it would cost nothing to do this and that, in addition to the principle of judicial independence, sound management and plain common sense suggest that

the body which has authority in practice over the Registry staff should also be empowered to appoint, promote and, if necessary, discipline them.

The third point concerns the total lack of a scheme of pensions and social security for judges. The approach adopted to this problem by the Council of Europe last year entirely failed to address the issue of principle which lies at the heart of this question. The present situation is incompatible with the notion of an independent judiciary under the rule of law, as well as being contrary to the Council of Europe's own Social Charter. It is high time for the Council of Europe to address the issue of principle at stake and assume the responsibilities flowing from it.

Ladies and Gentlemen, let me finish by quoting the Ambassador of one of the Member States of the Council of Europe who recently paid me a courtesy visit. Somewhere in the course of our conversation, he said: *"Mr. President, this Court is the ultimate expression of justice."* And he added: *"It represents justice accessible to everyone."* One could hardly better summarise the essence of the Court's role and its two basic components: justice and accessibility. And that is probably how we would like to describe our role: being accessible to help to realise law and justice in order to contribute to building a freer and more just society.

It is time now for me to turn to our guest of honour, Ms. Tuğcu, President of the Turkish Constitutional Court. Ms Tuğcu, let me assure you that we are very pleased to have you here today. Your court has done a lot recently for human rights in your country. We are all keen to hear more about it. Ms. Tuğcu, you have the floor.

**Audience solennelle de la
Cour européenne des Droits de
l'Homme à l'occasion de l'ouverture de
l'année judiciaire
Discours de Monsieur Luzius Wildhaber
Président de la Cour européenne des
Droits de l'Homme**

Vendredi 20 janvier 2006, Strasbourg

Mesdames et Messieurs les Présidents, Monsieur le Secrétaire général, Excellences, chers amis et collègues, Mesdames, Messieurs.

C'est toujours une grande joie pour moi que de vous accueillir en ces lieux à l'occasion de la traditionnelle cérémonie d'ouverture de l'année judiciaire de la Cour européenne des Droits de l'Homme. La Cour est honorée de la présence des nombreuses personnes qui ont répondu à son invitation cet après-midi, parmi lesquelles se trouvent près de cinquante présidents et juges de cours suprêmes et de cours constitutionnelles. Je souhaite en particulier saluer notre illustre invitée d'honneur, Madame Tülay Tuğcu, Présidente de la Cour constitutionnelle de Turquie, ainsi que les trois rapporteurs de notre séminaire de cet après-midi, Monsieur Egidijus Kūris, Président de la Cour constitutionnelle de Lituanie, Monsieur Hans-Jürgen Papier, Président de la Cour constitutionnelle d'Allemagne, et Lord Justice Sedley, juge de la Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles, que je remercie sincèrement, au nom des membres de la Cour, pour les contributions stimulantes qu'ils ont apportées à notre réunion. Notre assemblée compte un si grand nombre d'éminents invités qu'il m'est impossible de les nommer tous, mais permettez-moi de souhaiter, au nom de la Cour, la bienvenue au maire de la ville dont nous sommes les hôtes,

Madame Keller. A titre personnel, je me réjouis de la présence d'une représentante de ma famille, ma fille Anne.

Je voudrais également saluer le Professeur Rona Aybay et le Président Veniamin Yakovlev, tous deux membres du Groupe de Sages.

Depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 en 1998, lequel a conféré un caractère pleinement juridictionnel au système de la Convention, l'importance et le poids de la Cour européenne des Droits de l'Homme n'ont jamais cessé de croître. Comme je l'ai indiqué lors du sommet du Conseil de l'Europe, qui s'est tenu à Varsovie en mai 2005, la Cour européenne des Droits de l'Homme est plus qu'une institution européenne parmi d'autres, c'est un symbole. Elle harmonise les ordres juridiques ainsi que les systèmes judiciaires et s'attache à protéger les droits fondamentaux, la démocratie et la prééminence du droit, de manière aussi impartiale et objective que possible, en vue de garantir durablement la stabilité, la paix et la prospérité sur le plan international. Elle s'efforce de définir les critères du bon gouvernement qui fut représenté par Ambrogio Lorenzetti dans le Palais communal de Sienne, il y a quelque 665 ans. La Convention européenne des Droits de l'Homme est devenue le système international de protection des droits de l'homme le plus efficace jamais conçu. Elle représente la tentative la plus aboutie de donner une force juridique contraignante à la Déclaration universelle des droits de l'homme de l'ONU de 1948, et constitue en cela un élément du patrimoine juridique international ; elle est un modèle à suivre pour les parties du monde où la protection des droits de l'homme, qu'elle soit nationale ou internationale, demeure une aspiration plus qu'une réalité ; elle est à la fois un symbole et un catalyseur de la victoire de la démocratie sur le totalitarisme ; elle est la preuve ultime que la démocratie et le principe de la prééminence du droit peuvent – et même doivent – transcender les frontières.

Pour nous, juges de la Cour européenne des Droits de l'homme, c'est un privilège que d'y siéger. Nous devons composer avec une charge de travail excessive, mais l'avalanche de requêtes qui s'abat sur nous témoigne aussi de l'importance que la Cour a acquise dans l'esprit et le cœur de tous les Européens. Il nous arrive de nous heurter à l'incompréhension de certaines instances, qui ont du mal à saisir ce qu'est une juridiction indépendante, mais nous sommes convaincus

que nos arguments finiront par prévaloir puisqu'ils s'appuient sur des justifications de principe. Il nous arrive d'être critiqués sur certaines de nos décisions, mais cela est parfaitement légitime et d'ailleurs inévitable dans la démocratie pluraliste que nous défendons dans ces mêmes décisions, et à laquelle nous appartenons. Tout bien considéré, notre mission est profondément enrichissante.

On a parfois l'impression de se promener dans un jardin en fleurs, où l'on découvre sans cesse de nouvelles couleurs et des nuances inédites. C'est la sensation que nous éprouvons dans la réalisation de la mission qui est la nôtre, mission passionnante et parfois exaltante, quelquefois très exigeante et difficile, qui consiste à faire des droits de l'homme une réalité en Europe. Ceux-ci formant un tout, nous avons essentiellement pour rôle de donner une signification concrète à des notions aussi élémentaires que les principes de démocratie, de prééminence du droit et de droits des minorités par les décisions que nous rendons quotidiennement et qui définissent le contenu des droits de l'homme dans une société moderne et démocratique.

Dans les premières années de son fonctionnement, la nouvelle Cour a fait l'objet de critiques de la part de certains commentateurs, qui lui ont reproché d'adopter une approche à géométrie variable inspirée par des considérations politiques, c'est-à-dire de se montrer plus souple dans son interprétation de la Convention dans les affaires concernant les nouveaux Etats membres. Vous en souvenez-vous? Pourtant, il n'y a jamais eu deux poids, deux mesures. C'est à juste titre que la Cour a fait preuve de compréhension lorsqu'elle a été confrontée à des situations où une démocratie cherchait à se consolider dans une période de transition – comme dans l'affaire *Rekvényi c. Hongrie* – ou lorsqu'il s'agissait pour elle de protéger l'essence de la démocratie contre la subversion, ce qu'elle a fait dans l'arrêt *Refah Partisi (Parti de la prospérité) c. Turquie*. Dans ces affaires, la Cour s'est bornée à affirmer la nécessité de soutenir et de consolider la démocratie et la prééminence du droit face aux dangers qui les menaçaient.

La jurisprudence de la Cour a pour « *leitmotiv* » la continuité dans l'évolution de l'interprétation de la Convention. La Cour s'est attachée, dans plusieurs affaires, à développer l'interprétation dynamique de la Convention qui a été amorcée par les institutions qui l'ont précédée,

comme on peut le constater à la lecture de certains arrêts, tels que Selmouni c. France, Matthews c. Royaume-Uni, Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni, Immobiliare Saffi c. Italie, Thlimmenos c. Grèce, Rotaru c. Roumanie, Brumărescu c. Roumanie, Kudła c. Pologne, Chypre c. Turquie, Christine Goodwin c. Royaume-Uni, Stafford c. Royaume-Uni, Sovtransavto Holding c. Ukraine, Kalachnikov c. Russie, Öcalan c. Turquie, Maestri c. Italie, Assanidze c. Géorgie, Broniowski c. Pologne, Natchova c. Bulgarie, Hirst c. Royaume-Uni ou Rasmussen et Sørensen c. Danemark, pour ne citer qu'eux. Il va sans dire que les décisions d'irrecevabilité et les constats de non-violation font eux aussi évoluer la jurisprudence : outre les arrêts Rekvényi et Refah Partisi, je pourrais évoquer les affaires Gratzinger et Gratzingerova c. République tchèque, Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne (les «*Mauerschützenfälle*»), Al-Adsani c. Royaume-Uni, Z. c. Royaume-Uni, Banković c. 17 Etats membres de l'OTAN, Şahin c. Turquie, ou Jahn c. Allemagne ainsi que Von Maltzan c. Allemagne. A travers ces exemples, je veux montrer que la Cour a continué à donner aux juridictions nationales des indications sur le développement et l'évolution de la protection des droits de l'homme. Mais en même temps, la Cour s'est conformée à ses précédents, sauf dans les cas où des raisons impérieuses l'ont amenée à adapter l'interprétation de la Convention aux évolutions intervenues dans les valeurs de la société ou dans les conditions de vie. En outre, elle a suivi sa jurisprudence non seulement en rendant des décisions concernant chacun des Etats pris isolément, mais aussi en considérant que toutes les Parties contractantes devaient observer les mêmes normes européennes minimales. Il est d'ailleurs dans l'intérêt de la sécurité juridique, du développement cohérent de la jurisprudence de la Convention, de l'égalité devant la loi, de la prééminence du droit et de la séparation des pouvoirs que la Cour ait une approche en principe souple de la doctrine du précédent dont elle s'inspire.

Si je vous ai décrit le travail de la Cour comme je viens de le faire, c'est bien entendu parce que j'adhère à une certaine conception du rôle d'un juge européen quasi-constitutionnel. Dans une certaine mesure, notre Cour est un organe normatif. Comment pourrait-il en être autrement ? Comment serait-il possible de donner corps aux garanties conférées par la Convention, telles que l'interdiction de la torture, l'égalité des armes, la liberté d'expression ou le respect de la vie privée

et familiale, si l'on devait considérer, à l'instar de Montesquieu, que le juge n'est que la « *bouche de la loi* » ? Libellées en termes programmatiques, les garanties en question ont un contenu évolutif qui doit être interprété et développé à la lumière des changements de situation. Ma vision personnelle de l'œuvre du juge est celle d'un cheminement progressif, presque expérimental, vers une solution qui s'inspire des circonstances des affaires dont la justice est saisie. Comme vous pouvez le constater, je ne crois pas aux systèmes théoriques clos, qui passent pour sacro-saints et se fondent sur des présupposés spéculatifs ou idéologiques. Ramenant tout à une explication unique, ces systèmes ne tiennent pas compte de la complexité et des fréquentes contradictions qui caractérisent l'évolution de la société, des relations internationales et – incidemment – des individus. Toutefois, il faut bien reconnaître que, lorsqu'on a pour mission de faire évoluer le droit, il est difficile d'éviter de porter des jugements de valeur sur le droit interne ou international. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les droits de l'homme, si ancrés dans les concepts de constitutionnalisme, de démocratie et de prééminence du droit qu'ils sont le terrain par excellence des jugements de valeur.

Permettez-moi d'insister sur le fait que je ne plaide pas pour un « *gouvernement des juges* ». Donner à une affaire une solution de portée générale que n'appellent nullement les faits de la cause, c'est confondre l'office du juge avec celui du parlement ou du pouvoir exécutif et conférer aux juridictions un rôle qu'elles ne peuvent et ne doivent assumer. Je souscris à l'opinion de l'ancienne présidente de la Cour constitutionnelle allemande, Madame Jutta Limbach, pour qui « *plus la Cour étend le champ des exigences constitutionnelles, plus elle restreint les possibilités d'action du parlement et freine la créativité de celui-ci* ».

Les tribunaux ne sont pas des instruments de pouvoir. Alexander Hamilton, le grand théoricien de la Constitution américaine, a écrit dans les fameux « *Federalist Papers* » que le pouvoir exécutif détenait l'épée, le pouvoir législatif, la bourse, et que les juges n'avaient pour eux que leur indépendance. C'est cette indépendance qui nous autorise à veiller à l'équité et à la justice des gouvernements.

Le « *Sachsenspiegel* », le plus ancien recueil de droit coutumier d'Allemagne, dont la première version remonte aux années 1220-1235,

décrit en ces termes les qualités que doit réunir un juge et le comportement que celui-ci doit adopter : « *Les juges doivent avoir quatre vertus (...) La première est la justice, la deuxième la sagesse, la troisième le courage et la quatrième la modération* ». Je me risquerais à dire que la valeur de cette définition du juge et de la fonction qu'il remplit n'a pas perdu de sa force. Celui-ci pourrait aussi s'inspirer de la devise des puritains : « *Fais ce qui est juste et ne crains personne* ». J'aimerais ajouter que si les juges internationaux des droits de l'homme doivent en effet suivre ce précepte, il leur incombe aussi de tenir compte du contexte dans lequel ils se situent et de la mission qu'ils remplissent. Les droits de l'homme relèvent de notre responsabilité commune. Il appartient au premier chef aux parlements nationaux, aux gouvernements, aux tribunaux et à la société civile en général de s'y conformer. Ce n'est qu'en cas de défaillance de ces acteurs que notre Cour intervient. La subsidiarité que j'évoque ici et dont je me fais l'avocat ne se réduit pas à une doctrine pragmatique et réaliste, elle est aussi une marque de considération envers les processus démocratiques (qu'il convient toujours de respecter, pourvu qu'ils soient réellement démocratiques) et je suis fermement convaincu qu'elle représente le meilleur moyen de transformer « *le droit des droits de l'homme des manuels juridiques* » non seulement en « *droit des droits de l'homme judiciairement protégé* », mais aussi en « *droit des droits de l'homme en action* » et, il faut l'espérer, en réalité dans l'ensemble des Etats parties à la Convention.

Laissez-moi maintenant décrire quelques-unes des affaires les plus importantes que nous avons tranchées en 2005 pour illustrer une fois de plus ce qui est au centre de nos activités et des nos réflexions.

L'arrêt rendu dans l'affaire Leyla Şahin c. Turquie fait partie de ces quelques grands arrêts dont on pourrait dire qu'ils développent une véritable théorie de la société démocratique. Il concernait une étudiante turque qui s'était vu refuser l'accès à son université au motif qu'elle portait le foulard islamique. Sur le fond, la Grande Chambre a confirmé les arrêts antérieurs de la Quatrième Section et de la Cour constitutionnelle Turque, qui avaient conclu à l'absence de violation de la liberté de religion. Après avoir rappelé que le pluralisme et la tolérance font partie des principes de base de toute société démocratique, la Grande Chambre souligne qu'elle doit avoir égard aussi à la nécessité pour les autorités publiques de protéger les droits et libertés d'autrui, l'ordre

public, la paix civile et un véritable pluralisme religieux, indispensable pour la survie d'une société démocratique. En l'espèce, elle a considéré que dans un contexte où les valeurs de pluralisme, de respect des droits d'autrui et, en particulier, d'égalité des hommes et des femmes devant la loi, sont enseignées et appliquées dans la pratique, l'on peut comprendre que les autorités compétentes aient voulu préserver le caractère laïque de leur établissement et ainsi considéré comme contraire à ces valeurs d'accepter le port de tenues religieuses, y compris, comme en l'espèce, celui du foulard islamique.

De nouveaux développements sont à relever dans le domaine de l'article 14, qui prohibe la discrimination dans la jouissance d'un des droits reconnus par la Convention. La Grande Chambre appelée à connaître de l'affaire *Nachova c. Bulgarie* a en effet été la première à appliquer cette disposition en combinaison avec l'article 2, lequel protège le droit à la vie. A l'origine de l'affaire, il y avait l'opération au cours de laquelle deux jeunes déserteurs d'origine rom furent abattus par des membres de la police militaire partis à leur recherche. Les requérants, des proches parents, alléguaient notamment que des préjugés et des attitudes hostiles à caractère raciste avaient joué un rôle dans le décès des victimes. Sur le fond, la Cour estima qu'il n'était pas établi qu'à l'origine des événements litigieux, il y avait eu des mobiles racistes. En revanche, elle considéra que dans leur enquête, les autorités nationales auraient dû examiner si de tels mobiles avaient joué un rôle pour, le cas échéant, les sanctionner en conséquence.

Outre le rappel qu'il contient de certains principes de base relatifs aux articles 5 et 6, l'arrêt rendu par une Grande Chambre dans l'affaire *Öcalan c. Turquie* a été l'occasion pour la Cour de se prononcer sur deux questions importantes. S'agissant de la peine de mort, la Cour a estimé notamment, sur le terrain de l'article 3, que prononcer la peine capitale à l'encontre d'une personne à l'issue d'un procès inéquitable équivaut à soumettre injustement cette personne à la crainte d'être exécutée. Là où il existe une possibilité réelle que la peine soit exécutée, la peur et l'incertitude quant à l'avenir engendrées par une sentence de mort la rendent contraire à l'article 3. Au sujet des conséquences d'une violation de l'article 6, la Cour a considéré que lorsqu'un particulier a été condamné par un tribunal qui ne remplissait pas les conditions d'indépendance et d'impartialité exigées par la Convention, un nou-

veau procès ou une réouverture de la procédure, à la demande de l'intéressé, représente en principe un moyen approprié de redresser la violation constatée. Elle a précisé toutefois que les mesures de réparation spécifiques à prendre par un Etat défendeur dépendent nécessairement des circonstances particulières de la cause et de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire concernée.

Dans l'affaire *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, la Cour a tenu compte de l'évolution qui, ces dernières années, a marqué le droit international s'agissant des effets des mesures provisoires pour revisiter sa jurisprudence *Cruz Varas*. S'inspirant de la jurisprudence récente d'autres instances internationales tels que la Cour internationale de justice, la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme ou encore le Comité des droits de l'homme des Nations unies, elle a estimé que désormais, « *l'inobservation de mesures provisoires par un Etat contractant doit être considérée comme empêchant la Cour d'examiner efficacement le grief du requérant et entravant l'exercice efficace de son droit et, partant, comme une violation de l'article 34 de la Convention* ». Enfin, dans l'affaire *Bosphorus c. Irlande*, la Cour a apporté une contribution importante et très attendue à la clarification des rapports entre la Convention et le droit communautaire. Elle a en effet jugé que la protection des droits fondamentaux assurée par le droit communautaire pouvait, sauf insuffisance manifeste, être considérée comme « *équivalente* » à celle garantie par la Convention. En conséquence, il y a lieu de présumer qu'un Etat respecte les exigences de la Convention lorsqu'il ne fait qu'exécuter des obligations juridiques résultant de son adhésion à l'Union européenne.

L'arrêt de radiation adopté dans l'affaire *Broniowski c. Pologne* constitue l'heureux aboutissement d'une procédure qui a donné lieu au premier arrêt dit « *pilote* » rendu au fond par la Cour, en juin 2004. Il s'agissait du cas d'un requérant qui n'avait pas réussi à faire honorer, faute de fonds, la créance qu'il détenait contre l'Etat polonais en compensation d'une expropriation subie par suite des modifications de frontières intervenues après la Seconde Guerre mondiale. Dans son arrêt au fond, la Cour avait constaté une violation du droit de propriété et réservé la question de la satisfaction équitable, tout en invitant l'Etat défendeur à prendre, outre des mesures individuelles au bénéfice du requérant, des mesures générales capables de remédier à la situation des

quelques 80.000 requérants potentiels dans la même situation que M. Broniowski. Je tiens à rendre hommage ici au gouvernement polonais qui s'est exécuté dans des délais exemplaires et a fait preuve d'un esprit constructif tout au long des négociations qui ont mené à la conclusion d'un accord amiable qui a permis à la Cour de rayer du rôle cette affaire.

J'en viens à la troisième partie de mon discours, consacrée à la réforme du système de la Convention. En effet, nous devons réfléchir à des mesures qui permettront à la Cour de continuer à remplir son rôle, essentiel et unique, pendant les années et les décennies qui viennent, en s'adaptant à l'évolution du cadre institutionnel européen.

Lorsque notre Cour, la « nouvelle Cour » instaurée par le Protocole n° 11, commença à fonctionner en 1998, on comptait quelque 7 000 requêtes en souffrance, dont beaucoup concernaient des affaires complexes nécessitant un examen détaillé sur le fond. Dès le milieu de l'an 2000, la Cour attira l'attention sur le risque de perdre toute maîtrise de la charge de travail. Elle organisa une journée de réflexion sur les possibilités de réforme. Dans le prolongement de la conférence tenue à Rome à l'occasion du 50e anniversaire de la Convention, les Délégués des Ministres constituèrent un Groupe d'évaluation chargé d'étudier « *tous les moyens possibles de garantir l'efficacité de la Cour en vue, le cas échéant, de formuler des propositions concernant le besoin d'une réforme* ».

Les recommandations que le Groupe soumit en septembre 2001, ainsi que l'augmentation continue et apparemment inexorable du nombre d'affaires, conduisirent à l'élaboration du Protocole n° 14. La Cour présenta un mémorandum en septembre 2003 et proposa un système de filtrage distinct et une nouvelle procédure d'arrêt pilote pour les affaires répétitives. Aucune de ces propositions ne fut adoptée, mais la procédure d'arrêt pilote fut soutenue par le Comité des Ministres, dans sa Résolution (2004)3, et mise en œuvre avec succès par la Cour dans l'arrêt Broniowski c. Pologne.

Le Protocole n° 14 apporte quatre grandes innovations d'ordre procédural: le mécanisme du juge unique pour les requêtes manifestement irrecevables ; la compétence étendue accordée aux comités de trois juges, qui remplacent les chambres de sept juges pour les requêtes faisant déjà l'objet d' « *une jurisprudence bien établie de la Cour* »;

l'examen conjoint de la recevabilité et du fond des requêtes ; et un nouveau critère de recevabilité, le « *préjudice important* ». La Cour demande instamment à tous les Etats membres de ratifier le Protocole n° 14 dans les meilleurs délais. Elle sera prête à l'appliquer dès qu'il entrera en vigueur.

Deux audits approfondis réalisés en 2004, l'un par l'auditeur interne, l'autre par un auditeur externe britannique, ont donné une image complète de nombreux aspects du fonctionnement interne de la Cour. En résumé, l'auditeur interne a estimé, tout comme l'auditeur externe, que la Cour aurait besoin, en plus des 530 personnes qu'elle emploie déjà, de 660 nouveaux agents pour pouvoir traiter toutes les nouvelles requêtes, abstraction faite de l'arriéré.

A ces deux rapports d'audit s'ajoute une étude des méthodes de travail de la Cour effectuée par Lord Woolf of Barnes, ancien Lord Chief Justice de l'Angleterre et du pays de Galles. Permettez-moi de citer un extrait de cette étude :

« La Cour a fait l'objet d'audits et d'études approfondies, et même s'il y a peut-être un effet de saturation à cet égard, toutes les personnes que nous avons rencontrées se sont montrées ouvertes, accueillantes et coopératives. Nous avons été frappés d'un bout à l'autre de notre étude par la motivation du personnel et par son attitude positive et proactive face à une charge de travail toujours croissante qui en démoraliserait et démobiliserait bien d'autres. Les juristes et les juges de la Cour sont tous fortement engagés dans leur tâche, cherchent constamment à innover et à améliorer les choses et essaient de nouvelles méthodes de travail. C'est à mon avis grâce à eux que la Cour continue à fonctionner malgré la charge de travail énorme et souvent écrasante. »

Nous le constatons, les différents rapports rendent largement hommage à l'action de la Cour. Mais revenons maintenant à notre travail concret, nous n'en manquons pas. L'an dernier, en 2005, quelque 45 500 requêtes ont été introduites devant la Cour, et, à la fin de 2005, on comptait 81 000 affaires pendantes, dont une proportion encore trop forte est constituée de requêtes en souffrance. Nous sommes les premiers à déplorer l'ampleur de ces chiffres. Cependant, le plus extraordinaire, c'est que l'arriéré ne soit pas beaucoup plus important encore. Si, malgré tout, nous parvenons aussi bien à faire face, nous le

devons uniquement aux efforts constants et inlassables que déploie la Cour – c'est-à-dire l'ensemble des juges et des agents du greffe, auxquels j'adresse des remerciements amplement mérités – pour rationaliser, repenser, améliorer et simplifier les procédures et les méthodes de travail.

La Cour ne cesse de faire évoluer ses méthodes, de se réinventer et de concevoir des procédures nouvelles. Grâce à cette quête permanente, elle a pu rendre 1 105 arrêts en 2005, ce qui représente une augmentation d'environ 54 % par rapport à 2004. Bien entendu, nous continuerons à réfléchir sur nos méthodes de travail et nos procédures, conformément aux recommandations de Lord Woolf ; d'ailleurs, nous appliquons déjà, ou avons déjà envisagé, la plupart des mesures qu'il préconise. Je constate avec satisfaction que le Secrétaire général est prêt à prendre les dispositions nécessaires à l'application rapide des recommandations dépendant de son aide. En outre, je tiens à remercier les Etats membres du Conseil de l'Europe, et leurs représentants à Strasbourg, de l'effort financier auquel ils ont consenti en approuvant le budget de la Cour pour 2006. Certes, la Cour aurait préféré que fût adopté un programme triennal prévoyant le recrutement de 75 personnes par an, mais les Etats membres ont accepté que l'effectif du greffe soit augmenté de 46 agents malgré un contexte financier difficile. Nous prenons toute la mesure de cet effort, qui permettra d'appliquer l'une des recommandations de Lord Woolf, fondée sur une proposition qui était déjà à l'étude : la création d'un secrétariat spécialement chargé de traiter l'arriéré.

Les onze Sages, nommés dans le prolongement du Sommet tenu à Varsovie en mai 2005, ont entamé leurs travaux sous la houlette de Gil Carlos Rodrigues Iglesias, qui présida longtemps la Cour de justice des Communautés européennes. Nous attendons leurs propositions avec optimisme, compte tenu du niveau de compétence et d'expérience des membres de ce groupe. Nous espérons que leurs avis recevront toute l'attention qu'ils méritent et que leurs propositions seront mises en œuvre rapidement.

Mesdames et messieurs, vous l'aurez compris, ma tâche de président a été, et reste, très enrichissante, grâce aux collègues que j'ai eu la chance de côtoyer, à ceux avec qui je collabore aujourd'hui et au travail

que nous avons le sentiment d'avoir accompli jusqu'ici. Cependant, il m'est très difficile de comprendre et d'accepter que la Cour ait tant de mal à se voir reconnaître un statut institutionnel conforme à l'esprit et à la lettre du Protocole n° 11, qui fait d'elle un organe pleinement juridictionnel et indépendant. Ces questions seront peut-être aussi examinées par les Sages au cours de leurs travaux, car elles touchent à l'efficacité du système de la Convention, mais je tiens à les mentionner ici. Je vais évoquer les trois qui me semblent les plus importantes:

La première concerne le budget de la Cour. Le fait que notre budget fasse partie de celui du Conseil de l'Europe n'est pas critiquable en soi. Cela dit, le budget de la Cour devrait être voté sur la base d'une demande et d'explications émanant directement de la Cour. De plus, la Cour devrait gérer de manière autonome le budget qui a été voté. Les mesures nécessaires pourraient être prises facilement et rapidement, et ces changements permettraient une meilleure utilisation des ressources.

La deuxième question porte sur le recrutement des agents du greffe. Toutes les autres juridictions internationales sont dotées des pouvoirs leur permettant de nommer, de promouvoir et de sanctionner leur personnel, soit en vertu d'une règle de droit spécifique (comme la Cour pénale internationale), soit en vertu d'un accord conclu avec le Secrétaire général de l'organisation dont elles relèvent (par exemple, les tribunaux pénaux internationaux ad hoc, liés aux Nations unies, ou la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme, liée à l'OEA). Le Comité permanent du règlement de la Cour a soumis des propositions visant à garantir cette indépendance fonctionnelle. Ceux qui s'y opposent invoquent le Statut du personnel du Conseil de l'Europe, qui, bien entendu, repose sur la Statut du Conseil de l'Europe, instrument antérieur à la Convention. Or, cela fait longtemps qu'il faudrait changer le Statut du personnel pour le mettre en conformité avec la Convention, et c'est devenu d'autant plus nécessaire depuis que le Protocole n° 11 a modifié l'article 25 de la Convention, qui précise maintenant que « *la Cour dispose d'un greffe dont les tâches et l'organisation sont fixées par le règlement de la Cour* ». Permettez-moi d'ajouter que cette réforme ne coûterait rien, et que le principe de l'indépendance judiciaire, mais aussi les règles de bonne gestion et le simple bon sens font apparaître comme une évidence que l'organe sous l'autorité duquel les agents du

greffe sont placés en pratique devrait être habilité à les nommer, à les promouvoir et, si nécessaire, à les sanctionner.

Enfin, il convient d'évoquer l'absence de tout régime de retraite et de protection sociale pour les juges. Lorsqu'il a examiné ce dossier l'an dernier, le Conseil de l'Europe est complètement passé à côté de la question de principe qui est au coeur du problème. En effet, la situation actuelle est incompatible avec la notion d'indépendance de la magistrature dans un Etat de droit, et elle est contraire à la propre Charte sociale du Conseil de l'Europe. Il est grand temps que le Conseil de l'Europe se saisisse de cette question de principe et assume les responsabilités qui en découlent.

Mesdames et messieurs, permettez-moi de conclure en citant un ambassadeur de l'un des Etats membres du Conseil de l'Europe qui m'a récemment rendu une visite de courtoisie. A un certain moment de la conversation, il a déclaré: « *Monsieur le Président, cette Cour est l'expression ultime de la justice* ». Et il a ajouté: « *Elle représente une justice accessible à tous.* » On ne saurait mieux résumer la substance du rôle de la Cour et ses deux composantes fondamentales, la justice et l'accessibilité. Et c'est probablement en ces termes que nous voudrions que se définisse notre rôle : être accessibles pour faire primer le droit et la justice, et contribuer ainsi à bâtir une société plus libre et plus juste.

Je vais maintenant céder la place à notre invitée d'honneur, Madame Tuğcu, Présidente de la Cour constitutionnelle turque. Madame Tuğcu, laissez-moi vous dire combien nous sommes heureux de vous compter parmi nous aujourd'hui. Ces derniers temps, votre juridiction a fait beaucoup pour les droits de l'homme dans votre pays. Nous sommes tous impatients d'en savoir davantage. Madame Tuğcu, vous avez la parole.

The Place of the European Convention on Human Rights in Turkey

Opening Address on the Occasion of the
New Judicial Year of the European Court
of Human Rights

20 January 2006, Strasbourg

Tülay TUĞCU*

Mr. President,
Distinguished Colleagues,
Ladies and Gentlemen,

I am very pleased to be honoured to address this distinguished audience. I wish to take this opportunity to express my sincere thank to President Wildhaber for giving me the chance to be with you today at the opening ceremony of new judicial year of the European Court of Human Rights.

Before I comment on the place of the European Convention on Human Rights in Turkish legal system in general and in the case law of the Turkish Constitutional Court in particular, let me speak briefly about our Constitutional Court.

The Constitutional Court of Turkey

The Constitutional Court, being one of the early examples of the European model of constitutional jurisdiction, was established by the 1961 Constitution and started working on 25 April 1962. The structure and functions of the Constitutional Court envisaged in 1961 was, to a great extent, maintained by the 1982 Constitution.

* President, Turkish Constitutional Court.

The Constitutional Court is composed of eleven nominal and four substitute members. Although nomination of the judges performed by different institutions, their election has been exclusively vested in the President of the Republic. The Plenary is composed of all eleven judges and, sitting in camera, takes decisions by absolute majority except decisions concerning the dissolution of political parties which requires three-fifth majority.

Our Court has been, first and foremost, charged with examining the constitutionality of laws and decrees having the force of law and the Rules of Procedure of the Turkish Grand National Assembly both in abstracto and their application. In addition to this principal task, our Court, sitting as the High Court, tries, inter alia, the President of the Republic, members of the Council of Ministers and members of supreme courts for offences relating to their functions; audits the income and expenditure of political parties; decides on the dissolution of political parties and takes decisions on the objections against the loss of parliamentary immunity or membership of a deputy.

The President of the Republic, parliamentary groups of the party in power and of the main opposition party and a minimum of one-fifth of the total number of members of the Turkish Grand National Assembly have the right to apply for actions for annulment to the Constitutional Court. There is no restriction to the courts, which can initiate the posterior control of legal norms. Application for the dissolution of a political party is made with the assertion of Chief Public Prosecutor of the Republic. Even though the rights recognized by human rights treaties have quasi-constitutional rank, their infringements may not be referred by individuals directly to the Constitutional Court.

Mr. President,
Ladies and Gentlemen,

The caseload of the Turkish Constitutional Court tripled after the year 2000 as a result of certain amendments made in the Constitution and the radical legal reforms which were largely inspired by the case law of the Strasbourg Court and undertaken for the alignment with the *Acquis*. A vast increase in the number of applications over recent years due to the evolving Turkish legislative landscape has placed an

enormous strain on the capacity of the Court. In addition to these, the Court started sitting as the High Court in 2004, as a result of indictments against former ministers. At present, seven ministers and a former prime minister are being tried for alleged offences they committed at the time of their office.

Due to ever increasing workload and backlog problems, a thorough review of the workings of the Court and possibly a reform of the Constitution system is urgently required. To overcome the burden of the workload, our Court drafted a proposal on constitutional amendments with regard to the organisational and procedural restructuring of the Court. The proposed amendment increases the number of judges and eliminates the distinction between nominal and substitute members. In order to effectively manage the increasing workload, the draft proposal divides the Court into two sections, reserving certain jurisdiction to the Plenary of the Court. The draft proposal also introduces individual constitutional complaint mechanism for civil and political rights in order to reduce the number of files against Turkey taken to the Strasbourg Court.

I hold the view that the experience of the Strasbourg Court as to how to hammer out the consistency of the case law of four independent chambers, how to filter out unmeritorious cases and how to develop measures for dealing with repetitive cases, is rather important for us to be able to simplify the review procedure and cope with rapidly expanding case-load.

I hope to see the proposed amendments to enter into force in the near future.

Mr. President,

- Ladies and Gentlemen

**Let Me Make A General Remark on
Human Rights Treaties In Turkey**

Turkey ratified the European Convention on Human Rights and the First Additional Protocol six months after the Convention had entered into force. At that time, the ratification of the Convention did not arise much interest in the Turkish public opinion and no coverage

was given to it in the press. It was only after 1987 when the competence of the European Commission of Human Rights was recognised, the Convention became popular in the media. Soon after the jurisdiction of the Strasbourg Court was accepted, the Convention has become an indispensable part of the Turkish social and political life.

In recent years the Turkish legal system has been thoroughly screened with a view to strengthening democracy, consolidating the rule of law and ensuring respect for fundamental rights and freedoms, aligning the Turkish legislation with due regard to the European Convention on Human Rights and the case-law of the Strasbourg Court. So far, nine reform packages and two substantial set of constitutional amendments have been adopted.

Thanks to impressive progress made in recent years,¹ Turkey is now party to the all principal human rights conventions of the United Nations. In line with this progress, just three weeks ago, Turkey ratified the Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights. The ratification of the first protocol is also under way.

¹ Major Human Rights Treaties ratified as from 2003: International Covenant on Civil and Political Rights (23.09.2003), International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (23.09.2003), Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict (18.3.2004), Protocol no. 6 to the European Convention on Human Rights Concerning the Abolition of Death Penalty (18.9.2003), Criminal Law Convention on Corruption, Civil Law Convention on Corruption, Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime (2.3.2004), European Agreement Relating to Persons Participating in Proceedings of the European Court of Human Rights (17.4.2004), International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (8.7.2004), Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, concerning the Abolition of the Death Penalty in All Circumstances (13.12.2005), Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights (27.12.2005). Human Rights Treaties signed as from 2003: Optional Protocol To The International Covenant On Civil And Political Rights (3 February 2004), Second Optional Protocol To The International Covenant On Civil And Political Rights (6 April 2004), Un Convention Against Corruption (10 December 2003), Protocol No.14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Amending the Control Systems of the Convention, (6 October 2004), Protocol Amending the European Social Charter (6.10.2004), European Social Charter (Revised) (6.10.2004).

The norms of the Council of Europe, embodied in more than 190 conventions provide a basic point of reference for us. In recent years, a number of European conventions and protocols have been ratified. Suffice it to remind that just a month ago, Turkey ratified the 13th Protocol abolishing the death penalty under all circumstances.

Mr. President,
Ladies and Gentlemen,

As far as the place of international treaties in Turkish legal system is concerned, according to the fifth paragraph of Article 90 of the Constitution, "*International treaties duly put into effect have the force of law. No appeal to the Constitutional Court can be made with regard to these treaties, on the ground that they are unconstitutional*". For almost four decades, there have been acrimonious disputes over the status of international treaties per se and the European Convention on Human Rights in particular due to the ambiguous nature of "*having the force of law*" phrase.

There have been three different approaches to the meaning of "*having the force of law*" phrase. The first kind of interpretation adopts a literal approach whereby treaties are looked on as of equal standing with domestic legislation due to explicit acknowledgement. The supporters of this approach, therefore, hold the view that if the Constitution had wished to grant treaties superior position in comparison to national legislation, it would have expressed this in unequivocal terms, just as many European Constitutions did.

As to the second kind of interpretation, literal interpretation of the last paragraph of Article 90 is obscure and void. The connotation of the denial of judicial review by the Constitutional Court paves the way to the fact that international treaties are superior over national laws. As a result, in the case of conflict between international provisions and national ones; international treaties should prevail. Therefore, under no circumstances does lex posterior principle come to the fore. According to this view, the phrase "*having the force of law*" points out the monist approach.

As for third kind of interpretation, which is a teleological approach, theoretical and doctrinal disputes on the meaning of "*having the force*

of law” have often had a largely verbal character and frequently no practical significance. Since Article 2 of the Constitution defines the Republic as “*a state governed by rule of law ... respecting human rights*”, treaties relating to fundamental rights and freedoms should be distinguished from other treaties and they should be given superior status over national laws.

With a constitutional amendment made in May 2004,² a new sentence was added to the last paragraph of Article 90 of the Constitution. According to this;

“In the case of a conflict between international treaties in the area of fundamental rights and freedoms duly put into effect and the domestic laws, due to differences in provisions on the same matter, the provisions of international agreements shall prevail.”

Thanks to this provision, the disputes over the status of human rights treaties have come to an end. The courts of general jurisdiction are now obliged to rely on the Convention provisions while rendering judgements. Recent judgements of the Court of Cassation and the Council of State point out direct application of the provisions of the European Convention and the other international treaties on human rights.³

Lower courts are not entitled to take the issue to the Constitutional Court claiming that domestic laws that appear to contradict the European Convention be declared unconstitutional. Individuals also need not petition the Constitutional Court against the constitutionality of a court ruling before submitting a claim to the Strasbourg Court. This is because the Constitution does not empower the Constitutional Court to review the constitutionality of national laws vis-à-vis the European Convention. In case of contradiction between the domestic laws and the Convention, the Constitutional Court may ask the court a quo to

² Act no 5170 (*Official Gazette*, 22 May 2004 – no: 25469)

³ See, inter alia, judgement of 25.5.2005 of the Civil Plenary of the Court of Cassation E:2005/9-320, K:2005/355; judgement of 13.7.2004 of 9th Penal Chamber of the Court of Cassation E:2004/3780, K:2004/3879; judgement of 24.5.2005 of Penal Plenary of the Court of Cassation E:2005/7-24, K:2005/56 ; judgement of 08.02.2005 of 13th Chamber of the Council of State E:2005/588, K:2005/692 ; judgement of 29.09.2004 of 5th Chamber of the Council of State E:2004/291, K:2004/3370.

implement the provisions of the Convention directly by virtue of the supremacy of international human rights treaties.

It is worth mentioning that the impact of the case-law of the Strasbourg Court on the Turkish judicial system is likely to increase in the years to come, since it is too difficult for national judges to determine in actual practice whether generally abstract provisions of the Convention could be in contradiction to domestic laws. To be more precise, it is almost impossible for national judges to apply the new wording of Article 90 without taking into account the case law of the Strasbourg Court.

There remains one final point to I would like to state within the ambit of the relationship between European Convention and the Turkish Constitutional Court. In August 2002⁴ and January 2003⁵ the Turkish Parliament adopted reform packages whereby the Strasbourg Court's judgements declaring a violation of the Convention have been accepted among the reasons for retrial in civil and criminal proceedings. As a result of a legislative amendment,⁶ final judgements of the administrative courts were also taken within the scope of the retrial institution. In the retrials taken place so far, courts acquitted a number of persons.

As regards the dissolution of political parties and the trial of certain statesmen of pivotal importance, where our Court uses criminal procedure law, just as ordinary courts, a couple of retrial requests have been received so far. In the outcome of those proceedings there may be possibility for our Court to reconsider application of the provisions of the Convention and the interpretation of the Strasbourg Court to come to a conclusion. As the cases are pending, I would like to make no further comment.

Mr. President,
Ladies and gentlemen,

Let me briefly comment on the impact of the European Convention and the Case-Law of the Strasbourg Court on the Decisions of Our Court.

⁴ Act no: 4771, *Official Gazette*, 9 August 2002, no: 24841.

⁵ Act no: 4793, *Official Gazette*, 4 February 2003, no: 25014.

⁶ Act no. 4928, *Official Gazette*, 19 July 2003, no: 25173.

As the Turkish Constitution provides that the State recognize and protects the fundamental human rights in accordance with the Constitution, it is the primary duty of the Constitutional Court to protect human rights in accordance with the Constitution.

All the same, the Constitutional Court has in different forms referred to the Convention and the case-law of the Strasbourg Court. In some of our decisions, the reasons of references to the Convention have been alluded. In some decisions, the Convention has been briefly cited. Where the Convention is the ratio legis of the provisions of the Constitution, our Court makes references to the preparatory work of the constitutional provisions. In some cases where the Convention contains explanatory or supportive norms, our Court does not hesitate to benefit from the Convention's provisions to strengthen its arguments. In some cases, we make use of the provisions of the Convention to interpret a constitutional principle.

Ever since its establishment,⁷ our Court has referred to international treaties 61 times, and the European Convention 37 times. These references are mainly related with gender equality, the right to fair trial, the right to property and the dissolution of political parties. Despite the fact that our Court is not formally bound by the judgements of the Strasbourg Court given the place of the Constitution and the rule of incorporation does not create such an obligation, we assign to the rulings of the Strasbourg Court an authority of interpretation.⁸

Mr. President,
Ladies and Gentlemen,

We are aware that harmonisation of the jurisprudence of European constitutional courts on the one hand and collaboration of national

⁷ The Constitutional Court first referred to the ECHR, 10 months after its establishment (19 February 1963, K. 1963/34). In the same year, in three decisions, the Court made reference to the ECHR

⁸ So far, in four cases, the decisions of the Strasbourg Court have been cited in our cases. For example, in 1999, the Constitutional Court referred to the Sporong and Lönnroth judgement in relation to regulatory taking of a real estate. In 2003, Constitutional Court, while declaring de facto expropriation as unconstitutional, referred to three judgements of the Strasbourg Court, namely, *Papamichalopoulos v. Greece*, *Carbonara & Venture v. Italy* and *Belvedere Alberghiera S.R.L. v. Italy*.

and regional courts on the other, will significantly improve the application of fundamental rights and freedoms. We are also aware that the effectiveness of the European Convention system depends on the willingness of member states to implement the judgements of the Court. Even though we are not bound by the rulings of the Strasbourg Court, our Court and other national courts make genuine efforts to monitor the case-law of the Strasbourg Court. As the role of the Convention is enhanced in the Turkish legal system, the element of mutual trust between the Strasbourg Court and the Turkish judiciary also becomes more important.

Let me conclude my remarks by stating that our Court is committed to remain at the vanguard of the struggle to defend human dignity and individual rights and to make human rights ever more fully and widely respected in Turkey and in Europe.

I hope that the 14th Protocol will enter into force as soon as possible.

I wish the Strasbourg Court a very fruitful judicial year.

Le Mécanisme de Contrôle de la Convention européenne des Droits de l'Homme: un Processus de Réforme continu

Deniz AKÇAY*

La profonde détermination des pays fondateurs du Conseil de l'Europe de ne plus jamais avoir à se heurter à des barbaries telles que celles commises lors de la seconde guerre mondiale, les a conduits à élaborer un instrument qui ne se contenterait pas seulement d'énoncer certains droits et libertés dont l'application incomberait à l'entière discrétion des Etats, mais qui associerait à ces engagements un mécanisme de contrôle international judiciaire et quasi judiciaire. Conçu comme un système intimement lié au Conseil de l'Europe (encore aujourd'hui, seuls les Etats membres peuvent être parties à la Convention), il se voyait investi d'une des vocations primordiales du Conseil de l'Europe, à savoir le renforcement des institutions démocratiques et la sauvegarde durable des droits et des libertés fondamentales énoncés dans la Convention.

Signée le 4 novembre 1950 à Rome, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (la Convention) a mis en place un mécanisme de contrôle considéré encore de nos jours comme unique et sans précédent. Dans sa première version, le système resté en vigueur jusqu'à 1998 était composé d'un organe judiciaire, la Cour européenne des droits de l'homme (la Cour), d'un organe quasi judiciaire, la Commission européenne des droits de l'homme (la Commission) et d'un organe politique, l'organe décisionnel du

* Dr., Conseiller juridique, Délégation de Turquie auprès du Conseil de l'Europe.

Conseil de l'Europe, le Comité des ministres. Ce dernier était chargé de deux importantes fonctions, premièrement celle de décider de l'existence ou non d'une violation de la Convention suite à l'examen des rapports de la Commission, ses décisions ayant force d'avis, et une seconde fonction déterminante pour la survivance du système, à savoir la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour et de ses propres décisions de violation.

Par ailleurs, il ne faudrait pas minimiser le rôle de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe chargée de l'élection des juges de la Cour et de la transmission des listes de candidats pour l'élection des membres de la Commission.

Une autre caractéristique fondamentale de ce système à plusieurs branches a été le caractère facultatif du fonctionnement du mécanisme de contrôle, s'agissant des recours individuels et de la reconnaissance de la juridiction obligatoire de la Cour. Par contre, en ce qui concerne les requêtes interétatiques, le mécanisme pouvait fonctionner au niveau de la Commission même en l'absence de reconnaissance de la compétence de celle-ci.

D'autre part, il faut souligner le caractère « international » de ce système, dans la mesure où il reste de nature subsidiaire et où il appartient aux Etats Parties Contractantes d'examiner en premier lieu les griefs des requérants et de redresser les torts éventuels.

Durant les premières années, le système de la Convention a fonctionné de façon plutôt épisodique. Plus tard, au cours des années 80, avec la généralisation progressive du droit de recours individuel et l'accroissement du nombre des Parties Contractantes, le nombre des requêtes a augmenté de manière constante.

Cependant, durant cette période, les inquiétudes concernant l'avenir du système ne se polarisaient pas autour du nombre des requêtes, qui était perçu comme un facteur positif, faisant ressortir le succès du système.

Au début, la principale préoccupation se situait au niveau du renforcement du caractère judiciaire du mécanisme de contrôle. La compétence du Comité des ministres, organe politique décisionnel du Conseil de l'Europe, au regard de la constatation de l'existence d'une

violation ou d'une non-violation, suscitait de vives critiques de la part de certains Etats et de la doctrine, qui condamnaient l'implication d'un organe politique dans un système destiné à garantir de manière efficace les droits de l'homme dans les Etats parties à la Convention.

I. Le Protocole n° 11 : la juridictionnalisation du système

La question du renforcement du caractère judiciaire du système a été longuement examinée d'abord par les experts intergouvernementaux et ensuite au plus haut niveau décisionnel. Ainsi, la Déclaration adoptée lors du premier Sommet des Chefs d'Etat et de Gouvernement tenu à Vienne le 9 octobre 1993, après avoir souligné le caractère « *unique en son genre* » du système de protection internationale mis en place par la Convention, précisait que les Chefs d'Etat et de Gouvernement avaient « *décidé d'établir, en tant que partie intégrante de la Convention, une Cour européenne des droits de l'homme unique qui remplacera les organes de contrôle existants* ».

Suite au mandat donné au Comité des ministres par la même Déclaration, les travaux préparatoires de rédaction d'un protocole d'amendement ont commencé, d'abord au niveau des experts et ensuite à celui des organes politiques du Conseil de l'Europe. Les travaux d'élaboration du Protocole n° 11 ne furent pas de tout repos : deux tendances se sont affrontées, celle – qui a prévalu – qui tenait à un système purement judiciaire et celle qui, regrettant la disparition pure et simple de la Commission, aspirait à un système plus souple et moins radical.

Le Protocole n° 11 adopté par le Comité des ministres en novembre 1995 est entré en vigueur le 1er novembre 1998. La Commission, qui pendant longtemps, par le biais d'une procédure plus simple, avait assuré le tri des très nombreuses requêtes, permettant ainsi de ne pas engorger la Cour, disparaissait définitivement le 1er novembre 1999.

Avec l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, le système de protection tel qu'instauré par les auteurs de la Convention en 1950 prenait fin : premièrement, l'examen de toutes les requêtes incombait uniquement à l'organe judiciaire, la Cour européenne des droits de l'homme (la Cour). Par ailleurs, le Comité des ministres, avec la disparition de la

Commission européenne des droits de l'homme, perdait son pouvoir de se prononcer sur l'existence ou non d'une violation par rapport à un avis de celle-ci. Ainsi, le rôle quasi judiciaire, souvent controversé, que pouvait jouer ce Comité en vertu de l'ancien article 32 de la Convention, était définitivement aboli.

Le renforcement juridictionnel a été encore plus marquant du fait de l'abandon du caractère facultatif pour les Etats parties à la Convention, s'agissant des requêtes individuelles.

Si, sur le plan du renforcement du caractère judiciaire du mécanisme de contrôle, le Protocole n° 11 constituait un progrès certain et significatif, des doutes se sont rapidement installés quant à sa capacité à affronter un flot incessant de requêtes qui exigeaient un examen conforme aux garanties procédurales judiciaires.

II. Vers le Protocole n° 14 : la difficile gestion d'un nombre de requêtes en croissance constante

Il est intéressant de noter que la nouvelle Cour, peu après sa mise en place, s'est attelée à un exercice de réflexion sur ses méthodes de travail dans le but d'accroître son efficacité, d'autant plus qu'elle était loin de disposer de moyens logistiques et budgétaires illimités. De surcroît, elle devait traiter l'ensemble des milliers de requêtes léguées par la Commission et l'ancienne Cour. Par ailleurs, le Conseil de l'Europe était passé de 23 Etats membres en 1989 à 43 Etats membres en 1999, ce qui créait des perspectives insondables quant à l'augmentation du nombre des requêtes.

A noter, par exemple, que de 1955 à 1982, le nombre des requêtes enregistrées a été de 10.210 au total et que ce même chiffre s'élevait à 63.910 à la fin de l'année 2000. Parallèlement à cette progression, il fallait absolument trouver une solution de gestion, voire de sélection rapide pour les 90 % de toutes ces requêtes qui étaient manifestement mal fondées. En plus, même parmi les requêtes bien fondées, un grand nombre d'affaires ne présentait pas de problème sérieux d'application et d'interprétation de la Convention, dans la mesure où le problème juridique qu'elles posaient avait déjà été résolu par la Cour dans un

arrêt pilote. Donc, il s'imposait de trouver des solutions pour épargner à la Cour un engagement non justifié.

En dehors de la Cour, les organes politiques du Conseil de l'Europe étaient également préoccupés par cette progression phénoménale. Le Comité des ministres ne pouvait pas rester sans réaction face à une dégradation progressive annoncée du système judiciaire de la Convention, risquant ainsi un double affaiblissement, celui de l'engagement collectif des Etats membres par rapport au mécanisme de la Convention, et également celui des attachements statutaires du Conseil de l'Europe dans le domaine du renforcement des droits de l'homme et de la démocratie.

La Conférence ministérielle européenne sur les droits de l'homme tenue à Rome les 3 et 4 novembre 2000 pour commémorer le 50e anniversaire de la Convention, dans sa Résolution I, appelait le Comité des ministres à :

« (i) identifier sans délai les mesures les plus urgentes à prendre pour assister la Cour dans l'accomplissement de ses fonctions ;

(ii) entamer, dans les meilleurs délais, une réflexion approfondie sur les diverses possibilités et options en vue de garantir l'efficacité de la Cour compte tenu de la nouvelle situation, par le biais du Comité de liaison avec la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité directeur pour les droits de l'homme ».

Cette résolution, par ailleurs, appréhendait le problème de l'efficacité du système de la Convention bien au-delà de la « rentabilité » au niveau de la Cour, puisqu'elle contenait deux autres volets jugés inséparables pour le bon fonctionnement du système dans son ensemble :

Premièrement, partant du caractère subsidiaire du mécanisme de contrôle de la Convention, la Conférence ministérielle, sous le chapitre « *Améliorer la mise en œuvre de la Convention dans les Etats membres* », « encourageait » les Etats membres à prendre une série de mesures destinées à renforcer l'efficacité du contrôle national, notamment en s'assurant « *que l'exercice des droits et libertés garantis par la Convention fait l'objet d'un recours effectif au niveau national* ».

Deuxièmement, le troisième volet du système, celui de la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour par le Comité des ministres, n'était

pas non plus négligé : la Conférence, sous le chapitre « *Améliorer le mécanisme de contrôle par le Comité des ministres de l'exécution des arrêts de la Cour* », appelait celui-ci, entre autres, à continuer sa réflexion sur les moyens permettant de rendre le contrôle plus efficace et transparent.

Donc, la Conférence de Rome balisait la voie d'une nouvelle réforme du système dans son ensemble, soulignant, en amont de la procédure strictement judiciaire à Strasbourg, l'importance déterminante des mesures nationales quant à une application effective de la Convention et, en aval de celle-ci, l'importance de l'exécution des arrêts de la Cour.

La Conférence sans prononcer le terme « *amendement* » de la Convention, ne l'excluait pas, en instruisant le Comité des ministres à réfléchir « *sur les diverses possibilités et options en vue de garantir l'efficacité de la Cour* ».

Même si le processus d'amendement de la Convention constitue un mécanisme lourd et souvent difficile, les groupes de réflexion qui ont été mis en place ensuite n'ont pas manqué de proposer certains amendements de la Convention, annonçant ainsi le Protocole n° 14.

Le premier groupe de réflexion mis en place par le Comité des ministres a été créé le 7 février 2001. Le Groupe d'évaluation sur la Cour européenne des droits de l'homme était composé de l'Ambassadeur Justin Harman, Représentant permanent de l'Irlande (Président du groupe), M. Luzius Wildhaber, Président de la Cour, et M. Hans-Christian Krüger, Secrétaire général adjoint du Conseil de l'Europe.

Dans son rapport du 28 septembre 2001, le Groupe d'évaluation partait, tout d'abord, d'un diagnostic pessimiste quant à la capacité de réponse du système actuel face à la vertigineuse progression des requêtes : depuis l'élargissement du Conseil de l'Europe, le système de la Convention s'adressait à une population de 800 millions de personnes. Le taux de progression des requêtes était éloquent : plus de 500 % d'augmentation entre 1993 et 2000. De surcroît, dans les anciens membres du Conseil de l'Europe également, les individus s'adressaient de plus en plus à la Cour comme ultime recours.

Fruit d'une connaissance et d'une expérience approfondies et circonstanciées, le rapport d'évaluation ne se limitait pas à des constats et à l'établissement d'une liste de propositions. Chaque solution proposée était soigneusement analysée et justifiée.

Le rapport ne négligeait ni l'importance des mesures nationales, ni l'exécution des arrêts, ni encore le problème des ressources nécessaires à toute réforme.

Il est clair que les suggestions les plus importantes du Groupe d'évaluation nécessitaient des amendements de la Convention. Le rapport, trois ans après l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 qui avait restructuré le système entier conformément aux exigences d'un organe judiciaire unique, ultime consécration du droit de recours individuel, avait le courage de suggérer des solutions audacieuses, en insistant sur le fait *« que le moment est venu de procéder à un choix difficile : soit la Cour continue à s'efforcer de traiter de la même manière l'ensemble des requêtes qui lui sont soumises (auquel cas elle ne manquera pas de sombrer peu à peu), soit elle réserve un traitement approfondi aux affaires qui, à la lumière de son objet et de son but généraux (...) méritent une telle attention. Le Groupe opte pour la seconde voie après moult débats internes, mais néanmoins sans réserve »*.¹

Il est difficile de spéculer, a posteriori, sur la portée d'une telle considération, le Groupe n'ayant pas proposé un schéma particulier à cet effet. Par contre, le Groupe a étudié de nombreuses autres hypothèses d'amendement que, soit, il a carrément rejetées, soit, il a considérées comme inappropriées ou insuffisantes. Il en est ainsi de la création de cours régionales destinées à endiguer le flot des requêtes vers Strasbourg, des renvois préjudiciels et avis consultatifs, de l'attribution de pouvoirs décisionnels à des agents du greffe, de la réduction de la taille des comités et/ou des chambres, qui permettrait de dégager du temps supplémentaire pour les juges de la Cour, ou de l'augmentation du nombre des juges.

Le Groupe de réflexion constitué par le Comité directeur des droits de l'homme (CDDH) – composé d'experts gouvernementaux, dont la

¹ « Rapport du Groupe d'évaluation au Comité des ministres sur la Cour européenne des droits de l'homme », Strasbourg, Conseil de l'Europe, 27 septembre 2001, publié dans la Revue universelle des droits de l'homme (RUDH), 2001, par. 93.

plupart des agents de gouvernement devant la Cour – qui a examiné ensuite le rapport du Groupe d'évaluation, n'est pas allé aussi loin dans ses choix stratégiques. Le Groupe de réflexion s'est fixé comme objectif, non pas le long terme, mais le moyen terme. Même si la cible était plus restreinte, le contenu des propositions d'amendements conventionnels couvrirait les différentes procédures devant la Cour et également la surveillance de l'exécution des arrêts par le Comité des ministres.

Le Comité des ministres, sur la base des propositions élaborées par le Groupe de réflexion et examinées ensuite par le CDDH, a adopté au cours de sa session de mai 2004 le Protocole n° 14. En même temps, dans une déclaration politique, il demandait « *instamment de tout mettre en œuvre pour signer et ratifier le Protocole n° 14 aussi rapidement que possible aux fins de son entrée en vigueur dans un délai de deux ans à compter de son ouverture à la signature* ».

Le 30 septembre 2005, tous les Etats membres, à l'exception de la Fédération de Russie, avaient signé le Protocole n° 14. Parmi ceux-ci, 17 Etats membres l'avaient déjà ratifié.

Sans apporter de nouveautés aussi révolutionnaires au niveau des structures que le Protocole n° 11, le Protocole n° 14 tend plus particulièrement vers une simplification de l'examen initial et une accélération des procédures concernant les affaires ne posant pas de grave problème d'application ou d'interprétation de la Convention.

Les principaux amendements à cet effet peuvent se résumer comme suit :

**a. La mise en place d'une nouvelle formation,
celle du juge unique :**

Jusqu'à présent, la Cour comprenait la Chambre, la Grande Chambre et les Comités de trois juges. Avec le Protocole n° 14, d'importants pouvoirs ont été attribués à une nouvelle structure, celle du juge unique:

« 1. Un juge unique peut déclarer une requête introduite en vertu de l'article 34 irrecevable ou la rayer du rôle lorsqu'une telle décision peut être prise sans examen complémentaire.

2. *Cette décision est définitive. Si le juge ne déclare pas une requête irrecevable ou ne la raye pas du rôle, ce juge la transmet à un Comité ou à une Chambre pour examen complémentaire.* » (Article 7 du Protocole)

Ce pouvoir devrait, en principe, s'exercer dans les affaires dont le caractère irrecevable est manifeste. Cependant, le fait même qu'un juge unique puisse, après avoir considéré que la requête ne nécessite pas un examen complémentaire, prendre une décision d'irrecevabilité ou de radiation du rôle pourrait être interprété comme un écart important par rapport au principe de collégialité qui prévalait jusqu'à présent au sein de la Cour et même de la Commission européenne des droits de l'homme. D'autant plus que de telles décisions sont définitives. Même si l'article 6 du Protocole précise qu'un « *juge siégeant en tant que juge unique n'examine aucune requête introduite contre la Haute Partie Contractante au titre de laquelle ce juge a été élu* », le juge unique assumera une lourde responsabilité sans la contrepartie d'un contrôle collégial pendant l'exercice de ce pouvoir ni celle d'un recours ultérieur auprès de la Chambre.

b. De nouveaux pouvoirs conférés aux Comités de trois juges :

Tandis que dans la Convention actuelle, les Comités de trois juges ne sont habilités qu'à prendre des décisions d'irrecevabilité à l'unanimité, l'article 8 du Protocole n°14 leur confère, au-delà de ce pouvoir, la possibilité de prendre, par un vote unanime, une décision sur le fond de la requête :

« 1. *Un comité saisi d'une requête individuelle introduite en vertu de l'article 34 peut par vote unanime :*

a. la déclarer irrecevable ou la rayer du rôle lorsqu'une telle décision peut être prise sans examen complémentaire ; ou

b. la déclarer recevable et rendre conjointement un arrêt sur le fond lorsque la question relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention ou de ses Protocoles qui est à l'origine de l'affaire fait l'objet d'une jurisprudence établie de la Cour. »

Il s'agit là d'un élargissement substantiel du champ de compétence des comités de trois juges, puisqu'ils sont dotés d'un pouvoir de décision quant au fond, que cela soit une constatation de violation ou

de non-violation de la Convention. La Cour, depuis quelques années maintenant, utilise déjà cette méthode d'accélération de la procédure pour les affaires similaires, c'est-à-dire celles qui ont déjà été résolues sur la base d'un arrêt tranchant le problème juridique de fond posé par la requête. Cependant, en raison des dispositions expresses de la Convention actuelle, elle n'a recours à ce type de procédure qu'au niveau des Chambres, ce qui naturellement signifie une mobilisation de 7 juges pour des affaires qui ne sont pas considérées comme importantes du point de vue de l'interprétation et de l'application de la Convention. La nouvelle disposition permettra un meilleur déploiement des magistrats dans les comités de trois juges et, également, tout en leur donnant la possibilité de consacrer plus de temps aux affaires sérieuses au niveau des Chambres.

Autre nouveauté, le juge siégeant au titre de l'Etat défendeur ne fait pas nécessairement partie du comité, partant de l'hypothèse que les affaires traitées par le comité des trois juges ne présenteront pas de difficultés théoriques et factuelles et qu'en tant que telles, elles ne nécessiteront pas des connaissances particulières du juge national concernant le droit interne de la partie intéressée.

Par ailleurs, ce « rétrécissement » de la collégialité de la Cour est contrebalancé par deux garanties procédurales :

— Les décisions sont prises à l'unanimité, ce qui signifie que chacun des juges a la possibilité d'empêcher la prise de décision sur le fond. Au cas où cela se produirait, l'affaire devrait venir devant la Chambre pour être soumise à la procédure ordinaire.

— Le comité peut inviter le juge élu au titre de l'Etat partie au litige, s'il n'est pas déjà membre du comité, à siéger au lieu d'un de ses membres. Dans ce cas de figure, le comité tient compte de « *tous les facteurs pertinents, y compris la question de savoir si cette Partie conteste l'application de la procédure du paragraphe 1.b* ».

En fait, de façon indirecte, même s'il ne s'agit pas d'un droit de contestation explicite, l'Etat partie au litige a la possibilité de soulever la question du caractère approprié ou non de l'application de la procédure de comité dans une affaire particulière, lorsqu'il estime qu'il n'y a pas une jurisprudence suffisamment établie pour justifier une

telle procédure simplifiée ou encore lorsqu'il considère que la présence du juge national s'impose dans une affaire le concernant. Par contre, cette contestation de l'Etat partie au litige ne constitue pas un droit de veto, puisque c'est au comité des trois juges de tenir compte de « *tous les facteurs pertinents* » qui lui permettront de décider s'il y a lieu ou non d'appliquer la procédure de cet article. Et la contestation de l'Etat défendeur ne constitue qu'un des facteurs à prendre en compte.

c. Un nouveau critère de recevabilité :

Au-delà des autres critères d'irrecevabilité contenus dans la Convention depuis son entrée en vigueur, à savoir requête incompatible avec les dispositions de la Convention et requête manifestement mal fondée ou abusive, l'article 12 du Protocole ajoute un nouveau critère de recevabilité au paragraphe 3 de la Convention selon lequel :

« La Cour déclare irrecevable toute requête individuelle introduite en application de l'article 34 lorsqu'elle estime que :

a. ...

b. que le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles exige un examen de la requête au fond et à condition de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne. »

Si les autres pouvoirs procéduraux accordés au juge unique ou aux comités des trois juges n'ont pas suscité de sérieuses controverses dans leur principe, l'amendement de l'article 35 de la Convention prévoyant un nouveau critère de recevabilité a suscité de nombreuses préoccupations. Certains Etats membres se sont longuement opposés à l'adjonction d'un nouveau critère de recevabilité qui, selon eux, risquait d'affaiblir la portée du droit de recours individuel. De nombreuses organisations non gouvernementales ont également estimé que cet amendement constituait un recul significatif dans la protection internationale effective des droits de l'homme. Les résistances ont été d'une telle ténacité qu'il y a eu un moment où l'adoption même du projet de Protocole a été mise en danger. C'est en raison de cette forte opposition qu'il a fallu in extremis prévoir une clause transitoire

comportant une double limitation temporelle dans l'application de cette nouvelle disposition :

« Le nouveau critère de recevabilité inséré par l'article 12 du présent Protocole dans l'article 35, paragraphe 3.b de la Convention, ne s'applique pas aux requêtes déclarées recevables avant l'entrée en vigueur du Protocole. Dans les deux ans qui suivent l'entrée en vigueur du Protocole, seules les Chambres et la Grande Chambre de la Cour peuvent appliquer le nouveau critère de recevabilité. » (article 20/2 du Protocole)

Par ailleurs, les nombreuses « garanties » exigées par les Etats opposés à une telle clause pour obtenir un compromis, notamment celle qui consiste à ne pas rejeter sur la base de cette nouvelle disposition une requête qui n'aurait pas été dûment examinée par un tribunal interne, diminue considérablement l'effet escompté quant à la rapidité du filtrage des requêtes à un stade initial de leur examen. Si le juge unique, en plus, n'est pas habilité pendant deux ans à partir de l'entrée en vigueur de faire usage de cette disposition, il est difficile d'en tirer un avantage procédural concret à court terme et s'il faut, en outre, vérifier chaque fois si l'affaire a été dûment examinée au niveau interne, il n'est pas sûr que même à long terme cette disposition puisse servir comme un moyen de filtrage efficace.

De surcroît, cette disposition comporte une certaine ambiguïté par rapport à la règle de l'épuisement des voies internes : si le requérant n'a pas utilisé ces voies, de toute façon il ne devrait pas introduire une requête à Strasbourg et s'il le faisait, sa requête devrait être déclarée irrecevable pour motif de non-épuisement, sans que la Cour ait à examiner si ses allégations ont été dûment examinées au niveau interne.

d. La possibilité d'un règlement amiable à tout moment de la procédure :

L'article 18 du Protocole n° 14 modifie l'article 39 de la Convention de façon à permettre la conclusion de règlements amiables à tous les stades de la procédure, par opposition à la disposition actuelle qui n'autorise l'intervention du Greffe de la Cour qu'après la décision de recevabilité. Le système envisagé par le Protocole permet la conclusion

de règlements amiables à un stade précoce de la procédure, ce qui pourrait contribuer à désengorger la Cour, s'agissant des nombreuses requêtes dont la solution par un règlement amiable « *s'inspirant du respect des droits de l'homme tels que les reconnaissent la Convention et ses Protocoles* » ne poserait pas de problèmes de principe.

e. Le recours en interprétation et l'action en manquement devant la Cour :

A part les amendements destinés à filtrer ou à résoudre de manière rapide les affaires manifestement mal fondées ou celles ne posant pas des questions complexes de principe, les auteurs du Protocole se sont également penchés sur l'exécution des arrêts de la Cour. Ils ont considéré que la non-exécution de ceux-ci aggravait la surcharge de la Cour, l'absence de mesures appropriées à prendre pour remédier aux défaillances constatées par celle-ci étant susceptible de générer de nouvelles requêtes dans la mesure où les conséquences de la violation initiale persisteraient.

Le Protocole n° 11 n'avait pas modifié les règles relatives à l'exécution des arrêts de la Cour, réitérant l'obligation des Etats de « *se conformer aux arrêts définitifs de la Cour* » et la compétence de surveillance de l'exécution par l'Etat, conférée au Comité des ministres

Ces deux dispositions figurant à l'article 46 actuel ne prévoient aucune sanction et aucun moyen de pression sur l'Etat qui refuse d'exécuter ou qui, même sans ouvertement refuser, néglige ou tarde à se conformer à l'arrêt. Elles se contentent de reprendre les dispositions 53 et 54 de la version initiale de la Convention, antérieure à la réforme de 1998.

Il est intéressant de noter que par opposition aux arrêts de la Cour, l'ancien article 32 de la Convention régissant les pouvoirs du Comité des ministres, s'agissant des rapports de la Commission européenne des droits de l'homme, prévoyait la possibilité, en cas de décision de violation prise par celui-ci, « *de fixer un délai dans lequel la Haute Partie Contractante intéressée doit prendre les mesures qu'entraîne la décision du Comité des ministres* ». En outre, « *Si la Haute Partie Contractante intéressée n'a pas adopté des mesures satisfaisantes dans le délai imparti,*

le Comité des ministres donne à sa décision initiale ... les suites qu'elle comporte et publie le rapport ». Donc la Convention avait doté le Comité des ministres de pouvoirs particuliers à exercer en cas de non-exécution des décisions de violation qu'il avait prises sur la base d'avis de violation de la Commission, tandis qu'elle ne considérait pas comme nécessaire de préciser un moyen de pression quelconque par rapport aux arrêts de la Cour, ceux-ci, contrairement aux rapports de la Commission qui n'avaient que valeur d'avis (opinion), ayant force obligatoire en tant que tels.

Par contre, le Protocole n° 14 change radicalement cette vision d'autosuffisance juridique en introduisant au profit du Comité des ministres deux nouveaux pouvoirs de s'adresser à la Cour:

Premièrement, si le Comité « *estime que la surveillance de l'exécution d'un arrêt définitif est entravée par une difficulté d'interprétation de cet arrêt, il peut saisir la Cour afin qu'elle se prononce sur cette question d'interprétation* ». Cette disposition est fondamentalement différente par rapport aux articles 47 à 49 de la Convention qui traitent des avis consultatifs que pourrait demander le Comité des ministres « *sur des questions concernant l'interprétation de la Convention et de ses Protocoles* ». La compétence consultative actuelle a été assortie d'une double interdiction : ni les questions ayant trait à l'étendue d'un droit ou d'une liberté régis par la Convention, ni toute autre question qui pourrait ultérieurement être traitée par la Cour ou le Comité des ministres dans le cadre d'une requête ne peuvent faire l'objet d'une demande d'avis consultatif. Par ailleurs, la Cour décide elle-même si elle est compétente ou non. En raison de ces multiples restrictions, la compétence consultative de la Cour a rarement été sollicitée.

Or, s'agissant de la demande en interprétation d'un arrêt qui serait adressée par le Comité des ministres, le Protocole n° 14 n'a pas prévu un pouvoir de décision de la Cour sur sa compétence. Le problème pourrait se poser dans le cas où la Cour, au moment de l'interprétation d'un arrêt, serait confrontée à des requêtes soulevant des problèmes similaires à l'arrêt faisant l'objet de la demande en interprétation.

A noter, par ailleurs, que la compétence d'interprétation ne concerne que les motifs de l'arrêt, et non les mesures d'exécution que l'Etat devrait prendre pour s'y conformer.

Deuxièmement, lorsque « *le Comité des ministres estime qu'une Haute Partie contractante refuse de se conformer à un arrêt définitif dans un litige auquel elle est partie, il peut, après avoir mis en demeure cette partie et par décision prise par un vote à la majorité des deux tiers des représentants ayant le droit de siéger au Comité, saisir la Cour de la question du respect par cette Partie de son obligation au regard du paragraphe 1.* »

La Cour saisie au titre de cette disposition doit prendre une décision sur la violation ou non de l'article 46 par la partie intéressée. Si elle décide qu'il y a eu violation en raison du manquement à l'exécution, l'affaire est renvoyée au Comité des ministres qui examine les mesures à prendre. Si, par contre, la Cour décide qu'il n'y a pas eu de violation, l'affaire est de nouveau renvoyée au Comité « *qui décide de clore son examen* »

Les deux nouvelles compétences conférées à la Cour et dont l'exercice sera déclenché par des résolutions du Comité des ministres prises par des majorités qualifiées, font ressortir la volonté des auteurs du Protocole n° 14 de garantir en quelque sorte le caractère obligatoire des arrêts de la Cour en réimpliquant celle-ci directement dans le processus de la surveillance de l'exécution lorsqu'il y a des problèmes d'interprétation ou, encore plus grave, de refus d'exécution.

Dans la seconde hypothèse, celle de l'action en manquement, une décision de violation prononcée par la Cour pourrait déclencher des mesures contraignantes allant jusqu'au déclenchement de la procédure d'exclusion du Conseil de l'Europe, telle qu'elle est prévue à l'article 8 du Statut du Conseil de l'Europe.

La valeur ajoutée de cet amendement sur le plan juridique n'est pas évidente, dans la mesure où le constat de violation de l'article 46 n'est pas de nature constitutive par rapport à l'obligation des Etats de se conformer à l'arrêt de la Cour, laquelle naît au moment même de la publication de l'arrêt. Les partisans de l'amendement ont insisté sur la notoriété négative qui pèserait sur un Etat refusant d'exécuter un arrêt. Cependant, sur ce point, il ne faudrait pas perdre de vue le fait que la multiplication des constats de violation à ce titre risquerait de créer la fausse impression selon laquelle les arrêts de la Cour ne sont pas obligatoires *ab initio*, ce qui pourrait affaiblir l'autorité de la Cour. Quant aux auteurs du Protocole, ils ont plutôt misé sur le caractère

exceptionnel de cette procédure qui servirait d'étape obligée avant de franchir le cap de procédures plus contraignantes avec comme ultime perspective le déclenchement des procédures de suspension et/ou d'exclusion.

f. Les mesures complémentaires au Protocole n° 14

Une perception plus dynamique du facteur national : la seconde vague de réformes du système de contrôle ne s'est pas limitée à certains amendements conventionnels au niveau de l'accélération et de la simplification des procédures judiciaires de la Cour et du renforcement de l'exécution des arrêts. L'inquiétant diagnostic d'une prolifération inexorable du nombre de requêtes a également nécessité une sensibilisation au niveau de la source de ces requêtes, donc au niveau national.

Les Etats membres sont convenus qu'une meilleure connaissance de la Convention et de la jurisprudence de la Cour,² le renforcement de la place de la Convention dans l'enseignement universitaire et la formation professionnelle,³ la vérification de la compatibilité avec la Convention des lois, des projets de loi et des pratiques administratives⁴ et l'amélioration des recours internes⁵ constitueraient autant de domaines à explorer et à promouvoir au niveau interne, en vue de tarir de façon drastique les sources éventuelles des requêtes devant la Cour.

Les Etats membres ne se sont pas contentés d'émettre des recommandations dans ce contexte, ils se sont également engagés

² Recommandation n° R(2002)13 du Comité des ministres aux Etats membres sur la publication et la diffusion dans les Etats membres du texte de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

³ Recommandation n° R(2004)4 du Comité des ministres aux Etats membres sur la Convention européenne des droits de l'homme dans l'enseignement universitaire et la formation professionnelle

⁴ Recommandation n° (2004)5 du Comité des ministres aux Etats membres sur la vérification de la compatibilité des projets de loi, des lois en vigueur et des pratiques administratives avec les normes fixées par la Convention européenne des droits de l'homme

⁵ Recommandation n° (2004)6 du Comité des ministres aux Etats membres sur l'amélioration des recours internes

à veiller au suivi dans chaque Etat membre de la mise en œuvre de celles-ci. Même s'il ne s'agit pas de créer un nouveau mécanisme de contrôle, la volonté d'échanger des informations, de relever les bonnes pratiques, voire d'aider les Etats membres confrontés à des difficultés, s'est fortement exprimée aussi bien sur le plan unilatéral que sur le plan collectif et institutionnel.

Actuellement tous les Etats membres semblent être pleinement conscients de leur responsabilité primordiale dans la prise de toutes les mesures adéquates au niveau national pour assurer l'efficacité à long terme de la juridiction internationale.

L'identification par la Cour des problèmes structurels : l'examen des requêtes au fil des ans a révélé qu'un très grand nombre d'entre elles était basé sur l'existence d'un problème structurel émanant, soit d'une loi nationale, soit d'une pratique administrative. La persistance de telles défaillances génère de nombreuses requêtes similaires, d'autant plus que, fait concomittant, dans de telles situations, souvent il n'existe pas de voies de recours internes adéquates. Parfois, il suffit même de modifier une disposition législative pour barrer la route à de nouvelles requêtes.

Cependant, les requêtes déjà introduites nécessitent de la part de la Cour un examen quant au fond et – en cas de constat de violation – quant à la satisfaction équitable, ce qui donne lieu à un double inconvénient : premièrement, la Cour, qui a prononcé la violation dans un cas en identifiant la source de la violation, doit continuer à traiter des requêtes qui ne présentent plus d'intérêt jurisprudentiel. Deuxièmement, elle est empêchée pendant ce temps de se consacrer entièrement à des affaires soulevant des questions d'application et/ou d'interprétation de la Convention et qui nécessitent un examen approfondi dans le respect des garanties judiciaires.

Par ailleurs, il arrive que l'Etat intéressé, chargé de l'exécution de l'arrêt, et le Comité des ministres, chargé de la surveillance de cette exécution, n'interprètent pas l'arrêt de la même façon ou ne parviennent pas à identifier clairement le problème structurel sous-jacent et la mesure à prendre pour y remédier. Afin d'éviter un retard dans l'exécution de l'arrêt, avec risque de provoquer de nouveaux flux

de requêtes, le Comité des ministres, par sa Résolution Res(2004)3 du 12 mai 2004, a invité la Cour :

« ... dans toute la mesure du possible, à identifier dans les arrêts où elle constate une violation de la Convention ce qui, d'après elle, révèle un problème structurel sous-jacent et la source de ce problème, en particulier lorsqu'il est susceptible de donner lieu à de nombreuses requêtes, de façon à aider les Etats à trouver la solution appropriée et le Comité des ministres à surveiller l'exécution des arrêts ».

La Cour a rapidement réagi à cette invitation : dans son arrêt de Grande Chambre, *Affaire Broniowski c. Pologne* du 22 juin 2004 – fondé sur une requête qui concernait des milliers de personnes se trouvant dans la même situation – elle a constaté que la violation de l'article 1 du Protocole n°1 à la Convention découlait d'un problème structurel lié à un dysfonctionnement de la législation polonaise et a demandé à la Pologne de garantir, par des mesures légales et des pratiques administratives appropriées, la mise en œuvre du droit patrimonial en question pour les autres demandeurs concernés. Ainsi, la Cour, non seulement identifiait clairement la source de la violation et sa nature systémique, mais en outre, elle invitait la Pologne à prendre les mesures nécessaires pour l'ensemble des autres personnes se trouvant dans la même situation que M. Broniowski.

Peu après la publication de l'arrêt, la Cour suspendait les 216 requêtes similaires à l'affaire Broniowski et le Comité des ministres devenait le lieu de contrôle de la portée et de l'adéquation des mesures prises par les autorités polonaises, et cela non pas seulement par rapport au requérant individuel, mais également par rapport à tous les autres requérants actuels et potentiels. La Cour inaugurerait de la sorte ce qu'il est actuellement convenu d'appeler la « *procédure de l'arrêt pilote* ».

III. Un processus de réforme inachevé : comment garantir l'efficacité à long terme du système de la Convention

Malgré le large faisceau des mesures prises et /ou préconisées par la session ministérielle de mai 2004 au niveau de tous les organes et acteurs impliqués dans le mécanisme de contrôle de la Convention, le sentiment qui a largement prévalu dans les mois qui ont suivi a été

nettement pessimiste. Aussi bien les organes du Conseil de l'Europe que la Cour et les experts gouvernementaux ont souligné le fait que ces mesures, à commencer par le Protocole n° 14, pièce centrale exigeant une rapide entrée en vigueur, ne sauraient freiner de manière significative l'augmentation progressive du nombre des requêtes. On assisterait donc à la persistance, voire l'aggravation d'un fonctionnement lent et non performant qui, de surcroît, devient de plus en plus onéreux.

Le Président de la Cour européenne des droits de l'homme, M. Luzius Wildhaber, a, à maintes reprises, exposé et analysé l'ensemble de ces problèmes, en attirant l'attention des Etats membres sur la nécessité de poursuivre « *les travaux sur l'évolution future* » du système.⁶

Le troisième Sommet des Chefs d'Etat et de Gouvernement tenu à Varsovie les 16 et 17 mai 2005 a franchi un pas important en inscrivant, aussi bien dans sa déclaration que dans son plan d'action, la volonté de continuer la réforme d'une manière susceptible de garantir l'efficacité à long terme du mécanisme de contrôle de la Convention. A cet effet, la Déclaration de Varsovie, après avoir souligné la nécessité de mettre en œuvre les différentes mesures adoptées jusqu'à présent, y compris la ratification du Protocole n° 14, énonce ce qui suit:

« Nous mettons en place par ailleurs un Groupe de sages chargé d'élaborer une stratégie d'ensemble pour assurer l'efficacité du système à long terme, en tenant compte des effets initiaux du Protocole n° 14 et des autres décisions prises en mai 2004 ».

Le Plan d'action, tout en réitérant cette orientation, apporte une précision importante par rapport au Groupe des Sages auquel il demande « *de présenter, dès que possible, des propositions allant au-delà de ces mesures, tout en conservant la philosophie de base qui sous-tend la CEDH* ».

Sans pouvoir préjuger de l'issue de ce nouveau cycle de réflexion qui s'amorce avec la mise en place du Groupe des Sages, on peut

⁶ Luzius Wildhaber, Conséquences du Protocole n° 14 et de la Résolution sur les arrêts qui révèlent un problème structurel sous-jacent pour la Cour européenne des droits de l'homme – Mesures pratiques de mise en œuvre et difficultés à surmonter, in Actes du séminaire de haut niveau, Oslo, 18 octobre 2004, Conseil de l'Europe 2004, p. 32

facilement prévoir qu'il s'agira d'un processus long et difficile. Le défi majeur consistera à trouver la solution miracle de la gestion, ou plutôt du filtrage, à un stade précoce de l'examen, des 90 % de requêtes manifestement mal fondées, sans pour autant mettre en cause le principe du droit de recours individuel et, en plus, en évitant la mise en place de mécanismes onéreux.

L'ampleur des controverses et des contestations suscitées par l'adjonction d'un nouveau critère de recevabilité, qui a parfois été perçu comme « une trahison » au droit de recours individuel, montre qu'en ce moment, il serait encore politiquement prématuré de pouvoir envisager une restructuration « *stratégique* », voire draconienne du système.

Cependant, la prise de conscience des limites de gestion et d'examen d'un nombre de requêtes en augmentation continue, d'une part, et l'ancrage progressif de l'effet direct de la Convention et de la jurisprudence de la Cour dans les États membres, d'autre part, pourraient contribuer à la longue à surmonter les réticences face à une réforme dont le principe s'impose déjà.

Ce qui est certain, c'est que le mouvement de réforme du mécanisme de contrôle de la Convention va continuer. Dans tous les cas, l'entrée en vigueur du Protocole n° 14 et une première évaluation de ses incidences sur l'efficacité du système constitueront des étapes obligées pour une conception plus réaliste de la configuration et de la portée de la future réforme.

A Proposal of the “Mandatory Conciliation” Process to be Incorporated in the Protection Mechanism of the European Convention on Human Rights

Rona AYBAY*

Introuduction

With more than 80 000 applications to deal with, and a constantly growing backlog, the The European Court of Human Rights is facing serious problems as an effective guarantor for human rights protection. These problems were referred to in the Preamble of the Protocol Nr.14¹ in the following terms:

“Considering the urgent need to amend certain provisions of the Convention in order to maintain and improve the efficiency of the control system for the long term, mainly in the light of the continuing increase in the workload of the European Court of Human Rights and the Committee of Ministers of the Council of Europe;

Considering, in particular, the need to ensure that the Court can continue to play its pre-eminent role in protecting human rights in Europe...”

The innovations to be introduced by the new Protocol will, definitely, help reducing the workload of the Court. However, as these innovations appear to be not entirely sufficient certain additional measures will still be needed.

* Prof. Dr., President, Human Rights Practice and Research Center, Union of Turkish Bar Associations.

¹ Protocol No.14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms amending the control system of the Convention, Strasbourg 13 May 2004 (CETS No.194).

The purpose of this short article is to share certain thoughts with my colleagues and readers on these possible "*additional*" measures. These thoughts relate to a process of "*conciliation*" to be incorporated in the protection mechanism of the European Convention on Human Rights (ECHR).

They are based on a main "*assumption*" (or expectation) that an effective system of conciliation will help in reducing the number of applications to the European Court of Human Rights (the Court).

It should be noted that the proposed system includes certain main principles such as "*equality*" and "*uniformity*"² which must be strictly observed.

My thoughts on some details are explained in the following paragraphs.

Obviously, these are not meant to constitute a panacea but some thoughts put forward for discussion among the interested parties.

Main Assumption (Expectation):

An effective system of conciliation will help in reducing the number of applications to the European Court of Human Rights (the Court) because:

i. It would be found preferable by the possible applicants, as it will speed up the time for resolution of cases and there will be no need to deal with long and complicated Strasbourg procedure.

ii. The States Parties may find it useful, mainly because under such a system they would not have to defend cases before the Court in Strasbourg, where they are faced with the possibility of being found in breach of the European Convention on Human Rights (ECHR) by the Court.

Principles:

i. Any system of conciliation should, by definition, be in conformity with the standards of the ECHR protection mechanism; i.e. there

² See below, "Principles" (ii).

should be no room for lesser protection than what is presently available;

ii. Uniformity and equality must be secured; i.e. exactly the same possibilities to all applicants must be made available against all Member States.

Any scenario which functions in only certain countries would be against the principle of equal treatment of the applicants. What is available for one applicant against one State Party should be equally available to all applicants against any State Party.

iii. The system of conciliation must function under the supervision of a “*Strasbourg based*” central organ. This supervision will secure uniformity and observation of conformity with the fundamental “*Strasbourg standards*” by all Member States.

Implementation (Technicalities):

In order to have an effective system of conciliation, certain technicalities should be given serious thought at the outset and the necessary regulations of legislative and other natures should be introduced. Below are some of these technicalities:

i. Mandatory or optional methods of conciliation?

Optional and informal ways of conciliation, that can be employed prior to bringing the case before the Court in Strasbourg, are already available in certain jurisdictions.³

The system I propose can be effective only when conciliation is mandatory rather than optional. Admittedly, the very term “mandatory” has a negative and unpleasant connotation. However, conciliation-which seeks to reduce the number of cases before the Court-can serve its purpose only when and if it is mandatory.

It should be noted, however, that this means an additional “*domestic remedy*” to be exhausted before the Court starts dealing with the case.

³ Also “friendly settlement proceedings” are available under Articles 33/b and 39 for cases already before the Court.

ii. Additional time to be spent at the national level

As I indicated above, introduction of a system of mandatory conciliation would, inevitably, create an additional level of domestic remedy to be exhausted before a case is brought before the Court. Naturally, this would cause certain delay on the part of the applicant.

For this reason, in order to avoid undue delays, it should be provided that if the parties cannot reach a settlement in mandatory conciliation procedure within a determined period, the applicant would be free to apply to the Strasbourg Court. A period which does not exceed a few months may be regarded as "*supportable*" or "*tolerable*".

i. Special provisions for exceptional cases

The States Parties should be given the opportunity of asking for extension from the central authority in Strasbourg in exceptional cases where circumstances require more time for examination of the details.

On the other hand, in urgent cases the applicants may have the possibility of lodging their applications directly with the Court.

iii. What National Organ (Authority)?

Every Member State should designate one national "*organ*" or "*authority*" to be responsible for receiving applications and organizing and facilitating negotiations between the applicant and the Administration (relevant authority).

In those countries where an effective system of "*ombudsman*" (ombudsperson) exists, this task may be assigned to the relevant Ombudsman's Office. In countries where there exists more than one Office of Ombudsman, the national legislator may choose one of them. Such legislation should be in conformity with the main principles of "*equality*" and "*uniformity*" as explained above.

In countries where there is no ombudsman or any comparable institution (office) the national legislator should create one to deal with "*mandatory conciliation*".

iv. What Strasbourg Organ (Authority)?

Obviously, the Strasbourg Organ would be created and regulated by decisions taken in Strasbourg. Perhaps, the Human Rights Com-

missioner's mandate may be extended by way of interpretation so as to include the tasks related to mandatory conciliation. In this connection, it should be noted that under Protocol No.14 the Human Rights Commissioner will have a more active role in contributing to the work of the Court.⁴

If this were achieved, the Commissioner would first see to it that, in this respect, every Member State has a national system of legislation in conformity with Strasbourg standards.

Seminars, visits, meetings and other contacts between the Human Rights Commissioner and the relevant national authorities (Ombudsperson Offices) may help in setting up the "*groundwork*" for the system.

⁴ "In all cases before a Chamber or the Grand Chamber, the Council of Europe Commissioner for Human Rights may submit written comments and take part in hearings" (new art. 36/3).

Der Vergütungsanspruch im Behandlungsvertrag nach türkischem Recht

Christian RUMPF¹

Inhaltsverzeichnis

Einleitung²

Dieser Beitrag beruht auf verschiedenen Gutachten, die der Autor für deutsche Gerichte erstattet hat. Die zugrunde liegenden Fälle gehören zu den vielen Beispielen, die Zeigen, wie präsent das türkische Recht bei deutschen Gerichten ist. Deutsche Touristen an der türkischen Südküste „produzieren“ eine zunehmende Anzahl von Streitigkeiten, die vor deutschen Gerichten ausgetragen werden müssen, aber die Anwendung türkischen Rechts erfordern. Dazu gehören die vielen „Teppichfälle“ wie eben auch Streitigkeiten um Krankenhaus- oder Arztkosten, die zum Teil nicht von deutschen

¹ Prof. Dr. Stuttgart, Der Autor ist Rechtsanwalt in Stuttgart und Honorarprofessor an der Universität Bamberg

² Abkürzungen: ABD (*Ankara Barosu DeRGisi* – Zeitschrift der RAK Ankara); AD (*Adalet DeRGisi* – Zeitschrift der Justiz); AMKD (*Anayasa Mahkemesi Kararlar DeRGisi* – Entscheidungssammlung des Verfassungsgerichts); E. (Esas – Rechtssache); GrZS (Großer Zivilsenat); K. (Karar – Entscheidung); OGB (Obligationengesetzbuch); RG (*Resmî Gazete* – Amtsblatt); YKD (*YarGıtay Kararları DeRGisi* – Entscheidungssammlung des Kassationshofs); ZfRV (Zeitschrift für Rechtsvergleichung); ZS (Zivilsenat)

Literatur: Çelikel, Aysel: Milletlararası Özel Hukuk (IPR), erw. 6. Aufl., Istanbul 2000; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Schuldrecht Allgemeiner Teil), 6. Aufl. Istanbul 1998, Bd. 1; Nomer, ERGin/Şanlı, Cemal: Devletler Hususi Hukuku (IPR), 13. Aufl., İstanbul 2003; Oğuzman, Kemal/Öz, TuRGut: Borçlar

Versicherungen übernommen werden und daher den Patienten veranlassen, den türkischen Ärzten oder Krankenhäusern die Bezahlung ihrer Vergütungen zu verweigern – in der bisherigen Praxis des Autors als Gutachter wohl zumeist zu Unrecht.

Nachfolgender Beitrag orientiert sich ausschließlich am türkischen Recht und an der türkischen Praxis. Gerne nimmt der Autor Anregungen und Kritik entgegen, die allerdings auch berücksichtigen sollte, dass das „Arztrecht“, „Medizinrecht“, „Krankenhausrecht“ Begriffe sind, die der türkischen Theorie und (noch) Praxis wenig geläufig sind, zumal wenn man es mit der deutschen Praxis vergleicht, die in eigenen juristischen Fachzeitschriften, einer Flut von Rechtsprechung von Gerichten aller Stufen und der Orientierung ganzer Anwaltskanzleien ausschließlich auf diese Thematiken reflektiert wird.

I. Sachverhalt

Die typische Konstellation, auf welche dieser Beitrag abzielt, ist folgende:

Ein deutscher Tourist stürzt eine Treppe hinunter und fügt sich einen komplizierten Beinbruch zu. Der Hotelmanager organisiert sofort den Transport in ein Krankenhaus. Der Sanka kommt ausgestattet mit einem Notarzt und ein oder zwei Sanitätern. In der Regel handelt es sich dabei um ein Krankenhaus und einen Transportdienst, mit dem das Hotel eine Vereinbarung hat, die eine schnelle Versorgung sicherstellt.

Vor Ort wird dann untersucht und entschieden, was zu geschehen hat. Der Patient hat Schmerzen, sprachlich gibt es Probleme, weil der

Hukuku Genel Hükümler (Schuldrecht Allgemeiner Teil), 3. Aufl., İstanbul 2000; Reisoğlu, Sefa: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler (Schuldrecht AT), İstanbul 2000; Rumpf, Christian: Einführung in das türkische Recht, München 2004; Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri (Schuldrecht – Besondere Schuldverhältnisse), Bd. II, 3. Aufl. 1987; Tekinay, Selahattin S./Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altın, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Schuldrecht Allgemeiner Teil), 7. Aufl., İstanbul 1993; Uygur, Turgut: Borçlar Kanunu (Obligationengesetzbuch [Kommentar]), Bd. 7, 2. Aufl., Ankara 2003; Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Türkisches Schuldrecht Besonderer Teil), 6. Aufl., İstanbul 2002

Patient die türkische Sprache nicht beherrscht. Der Arzt spricht zwar gut Englisch, kommt damit aber beim deutschen Patienten, der auf rudimentäre Kenntnisse aus der Schule zurückgreifen muss, nicht sehr weit. Der Patient findet sich in einem sauberen Krankenzimmer wieder, wird schnell und qualifiziert versorgt. Die Hand wird vorübergehend in Gips gelegt, weil der Patient über Schmerzen klagt und erst noch geröntgt werden muss. Es gibt eine Spritze zur Schmerzlinderung. Noch in der Nacht wird unter Vollnarkose operiert. Irgendwann beiläufig kommt die Rede auch auf die Frage, ob die Versicherung des Patienten auch die Kosten übernimmt. Vereinbarungen des Krankenhauses mit deutschen Versicherungen bestehen noch nicht. In sehr vielen Fällen haben die Patienten „Auslandsversicherungsschutz“, so dass dies – aus der Sicht des Arztes – kein Problem darstellt. Zum Fall wird die Vergütungsfrage dann aber, wenn der Patient vor seiner Urlaubsreise am Krankenversicherungsschutz gespart hat oder ein unerfahrener Sachbearbeiter beginnt, die Leistungen des Krankenhauses aus der Ferne allein aus den Schilderungen des Patienten heraus beginnt beurteilen zu wollen.

Es stellen sich also, wie der erfahrende Praktiker auf den ersten Blick erkennt, zahlreiche Probleme, die zu einem erheblichen Teil im allgemeinen und besonderen Schuldrecht zu suchen sein werden. Welche Willenserklärungen sind – ausdrücklich oder konkludent – abgegeben worden? Wie ist der Behandlungsvertrag zu qualifizieren und welche Folgen hat dies für einen Vergütungsanspruch? Wie ist der Vergütungsanspruch zu bemessen? Welche Sorgfaltspflichten hat der Arzt? Was darf er ohne die ausdrückliche Einwilligung des Patienten tun? Gibt es Aufklärungspflichten, die bei Nichterfüllung zum Verfall des Vergütungsanspruchs führen?

II. Internationales Privatrecht³

1. Deutsches internationales Privatrecht

Für das deutsche internationale Privatrecht entscheidet Art. 28 I EGBGB über die Anknüpfung für das anwendbare Recht. In aller

³ Ausführlicher Rumpf Einführung § 9 Rdn 7 ff. mwN.; Nomer/Şanlı S. 289 ff.

Regel wird dies in der oben vorgetragenen Konstellation das türkische Recht sein. Denn die engste Verbindung der Rechtsbeziehung zwischen Krankenhaus und Patient ist vor Ort in der Türkei geknüpft worden, wo der Patient vorgesprochen und sich der Behandlung unterzogen hat.

2. Türkisches internationales Privatrecht

Allein der Umstand, dass auch das deutsche Gericht bei der Anwendung türkischen Rechts zu prüfen hat, ob dieses vielleicht wieder auf deutsches Recht zurückverweist, rechtfertigt eine nähere Betrachtung des türkischen internationalen Privatrechts.

Zu prüfen sind die Bestimmungen des türkischen internationalen Privatrechts. Das türkische internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht ist im Jahre 1982 erstmals in ein umfassendes Gesetz gegossen worden.⁴

Die Anknüpfungsregeln für das Vertragsrecht sind in Art. 24 IPRG enthalten. In Absatz 1 geht die Bestimmung davon aus, dass die Parteien eine Rechtswahl treffen. Ist eine solche nicht getroffen, knüpft Art. 24 II IPRG an den Erfüllungsort, ersatzweise an denjenigen Ort an, mit dem das Vertragsverhältnis die engste Verbindung aufweist. Zwar wird in vielen, wenn nicht in den meisten Fällen der Erfüllungsort für die charakteristische Leistung identisch mit demjenigen Ort sein, mit dem ein Vertrag die „engste Verbindung“ aufweist, doch enthebt dies nicht von der Notwendigkeit, zu prüfen, wo hier der Erfüllungsort bzw. im Falle von mehreren Erfüllungsorten der Erfüllungsort der Hauptleistung zu sehen ist. Dabei ist der Erfüllungsort im Falle eines Verweises aus dem deutschen auf das türkische Recht nach türkischem Recht zu bestimmen (Qualifikation). Im türkischen OGB ist der Erfüllungsort für vertragliche Schuldverhältnisse in Art. 73 geregelt.⁵ Für Geldleistungen ist dies der Ort am Wohnsitz des Gläubigers, bei individualisierbaren Sachen der Ort, an welchem sich die Sache

⁴ Gesetz über das Internationale Privatrecht und Zivilverfahrensrecht (Gesetz Nr. 2675 v. 20. 5. 1982, RG Nr. 17 701 v. 22. 5. 1982); vgl. auch Krüger, IPRax 1982, S. 252 ff.

⁵ Für die deutsche Rechtspraxis vgl. BAG, 19.7.1997, unter www.tuerkei-recht.de.

im Zeitpunkt des Vertragsschlusses befindet und bei sonstigen Leistungsverpflichtungen dort, wo der Schuldner im Zeitpunkt ihrer Entstehung seinen Aufenthalt hat.

„Hauptleistung“ im Sinne der Bestimmung des Erfüllungsortes ist die „charakteristische Leistung“, insoweit folgt der Kassationshof der Schwerpunkttheorie.⁶ Geht es also etwa um einen Teppichkauf bei einem Teppichhändler in Denizli, ist dort der Erfüllungsort für die charakteristische Leistung, unabhängig davon, dass in einem solchen Fall auch die Geldschuld in Denizli zu erbringen wäre.

Da die Hauptleistung beim Behandlungsvertrag die ärztliche Behandlung (Untersuchung, Operation, Beobachtung) ist, gilt in Ermangelung einer ausdrücklichen Rechtswahl für an einem türkischen Krankenhaus – hier: Kemer – abgeschlossene Behandlungsverträge türkisches Sachrecht.

Auf Fragen des internationalen Zivilverfahrensrechts ist hier nicht einzugehen. Der Kläger geht jedenfalls richtig davon aus, dass der Grundsatz der *lex fori*, auf das deutsche Verfahrensrecht als Verfahrensrecht am Sitz des Gerichts verweist.

III. Türkisches Recht

1. Rechtsquellen

Wie in der Schweiz und anders als in Deutschland oder Frankreich ist das Schuldrecht nicht Bestandteil eines umfassenden Zivilgesetzbuches. Es ist in erster Linie im Obligationengesetz (*Borçlar Kanunu*) geregelt. Allgemeine Bestimmungen des ZGB zur Auslegung von Rechtsvorschriften und Treu und Glauben (Art. 1 ff. ZGB) gelten allerdings als Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze auch für andere Rechtsbereiche; für das OGB gelten sie schon deshalb, weil das OGB seinerzeit vom schweizerischen und türkischen Gesetzgeber ausdrücklich als „fünftes Buch des ZGB“ verabschiedet worden ist.

⁶ z. B. Kassationshof (9. ZS), 6. 7. 1992, E. 1992/1621, K. 1992/7890, YKD 1993, S. 208 f.

Die gesetzlichen Schuldverhältnisse finden sich nach einigen grundlegenden Vorschriften des Schuldrechts (Art. 1 – 40 OGB) im Allgemeinen Teil des OGB (Art. 41 – 66 OGB), danach folgen die vertraglichen Schuldverhältnisse, zunächst in einem allgemeinen Teil (Art. 67 – 181 OGB), dann in einem besonderen Teil die einzelnen Vertragstypen (Art. 182 ff. OGB).

Schuldrechtliche Regelungen gibt es auch in anderen Gesetzen. Für das Kaufrecht etwa ist im Alltag das Verbraucherschutzgesetz von Bedeutung;⁷ im HGB ist das Kaufrecht des Seehandelsrechts (Art. 1133 ff. HGB) und der Schiffskauf geregelt (Art. 868 HGB); ferner finden sich dort wichtige Bestimmungen für Vertragsschlüsse unter Kaufleuten, wie etwa Art. 20 HGB u. a. Das Leasing ist in einem eigenen Gesetz geregelt, ebenso das Factoring. Das Arbeitsrecht als Teil des Schuldrechts ist im Arbeitsgesetz (*İş Kanunu*)⁸ geregelt.

Das Arzt- und Krankenhausrecht findet sich in einer Vielzahl von Vorschriften, wobei aus diesen Vorschriften sich allerdings lediglich Bestimmungen herausfiltern lassen, die die im OGB geregelten vertragsrechtlichen Grundlagen auffüllen und ergänzen. Hier zu beachten sind das Grundgesetz zum Gesundheitswesen (GG-Ges),⁹ das Gesetz über die Ausübung der Heilberufe (HeilberufesG),¹⁰ das Gesetz über die privaten Krankenhäuser (PrivKHG),¹¹ die dazugehörige Rechtsverordnung (PrivKH-RVO),¹² die ebenfalls dazugehörige Verwaltungsverordnung (PrivKH-VO),¹³ die Verordnung über den Betrieb von Heilanstalten mit stationärer Aufnahme (KH-Betr-VO),¹⁴ die Verordnung über die Rechte der Patienten (PatR-VO)¹⁵ sowie die Verordnung über die ärztlichen Pflichten (DeontologieRVO).¹⁶

⁷ Gesetz Nr. 4077 v. 23. 2. 1995, RG Nr. 22221 v. 8. 3. 1995; geändert durch Gesetz Nr. 4822 v. 6. 3. 2003, RG Nr. 25048 v. 14. 3. 2003.

⁸ Gesetz Nr. 4857 v. 22. 5. 2003, RG Nr. 25134 v. 10. 6. 2003.

⁹ Gesetz Nr. 3359 v. 7.5.1987, RG Nr. 19461 v. 15.5.1987.

¹⁰ Gesetz Nr. 1219 v. 11.4.1928, RG Nr. 863 v. 14.4.1928, zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 3954 v. 27.12.1993, RG Nr. 21804 v. 30.12.1993.

¹¹ Gesetz Nr. 2219 v. 24.5.1933, RG Nr. 2419 v. 5.6.1933, mit späteren Änderungen.

¹² Ministerratsbeschluss Nr. 8/5747 v. 28.2.1982, RG Nr. 17924 v. 10.1.1983, geändert durch Beschluss Nr. 97/9295 v. 20.3.1997, RG Nr. 22996 v. 22.5.1997.

¹³ VO des Gesundheitsministeriums, ohne Datum/Nummer, RG Nr. 24708 v. 27.3.2002, mehrfach geändert, zuletzt RG Nr. 24575 v. 28.5.2004.

¹⁴ Ministerratsbeschluss Nr. 8/5319 v. 10.9.1982, RG Nr. 17927 v. 13.1.1983.

2. Zustandekommen des Behandlungsvertrages¹⁷

a) Allgemein

Die Parteien oder deren Vertreter müssen sich über den Vertragsinhalt, insbesondere über die zu begründenden Pflichten einigen. Die Einigung kommt durch Angebot und Annahme zustande (Art. 1 I OGB), die von der jeweiligen Partei ausdrücklich oder stillschweigend (zumen) erklärt werden (Art. 1 II OGB). Liegen Nichtigkeitsgründe vor oder wird angefochten, wird die Einigung nicht wirksam. Die Parteien brauchen die Vertragserklärungen nicht persönlich abzugeben, sie können über vertretungsberechtigte Vertreter handeln (Art. 32 ff. OGB).

aa) Angebot (icap)¹⁸

Das Angebot ist eine zugangsbedürftige Willenserklärung, die mit Zugang beim Vertragspartner wirksam wird. Die Erklärung ist für den Anbietenden bindend, solange der Vertragspartner noch rechtzeitig annehmen kann. Eine Willenserklärung ist nur dann als Angebot aufzufassen, wenn erkennbar ist, dass der Erklärende sich sowohl rechtlich (Rechtsbindungswille) als auch bezüglich des konkreten Inhalts (Geschäftswille) binden will. Die Angebotserklärung wird dem Anbietenden zugerechnet, wenn er mit tatsächlichem Handlungswillen die Erklärung abgegeben hat und zumindest hätte wissen können, dass diese Erklärung auf einen bestimmten Vertragsinhalt gerichtet ist.

Die Zurechnung läuft beim Angebot unter Anwesenden direkt über die Parteien oder deren bevollmächtigte Vertreter, bei Abwesenden über Übermittlungswerkzeuge (Erklärungsboten, Post, Fax, E-Mail etc.).

Wer zu Verkaufszwecken Preislisten, Prospekte, Kataloge, Muster etc. auslegt oder versendet, wird hierdurch rechtlich nicht gebunden

¹⁵ VO des Gesundheitsministeriums, ohne Datum/Nummer, RG Nr. 23420 v. 1.8.1998.

¹⁶ RVO des Ministerrats Nr. 4/12578 v. 13.1.1960, RG Nr. 10436 v. 19.2.1960.

¹⁷ Eren, Bd. 1, S. 284 ff.; Rumpf Einführung § 27 Rdn 17 ff.

¹⁸ Eren, Bd. 1, S. 304 ff.

(Art. 7 II OGB) sein. Solche Handlungen sind als Antrag auf Abgabe eines Angebots) (*icaba davet, invitatio ad offerendum*) zu verstehen.

Das Angebot muss eine bestimmte oder zumindest bestimmbare Hauptleistung enthalten.¹⁹ Bestimmbarkeit ist gegeben, wenn gesetzliche Maßstäbe (Kaufvertrag: Art. 182 III OGB) oder sonstige objektive Kriterien zur Bestimmung herangezogen werden können (Art. 209 I OGB). Ein unklares Angebot ist kein wirksames Angebot, es sei denn, der Anbietende wollte die nähere Bestimmung dem Annehmenden überlassen. Ein durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht übermitteltes Angebot wird dem angeblich Anbietenden nicht zugerechnet, falls nicht der Anbietende unter Rechtsscheinsgesichtspunkten haftet.

Der Widerruf (*rücu*) des Angebots ist bis zu dem Zeitpunkt möglich, in dem die Angebotserklärung den Empfänger erreicht. Der Widerruf ist immer formlos möglich.

Kommt das Angebot anders an als es abgegeben worden ist, wird es zwar wirksam, kann jedoch gemäß Art. 27 iVm 24 ff. OGB angefochten werden.

Der Zugang erfolgt, wenn das Angebot in den Machtbereich des Empfängers gelangt und dieser die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat. Wird ein Brief nach 17 Uhr in den Geschäftsbriefkasten eingeworfen, gilt er erst am Morgen des nächsten Geschäftstages als zugegangen.

Das Angebot erlischt, wenn es nicht unverzüglich angenommen wird. Hat der Anbietende eine Annahmefrist bestimmt, erlischt das Angebot mit deren Ablauf. Das Angebot gilt auch nach dem Tod des Anbietenden zulasten der Erben fort, falls nicht persönliche Umstände des Anbietenden Grundlage für das Angebot waren.

bb) Annahme (*kabul*)²⁰

Der Vertrag kommt zustande, wenn das Angebot ohne

¹⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp S. 82 f; Oğuzman/Öz S. 49 f.

²⁰ Eren, Bd. 1, S. 316 ff.

Einschränkungen ausdrücklich oder durch konkludentes Handeln angenommen wird. Hatte der Anbietende eine Frist bestimmt, muss ihm die Annahmeerklärung innerhalb dieser Frist zugehen (Art. 3 OGB). Fehlt es an einer Fristsetzung, muss die Annahme „unverzüglich“ erfolgen (Art. 4 OGB); unter Abwesenden genügt hierfür die Annahme innerhalb einer Frist, die dem gewöhnlichen Übermittlungsweg entspricht (Art. 5 OGB). Die Frist ist nur gewahrt, wenn die Annahmeerklärung dem Anbietenden auch tatsächlich zugeht. Der Einwurf in den Geschäftsbriefkasten etwa gilt nur dann als innerhalb der Frist erfolgt, wenn der Annehmende davon ausgehen darf, dass der Anbietende von der Erklärung noch am gleichen Tag Kenntnis erlangt. Trifft die Annahmeerklärung verspätet ein, obwohl der Annehmende für die Fristwahrung ausreichend Vorkehrung getroffen hat, muss der Anbietende die Verspätung unverzüglich anzeigen, weil sonst die Annahmeerklärung dennoch wirksam wird (Art. 5 III OGB). Wurde die Verspätung durch den Anbietenden verursacht, kommt die Einigung in jedem Falle zustande.

Schweigen gilt nur dann als Annahme des Angebots, wenn die für den Anbietenden erkennbaren Umstände die Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung verzichtbar erscheinen lassen (Art. 6 OGB), wie etwa bei jahrelanger entsprechender Praxis in den gemeinsamen Geschäftsbeziehungen.

Im übrigen gilt die verspätete Annahme als neues Angebot. Gleiches gilt auch für eine modifizierte Annahme, die sich inhaltlich nicht mehr mit dem Angebot deckt.

Ist die Einigung erst einmal zustande gekommen, ist die Annahme eines Angebots so wenig widerrufflich wie das Angebot selbst. Geht der Widerruf zugleich mit der Annahmeerklärung zu, kommt die Einigung nicht zustande.

cc) Übereinstimmung von Angebot und Annahme; Dissens²¹

Weichen die Erklärungen von Angebot und Annahme zwar

²¹ Eren, Bd. 1, S. 299 ff.

äußerlich ab, haben aber die Parteien dasselbe gewollt, so kommt über das Gewollte der Vertrag zustande (arg. ex Art. 18 OGB). Unklarheiten in Nebensachen wirken sich auf die Einigung über die Hauptleistungspflichten nicht aus (Art. 2 OGB).

Stimmen jedoch die Inhalte der Erklärungen nicht überein, so liegt ein offener Dissens (açık uyuşmazlık) vor, der im OGB nicht geregelt ist. Der Vertrag kommt dann nicht zustande. Weiter wird unterschieden zwischen eigentlichem Dissens (gerçek uyuşmazlık) –der Dissens bezieht sich auf Hauptleistungspflichten und der Vertrag kommt nicht zustande– und uneigentlichem Dissens (gerçek olmayan uyuşmazlık), wo sich der Dissens sich auf Nebenleistungspflichten bezieht und der Vertrag zustande kommt; in Bezug auf die Nebenleistungspflichten muss dann ggf. eine Lücke gefüllt oder eine ergänzende Auslegung vorgenommen werden (Art. 2 OGB).

Haben die Parteien dagegen das Auseinanderklaffen der Inhalte ihrer Erklärungen nicht bemerkt, liegt der –im OGB ebenfalls nicht geregelte– versteckte Dissens (gizli uyuşmazlık) vor. Umstritten ist, ob das Gericht einen versteckten Dissens von Amts wegen zu beachten hat.²²

dd) Zustandekommen durch sonstiges Verhalten

Ein Vertrag kann auch zustande kommen, ohne dass ausdrücklich Angebot und Annahme erklärt werden. So kommt etwa in einem Dauerlieferungsverhältnis nach Beendigung dieses Verhältnisses ein Kaufvertrag dann zustande, wenn der Verkäufer wie bisher weiterliefert und der Käufer die Leistung auch annimmt. Denkbar ist auch, dass bereits während der Verhandlungen mit der Lieferung begonnen wird: in einem solchen Fall kommt der Vertrag schlicht durch Vollzug zustande.

Ausnahmsweise kann auch Schweigen zum Abschluss eines Kaufvertrages führen. Zwar gilt grundsätzlich, dass das Schweigen nicht die Wirkung einer Willenserklärung hat, doch sind Fälle denkbar,

²² Eren, Bd. 1, S. 301 f.

in denen die Umstände eindeutig ergeben, dass das Schweigen eben doch Ausdruck eines bestimmten Erklärungswillens ist.

Schweigen kann auch dann eine entsprechende Willenserklärung ersetzen, wenn sich die Parteien aus anderen Gründen –etwa aufgrund eines Vorvertrages oder eines Rahmenvertrages– einig darüber sind, dass das Schweigen ausreichen soll bzw. von einer Partei eine ausdrückliche Erklärung nur dann gefordert wird, wenn sie den Abschluss des Kaufvertrages gerade nicht will.

b) Abschluss des Behandlungsvertrages

Für den Abschluss des Behandlungsvertrages gelten die vorstehend aufgeführten Kriterien. Mangels anderweitiger besonderer Vorschriften ist der Abschluss des Behandlungsvertrages formlos möglich. Damit eröffnen sich alle Möglichkeiten für das Zustandekommen eines Behandlungsvertrages, die das allgemeine Vertragsrecht bietet. Demnach kann ein Behandlungsvertrag schriftlich, mündlich oder durch „sonstiges Verhalten“ zustande kommen. Entscheidend ist, dass die jeweiligen Erklärungswillen dem jeweils anderen Teil inhaltlich erkennbar zugehen. Wer also ein Krankenhaus betritt, seine Personalien abgibt, einen Behandlungswunsch äußert und sich hierauf widerspruchslos auf die Behandlung einlässt, erklärt durch konkludentes Verhalten, ggf. auch durch im Zuge der Aufnahme getätigte Äußerungen zu seinen Beschwerden, dass er eine Behandlung dieser Beschwerden wünscht. Dieses Angebot wird spätestens mit der Aufnahme der Behandlungstätigkeit oder der Zuweisung eines Krankensbetts angenommen.

Gemäß Art. 31 PrivKHG besteht für Privatkrankenhäuser in Notfällen –z. B. nach einem Unfall– sogar eine Aufnahme- und damit Vertragsschlusspflicht.

3. Typisierung und Inhalt des Behandlungsvertrages

a) Geschäftsbesorgungsvertrag

Rechtsprechung und Literatur sind sich in der Türkei darüber einig, dass der ärztliche Behandlungsvertrag unter die Bestimmungen des Ge

schäftsbesorgungsvertrages (vekâlet sözleşmesi – Art. 386 ff. OGB) zu subsumieren ist.²³ Diese Vertragsform wird in der Übersetzung auch gerne als “Auftrag” wiedergegeben, was allerdings nicht mit dem Wesen des Auftrages gemäß BGB übereinstimmt. Diese Qualifizierung gilt auch dann, wenn Bestandteil des Behandlungsvertrages die Operation ist. Die Anwendbarkeit der Werkvertragsregeln auf die Operation kommt nicht in Betracht, weil hier kein Erfolg geschuldet ist, sondern lediglich die Maßnahme als solche. Damit entfällt die Möglichkeit, wesentliche Rechtsfolgen des Werkvertrages zur Geltung zu bringen, nämlich die Gewährleistungsbestimmungen. Ansprüche des Patienten und des Arztes bzw. des Krankenhauses ergeben sich daher aus den Hauptleistungspflichten, die sich auf Erfüllung richten, sowie den Nebenleistungspflichten, die sich auf Schadensersatz richten. Das türkische Recht kennt darüber hinaus im Arzthaftungsrecht auch Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung, culpa in contrahendo und unerlaubter Handlung.

Dennoch ist die Anwendung werkvertraglicher Bestimmungen im Bereich des Arzt- und Krankenhausrechts nicht völlig ausgeschlossen. Es kommt letztlich auf die Qualifizierung der geschuldeten Leistungen an. So ist etwa die Herstellung einer Prothese im Rahmen eines Behandlungsvertrages als Werkvertrag (istisna oder eser sözleşmesi) zu qualifizieren.²⁴

b) Form des Behandlungsvertrages

Formvorschriften für Behandlungsverträge kennt das türkische Recht nicht. Es gelten die allgemeinen Vorschriften über das

²³ Yavuz S. 578. Den Krankenhausaufnahmevertrag scheint Yavuz als Vertrag eigener Art anzusehen, dies ergibt sich jedoch lediglich aus dem Stichwortverzeichnis, wo hierfür auf S. 25 verwiesen wird. Dort findet sich dazu aber nichts. Ferner Kassationshof (13. ZS), 4.3.1994, E. 1993/8557, K. 1994/2138, YKD 1994, S. 1288; Kassationshof (GrZS), 26.2.2003, E. 2003/21-95, K. 2003/113. In Deutschland erfolgt die Subsumtion unter den Dienstvertrag gem. §§ 611, 627 BGB (BGH NJW 1980, 1452; BGH 17.10.2002 III ZR 58/02 uvam; SchulenbuRG, Der Behandlungsvertrag, <http://www.aekno.de/arvhiv/2004/02/016.pdf>. Zur Abgrenzung gegenüber dem Dienstvertrag vgl. z.B. Tandoğan S. 376.

²⁴ Vgl. Kassationshof (15. ZS), 20.12.1977, E. 1977/2167, E. 1977/2307, zit. unter www.dentanet.com.tr/sözlesme.htm.

Zustandekommen des Vertrages. Schriftlichkeit hat allerdings eine wichtige Beweisfunktion.

c) Inhalt des Behandlungsvertrages

aa) Hauptleistungspflichten

Die Hauptleistungen des Arztes bzw. Krankenhauses ergeben sich aus dem Inhalt der gegenseitig abgegebenen Erklärungen und den Umständen. Gleiches gilt letztlich auch für die Vergütung. Während sich jedoch die Hauptleistungen des Arztes bzw. Krankenhauses zumeist in den ausdrücklichen oder stillschweigenden Willensbekundungen des Patienten widerspiegeln, wobei für die Auslegung solcher Erklärungen die Diagnose, die Regeln der medizinischen Kunst und das fachliche Ermessen des Arztes (vgl. Art. 5 DeontologieRVO) eine Rolle spielen, kann es, insbesondere im Falle des Fehlens einer detaillierten Vergütungsvereinbarung, zu Schwierigkeiten bei der Bestimmung der richtigen Vergütung kommen.

Aus Art. 386 III OGB ergibt sich, dass die Vergütung kein zwingend erforderliches Element eines Geschäftsbesorgungsvertrages ist. Vielmehr setzt die Verpflichtung zur Zahlung einer Vergütung eine hierauf abzielende ausdrückliche Vereinbarung (*mukavele*) oder aber eine entsprechende Übung (*teamül*) voraus. Dass auch eine berufsspezifische gesetzliche Regelung zu Vergütungsansprüchen im Rahmen des Geschäftsbesorgungsvertrages führen kann, liegt auf der Hand. Eine Vergütungsvereinbarung kann sich im Behandlungsvertrag finden oder durch das Akzeptieren der Arztrechnung getroffen werden. Fehlt es an beidem, ist zu prüfen, ob es eine gesetzliche Regelung oder eine Übung gibt.

Dem Grundsatz folgend, dass bei Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrages in aller Regel beide Seiten von der Entgeltlichkeit ausgehen, haben sich in fast allen Bereichen des sozialen Lebens Übungen entwickelt, die dann früher oder später sich zum Teil –nicht überall– auch in Vergütungsordnungen niedergeschlagen haben. Es braucht hier nicht vertieft zu werden, dass dies in jedem Fall auch für den Bereich der medizinischen Versorgung gilt, sofern nicht konkrete

Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine Leistung unentgeltlich oder aus Gefälligkeit erbracht werden soll.

Prüfungsmaßstab für die Frage, ob dem Arzt oder Krankenhaus ein Honorar zusteht und in welcher Höhe, ist, soweit es an gesetzlichen Bestimmungen fehlt, die Übung, die sich wiederum in den Honorarordnungen der Kammern widerspiegelt (dazu unten 4).²⁵

bb) Nebenleistungspflichten

(1) Die Nebenleistungspflichten spielen im Geschäftsbesorgungsvortrag gemäß Art. 386 ff. OGB schon deshalb eine besondere Rolle, weil die „richtige Auftragsausführung“ bzw. „gehörige Erfüllung“ für die Frage der Entstehung oder Verwirkung des Vergütungs- und Auslagenersatzanspruches maßgeblich sein kann (unten 4a).

Dass aus der Sicht des Auftragnehmers die Behandlung mit der ordentlichen Sorgfalt eines Mediziners, d.h. nach den Regeln der ärztlichen Kunst erfolgen muss, einerseits keine überflüssigen Maßnahmen ergriffen werden dürfen, andererseits aber auch alle denkbar erforderlichen Maßnahmen getroffen werden müssen, um die körperliche Integrität des Patienten zu wahren, ergibt sich schon aus der Natur des Behandlungsvertrages und des hippokratischen Eides (vgl. auch Art. 2 DeontologieRVO). Bereits ein leicht fahrlässiger Verstoß gegen solche Sorgfaltspflichten führt zur Auslösung von Arzthaftungsansprüchen.²⁶

(2) Im Arzthaftungsrecht ein besonderes Thema und weites Feld der Diskussion ist dagegen die Frage nach den Aufklärungspflichten.²⁷

²⁵ Yavuz S. 563; Kassationshof (4. ZS), 10.3.1972, E. 14392, K. 2044 bei Uyğur Bd. 7 S. 8492.

²⁶ Ausführlich zu den SoRGfaltspflichten des Arztes Tandoğan S. 415 ff.; Kassationshof (4. ZS), 7.3.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541, YKD 1978, S. 905 f. (zit. bei Tandoğan S. 421). Der Kassationshof stellt hohe Anforderungen an die Erfüllung der SoRGfaltspflicht und lässt bereits leichte Fahrlässigkeit die Haftung des Arztes auslösen (Kassationshof (13. ZS), 4.3.1994, E. 1994/8557, K. 1994/2138, YKD 1994, S. 1288); Yavuz S. 578.

²⁷ Zur Aufklärungspflicht im GeschäftsbesoRGungsvertrag allgemein Kassationshof (GrZS), 19.3.2003, E. 2003/13-174, K. 2003/181.

Die Verletzung von Aufklärungspflichten im Vorfeld der Vertragsanbahnung mit der Folge, dass ein Vertrag abgeschlossen wird, der –hätte der Patient die Risiken gekannt– gar nicht abgeschlossen worden wäre, begründet einen Anspruch nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo, die auch im türkischen Recht anerkannt sind.²⁸ Wann infolge einer Verletzung der Aufklärungspflichten vor Vertragsschluss auch die Anfechtung eines Behandlungsvertrages in Betracht kommt,²⁹ ist hier nicht zu erörtern.

Die besondere Bedeutung der Aufklärungspflicht des Arztes³⁰ resultiert aus dem Umstand, dass eine ärztliche Behandlung in aller Regel mit Eingriffen in die körperliche Integrität verbunden ist. Nachfolgend ist zu klären, inwieweit das türkische Recht hierzu Regelungen bereit hält.

Das türkische Recht enthält auf Verfassungs- wie auf Gesetzesebene Vorschriften zum Schutz der körperlichen Integrität. In der Normenhierarchie ganz oben steht Art. 17 der türkischen Verfassung, der die Basis für den „Schutz der materiellen und immateriellen Persönlichkeit“ darstellt.³¹ Der Gesetzgeber hat die hier enthaltene Anordnung des Verfassungsgebers in den Art. 23 ff. ZGB umgesetzt. Gemäß Art. 24 II ZGB ist jede Verletzung der körperlichen Integrität rechtswidrig, es sei denn, die Verletzung ist durch die Zustimmung des Verletzten oder übergeordnetes privates oder öffentliches Interesse gerechtfertigt. Das Zustimmungserfordernis für Eingriffe in die körperliche Integrität wird dann auch in Art. 70 HeilBG aufgegriffen. Weiter ausgestaltet wird der Zustimmungsvorbehalt bei medizinischen Eingriffen in Art. 5 PatR-VO, wo nochmals ausdrücklich festgehalten wird, dass die körperliche, geistige und seelische Integrität der Person zu achten sei und ohne die Zustimmung des Patienten hierin keine Eingriffe vorgenommen werden dürfen; eine Präzisierung erfolgt dann noch einmal in den Art. 24 ff. PatR-VO im Hinblick auf die Operationen und deren Abbruch sowie sonstige Maßnahmen der Behandlung, aber auch der Forschung am Patienten. Art. 12

²⁸ Rumpf Einführung § 26.

²⁹ Rumpf Einführung § 27 Rdn 53 ff.

³⁰ Yavuz S. 595.

³¹ Rumpf Einführung § 8 Rdn 140.

PatR-VO dagegen berücksichtigt wieder die Unverzichtbarkeit von Grundrechten. Hiernach sind medizinisch nicht indizierte Eingriffe, welche Lebensgefahr mit sich bringen, untersagt. Das Zustimmungsrecht wird weiter durch Art. 23 II PatR-VO begrenzt, wonach die Persönlichkeitsrechte unveräußerlich sind. Das türkische Recht geht also in umfassenden Regelungen von der herausragenden Schutzwürdigkeit und dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten aus.

Die PatR-VO formuliert lediglich ein „Aufklärungsrecht“, also einen Auskunftsanspruch. Gemäß Art. 7 PatR-VO hat der Patient Anspruch auf Information, also einen Auskunftsanspruch gerichtet auf die Möglichkeiten und Verfahren, sich einer Untersuchung und Heilbehandlung zu unterziehen. Art. 60 III PrivKH-VO stipuliert das Recht des Krankenhauses –nicht die Pflicht– den Patienten über Einzelheiten der Behandlung und ihre Ziele zu informieren. Das türkische Arztrecht geht also insoweit vom Bild des mündigen und selbst bestimmten Patienten aus, der mit dem Arzt in gleicher Augenhöhe verhandelt. Lediglich Art. 8 PatR-VO verpflichtet die Ärzte, den Patienten, der die Klinik oder den behandelnden Arzt wechseln will, über die Risiken eines solchen Wechsels aufzuklären. Gemäß Art. 15 PatR-VO hat der Patient einen Anspruch auf Information, welche sich auf alle medizinischen Maßnahmen, Verfahren, deren Nutzen und Nachteile, auf alternative Behandlungsmethoden sowie auf die Nachteile beziehen, die durch die Verweigerung der Inanspruchnahme der ärztlichen Leistung entstehen könnten. Diese Aufklärung kann auch schriftlich verlangt werden. Dem steht an dieser Stelle nicht etwa eine Verpflichtung des Arztes gegenüber, auch ungefragt aufzuklären, sondern ein Ermessen des Arztes, unter bestimmten Bedingungen – z. B. im Falle der Gefahr für die psychische Gesundheit – sogar die Auskunft zu verweigern (Art. 19 PatR-VO). Der Patient kann im übrigen auch die Erteilung einer Auskunft untersagen (Art. 20 PatR-VO). In der Praxis geht es hier wohl aber nur um diejenigen Fälle, in denen der Patient zuvor die Erteilung von Auskünften an Dritte – z. B. Verwandte – genehmigt hat oder zu befürchten ist, dass ärztliches Personal Verwandten ungeprüft und ungefiltert Auskunft erteilt.

Eindeutig allerdings ist im Hinblick auf die Aufklärungspflicht Art. 14 II DeontologieRVO. Hiernach hat der Arzt im Anschluss an die

Diagnose den Patienten darüber aufzuklären, welche Maßnahmen zu treffen sind und welche Risiken damit verbunden sind. Dabei hat er zu beachten, dass diese Aufklärung keine negative Wirkung auf den Patienten ausübt. Mit anderen Worten, der Arzt darf, wenn dies im Interesse des Patienten liegt – was wiederum naturgemäß der Arzt selbst zu beurteilen hat –, die Auskunft filtern. Die Auskunft ist unter diesen Bedingungen auch an Verwandte zu erteilen, falls der Patient dies nicht untersagt hat. Weitere Einzelheiten über Umfang und Inhalt der Auskunftspflicht hält die DeontologieRVO nicht bereit. Somit schließt sich das Arzt- und Patientenrecht also nahtlos an das allgemeine Vertragsrecht an, aus welchem sich bereits – als Teil der vertraglichen Sorgfalts- und Fürsorgepflichten – eine ärztliche Aufklärungspflicht herleiten ließe.³²

Der Kassationshof schließlich verdichtet die Aufklärungspflicht dahin gehend, dass er die Wirksamkeit der Zustimmung zu einem Eingriff von der Erteilung ordnungsgemäßer Auskunft über die Maßnahmen und Risiken abhängig macht.³³

(3) Ein Thema, das mit den medizinischen Aufklärungspflichten nicht gleichgesetzt werden darf, ist die Aufklärung über die Kosten. Insoweit gibt es keine Anhaltspunkte für eine Regelung in den Bestimmungen über das Krankenhauswesen, auch nicht in den Bestimmungen des OGB über den Geschäftsbesorgungsvertrag. Es muss hier also wieder auf das allgemeine Vertragsrecht zurückgegriffen werden.

Da auch die türkische Rechtsprechung und Literatur lediglich allgemeine Ausführungen zu den Nebenpflichten macht, aus denen unter anderem Aufklärungspflichten hergeleitet werden, ist es schwierig, einen Rechtssatz zu entwickeln, wonach das Krankenhaus bzw. der Arzt verpflichtet sei, den Patienten umfassend über die entstehenden Kosten aufzuklären. Tatsächlich ist dies in der konkreten Situation, in welcher der Behandlungsvertrag zustande kommt, auch sehr schwierig. Denn erst im Zuge der Untersuchung und der nachfolgenden medizinisch indizierten Behandlung wird

³² Yavuz S. 595.

³³ Kassationshof (4. ZS), 7.3.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541.

sich herausstellen, welche Gebührentatbestände erfüllt werden. Dies beginnt bei der unvorhersehbaren Menge von Kleinmaterial und hört bei der Auswahl des Operationsteams auf.

Für den ausländischen Patienten ist bei Abschluss des Behandlungsvertrages auch wichtig zu wissen, welche Leistungen von seiner Krankenkasse oder Versicherung erstattet werden. Einerseits will der Patient behandelt werden. Unklar ist aber, worauf seine Frage nach der Erstattungsfähigkeit abzielt. Es kann im Einzelfall sein, dass er von der Antwort sein Einverständnis in Untersuchung und Behandlung abhängig machen will. Es kann aber auch sein, dass er lediglich einen Überblick über die Kosten gewinnen will, um gegebenenfalls andere Dispositionen –und sei es nur der für den nächsten Tag geplante Besuch beim Teppichhändler– abhängig zu machen, die selbst keinen Einfluss auf den Behandlungsvertrag haben. Aus der Sicht des Arztes können ebenfalls verschiedene Motive eine Rolle spielen. So kann es dem Arzt darum gehen, im Hinblick auf die konkrete Situation des Patienten aus medizinischer Sicht diesen davor zu bewahren, eine finanzielle Erwägung in den Vordergrund zu stellen und damit auf eine Behandlung zu verzichten, die aus ärztlicher Sicht im Interesse des Patienten dringend notwendig erscheint. Es kann aber auch sein, dass der Arzt das wirtschaftliche Interesse des Krankenhauses im Auge hat und daher alles tut, um den Patienten zum Abschluss zu bewegen; ein solches Motiv könnte sogar gemäß Art. 20 OGB zur Nichtigkeit des Behandlungsvertrags führen, da dem Arzt durch Art. 60 PrivKH-VO ausdrücklich untersagt ist, den Patienten aufgrund wirtschaftlicher Erwägungen oder aus Gründen des Wettbewerbs zum Vertragsschluss zu bestimmen.³⁴ Im übrigen sind jedoch solche Motivationslagen von untergeordneter Bedeutung, denn die Erfüllung vertraglicher Nebenpflichten ist objektiv nach dem Erklärten und dem Tun der Beteiligten zu beurteilen.

³⁴ Art. 20 OGB bestimmt die Nichtigkeit eines Vertrages, der gesetzwidrig oder sittenwidrig ist. Ein Behandlungsvertrag, dessen eigentlichen Zweck nicht die Behandlung des Patienten ist, sondern die Erzielung wirtschaftlicher Vorteile, ist daher zumindest sittenwidrig. Denn Art. 60 PrivKH-VO ist Ausdruck eines allgemeinen, ethisch begründeten Rechtsgrundsatzes, wonach der Arzt die Gesundheit des Patienten in den Vordergrund zu stellen hat.

Dementsprechend ist also lediglich zu überlegen, welche Pflichtenlasten man den Beteiligten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses und während der Erfüllung des Vertrages auferlegt. Für die Frage nach den Aufklärungspflichten vor Vertragsschluss wäre also zu prüfen, ob der Patient verpflichtet sein kann, sich vor Antritt seiner Reise über die Möglichkeiten des Auslands- bzw. Reiseversicherungsschutzes zu informieren und ggfs. die Deckung sicherzustellen. Dabei entstehen wiederum unterschiedliche Konstellationen infolge der unterschiedlichen gesetzlichen und privaten Versicherungstypen. Gerade heute, wo das Reisen derartig weite Verbreitung findet, die Reiseerfahrung des Einzelnen zunimmt und die Werbung für Reiseunternehmen, Reiseversicherungen und die Aufklärung über das Reisen und seine Gefahren in Presse und Fernsehen immer präsenter ist, kann vom ausländischen Patienten unter Umständen erwartet werden, dass er entsprechende Maßnahmen ergreift, um den Versicherungsschutz sicherzustellen.

Ob eine vergleichbare Informationspflicht auch das Krankenhaus oder den Arzt trifft, ist fraglich. Einem Krankenhaus, das mit dem Tourismus in seiner Region groß geworden ist –so ausdrücklich die Selbstdarstellung der Klägerseite auf ihrer Webseite–, könnte man einerseits unterstellen, dass es über ausreichend Erfahrung und Kenntnisse bezüglich der Erstattungsfähigkeit von ärztlichen Leistungen verfügt. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass ein türkisches privates Krankenhaus –anders als ein deutsches Krankenhaus in Bezug auf den in Deutschland versicherten Patienten – weder mit Kassen noch mit Versicherungen in direkten Kontakt tritt und sich daher auch keine statistischen, geschweige denn verwertbaren Erkenntnisse über die Erstattungsfähigkeit ärztlicher Leistungen ansammeln werden, aus denen sich dann eine entsprechende Aufklärungspflicht gegenüber dem Patienten herleiten ließe.

Allerdings dürfte sich – ohne dass es dazu eines ausdrücklichen Nachweises anhand der Quellen im türkischen Recht bedürfte – allein aus dem Umstand, dass ein Krankenhaus überhaupt über die Kostenerstattung „aufklärt“, eine vertragliche Nebenpflicht dazu herleiten lassen, den Patienten richtig aufzuklären und solche Aussagen zu unterlassen, die dem Patienten suggerieren, er bekäme die Kosten

erstattet, obwohl das Krankenhaus oder der Arzt insoweit keine positive Kenntnis über die Erstattungsfähigkeit hat.

Wie das Gericht mit dieser Konstellation, auch unter dem Gesichtspunkt der Beweislastverteilung, umzugehen hat, ist hier nicht zu erörtern.

4. Entstehung und Bemessung des Vergütungsanspruchs

a) Entstehung des Vergütungsanspruchs

Ein Vergütungsanspruch beim Geschäftsbesorgungsvertrag ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz. Der Grund hierfür wird von Tandoğan damit angegeben, dass das Recht des „Auftrages“ ursprünglich aus dem römischen Recht herzuleiten ist, das von der Unentgeltlichkeit des Auftrages ausging. So habe es sich auch im deutschen BGB niedergeschlagen, während die italienischen und französischen Zivilrechtskodices den Vergütungsanspruch gesetzlich festgelegt hätten.³⁵ Anders als im BGB wird aber immerhin in Art. 386 III OGB ein Vergütungsanspruch erwähnt, der sich aus einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung oder der „Übung“ ergeben kann.³⁶

Die Entstehung eines Vergütungsanspruchs gehört – sieht man von den Fällen von Gefälligkeitsvereinbarungen ab – zu den konstitutiven Merkmalen eines Vertrages,³⁷ jedoch nicht unbedingt eines Geschäftsbesorgungsvertrages im Sinne der Art. 386 ff. OGB. Denn Art. 386 ff. OGB schränkt diesen Grundsatz ein und verlangt entweder eine „Vereinbarung“ oder aber eine entsprechende „Übung“.³⁸ Eine

³⁵ Tandoğan S. 574.

³⁶ Tandoğan S. 574; Yavuz S. 563.

³⁷ Eren S. 194

³⁸ Yavuz S. 563. Von Uygur S. 8484 wird die Vergütung sogar als Ausnahme bezeichnet. Dies ist aber mit der Praxis spätestens dort nicht mehr vereinbar, wo die Geschäftsbesorgung Gegenstand der Berufsausübung ist. Bei einer solchen Sichtweise, die die Geschäftsbesorgung (den Auftrag) in den Bereich der Ehrentätigkeit (römisches Recht) bzw. Gefälligkeiten drängt, passt auch nicht die gängige Abgrenzung zum vergütungspflichtigen Dienstvertrag, die sich an der Dauerhaftigkeit (z.B. Arbeitsvertrag) bzw. der Ausrichtung auf die Erzielung eines Ergebnisses (z.B. Anwalts-, Architekten-, Behandlungsvertrag) orientiert

weitere Einschränkung wird darin gesehen, dass die Entstehung eines Vergütungsanspruchs auch die ordentliche Durchführung des Auftrages –der Geschäftsbesorgung– voraussetzt (analog Art. 394 OGB, dazu unten b)).³⁹ Allerdings schließt dies nicht aus, dass der Arzt, sofern er angemessene Gründe hierfür vorweisen kann, eine Behandlung abbrechen kann; in diesem Falle kann er dann allerdings nur fordern, was bis zum Abbruch an Honorar- und Auslagenersatzansprüchen aufgelaufen ist; ist ein festes Honorar vereinbart und bereits bezahlt worden, so ist er verpflichtet, einen angemessenen Teil wieder zu erstatten (Art. 34 DeontologieVO).

In der hier zitierten Literatur nicht erwähnt wird Art. 8 des eingangs erwähnten GG-Ges, der allerdings nur für öffentlichrechtliche Gesundheitseinrichtungen gilt. Hiernach sind Maßnahmen zur Untersuchung und Heilbehandlung ausdrücklich vergütungspflichtig. Es wird bestimmt, dass die Vergütung ohne weiteres Mahnschreiben fällig wird und die Einziehung dem Gesetz über die Einziehung öffentlicher Forderungen unterliegt. Diese Bestimmung, eingeführt im Jahre 1987, rechtfertigt die Annahme, dass wir es im Hinblick auf die Entstehung des Vergütungsanspruchs nicht mehr nur mit einer „Übung“ zu tun haben, sondern Art. 386 OGB von Art. 8 GG-Ges flankiert wird und wir es jedenfalls bei öffentlich-rechtlichen Krankenhäusern mit einem gesetzlichen Vergütungsanspruch zu tun haben. Da Art. 8 GG-Ges nicht unmittelbar auf privatrechtliche Gesundheitsanstalten anzuwenden ist, kann diese Bestimmung insoweit aber als Ausdruck eines entsprechenden Rechtsgrundsatzes angesehen werden.

Über das „ob“ zu entscheiden ist in aller Regel nicht schwierig, so auch im Bereich des Behandlungsvertrages. Denn dass eine Arzt- oder Krankenhausbehandlung zu vergüten ist, entspricht allgemeiner Übung.⁴⁰ Dem Charakter des Behandlungsvertrages als Geschäft

(Tandoğan S. 376). Für den Behandlungsvertrag ist diese Auffassung ohnehin nicht maßgeblich, weil es hier nicht nur eine Übung gibt, sondern in zahlreichen Bestimmungen des Arzt- und Krankenhausrechts auf die VerGütungspflicht Bezug genommen wird.

³⁹ Tandoğan S. 575.

⁴⁰ Yavuz S. 564. Infolgedessen braucht hier die Diskussion, wann eine stillschweigende VerGütungsvereinbarung ausreicht, nicht aufgegriffen zu werden.

sbesorgungsvertrag entspricht es dabei, dass es ausschließlich auf den erklärten oder stillschweigenden Willen der Parteien ankommt. Da beim Behandlungsvertrag kein Erfolg geschuldet wird, sondern lediglich das Treffen geeigneter Maßnahmen, um eine Diagnose (beim lediglich auf die Untersuchung gerichteten Vertrag) zu erzielen oder die Chance einer Heilung wahrzunehmen (Therapie oder Operation), muss in der Regel davon ausgegangen werden, dass mit dem Auftrag zur Untersuchung oder Therapie auch ein Anspruch des Arztes oder Krankenhauses auf Vergütung der Maßnahmen besteht. In Anbetracht dessen, dass hier eine allgemeine Übung und Praxis besteht, kann das Fehlen eines Vergütungsanspruchs nur mit dem Scheitern des Geschäftsbesorgungsvertrages nach den Regeln des allgemeinen Vertragsrechts oder aber mit dem ausdrücklichen, entgegenstehenden Willen der Parteien begründet werden. Hat, was vorkommen mag, eine Partei ausdrücklich erklärt, dass sie keine Vergütung zu zahlen beabsichtigt und die andere Partei, in der irrigen Annahme, eine gesicherte gesetzliche Grundlage für einen Vergütungsanspruch hinter sich zu haben, die Behandlung dennoch aufgenommen, so muss die Frage der Entstehung der Vergütung nach den allgemeinen Regeln über das Zustandekommen von Verträgen entschieden werden. Der reine Mentalvorbehalt, die Vergütung nicht zahlen zu wollen, reicht nicht aus.

Für die Entstehung eines Vergütungsanspruches kann nur die Erklärungskonstellation im Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich sein, nicht aber eine vom Patienten später –etwa infolge Unzufriedenheit mit dem Behandlungsverlauf– getroffene Entscheidung, keine Vergütung zu zahlen.

Unberührt hiervon ist selbstverständlich die Möglichkeit, auch nach Beginn, ja sogar nach Abschluss der Behandlung eine Vergütungsvereinbarung zu treffen oder eine zuvor getroffene Vereinbarung einvernehmlich zu ändern.

Schließlich ist auch denkbar, dass ein Vergütungsanspruch entsteht, ohne dass es –etwa in einem Notfall– zum Abschluss eines Behandlungsvertrages kommt. Hierfür sieht Art. 35 DeontologieRVO

vor, dass der Arzt „in Notfällen sein wegen des Eingriffs anfallendes Honorar nachträglich einfordern kann“. Hierin ist ein Hinweis auf einen typischen Fall der Geschäftsführung (Geschäftsbesorgung) ohne Auftrag im Sinne der Art. 410 ff. OGB⁴¹ zu sehen.

Auf die Frage der Fälligkeit des Vergütungsanspruchs wird gesondert eingegangen werden (unten 5 a).

b) Ersatz von Auslagen und Schaden

Zunächst einmal ist noch zwischen dem Honorar und den Auslagen zu trennen. Was die Auslagen angeht, so bestimmt Art. 394 OGB ausdrücklich, dass der Auftraggeber die auf die Erfüllung des Geschäftsbesorgungsvertrages getätigten Auslagen des Auftragnehmers, nebst gesetzlichen Zinsen, zu tragen sowie denjenigen Schaden zu ersetzen hat, den der Auftragnehmer in Erfüllung seiner Pflichten erleidet.⁴² Ein Honoraranspruch kann hieraus nicht hergeleitet werden, dies ist auch angesichts der Ausführungen unter a) nicht erforderlich.

Eine Einschränkung besteht darin, dass die Geschäftsbesorgung „ordentlich“ erfolgen muss (schweiz.: richtige Auftragsausführung). Wer also eine Frist versäumt oder den Erfolg dadurch vereitelt, dass er nicht die Regeln der ärztlichen Kunst einhält, verliert den Anspruch. Mit Gewährleistung hat dies nichts zu tun, vielmehr wird hier der Pflichtenverstoß des Auftragnehmers sanktioniert. Man könnte hier auch von einer gesetzlichen Regelung der positiven Vertragsverletzung sprechen. Die türkische Literatur spricht hier von „Nicht-“ oder „Schlechterfüllung“ (schweiz.: nicht gehörige Erfüllung) im Sinne von Art. 96 OGB.⁴³

c) Bemessung der Vergütung

Während die Entstehung des Vergütungsanspruchs als solchem in der Regel keine großen Probleme aufwirft, stellt sich oft die Frage nach seiner Bemessung. Geschuldet ist, wenn über die Höhe keine

⁴¹ Vgl. Rumpf Einführung § 32.

⁴² Ausführlich Yavuz S. 617 ff.

⁴³ Yavuz S. 617; Tandoğan S. 581.

ausdrückliche Vereinbarung getroffen ist, das „übliche“ Honorar.⁴⁴ Dieses wird unter Berücksichtigung der ökonomischen Bedeutung, der erforderlichen Fachkenntnis und der vom Auftragnehmer zu tragenden Verantwortung durch das Gericht nach freiem Ermessen festgesetzt. Tarife von Kammern und Berufsverbänden können dabei herangezogen werden, müssen aber nicht,⁴⁵ es sei denn, solche Tarife haben infolge einer gesetzlichen Ermächtigung bindende Wirkung. Gemäß Art. 31 DeontologieRVO ist es dem Arzt verboten, der Werbung wegen die Mindesthonorarsätze zu unterbieten.

Für die Bestimmung der Vergütung beim Behandlungsvertrag ist das rechtliche Umfeld zu berücksichtigen, das durch die einschlägigen arzt- und krankenhausrechtlichen Vorschriften bestimmt ist (oben III 1).

Das Grundgesetz über das Gesundheitswesen stellt den gesetzlichen Rahmen für Organisation und Tätigkeit im Gesundheitswesen dar. Der bereits erwähnte Art. 8 GG-Ges gibt jedoch keinerlei Hinweise, wie die Vergütung zu berechnen sein könnte. Auch das Heilberufegesetz schweigt hierzu.

Das PrivKHG, das die Gründung und den Betrieb von Privatkliniken regelt, enthält bereits konkretere Bestimmungen zur Vergütung. Es unterscheidet zwischen Patienten „mit Geld“ und Patienten „ohne Geld“. Der Unterschied ergibt sich aus einer negativen Abgrenzung. Gemäß Art. 32 PrivKHG sind mittellose Patienten in die Abteilung für Patienten „ohne Geld“ zu übernehmen und wie Patienten „mit Geld“ ordnungsgemäß zu behandeln. Allerdings müssen, so lässt sich aus dieser Vorschrift erschließen, Privatkrankenhäuser solche Patienten nur in Notfällen aufnehmen. Hierfür ist ein Kontingent von 5% der Kapazitäten bereit zu halten. Die Kosten sind von der örtlichen Gemeinde zu tragen.

Die stationär aufgenommenen Patienten „mit Geld“ haben ein Tageshonorar zu bezahlen (Art. 26 PrivKHG), in dem Untersuchungs- und ärztliche Behandlungskosten enthalten sind, soweit es sich

⁴⁴ Tandoğan S. 367 f.

⁴⁵ Tandoğan S. 367 f.

nicht um Operationen handelt oder um die Gebühren eines auf Wunsch des Patienten herangezogenen externen Arztes. Anderwärts, nämlich in Art. 21 II DeontologieRVO, ist bestimmt, dass im Falle von Behandlungsleistungen und Operationen die Gebühren für durch den behandelnden oder operierenden Arzt hinzugezogenes ärztliches Personal vom Patienten gesondert zu tragen sind. Dabei ist derselben Vorschrift zufolge der behandelnde oder operierende Arzt bei der Auswahl des ärztlichen Hilfspersonals frei (Art. 21 I DeontologieRVO). Auch der Konsultationsarzt, also ein mit Zustimmung des Patienten wegen der besonderen Schwierigkeit des Falles hinzugezogener zweiter Arzt, erhält das volle Arzthonorar „wie der behandelnde Arzt“ (Art. 30 DeontologieRVO). Sonderleistungen wie die Abgabe von Medikamenten oder Untersuchungen mit technischen Geräten – z.B. Röntgen – sind ebenfalls nicht im Tagessatz enthalten. Der Tagessatz ist gesetzlich nicht fixiert, darf jedoch die durch das Gesundheitsministerium festgesetzten Obergrenzen nicht überschreiten (Art. 28 PrivKHG) – wenn denn solche Obergrenzen festgelegt worden sind. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Wichtigstes und einziges Dokument zur Bemessung der Honorare ist letztlich der „Tarif des türkischen Ärztekammerverbandes über die Mindesthonorare“, der zuletzt im Jahre 2003 in Buchform herausgegeben wurde. Er enthält für die einzelnen ärztlichen Leistungen die Multiplikatoren für den Basissatz. Der Basissatz wird ungefähr halbjährlich den Entwicklungen der türkischen Lira angepasst.⁴⁶

Hier nicht relevant sind die Mindestvergütungen für einfache Untersuchungen oder die Vergütungen für Vertragsärzte (Betriebsärzte), die ebenfalls festgelegt werden.

In der Praxis beachten die Privatkliniken lediglich die durch den Tarif des Verbandes der Ärztekammern festgelegten Untergrenzen und entwickeln im übrigen jeweils eine eigene Honorarpolitik, wobei sie auch eine Einzelfallprüfung durch den zuständigen Arzt zulassen. Für die Frage, inwieweit diese Praxis der Privatkliniken eine Verdichtung zur „Übung“ zulässt, hätte eine Erhebung unter

⁴⁶ Die Basissätze lassen sich über www.ttb.org.tr abrufen.

den Privatkliniken der Region vorgenommen werden müssen. Darauf deutet auch hin, dass die angefragte Ärztekammer lapidar feststellt hat, dass es gesetzlich bestimmte Obergrenzen nicht gebe. Die Bemessung wird sich daher daran orientieren müssen, dass die Kostenstruktur einer türkischen Privatklinik –Löhne und Gehälter, Material, medizinische Geräte –sich unter dem Strich nicht wesentlich von derjenigen einer deutschen Klinik unterscheiden dürfte. Geringeren Lohnkosten beim Pflegepersonal stehen höhere Gerätekosten gegenüber, da die wichtigsten medizinischen Geräte importiert werden müssen. Mit Sicherheit nicht tragfähig ist die Anlegung von Maßstäben für Lebenshaltungskosten oder der Kosten subventionierter Staatskrankenhäuser oder der Krankenhäuser der Sozialversicherungsanstalt, die in der Regel weit unter dem Standard einfachster deutscher Krankenhäuser liegen, während viele türkische Privatkliniken einen hohen Standard aufweisen, der auch den Vergleich mit deutschen Kliniken nicht immer zu scheuen braucht.⁴⁷

Ist das „übliche“ Honorar berechnet, stellt sich die weitere Frage, unter welchen Voraussetzungen der Patient die Möglichkeit hat, das Honorar zu kürzen. Mangels sondergesetzlicher Regelungen gelten auch hier wieder die allgemeinen Regeln des Vertragsrechts. Eine angemessene Kürzung ist nach Treu und Glauben dann möglich, wenn Arzt und Krankenhaus überflüssige Maßnahmen getroffen haben. Dazu gehören eine medizinisch nicht indizierte – überflüssige – Behandlung oder Operation sowie die Anordnung einer Aufnahme oder Fortsetzung einer stationären Aufnahme, obwohl dies unter keinerlei medizinischem Gesichtspunkt angezeigt gewesen wäre. Zu beachten ist dabei der ärztliche Beurteilungsspielraum.

d) Währung der Vergütungsforderung

Gemäß Art. 83 Abs. 1 OGB gilt, wenn nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist, die Bezahlung in Landeswährung als vereinbart.

⁴⁷ Ausführungen zu den Standards und Kosten von Privatkliniken sind für den Gutachter empirisch nicht belegbar. Sie beruhen insoweit auf der allgemeinen eigenen Erfahrung im Kontakt mit türkischen Kliniken als Patient sowie Alltagsgesprächen.

Maßgeblich ist der Erfüllungsort. Dieser ist bei einer Geldschuld der Sitz des Gläubigers (Art. 73 Abs. 1 Zif. 1 OGB).⁴⁸

5. Verzug und Verzugszinsen

a) Fälligkeit und Verzug⁴⁹

Die Fälligkeit (*muacceliyet*) bestimmt sich nach der Vereinbarung oder den Umständen, hilfsweise nach dem Gesetz. Grundsätzlich wird die Forderung mit ihrer Entstehung fällig (Art. 74 OGB). Bei Werkverträgen etwa entsteht die Forderung mit der Ablieferung des Werks (Art. 364 Abs. 1 OGB), beim Dienstvertrag mit Erbringung der Dienstleistung (Art. 323 Abs. 1 OGB). Im Gesetz finden sich für Fälle, in denen die Parteien ungenaue Fälligkeitszeitpunkte geregelt haben, Berechnungsmaßstäbe (Art. 75 f. OGB). Anders als bei Dienst- oder Werkvertrag gibt es jedoch beim Geschäftsbesorgungsvertrag keine Fälligkeitsregelung. Die Entstehung der Forderung lässt sich hier jedoch im Hinblick auf die Vergleichbarkeit des Behandlungsvertrages mit Dienst- oder Werkvertrag ohne weiteres mit der Beendigung der geschuldeten Handlung –Untersuchung, Behandlung, Operation– ansetzen, also etwa mit der Entlassung aus der Klinik.

Der Anspruch auf die Leistung muss durchsetzbar sein. Es dürfen dem Schuldner keine Gegenrechte, insbesondere Zurückbehaltungsrechte zustehen und der Gläubiger muss selbst vertragstreu sein. Ferner muss die Leistung noch möglich sein. Andernfalls greifen die Regeln über die Unmöglichkeit.

Für den Verzug muss eine Mahnung (*ihhtar*) erfolgt (Art. 101 I OGB) oder ein zuvor für die Leistung kalendermäßig bestimmter Termin oder eine bestimmte Frist verstrichen sein (Art. 101 II OGB). Auf ein Verschulden kommt es nicht an; eine Exkulpationsmöglichkeit besteht nicht.

Zunächst einmal bleibt der Erfüllungsanspruch bestehen. Der Gläubiger kann zur Erfüllung eine weitere Frist setzen. Wird diese

⁴⁸ Rumpf Einführung § 9 Rdn 10

⁴⁹ Vgl. Rumpf Einführung § 28 Rdn 48 ff.

nicht eingehalten, kann er auf Erfüllung verzichten (ifadan vazgeçme). Ferner kann er Ersatz des Verzugsschadens verlangen (Art. 106 OGB); dies gilt sowohl bei Erfüllung wie auch im Falle des Erfüllungsverzichts (positives Interesse, müsbet zarar). Bei fruchtlosem Fristablauf hat der Schuldner ein Wahlrecht zwischen Erfüllung und positivem Interesse, das er unverzüglich ausüben muss.⁵⁰ In diesem Fall bleiben im übrigen die Erfüllungspflichten bestehen.

Ein Ende findet das Vertragsverhältnis nach Fristversäumnis erst dann, wenn der Gläubiger nicht nur auf die vertragsgemäße Erfüllung verzichtet, sondern auch von dem Vertrag vollständig zurücktritt und damit das Rückabwicklungsverhältnis begründet. In diesem Falle werden die Beteiligten von den Erfüllungspflichten frei und sind bereits gewährte Leistungen zurückzuerstatten. Der Gläubiger kann als Schadensersatz wegen Nichterfüllung das negative Interesse (menfi zarar) verlangen, wenn den Schuldner ein Verschulden trifft (Art. 108 II OGB). Dabei indiziert der Tatbestand das Verschulden, der Schuldner hat ggf. das Gegenteil zu beweisen.⁵¹

Die Rechnung allein spielt weder für die Entstehung des Vergütungsanspruchs noch für die Fälligkeit eine Rolle. Sie wird in der Literatur lediglich als Angebot für eine Vergütungsvereinbarung angesehen, das durch Zahlung angenommen wird. Zahlt der Patient nicht, so muss das Gericht die Vergütung unter Berücksichtigung der Übung und der Mindesttarife festsetzen.⁵² Die Rechnung hat hier lediglich Orientierungsfunktion. Ein gegenüber dem Patienten verbindliches Formerfordernis gibt es nicht. Lediglich steuerrechtlich ist jeder Wirtschaftsbetrieb –auch das private Krankenhaus– verpflichtet, bestimmte Formulare zu verwenden, die eine steuerliche Kontrolle ermöglichen und die Steuerpflicht –auch bezüglich der Abführung der Mehrwertsteuer– auslösen.

⁵⁰ Reisoğlu S. 301.

⁵¹ Reisoğlu S. 303.

⁵² Yavuz S. 563

b) Berechnung der Verzugszinsen

Bei der Berechnung der Verzugszinsen ist zwischen einer Forderung in türkischer Währung und einer Forderung in ausländischer Währung zu unterscheiden. Für die entsprechende Berechnung gibt es unterschiedliche Rechtsgrundlagen.

Des weiteren gibt es unterschiedliche Zinssätze. D.h., das Gericht muss die Zinsentwicklungen einschließlich ihrer Schwankungen von der Fälligkeit der Forderung, spätestens vom Zeitpunkt der Klage an berücksichtigen. Hinzuweisen ist insoweit, dass auch im türkischen Recht das Verbot des Zinseszinses bei der Berechnung von Verzugszinsen gilt.

aa) Forderung in türkischer Währung

Die Verzugszinsen sind für Forderungen in türkischer Währung in Gesetz Nr. 3095 aus dem Jahre 1984 geregelt, das aufgrund eines Verfassungsgerichtsurteils⁵³ mit Wirkung zum 1.1.2000 in die heutige Fassung gebracht wurde.⁵⁴

Die gesetzliche Regelung enthält inflationsbedingte Abweichungen bzw. Ergänzungen gegenüber den im HGB und OGB enthaltenen Verzugszinsregelungen. Das Gesetz von 1984 hatte einen Zinssatz von 30% vorgesehen, der Ministerrat hatte von seiner im Gesetz enthaltenen Ermachtung, den Satz um bis zu 80% zu erhöhen oder herabzusetzen (also auf maximal 54% oder minimal 6%), im Jahre 1997 Gebrauch gemacht (Hochstufung auf 50%). Diese Regelung verstieß nach Auffassung des Verfassungsgerichts gegen die Verfassung, da sie Schuldner zu ungerechtfertigten Gewinnen verhalf und zudem private Gläubiger gegenüber öffentlichen Einrichtungen, die für ihre Forderungen deutlich höhere Zinssätze zugestanden bekamen, ungleich behandelte. Seit dem 1.1.2000 gilt dagegen eine Anpassung des Verzugszinssatzes an den Rediskontsatz der Zentralbank für kurzfristige Kredite vom 31.12. des jeweiligen Vorjahres. Sollte der Rediskontsatz zum 30.6. des laufenden Jahres um fünf oder mehr

⁵³ Urt. v. 15.12.1998, E. 1997/34, K. 1998/79, RG Nr. 23888 v. 26.11.1999.

⁵⁴ Gesetz Nr. 4489 v. 15.12.1999, RG Nr. 23910 v. 18.12.1999.

Prozentpunkte von diesem Satz abweichen, so wird für die zweite Jahreshälfte der Rediskontsatz vom 30.6. angewandt. Der Zins wird nach Zinstagen berechnet.

Sollte der Zinssatz der Zentralbank für kurzfristige Vorschusskredite (Lombardsatz) vom 31.12. des Vorjahres diesen Satz übersteigen, so ist als Verzugszins automatisch dieser höhere Wert anzusetzen, sofern vertraglich nichts anderes vereinbart ist. Auch in diesem Zusammenhang gilt für die zweite Jahreshälfte, dass bei einem um fünf oder mehr Punkte höheren Lombardsatz zum 30.6. dieser Zinsfuß entsprechend angewandt werden muss. Die Sätze für Verzugszinsen in TL sind leicht zugänglich (Internet):⁵⁵

bb) Forderung in Devisen

Für Forderungen in Devisen wurde dem bereits zitierten Gesetz Nr. 3095 durch Gesetz Nr. 3678⁵⁶ ein Art. 4a hinzugefügt. Hiernach sind die höchsten Zinssätze zugrunde zu legen, die von Staatsbanken auf Einlagen mit einjähriger Kündigungsfrist gewährt werden. Die gültigen Tabellen finden sich auf der Webseite der türkischen Zentralbank. Auch diese Sätze sind leicht zugänglich.⁵⁷ Sie haben seit dem Jahre 2000 stark geschwankt und sich zuletzt bei ca. 6% eingependelt.

IV. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Zum einen kann gesagt werden, dass der Verbraucherschutz im Bereich des Arzt- und Krankenhausrechts noch ausgebaut werden sollte, insbesondere die Aufklärungspflichten ausgebaut werden sollten. Ob hierfür gerade das deutsche Modell geeignet ist, will der Autor hier nicht vertiefen. Der Verbraucherschutzgedanke darf jedenfalls nicht dazu führen, dass sich der Patient im Ergebnis ohne

⁵⁵ <http://www.tcmb.gov.tr/yeni/reeskont.html> (Webseite der Zentralbank, Stand 24.4.2005).

⁵⁶ RG Nr. 20704 v. 23.11.1990; nochmals geändert durch Gesetz Nr. 4489 v. 18.12.1999, RG Nr. 23910 v. 18.12.1999.

⁵⁷ <http://www.tcmb.gov.tr/yeni/bgm/yfa/EURtum.html> (Webseite der Zentralbank, Stand 24.4.2005).

Not selbst gefährdet, weil dem Arzt zu wenig Entscheidungsspielraum verbleibt. Auffallend ist das noch sehr freie Vergütungsregime. Die Erfahrung mit Konflikten zwischen ausländischen Patienten und türkischen Kliniken im Hinblick auf die Vergütung hat Tendenzen verstärkt, dass Krankenhäuser sich auf Vereinbarungen mit ausländischen Versicherungen einlassen. Ungeachtet dessen dürfen Auslandsreisende, auch wenn sie „nur“ in die inzwischen so nah gerückte Türkei reisen, nicht versäumen, sich um einen angemessenen Versicherungsschutz zu bemühen.

Der türkische Entwurf für ein Gesetz über die Haftung wegen fehlerhafter Behandlung medizinischer Dienste (Kunstfehler)

Hakan HAKERİ

Zum ersten Mal wird in der Türkei ein detaillierter, umfassender Entwurf vorbereitet, in dem es viele medizinrechtliche Bestimmungen gibt. In dieser kleinen Arbeit möchte ich die wichtigsten Regelungen dieses Entwurfs insbesondere aus der Sicht des Strafrechts behandeln.

In der Türkei nehmen die Arzthaftungsverfahren wegen ärztlicher Kunstfehler zu. Nach einer Untersuchung wird 1 von 30 Ärzten in der Türkei von Patienten verklagt. In den USA soll das Verhältnis sogar bei 1 zu 12 liegen. Die nationalen Ärzteorganisationen suchen nach Wegen, um das Problem zu bewältigen. Die Erweiterung des medizinischen Wissens und die Fortentwicklung der medizinischen Technologie ermöglicht es den Ärzten, medizinische Leistungen zu erbringen, die in der Vergangenheit nicht möglich waren; diese Leistungen bringen jedoch in vielen Fällen auch schwerwiegendere Risiken mit sich. Die Opfer behaupten, dass der Staat keinen genügenden Schutz bietet.

Mit der Erklärung von 1992 in Marbella wollte der Weltärztebund die nationalen Ärzteorganisationen über einige mit den Arzthaftungsverfahren verbundene Tatsachen und Fragen informieren.

Außerdem müssen auf dem Wege der Vollmitgliedschaft zur

Dozent. Dr., Universität Selçuk – Rechtswissenschaftliche Fakultät

EU in der Türkei viele Regelungen geschaffen werden. So werden mit dem neuen Gesetz einerseits die Empfehlungen der Marbella-Erklärung umgesetzt, und andererseits werden zur Harmonisierung des türkischen Rechts mit dem EU-Recht einige Bestimmungen erlassen, so z.B. im Rahmen der Patientenrechte (und im Rahmen des Verbraucherschutzes).

Es gibt in der Türkei viele Regelungen im Bereich des Medizinrechts. Sie sind jedoch zu alt. Man braucht ein Sammelwerk, das nach den modernen Entwicklungen im Medizinrecht geformt wird. So möchte man im Gesetzentwurf allgemeine Prinzipien der medizinischen Dienste, die Haftung wegen Kunstfehlern und die Haftpflichtversicherung neu und komplett regeln.

Das Ziel des sich in der Vorbereitungsphase befindenden Gesetzes ist, Kunstfehler zu verhindern (Der Gesetzentwurf sieht auch die Maßnahmen vor, die Behandlungsfehler verhindern [Art. 1]) und wenn schon nicht verhindern, dann die Schäden gerecht zu entschädigen. So werden Bestimmungen erlassen, in denen die Verantwortung der Mediziner wegen nichtstandartmäßiger medizinischer Behandlung geregelt wurde. Im Entwurf wird außerdem die Haftung der Mediziner für Schäden, die aus Unkenntnis der Medizin entstehen, geregelt.

Unter Medizinern im Sinne des Entwurfs sind zu verstehen: Ärzte, Zahnärzte, Biologen, Apotheker, Psychologen, Tierärzte, Psychotherapeuten, Diätexperten, Laboranten, Röntgenexperten, Krankenschwestern, Hebammen, Optiker und andere Personen, die medizinische Dienste ausüben. Unter Haftung ist sowohl die privatrechtliche als auch strafrechtliche Verantwortung der Mediziner zu verstehen (Art. 2).

Medizinisch fehlerhafte Behandlung ist die Tat oder Situation, die dadurch entsteht, dass medizinisches Personal vorsätzlich oder fahrlässig die medizinischen Standardmethoden nicht anwendet oder wegen fehlenden Sachwissens oder fehlender Fähigkeiten, falsch oder fehlerhaft diagnostiziert oder behandelt oder überhaupt nicht behandelt und auf diese Weise dem Patienten Schaden zugefügt wird (Art. 3).

Im Entwurf werden Aufklärung und Einwilligung zusammen definiert. Demnach bedeutet Einwilligung durch Aufklärung, dass man den Patienten über folgendes informiert und danach eine mündliche oder schriftliche Einwilligung bekommt: Über die aktuelle Gesundheitslage, Diagnostik, vorgeschlagene Behandlung, die Art, Erfolgchance und Dauer der Behandlung, Risiken der Behandlung, die Anwendung der Medikamente und mögliche Nebenwirkungen, die möglichen Folgen einer Ablehnung der Behandlung. Dem Patienten sollen auch seine Fragen beantwortet werden (Art. 3).

Im Entwurf werden acht medizinrechtliche Grundprinzipien (2. Abs.) bestimmt:

1. Respektierung der Patientenrechte (Art. 4).

2. Recht auf Leben und Euthanasieverbot (Art. 5).
Kein medizinischer Eingriff darf das Recht auf Leben verletzen. Unter Euthanasie ist zuerst die Tötung durch den Behandlungsabbruch zu verstehen. Die aktive Tötung des Patienten auf sein Verlangen seitens des medizinischen Personals ist auch Euthanasie.

3. Das Grundprinzip der Behandlungspflicht (Art.7).
Der Arzt darf jedoch dann nicht behandeln, wenn er noch keine Diagnose erstellt hat. Bei Notfällen kann auf eine Diagnose verzichtet werden.

4. Medizinisches Personal (Frauenarzt) darf nur dann eine gerichtliche-gynäkologische Untersuchung vornehmen, die von der Staatsanwaltschaft oder den Gerichten (nicht von der Polizei) verlangt wird (Art.9) (Diese Bestimmung wurde inzwischen in das neue türkische StGB übernommen, Art. 287, türk. StGB von 2004).

5. Dem medizinischen Personal ist die Dokumentationspflicht auferlegt. Die Informationen, die sich aus der beruflichen Beziehung zwischen dem medizinischen Personal und dem Patienten ergeben, sind geheim zu halten, mit Ausnahme einer Straftat oder

mitteilungspflichtigen Krankheiten. Die medizinischen Befunde und ähnliches müssen möglichst im Computer, anderenfalls 20 Jahre in Akten, aufbewahrt werden (Art. 10).

6. Medizinisches Personal darf nur mit Erlaubnis des Patienten eine wissenschaftliche Veröffentlichung über den Fall des betreffenden Patienten vornehmen. Deswegen dürfen auch die medizinischen Befunde grundsätzlich, ohne die Personalien vom Patienten bekannt zu geben, in wissenschaftlichen Untersuchungen verwendet werden (Art. 11).

7. Über die medizinischen Dienste dürfen mit dem Patienten keine schriftlichen oder mündlichen Vereinbarungen getroffen bzw. Garantien gegeben werden, die die Grenzen der medizinischen Wissenschaft überschreiten (Art. 12). Eigentlich darf man nach einhelliger Meinung in der Lehre für Zahnersatz oder ästhetische Operationen Garantien verlangen. Der Entwurf sieht aber ein absolutes Verbot solcher Garantien vor.

8. Die wissenschaftliche Forschung an Patienten darf nur mit der Erlaubnis des Patienten und des Gesundheitsministeriums vorgenommen werden. Für die Entschädigung der möglichen Schäden beim Patienten muss eine Versicherung abgeschlossen werden (Art. 13).

Der Beginn Der Beziehung Zwischen Dem Medizinischen Personal Und Dem Patienten

Die ärztliche Behandlung beginnt, sobald sich der Patient an den Arzt gewandt hat und der Arzt dieses Ansinnen akzeptiert hat. In Notfällen, wenn sich der Patient nicht an den Arzt wenden kann, beginnt die Arzt-Patient-Beziehung zu dem Zeitpunkt, in dem der Arzt den Patienten erblickt. Das frei arbeitende medizinische Personal darf die Annahme des Patienten verweigern, es sei denn, es

handelt sich um Notfälle (Art. 14). In Art. 3 des Entwurfs wird der Notfallpatient wie folgt definiert: Der Notfallpatient ist derjenige, der möglichst schnell medizinische Hilfe braucht und beim Fehlen des medizinischen Eingriffs sein Leben verliert oder seelische oder körperliche vorübergehende oder dauerhafte Schäden erleidet.

Aufklärungs- Und Einwilligungspflicht

Jede Art medizinischer Behandlung oder Eingriff darf erst nach Aufklärung des Patienten und mit seiner Einwilligung unternommen werden. Die Einwilligung kann auch mündlich abgegeben werden. In Risikofällen für das Leben muss die Einwilligung schriftlich abgegeben werden. Sollte der Patient trotz Bewusstseins in den medizinischen Eingriff nicht eingewilligt haben und besteht ein Lebensrisiko, so muss von ihm eine schriftliche Erklärung genommen werden, dass er nicht einwilligt. Er darf dann nicht gegen seinen Willen behandelt werden. Eigentlich deutet das Fehlen der Unterschrift bei der Einwilligungserklärung darauf, dass man nicht einwilligt. So braucht man normalerweise keine extra schriftliche Erklärung für Nichteinwilligen in die Behandlung. Die Begründung dieser Regelung des Entwurfes besteht darin, dass auf diese Weise die Möglichkeit geschaffen wird, zu beweisen, dass man den Patienten über die Risiken aufgeklärt hat.

Sollte der Patient nicht im bewussten Zustand sein und sein gesetzlicher Vertreter oder Verwandter in den medizinischen Eingriff nicht einwilligen und der Arzt der Meinung sein, dass ein Nichteingreifen sich auf die Gesundheit des Patienten negativ auswirkt oder gar ein Lebensrisiko darstellt, so holt er die Meinung eines anderen Kollegen ein. Sollte dieser derselben Meinung sein wie jener, so darf der erste Arzt medizinisch eingreifen. Sollte er nicht derselben Meinung sein, wie jener, so fragt er einen dritten Kollegen. Sollte der dritte derselben Meinung sein wie er selbst, so darf er medizinisch eingreifen. Dies alles wird mit der Unterschrift des Kollegen dokumentiert.

In Notfällen wird medizinisch eingegriffen und der Patient gleichzeitig aufgeklärt.

Beim Hungerstreik muss der Arzt bei Bewusstlosigkeit oder bei einem Lebensrisiko eingreifen, ohne die Einwilligung des Patienten oder Verwandten einzuholen (Art. 15). Diese Bestimmung stimmt nicht mit dem allgemeinen medizinrechtlichen Prinzipien, insb. mit dem Selbstbestimmungsrecht, überein. Sie widerspricht dem vom Entwurf anerkannten Prinzip über die Einwilligung vor dem medizinischen Eingriff.

Nach den großen Hungerstreiks in den türkischen Gefängnissen in den letzten Jahren gab es heftige Diskussionen in der Türkei darüber, ob man in solchen Fällen eingreifen darf. Die türkische Ärztekammer hat den Eingriff abgelehnt. Danach wurde eine Bestimmung in das Gesetz über die Verwaltung der Justizvollzugsanstalten (Art. 4) aufgenommen, wonach die Insassen der Gefängnisse über die Folgen ihrer Tat unterrichtet werden, wenn sie Essen oder Trinken dauernd ablehnen (diese Regel existiert nun im neuen Strafvollzugsgesetz von 2004, Art. 82). Sollten selbst die Psychologen sie nicht überzeugen können, obwohl ihnen eine deutlich erkennbare Lebensgefahr droht, so werden sie ohne ihre Einwilligung im Gefängnis oder im Krankenhaus zwangsweise behandelt oder ernährt. Bei der Anwendung dieser Maßnahmen muss allerdings die Menschenwürde beachtet werden.

Wie ich im folgenden zur Euthanasie ausführen werde, könnte diese Bestimmung als verfassungswidrig erscheinen. Entgegen solcher Annahme sieht Art. 17 Abs. 2 der türk. Verfassung vor, dass man in die körperliche Unversehrtheit eingreifen dürfe, wenn ein Gesetz dies erlaubt.

Pflichtenkollision In Besonderen Fällen

Bei Notfällen wie Krieg oder Erdbeben kann der Arzt die Prioritäten selber setzen, wenn er mehrere Kranke oder Verwundete nicht gleichzeitig behandeln kann (Art. 17).

Zivilrechtliche Haftung

Wegen der entstandenen Schäden durch fehlerhafte medizinische Behandlungen gibt es eine zivilrechtliche Haftung. Medizinisches

Personal und das Krankenhaus sind gemeinschuldnerisch verantwortlich. Das Krankenhaus kann die von ihm bezahlte Entschädigung vom medizinischen Personal fordern, wenn medizinisches Personal schuldhaft gehandelt hat (Art. 25, 26).

Der Arzt ist auch wegen fehlerhafter Handlungen des Hilfspersonals zur Entschädigung verpflichtet. Er kann jedoch die von ihm bezahlte Entschädigung zurückfordern. Bei der Überweisung zu einem anderen Arzt oder Krankenhaus ist der überweisende Arzt nur dann verantwortlich, wenn er beim Wählen dieses Arztes oder Krankenhauses nicht sorgfältig gehandelt hat (Art. 26). Zum Beispiel, wenn der Arzt einen Herzkranken zu einem Orthopäden überweist.

Nach der Marbella-Erklärung muss man zwischen ärztlichen Kunstfehlern und vom Arzt nicht verschuldeten, unerwünschten Behandlungsfolgen, die während der ärztlichen Betreuung und Behandlung auftreten, unterscheiden.

a) Ein ärztlicher Kunstfehler impliziert das Unvermögen des Arztes, dem für die Behandlung des Patienten nötigen Standard zu entsprechen, oder einen Mangel an Fähigkeiten oder Fahrlässigkeit bei der Patientenbetreuung, die direkte Ursache für eine Schädigung des Patienten ist.

b) Eine Schädigung, die im Laufe der ärztlichen Behandlung auftritt, nicht voraussehbar war und nicht durch mangelnde Fähigkeiten oder Kenntnisse seitens des behandelnden Arztes hervorgerufen wurde, ist eine unerwünschte Folge der Behandlung, für die der Arzt nicht haftbar sein sollte.

Dementsprechend gibt es nach dem Entwurf bei den folgenden Fällen keine Haftung wegen entstehender Schäden:

1- Wenn die medizinische Behandlung sachgemäß durchgeführt worden ist.

2- Wenn die Folgen nach der medizinischen Wissenschaft nicht voraussehbar sind.

3- Wenn der Patient die Behandlung abgelehnt oder abgebrochen hat, mit der Voraussetzung, dass er vorher aufgeklärt wurde.

4- Bei oben erwähnter Pflichtenkollision in Ausnahmeständen.

Die Fälle, in denen ein Misserfolg trotz sachgemäßer, richtiger Behandlung entsteht und die schädigende Folge nicht voraussehbar ist, dürften öfter vorkommen, als die Fälle, in denen medizinisches Personal schuldhaft gehandelt hat. Für solche Fälle lehnt der Entwurf jedenfalls eine Haftung ab. Folglich bleibt der Patient bei so entstandenen Schäden ohne Versicherung. Deswegen sieht die Marbella Erklärung von 1992 für solche Fälle eine Versicherung vor.

Gutachten-und Schlichtungsstelle Bei Medizinisch Fehlerhaften Behandlungen

In der Begründung des Entwurfs wird angeführt, dass die Zahl der Klagen wegen fehlerhafter medizinischer Behandlung durch die Schlichtungsverfahren des Gesetzes zurückgehen. So ist auch die Marbella Erklärung zu verstehen, wonach man Möglichkeit innovativer Verfahren für den Umgang mit Arzthaftungsklagen, wie zum Beispiel Schlichtung anstelle von Gerichtsverfahren, suchen muss.

Nach Art. 28 wird ein Hoher Ausschuss gebildet, der die medizinisch fehlerhaften Behandlungen verfolgt, gegebenenfalls als Schiedsrichter zwischen den Parteien fungiert und über die Vorwürfe wegen medizinisch fehlerhafter Behandlung und die Schuld des medizinischen Personals entscheidet.

Art. 31 des Entwurfes sieht vor, dass diese Bestimmung bei öffentlich-rechtlichen Krankenhäusern keine Anwendung findet. In der Türkei sind jedoch die meisten Krankenhäuser staatlich (ca. 90%). So wird der Anwendungsbereich der Schlichtung automatisch verengt.

Eigentlich funktioniert der bestehende Hohe Gesundheitsrat nach dem türkischen Gesetz Nr. 1593 als offizieller Gutachter für Gerichte bei Behandlungsfehlern von medizinischem Personal.

Dagegen wird jetzt eine andere Gutachtenstelle gebildet, die sowohl als Gutachter (ähnlich wie der Hohe Gesundheitsrat), als auch als Schlichtungsstelle arbeiten wird. Der Hohe Gesundheitsrat, dessen Mitglieder meist Mediziner sind, wurde ständig kritisiert, weil er meist zugunsten der Angeklagten, d.h. der Mediziner entscheidet. Um dieser als negativ empfundenen Situation entgegenzuwirken, wird eine neue Stelle gebildet, die noch nicht als Gutachter tätig war. Der Hohe Gesundheitsrat soll auch seine Aufgabe weiterhin erfüllen, jedoch mit anderen, neuen Arbeitsmethoden.

Haftpflichtversicherung

Art. 32-34 sieht zum ersten Mal in der Türkei vor, dass medizinisches Personal eine Haftpflichtversicherung abschließen muss. Dies ist die allerwichtigste Regelung des Entwurfes.

Strafrechtliche Bestimmungen Nichtbeachtung Der Patientenrechte

Wer (als medizinisches Personal) seine Pflichten, die ihm aus Patientenrechten erwachsen, nicht erfüllt, ist von 3 bis zu 6 Monaten Freiheitsstrafe und zu einer Geldstrafe zu verurteilen (Art. 35). Hier wird ein Gefährdungsdelikt geschaffen. Diese Bestimmung wird allerdings wegen Unklarheit kritisiert.

Euthanasie

Das medizinische Personal, das Euthanasie anwendet, wird mit einer Freiheitsstrafe von 10 bis 15 Jahren bestraft (Art. 36). Es gibt auch andere Regelungen im geltenden türkischen Medizinrecht, die ein absolutes Euthanasieverbot vorsehen (Tibbi Deontoloji Nizamnamesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği = Verordnung zur medizinischen Deontologie sowie Verordnung über die Patientenrechte). der Entwurf macht also keine Unterscheidung zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe. Beide Arten von Sterbehilfe werden gleichsam bestraft.

In diesem Zusammenhang muss auch die Frage beantwortet werden, ob diese Regelung gegen die Verfassung verstößt. Ein Verständnis der Menschenrechte, das das Selbstbestimmungsrecht vorsieht, beinhaltet auch das Recht, zu verlangen, dass die Behandlung abgebrochen wird. In der türkischen Verfassung ist desgleichen Menschenrecht nicht gewährt. In der Präambel der türkischen Verfassung wird erklärt, dass „jeder türkische Staatsbürger von seiner Geburt an das Recht und die Möglichkeit habe, innerhalb der nationalen Kultur-, Zivilisations- und Rechtsordnung ein würdiges Leben zu führen und seine materielle und ideelle Existenz in diesem Sinne zu entfalten“. Demzufolge könnte man davon ausgehen, dass die Entfaltung der materiellen Existenz auch das Selbstbestimmungsrecht beinhaltet. Es soll allerdings nicht aus den Augen gelassen werden, dass das Selbstbestimmungsrecht in unserem Verfassungssystem nicht als eine eigenständige Freiheit anerkannt wird. D.h. das Selbstbestimmungsrecht umfasst nicht etwa auch ein Selbstveräußerungsrecht des Einzelnen, weil die Verfassung keinem das Recht einräumt, sein Leben zu beenden. Die individuelle Autonomie endet dort, wo das menschliche Handeln die Vernichtung des menschlichen Daseins zum Ziel hat. Die naturrechtliche Konzeption der türkischen Verfassung bezeichnet die Grundrechte als „unverzichtbare und unveräußerliche Freiheit des Einzelnen“. Wenn in anderen Stellen der Verfassung keine Möglichkeit besteht, das Recht auf Leben zu beschränken, dann ist dieses Recht nur durch die Verfassung selbst beschränkbar, worunter nur die Fälle des Art. 17. Abs. 4 zu verstehen sind. Euthanasie fällt definitiv nicht unter diese Fälle.

Hier soll auch darüber diskutiert werden, ob man aus dem in Art. 17 Abs. 2 der türk. Verfassung verankerten Prinzip der körperlichen Unversehrtheit, wonach außer bei medizinischen Notwendigkeiten und den im Gesetz bestimmten Fällen die körperliche Integrität der Person unantastbar sei, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten folgern könnte.

Das in Art. 17 Abs. 2 der türk. Verfassung gewährleistete Recht auf körperliche Unversehrtheit verpflichtet meines Erachtens den Arzt nicht dazu, den Wunsch eines Patienten zu respektieren, der es

ablehnt, einen lebensrettenden Eingriff zu dulden. Denn im Art. 17 Abs. 2 ist von medizinischen Notwendigkeiten die Rede. So schließt die türk. Verfassung ein Recht auf Selbsttötung und somit auch auf Euthanasie nicht ein.

Man kann auch auf andere Weise dagegen argumentieren: Der medizinische Eingriff darf erst nach der Einwilligung des Patienten durchgeführt werden. Auch in der türk. Verfassung ist davon die Rede: Art. 17 Abs. 2: Die Patienten dürfen nicht ohne ihre Einwilligung wissenschaftlichen und medizinischen Versuchen unterzogen werden. So macht sich der Arzt strafbar, wenn er ohne Einwilligung eingreift. Daraus ergibt sich, dass man das Selbstbestimmungsrecht des Patienten respektieren muss und nicht weiterbehandeln darf, wenn der Patient sich weigert. Hier kann jedoch darüber diskutiert werden, ob der Arzt bis zum Ende behandeln darf, wenn der Patient am Anfang eingewilligt hat.

Jedenfalls ist die im Entwurf für die Euthanasie vorgesehene Strafe niedriger als die des Strafgesetzbuches (StGB). Da die Euthanasie im neuen türkischen StGB nicht geregelt ist, wird der Täter wegen vorsätzlicher Tötung bestraft (in der Regel lebenslange Freiheitsstrafe).

Arbeiten Ohne Haftpflichtversicherung

Wer den medizinischen Beruf ohne Haftpflichtversicherung ausübt, wird mit Geldstrafe bestraft (Art. 37).

Unterlassene Hilfeleistung Bei Notfällen

Wer ohne triftigen Grund bei Notfällen die benötigte erste Hilfe verweigert oder als gerufenes medizinisches Personal nicht erscheint oder nicht medizinisch eingreift, wird mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zwei Jahren und mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat keine andere Straftat erfüllt (Art. 38).

Eigentlich sind die Ärzte Garant und müssen in solchen Fällen eingreifen, sonst machen sie sich nach Art. 83 bzw. 88 des neuen türk. StGB strafbar. So erscheint Art. 38 des Entwurfs unnötig zu sein.

Die Verletzung Der Schweigepflicht

Wer die Schweigepflicht verletzt oder die Personalien des Patienten nicht geheim hält, wird mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 3 Jahren bestraft. Ist die Tat durch öffentliche Medien begangen, wird die Strafe um 2/3 erhöht (Art. 39).

Die Verletzung der Schweigepflicht ist eigentlich nach dem türk. StGB strafbar. Dort ist die Strafe allerdings im Vergleich zum Entwurf schwerer, nämlich Freiheitsstrafe von einem bis zu vier Jahren (Art. 136). Das deutsche StGB sieht im § 203 Abs. 1 Nr. 1 eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe vor.

Nicht Aufbewahren Der Akte

Wer die Patientenakte usw. nicht aufbewahrt, wird mit Freiheitsstrafe von einem bis zu drei Jahren und mit Geldstrafe bestraft (Art. 40). Hier muss beachtet werden, dass die Informationen im Computer nachher manipuliert werden können.

Medizinische Forschung

Wer bei einer medizinischen Forschung bei einem Patienten die Forschung trotz der Annäherung eines unvorausehbaren oder lebensgefährdenden Risikos nicht abbricht, wird mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zwei Jahren und mit Geldstrafe bestraft, soweit die Tat keine schwerere Straftat erfüllt.

Bei Durchführung medizinischer Forschung ohne gesetzliche Voraussetzungen wird der Täter mit einer Freiheitsstrafe von 3 bis zu 5 Jahren und mit Geldstrafe bestraft, soweit die Tat keine schwerere Straftat erfüllt (Art. 41).

Auch diese Regel nahm mittlerweile im neuen StGB ihren Platz ein (Art. 90).

Verfälschung Der Beweise

Wer die Beweise für medizinisch fehlerhafte Behandlung verschwinden lässt oder ändert oder verfälscht oder falsch ausstellt, wird mit Freiheitsstrafe von 5 bis zu 10 Jahren und mit Geldstrafe bestraft (Art. 42), (vgl. deutsches StGB § 269). Diese Handlungen der Beamten werden im geltenden StGB ohnehin bestraft. Im Entwurf werden sie jedoch mit schwererer Strafe geahndet und somit können auch die freiarbeitenden Ärzte bestraft werden.

Gynäkologische Untersuchung

In der Türkei wurde in letzter Zeit eine lebhafte Diskussion darüber geführt, ob Ärzte beispielsweise die Forderung der Polizei nach einer gynäkologischen Untersuchung einer Frau erfüllen müssen. Diese Frage wurde dahingehend gelöst, dass in dieser Beziehung eine neue Straftat begründende Bestimmung in das neue türkische StGB eingeführt wurde (Art. 287, türk. StGB von 2004). Dieser Lösung des StGB folgend wurde auch in den Entwurf eine Bestimmung aufgenommen, wonach ein Arzt, der im Zusammenhang mit einer strafrechtlichen Verfolgung jemanden ohne Aufforderung durch Gerichte oder die Staatsanwaltschaft gynäkologisch untersucht, mit einer Freiheitsstrafe von 3 bis zu 6 Monaten bestraft wird (Art. 43).

Die Verletzung Der Anmeldungspflicht

Wer eine ansteckende Krankheit trotz einer ernsthaften Bedrohung für die Gesellschaft und Verwandte nicht mitteilt, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu drei Jahren zu bestrafen (Art. 44). Eine solche Straftat existiert bereits in der türkischen Gesetzgebung, dort wird jedoch eine Freiheitsstrafe bis zu 3 Monaten vorgesehen (s. Umumi Hifzissihha Kanunu = Das allgemeine Gesundheitsschutzgesetz).

Gewerbemässiges Handeln Des Medizinischen Personals

Wer von dem Patienten oder den Verwandten des Patienten unrechtmässigen Vorteil annimmt oder um Vorteil zu gewinnen

oder die Patienten zu anderen medizinischen Personal oder an Krankenhäuser überweist oder den Patienten bevorzugt, den er in einer privaten Klinik behandelt oder empfiehlt bei bestimmten Firmen Medikamente oder medizinische Geräte zu kaufen, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu drei Jahren und mit Geldstrafe zu bestrafen (Art. 45) (vgl. das neue türk. StGB Art. 259).

Diese Bestimmung wird wahrscheinlich eine von den lebhaft diskutierten Regelungen des Entwurfes sein. In der Türkei sind die illegale Vorteilnahme von Ärzten bedauerlicherweise sehr häufig. Die in den staatlichen Krankenhäusern arbeitenden Ärzte überweisen die Patienten oft zu privaten Laboratorien oder Kliniken. Dafür bekommen sie finanzielle Vorteile von diesen Kliniken. Oder sie verschreiben die Medikamente der Pharmaunternehmen, die sie auf irgendeine Weise beschenken.

Hier müssen allerdings manche Unterscheidungen gemacht werden, was theoretisch mit gewissen Schwierigkeiten verbunden ist. Schwierig ist vor allem die Bestimmung von allgemeiner Vorteilnahme oder Korruption. Ist der Arzt im öffentlichen Krankenhaus tätig, macht er sich jedenfalls als Beamter wegen solcher Handlungen strafbar. Man könnte annehmen, dass auch Privatärzte aufgrund dieser Bestimmung bestraft werden können. Hier stellt sich nur die Frage, ob diese Handlungen der Privatärzte strafwürdig sind, weil sie ohnehin für ihre Leistung ein bestimmtes Honorar bekommen. Im Übrigen sieht der Entwurf für oben erwähnte Straftaten Freiheitsstrafen je nach ihrer Schwere von 3 Monaten bis zu 15 Jahren und hohe Geldstrafen sowie Berufsverbot vor.

Kritik Des Entwurfs

Die folgenden Regelungen des Entwurfs sind neu:

- * Verbot der gerichtlich-gynäkologischen Untersuchungen,
- Abhängigkeit der wissenschaftlichen Veröffentlichungen von besonderer Erlaubnis
- Vereinbarungs- und Garantieverbot,

- wissenschaftliche Forschung an Patienten,
- Der Umfang der Aufklärung,
- Pflichtenkollision in besonderen Fällen,
- Ausschluss der zivilen Haftung bei unvorausehbaren Behandlungsfolgen,
- Errichtung einer Schlichtungsstelle
- Pflicht einer Haftpflichtversicherung.

Folgende strafbare Handlungen sind zum ersten Mal im Entwurf vorgesehen:

- Nichtbeachten der Patientenrechte,
- Medizinische Weiterforschung trotz Risikos,
- Gewerbemäßiges Verhalten des medizinischen Personals.

Der Entwurf wird in erster Linie von Ärzten scharf kritisiert. Da es viele Regelungen schon in verschiedenen Gesetzen oder Ordnungen gibt, brauche man gar nicht solche Regelungen, wie sie im Entwurf vorgesehen sind. Vor allem sei es unangebracht, ja sogar ungerecht, dass die Ärzte die Haftpflichtversicherung selber bezahlen müssen.

Was wir auf diesem Gebiet brauchen, ist eine einheitliche Kodifikation. Es gibt natürlich viele Regelungen, sie sind jedoch ziemlich verstreut, alt und stellen deshalb keinen ausreichenden Schutz für Patienten dar. Die Ärzte werden wohl auch ohne die Vorschriften dieses Entwurfs verurteilt, wenn sie eine im StGB vorgesehene, mit ihrem Beruf zusammenhängende Straftat begehen, oder sie müssen Entschädigung bezahlen, wenn sie Behandlungsfehler begehen. Insbesondere sind die Entschädigungen in der Türkei nicht hoch genug. So wird durch die Haftpflichtversicherung erhofft, dass die realen Schäden der Patienten bezahlt werden.

Es wird darauf hingewiesen, dass die Hauptgründe der medizinischen Fehler in der Türkei ungenügendes Medizinstudium,

fehlende Geräte, zu viele Patienten, unbefriedigende Besoldung der beamteten Ärzte sind und dass kein Gesetz das Problem der medizinischen Fehlbehandlung lösen kann, solange nicht ein Ausweg aus diesem Dilemma gefunden wird (Kılıç). Eine andere Kritik richtet sich darauf, dass der Arzt im Entwurf als Hauptverantwortlicher betrachtet wird, obwohl er keinerlei Einwirkungsmöglichkeit auf diese Probleme hat (Şişli).

Wie bereits erwähnt worden ist, bestehen die meisten Regelungen des Entwurfs schon in verschiedenen Gesetzen und Verordnungen. Das Ziel des Entwurfs besteht also darin, ein Sammelwerk über die wichtigsten Bereiche des Medizinrechts, genauer gesagt des Arztrechts zu schaffen. Es muss aber über die Lösungen des Entwurfs noch sehr viel und vor allem tiefgründig diskutiert, Widersprüche abgeschafft, Unklarheiten geklärt und dabei die neuesten Entwicklungen in der modernen Medizinrechtswissenschaft beachtet werden. Außerdem muss man in die neuesten Bereichen des Medizinrechts, wie Stammzellen und Klonen im Entwurf regeln.

Zuletzt: Die im Entwurf vorgesehenen Strafen sind unverhältnismäßig hoch, so dass man den Eindruck bekommt, dass die Ärzte nahezu als Kriminelle betrachtet werden.

Die türkische Verfassung - eine Perspektive für Europa¹

Christian RUMPF¹

Vorbemerkung²

Bei der türkischen Verfassungsordnung handelt es sich um die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen eines modernen kontinentalen Rechtssystems. Der in der *“westlichen”* Politik vielfach kolportierte Verdacht, es könne sich dabei um das Feigenblatt für ein System handeln, das der europäischen Gedankenwelt fremd ist und daher mit einer europäischen Identität nicht vereinbar sein könnte, ist nicht begründbar.

¹ Prof. Dr. Vgl. auch Rumpf, Christian: Einführung in das türkische Recht, München 2004, § 9.

² Literaturhinweise: Akgüner, Tayfun: 1961 Anayasasına Göre Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu (Der Begriff der Nationalen Sicherheit und der Nationale Sicherheitsrat nach der Verfassung von 1961), Ankara 1983; Çağlar, Bakır: Anayasa Bilimi - Bir Çalışma Taslağı (Verfassungswissenschaft – Ein Arbeitsentwurf), İstanbul 1989; Çelikel, Aysel: Yabancılar Hukuku (Ausländerrecht), 12. Aufl., İstanbul 2005; Gören, Zafer: Temel Hak Genel Teorisi (Allgemeine Grundrechtstheorie), 4. Aufl., İzmir 2000; Gören, Zafer: Anayasa Hukukuna Giriş (Einführung in das Verfassungsrecht), 2. Aufl., İzmir 1999; Gözler, Kemal: Anayasa Hukukuna Giriş (Einführung in das Verfassungsrecht), 5. Aufl. Bursa 2004; Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku (Türkisches Verfassungsrecht), Bursa 2000; Gözler, Kemal: Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejimi (Das rechtliche Regime der Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft), Bursa 2000; Gözübüyük, A. Şeref: Anayasa Hukuku (Verfassungsrecht), 13. Aufl., Ankara 2004; Gözübüyük, A. Şeref: Yönetim Hukuku (Verwaltungsrecht), 21. Aufl., Ankara 2004; Gözübüyük,

Das Hauptproblem, das den Schwierigkeiten in der Akzeptanz des türkischen Begehrens zur Aufnahme in die EU zugrunde liegt, besteht darin, dass die Europäer sich selbst über ihre Identität nicht im Klaren sind und sich dessen eigentlich erst in der Diskussion um den Beitritt der Türkei bewusst zu werden beginnen. Die letzten Ereignisse um die EU-Verfassung sind beredter Ausdruck dieser Identitätskrise. Und wenn Umfragen zufolge eine Mehrheit der EU-Bevölkerung gegen den Beitritt zur Türkei Stellung bezieht, dann darf dies nicht als klares Votum gegen die Türkei missverstanden werden. Zwar mag sein, dass ein großer Teil der europäischen Bevölkerung in der Tat die Türkei als nicht geeignet qualifiziert, doch sind die Mehrheiten von zum Teil mehr als sechzig Prozent zu einem ganz erheblichen Teil mit der Erweiterungsverdrossenheit und eigenem Nationalismus zu erklären, nachdem im Jahre 2004 europäische Randstaaten ohne wirklich demokratische Diskussion ihren ungebremsen Weg in die EU gefunden und die großen Feiern zur Osterweiterung sich im Wesentlichen in den aufgenommenen Staaten und in der europäischen Presse abgespielt haben, nicht jedoch an der „Basis“ der bisherigen EU-Bevölkerung.

A. Şeref: Yönetiş Yargı (Verwaltungsgerichtsbarkeit), 20. Aufl., Ankara 2004; Günday, Metin: İdare Hukuku (Verwaltungsrecht), 9. Aufl., Ankara 2004; Hirsch, Ernst E.: Die Verfassung der Türkischen Republik. Staatsverfassungen der Welt Bd. 7, Frankfurt 1966 (mit Verfassungstexten 1876 bis 1961); Hirsch, Ernst E.: Verfassungsänderung in der Türkei. Staatsverfassungen der Welt Bd. 7a, Hamburg 1975; Kreiser, Klaus: Kleines Türkeilexikon, München 1991; Kuzu, Burhan: Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname (Die Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft im türkischen Verfassungsrecht), İstanbul 1985; Oğurlu, Yücel: Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi (Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im vergleichenden Verwaltungsrecht), Ankara 2002; Özbudun, Ergun: Anayasa Hukuku (Verfassungsrecht), 8. Aufl., Ankara 2004; Özkan, Hukuk Devleti ve Yargı Denetimi (Rechtsstaat und Richterliche Kontrolle), Ankara 1995; Rumpf, Christian: Das Rechtsstaatsprinzip in der türkischen Rechtsordnung, Bonn 1992; Rumpf, Christian: Türk Anayasa Hukukuna Giriş (Einführung in das türkische Verfassungsrecht), Ankara 1995; Rumpf, Christian: Das türkische Verfassungssystem, Wiesbaden 1996; Sağlam, Fazıl: Temel Hakların Sınırlanması ve Özü (Beschränkung und Wesensgehalt der Grundrechte), Ankara 1982; Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku (Das türkische Verfassungsrecht gemäß der Verfassung von 1982), 6. Aufl., İstanbul 2004; Uygun, Oktay: 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi (Das allgemeine Regime der Grundrechte und -freiheiten in der Verfassung von 1982), İstanbul 1992; Yüksel, Metin: Anayasa Hukukunda Ölçülülük İlkesi (Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Verfassungsrecht), Konya 2002.

Das andere Element, das den vorgenannten „*Verdacht*“ ungebrochen nährt, ist die nachhaltig fehlende Bereitschaft in maßgeblichen politischen Kreisen, sich über die tatsächlichen rechtlichen, politischen, wirtschaftlichen und historischen Verhältnisse der Türkei angemessen zu informieren, obwohl es an seriösen Quellen und Institutionen nicht fehlt, auf welche zurückgegriffen werden kann. Nach wie vor schlägt ein „*Image*“ der Türkei in den politischen Diskussionen durch, das dadurch geprägt worden ist, dass vor allem während der achtziger und bis Mitte der neunziger Jahre sich die Presse fast ausschließlich mit den schwierigen Verhältnissen in den Polizeistationen beschäftigte und es nach dem Grundsatz „*bad news is good news*“ unterließ, der öffentlichen Meinung ein differenziertes Bild über die Türkei zu liefern. Erst der Massentourismus und die Entsendung hochqualifizierter Medienvertreter in die Türkei führten reichlich spät zu einer Wende, die allerdings noch nicht vollständig vollzogen worden ist. Dass es hier auch heute noch Defizite gibt, die sich mit Ausbildung und Mentalität der Rechtsanwender bei den für die Sicherheit des Bürgers zuständigen Ordnungsbehörden und sicherlich auch mit der Schwierigkeit der Justiz erklären lassen, gegen ihre eigenen Hilfsbeamten konsequent und radikal vorzugehen, ist keineswegs zu bestreiten. Dennoch ist es grob fahrlässig, wichtige politische, rechtliche und wirtschaftliche Argumente für eine Aufnahme der Türkei in die EU mit gefühlsgeschwängerten Argumenten vom Tisch wischen zu wollen, die bereits in ihrem Ansatz verraten, dass der/die Betreffende nicht weiß, wovon er/sie spricht. Wenn es in der EU ein Identitätsproblem gibt, dann mag die Aufnahmediskussion zur Aufdeckung dieses Problems beigetragen haben. Es mag tatsächlich schwierig werden, die Türkei aufzunehmen, wenn tatsächlich zu befürchten wäre, dass die Identitätskrise in der EU zu ihrem Auseinanderbrechen führen würde. Wenn aber die Aufnahme der Türkei in einigen Staaten der EU zum Wahlkampfthema gemacht wird, dann ist dies politisch unseriös und gefährlich. Es wird der Sack (Türkei) geprügelt, obwohl der Esel (EU) gemeint ist, der sich störrisch der Begehung neuer Wege widersetzt. Denn wenn die EU Gefahr läuft, sich tot zu erweitern, dann ist dafür die Erweiterung vom 1. Mai 2004 verantwortlich zu machen, mit welcher vor allem ehemalige Ostblockstaaten mit ihrer völlig anderen politischen Geschichte sowie ein Staat mit unklaren Verfassungsverhältnissen (Zypern) Zutritt

gefunden haben. Die Türkei kennen wir – oder müssten sie kennen – seit Ende der vierziger Jahre, als türkische Politiker und Diplomaten den Europarat mitgründeten, sich an den Verhandlungen der ersten Europaratskonventionen – insbesondere der EMRK – beteiligten und dafür sorgten, dass die Türkei zu den frühen Mitgliedern der NATO gehörte. Über die baltischen Staaten oder über Bulgarien, wo die Sieger der letzten Wahl sich erneut die Zwangsassimilierung der muslimischen und zum großen Teil türkischsprachigen Minderheit auf die Fahnen geschrieben haben, wissen wir nichts, nationale Politiker schweigen sich über deren Anpassungsprobleme aus, die sie ihrer kommunistischen Vergangenheit verdanken, die immer noch in diesen Ländern präsent ist.

Wenn hier von *„wir“* gesprochen wird, dann meinen wir die *„Europäer“*, d.h. diejenigen, die in den EU-Mitgliedstaaten unter der Führung ihrer nationalen Politiker leben und arbeiten. Es spricht viel dafür, dass die viel kritisierten Bürokraten in Brüssel, die die EU-Erweiterungsprozesse sorgfältig vorbereiten, besser informiert sind als nationale Kanzlerkandidaten, Premierminister oder Lokalpolitiker. Dies zeigen auch die ausführlichen und fundierten Kommissionsberichte, die den Weg der Türkei (wie auch der anderen Beitrittsstaaten) in die Beitrittsverhandlungen begleiten.³

Vor diesem Hintergrund ist dieser Beitrag als ein erneuter Versuch des Verfassers⁴ zu verstehen, den Informationsstand im deutschsprachigen Raum zur türkischen Verfassungsordnung zu vertiefen.

³ Vgl. die zahlreichen Verknüpfungen bei www.tuerkeirecht.de.

⁴ Verfassungssystem; Rechtsstaatsprinzip; Verfassung und Verwaltung, in: Südosteuropa-Handbuch Bd. IV, „Türkei“, hrsg. v. K.-D. Grothausen, Göttingen 1985, S. 169 ff.; Das Laizismus-Prinzip in der Rechtsordnung der Republik Türkei. JöR 36, S. 179 ff.; Der Not- und Ausnahmezustand im türkischen Verfassungsrecht, ZaöRV 48/4, S. 683 ff.; Das türkische Verfassungsgericht und die Grundzüge seiner Rechtsprechung, EuGRZ 1990, S. 129 ff.; Das Nationalismusprinzip in der türkischen Verfassung, VRÜ 1992, S. 404 ff.; Die „Europäisierung“ der türkischen Verfassung, in: Westliches Recht in der Republik Türkei 70 Jahre nach der Gründung, Baden-Baden 1996, S. 51 ff.; Laizismus, Fundamentalismus und Religionsfreiheit in der Türkei in Verfassung, Recht und Praxis, VRÜ 1999, S. 164 ff.

I. Die Entstehung der heutigen Verfassung⁵

Der heutigen türkischen Verfassung ist eine Verfassungsentwicklung vorausgegangen,⁶ die bei allen Eigenarten auch viele Parallelitäten zu den Entwicklungen in anderen Staaten Europas aufweist. Sie begann – nach der so genannten Reformperiode des Tanzimat – mit der ersten geschriebenen Verfassung im Jahre 1876, die allerdings bereits ein Jahr nach ihrem Inkrafttreten von Sultan Abdülhamit II. in einen Dornröschenschlaf versetzt wurde. Wieder belebt wurde sie auf Druck der Jungtürken im Jahre 1909. Nach dem Ersten Weltkrieg und dem Unabhängigkeitskrieg kam es am 29.10.1923 zur Ausrufung der Republik und kurze Zeit später zur Verabschiedung der ersten republikanischen Verfassung von 1924. Weitere Übergangsdaten sind das Jahr 1946 mit der Einführung des Mehrparteiensystems, der Putsch v. 27.5.1960 und der Einführung der Verfassung von 1961, die seinerzeit als die modernste Verfassung Europas bezeichnet werden konnte.

Die Verfassung von 1961⁷ überlebte indessen keine zwanzig Jahre. Bereits im März 1971 kam es zu einem weiteren Eingriff des Militärs, der zunächst nur zum Regierungswechsel und zur Ausrufung des Ausnahmezustandes für zwei Jahre sowie zu einigen Änderungen der Verfassung führte. Vor allem das moderne und liberale Grundrechtssystem wurde einer Revision unterzogen. Ferner wurden Staatssicherheitsgerichte eingeführt, die die Zunahme der politischen Gewalt auf den Straßen eindämmen helfen sollten. Letztere Verfassungsänderung⁸ wurde allerdings kurze Zeit später durch das Verfassungsgericht wegen eines Formfehlers wieder aufgehoben.

Nachdem dann in der zweiten Hälfte der siebziger Jahre die politischen Verhältnisse bürgerkriegsähnliche Zustände annahmen und

⁵ Übersetzung von Rumpf auf aktuellem Stand im Internet unter www.tuerkeiresht.de/Verfassung2002.pdf In diesem Manuskript konnte die Änderung v. 21.6.2005 noch berücksichtigt werden. Die nachfolgenden Ausführungen zum Verfassungsrecht sind auf Rumpf Einführung § 9 aufgebaut und berücksichtigen neuere Entwicklungen.

⁶ Vgl. Rumpf Rechtsstaatsprinzip S. 38 ff.; Rumpf Einführung § 8.

⁷ Hirsch Verfassung

⁸ Hirsch Verfassungsänderung

die politische Führung sich unfähig zeigte, für eine stabile Regierung Sorge zu tragen, griff am 12. September 1980 erneut das Militär ein. Zuvor hatte das Parlament in mehr als hundert Wahlgängen vergeblich versucht, einen Präsidenten der Republik zu wählen, nachdem im April 1980 die Amtszeit von Fahri Korutürk ausgelaufen war. Ferner hatten die beiden Kammern des Parlaments – die Nationalversammlung und der Senat – mit ihren gegenläufigen Mehrheitsverhältnissen seit Oktober 1979 für eine Blockade der Gesetzgebungstätigkeit gesorgt.

Nach einer Übergangszeit⁹ mit eigenen Verfassungsstrukturen, in welcher der aus dem Generalstabschef Kenan Evren sowie den Kommandeuren der drei Teilstreitkräfte und der Gendarmerie bestehende Nationale Sicherheitsrat der Übergangszeit (Milli Güvenlik Konseyi), später zusammen mit einer „Beratenden Versammlung“ (Danışma Meclisi) die Gesetzgebung und die Ausarbeitung der neuen Verfassung übernahm, wurde am 20. 10. 1982 die neue Verfassung im Amtsblatt bekannt gemacht¹⁰ und am 7. 11. 1982 einer Volksabstimmung unterworfen, bevor sie am 9. 11. 1982¹¹ in Kraft trat. Bis zur erst ein Jahr später erfolgenden Wahl der ersten Nationalversammlung unter dem neuen System erließ der Nationale Sicherheitsrat der Übergangszeit noch zahlreiche Gesetze, deren Einfluss auf die Verfassungsordnung, mit deren Texten sie lange Zeit nicht in Einklang standen, erst durch die seit 1995 einsetzenden Reformen – zuletzt im Mai 2004 – reduziert wurde.

II. Grundlagen und ideologischer Gehalt der Verfassung

1. Die Struktur der Verfassung

Die gegenwärtige türkische Verfassung steht auch nach den letzten Reformen nach wie vor in der Tradition der kemalistischen Staatsauffassung. Nach einer Präambel werden in einigen Vorschriften zunächst einmal die Leitprinzipien und tragenden Grundsätze der Verfassungsordnung niedergelegt (Art. 1–5). Der

⁹ Vgl. Hirsch, Orient 1981, 431 ff.

¹⁰ Gesetz Nr. 2709 v. 18. 10. 1982, RG Nr. 17844 v. 20. 10. 1982.

¹¹ Erneute Bekanntmachung des Verfassungstextes in RG Nr. 17863 v. 9. 11. 1982.

Gewaltenteilungsgrundsatz drückt sich in den Grundzügen einer strengen Kompetenzordnung (yetki düzeni) aus (Art. 6–9), der Gleichheitssatz (eşitlik ilkesi) wird weniger als Grundrecht denn als Leitprinzip eingeführt (Art. 10) und die Normenhierarchi¹²e mit der Verfassung an der Spitze in einer eigenen Vorschrift betont (Art. 11). In einem umfangreichen Grundrechteteil wird unterschieden zwischen allgemeinen Grundlagen (Art. 12–16), Freiheits-, Persönlichkeits- und Prozessgrundrechten (Art. 17–40), sozialen und wirtschaftlichen Rechten (Art. 41–65) und schließlich politischen und Teilhaberechten (Art. 66–74). Der Staatsorganisationsteil spiegelt den Gewaltenteilungsgrundsatz wider, indem er der Reihe nach Gesetzgebung (Art. 75–100), vollziehende Gewalt (Art. 101–137) und Rechtsprechung (Art. 138–160) behandelt. Systematisch falsch eingeordnet sind die Bestimmungen über die Notstandsverfassung (Art. 119–122); die Einordnung der autonomen Körperschaften (Universitäten, Rundfunk und Fernsehen) in die Abschnitte über die vollziehende Gewalt ist dagegen insofern konsequent, als die „Autonomie“ dieser Körperschaften fraglich ist und sie sich tatsächlich als Bestandteile der Exekutive darstellen. Schließlich enthält die türkische Verfassung noch eigenständige Vorschriften über Wirtschaft und Finanzen (Art. 161–173). Die Übergangsvorschriften sind heute ohne Bedeutung.

2. Die Grundlagenfunktion des Art. 2 und der Präambel

Die zentrale Verfassungsvorschrift ist Art. 2, eine konsequente Fortführung ihrer Vorläufer unter gleicher Ziffer in den Verfassungen von 1924 und 1961. Dort finden sich im „Nationalismus“ und im „Laizismus“ die wichtigsten Hinweise auf die kemalistische Staatsideologie; Art. 2 ist die „Heimat“ des Rechtsstaatsprinzips, des Sozialstaatsprinzips, des Demokratieprinzips. Zu beachten ist aber vor allem auch der Hinweis auf die „in der Präambel niedergelegten Grundsätze“. Die Bestimmung des Art. 176, wonach die Präambel als integraler Bestandteil des Verfassungstextes zu begreifen und daher auch zur

¹² Die Normenhierarchie folgt den europäischen Traditionen: Verfassung – Gesetz (kanun) – Rechtsverordnung mit Gesetzeskraft (kanun hükmünde kararname) – Rechtsverordnung (tüzük) – Verordnung (yönetmelik) – sowie weitere Formen von Verwaltungsvorschriften (genelge, tebliğ).

Auslegung anderer Verfassungsvorschriften heranzuziehen ist, verliert damit an eigenständiger Bedeutung.

Die pathetisch gehaltene Präambel verweist vor allem auf die kemalistischen Prinzipien (dazu unten) und deren begrenzende Wirkung bezüglich der „in dieser Verfassung bestimmten freiheitlichen Demokratie“.

3. Der Kemalismus¹³

Die nach der Gründung der Republik durch die Republikanische Volkspartei Mustafa Kemal Atatürks entwickelte Staatsideologie, die später als „*Kemalismus*“ (Kemalizm) oder „*Atatürkismus*“ (Atatürkçülük) bezeichnet wurde, besteht aus sechs Elementen, die nachfolgend kurz angesprochen werden.

a. Nationalismus

Die Entwicklung des Nationalismus (*milliyetçilik*)¹⁴ geht schon auf die letzten Jahrzehnte des Osmanischen Reiches zurück. Heute dürfte er sich – jedenfalls theoretisch – als pragmatisches antirassistisches¹⁵ Konzept darstellen, das den Zusammenhalt der verschiedenen Ethnien („*ethnisches Mosaik*“) auf anolischem Boden in einer Staatsnation, die nur aus „*Türken*“ (Definition des Art. 66 I: Person, die die türkische Staatsangehörigkeit besitzt) besteht, gewährleisten soll. Als Verfassungsprinzip ergibt sich der Nationalismus nicht nur aus Art. 2 und der Präambel, sondern auch aus zahlreichen anderen Verfassungsvorschriften, und zwar zumeist erkennbar an der Formel „*unteilbare Einbeit von Staatsgebiet und Staatsvolk*“ (Art. 3 I) (*devletin ülkesi ve milletiye bölünmezliđi*) (Staatszielbestimmung des Art. 5; in verschiedenen grundrechtlichen Schrankenbestimmungen; Grundrechtsmissbrauch in Art. 14; Parteien Art. 68 f.; Universitäten Art. 130; Rundfunk und Fernsehen Art. 133; früher auch im inzwischen

¹³ Rumpf Verfassungssystem, S. 95 ff. mwN.

¹⁴ Dazu ausführlich Rumpf, VRÜ 1992, 404 ff. mwN.

¹⁵ Gözübüyük Anayasa, S. 154; VerfG, Urt. v. 10. 7. 1992, E. 1991/2, K. 1992/1 (Partei-Verbot), RG Nr. 21386 v. 25. 2. 1992, S. 3 ff. (84) (SP-Urteil).

abgeschafften Art. 143 zur Staatssicherheitsgerichtsbarkeit). Dieses Element schließt nach Ansicht des Verfassungsgerichts eine föderale Struktur der Republik aus.¹⁶

Schließlich wird man das Nationalismusprinzip auch überall dort wieder erkennen, wo es um die kulturelle Einheit geht. Der „nationalen Kultur“ (millî kültür) misst die Verfassung besondere Bedeutung bei. Eine wichtige Rolle spielt insoweit auch die Sprache¹⁷ Türkisch ist gemäß Art. 3 I 2 „*Sprache des Staates*“ (devletin dili) und gilt dem Verfassungsgericht als wichtiger Integrationsfaktor.¹⁸ Noch bis zur Verfassungsreform im Oktober 2001 war dem Gesetzgeber gemäß Art. 26 III 1 und 28 II ausdrücklich erlaubt, die Freiheiten der Meinungsäußerung und der Presse durch das Verbot der Verwendung bestimmter Sprachen zu beschränken.¹⁹ Türkisch ist auch die einzige Sprache, die als „*Muttersprache*“ gelehrt werden darf (Art. 42 IX).

In vieler Hinsicht erinnert dieses Nationalismuskonzept an dasjenige von Frankreich, das auch im Rahmen moderner internationaler Vertragskonstruktionen, zu denen insbesondere EU, Europarat und OSZE gehören, überleben konnte, obwohl es trotz der in den siebziger Jahren des zwanzigsten Jahrhunderts begonnenen Regionalisierungsprozesse durchaus noch einige Merkwürdigkeiten aufweist, wie etwa das Gesetz zum Schutz der französischen Sprache (Loi Toubon)²⁰ oder das Verbot, aus Rücksicht auf Minderheiten autonome Sonderverwaltungseinheiten zu schaffen.²¹

¹⁶ Ur. v. 10. 7. 1992 (s. o.) S. 89; 16. 6. 1994, E. 1993/3, K. 1994/2 (Parteiverbot), RG Nr. 21976 bis v. 30. 6. 1994, S. 5 ff. (105) (DEP-Urteil) (weitere Urteile bei Rumpf Verfassungssystem S. 104). Die auf Parteien bezogenen Urteile sind im Übrigen vollständig in der amtlichen Entscheidungssammlung AMKD abgedruckt und im Internet unter <http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/SPKAD.htm> abrufbar.

¹⁷ Vgl. Rumpf, *Orient* 1989/3, S. 413 ff.

¹⁸ DEP-Urteil S. 102 f.

¹⁹ Dies war zwischen 1983 und 1991 in Form des Sprachenverbotsgesetzes tatsächlich umgesetzt worden (Rumpf, a.a.O.).

²⁰ Loi No. 94-665 v. 4.8.1994, dazu Urteil des französischen Kassationshofs v. 3.11.2004, No. De pourvoi 03-85642 (http://lexinter.net/JPTXT4/loi_Toubon_et_procetion_de_la_langue_francaise.htm); Urteil des französischen Conseil Constitutionnel, Décision n° 94-345 DC du 29 juillet 1994

²¹ Vgl. Urteile des französischen Conseil Constitutionnel, Décision n° 82-138 DC du 25 février 1982 und Décision n° 2001-454 DC - 17 janvier 2002 - Loi relative à la Corse (Korsikafall)

b. Laizismus

Das türkische Verfassungsgericht versucht, dem Laizismus²² eine Grundlagenfunktion für den Erhalt einer modernen Staats- und Gesellschaftsform und für den Rechtsstaat zuzuschreiben.²³ Die Verfassung selbst führt jedoch auch zu Zugeständnissen an den Islam: Das Präsidium für Religionsangelegenheiten (Diyanet İşleri Başkanlığı) (Art. 136) besteht trotz seiner neutralen Bezeichnung und anhaltender Kritik noch immer nur für den sunnitischen Islam;²⁴ seine Mitarbeiter sind, einschließlich der Imame, staatliche Beamte.

Die wichtigste normative Grundlage des Laizismusprinzips findet sich in Art. 2.²⁵ Der Gleichheitssatz untersagt die Diskriminierung anhand von religiösen Unterscheidungsmerkmalen (Art. 10). In Art. 24 (Religionsfreiheit – din özgürlüğü) kommt die Kompromissnotwendigkeit zwischen dem Erfordernis säkularer Gleichheit und den religiösen Bedürfnissen der Menschen, das Spannungsfeld zwischen Freiheit der Religionsausübung und Aufsichtspflicht des Staates zum Tragen, das vor allem seit Inkrafttreten dieser Verfassung auch immer wieder im öffentlichen politischen Diskurs zum Ausdruck kommt. Das Laizismusprinzip wird mehrfach ausdrücklich als Grundrechtsschranke genannt, in Art. 13 zunächst ebenfalls als Schranke, seit der Reform 2001 jedoch als Schrankenschranke. Die Nennung in dieser Grundlagenbestimmung des türkischen Grundrechtensystems hebt die besondere Bedeutung dieses Prinzips für die türkische Verfassungsordnung hervor. Auch das Missbrauchsverbot (Art. 14)²⁶ kann hier genannt werden, wonach die Sanktionierung des antilaizistischen Gebrauchs von Grundrechten erlaubt wird.

²² Vgl. Rumpf, JöR 36, 179 ff.; ders., VRÜ 1999, 161 ff.; ders. Verfassungssystem, S. 105 ff. mwN. Vgl. auch etwa das „Kopftuch-Urteil“ des Verfassungsgerichts, auf Deutsch abgedruckt in EuGRZ 1990, 146 ff.; Günday S. 50 ff.

²³ Siehe vor allem das Kopftuchurteil (vorstehende Fußnote) sowie Ur. v. 21. 10. 1971, E. 1970/53, K. 1971/76, in Auszügen bei Hirsch, Orient 15, 107 ff. Weitere Nachweise bei Rumpf Verfassungssystem a.a.O.

²⁴ Dies ergibt sich auch aus seinem Aufbau und den gesetzlich verankerten Funktionen (vgl. www.diyamet.gov.tr; Rumpf, ZfTS 1989, 21 ff.).

²⁵ Vgl. Staatsrat, Ur. v. 28. 12. 1983, ZfTS 1989, 145 ff. (mit Anmerkung Rumpf).

²⁶ Vgl. kritisch Rumpf Verfassungssystem, S. 111.

Die Beachtung des Laizismusprinzips wird durch die Verfassung auch Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden (sendika – Art. 51 VIII) und den Parteien (Art. 68 IV) aufgegeben. Schließlich ist noch Art. 174 zu erwähnen, der acht „Reformgesetze“ der kemalistischen Revolution (inkilâp kanunları, devrim kanunları) unter besonderen Schutz stellt: sie sind verfassungsgerichtlicher Kontrolle entzogen worden. Es handelt sich dabei um Gesetze, die das Familienrecht und das Bildungsmonopol der Zuständigkeit des säkularen Staates unterstellen sowie „kosmetische“ Korrekturen von Symbolen aus dem Alltagsleben betreffen, die als Zeichen islamischer Rückständigkeit galten und noch heute gelten.

Das Verfassungsgericht und insbesondere der Staatsrat haben eine ausgeprägte Rechtsprechung zum Laizismusprinzip entwickelt.²⁷

c. Sonstige

Die übrigen vier Grundsätze spielen heute sowohl in der Diskussion als auch in der Rechtsprechung der obersten Gerichte nur noch eine untergeordnete Funktion.

Die Dynamik der Veränderung, die mit dem Ideologieelement revolutionärer Reformismus (inkilâpçılık, devrimcilik) bezeichnet wurde, war der türkischen Verfassungspraxis seit dem Tode Atatürks zunächst fremd geworden,²⁸ erst seit 1995 ist im Hinblick auf den EU-Beitritt wieder ein Reform- und Umwälzungstempo zu verzeichnen, das als Belebung dieses Prinzips verstanden werden könnte. Versuche allerdings, hier eine Verbindung zur kemalistischen Ideologie herzustellen und gerade diese EU-orientierten Modernisierungstendenzen in eine Linie mit der Ideenwelt von Mustafa Kemal Atatürk zu stellen, wird gerade von konservativen Kemalisten teilweise noch abgelehnt.

Der Populismus (halkçılık)²⁹ ist als ein Element des Demokratieprinzips anzusehen. Dabei geht es weniger um die förmliche

²⁷ Vgl. Rumpf, VRÜ a.a.O. Vgl. auch VerfG, Urt. v. 2. 2. 1996, E. 1995/25, K. 1996/5, RG Nr. 22 769 v. 26. 9. 1996: Zeugen brauchen bei Aufnahme ihrer Personalien gem. Art. 61 türk. StPO keine Angaben zur Religion mehr zu machen.

²⁸ Vgl. Rumpf Verfassungssystem, S. 113 f.

²⁹ Vgl. Rumpf Verfassungssystem, S. 114 f.

Legitimation staatlichen Handelns als um die volksnahe Ausübung von Staatsgewalt, die Verschmelzung von Volk und Staat, womit bis 1946 auch die Existenz einer Einheitspartei gerechtfertigt worden war.³⁰ Letztlich handelt es sich hier um eine Selbstverständlichkeit in einem modernen demokratischen System, die einer ideologischen Überhöhung nicht bedarf.

Anders verhält es sich noch mit dem Etatismus, dessen Restbestände sich in den staatswirtschaftlich orientierten Normen der Verfassung finden. Das Spiel der Märkte (Art. 167) ist nicht völlig frei, sondern unterliegt „*der Aufsicht des Staates*“. Das Rohstoff- (Art. 168), Küsten- (Art. 43) und Waldregime (Art. 169, 170) untersteht der ausschließlichen Verfügungszuständigkeit des Staates; der Staat hat gemäß Art. 166 umfassende Wirtschaftsplanung zu betreiben. Dies hinderte jedoch das Verfassungsgericht nicht daran, festzustellen, dass die zuständigen Verfassungsorgane frei seien, im Rahmen des Sozialstaatsprinzips ein liberales Wirtschaftssystem zu pflegen.³¹ Die politische Wirksamkeit dieses Begriffs spielt sich also unter den heutigen Bedingungen im Rahmen allgemeiner Globalisierung ab und könnte –sofern dem Begriff überhaupt noch ein normativer Gehalt zugesprochen werden mag – allenfalls als Regulativ gegen einen zügellosen Liberalismus im Sinne sozialstaatlicher Verantwortung verstanden werden.

Der Republikanismus (*cumhuriyetçilik*) schließlich ist in Art. 1 niedergelegt und bezeichnet ein Staatssystem, das alle Legitimationssysteme ausschließt, die nicht ihre Grundlage in der Volkssouveränität haben. Ausgeschlossen sind insbesondere monarchische und theokratische Systeme. Das Verfassungsgericht sieht den Begriff der Republik als Sammelbegriff für die in Art. 2 eigens aufgeführten Elemente.³²

³⁰ Kreiser S. 78: „Türkische Version der solidaristischen Konzepte eines Léon Bourgeois und Emile Durkheim . . . Später wurde der Grundsatz als Rechtfertigung des Ein-Parteien-Systems benutzt: Die Volkspartei spricht für die ganze Nation.“ Oder: Der Staat als Instrument des klassenlosen, aus der reinen Untertanenschaft befreiten Volkes. Vgl. auch Türkaya Ataöv, *The Principles of Kemalism, Milletlerarasy Münasebetler Türk Yılığ/The Turkish Yearbook of International Relations XX (1980–1981)*, S. 20 ff. (30 f.).

³¹ Rechtsprechungsnachweise bei Rumpf Verfassungssystem, S. 115.

³² VerfG, Urt. v. 15. 4. 1975, E. 1973/19, K. 1975/87, AMKD 13, S. 403 ff.; dazu ausführlich Yayla, Timur Armağan (Gedenkschrift Timur), S. 973 ff.

4. Rechtsstaatsprinzip³³

Das Rechtsstaatsprinzip (*hukuk devleti ilkesi*) gehört heutzutage auch in der türkischen Verfassungstheorie und -praxis zu den Grundlagen der modernen Demokratie;³⁴ auch dieses Prinzip ist ausdrücklich in Art. 2 angesiedelt worden. Einzelne Elemente gewährleistet die Verfassung in Form des durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip regulierten Grundrechtsschutzes, der unabhängigen Gerichtsbarkeit, durch eine umfassende Rechtsweggarantie, die Kontrolle selbst des Gesetzgebers durch ein Verfassungsgericht, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (*idarenin kanunilığı, yönetimin yasallığı*), und den Grundsatz des fairen Verfahrens (*adil yargılama*)³⁵ auf der Grundlage wesentlicher Prozessgarantien, die anlässlich der Verfassungsreform 2001 noch einmal gestärkt worden sind. Andererseits erlauben die Prinzipien des Nationalismus und des Laizismus eine ideologisch begründete Begrenzung des Rechtsstaatsprinzips.³⁶

5. Sozialstaatsprinzip³⁷

Das Sozialstaatsprinzip (*sosyal devlet ilkesi*) ergibt sich zunächst aus dem Attribut „*sozial*“, das dem Rechtsstaatsprinzip in Art. 2 zugeschrieben worden ist; in der Präambel findet sich das Verlangen nach „*sozialer Gerechtigkeit*“ für jeden Staatsbürger. Der Staatszielbestimmung des Art. 5 zufolge sind „*Wohlstand und Wohlfahrt*“ der Bürger zu gewährleisten, die sozialen Hindernisse, welche die Ausübung der Grundrechte und das Funktionieren des Rechtsstaates behindern, zu beseitigen, die für die materielle Existenz des Menschen notwendigen Bedingungen zu schaffen. Während diese Vorschrift jedoch noch sehr unbestimmt ist, geben die Regelungen über die

³³ Ausführlich Rumpf Rechtsstaatsprinzip in toto; ders. Verfassungssystem, S. 116 ff.; Günday S. 36 ff.; Özbudun S. 113 ff.; Özkan.

³⁴ Nachweise und Auszüge aus der Rechtsprechung bei Rumpf Rechtsstaatsprinzip S. 396 ff.; ders., EuGRZ 1990, 129 ff.

³⁵ Dieser Grundsatz wurde im Oktober 2001 ausdrücklich in Art. 36 aufgenommen.

³⁶ Beispiel: Das bereits mehrfach zitierte „Kopftuchurteil“ (Laizismus) oder Urt. v. 28. 11. 1980, E. 1979/31, K. 1980/59, AMKD 18, S. 339 ff. zu den politischen Delikten (Nationalismus).

³⁷ Rumpf Verfassungssystem S. 121 ff. mwN.; Özbudun S. 123 ff.

Gewährleistung der wirtschaftlichen und sozialen Rechte – etwa hinsichtlich der Arbeit und der sozialen Sicherheit – (Art. 41–65) oder einige Sonderregelungen zum Schutze der Waldbauern (Art. 170), zur Entwicklung des Genossenschaftswesens (Art. 171) oder des Schutzes der Verbraucher (Art. 172) sowie des Kleinhandels und des Handwerks (Art. 173) Umfang und Tragweite des Sozialstaatsprinzips in konkreter Weise wieder. Die Verpflichtung des Staates zur Wirtschaftsplanung, zu der auch die sozialstaatliche Komponente gehört (Art. 166), ist nicht geeignet, dem Sozialstaatsprinzip zu mehr Effektivität zu verhelfen, zumal Art. 65 es dem Staat ausdrücklich erlaubt, fehlende finanzielle Mittel als Begründung mangelnder Gewährleistung sozialer Rechte heranzuziehen.

6. Demokratieprinzip

Auch das Demokratieprinzip findet sich zunächst einmal in Art. 2, der dem Rechtsstaat das Attribut „*demokratisch*“ zuordnet. Grundlegend ist außerdem Art. 6, wonach die Souveränität (egemenlik) uneingeschränkt und unbedingt der Nation als Menge der in Art. 66 definierten Staatsangehörigen gehört, die diese Souveränität durch die zuständigen Organe ausübt. Der Wille der Nation konzentriert sich über die Wahlen institutionell zunächst im Parlament, von dem die demokratische Legitimation der Exekutive abgeleitet ist.

Die formelle Komponente des Demokratieprinzips ergibt sich aus den Regelungen zur Legitimation der Staatsgewalt durch Wahlen. Formell demokratisch legitimiert ist vor allem die GNVT, die alle fünf Jahre aufgrund allgemeiner, gleicher und geheimer Wahlen (Art. 67, 75) gewählt wird. Ähnliches gilt für die in den Lokalwahlen auf den Ebenen der unteren Verwaltungseinheiten zu wählenden Volksvertretungen (Provinzversammlung, Bezirksversammlung, Stadtrat), die im Rahmen der in der zentralistisch orientierten Türkei in ihren Kompetenzen sehr eingeschränkten Selbstverwaltung tätig werden können. Zur formellen Komponente zu rechnen ist auch die Art und Weise der Beteiligung der politischen Parteien. Seit 1946 verfügt die Türkei über ein Mehrparteiensystem, in dem die politischen Parteien miteinander im Wettbewerb stehen und damit die kollektive

Artikulation verschiedener Interessen und ihre Vertretung in der GNVV ermöglichen. Allerdings gibt es unter der Verfassung von 1982 gerade in diesem Zusammenhang wesentliche Einschränkungen, die die Parteien eng an die ideologischen Vorgaben des – wie auch immer verstandenen – Kemalismus und der Verfassung binden und die Organisationsmöglichkeiten erheblich begrenzen; auf Gesetzesebene sind diese Einschränkungen noch verstärkt worden, so dass insoweit der pluralistische Charakter des Demokratieprinzips eingeschränkt ist.³⁸ Hier steht der Verfassungs- und Gesetzgeber allerdings unter dem Druck nicht nur der EU (Kopenhagener Kriterien!), sondern vor allem auch des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, der in mehreren Urteilen vor allem das türkische Parteienrecht einer kritischen Prüfung unterzogen hat.³⁹

Die materielle Komponente des Demokratieprinzips ergibt sich aus den Vorschriften der Verfassung über die politische Mitbestimmung des Bürgers, insbesondere aus der Gewährleistung seiner Grundrechte und Freiheiten samt ihren Schranken. Auch der zugleich dem Rechtsstaatsprinzip zuzuschreibende Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, mit dem vor allem die Eingriffsverwaltung unter den Vorbehalt des Gesetzes gestellt wird, gehört zu den Elementen des Demokratieprinzips.

Die Formel vom „*demokratischen Rechtsstaat*“, wie sie sich auch aus Art. 2 herauslesen lässt, weist auf eine enge Verknüpfung zwischen den beiden Prinzipien hin. Die Bindung der Richter an das Gesetz und der Vorbehalt des Gesetzes bzw. die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und des „*nulla poena sine lege*“ stellen diese Verknüpfung her.

³⁸ Gözübüyük Anayasa S. 157, 158. Das Parteiengesetz ist in den letzten Jahren mehrfach reformiert worden. Dazu gehört vor allem, dass das Parteiverbot durch das Verfassungsgericht nur noch mit einer Mehrheit von 3/5 ausgesprochen werden darf. An den ideologischen Vorgaben hat sich nichts geändert.

³⁹ EGMR, Urt. v. 30. 1. 1998, United Communist Party of Turkey v. Turkey, Beschwerde Nr. 19392/92, Reports 1998-I; EGMR, Urt. v. 25. 5. 1998, Socialist Party v. Turkey, Beschwerde Nr. 21237/93, Reports 1998-III; EGMR, Urt. v. 8. 12. 1999, Freedom and Democracy Party v. Turkey, Beschwerde Nr. 23885/94; EGMR, Urt. v. 31. 7. 2001, Welfare Party v. Turkey, Beschwerden Nr. 41430/98 u. a. (siehe auch <http://hudoc.echr.coe.int>), nur in letzterem Verfahren ist es nicht zur Feststellung eines Verstoßes gegen die EMRK durch das Parteiverbot gekommen.

Zu den wichtigsten Konkretisierungen des Demokratieprinzips gehört zweifellos der Begriff der „*demokratischen Gesellschaftsordnung*“ (demokratik toplum düzeni), eine Formel, mit Hilfe derer in den Art. 8 bis 11 EMRK die Möglichkeit der Grundrechtsbeschränkung selbst begrenzt wird und die in der allgemeinen Schrankenvorschrift des Art. 13 der Verfassung niedergelegt ist. Dieser Begriff ist vom Verfassungsgericht grundrechtsdogmatisch fruchtbar gemacht worden.⁴⁰ Dies ließ dann auch den in der Verfassungsrechtswissenschaft nachhaltig bedauerten Wegfall der Wesensgehaltsgarantie durch die Verfassung von 1982 leichter verschmerzen, die dann aber dennoch im Jahre 2001 wieder Eingang in Art. 13 gefunden hat.

III. Staatsorganisation und Herrschaftsgewalt

1. Gewaltenteilung und Kompetenzordnung

Die türkische Staatsorganisation beruht auf dem Grundsatz der dreigeteilten Staatsgewalt: gesetzgebende, vollziehende und rechtsprechende Gewalt. Einschränkungen ergeben sich aus der gegenseitigen Kontrolle der Gewalten bis hin zur Kontrolle der Gesetzgebung durch das Verfassungsgericht oder zur Möglichkeit, die Regierung zu gesetzgeberischen Akten zu ermächtigen (RVOMG).

Die Kompetenzverteilung ist starr: keine Kompetenz ohne ausdrückliche Ermächtigung durch die Verfassung oder aufgrund der Verfassung. Die gegenseitige Einmischung der Gewalten ist nur dort möglich, wo sie ausdrücklich von der Verfassung vorgesehen ist; ein Beispiel hierfür bildet die soeben erwähnte RVOMG. Versagt ist es dagegen dem Gesetzgeber, die Regierung zur Ausübung typischer Gesetzgebungstätigkeit im Wege der einfachen Verordnung zu ermächtigen.

So kann die GNVT zum Beispiel nicht die Befugnis zum Erlass von Strafnormen, sei es durch RVOMG, sei es durch einfache Verordnung, auf die Regierung übertragen. Ebenso wenig wäre es möglich, die Regierung zum Erlass von Amnestien zu ermächtigen.

⁴⁰ Vgl. z. B. Urt. v. 26. 11. 1986, E. 1985/8, K. 1986/27, RG Nr. 19544 v. 14. 8. 1987 (Polizeigesetz), S. 13 ff. (47 f.), später ständige Rechtsprechung.

2. Die Gesetzgebung

Wichtigstes Gesetzgebungsorgan ist das Parlament (*parlamento*), die Große Nationalversammlung der Türkei (GNVT).⁴¹ Sie besteht aus einer Kammer mit z. Zt. 550 Abgeordneten.

a. Aufgaben und Kompetenzen der Großen Nationalversammlung der Türkei

Wichtigster Akt der Großen Nationalversammlung der Türkei (GNVT) ist das Gesetz (*yasa, kanun*).⁴² Damit ist in erster Linie das formelle Gesetz gemeint, mit dem das Parlament alle wesentlichen Gegenstände regeln kann, die in den Aufgabenbereich des Staates fallen. Auch das verfassungsändernde Gesetz gehört zu den Regelungsinstrumenten der GNVT.

Mit der Ermächtigung des Ministerrats zum Erlass von RVOmG (KHK)⁴³ ist der GNVT ein Mittel in die Hand gegeben worden, die Gesetzgebung zu vereinfachen (Art. 91). Die GNVT bestimmt durch den Erlass eines Gesetzes, ob, auf welchem Gebiet und unter welchen Bedingungen der Ministerrat über die Möglichkeit verfügen soll, gesetzgeberisch aktiv zu werden. Das Gesetz muss den Gegenstand, der durch KHK zu regeln sein soll, hinreichend bestimmen. Außerdem muss ein besonderer Bedarf für eine beschleunigte Regelung durch KHK bestehen, andernfalls bleibt der Gesetzgeber aufgerufen, die Regelungen durch Gesetz zu treffen.⁴⁴ Nach der Verkündung im Amtsblatt ist die RVOmG der GNVT zur Überprüfung vorzulegen.

⁴¹ Ausführlich Rumpf Verfassungssystem S. 130 ff.

⁴² Zu Begriff und Wesen des Gesetzes (einschl. Problematik des Einzelfallgesetzes) vgl. Rumpf Verfassungssystem S. 155 ff. mwN.

⁴³ Hierzu ausführlich und kritisch Rumpf Verfassungssystem S. 158 ff. mwN.; Kuzu; Gözler, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*.

⁴⁴ Ein Ermächtigungsgesetz für KHK verstößt gegen die Grundsätze der Gewaltenteilung, des demokratischen Rechtsstaats und der begrenzten Übertragbarkeit der Gesetzgebungsbefugnisse, wenn es die Regierung ermächtigt, Provinz- und Bezirksgrenzen neu zu regeln (Schaffung neuer Provinzen und Bezirke). Grund: ein solcher Gegenstand bedarf sorgfältiger Überlegung und ist in der Regel nicht eilbedürftig (VerfG, Urt. v. 4. 7. 1995, E. 1995/35, K. 1995/26, RG Nr. 22 451 v. 2. 11. 1995).

Die GNVT kann dann eine RVomG durch Gesetz aufheben oder –mit oder ohne Änderung– bestätigen. Im Falle des Not- und Ausnahmezustandes bedarf es für notstandsbedingte Regelungen keiner vorherigen Ermächtigung des Parlaments. Hier verbleibt der GNVT die nachträgliche Kontrolle.

Die Haushaltshoheit (Budgethoheit oder Budgetrecht) besteht in dem ausschließlichen und unübertragbaren Recht der GNVT, den Staatshaushalt bis in die einzelnen Posten hinein durch ein Haushaltsgesetz (*bütçe kanunu*) im Voraus festzulegen (Art. 161), das ausschließlich budgetäre Festlegungen enthalten und nicht als RVomG erlassen werden darf. Anders als bei den übrigen Gesetzen kann das In-Kraft-Treten des Haushaltsgesetzes nicht durch ein Veto des Präsidenten aufgehalten werden. Bestandteil der Haushaltshoheit ist auch die nachträgliche Haushaltskontrolle durch die Haushaltsendabrechnung (Art. 164), die aufgrund einer Stellungnahme des Rechnungshofs entworfen, zusammen mit dem Entwurf über das nächste Haushaltsgesetz dem Plenum vorgelegt und schließlich – mit oder ohne Änderungen – als Gesetz verabschiedet wird.

Zu den Aufgaben der GNVT gehört auch die Transformation völkerrechtlicher Verträge durch Gesetz im Ratifizierungsverfahren (Art. 90). Verträge zur Regelung technischer und wirtschaftlicher Fragen sowie zur Durchführung von Handelsbeziehungen bedürfen dann nicht der Mitwirkung der GNVT, wenn solche Verträge eine Geltungsdauer von nicht mehr als einem Jahr und keine haushaltsrechtlichen Auswirkungen haben, den Status von Bürgern und die Eigentumsrechte türkischer Staatsangehöriger im Ausland nicht berühren. Auch so genannte Durchführungsabkommen (*sing. uygulama andlaşması*), die der völkerrechtlichen Umsetzung verfahrensgemäß ratifizierter Verträge dienen, bedürfen nicht mehr der Mitwirkung der GNVT. Schließlich benötigen auch – ohne Rücksicht auf die Geltungsdauer⁴⁵ – solche Wirtschafts-, Handels-, technischen und Verwaltungsverträge nicht die Zustimmung durch die GNVT, für die die GNVT eine gesetzliche Ermächtigung erteilt hat.

⁴⁵ Dies ist in Gesetz Nr. 244 v. 31. 5. 1963 über das Verfahren der Ratifizierung völkerrechtlicher Verträge klargelegt worden.

Das Recht zur Kriegserklärung (*savaş ilanı*) wird von der GNVT ausgeübt (Art. 92). Die Grenzen dieser Befugnis ergeben sich aus dem Völkerrecht, die Ausübung muss dem Gewaltverbotsprinzip des Art. 2 Abs. 4 UN-Charta entsprechen, kann also nur im Verteidigungsfall (Art. 51 UN-Charta) erfolgen. Sollte die GNVT nicht handlungsbereit sein, darf ihrer förmlichen Kriegserklärung ausnahmsweise durch einen Einsatzbefehl des Präsidenten der Republik vorgegriffen werden. Im Übrigen bedarf auch sonst die Entsendung von Truppen ins Ausland der Genehmigung der GNVT, soweit dies nicht im Rahmen bereits bestehender völkerrechtlicher Verträge geschieht.

Im Bereich der Strafrechtspflege hat die GNVT gemäß Art. 87 die Kompetenz, Amnestien zu erlassen. Mit der allgemeinen Amnestie (*genel af*) erfolgt eine einmalige Befreiung bestimmter Straftäterkategorien von der Vollstreckung der verwirkten Strafsanktionen mit der Folge, dass Verurteilte die Strafe nicht anzutreten brauchen und laufende Strafverfahren vorzeitig beendet werden sowie noch nicht eingeleitete Strafverfahren gänzlich entfallen. Bei der besonderen Amnestie (*özel af*) handelt es sich um einen Gnadentat: die Strafbarkeit der betreffenden Taten bleibt grundsätzlich bestehen, doch wird die Vollstreckung der verwirkten Strafe ausgesetzt. Nicht amnestiert werden können allerdings Straftaten, die gemäß Art. 14 als missbräuchlicher Grundrechtegebrauch eingeordnet werden (insbesondere politische Delinquenz), und der Waldfrevel. Diese Sperre ist im Jahre 1991 einmal umgangen worden durch eine gesetzlich angeordnete vorzeitige Entlassung auf Bewährung. Ebenfalls in den Bereich der Strafrechtspflege fällt die ausschließliche Befugnis der GNVT, die letzte Entscheidung über die Vollstreckung rechtskräftiger Todesurteile der Strafgerichte zu treffen. Darüber hinaus entscheidet die GNVT über die Aufnahme von Ermittlungen durch einen hierzu aufzustellenden Ermittlungsausschuss (*soruş turma komisyonu*) und – nach Abschluss entsprechender Ermittlungstätigkeit des Ermittlungsausschusses – über die Anklageerhebung gegen Minister oder den Ministerpräsidenten (Art. 100). Aus Art. 105 III ergibt sich außerdem die Befugnis der GNVT, den Präsidenten der Republik wegen Hochverrats vor das Verfassungsgericht in seiner Eigenschaft als Staatsgerichtshof (*yüce divan*)⁴⁶

⁴⁶ Wörtl.: Hoher Gerichtshof.

zu bringen. Auch die Strafverfolgung von Abgeordneten für Straftaten außerhalb des Parlaments hängt von der Mitwirkung der GNVТ ab, die über die Aufhebung der Immunität zu entscheiden hat (Art. 83 II). Die Arbeit der Großen Nationalversammlung der Türkei

Die GNVТ arbeitet auf der Grundlage einer Geschäftsordnung (içtüzük).⁴⁷ Das Plenum (genel kurul) tagt mit mindestens einem Drittel aller Abgeordneten und entscheidet mit absoluter Mehrheit (salt çoğunluk), wobei diese Mehrheit jedenfalls mehr als ein Viertel aller Abgeordneten ausmachen muss. Das Präsidium (başkanlık divanı) (Art. 94) wird nach einer Parlamentswahl zunächst für zwei Jahre und dann für den Rest der Legislaturperiode (yasama dönemi) gewählt. Die Fraktionsgröße bestimmt die Zahl der Mitglieder, die eine Partei in das Präsidium wählen lassen kann (Art. 94). Der Präsident der GNVТ hat die Funktion eines Stellvertreters des Präsidenten der Republik (Art. 106) (Cumhurbaşkanı vekili); im Falle von Neuwahlen ist er vom Präsidenten der Republik um seine Stellungnahme zu bitten (Art. 116 I); bei der Aufstellung des Vorläufigen Ministerrats (dazu unten) bestimmt er die Anzahl der Minister, die vom Vorläufigen Ministerpräsidenten zu ernennen sind (Art. 114 IV). Im Übrigen übt das Präsidium unter dem Vorsitz seines Präsidenten die Ordnungs- und Polizeigewalt im Parlament aus.

Die Vorarbeit im Gesetzgebungsgang leisten Ausschüsse (sing. komisyon), von denen die ständigen in der GO benannt sind. Für bestimmte tagespolitisch veranlasste Gegenstände können auch die bereits genannten Ermittlungsausschüsse sowie Untersuchungsausschüsse gebildet werden. Zu besetzen sind sie im Proporz der Mehrheitsverhältnisse.

Parteipolitik wird über die Fraktionen (sing. parti grubu) in das Parlament hineingetragen. Eine Fraktion muss mindestens 20 Mitglieder haben. Den Fraktionsvorsitz hat der Parteivorsitzende inne, sofern er Mitglied des Parlaments ist (Art. 20 ParteiG). Die Fraktionen tagen unter Ausschluss der Öffentlichkeit; ihre Beschlüsse können

⁴⁷ Gegenwärtig gültige Fassung veröffentlicht unter www.tbmm.gov.tr/ictuzuk/ictuzuk.htm.

die Fraktionsmitglieder binden (Fraktionszwang, Art. 27 ParteiG).⁴⁸ Sie können Misstrauensanträge (Interpellation) stellen (Art. 99), die Eröffnung einer Plenarverhandlung oder die Einrichtung eines Untersuchungsausschusses beantragen (Art. 100 und 102 GO) oder den Ausschluss der Öffentlichkeit bei einer Parlamentsdebatte verlangen (Art. 71 GO). Auch hinsichtlich des Rederechts sind Fraktionen (20 Minuten) gegenüber einzelnen Abgeordneten (10 Minuten) bevorzugt (Art. 61 GO). Bei der Aufstellung des Vorläufigen Ministerrats werden die Fraktionen im Proporz berücksichtigt (Art. 114 II). Die Fraktionen der Regierungspartei und der größten Oppositionspartei sind befugt, das Verfassungsgericht zum Zwecke der Durchführung eines abstrakten Normenkontrollverfahrens anzurufen (Art. 150 I).

b. Die Abgeordneten

Jeder Abgeordnete vertritt nicht seinen Wahlkreis (seçim bölgesi), sondern die gesamte Nation. Bindungen entstehen durch den Fraktionszwang. Untersagt ist dem Abgeordneten jede haupt- oder nebenberufliche Tätigkeit, die ihn organisch an eine Körperschaft bindet, die in irgendeiner Form – als Behörde oder öffentlich geförderter Verein u. a. m. – ihrerseits eine organische oder materielle Verbindung zum Staat aufweist (Inkompatibilität – bağdaşmazlık, Art. 82). Weitere Inkompatibilitäten sind in einem Gesetz geregelt.⁴⁹

Der Verlust des Mandats erfolgt gemäß Art. 84 bei Antritt eines Ministeramts, bei unentschuldigtem Versäumnis von mehr als vier Sitzungen in einem Monat oder bei einem Fehlverhalten, das ursächlich für ein verfassungsgerichtliches Parteiverbot geworden ist.

Die Abgeordneten genießen Indemnität und Immunität (dokunulmazlık) (Art. 83 II). Stimmt die GNVT einem entsprechenden Antrag der ermittelnden Staatsanwaltschaft zu, kann die Immunität aufgehoben werden. Nicht von der Immunität erfasst ist die Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche gegen einen Abgeordneten. Immunität und Indemnität genießen auch die Minister. Gegen die Aufhebung der

⁴⁸ Özbudun Anayasa S. 286 f.

⁴⁹ Gesetz Nr. 3069 v. 31. 10. 1984, RG Nr. 18567 v. 6. 11. 1984.

Immunität steht dem Abgeordneten der Weg zum Verfassungsgericht offen (Art. 85).⁵⁰

c. Die politischen Parteien

Die Stellung der politischen Parteien⁵¹ (sing. siyasi parti) als „Symbol, ja als unabdingbare Voraussetzung der Demokratie“⁵² zeichnet sich durch die durch den Kemalismus als ideologischem Bedingungsrahmen gezogenen Grenzen und durch zahlreiche begleitende Verbote (Art. 78 ff. ParteiG)⁵³ aus, die ihre Wurzeln im Putsch vom 12. September 1980 haben; dieses Konzept wurde im Parteiengesetz von 1983⁵⁴ festgeschrieben und geht zum Teil über die durch die Verfassung vorgegebenen Restriktionen hinaus. Gewisse Milderungen brachte die Verfassungsänderung 1995,⁵⁵ die im August 1999 durch Gesetz umgesetzt wurde.⁵⁶ Die Gründung von Parteien ist erlaubnisfrei. Sie erlangen Rechtspersönlichkeit mit der Abgabe der erforderlichen Unterlagen und der durch die konstituierende, aus mindestens dreißig Mitgliedern bestehende Versammlung verabschiedete Gründungserklärung beim Innenministerium (Art. 8 ff. ParteiG). Das Hauptorgan einer Partei ist der Große Kongress (büyük kongre), der aus Delegierten der Provinzversammlungen und aus Parlamentsabgeordneten, Ministern sowie Inhabern von Ämtern in zentralen Parteiorganen besteht. Der vom Großen Kongress gewählte Parteivorsitzende ist zugleich Vorsitzender des Zentralen Entscheidungs- und Verwaltungsrats, der ebenfalls durch den Großen

⁵⁰ Zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle von Beschlüssen über die Aufhebung der Immunität vgl. VerfG, Urt. v. 30. 12. 1997, E. 1997/73, K. 1997/73, RG Nr. 23 334 v. 6. 5. 1998.

⁵¹ Rumpf Verfassungssystem S. 143 ff.

⁵² VerfG, Urt. v. 10. 7. 1992, E. 1991/2, K. 1992/1 (Parteiverbot; SP), *AMKD* 28, S. 696 ff. (772).

⁵³ Aufzählung bei Rumpf Verfassungssystem S. 146 ff., z. B.: keine Vertretung regionaler oder religiöser Besonderheiten, keine Betätigung oder Äußerung, welche die nationale Einheit gefährden könnte (kein bundesstaatliches Konzept!); Verbot politischer Aktivitäten auf religiöser Basis.

⁵⁴ Gesetz Nr. 2820 v. 22. 4. 1983, RG Nr. 18027 v. 24. 4. 1983; in deutscher Sprache abgedruckt bei Hirsch, *JöR* 32, S. 507 ff. (S. 595 ff.).

⁵⁵ Zur Rechtslage vor 1995 vgl. Rumpf, a.a.O.

⁵⁶ Gesetz Nr. 4445 v. 12. 8. 1999, RG Nr. 23 786 v. 14. 8. 1999. Weitere Reformen folgen, zuletzt 2003.

Kongress gewählt wird. Schließlich gibt es noch einen Zentralen Disziplinarrat. Die Provinz- und Bezirksorganisation (il bzw. ilçe örgütü) einer Partei schließlich ist ein Abbild der zentralen Organisation (Art. 19 f. ParteiG). Schülern, Beamten, Richtern, Staatsanwälten und Mitgliedern der Streitkräfte ist der Beitritt verboten. Das Verbot für Mitglieder der Lehrkörper der Universitäten, das mit einem Gesetzesvorbehalt (Regelungsvorbehalt) versehen worden war, ist mit der Änderung 1999 aufgehoben worden. Art. 11 II lit. b Ziff. 4 ParteiG sieht weiter ein Parteieintrittsverbot für politische Delinquenten vor. Das Beitrittsalter muss mindestens 18 Jahre betragen.

Die Gründung von Parteien, die einer freiheitlich demokratischen Grundordnung entgegenstehen, ist verboten. Zwar ist das ursprünglich in Art. 5 ParteiG enthaltene „*Verbot*“ entfallen, doch handelt es sich hier lediglich um eine redaktionelle Bereinigung. Denn separatistische, laizistische und antidemokratische Bestrebungen einer Partei führen nach wie vor zur Schließung. Das ParteiG ist stark geprägt von den kemalistischen Prinzipien, insbesondere demjenigen des Nationalismus.⁵⁷

Die Kontrolle der Parteien erfolgt neben der Kontrolle durch den Wähler auch durch innerparteiliche Mechanismen; das Verfassungsgericht hat die Buchführung der Parteien (Art. 74 ff. ParteiG) und auf Antrag der Generalstaatsanwaltschaft der Republik beim Kassationshof (Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı) die Übereinstimmung der Aktivitäten mit der Verfassung und dem ParteiG zu prüfen. Mögliche Sanktionen sind die Verwarnung (ihtar)⁵⁸ und das Verbot (kapatma)⁵⁹ (Art. 100 ParteiG). Die Rechtsverstöße müssen durch Mitglieder oder Organe der Partei in einer der Partei zurechenbaren Weise begangen worden sein. Die Generalstaatsanwaltschaft kann auch von einer Partei

⁵⁷ Ausführlicher Rumpf Verfassungssystem S. 146 ff.

⁵⁸ Vgl. VerfG, Beschluss v. 18. 10. 1989, E. 1989/1, K. 1989/1, *AMKD* 25, 472 ff.; weitere Bsp. in *AMKD* 28, 587 ff. Siehe auch das Verbot der Wohlfahrtspartei, Urt. v. 9. 1. 1998, E. 1998/2, K. 1998/2, *RG* Nr. 23 266 v. 22. 2. 1998, S. 19 ff. (Verfassungswidrigkeit Art. 103 II ParteiG); Urt. v. 16. 1. 1998, E. 1997/1, K. 1998/1 (Parteiverbot), *RG* Nr. 23 266 v. 22. 2. 1998, S. 31 ff. (dazu Rumpf, *ZfT* 1998, S. 285 ff. mwN.).

⁵⁹ Das Verbot einer Partei setzt die Androhung der Erhebung einer Verbotsklage voraus (Art. 102 ParteiG; vgl. VerfG, Urt. v. 2. 5. 1989, E. 1988/1, K. 1989/1 [Parteiverbot], *AMKD* 25, 462 ff.).

verlangen, sich solcher Mitglieder zu entledigen, die nicht die Beitrittsbedingungen erfüllen oder sich ehrenrühriger Straftaten schuldig gemacht haben (Art. 102 ParteiG). Bleibt eine Partei nach ihrer Gründung mangels Mitgliedern oder aus anderen Gründen unfähig, sich am politischen Leben zu beteiligen, kommt auch die Feststellung ihrer Nichtexistenz durch das Verfassungsgericht in Betracht.⁶⁰ Mit dem Verbot geht das Vermögen der Partei auf den Fiskus über; löst sich die Partei während eines anhängigen Verbotsverfahrens selbst auf, so werden die Rechtswirkungen eines Verbotsurteils hierdurch nicht berührt (Art. 108 ParteiG). Mit dem Verbot der Partei verlieren diejenigen Abgeordneten, die für das Verbot mit ursächlich waren, ihre Parlamentsmandate; des Weiteren unterliegen diejenigen Mitglieder, deren Verhalten den ausdrücklichen Feststellungen des Verfassungsgerichts zufolge ursächlich für das Parteiverbot war, einem „Politikverbot“ – sie bleiben von der Mitgliedschaft in einer anderen Partei und von der Kandidatur für das Parlament für fünf Jahre nach Bekanntmachung des Verfassungsgerichtsurteils im Amtsblatt ausgeschlossen (vor 1999 zehn Jahre, Art. 95 ParteiG). Schließlich ist auch die Gründung von „Nachfolgeparteien“ verbotener Parteien untersagt.

d. Die Wahlen

Die Wahlen⁶¹ (seçim) sind frei und allgemein und für alle Bürger, die das achtzehnte Lebensjahr vollendet haben, gleich und direkt (Art. 67); die Auszählung der Stimmen erfolgt öffentlich. Ausgenommen sind einfache Soldaten und Unteroffiziere, Militärschüler sowie Strafgefangene (Art. 67 Abs. 5). Mit der Verfassungsänderung 1995 wurde vorgesehen, auch den Auslandstürken die Möglichkeit einzuräumen, sich vom Ausland aus an den Wahlen zu beteiligen, zum Beispiel im

⁶⁰ Z. B. VerfG, Urt. v. 24. 11. 1992, E. 1992/3, K. 1992/4 („varia“), *AMKD* 28, 832 ff. Scheingründung reicht für die „Nichtexistenz“ nicht aus: VerfG, Urt. v. 2. 6. 1987, E. 1987/1, K. 1987/2 („varia“), *AMKD* 23, 444 ff.

⁶¹ Gesetz Nr. 2839 v. 13. 6. 1983, RG Nr. 18076 v. 13. 6. 1983; im Oktober 1995 mehrfach geändert. Zum Wahlverfahren vgl. Rumpf/Steinbach, in: Wolfgang Ismayr (Hrsg.), *Die politischen Systeme Osteuropas*, 2. Aufl., Opladen 2004, S. 8 ff.

Wege der Konsulats- oder der Briefwahl. Eine im Oktober 1995 dem Wahlgesetz angefügte Zusatzbestimmung hat in dieser Hinsicht dem Hohen Wahlrat (Yüksek Seçim Kurulu) die Regelungskompetenz eingeräumt.⁶² Eine Regelung gibt es bislang nur insoweit, als Auslandstürken ihre Stimmen in Wahllokalen an der Grenze abgeben dürfen. Alle Wahlen unterliegen richterlicher Kontrolle (Art. 79); Wahlräte (sing. seçim kurulu) überwachen auf allen Ebenen⁶³ den Wahlkampf, in dem die Parteien an bestimmte Regeln gebunden sind; sie prüfen Wahlbeschwerden und annullieren gegebenenfalls die Wahl insgesamt oder im betreffenden Wahlbezirk und ordnen die Wiederholung an.

Wahlen gibt es sowohl auf nationaler Ebene (Parlamentswahlen, Volksabstimmungen) als auch auf lokaler Ebene (sing. yerel seçim: Bürger meister-, Gemeinderats-, Provinzialratswahlen); Volksabstimmungen (sing. halkoyu, referandum) gibt es nur im Rahmen des Verfahrens über die Verfassungsänderung (Art. 175 III).

Eine Partei, die Abgeordnete in die GNVT schicken will, muss landesweit insgesamt 10 % der Stimmen erhalten. Wer dennoch in das Parlament will, muss sich als Unabhängiger der Wahl stellen.

Die Wählbarkeit zum Abgeordneten der GNVT setzt die Vollendung des 30. Lebensjahres, einen Grundschulabschluss und – für Männer – die Ableistung des Wehrdienstes voraus. Die Wählbarkeit entfällt bei rechtskräftiger Verurteilung wegen einer ehrenrührigen oder politischen Straftat mit einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr. Angehörige des öffentlichen Dienstes aller Art – ausgenommen im Arbeiterstatus – müssen vor einer Kandidatur den Dienst quittieren, haben allerdings einen Anspruch auf Wiedereinstellung.

Die Wahlen zur GNVT finden alle fünf Jahre am zweiten Sonntag im Oktober statt; dieser Rhythmus wird allerdings durch häufige Neuwahlen unterlaufen. Die Zahl der Kandidaten einer Partei muss der

⁶² Gesetz Nr. 4125 v. 27. 10. 1995, RG Nr. 22447 bis v. 28. 10. 1995. Eine Regelung, für die der Hohe Wahlrat die Kompetenz eingeräumt bekommen hat, ist bisher nicht ergangen.

⁶³ Der Hohe Wahlrat, das höchste Organ auf nationaler Ebene, besteht aus fünf Mitgliedern des Staatsrats und sechs Mitgliedern des Kassationshofs.

Zahl der Abgeordneten entsprechen. Das innerparteiliche Verfahren bei der Auswahl der Kandidaten ist den Parteien freigestellt,⁶⁴ in der oft kritisierten Praxis haben die Parteivorsitzenden erheblichen Einfluss auf diese Auswahl.

Vakante Parlamentssitze werden nicht durch Nachrücker, sondern in einer Zwischenwahl besetzt, die einmal in der Legislaturperiode stattfindet.

3. Die Exekutive

a. Der Präsident der Republik

Der Präsident der Republik⁶⁵ (Cumhurbaşkanı) ist das Staatsoberhaupt (devletin başı) und „Hüter der Verfassung“. Die in Art. 104 aufgeführte lange Aufgabenliste enthält allerdings überwiegend formale Befugnisse ohne materielle Gestaltungskraft.

Der Präsident der Republik wird durch die GNVT in höchstens vier Wahlgängen gewählt (Art. 102). In den ersten beiden Wahlversuchen kann sich nur derjenige Kandidat durchsetzen, der mindestens zwei Drittel der Stimmen der Gesamtzahl der Mitglieder auf sich vereinigt, im dritten Wahlgang genügt die einfache Mehrheit aller Mitglieder, im vierten Wahlgang hat eine Stichwahl zwischen den beiden erfolgreichsten Kandidaten stattzufinden. Erreicht auch hier keiner die einfache Mehrheit aller Stimmen, wird die GNVT aufgelöst. Der Präsident der Republik muss zwar nicht aus den Reihen der GNVT stammen, bedarf allerdings der Unterstützung eines Fünftels aller Mitglieder. Der Kandidat muss vierzig Jahre alt sein und eine Hochschulausbildung haben. Die Amtszeit des Präsidenten der Republik beträgt einmalige sieben Jahre. Er muss alle parteipolitischen Bindungen aufgeben und ist zur Neutralität verpflichtet; aus diesem Grund muss er auch sein Mandat in der GNVT aufgeben, falls er aus den Reihen der Abgeordneten stammt.

⁶⁴ Vgl. VerfG, Urt. v. 22. 5. 1987, E. 1986/17, K. 1987/11, RG Nr. 19578 v. 18. 9. 1987, S. 62 ff. und Urt. v. 9. 10. 1987, E. 1987/23, K. 1987/27, RG Nr. 19604 v. 14. 10. 1987, S. 39 ff.

⁶⁵ Vgl. Rumpf Verfassungssystem S. 162 ff.

Im Gesetzgebungsverfahren hat der Präsident der Republik ein Vetorecht (*veto hakkı*), wobei er ein umfassendes Prüfungsrecht hat, das In-Kraft-Treten eines Gesetzes also auch wegen formell- bzw. materiellrechtlicher oder sachlicher Bedenken vorläufig vereiteln kann. Überwinden kann die GNVT ein Veto, indem sie das zurückverwiesene Gesetz mit gleichem Wortlaut neu verabschiedet, im Falle einer veränderten Annahme entsteht das Vetorecht jeweils erneut. Darüber hinaus gehört der Präsident der Republik zu dem beschränkten Kreis der Personen bzw. Organe, die ein abstraktes Normenkontrollverfahren beim Verfassungsgericht einleiten können. Bei Verfassungsänderungen kann er über ein Referendum das Volk einschalten. Schließlich kann er die Nationalversammlung auflösen, sollte ein Ministerrat das Vertrauen nicht erhalten oder es ihm entzogen worden und die Aufstellung eines neuen Ministerrates innerhalb von 45 Tagen nicht möglich sein (Art. 116). Beim Erlass von RVomG führt er im Ministerrat den Vorsitz.

Als verfassungsmäßiger Vorsitzender des Nationalen Sicherheitsrats ist er an der vorbereitenden Stellungnahme, als Vorsitzender des Ministerrats an der Ausrufung des Not- oder Ausnahmezustands beteiligt. Im Not- oder Ausnahmezustand selbst erhält er keine neuen Befugnisse; insbesondere hat er kein Notverordnungsrecht.

Wichtigste Ernennungsbefugnis ist diejenige bezüglich des Ministerpräsidenten. Die Ernennung der Minister ist formeller Natur, denn bestimmt werden die Minister durch den Ministerpräsidenten. Im Bereich der Rechtsprechung ernennt der Präsident drei von elf Mitgliedern des Verfassungsgerichts allein, die übrigen wählt er aus je drei Kandidaten aus, die von den obersten Gerichtshöfen und vom Hochschulrat gestellt werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass er sowohl im Hinblick auf den Hochschulrat, bei dem es sich um ein zentralistisches Organ der Fach- und Rechtsaufsicht über die Universitäten handelt (Art. 131), als auch auf den Staatsrat gewisse direkte Ernennungsbefugnisse hat.

Im Hinblick auf das Verhältnis zum Militär ist zu erwähnen, dass die Verfassung dem Präsidenten lediglich eine „*stellvertretende*“ Oberbefehlshaberschaft verliehen hat. Die in Art. 104 genannte „*Entscheidung über den Einsatz der türkischen Streitkräfte*“ ist nicht autonomer Art,

sondern durch die vorrangige Kompetenz der GNVТ begrenzt.⁶⁶ Schließlich setzt auch die Ernennung des Generalstabschefs eine Personalentscheidung des Ministerrats voraus, die allerdings ihrerseits in der Praxis vom Hohen Militärat „*vorbereitet*“ wird.

Zu erwähnen ist die Befugnis der Begnadigung, die durch Art. 104 allein an die Kriterien Krankheit, Behinderung oder Alter des Betroffenen geknüpft ist.

Der Rechtsweg gegen Akte des Präsidenten der Republik ist ausdrücklich ausgeschlossen (Art. 105 II). Hier lebt noch, neben der Justizfreiheit der Ratifikation völkerrechtlicher Verträge (dazu unten), in bescheidenem Umfang die Theorie vom justizfreien Hoheitsakt fort, wonach es Bereiche politischer Entscheidung geben muss, die der richterlichen Kontrolle – aus welchen staatspolitischen Gründen auch immer – nicht zugänglich sein können. Zudem ist der Präsident der Republik für seine Handlungen von jeglicher politischer Verantwortlichkeit (*sorumluluk*) freigestellt worden. Strafrechtliche Verantwortlichkeit trifft ihn im Falle des Hochverrats (Art. 105 III) und im Übrigen für gewöhnliche Kriminalstraftaten.⁶⁷

b. Der Ministerrat

Der Ministerrat bestimmt die Richtlinien der Politik und führt die Gesetze aus. Über die Anzahl der Mitglieder des Ministerrates und die Definition der Ministerien bestimmt die GNVТ (Art. 113 I) durch Gesetz. Der Ministerrat besteht aus dem Ministerpräsidenten, den Ministern mit Portefeuille (mit eigenen Ministerien) und den Ministern ohne Portefeuille (Staatsminister, *sing. devlet bakani*). Der Ministerpräsident muss zugleich Abgeordneter der GNVТ sein, während bei den Ministern auf dieses Erfordernis verzichtet wurde. Der Ministerpräsident wird vom Präsidenten der Republik ernannt; die Minister werden vom Ministerpräsidenten bestimmt und

⁶⁶ Vgl. VerfG, Urt. v. 24. 9. 1990, E. 1990/31, K. 1990/24, AMKD 26, 391 ff. (zur Ermächtigung des Präsidenten während des 2. Golfkrieges, Truppen in den Irak zu entsenden).

⁶⁷ Vgl. Rumpf Verfassungssystem S. 167 ff.

anschließend vom Präsidenten der Republik ernannt. Die Ernennung eines Ministerrats kommt nach Parlamentswahlen, nach Rücktritt oder Entziehung des Vertrauens durch die GNVT in Betracht. Der neue Ministerrat unterbreitet sein Regierungsprogramm einer Vertrauensabstimmung der GNVT. Scheitert sie, hat der Ministerrat zurückzutreten und der Präsident der Republik einen neuen Ministerpräsidenten zu ernennen. Gelingt dies nicht innerhalb von 45 Tagen, kann der Präsident der Republik Neuwahlen zur GNVT ansetzen (Art. 116 I).

Der Ministerrat handelt in Form von Beschlüssen (sing. *bakanlar kurulu kararı*). Diese Beschlüsse können den Charakter von Verwaltungsakten haben, aber auch in Form von Verordnungen (*yönetmelik*) ergehen. Eine weitere Möglichkeit ist der Erlass von Rechtsverordnungen gemäß Art. 115 (*tüzük*); diese sind nicht mit den RVOMG zu verwechseln und in jedem Fall den Gesetzen nachrangig;⁶⁸ sie unterliegen einer Vorabkontrolle durch den Staatsrat.

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit folgt dem strafrechtlichen Grundsatz der Höchstpersönlichkeit. Für im Amt begangene Straftaten sind die betreffenden Minister persönlich zur Rechenschaft zu ziehen. Strafbares Verhalten eines Ministers im Zusammenhang mit seiner Amtsausübung kommt vor den Ermittlungsausschuss der GNVT, der entsprechend den Bestimmungen der Strafprozessordnung das Hauptverfahren vorbereitet (Art. 100). Das Hauptverfahren wird vom Verfassungsgericht in seiner Eigenschaft als Staatsgerichtshof auf Antrag der GNVT durchgeführt. Mit der Überstellung zum Staatsgerichtshof verliert der betreffende Minister sein Amt. Bei zivilrechtlicher Haftung genießt der Minister keinen besonderen Schutz.

Der Ministerrat ist gegenüber der GNVT politisch verantwortlich. Die GNVT verfügt über einige klassische Kontrollinstrumente. Das parlamentarische Ermittlungsverfahren ist bereits im Zusammenhang mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit genannt worden. Der Kontrolle durch Information dient die Anfrage (*soru*; Art. 98

⁶⁸ Vgl. etwa VerfG, Urt. v. 21. 6. 1991, E. 1990/19, K. 1991/15, AMKD 28, 3 ff. (22f.).

II). Bei der parlamentarischen Untersuchung (araştırma; Art. 98 III) bemüht sich ein Untersuchungsausschuss mit einem konkreten Untersuchungsauftrag um die Beschaffung von Informationen, um die Exekutivtätigkeit zu überwachen und gegebenenfalls initiativ zu werden. In der Plenarverhandlung werden tagespolitische Themen umfassend debattiert. Kontrollfunktion entfaltet die Plenarverhandlung, wenn sie Aktivitäten des Ministerrats als Verhandlungsgegenstand aufgreift. Das wichtigste Kontrollmittel der GNVT ist die Interpellation (Art. 99), die im Ergebnis die Beendigung des Amtes des Ministerrats zur Folge haben kann. Im Rahmen des Interpellationsverfahrens können die Fraktionen Misstrauensanträge stellen, die nicht mit dem Vorschlag für eine Neuwahl des Ministerpräsidenten verbunden werden (destruktives Misstrauensvotum). Der Ministerpräsident bleibt frei, selbst die Vertrauensfrage (güven istemi) auch innerhalb dieses Verfahrens zu stellen.

Die Vertrauensfrage kann grundsätzlich nur für den Ministerrat als Ganzes – auch unabhängig von einem Interpellationsverfahren – gestellt werden (Art. 111). Der Entzug des Vertrauens führt zwingend zum Sturz des gesamten Ministerrats. Dagegen kann ein Misstrauensantrag auch zulasten eines einzelnen Ministers eingebracht werden.

Ministerratsbeschlüsse unterliegen der Kontrolle des Staatsrats als oberstem Verwaltungsgericht, das hier erstinstanzlich tätig wird.

c. Die Verwaltungsorganisation

Die Ministerien bilden in den jeweiligen Fachbereichen die Spitze der Verwaltung, deren Unterbau den Ressorts entsprechend organisiert ist. Die Ministerien vertreten zugleich den Staat als Persönlichkeit des öffentlichen Rechts.⁶⁹

Die Struktur der Verwaltungsorganisation wird durch den Grundsatz des Zentralismus (merkezçilik) bestimmt, der eine politische Regionalisierung ausschließt.⁷⁰ Ansonsten steht an der

⁶⁹ VerfG, 19. 3. 1987, E. 1986/5, K. 1987/7, AMKD 23, 133 (145).

⁷⁰ Faktische Ausnahme: die Zusammenfassung der Notstandsprovinzen im Südosten in einer „Regionalverwaltung“.

Spitze der Provinz (il), in deren Verwaltungsstrukturen sich die sachliche Kompetenzstruktur der Ministerien in Ankara widerspiegelt, der Präfekt (vali). Als beratendes Kollegialorgan steht ihm der Provinzialrat (il yönetim kurulu) zur Seite, der aus den Leitern bestimmter Unterbehörden der Zentralverwaltung besteht. Außerdem ist der Präfekt auch Kopf der Provinz als Selbstverwaltungskörperschaft. Die nächste Zentral- und Selbstverwaltungsebene bildet der Bezirk (il çe) mit dem vom Innenministerium eingesetzten Bezirksvorsteher (kaymakam) an der Spitze, dem für die Erfüllung der Zentralverwaltungsaufgaben ein Bezirksrat (ilçe yönetim kurulu) zur Seite steht, der ebenfalls aus bestimmten Funktionären bzw. Fachbeamten zusammengesetzt ist. Der Bezirk ist in der Regel zugleich auch Gerichtssprengel. Eine geringe Bedeutung hat der Unterbezirk (bucak), den es nicht in jedem Bezirk gibt. Fast nur Selbstverwaltungsaufgaben erfüllen die Stadtverwaltungen (belediye) als eigenständige Selbstverwaltungskörperschaften und die Dörfer (köy). Eine eigene Verwaltungseinheit, die derjenigen des Dorfes ähnelt, bilden die Stadtteile (mahalle), deren Kompetenzen sich in solchen des Melderechts erschöpfen. Die Selbstverwaltungskörperschaften verfügen über eigene Volksvertretungen: Die Provinzversammlung (il genel meclisi), die Stadtversammlung (belediye meclisi) in den Bezirkshauptstädten, Provinzhauptstädten und den eine eigene Verwaltungskategorie bildenden Großen Städten (sing. Büyük şehir), in den Dörfern die Dorfversammlung (köy derneği) und Ältestenversammlung (ihtiyar meclisi).

Die Struktur des öffentlichen Dienstes (kamu hizmeti) weist keine Besonderheiten auf. Es gibt drei Grundtypen von Dienstverhältnissen: den Status des Beamten (memur), Angestellten (sözleşmeli personel) und Arbeiters (işçi). Erste Pflicht des öffentlich Bediensteten ist die Treue zur Verfassung und zu den Gesetzen (Art. 129 I); ihre Neutralität wird durch parteirechtliche (Art. 68 VII) und wahlrechtliche Beschränkungen unterstrichen. Auch ein Streikrecht wird ihnen durch das Beamtengesetz verwehrt, obwohl die Verfassung keine den Beamtenstreik verbietende Bestimmung enthält.⁷¹ Gegen Disziplinarmaßnahmen wegen Pflichtverletzungen steht ihnen der Rechtsweg offen. Die grundsätzlich bestehende Gehorsamspflicht

⁷¹ Vgl. dazu Rumpf, EuGRZ 1995, S. 390 ff.

gilt nicht gegenüber rechtswidrigen Anordnungen des Vorgesetzten. Erst wenn der Vorgesetzte auf der Durchführung besteht, muss der Bedienstete Folge leisten, soweit dadurch nicht der Tatbestand einer Straftat erfüllt wird. Er kann dann für sein Handeln nicht zur Verantwortung gezogen werden.

Die Haftung der Verwaltung ergibt sich bereits aus Art. 125 VII, wonach die Verwaltung den aus ihrem Handeln entstehenden Schaden zu ersetzen hat. Dies gilt auch für rechtmäßiges Handeln. Die Verwaltung haftet grundsätzlich selbst, kann jedoch auf einen schuldhaft pflichtwidrig handelnden Beamten zurückgreifen (Art. 40 II, 129 V).

Eine Besonderheit stellt die Militärverwaltung im Ausnahmezustand gemäß Art. 122 dar (sıkıyönetim), die Aufgaben der Ordnungsverwaltung wahrnimmt und den anderen Verwaltungszweigen gegenüber bestimmte Weisungsbefugnisse hat, die bis in die Strafrechtspflege hineingehen.⁷²

d. Der Nationale Sicherheitsrat

Der Nationale Sicherheitsrat⁷³ (Millî Güvenlik Kurulu) ist seit 1961 in der Verfassung verankert (Art. 118). Heute besteht er aus den Kommandeuren der drei Teilstreitkräfte (Armee [ordu, kara kuvvetleri], Marine [donanma, deniz kuvvetleri], Luftwaffe [hava kuvvetleri]), der Gendarmerie (jandarma) und dem Generalstabschef (Genelkurmay Başkanı) als militärische Mitglieder sowie dem Präsidenten der Republik, dem Ministerpräsidenten, dem Innenminister, dem Verteidigungsminister, dem Außenminister⁷⁴ und den stellvertretenden Ministerpräsidenten im Staatsministerrang. Seinen „Empfehlungen“, die der Ministerrat „mit Vorrang“ zu berücksichtigen hat und über die das Militär erheblichen Einfluss auf die Innenpolitik ausübt, wird in der Praxis Folge geleistet.

⁷² Vgl. Rumpf, Orient 1988/1, S. 118 ff.

⁷³ Vgl. umfassend Akgüner.

⁷⁴ Vgl. Rumpf Rechtsstaatsprinzip S. 390 mwN.

e. Autonome Verwaltungseinheiten

Seit der Neustrukturierung des Hochschulwesens⁷⁵ nach 1980 sind die Universitäten und Hochschulen der Fach- und Rechtsaufsicht eines Hochschulrates (Yüksek Öğretim Kurulu) unterworfen worden, dessen Mitglieder sämtlich vom Präsidenten der Republik ernannt werden. Die Universitäten (Art. 130) genießen eine eingeschränkte wissenschaftliche Autonomie (bilimsel özerklik) und keine Satzungsautonomie. Die Gründung von Universitäten erfolgt ausschließlich durch Gesetz, was allerdings die „Inflation“ von Universitätsgründungen der späten achtziger Jahre insbesondere durch Stiftungen nicht verhindert hat. Der Boom der Gründung von Stiftungsuniversitäten hat sich bis heute fortgesetzt mit der Folge, dass z. B. die Zahl der Juristischen Fakultäten, die bis Mitte der achtziger Jahre drei betragen hatte und dann auf sechs an staatlichen Universitäten angestiegen war, heute kaum noch zu überschauen ist.

Auch die staatliche Fernseh- und Rundfunkanstalt TRT gehört zu den autonomen Behörden, hat allerdings keine Monopolstellung mehr, seit im Jahre 1991 private Betreiber zugelassen wurden. Kontrollbehörde ist der unabhängige, aber unter Berücksichtigung des politischen Proporztes zusammengesetzte Rundfunk- und Fernsehrat („RTÜK“ – Radyo ve Televizyon Üst Kurulu).

Bei den von der Verfassung ebenfalls als autonome Körperschaften des öffentlichen Rechts eingeordneten berufsständischen Vereinigungen (Art. 135) handelt es sich um Kammern (sing. oda) bestimmter Berufsgruppen, die den Beruf typischerweise – zumindest auch – selbstständig ausüben (z. B. Ärztekammern, Anwaltskammern, Architekten- und Ingenieurskammern, Industrie- und Handelskammern u. a.). Ein ursprünglich in der Verfassung verankertes strenges Politikverbot und Verbot der Kooperation mit anderen Interessenverbänden wurde mit der Verfassungsänderung 1995 aufgehoben. Die für Kammern übliche Zwangsmitgliedschaft gilt nicht für Berufsangehörige im Staatsdienst, letztere können allerdings freiwillig eintreten.

⁷⁵ Mumcu/Rumpf, Beiträge zur Hochschulforschung 1990/1/2, 69 ff. mwN.; VerfG, Urt. v. 29. 6. 1992, E. 1991/21, K. 1992/42, RG Nr. 21538 v. 31. 3. 1993, S. 13 ff.

Die Einrichtung und Aufnahme der Hohen Atatürkgesellschaft für Kultur, Sprache und Geschichte (Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu) in die Verfassung (Art. 134) ist als Institutionalisierung der geltenden Staatsideologie zu verstehen, die die türkische Verfassung beherrscht. Sie hat die von Atatürk gestifteten traditionsreichen Anstalten der Türkischen Gesellschaft für Geschichte (Türk Tarih Kurumu) und der Türkischen Gesellschaft für Sprache (Türk Dil Kurumu) abgelöst.

4. Das Verfassungsgericht⁷⁶

a. Die Verfassungsrichter

Die Verfassungsrichter teilen sich in Mitglieder/Ersatzmitglieder, die aus jeweils drei Kandidaten pro Richteramt vom Präsidenten der Republik bestimmt werden: Aus dem Kassationshof zwei/zwei; Staatsrat zwei/eins; Militärkassationshof, Hoher Militärverwaltungsgerichtshof und Rechnungshof je eins; Hochschulrat eins; direkt vom Präsidenten der Republik drei/eins. Die Amtsdauer ist nicht befristet, endet jedoch bei einer Altersgrenze von 65. Das Mindestalter beträgt vierzig Jahre, erforderlich sind eine Hochschulausbildung und fünfzehn Jahre Berufserfahrung als Mitglied des Lehrkörpers an einer Universität, als Rechtsanwalt, Richter oder im öffentlichen Dienst. Es gelten auch für Verfassungsrichter die persönlichen Hindernisse für die Bekleidung eines Richteramts wie etwa die Verstrickung in ein Strafverfahren wegen bestimmter Straftaten (Art. 3 VerfGG); die vom Hochschulrat benannten Kandidaten müssen als Mitglied des Lehrkörpers einem rechts-, politik- oder wirtschaftswissenschaftlichen Fachbereich angehören. Grundsätzlich tagt das Verfassungsgericht mit elf Richtern. Fällt ein ordentliches Mitglied aus, tritt an seine Stelle ein Ersatzmitglied, bei dem es sich ebenfalls um einen hauptamtlichen Verfassungsrichter handelt.

⁷⁶ Gesetz Nr. 2949 v. 10. 11. 1983, RG Nr. 18220 v. 13. 11. 1983 (zuvor: Gesetz Nr. 44 v. 22. 4. 1962, RG Nr. 11091 v. 25. 4. 1962). Näher Rumpf, EuGRZ 1990, 134 ff.

b. Aufgaben und Kompetenzen

Außer dem Verfahren über die Kontrolle der Entscheidungen der GNVТ zum Abgeordnetenstatus (Art. 85) sind all diejenigen Akte von Verfassungsorganen, die der Überprüfung durch das Verfassungsgericht unterliegen, in Art. 148 I aufgeführt. Es handelt sich dabei ausschließlich um Akte der gesetzgebenden Gewalt.⁷⁷ Die Aufzählung – Gesetz, RVomG, GO der GNVТ – ist abschließend. Für das verfassungsändernde Gesetz ist die verfassungsgerichtliche Überprüfung auf die Einhaltung der Abstimmungsregeln beschränkt.⁷⁸ Formfehler bei einfachen Gesetzen dürften nur durch den Präsidenten der Republik oder ein Fünftel der Gesamtzahl der Mitglieder innerhalb von zehn Tagen nach der Verkündung des betreffenden Gesetzes gerügt werden. Im Not- und Ausnahmezustand sind die RVomG, die aufgrund der Art. 119 ff. erlassen worden sind, der Überprüfung durch das Verfassungsgericht entzogen.⁷⁹ Von großer praktischer Bedeutung war außerdem bis 2001 Übergangs-Art. 15, der all diejenigen Normen von der Überprüfung durch das Verfassungsgericht generell ausgeschlossen hatte, die während der Übergangszeit zwischen dem 12. 9. 1980 und der Bildung des Präsidiums der ersten GNVТ am 7. 12. 1983 erlassen worden waren – das war eine große Anzahl wesentlicher, das heutige politische System und das Spannungsfeld zwischen Demokratie und innerer Sicherheit betreffender Gesetze. Zu den Kontrollgegenständen zu zählen sind schließlich noch die Kontrolle der Parteien und letztlich die Ausübung von Strafgewalt als Staatsgerichtshof.

Die beiden wichtigsten Verfahrensarten sind diejenigen der abstrakten und konkreten Normenkontrolle. Die Verfassungsbeschwerde und das Organstreitverfahren sind dem türkischen System unbekannt.

⁷⁷ Nicht jedoch einfache Parlamentsbeschlüsse (z. B. Ermächtigung der Regierung zur Entsendung von Streitkräften: VerfG, Urt. v. 24. 9. 1990, E. 1990/31, K. 1990/24, RG Nr. 20763 v. 22. 1. 1991; Verhängung des Not- oder Ausnahmezustandes: Urt. v. 17. 11. 1970, E. 1970/44, K. 1970/42, AMKD 8, 443 ff. Vgl. auch Rumpf, ZaöRV 48, 704 ff.).

⁷⁸ Anders noch unter der Verfassung von 1961 (vgl. Rumpf Rechtsstaatsprinzip S. 292 ff.).

⁷⁹ Dazu Rumpf, ZaöRV 48, 706.

Im Wege der abstrakten Normenkontrolle (*soyut norm denetimi, iptal davası*) (Art. 150)⁸⁰ können die betreffenden Gesetzgebungsakte unmittelbar nach ihrer Verkündung (innerhalb von sechzig Tagen) auf Antrag des Präsidenten der Republik, der Fraktion der (bei einer Koalition: größten) Regierungspartei, der Fraktion der (ggfs.: größten) Oppositionspartei, einer Gruppe von mindestens einem Fünftel der Gesamtzahl der Mitglieder der GNVT vor das Verfassungsgericht gebracht werden.

Im konkreten Normenkontrollverfahren (*somut norm denetimi*) wird aufgrund einer Vorlage (*def'i yolu*) eines Gerichts im Rahmen eines dort anhängigen Verfahrens die Verfassungsmäßigkeit eines gesetzgeberischen Aktes überprüft, der in dem betreffenden Verfahren entscheidungserheblich ist. Das vorliegende Gericht muss „ernsthafte Zweifel“ an der Verfassungsmäßigkeit des betreffenden Gesetzes haben und dies auch begründen. Das Vorlagerecht im konkreten Normenkontrollverfahren steht jedem Gericht jeder Instanz zu. Das Verfassungsgericht kann sich sogar selbst vorlegen.⁸¹

Die Möglichkeit des Erlasses einer einstweiligen Anordnung (*yürürlügü durdurma kararı*) ist weder in der Verfassung noch im Gesetz vorgesehen, wird jedoch seit 1993 vom Verfassungsgericht anerkannt,⁸² seit 1998 sogar im Parteiverbotsverfahren.⁸³

Auf Antrag der Generalstaatsanwaltschaft beim Kassationshof kann das Verfassungsgericht ein Parteiverbot aussprechen oder eine Partei verwarnen. Die Voraussetzungen hierfür sind im Parteiengesetz geregelt. Schließlich prüft das Verfassungsgericht auch die Jahresabschlüsse der Parteien.

⁸⁰ Hirsch, Verfassungsänderung 1971, S. 52 nennt sie „Nichtigkeitsklage“.

⁸¹ Art. 18 VerfGG: „Selbstvorlage“ als Staatsgerichtshof. Für die Selbstvorlage im Parteiverbotsverfahren: Urt. v. 9. 1. 1998, E. 1998/2, RG Nr. 23 266 v. 22. 2. 1998, S. 19 ff. (vgl. hierzu Rumpf, ZfTS 1998, 285 ff.).

⁸² Beschl. v. 21. 10. 1993, E. 1993/33, K. 1993/40–1, AMKD 29, 562f. und K. 1993/40–2, a.a.O. S. 564 ff.; vgl. hierzu Gören, EuGRZ 1994, 597 ff.; Rumpf Verfassungssystem S. 193 f.

⁸³ Im Zusammenhang mit dem Verbot der Wohlfahrtspartei: Urt. v. 9. 1. 1998, E. 1998/2, K. 1998/2, RG Nr. 23 266 v. 22. 2. 1998, S. 19 ff. (Verfassungswidrigkeit Art. 103 II ParteienG); Urt. v. 16. 1. 1998, E. 1997/1, K. 1998/1 (Parteiverbot), RG Nr. 23 266 v. 22. 2. 1998, S. 31 ff.

Als Staatsgerichtshof (Yüce Divan) hat das Verfassungsgericht auch Aufgaben eines Strafgerichts. Als solches ist es für Straftaten im Amt zuständig, die durch den Präsidenten der Republik, die Minister, die Verfassungsrichter, die Mitglieder der obersten Gerichtshöfe, der Mitglieder des Hohen Richter- und Staatsanwälters, des Generalstaatsanwalts beim Kassationshof und seiner Stellvertreter und der Mitglieder des Rechnungshofs begangen worden sind. Anklagebehörde ist der Generalstaatsanwalt der Republik beim Kassationshof; das Verfahren folgt der Strafprozessordnung. Gegen Urteile des Staatsgerichtshofs gibt es keine Rechtsmittel.

c. Wirkung der Entscheidungen

Die Entscheidungen des Verfassungsgerichts wirken erga omnes und ex nunc für die Zukunft vom Zeitpunkt ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt an.⁸⁴ Das Verfassungsgericht kann auch einen späteren Zeitpunkt des Eintritts der Rechtswirkungen seiner Entscheidungen bestimmen, um dem Gesetzgeber angemessene Zeit zu lassen, um die entstehende Lücke zu füllen. Die Entscheidungen des Verfassungsgerichts sind unanfechtbar (*kesin*). Ist eine gesetzliche Bestimmung einmal auf Vorlage für verfassungsmäßig gehalten worden, ist eine erneute Vorlage erst wieder nach dem Ablauf von zehn Jahren möglich. Entscheidungen des Verfassungsgerichts entfalten keine Rückwirkung; grundsätzlich bleiben also für nichtig erklärte gesetzliche Bestimmungen bis zur Bekanntmachung der Entscheidung des Verfassungsgerichts im Amtsblatt weiter in Kraft; diese Regel wird jedoch in der Praxis nicht uneingeschränkt angewendet.⁸⁵

⁸⁴ Ausnahmen gelten aufgrund des Art. 2 StGB im Strafrecht.

⁸⁵ Dagegen z. B. 1. Senat des Militärverwaltungsgerichtshofs, Urt. v. 28. 12. 1993, E. 1993/752, K. 1993/1206 *Anayasa Mahkemesi Bülteni* 1994/2, S. 18 ff.; Urt. v. 25. 5. 1993, E. 1991/2202, K. 1993/557, a.a.O. S. 21 ff.; VerfG, Urt. v. 21. 10. 1993, AMKD 29, 579; Lit. bei Rumpf *Verfassungssystem* S. 196 f.

5. Die Gerichtsbarkeit

a. Unabhängigkeit der Gerichte

Der Grundsatz der Unabhängigkeit der Gerichte wird in der Türkei in die beiden Begriffe Unabhängigkeit der Gerichte (i. e. S.) (mahkemelerin bağımsızlığı) und Richtergarantie (hakimlerin oder yargıçların teminatı) aufgeteilt. Gemäß dem Grundsatz der Unabhängigkeit der Gerichte im engeren Sinne unterliegen die Gerichte keinerlei Weisung oder Empfehlungen anderer Organe oder Personen. Die Unabhängigkeit der Gerichte ergibt sich aus der Grundsatzvorschrift des Art. 9, dem alle Organe in entsprechender Weise bindenden Art. 11 (Bindungswirkung und Primat der Verfassung) und schließlich der ausdrücklichen und ausführlichen Regelung des Art. 138. Die Richtergarantie ist untrennbar mit der Unabhängigkeit der Gerichte verknüpft und steht für die verfassungsrechtliche Sicherstellung der materiellen und personellen Voraussetzungen für eine unabhängige Ausübung des Richterberufs (Art. 139 f.).

Als Institutionalisierung der Unabhängigkeit der Gerichte gilt der Hohe Richter- und Staatsanwälterat⁸⁶ (Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Art. 159). Vorsitzender des Rates kraft Amtes ist der Justizminister, sein Staatssekretär (müsteşar) ist ebenfalls Mitglied des Rates. Die übrigen fünf ordentlichen und fünf Ersatzmitglieder kommen aus dem Kassationshof und dem Staatsrat. So sehr die Einrichtung eines solchen Rates als im europaweiten Vergleich vorbildlich bezeichnet werden kann und der Stärkung der unabhängigen Position der Gerichte im Rechtsstaat dienlich ist, so wird doch in der Türkei selbst kritisiert, dass nicht nur der Justizminister und sein Staatssekretär den Vorsitz führen, sondern vor allem die gesetzliche Ausgestaltung dazu geführt hat, dass dieser Rat über keine eigene Infrastruktur verfügt und seine Entscheidungen von Beamten des Justizministeriums vorbereitet werden; die Mitglieder des Rates selbst, hauptamtliche Richter, haben praktisch kaum die Möglichkeit, diese Entscheidungen nachhaltig zu hinterfragen mit der Folge, dass der Rat sich derzeit eher als Akklamationsgremium des Justizministeriums darstellt denn als

⁸⁶ Gesetz Nr. 2461 v. 13. 5. 1981, RG Nr. 17340 v. 14. 5. 1981; ausführlicher dazu Rumpf Rechtsstaatsprinzip S. 173 ff.

effektives Selbstkontrollorgan. Dass die Beamten im Justizministerium zum Teil selbst ausgebildete Richter sind, ändert infolge ihrer Anbindung an das Justizministeriums nichts an diesem Mangel.

b. Die Verwaltungsgerichte

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit⁸⁷ (*idarî yargı, yönetiş yargı*) wurde im Januar 1982 sie grundlegend neu organisiert.⁸⁸ Das Militär verfügt mit dem Hohen Militärverwaltungsgerichtshof⁸⁹ (Art. 157) über eine eigene Verwaltungsgerichtsbarkeit. Heute besteht die Verwaltungsgerichtsbarkeit aus Verwaltungsgerichten (*ing. idare mahkemesi*) und Gerichten für Steuersachen (*ing. vergi mahkemesi*), die aus je drei Berufsrichtern bestehen; in Verfahren der vollen Gerichtsbarkeit (*tam yargı davası*) mit geringem Streitwert kann auch ein Einzelrichter verhandeln und entscheiden.

Die Regionalverwaltungsgerichte (*ing. bölge idare mahkemesi*) sind zweite und letzte Instanz gegen Einzelrichterentscheidungen der Verwaltungsgerichte und Gerichte für Steuersachen. Sie beheben Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen diesen beiden Gerichtstypen. Im Übrigen gibt es einige gesetzliche Sonderzuweisungen, etwa bei Klagen gegen bestimmte Körperschaften des öffentlichen Rechts.

Der Staatsrat besteht nunmehr aus zwölf Spruchsenaten und einem Verwaltungssenat.⁹⁰ Der Große Senat ist in einen Großen Senat für Verwaltungsstreitigkeiten und einen Großen Senat für Steuersachen aufgeteilt worden. Seine erstinstanzliche Zuständigkeit ist die Ausnahme, für die eine enumerative Aufzählung in Art. 24 des Staatsratsgesetzes gilt. Dabei handelt es sich zum Beispiel um Verfahren gegen Akte der Regierung, des Hochschulrats, der Auslandsvertretungen. Als zweite Instanz hat der Staatsrat die Funktion eines Revisionsgerichts (*temyiz mahkemesi*). Nachdem früher die „*Revision*“

⁸⁷ Gözübüyük Yönetiş Yargı S. 33 ff.; Gözübüyük Yönetiş Hukuku S. 365 ff.

⁸⁸ Gesetze Nr. 2575 (Staatsrat), 2576 (Verwaltungs-, Steuer- und Regionalverwaltungsgerichte) und 2577 (Verwaltungsgerichtsordnung) v. 6. 1. 1982, RG Nr. 17580 v. 20. 1. 1982.

⁸⁹ Aufgrund der Verfassungsänderung von 1971 (Art. 140 Abs. 6 TV 1961/1971) gegründet durch Gesetz Nr. 1602 v. 4. 7. 1972.

⁹⁰ Gesetz Nr. 2575 v. 6.1.1982, RG Nr. 17580 v. 20. 1.1982, zuletzt insoweit geändert durch Gesetze Nr. 5183 v. 2. 6.2004, RG Nr. 25487 v. 9.6.2004

zum Staatsrat ein eigenes Klageverfahren dargestellt hat (temyiz davası – Revisionsklage), handelt es sich jetzt um die zweite Stufe des gleichen Verfahrens aufgrund eines Revisionsantrags (temyiz istemi). Das öffentliche Interesse wird vom „Staatsanwalt beim Staatsrat“ (Danıştay Savcısı, früher: Kanun Sözcüsü) oder „Generalstaatsanwalt beim Staatsrat“ (Danıştay Başsavcısı) vertreten.

c. Die ordentlichen Gerichte

Sowohl in der Strafgerichtsbarkeit als auch in der Zivilgerichtsbarkeit ist das „kleinste“ Gericht das mit einem Richter besetzte Friedensgericht (sulh ceza bzw. sulh hukuk mahkemesi), das jeweils naturgemäß mit einfachen Sachen befasst wird. Im Strafrecht sind dies die Bagatelldelikte (kabahatlar – Übertretungen). In kleinen Gerichtssprengeln werden die Aufgaben und Kompetenzen der zivilen und Strafgerichtsbarkeit häufig von denselben Richterinnen und Richtern wahrgenommen.

Die allgemeinste Zuständigkeit hat die Strafkammer (asliye ceza mahkemesi), die – obwohl von Gesetzes wegen mit drei Richtern besetzt – ebenfalls durch einen Einzelrichter entscheidet. Viele Straftaten, meist solche, die mit Zuchthausstrafe bedroht sind, sind vor der Großen Strafkammer (ağır ceza mahkemesi) zu behandeln, die aus drei Richtern besteht. Als Zivilgerichte stehen auf dieser Ebene die Zivilkammern (asliye hukuk mahkemesi) zur Verfügung. Sie besteht zwar aus drei Richtern, in der Praxis entscheidet jedoch ein Einzelrichter. Dies gilt auch für Verhandlungen vor der Kammer für Handelssachen (asliye ticaret mahkemesi), die allerdings mit ihren gesetzlich vorgesehenen drei Richtern entscheidet. Auch die Familiengerichte⁹¹ gehören auf die Stufe der Zivilkammern.

Berufungsgerichte (sing. istinaf mahkemesi), wie es sie im Osmanischen Reich gegeben hatte, kannte die Republik bis vor kurzem nicht. Seit 1.4.2005 ist eine Reform in Kraft,⁹² mit welcher Regionalgerichte

⁹¹ Gesetz Nr. 4787 v. 9.1.2003, RG Nr. 24997 v. 18.1.2003. Vor allem in den größeren Städten haben diese neuen Gerichte zügig ihre Tätigkeit aufgenommen. Sie sind speziell für die Bedürfnisse familienrechtlicher Verfahren konzipiert worden (Vgl. Sipka, FamRZ 04, S. 855 ff.)

⁹² Gesetz Nr. 5235 v. 26.9.2004, RG Nr. 25606 v. 7.10.2004

(bölge mahkemeleri) als Berufungsinstanzen eingeführt wurden. Die Reform soll innerhalb von zwei Jahren umgesetzt werden, bis dahin gilt vorläufig noch das alte System.

Letzte Instanz sowohl für Zivilsachen als auch für Strafsachen ist der Kassationshof mit seinen entsprechenden sachlich und funktionell zuständigen Zivilsenaten (sing. Hukuk Dairesi) bzw. Strafsenaten (sing. Ceza Dairesi). Wie der hier verwendete Name⁹³ sagt, handelt es sich um ein Kassationsverfahren (temyiz), in dem nur Rechtsfragen und prozessuale Fragen überprüft werden. Besteht nach einer Kassation das vorinstanzliche Gericht auf seiner Entscheidung (direnme), wird durch den Großen Senat (Senatsvorsitzende und ihre Stellvertreter der zivil- bzw. strafrechtlichen Abteilung des Kassationshofs [Hukuk bzw. Ceza Genel Kurulu]) endgültig entschieden, das heißt im Falle der Kassation: das erstinstanzliche Gericht hat den Gründen des Großen Senats zu folgen. Sowohl im Zivil- als auch im Strafrecht gibt es noch das Instrument der außerordentlichen Revision, die nach Rechtskraft einer Entscheidung in Zivilsachen vom Staatsanwalt eingelegt werden kann, um die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Urteils zu erreichen. Dies dient lediglich der Wahrung der Rechtseinheit und der Verhinderung der Entstehung von Richtergewohnheitsrecht contra legem. Die Rechtskraft der Entscheidung des Zivilgerichts im konkreten Einzelfall bleibt unberührt. Anders ist dies in Strafsachen, wo dem Justizminister eine außerordentliche Revision zugunsten eines Verurteilten (nicht zulasten eines Freigesprochenen) zusteht, die zur Wiederaufnahme des Verfahrens führt.

Rechtsprechungskonflikte zwischen Senaten des Kassationshofs werden auf Anregung des Präsidenten eines betroffenen Senats (daire başkanı) vom Präsidenten des Kassationshofs (Yargıtay Birinci Başkanı) dem Großen Senat der entsprechenden Abteilung, bei Konflikten zwischen einem Senat und dem Großen Senat oder bei beide Abteilungen betreffenden Konflikten dem Plenum des Kassationshofs (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu) vorgelegt.

⁹³ Im Hinblick auf die Bezeichnung für das vergleichbare oberste Zivil- und Strafgericht in Frankreich (Cour de cassation) und die Tatsache, dass es sich hier nur um eines der Obergerichte handelt, wird hier die Bezeichnung „Kassationshof“ gegenüber „Obergericht“ oder „oberster Gerichtshof“ vorgezogen.

Eine solche Plenarentscheidung hat eine gesetzesähnliche allgemeine Bindungswirkung.

Erwähnenswert ist schließlich noch, dass der türkischen Gerichtsbarkeit der Laienrichter generell unbekannt ist, es also weder Geschworene noch Laienhandels- oder -strafrichter gibt.

Staatssicherheitsgerichte, die durch die Verfassung von 1982 eingeführt worden waren, gibt es nicht mehr. Insoweit hat die Türkei nicht nur zunächst dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte⁹⁴ Folge geleistet, sondern die ohnehin laufenden Reformarbeiten zur Gerichtsverfassung zum Anlass genommen, nicht nur den Militärrichter auf der Richterbank durch einen Zivilrichter zu ergänzen, sondern die Gerichte ganz abzuschaffen bzw. durch Staatsschutzkammern an den ordentlichen Gerichten zu ersetzen.⁹⁵

d. Die Staatsanwaltschaft

Die Staatsanwaltschaft der Republik⁹⁶ (Cumhuriyet Savcılığı) entspricht in ihrer Zweiteilung den Instanzenzügen der Gerichte. Staatsanwaltschaft gibt es also beim Kassationshof, bei den Regionalgerichten und bei den Strafgerichten. Der Generalstaatsanwalt beim Kassationshof ist nebenbei noch Ankläger beim Staatsgerichtshof (Verfassungsgericht als Strafgericht) und Kläger im Parteiverbotsverfahren vor dem Verfassungsgericht. Die Staatsanwaltschaften können außerdem in Zivilsachen die oben erwähnten außerordentlichen Rechtsmittelverfahren in Gang setzen. Die „*Staatsanwaltschaft*“ beim Staatsrat hat mit diesen Staatsanwaltschaften nichts zu tun.

⁹⁴ EGMR, Urt. v. 9.6.1998, *Incal vs. Turkey*, Case No. 41/1997/825/1031.

⁹⁵ Zur Rechtslage bis Mai 2004 vgl. Rumpf, *Verfassungssystem*, S. 205 ff.

⁹⁶ Auf den Zusatz „der Republik“ wird im Folgenden verzichtet. Die hier wiedergegebenen Bezeichnungen gelten im Übrigen in dieser Form erst seit dem 16. 2. 1989 (vgl. RG Nr. 20082 v. 16. 2. 1989).

e. Die Militärgerichte

Die Militärgerichtsbarkeit⁹⁷ bildet – zusammen mit der (Militär-) Disziplinargerichtsbarkeit – einen auch in der Verfassung ausgewiesenen eigenen Gerichtsweig. Ihr unterstehen Angehörige des Militärs und ihre Straftaten in Ausübung ihres Dienstes, gegen ihre Vorgesetzten oder gegen ihre Wehrpflicht, sowie Zivilpersonen, die ihrer Wehrpflicht nicht nachkommen oder sich gegen militärische Einrichtungen vergehen. Angewendet werden vor allem das Militär-StGB mit zahlreichen Verweisen auf das zivile StGB und die Militär-StPO; letztere beruht auf der zivilen StPO (a.F.) und weist daher strukturelle Ähnlichkeiten mit der deutschen StPO auf. Jedem Militärgericht ist auch eine Militärstaatsanwaltschaft zugeordnet. Revisionsinstanz ist der Militärkassationshof (Askeri Yargıtay). Im militärischen Ausnahmezustand erhalten die Militärgerichte Funktionen auch im zivilen Bereich.⁹⁸

Der Hohe Militärverwaltungsgerichtshof (Art. 157) steht gleichrangig neben den anderen obersten Gerichten, auch wenn er zugleich erst- und letztinstanzlich entscheidet. Er ist zuständig für Rechtsbeziehungen zwischen der Militärverwaltung und den Angehörigen des Militärs.

f. Der Konfliktgerichtshof

Der Konfliktgerichtshof⁹⁹ (Uyuşmazlık Mahkemesi) bereinigt Rechtsprechungskonflikte zwischen verschiedenen Gerichtsbarkeiten durch unanfechtbare Entscheidung. Der Präsident des Konfliktgerichtshofs ist ein durch das Verfassungsgericht selbst benannter Verfassungsrichter, die weiteren zwölf Voll- und zwölf Ersatzmitglieder stammen aus den obersten Gerichtshöfen der ordentlichen, Verwaltungs- und Militärgerichtsbarkeit. Die Kandidaten werden von den betreffenden Gerichten benannt und die Ämter im Falle des Kassationshofs und des Staatsrats durch den Hohen Richter-

⁹⁷ Näher Rumpf Verfassungssystem S. 207 ff.

⁹⁸ Vgl. Rumpf, ZaöRV 48, 711 ff.; Rumpf, Orient 1988, 119 ff.

und Staatsanwalterat, im Falle der beiden Militargerichtshofe vom Präsidenten der Republik besetzt.

g. Der Rechnungshof

Der Rechnungshof (Sayıřtay) (Art. 160) prüft im „Namen der GNV“ die Einhaltung der haushaltsrechtlichen Vorgaben durch die Behörden. Sein Charakter als „Gericht“ ist umstritten.¹⁰⁰

IV. Die Staatsangehorigkeit¹⁰¹

Das türkische Staatsangehörigkeitsrecht fuft auf Art. 66 und wird durch das Staatsangehörigkeitsgesetz von 1964 konkretisiert.¹⁰² Die türkische Staatsangehörigkeit ist Voraussetzung für die Ausübung zahlreicher Grundrechte und einfacher Rechte auf Gesetzesebene (politische Grundrechte, soziale Grundrechte, Zugang zu Beruf und Gewerbe etc.). Die Privilegierung türkischer Staatsbürger gegenüber Ausländern auf Gesetzesebene dürfte weitgehend durch Art. 16 gerechtfertigt sein, wonach Grundrechte und -freiheiten zulasten der Ausländer „im Einklang mit den völkerrechtlichen Verträgen“ beschränkt werden dürfen.¹⁰³ Dennoch hat sich der Gesetzgeber in der letzten Zeit bemuhrt, in vielen Bereichen für eine Gleichstellung von Ausländern mit Inländern zu sorgen; insbesondere im Bereich des Immobilienerwerbs ist dies – infolge des Tourismus-Booms der letzten Jahre – für die zunehmende Zahl von Ausländern in der Türkei zu spüren.

⁹⁹ Vgl. Gozubyuk Yonctim Hukuku S. 387 ff.; Rumpf Verfassungssystem S. 211 f.

¹⁰⁰ Vgl. Rumpf Verfassungssystem S. 212.

¹⁰¹ Ausführlich Rumpf Einführung § 11.

¹⁰² Gesetz Nr. 403 v. 11. 2. 1964, RG Nr. 11638 v. 22. 2. 1964. Deutsche Übersetzung in: Bergman/Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 1992, Bd. VIII; ausführlicher Rumpf, IPRax 1996, S. 435 ff., mit Hinweisen zur türkischen Literatur und insbesondere auch zu aktuellen Gesetzesänderungen.

¹⁰³ Vgl. z. B. elikel S. 219 f. zur Beschränkung der Möglichkeiten für Ausländer, Grund und Boden zu erwerben. Die neueste Entwicklung: Änderung von Art. 35 Grundbuchgesetz durch Gesetz Nr. 4916 v. 3.7.2003, RG Nr. 25173 v. 19.7.2003, Nichtigerklärung des reformierten Art. 35 Grundbuchgesetz durch VerfG Urt. V. 14.3.2005, E. 2003/70, K. 2005/14; Bemühungen um Neufassung bei Abschluss des Manuskripts noch nicht abgeschlossen.

V. Die Grundrechte¹⁰⁴

1. Wesen und Einordnung der Grundrechte in das System

Auch wenn die Verfassung als Produkt der militärisch regierten Übergangszeit 1982 in vielen Punkten, insbesondere im Grundrechtebereich, zunächst von den Grundrechtsauffassungen anderer Mitgliedstaaten des Europarates erheblich abzuweichen schien, hat sich in Lehre und Rechtsprechung des türkischen Verfassungsrechts seit dem Erlass der Verfassung von 1982 neben einer Rezeption deutscher Grundrechtsdogmatik¹⁰⁵ auch die Zunahme des Einflusses der EMRK bemerkbar gemacht. Ohnehin spiegelte sich von Beginn an in vielen Grundrechten in der Verfassung von 1982 der Einfluss der EMRK wider, auch wenn tatsächlich überall eher der Schutz des Staates und seiner Autorität durchzuschlagen schien. Das Verfassungsgericht hat jedoch, begleitet durch die Verfassungswissenschaft, dies zum Anlass genommen, die EMRK-Normen zur Auslegung einschlägigen Verfassungsrechts heranzuziehen und damit den Grundrechtsschutz zu erweitern.¹⁰⁶ Wurde der Begriff der „*demokratischen Gesellschaftsordnung*“ als Regulativ für Grundrechtssbeschränkungen zunächst noch anhand des Geistes der Verfassung interpretiert (bis ca. 1985), wurde dieser unglückliche Ansatz dann aber anlässlich der Überprüfung von Normen des Polizeigesetzes¹⁰⁷ verlassen und auf einen universalen Demokratiebegriff umgeschwenkt („*klassische Demokratie*“), wie er in der EMRK zum Ausdruck komme.

¹⁰⁴ Umfassend hierzu Uygun; vgl. auch überblickartig und kritisch Sabuncu, *ZfIS* 1/89, S. 35 ff.; Sağlam. Bereits unter Berücksichtigung der Reform 2001: Tanör/ Yüzbaşıoğlu S. 117 ff.; Gözler *Türk Anayasa* S. 203 ff.; Gören *Anayasa* S. 357 ff.

¹⁰⁵ Vgl. Gören *Temel Hak*.

¹⁰⁶ Für weitere Beispiele aus der Rechtsprechung des türkischen Verfassungsgerichts vgl. Rumpf *Türk Anayasa* S.163.

¹⁰⁷ Zu Beginn der Rechtsprechung unter der Verfassung von 1982 zeigte sich das Verfassungsgericht zunächst restriktiv, weil es der Verfassung von 1982 ein eigenes Demokratiekonzept zuschreiben wollte (VerfG, Urt. v. 6.10.1986, E.1985/21, K.1986/23, AMKD 22, S.197 ff. (224) (Freihandelszonen-Urteil); die Wende trat mit dem Urteil zum Polizeigesetz ein, in dem sich das Verfassungsgericht dem Konzept der westlichen Demokratie zuwandte (Urt. v. 26.11.1986, E.1985/8, K.1986/27, zit. bei Rumpf, *Rechtsstaatsprinzip* S.407 f.), später ständige Rechtsprechung, z.B. Urt. v. 3. 6. 1988, K. 1987/28, K. 1988/16, AMKD 24, S. 217 ff. (225) (Verfassungswidrigkeit der Einziehung des Vermögens bei Rauschgiftdelikten).

Auch die Wesensgehaltsgarantie, zunächst ausdrücklich als interpretationsuntauglich nicht in den Verfassungstext aufgenommen, lebte in den Urteilen des Verfassungsgerichts wieder auf, indem dieses versuchte, die Garantie des Kerngehalts eines Grundrechts als Erfordernis einer demokratischen Gesellschaftsordnung zu definieren. Seit 2001 findet sich die Wesensgehaltsgarantie wieder ausdrücklich in Art. 13.

2. Die Menschenwürde

Bis heute fehlt im türkischen Grundrechtssystem eine eigenständige Norm über die Menschenwürde (vgl. dagegen Art. 1 des deutschen Grundgesetzes und Art. 1 der EU-Charta). Es gehört jedoch zum unstrittigen Bestand türkischer Grundrechtsdogmatik und –rechtsprechung, dass die Menschenwürde die Sinn gebende Basis der Grundrechte (Mutter der Grundrechte) darstellt. Tatsächlich lassen sich die Präambel, die dem Menschen ein „*heilvolles Leben*“ verspricht oder Art. 17, der die „*menschenunwürdige Behandlung*“ verbietet, als Ausdruck dieses universalen Prinzips begreifen. Immerhin ist nunmehr endgültig die Todesstrafe abgeschafft, ja ihre Verhängung sogar verfassungsrechtlich „*verboten*“ worden (Art. 39 IX).

3. Sozialpflichtigkeit

Die türkische Verfassung begreift die Grundrechte allerdings nicht nur als subjektive Rechte, Mitwirkungsrechte und Abwehrrechte gegenüber staatlichen Eingriffen, sondern unterwirft sie in Art. 12 II ohne Unterschied sozialer Verpflichtung. Dies ist eine Entscheidung gegen das Naturprinzip „*der Mensch ist dem Menschen Wolf*“ und bietet gleichzeitig eine dogmatische Grundlage für das Auslegungsprinzip der praktischen Konkordanz: Die Ausübung der Grundrechte findet ihre natürliche Grenze in den Rechten anderer Menschen und dem öffentlichen Interesse der Gesellschaft. Dass es sich dabei nur um ein Interesse handeln kann, das sich seinerseits im Verfassungsrecht verorten lässt, sollte selbstverständlich sein.

4. Drittwirkung

Die Drittwirkung der Grundrechte hat sich in der Türkei noch nicht als eigenständiger Grundsatz etabliert. Dennoch finden sich in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts Hinweise auf einen solchen Grundsatz.¹⁰⁸

5. Das Schrankensystem

Das Schrankensystem ist mit der Reform 2001 ersten wichtigen Änderungen unterworfen worden. Bis dahin hatte die Verfassung den natürlichen Konflikt zwischen Einzelinteressen und öffentlichem Interesse, wie er sich im Grundrechtsbereich manifestiert, mit einem Schrankenmechanismus zu lösen versucht, der auf Vermeidung von Beschränkungslücken angelegt war.¹⁰⁹ Heute stellt sich das System anders dar.

a. Schranken

Ob die in Art. 12 festgeschriebene Sozialbindung aller Grundrechte als allgemeine Schranke anzusehen ist oder als immanente Schranke, kann im Ergebnis offen bleiben. In jedem Falle bewirkt sie eine „Mutation“ des klassischen Freiheitskonzepts, weil bereits begrifflich die Position des Individuums sozialisiert wird.

Wichtigste Schrankenvorschrift ist Art. 13. Anders als früher, als diese Bestimmung eine Reihe von Beschränkungsgründen enthielt, die den öffentlichen Belangen ein Übergewicht gegenüber den grundrechtlichen Belangen gaben,¹¹⁰ verweist sie nur noch auf die Schranken zu den einzelnen Grundrechten.

¹⁰⁸ VerfG, Urt. v. 7. 3. 1989, E. 1989/1, K. 1989/12, AMKD 25, S. 133 ff. (153) (Kopftuchurteil): Jeder habe die Religions- und Gewissensfreiheit der anderen zu respektieren.

¹⁰⁹ Vgl. dazu Rumpf Verfassungssystem S. 219 ff.

¹¹⁰ Es waren dies: Schutz der unteilbaren Einheit von Staatsgebiet und Staatsvolk, die nationale Souveränität, der Schutz der Republik, die nationale Sicherheit, die öffentliche Ordnung, die Sicherheit der Allgemeinheit, das öffentliche Interesse, das Sittengesetz, die öffentliche Gesundheit.

Eine gewisse Auffangfunktion hat jetzt nur noch Art. 14. Er erlaubt es dem Staat noch einmal ausdrücklich, zum Schutz der unteilbaren Einheit von Staatsgebiet und Staatsvolk, der Existenz des türkischen Staates und der Republik, der Grundrechte und -freiheiten, gegen kommunistische, rassistische und diskriminierende Bestrebungen Sanktionen zur Verfügung zu stellen. Als bloße Verstärkung des Art. 13 ist diese Bestimmung überflüssig, das zugrunde liegende Bedürfnis wird bereits durch die übrigen Schrankentypen befriedigt.¹¹¹

Indessen enthalten nicht alle Grundrechtsbestimmungen besondere Schranken. Zu den schrankenlos gewährleisteten Grundrechten gehören die Gedankenfreiheit (Art. 25), die Freiheit der Rechtssuche (*hak arama hürriyeti*) (Art. 36)¹¹² und der Anspruch auf den gesetzlichen Richter (Art. 37).¹¹³ Soweit jedoch „besondere Schranken“ vorgesehen sind, enthalten sie oft erhebliche zusätzliche Eingriffsmöglichkeiten, die zum Teil auch als „verfassungsrechtliche Verbote“ qualifiziert werden können.¹¹⁴ Andere Schranken bergen die Gefahr zu weiter Eingriffsmöglichkeiten in sich. So ist in Art. 17, der die körperliche Integrität schützen soll, eine Rechtfertigungsregelung für Tötungshandlungen im Zusammenhang mit der Durchführung von Festnahmeanordnungen oder zum Zwecke der Festnahme flüchtiger Verdächtiger enthalten, die, entsprechend gesetzlich konkretisiert, zu einer Verschiebung der Verhältnismäßigkeit der Mittel zulasten des Rechts auf Leben führen kann. Als weitere Beispiele solcher besonderer Schranken lassen sich auch verschiedene Verbote und Zuweisungen an den Gesetzgeber anführen, wie etwa die Untersagung bestimmter Formen des Streiks und der Aussperrung oder des Beitritts von Mitarbeitern im öffentlichen Dienst und Soldaten zu Parteien, die Möglichkeit, durch Gesetz den Beitritt zu Vereinen zulasten bestimmter Gruppen von Mitarbeitern im öffentlichen Dienst und Soldaten zu beschränken oder auch zu verbieten. Das gefährliche und zudem

¹¹¹ Vgl. auch Rumpf Verfassungssystem S. 224 f.

¹¹² Während die Rechtsweggarantie des Art. 125 den Rechtsweg gegen den Staat schützt, geht es hier darum, dem Individuum für alle Rechtsstreitigkeiten geeignete Institutionen zur Verfügung zu stellen. Somit spiegelt dieses Grundrecht auch das Gewaltmonopol des Staates wider.

¹¹³ Vgl. Uygun S. 136 f.

¹¹⁴ Uygun S. 59 ff.

überflüssige „*Verbot der Meinungsäußerung in einer durch Gesetz verbotenen Sprache*“ (Art. 26 III 1) bzw. das „*Verbot von Veröffentlichungen in einer durch Gesetz verbotenen Sprache*“ (Art. 28 II) sind mit der Reform 2001 entfallen.¹¹⁵

Einen interessanten Schrankenmechanismus eigener Art enthält Art. 39. Hiernach steht das Recht des Wahrheitsbeweises demjenigen zu, der einen Beamten im Zusammenhang mit seiner Amtsausübung beleidigt hat; ein anderes Beleidigungsopfer darf den Wahrheitsbeweis vereiteln.

b. Schrankenschraken

Für das türkische Grundrechteregime im positiven Sinne von herausragender Bedeutung sind die Schrankenschraken.

aa. Allgemeine Schrankenschraken

Die erste allgemeine Schrankenschrake besteht in „Wortlaut und Geist“ (söz ve ruh, söz ve öz) der Verfassung (Art. 13 I). Das Begriffspaar erinnert an Art. 1 ZGB und lädt zur Anwendung der für das gesamte türkische Recht geltenden Hauptauslegungsmaßstäbe der türkischen Rechtsmethodologie ein. Eine Beschränkung, die z. B. ihrerseits den in der Verfassung normativ zum Ausdruck gekommenen Grundsätzen des Kemalismus oder den in Art. 5 niedergelegten Staatszielen¹¹⁶ nicht entspricht, wird hiernach verfassungsrechtlich keinen Bestand haben. In diesem Sinne zu den wichtigsten Schrankenschraken gehört das Rechtsstaatsprinzip, soweit es als eigenständiges normatives Prinzip angesehen wird. Gleiches gilt selbstverständlich auch für Beschränkungen, die gegen besondere Schrankenschraken verstoßen.

Die zweite Schrankenschrake lehnt sich an die zweiten Absätze der Art. 8 bis 11 EMRK an: Beschränkungen müssen den Erfordernissen einer „*demokratischen Gesellschaftsordnung*“ (demokratik toplum düzeni)

¹¹⁵ Näher dazu Rumpf, InfAuslR 1985, S. 252 ff. (zum sog. Sprachenverbotsgesetz).

¹¹⁶ VerfG, Urt. v. 26. 11. 1986 a.a.O.

entsprechen.¹¹⁷ Dieser auslegungsbedürftige Begriff erlaubt es dem Verfassungsinterpreten, eine flexible Rechtsprechung zugunsten eines optimalen Grundrechtsschutzes zu entwickeln.¹¹⁸ Eine ursprünglich verfassungsimmanente Auslegung dieses Begriffs („*Demokratie eigener Art*“) ist einer universalen Auslegung („*Demokratie im klassischen Sinne*“) gewichen.

Ebenfalls in Art. 13 enthalten ist nunmehr wieder die Wesensgehaltsgarantie (öze dokunmama ilkesi).

Die vierte Schrankenschränke ist schließlich der Gesetzesvorbehalt (yasa kaydı). Dieser wird so verstanden, dass er die formellen Gesetze meint. Dies ergibt sich auch daraus, dass in Art. 91 ohnehin ausdrücklich gesagt ist, dass Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft – materielle, aber keine formellen Gesetze – nicht in die Freiheitsrechte und politischen Rechte eingreifen dürfen.

Auch das Laizismusprinzip ist zu einer eigenständigen Schrankenschränke erhoben worden.

bb. Besondere Schrankenschränken

Besondere Schrankenschränken finden sich in den einzelnen Grundrechtsbestimmungen. Sie sind vor allem als Verbote zu verstehen, wie etwa das Zensurverbot (sansür yasağı) (Art. 28 I), das Verbot, das Erscheinen von Zeitschriften (Art. 29 I) oder die Gründung eines Vereins (Art. 33 I) von einer vorherigen Erlaubnis abhängig zu machen. Auch das Folterverbot (işkence yasağı) (Art. 17 III) kann letztlich als Schrankenschränke angesehen werden; das Zwangsarbeitsverbot (angarya yasağı, zorla çalıştırma yasağı) (Art. 18) kann als Schranke gegen Beschränkungen der Arbeitsfreiheit (Art. 19 iVm Art. 48 I) interpretiert werden.

¹¹⁷ Vgl. Uygun S. 172 ff.; Rumpf Verfassungssystem S. 229 ff. mwN.

¹¹⁸ VerfG, Urt. v. 6. 10. 1986, E. 1985/21, K. 1986/23, AMKD 22, S. 197 ff. (224) (Freihandelszonen-Urteil).

6. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip¹¹⁹

Das türkische Verfassungsgericht hatte vor der Reform 2001 begonnen, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (*ölçülülük ilkesi*) in Anlehnung an von den EMRK-Organen und den deutschen Gerichten verwendeten Schemen – Geeignetheit (*elverişlilik*), Erforderlichkeit (*gereklilik*) und Angemessenheit (*oranlılık, orantılılık*) – aus den Schrankenbestimmungen der Art. 13 II und Art. 15¹²⁰ herzuleiten.¹²¹ Mit der Reform 2001 ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausdrücklich als 6. Schrankenschranke in die Verfassung aufgenommen worden. Die Verortung in Art. 13 entspricht den genannten und auch von der Lehre übernommenen Tendenzen in der Rechtsprechung, die das Verhältnis mäßigkeitsprinzip nicht aus dem Rechtsstaatsprinzip, sondern aus dem Wesen des Grundrechtes herleitete.

7. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und Vorbehalt des Gesetzes¹²²

Die „*Gesetzmäßigkeit der Verwaltung*“ (*yönetimin kanuniliği*) ist ein Erfordernis des Rechtsstaatsprinzips, weist aber auch einen Zusammenhang mit dem Grundrechtregime auf.¹²³ Mit dem „*Vorbehalt des Gesetzes*“ in Art. 13 wird sichergestellt, dass Grundrechtseingriffe nur aufgrund eines Gesetzes erfolgen können. Über Art. 91 I wird der Vorbehalt bei RVOMG's noch verstärkt: Durch RVOMG dürfen lediglich wirtschaftliche und soziale Grundrechte beschränkt werden, nicht jedoch politische und Freiheitsrechte. Die gesetzliche Grundlage wiederum hat den Anforderungen des Schrankensystems zu entsprechen. Soll der Vorbehalt des Gesetzes überhaupt Sinn entfalten, muss das Gesetz auch dem Grundsatz der „*Normklarheit*“ entsprechen.

¹¹⁹ Rumpf Verfassungssystem S. 232 ff. mwN.; Uygun S. 161 ff.; Oğurlu; Yüksel.

¹²⁰ Vgl. auch Çağlar S. 171 ff.; Uygun S. 162 ff.

¹²¹ Vgl. Urt. v. 23. 6. 1989, E. 1988/50, K. 1988/27, RG Nr. 20302 v. 4. 10. 1989, S. 11 ff. (20); Urt. v. 10. 1. 1991, E. 1990/25, K. 1991/1, RG Nr. 21162 v. 5. 3. 1992, S. 9 ff. (37); insoweit gleich lautend zu RVOMG Nr. 430: Urt. v. 3. 7. 1991, E. 1991/6, K. 1991/20, RG Nr. 21165 v. 8. 3. 1992, S. 3 ff. (20 f.); dagegen aber Urt. v. 21. 3. 1992, E. 1991/18, K. 1992/20, RG Nr. 21478 bis v. 27. 1. 1993, S. 1 ff. (Antiterrorgesetz). Ausführlich Rumpf Verfassungssystem S. 234 ff.

¹²² Vgl. vor allem Uygun S. 90 ff. mwN.

¹²³ Z. B. Uygun S. 92 ff.

Im Notstand entfällt unter dem Regime des Art. 15 die Notwendigkeit der Regelung durch Parlamentsgesetz zugunsten der Möglichkeit der Regelung durch RVomG. Schließlich entfällt der Vorbehalt des Gesetzes auch für solche Exekutivakte, für die die Verfassung – wie etwa bei den Akten des Präsidenten der Republik im Bereich der Ernennungsbefugnisse – eine eigenständige Grundlage bietet.

8. Einzelne Grundrechte und -pflichten

a. Allgemeine Freiheitsrechte

Ein allgemeines Freiheitsrecht wie in Art. 2 GG kennt die türkische Verfassung nicht. Es gibt also keine allgemeine Handlungsfreiheit. Die Freiheit wird vielmehr als Freiheit vom Gefangensein, also als Bewegungsfreiheit, angesehen (Art. 19), der allerdings wiederum ein ausführlicher Beschränkungskatalog beigefügt worden ist; allenfalls das „*Recht auf die Entfaltung des Lebens und der materiellen und geistigen Existenz*“ (Art. 17 I) könnte bei einer weiten Auslegung als allgemeines Freiheitsrecht in diesem Sinne interpretiert werden. Im Übrigen ist auf entsprechende konkrete Normen zurückzugreifen, wie etwa auf die „*Vertragsschlussfreiheit*“ des Art. 48 als positiv normierter Ausdruck des allgemeinen Rechtsgrundsatzes der Privatautonomie (sözleşme hürriyeti), oder die nachfolgend kurz vorgestellten Freiheitsrechte.

b. Meinungsäußerung und Presse

Die Freiheiten der Meinungsäußerung (düşünce açıklama hürriyeti) und der Presse (basın hürriyeti) sind in sehr ausführlicher Weise in den Art. 25 bis 31 geregelt; auch der bereits erwähnte Art. 39 gehört eigentlich in diesen Bereich. Die Vorschriften enthalten eine – naturgemäß unbeschränkte – Gedankenfreiheit, die Freiheit der Meinungsäußerung, die Pressefreiheit, die Informationsfreiheit (Freiheit des Zugangs zu Massenkommunikationsmitteln etc.), und die Freiheit der Wissenschaft und Kunst.

Hervorzuheben ist Art. 30, der die Pressemittel (basın araçları), also etwa die Druckereibetriebe unter besonderen Schutz stellt. So wird hier

klargestellt, dass das Pressedelikt als solches nicht Anlass sein darf, im Falle der Verurteilung auch gleich die Druckerei zu schließen und ihre Einrichtungen einzuziehen. Andererseits gilt dies konsequenterweise nicht für Druckereien, die zur Begehung von Straftaten gegen die Staatssicherheit verwendet worden sind.¹²⁴ Auch die Einziehung einer Pressedruckerei, die zu Zwecken des Drucks von Falschgeld verwendet worden ist, dürfte zulässig sein.

c. Wissenschaft und Kunst

Die Freiheit der Wissenschaft (*bilim hürriyeti*) (Art. 27 I), die nicht unbeschränkt ist, sondern den Schranken des Art. 13 unterliegt, ist zusammen mit der wissenschaftlichen Autonomie der Universitäten zu sehen; letztere ist zur Zeit noch eher skeptisch zu beurteilen; die Regelungen über Organisation und Kontrolle der Hochschulen bilden zusammen mit den gesetzlichen Regelungen ein Korsett, das der Entfaltung Schranken setzt.

Auch die Kunstfreiheit (*sanat hürriyeti*) ist in Art. 27 I geregelt und ebenfalls, wie alle Grundrechte, den Beschränkungen des Art. 13 ausgesetzt. Die Garantie dieser Freiheit taucht noch einmal unter den wirtschaftlichen und sozialen Grundrechten auf. In Art. 64 nämlich werden der Künstler und die Kunst dem Staat zur besonderen Beachtung nahe gelegt.

d. Religion

Die Religionsfreiheit (*din hürriyeti*) hat vor dem Hintergrund der ungebrochenen Diskussion um die Laizität des türkischen Staates herausragende Bedeutung gewonnen. Art. 24 spiegelt den Konflikt zwischen Religionsfreiheit und Laizismus in besonderer Weise wider.¹²⁵ Das Verfassungsgericht, bemüht um den Erhalt einer laizistischen

¹²⁴ Vom Sinn und Zweck der Vorschrift her dürfte dies nur gelten, wenn dem Eigentümer der Druckerei auch eigenes strafbares Verhalten vorgeworfen werden kann. Dies stünde auch im Einklang mit der Regelung auf strafrechtlicher Ebene (Einziehung von Tatwerkzeugen, Art. 54 türk. StGB n.F.).

¹²⁵ Dazu aufschlussreich das Kopftuch-Urteil a.a.O. S. 141 ff.

Staatsordnung, neigt zu einer Reduktion der Religionsfreiheit und ihrer Ausübung auf einen engen privaten Bereich,¹²⁶ insbesondere darf sie nicht zulasten der „sozialen, wirtschaftlichen, politischen und rechtlichen Ordnung des Staates auch nur zum Teil“ gebraucht werden (Art. 24 V). Art. 24 III sieht eine Kontrollfunktion des Staates, insbesondere die kontrollierte und verpflichtende Aufnahme „religiöser Kultur und Sittenlehre“ in den Schulunterricht vor. Dabei ist allerdings ausdrücklich nicht von einem Bekenntnis oder einer bestimmten Religion (Islam) die Rede. Die Praxis hat indessen dazu geführt, dass nur islamischer Religionsunterricht von Staats wegen angeboten wird. Einige religiöse Minderheiten können das Defizit immerhin auf den aufgrund des Lausanner Vertrages anerkannten Minderheitenschulen ausgleichen.

In diesem Zusammenhang ist aber zu betonen, dass die Türkei im Hinblick auf eine vollständige und befriedigende Umsetzung der Religionsfreiheit noch einen weiten Weg zurück zu legen hat. Richtig ist sicherlich, dass die besonderen historischen und aktuellen gesellschaftlichen Bedingungen in der Türkei die unmittelbare Vergleichbarkeit der gesellschaftlichen Verhältnisse mit anderen europäischen Staaten ausschließen dürfte und Besonderheiten auch bei der Umsetzung zu berücksichtigen sind. Allerdings hat der Staat deutliche Schwächen gezeigt, als es darum ging, vor allem im Südosten nichtmuslimische Minderheiten vor Übergriffen zu schützen. Gerade weil die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religion oder Konfession auch einen politischen Charakter hat und die gesellschaftliche Einordnung des Individuums – gerade auch in Freund-Feind-Schemen – bedeutet, trifft den Staat die Verpflichtung, nicht nur die Religionsausübung in ihrem Kern – das Gebet, den Glauben – zu schützen, sondern dem Menschen auch die Gewähr zu bieten, dass das hierfür erforderliche gesellschaftliche, politische und rechtliche Umfeld stimmt und gegen Eingriffe anderer geschützt wird. Dieser Verantwortung sind Regierungen und Parlamente der Türkei weder

¹²⁶ VerfG a.a.O. S. 153. Eine weitere Auswirkung ist, dass der Staat nicht ohne Grund die Religionszugehörigkeit abfragen darf, z. B. im Zusammenhang mit der Nennung im Pass oder bei der Aufnahme der Personalien des Zeugen im Prozess. Entsprechende gesetzliche Bestimmungen sind für nichtig erklärt worden (VerfG, Urt. v. 2. 2. 1996, E. 1995/25, K. 1996/5, RG Nr. 22 769 v. 26. 9. 1996, zu Art. 61 StPO).

gegenüber den Suryani in der Provinz Mardin, noch gegenüber den griechisch-orthodoxen Christen in Istanbul gerecht geworden, um nur zwei Beispiele zu nennen. Selbst die muslimischen, aber nichtsunnitischen Aleviten können sich zwar in Vereinen organisieren, haben jedoch – während sunnitische Moscheebauten, legal und illegal, wie die Pilze aus dem Boden schießen – immer wieder mit administrativen Beschränkungen zu kämpfen. Dass die deutsche katholische Gemeinde, um die eigentumsrechtliche Kontrolle über die eigene Kirche zu erhalten, eine Aktiengesellschaft gründen muss, weil eine vereins- oder stiftungsrechtliche Lösung nicht zugelassen wird, ist mit der staatlichen Verpflichtung zur Gewährung von Religionsfreiheit nicht zu vereinbaren. Der regelmäßig aus Regierungskreisen zu hörenden Befürchtung, die EU könne sich gegenüber der Türkei als Christenclub profilieren, darf mit Fug und Recht entgegengesetzt werden, dass die türkische Rechtspolitik – trotz allen Bekenntnisses zur laizistischen Republik – sich eben doch als eine Politik der Abgrenzung gegenüber nichtmuslimischen Interessen darstellt. Hier hat die türkische Regierung noch ein Stück harte, rechtspolitische Arbeit vor sich.

e. Eigentum

Das Recht auf Eigentum (*mülkiyet hakkı*) (einschließlich Erbrecht – *miras hakkı*) steht im Abschnitt über die Freiheitsrechte. Schon immer hat für das Eigentum der Grundsatz der Sozialbindung gegolten, der nun noch einmal ausdrücklich für alle Grundrechte in Art. 12 festgehalten ist.¹²⁷ In einigen Vorschriften wird das Privateigentum unter Berücksichtigung bestimmter öffentlicher Interessen eingeschränkt. Dort nämlich, wo es um Gegenstände geht, die „unter der Herrschafts- und Verfügungsgewalt“ des Staates (*devletin hüküm ve tasarrufu*) stehen, ist die Begründung privater Herrschafts- und Verfügungsgewalt (Schaffung von Privateigentum) nicht möglich.¹²⁸ Dies gilt etwa für

¹²⁷ VerfG, Urt. v. 21. 6. 1989, E. 1988/34, K. 1989/26, *AMKD* 25, S. 276 ff. (288).

¹²⁸ Vgl. VerfG, Urt. v. 25. 2. 1986, E. 1985/1, K. 1986/4, *AMKD* 22, S. 28 ff. (44), bezüglich der Gewässerufer (Art. 43); vgl. auch Urt. v. 18. 9. 1991, E. 1990/23, K. 1991/29, *AMKD* 27, S. 509 ff.

Küstenstreifen und Gewässerufer (Art. 43),¹²⁹ Waldgebiete (Art. 169 II),¹³⁰ Weidegebiete,¹³¹ für die der Erwerb von Privateigentum unter bestimmten Voraussetzungen ausgeschlossen worden ist, oder Naturschätze und Rohstoffe (Art. 168), für die ein Konzessionssystem vorgesehen ist. Im Vergleich zu den eben genannten Gegenständen des öffentlichen Interesses vorsichtig geht Art. 63 mit dem Privateigentum um: Für den Bereich des Kulturgüterschutzes ist dort das öffentliche Interesse als „Schutz der Kultur-, Natur- und historischen Schätze“ definiert worden, der eine Beschränkung des Rechts auf Eigentum rechtfertigt.¹³² Die sehr eingehenden Bestimmungen über die Enteignung (kamulaştırma, Art. 46) und das dazugehörige Verfahren sowie die Vorschriften zur Verstaatlichung privater Unternehmen, die öffentliche Dienstleistungen erbringen (devletleştirme, Art. 47), finden sich dann wieder im Abschnitt über die wirtschaftlichen und sozialen Rechte.

f. Wirtschaftliche und soziale Rechte

Der Abschnitt über die wirtschaftlichen und sozialen Rechte (ekonomik ve sosyal haklar) kann als Konkretisierung des Art. 5 angesehen werden, der den Staat zu Maßnahmen anhält, die geeignet sind, den Bürgern ein menschenwürdiges Leben in materieller Sicherheit zu gewährleisten. Das Verfassungsgericht hat aber auch einen Zusammenhang mit Art. 17 hergestellt, die wirtschaftlichen und sozialen Grundrechte also auch als Elemente einer Stärkung der Gewährleistung von Leben und Freiheit angesehen.¹³³

Eine einheitliche Charakterisierung der im Abschnitt über die wirtschaftlichen und sozialen Rechte geregelten Grundrechte ist nicht möglich. Der Schutz der Familie (ailenin korunması) (Art. 41) ist zum Teil als Institutsgarantie, also als Garantie der Institution der Familie als wichtigste soziale Einheit der Gesellschaft ausge-

¹²⁹ Küstengesetz (Kıyı Kanunu) Nr. 3621 v. 4. 4. 1990, RG Nr. 20 495 v. 17. 4. 1990.

¹³⁰ Waldgesetz (Orman Kanunu) Nr. 6831 v. 31. 8. 1956, RG Nr. 9402 v. 8. 9. 1956.

¹³¹ Gesetz Nr. 4342 v. 25. 2. 1998 über Winter-, Hoch- und sonstige Weideflächen (Mera Kanunu), RG Nr. 23272 v. 28. 2. 1998.

¹³² Vgl. Rumpf Verfassungssystem S. 247 mwN.

¹³³ Urt. v. 17. 1. 1991, E. 1990/27, K. 1991/2, AMKD 27, 130 ff. (137f.).

staltet, zum Teil aber auch als Leistungsrecht: Mutter und Kinder etwa können nicht nur Eingriffe des Staates in die Familie abwehren (abwehrrechtliche Komponente), sondern vom Staat den Schutz ihrer Belange einfordern. Eine ähnliche Doppelnatur hat auch das Recht auf Erziehung und Ausbildung (*eğitim ve öğretim hakkı*) (Art. 42); diese Vorschrift enthält allerdings noch verschiedene nähere Regelungen zu den Anforderungen an Lehranstalten und kann somit als verfassungsrechtliche Grundlage des türkischen Schulrechts angesehen werden; hervorzuheben ist die Betonung des Türkischen als ausschließlich lehrbare Muttersprache. Auch der Anspruch auf Gesundheitsfürsorge und eine menschenwürdige Umwelt (*sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı*) (Art. 56), das Recht auf Wohnung (*konut hakkı*) (Art. 57) und der Schutz der Jugend (*gençliğin korunması*) (Art. 58) können strukturell mit diesen Grundrechten verglichen werden.

Zugleich für die Wirtschaftsordnung bedeutsam sind die ausführlichen Regelungen zum Arbeitsleben wie das Recht auf Arbeit (*çalışma hakkı*) (Art. 49), das zugleich auch als Grundpflicht ausgestaltet ist und dem einige Nebenrechte wie das Recht auf Urlaub und freie Tage (*dinlenme hakkı*) (Art. 50) folgen; selbst Lohngerechtigkeit (*ücret adaleti*) soll gemäß Art. 55 gewährleistet werden. Die Koalitionsfreiheit, also das Recht, Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände zu gründen und ihnen beizutreten, ist ebenfalls garantiert (*sendika kurma hakkı*) (Art. 51); Letzteres gilt auch für die Beamten, obwohl hier der Streit um die Umsetzung in die Praxis noch immer nicht ausgestanden ist.¹³⁴ Zur Koalitionsfreiheit im weiteren Sinne gehört auch die Tariffreiheit (*toplu iş sözleşmesi hakkı*) (Art. 53). Die sehr ausführliche Regelung zum Streikrecht (*grev hakkı*) (Art. 54) erlaubt weitreichende Eingriffe, die die Effizienz der Ausübung dieses Rechts beeinträchtigen. Neben der erheblichen Begrenzung der Streiktypen gehören auch Eingriffsbefugnisse der Exekutive zu den Schranken. Merkwürdig ist die scheinbare Gleichbehandlung von Streik und Aussperrung (*lokavt*). Immerhin ist ein Schlichtungsverfahren vorgesehen.

¹³⁴ Vor. der Verfassungsänderung 1995 schon Kassationshof, Urt. v. 11. 7. 1994, E. 1993/8217, K. 1994/6585, EuGRZ 1995, S. 161 f.; Kassationshof (Großer Zivilsenat), Urt. v. 24. 5. 1995, E. 1995/4–367, K. 1995/550, YKD 1995, S. 1013 ff.

Seltsamerweise nicht im Abschnitt über die wirtschaftlichen und sozialen Grundrechte untergebracht sind die Vorschriften zum Schutz der Verbraucher (tüketicinin korunması)¹³⁵ (Art. 172) und des Einzelhandels und des Handwerks (Art. 173); der Schutz der Waldbauern (Art. 170) hätte systematisch durchaus zur Vorschrift über den Schutz der im Ackerbau und in der Viehzucht Beschäftigten (Art. 45) gepasst. Schließlich ist noch zu vermerken, dass der Verfassungsgeber auch an die türkischen Bürger im Ausland gedacht und ihnen eine eigene Vorschrift (Art. 62) gewidmet hat, auf deren familiäre und kulturelle Belange er ein besonderes Augenmerk zu richten hat.

Neben den hier zum Teil referierten Sonderschranken und den allgemeinen Schranken des Art. 13 gilt im Bereich der wirtschaftlichen und sozialen Rechte die Schranke des Art. 65: Der Staat hat bei der Gewährung solcher Rechte auf die Wahrung des volkswirtschaftlichen Gleichgewichts zu achten und ist von seinen finanziellen Möglichkeiten abhängig; dies rechtfertigt allerdings nicht, wie das Verfassungsgericht einmal festgestellt hat, die Verletzung des Gleichheitssatzes.¹³⁶

g. Politische Rechte

Die Kernbestimmungen zur politischen Mitbestimmung befinden sich am Schluss des Grundrechtsteils. Wählen darf jeder Staatsbürger, der das 18. Lebensjahr vollendet hat. Kein Wahlrecht (seçim hakkı; passives Wahlrecht: seçilme hakkı) haben Soldaten und Gefreite unter Waffen, Militärschüler und Gefangene in Strafgefängnissen (sing. cezaevi) (Art. 67).

Die dahinter steckende Sichtweise ist die des auch in anderen Ländern bekannten Konzepts vom besonderen Gewaltverhältnis, das dazu führt, dass die Ausübung bestimmter Grundrechte anderen – meist weiteren – Einschränkungen unterliegen kann, als bei "normalen"

¹³⁵ Diese Verfassungsbestimmung wurde durch das Verbraucherschutzgesetz konkretisiert.

¹³⁶ VerfG, Urt. v. 17. 1. 1991 a.a.O. S. 139.

Bürgern. Dennoch ist vor dem Hintergrund der Erfordernisse einer demokratischen Gesellschaftsordnung schwer zu verstehen, warum dem Militär der Zugang zu den Wahlurnen versagt wird. Damit entfallen nicht nur mehrere Hunderttausend Wählerstimmen, vielmehr erschwert dies die ausstehende Integration des Militärs in der demokratischen Gesellschaft.

Das in Art. 68 niedergelegte Recht zur Gründung und zum Beitritt zu politischen Parteien ist besonders ausführlich geregelt. Parteien sind „*unverzichtbare Bestandteile des demokratischen politischen Lebens*“ (Art. 68 II). Das Parteienrecht hat seit 1980, auch unter dem Einfluss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, einen fast schmerzhaften Wandlungsprozess durchgemacht.

h. Öffentliche Rechte und Pflichten

Jeder Türke hat – in den Grenzen angemessener Eignungskriterien und des Angebots offener Stellen – Anspruch auf Zugang zum öffentlichen Dienst (*kamu hizmetlerine girme hakkı*) (Art. 70). Jeder Türke hat Vaterlandsdienst (*vatan hizmeti*) zu leisten (Art. 72). Für Männer bedeutet dies nach der gegenwärtigen Rechtslage die Wehrpflicht (*askerlik görevi*), für Frauen ist auf Gesetzesebene kein vergleichbarer Dienst vorgesehen, obwohl der Wortlaut des Art. 72 geschlechtsneutral formuliert ist. Ein Recht auf Kriegsdienstverweigerung ist der Verfassung unbekannt; Art. 45 MilitärStGB schließt die Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen sogar ausdrücklich aus, wodurch Wehrdienstverweigerung als unerlaubtes Fernbleiben von der Truppe oder des Nichtantritt zum Wehrdienst uneingeschränkt sichergestellt ist. Immerhin wird inzwischen der im Ausland abgeleistete Wehr- und Zivildienst eines türkischen Staatsangehörigen, der zugleich Angehöriger des betreffenden ausländischen Staates ist, anerkannt.¹³⁷

Auch die Steuerpflicht (*vergi ödevi*) ist eigens geregelt (Art. 73); ihr steht die Verpflichtung des Staates gegenüber, Steuergerechtigkeit (*vergi adaleti*) zu üben.

¹³⁷ Beschluss des Ministerrats 93/4613 v. 5. 7. 1993, RG Nr. 21648 v. 25. 7. 1993. Vgl. Rumpf, IPRax 1996, S. 438.

Das Petitionsrecht (dilekçe hakkı) schließlich bildet den Schluss des Grundrechteteils (Art. 74). Diese Verfassungsbestimmung schreibt auch ausdrücklich vor, dass Petitionen schriftlich zu beantworten sind. Ein Anspruch auf Abhilfe oder Ausübung eines Ermessens in dieser Hinsicht kann, wie es für das Petitionsrecht allgemein typisch ist, nicht hergeleitet werden.^{xxx}

9. Der Gleichheitssatz¹³⁸

Der türkische Verfassungsgeber hat den Gleichheitssatz (eşitlik ilkesi) bewusst vor den Grundrechtsteil in den Teil über die „*Allgemeinen Grundsätze*“ gesetzt. Er ist damit objektiver Rechtssatz und gehört zu denjenigen Grundsätzen, die die Grundstrukturen des türkischen Verfassungssystems ausmachen. Gerechtfertigt sind andererseits solche Differenzierungen oder Privilegien, die auf eine prinzipielle Ungleichheit der geregelten Sachverhalte zurückzuführen sind.¹³⁹ Soweit das Verfassungsgericht für die Ungleichbehandlung (oder die auf den ersten Blick unangebrachte Gleichbehandlung) einen „*rechtfertigenden Grund*“ (haklı neden) sucht,¹⁴⁰ gerät es hin und wieder in den Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Der Gleichheitssatz erfährt allerdings auch Schranken mit der Gefahr, zum Assimilationsgrundsatz zu werden. So ist im Interesse der unteilbaren Einheit von Staatsgebiet und Staatsvolk die Differenzierung aufgrund bestimmter natürlicher Unterschiede ausgeschlossen; unterschiedliche ethnische Identität, unterschiedliche Religion oder unterschiedliche Sprache rechtfertigen keine unterschiedliche Behandlung. Hier das richtige Gleichgewicht herzustellen, ist eine noch nicht adäquat gelöste schwierige Aufgabe von Politik, Gesetzgebung und Rechtsprechung in der Türkei.

¹³⁸ Vgl. dazu Özbudun Anayasa S. 137 ff.

¹³⁹ Vgl. Özbudun Anayasa S. 138; VerfG, Urt. v. 27. 9. 1988, E. 1988/7, K. 1988/27, AMKD S. 24, S. 413 ff. (421); vgl. auch das oben genannte Urteil zum ATG sowie Urt. v. 17. 1. 1991 (s. o.).

¹⁴⁰ Z. B. VerfG, 11. 12. 1986, E. 1985/11, K. 1986/29, AMKD 22, S. 433 ff. (S. 460) (Bosporus-Urteil).

10. Minderheitenschutz¹⁴¹

Minderheitenschutz ist ein politisches Schlagwort, das in den letzten zwanzig Jahren in der internationalen Diskussion große Bedeutung erlangt hat und in zahlreichen internationalen Abkommen – insbesondere im Bereich des Europarats und der OSZE – zur Institution geworden ist. Es ist indessen kaum bestritten worden, dass die Verpflichtung eines Staates, sprachlichen, ethnischen und religiösen Minderheiten bestimmte, auf ihren Status als Minderheit bezogene Sonderrechte einzuräumen, nicht zu dessen Selbstaufgabe führen darf. Die Türkei hat sich einem solchen Sonderrechte-Konzept bislang nicht annähern können. Sie hat stattdessen am Nationalismuskonzept ihrer Verfassung festgehalten.

Als „*Öffentliche Sprache*“ ist ausschließlich das Türkische anerkannt (Art. 3), der Gleichheitssatz (Art. 10) verbietet, „*Unterschiede in Sprache, Rasse, Religion oder Bekenntnis zu schaffen oder auf sonstigem Wege eine auf diesen Begriffen und Ansichten beruhende Staatsordnung zu gründen*“ (vgl. auch das Missbrauchsverbot des Art. 14).¹⁴² Allein bestimmte religiöse Minderheiten (Juden, armenische und griechisch-orthodoxe Christen) haben gewisse kulturelle und religiöse Gruppenrechte (eigene Muttersprache, eigene Schulen u. a.), die aus dem Lausanner Vertrag hergeleitet werden.¹⁴³ Zwar kann aus dem Lausanner Vertrag zumindest hinsichtlich der Sprache auch der Schutz muslimischer Minderheitssprachen hergeleitet werden.¹⁴⁴ In die Praxis ist dies bisher jedoch nicht umgesetzt worden. Allein das Kurdische setzt sich langsam auch als Minderheitensprache in der Öffentlichkeit durch.

¹⁴¹ Dazu eingehend Rumpf, Die rechtliche Stellung der Minderheiten in der Türkei, in: Frowein/Hofmann/Oeter (Hrsg.), Das Minderheitenrecht europäischer Staaten, Heidelberg 1993, S. 448 ff.; Rumpf, ZfTS 2/93, 173 ff.

¹⁴² Vgl. dazu Rumpf aaO. S. 483 f.

¹⁴³ Rumpf aaO. S. 460 ff. und 492 f.

¹⁴⁴ Vgl. Rumpf aaO.

VI. Der Not- und Ausnahmezustand¹⁴⁵

1. Die Ausrufung

Das Recht des Not- und Ausnahmezustandes ist in vier Varianten in den Art. 119 bis 122 geregelt:

- Notstand (olağanüstü hal) aufgrund einer Naturkatastrophe oder wirtschaftlichen Krise (Art. 119),

- Notstand (olağanüstü hal) aufgrund einer politischen Krise (Art. 120),

- Ausnahmezustand (sıkıyönetim) (Art. 122),

- Kriegszustand (savaş hali) (Art. 122).

Die ersteren beiden Notstandsformen sind auf Gesetzesebene durch das Notstandsgesetz (Olağanüstü Hal Kanunu) konkretisiert worden,¹⁴⁶ in welchem der zivilen Verwaltung besondere Kompetenzen zugewiesen worden sind. In den letzteren beiden, die durch das Gesetz über die Ausnahmezustandsverwaltung¹⁴⁷ (Sıkıyönetim Kanunu) und das Gesetz über Kriegszustand und Mobilmachung¹⁴⁸ (Savaş ve Seferberlik Kanunu) konkretisiert worden sind, herrscht eine militärisch kontrollierte Verwaltung vor; bestimmte sachliche Kompetenzen der Strafjustiz gehen auf Militärgerichte über.

Das Verfahren der Ausrufung des Not- oder Ausnahmezustandes folgt drei Stufen:

- Stellungnahme bzw. Empfehlung des Nationalen Sicherheitsrats;

- Vorlage des Ministerrats an das Parlament;

- Beschluss des Parlaments mit Verkündung im Amtsblatt.

¹⁴⁵ Ausführlich hierzu Rumpf, EuGRZ 1990, S. 249 ff.; ZaöRV 48, S. 683 ff.

¹⁴⁶ Gesetz Nr. 2935 v. 25. 10. 1983, RG Nr. 18204 v. 27. 10. 1983 mit zahlreichen späteren Änderungen, insbesondere die RVOMG Nr. 285, RG 19517 v. 4. 7. 1987; Nr. 286, RG Nr. 19518 bis v. 5. 7. 1987 und Nr. 287, RG Nr. 19530 v. 27. 7. 1987 über Aufgaben und Kompetenzen des „süpervali“ (Super-Präfekt) im Notstandsgebiet.

¹⁴⁷ Gesetz Nr. 1402 v. 13. 5. 1971, RG Nr. 13837 v. 15. 5. 1971 mit zahlreichen späteren Änderungen, insbesondere in der Zeit des Militärregimes 1980 bis 1983.

¹⁴⁸ Gesetz Nr. 2941 v. 4. 11. 1983, RG Nr. 18215 v. 8. 11. 1983.

2. Die Gesetzgebung

Art. 121 und 122 enthalten eine direkte, vom Parlament zunächst unabhängige Ermächtigung für den Ministerrat zum Erlass von RVOMG, wobei derartige RVOMG aber jedenfalls der nachträglichen Zustimmung der GNVT bedürfen. Eine RVOMG im Not- oder Ausnahmezustand ist rechtmäßig, wenn sie im verfahrensgemäß ausgerufenen Not- oder Ausnahmezustand erlassen worden, ihre zeitliche Anwendbarkeit auf die Dauer des konkreten Not- und Ausnahmezustandes und ihre örtliche Anwendbarkeit auf das Not- oder Ausnahmezustandsgebiet beschränkt ist sowie wenn sie in den durch die Notstandszwecke gezogenen Grenzen bleibt.¹⁴⁹ Die RVOMG im Notstand kann, anders als im Normalzustand, im Rahmen der Art. 15, Art. 119 bis 122 und der einschlägigen Gesetze (Notstandsgesetz, Gesetz über die Ausnahmezustandsverwaltung, Gesetz über Kriegszustand und Mobilmachung) auch Grundrechte einschränken. Mit dem Ende des Not- oder Ausnahmezustandes endet auch die Wirksamkeit einer RVOMG.

3. Die Grundrechte

Gemäß Art. 15, der dem Art. 15 EMRK nachgebildet ist, können bestimmte Grundrechte im Notstand im Rahmen der Verhältnismäßigkeit erheblich eingeschränkt bzw. ihr Gebrauch ausgesetzt werden. Unantastbar bleiben die körperliche Integrität des Menschen (Folterverbot, Art. 17) sowie die Gedankenfreiheit: niemand darf gezwungen werden, seine Gedanken zu offenbaren; dagegen kann die Meinungsäußerungsfreiheit ohne Rücksicht auf die Wesensgehaltsgarantie beschränkt, also auch aufgehoben werden; auch die Ausübung der Religion könnte unter solchen Umständen bis zur Aufhebung des Wesenskerns dieser Freiheit unterbunden werden. Grenze jeder Beschränkung gemäß Art. 15 ist das durch die konkreten Umstände des Not- oder Ausnahmezustandes indizierte Erfordernis.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Vgl. Urt. v. 3. 7. 1991, E. 1991/6, K. 1991/20, RG Nr. 21165 v. 8. 3. 1992.

¹⁵⁰ Vgl. z. B. Uygun S. 164.

Zu beachten sind ferner die durch völkerrechtliche Verträge gezogenen Grenzen.

4. Die richterliche Kontrolle

Die Ausrufung des Not- und Ausnahmezustandes selbst unterliegt keiner richterlichen Kontrolle.¹⁵¹ Auch im Not- und Ausnahmezustand selbst sind die richterlichen Kontrollmöglichkeiten beschränkt. Zwar bleiben Parlamentsgesetze im Not- und Ausnahmezustand verfassungsgerichtlich überprüfbar. Die RVomG jedoch ist im Not- und Ausnahmezustand verfassungsgerichtlicher Kontrolle entzogen (Art. 148 I); eine verfassungsgerichtliche Überprüfung ist möglich, soweit die betroffene RVomG Elemente enthält, die über das Notstandsgebiet hinauswirken.¹⁵² Auch die Möglichkeiten einstweiligen Rechtsschutzes dürfen gemäß Art. 125 VI durch Gesetz eingeschränkt werden. Mit Art. 7 RVomG Nr. 285 ist aber auch noch die Anfechtungsklage entfallen, so dass jetzt nur die Schadensersatzklage möglich ist. Weitere Beschränkungen der Rechtswege ergeben sich z. B. aus Zusatz-Art. 3 AVG, der den Rechtsweg gegen Akte der Ausnahmezustandsverwaltung sowie die Verantwortlichkeit der Ausnahmezustandsverwaltung vollständig ausschließt. Der Rechtsprechung zufolge sind jedoch unter den Bedingungen der Ausnahmezustandsverwaltung erlassene Verwaltungsakte mit dem Ende des Ausnahmezustandes gerichtlicher Überprüfung wieder zugänglich.¹⁵³

VII. Wirtschaft und Verfassung

Die Türkei hat in den letzten Jahren sowohl auf die Tendenzen zur Globalisierung der Wirtschaft als auch auf die Annäherung an die EU reagiert, und zwar nicht nur auf Gesetzes-, sondern auf der Verfassungsebene. Aber nicht nur dieser Umstand rechtfertigt eine eigene Behandlung der „Wirtschaft“ an dieser Stelle. Denn

¹⁵¹ Näher Rumpf Verfassungssystem S. 260 f. mwN.

¹⁵² Vgl. VerfG, Urt. v. 3. 7. 1991, E. 1991/6, K. 1991/20, RG Nr. 21165 v. 8. 3. 1992, S. 3 ff. (zu RVomG Nr. 430).

¹⁵³ Staatsrat (Großer Senat), 7. 12. 1989, EuGRZ 1990, 107 ff. (mit Anmerkung Rumpf).

wirtschaftliche Tätigkeit spielt sich in demselben normativen Umfeld ab wie jede andere menschliche Aktivität, gleichzeitig ist eine funktionierende Wirtschaft Bedingung dafür, dass sich eine Gesellschaft überhaupt friedvoll organisieren und verfassen kann. Die gegenseitigen Beziehungen von Wirtschaft und Verfassung bestimmen nachhaltig die Lebensgrundlagen einer Gesellschaft. Man mag hier dahinstehen lassen, ob der Begriff „*Wirtschaftsverfassung*“ aus der Warte des Verfassungsrechts einen eigenen Sinn entfaltet. Es macht aber Sinn, auf solche Bestimmungen in der Verfassung hinzuweisen, in welchen die herrschende Wirtschafts-ideologie zum Ausdruck kommt und die maßgeblich für die Frage sind, ob die so verfasste Wirtschaft auch im Sinne der im Einwirkungsbereich der EU wirkenden Prinzipien wirken kann.

Die Verfassung von 1982 folgt einem Wirtschaftsmodell, das zwar grundsätzlich auf der Gewährleistung der Eigentumsfreiheit, der unternehmerischen Freiheit und dem freien Wirken der Märkte beruht, andererseits aber auch dem Staat eine wichtige regulierende Rolle zuschreibt (Art. 166), die vor allem mit der Geltung des Sozialstaatsprinzips (Art. 2, Art. 5, Art. 41 ff.) zu erklären ist. Geplant wird in Fünfjahresplänen. Dazu wurde eigens ein Staatliches Planungsamt (*Devlet Planlama Teşkilatı – DPT*) eingerichtet. Nach Art. 167 soll der Staat die – im Übrigen frei wirkenden – Märkte überwachen, Monopole kontrollieren, durch Subventionen und Belastungen steuern. Die Rohstoffquellen sind als ein Wirtschaftsgut mit Schlüssel-funktion direkt der Verfügungsgewalt des Staates unterstellt (Art. 168). Das Eigentum an einem Grundstück berechtigt also noch nicht dazu, die unter diesem Grundstück befindlichen Erdöl- oder Erzlager zu erschließen. Auch der Wald steht unter einem strengen Regime (Art. 169 f.), das kaum Privateigentum an Waldgebiet zulässt. Teile der Stahlindustrie, der Agrarindustrie, die Monopolgesellschaft für Branntwein (*TEKEL*) und andere gehören den Öffentlichen Wirtschaftsunternehmen (*Kamu İktisat Teşebbüsleri – KİT*) und Staatlichen Wirtschaftsunternehmen (*İktisadi Devlet Teşebbüsleri – İDT*), die über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügen (die *KİT* in der Form der *AG*) und sich nicht in die durch das *HGB* geregelten Gesellschaftstypen einordnen.

Dieser Restbestand an staatlich gelenkten Industrien wird aber derzeit Stück für Stück abgebaut. Hierfür wurde eigens eine „Privatisierungsbehörde“ eingerichtet,¹⁵⁴ über welche die Privatisierung staatlicher Industriezweige vorangetrieben wird. Gleichzeitig wurde auch das Ausschreibungsrecht reformiert.¹⁵⁵

VIII. Kultur und Verfassung

1. Vorbemerkung

Für das Verhältnis Kultur und Verfassung gilt ähnliches wie für das Verhältnis Wirtschaft und Verfassung. So wie eine Regelung wirtschaftlichen Verhaltens schon auf Verfassungsebene zu einer Beschränkung der Möglichkeiten führen kann, so kann die Einbringung von Vorgaben für die Gestaltung von Kultur in eine Verfassung mit dem Bedürfnis nach Vielfalt und Fortentwicklung unvereinbar sein. Eine Verfassung, die sich zu einer „nationalen Kultur“ bekennt, gerät schnell in den Verdacht, zum nationalistischen Protektionsinstrument gegen alles scheinbar „Fremde“ zu werden. Ein solcher Verdacht drängt sich bei der türkischen Verfassung auf, wobei allerdings auch gleich festgehalten werden soll, dass die Türkei unter den europäischen Staaten damit nicht alleine dasteht.

2. Die „nationale Kultur“

Die nationale Kultur spielt eine wichtige Rolle in der Verfassung. Jeder türkische Staatsbürger soll hier unter anderem „innerhalb der nationalen Kultur-, Zivilisations- und Rechtsordnung ein würdiges Leben ... führen und seine materielle und geistige Existenz ... entfalten“ dürfen (Präambel). Zuständig für die Entwicklung der nationalen Kultur ist nicht nur der Staat insgesamt (Art. 166), sondern – als Organisation – die „Höbe Atatürk-Gesellschaft für Kultur, Sprache und Geschichte“ (Art. 134); hierdurch soll eine einheitliche nationale Kulturpolitik sichergestellt werden.

¹⁵⁴ <http://www.oib.gov.tr>

¹⁵⁵ Gesetz Nr. 4046 v. 24.11.1994, RG 22124 v. 27.11.1994

3. Hochschul- und Bildungswesen¹⁵⁶

Das allgemeine Kulturproblem spiegelt sich auch im Hochschulwesen wider. Die Hochschulgesetzgebung¹⁵⁷ gewährleistet nicht in vollem Umfang die akademische Freiheit als Grundbedingung eigenständiger kultureller Entwicklung. Immerhin wird die Hochschule durch die Verfassung nicht ausdrücklich auf die kemalistische Ideologie eingeschworen, obwohl jedenfalls die „*unteilbare Einheit von Staatsgebiet und Staatsvolk*“ auch hier wieder als – letztlich die Forschungs- und Lehrfreiheit begrenzendes – Kriterium auftaucht (Art. 130 IV).

Ein enger Zusammenhang besteht auch zwischen Kultur und allgemeiner Bildung. Sowohl in Art. 24 als auch in Art. 42 ist von „*Primar- und Sekundarschulanstalten*“ die Rede, also den Grundschulen (Primarschulanstalten), Mittelschulen und Gymnasien (Sekundarschulanstalten). Art. 24 schreibt vor, dass in diesen Schulen entweder Religions- oder Ethikunterricht zu erteilen ist; der Staat hat also die Verpflichtung, für die Ausbildung der ethischen Grundlagen der türkischen Gesellschaft Sorge zu tragen.

Der außerordentlich umfangreiche Art. 42 soll – neben dem Bürgerrecht auf Erziehung und Ausbildung – ein Minimum an Bildung garantieren und vor allem allen Bürgern von früher Jugend an einen chancengleichen Zugang zu den Bildungsanstalten gewähren. Art. 42 IX schließlich sieht als muttersprachlichen Unterricht ausschließlich das Türkische vor (Ausnahme: durch den Vertrag von Lausanne anerkannte religiöse Minderheiten, Art. 42 IX 3).

4. Kunstfreiheit

Die Kunstfreiheit ist nicht nur als klassisches Freiheitsrecht bzw. subjektives Abwehrrecht, sondern auch als soziales Grundrecht konzipiert, das den Staat als Sozialstaat verpflichtet, Künstler und ihre Kunst zu fördern. Die Kunstfreiheit wird damit zur Institutsgarantie und erhält eine Sonderposition in der Kulturverfassung. In der

¹⁵⁶ Hirsch, *WissR* 15, 2 ff.

¹⁵⁷ Vgl. z. B. Mumcu/Rumpf, *Beiträge zur Hochschulforschung* 1990/1/2, 69 ff.

verfassungspolitischen Praxis spielt sie jedoch eine eher untergeordnete Rolle.

5. Kulturgüterschutz

Art. 63 fordert den Staat ausdrücklich auf, die Kulturgüter einem angemessenen Schutz zu unterwerfen. Ob dem Staat – dem Gesetzgeber – dies durch gegenwärtige Kulturgüterschutzgesetzgebung allerdings gelungen ist, erscheint zweifelhaft.

IX. Verfassung und Völkerrecht¹⁵⁸

1. Die Stellung des Vertragsvölkerrechts

Gemäß Art. 90 V haben alle völkerrechtlichen Verträge Gesetzeskraft und können nicht in einem Normenkontrollverfahren beim Verfassungsgericht angegriffen werden. Das Verfassungsgericht siedelt völkerrechtliche Verträge auf Gesetzesebene an,¹⁵⁹ bei den Obergerichten finden sich Entscheidungen, die völkerrechtliche Verträge für gegenüber „gewöhnlichen“ Gesetzen höherrangig halten,¹⁶⁰ einen Sonderfall stellt die EMRK dar, weil diese schon von ihrem Gegenstand her verfassungsrechtliche Materie darstellt und daher konsequent vom Verfassungsgericht auch zur Auslegung türkischen Verfassungsrechts herangezogen wird.¹⁶¹ Insgesamt ist eine große Bandbreite diverser Rechtsprechungslinien zur Stellung völkerrechtlicher Verträge feststellbar, die von der Einordnung in die allgemeine Gesetzesdogmatik bis zum verfassungsähnlichen Rang reicht.

Was völkerrechtliche Verträge mit grundrechtlichen Inhalten angeht, so hat der Verfassungsgeber der Diskussion¹⁶² ein Ende gesetzt und im Art. 90 V dahin geändert, dass im Falle eines Konflikts

¹⁵⁸ Vgl. Rumpf Verfassungssystem S. 276 ff. mwN.

¹⁵⁹ 16. 6. 1994, E. 1993/3, K. 1994/2 (Parteiwerbot), RG Nr. 21976 bis v. 30. 6. 1994, S. 5 ff. (90). Vgl. auch Kassationshof (4. ZS), 11. 7. 1994, E. 1993/8217, K. 1994/6585, YKD 1995, S. 24 (ILO-Konvention Nr. 87, Beamtengewerkschaften).

¹⁶⁰ Staatsrat (5. Senat), 22. 5. 1991, E. 1986/1723, K. 1991/93 *Anayasa Mahkemesi Bülteni* 1994/2, S. 14 ff.

¹⁶¹ Rumpf Verfassungssystem S. 280 mwN.

¹⁶² So Selçuk, *Yargıtay Dergisi* 1999, S. 399. Hier findet sich auch ein hervorragender

solche Verträge den Vorrang vor den Gesetzen haben sollen.¹⁶³ Im Bereich des internationalen Privatrechts wurde ein solcher Vorrang auf Gesetzesebene geregelt ((Art. 1 II IPRG, Subsidiarität des IPRG gegenüber völkerrechtlichen Verträgen). Auch die gesetzlichen Vorschriften zum Schutz geistigen Eigentums enthalten Bestimmungen, welche die völkerrechtlichen Verträge für unmittelbar anwendbar erklären, soweit sie ordnungsgemäß in Kraft gesetzt sind. Zur ordnungsgemäßen Inkraftsetzung genügt allerdings noch nicht die Ratifikation durch Zustimmungsgesetz, sondern der Erlass eines umsetzenden Ministerratsbeschlusses, mit welchem dann auch der Text des völkerrechtlichen Vertrages im Amtsblatt bekannt gemacht wird. Die gesetzlichen Vorrangerklärungen haben jedoch keinen Verfassungsrang, so dass sie jederzeit durch Gesetz rückgängig gemacht werden könnten.

2. Die Stellung des allgemeinen Völkerrechts

Verschiedene Bestimmungen der Verfassung enthalten Hinweise auf die innerstaatliche Wirksamkeit von allgemeinem Völkerrecht bzw. Völkergewohnheitsrecht: Grundrechtebeschränkungen im Notstand (Art. 15) oder zulasten von Ausländern (Art. 16) dürfen nicht gegen völkerrechtliche Verpflichtungen der Türkei verstoßen (Art. 15); kriegsbedingte Eingriffe in die persönliche Integrität müssen Völkerkriegsrecht entsprechen (Art. 17); die Anordnung des Einsatzes von Streitkräften im Ausland muss ebenfalls Völkerrecht entsprechen (Art. 92).

X. Verfassungsänderung

Gemäß Art. 175 muss einer Verfassungsänderung (*anayasa değişikliği*) der schriftliche Vorschlag ein Drittel der Mitglieder der GNVT vorausgehen, dessen Annahme eine Mehrheit von zwei drei

Überblick über die verschiedenen Rechtsprechungslinien (Kassationshof: unterschiedlich; Staatsrat: vorwiegend übergesetzlicher Rang; Militärverwaltungsgesichtshof: gleichrangig neben Verfassung, aber Vorrang der Verfassung bei Normenkonflikt; Verfassungsgericht: Hilfsnorm, die zur Auslegung herangezogen wird).

¹⁶³ Gesetz Nr. 5170 v. 07.05.2004, RG Nr. 25469 v. 22.05.2004

Fünftel der Mitglieder der GNVT voraussetzt. Danach ist das Projekt erst einmal dem Präsidenten der Republik vorzulegen, der die Vorlage nunmehr einer Volksabstimmung unterbreiten kann; verpflichtet hierzu ist er, wenn die Vorlage im Parlament zwar drei Fünftel, nicht aber zwei Drittel der Stimmen erreicht hatte. Reicht der Präsident die Vorlage zur erneuten Prüfung an die GNVT zurück, kann sie mit zwei Dritteln ihrer Stimmen den Präsidenten zur Billigung zwingen, der dann allenfalls wieder den Weg zur Volksabstimmung einschlagen kann. Ändert die GNVT auf Anregung des Präsidenten die Vorlage, wird sie wie eine neue Vorlage behandelt.

XI. Verfassung und Europa: Ein Ausblick

Eigentlich ist der bloße Blick auf die Verfassung zur Beurteilung, ob „*europäische Standards*“ erreicht worden sind, unzureichend. Dennoch reflektieren die Bemühungen um die Gestaltung oder Umformung der Verfassung auch generelle Tendenzen, in welche Richtung politische Entscheidungen getroffen werden. Und wenn – wie es in der Türkei der Fall ist – der Eindruck besteht, dass die Verfassung nicht nur auf dem Papier steht, sondern sich die politischen Organe auch danach richten, sich Wort und Geist der Verfassung in der Rechtsprechung widerspiegeln, dann ist die Hoffnung berechtigt, dass Verfassungsänderungen sich auch in der Tat als Ausdruck einer rechtspolitischen Bewegung in eine bestimmte Richtung darstellen.

Wenn etwa der Verfassungsgeber in Art. 125 I im Jahre 1999 die Möglichkeit hineinschreibt, Streitigkeiten aus Konzessionsverträgen (Verträgen zwischen Staat und Investor) nicht der staatlichen Gerichtsbarkeit, sondern auch der nationalen oder internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zugänglich zu machen, so zeigt dies, dass sich hier eine verfassungsändernde Mehrheit für eine solche Regelung entschieden hat. Der Schritt zur Umsetzung ist in einem solchen Falle in der Regel nur noch klein und in der Türkei auch tatsächlich vollzogen worden. Die Praxis der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit hat in wenigen Jahren an Umfang und Effizienz zugenommen und ist zu einem verlässlichen Instrument zur Gewährleistung von Rechtsschutz, auch gegen den türkischen Staat als Auftraggeber, geworden.

Auf manchen Gebieten allerdings – etwa im Bereich des Familienrechts – mussten normative Vorgaben der Verfassung, die – wie die Gleichheit von Mann und Frau – bereits seit jeher bestanden haben, lange auf ihre Umsetzung warten. So bedauerlich dies ist, so ist es nicht überraschend, ist doch auch in der Schweiz das ZGB erst vor kurzem an die Erfordernisse des Gleichheitssatzes angepasst worden. So kam die große Reform des türkischen ZGB spät, aber sie kam (1.1.2002).¹⁶⁴

Klar geworden dürfte sein, dass die türkische Verfassung – zumal nach der Abschaffung der Todesstrafe im Jahre 2002 und 2004 (Art. 39 IX) – nunmehr im Einklang mit den Anforderungen der europäischen Standards zum Menschenrechtsschutz steht. Auf Gesetzesebene wurde dem Rechnung getragen, indem die Verurteilung der Türkei durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte als Wiederaufnahmegrund im konkreten Einzelfall festgeschrieben worden ist.¹⁶⁵ Weiter zu diskutieren bleibt die Frage, ob und in welcher Form der Minderheitenschutz ausgestaltet werden soll.

Auch auf allen Gebieten des Wirtschaftsrechts weht seit 1995 ein Reformwind. Dies gilt für den Schutz geistigen Eigentums, für das Wettbewerbsrecht, das Kapitalmarktrecht und Bankenrecht und v.a.m. Im Augenblick steht das an sich bereits relativ moderne Handelsgesetzbuch, seit 1.1.1958 in Kraft, zur umfassenden Reform an. Auch das Schuldrecht soll reformiert werden.

Erst am 1.4.2005 bzw. 1.6.2005 sind Reformen der Gerichtsverfassung in Kraft getreten. Hier verzeichnen wir die Merkwürdigkeit, dass in der Türkei nach langen Diskussionen die ordentlichen Gerichte eine Berufungsinstanz erhalten haben, während man in Deutschland über deren Abschaffung diskutiert – in dem Missverständnis, dass es hier lediglich Mindeststandards einzuhalten und in der Justiz Zeit und Geld zu sparen gelte, statt für den Rechtsstaat das Optimale zu schaffen (vorbildlich: Türkei) bzw. zu erhalten (kritisch: Deutschland).

Indessen fällt in der Türkei zur Überraschung des Betrachters auf Verfassungsebene auf, dass bis heute keine Öffnungsklausel den Eingang in die türkische Verfassung gefunden hat. Noch

¹⁶⁴ Vgl. Rumpf/Odendahl, Türkei, in: Bergmann/Ferid/Henrichs (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Lieferung September 2003.

¹⁶⁵ Gesetz Nr. 5271 v. 4.12.2004, RG Nr. 25673 v. 17.12.2004.

immer verfolgt die türkische Verfassung das Konzept der absoluten Souveränität der türkischen Nation mit dem Ausübungsmonopol des türkischen Parlaments, der ausschließlichen Zuweisung exekutiver Befugnisse an die türkische Regierung und der Rechtsprechung an die türkischen Gerichte. Dies ist eine Verfassungsstruktur, die nicht als europafreundlich bezeichnet werden kann. Der Vorrang primären und sogar sekundären EU-Rechts vor türkischem Gesetzes- oder gar Verfassungsrecht lässt sich bislang noch immer nicht mit der türkischen Verfassung in Einklang bringen, so dass hier noch eine entsprechende Änderung aussteht. Vergleicht man die Situation mit anderen Beitrittsstaaten, so ist festzustellen, dass diese – zum Teil sehr frühzeitig – sich zumeist entsprechend auf einen Beitritt vorbereitet haben.

Sicherlich ist es ein wichtiger Schritt, wenn in Art. 90 V völkerrechtlichen Verträgen mit grundrechtsrelevantem Gehalt der Vorrang vor den übrigen nationalen Gesetzen eingeräumt worden ist (Verfassungsänderung vom Mai 2004). Dies ist vor allem ein Signal gegenüber den „großen“ Menschenrechtskonventionen des Europarats und der Vereinten Nationen, ganz besonders gegenüber der EMRK und der dazugehörigen Rechtsprechung, die in der Türkei – sieht man von den in der Tat überaus problematischen Zypern-Fällen ab – auf große Akzeptanz gestoßen sind.¹⁶⁶ Bleibt aber der für die Türkei in Anbetracht ihrer Geschichte nach dem Ersten Weltkrieg und ihrer Befangenheit in einem konservativen Verständnis ihrer Staatsideologie schwere Schritt zu machen, hinsichtlich der Erhaltung der nationalen Souveränität und des Ausübungsmonopols der türkischen Verfassungsorgane die erforderlichen Kompromisse einzugehen. Dass hiermit in Anbetracht der unmittelbar bevorstehenden Verhandlungen zur Aufnahme in die EU bis heute gewartet worden ist, gibt zu denken.

¹⁶⁶ Die Türkei hat noch vor Deutschland die endgültige Verurteilung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte als gesetzlichen Grund für die Wiederaufnahme des nationalen Gerichtsverfahrens anerkannt und dies in die einschlägigen Prozessordnungen aufgenommen (in die ZPO durch Art. 1 des Gesetzes Nr. 4793 v. 23.1.2003, in die StPO durch Art. 3 des Gesetzes Nr. 4793 und in die VwGO durch Art. 6 des Gesetzes Nr. 4928); infolge des o.g. Incal-Urteils v. 9.6.1998 wurden die Staatssicherheitsgerichte abgeschafft; in Befolgung des 12. Zusatzprotokolls zur EMRK wurde die Todesstrafe vollständig abgeschafft; Verurteilungen zu Schadensersatzzahlungen scheinen im Wesentlichen umgesetzt zu werden. Vgl. auch den Bericht der EU-Kommission v. 6.10.2004 -http://corpa.eu.int/comm/enlargement/report_2004/pdf/rr_tr_2004_de.pdf, S. 30 ff.

Droits Procéduraux des Détenus et comment Informer les Suspects de leurs Droits (Lettre de Droits)*

Durmuş TEZCAN **

L. Dans les pays membres du Conseil de l'Europe, où la Convention européenne des Droits de l'Homme a joué un rôle déterminant dans le cadre de la protection des détenus en tant que de l'individu qui bénéficie de la présomption d'innocence, on constate qu'il y a une amélioration très nette des droits procéduraux des détenus en raison, d'une part, de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH) basée sur l'article 6 de la Convention relatif au procès équitable et, d'autre part, des recommandations du Comité pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT).

Le progrès enregistré dans ce domaine en Turquie malgré les problèmes de terreur que le pays a vécus ces dernières années est assez significatif. En effet, dans le cadre de la révision des principaux codes, le code de procédure pénale (CPP), à côté du code pénal, a occupé une place de choix dans l'actualité juridique en raison des profondes et récentes mutations dont ils viennent de faire l'objet. Le législateur turc, qui a mis en vigueur le nouveau code de procédure pénale le 1er juin 2005 en même temps que le nouveau code pénal et le nouveau

* Le présent article est le texte revu de notre rapport présenté au 4e séminaire (Garanties essentielles de la procédure et protection des droits des personnes poursuivies) du Programme EuroMed Justice organisé à Istanbul du 19 au 22 septembre 2005.

** Prof. Dr., Faculté de Droit de l'Université KULTUR d'Istanbul.

code d'exécution des peines et des mesures de sûreté, a ainsi poursuivi deux buts essentiels: d'une part, simplifier la langue du code afin d'en faciliter la compréhension par tout le monde, car une grande partie des jeunes juristes avaient des difficultés à le comprendre; d'autre part, améliorer en profondeur notre système procédural, notamment en matière de droits procéduraux des détenus.

2. Quand on parle des droits procéduraux des détenus on entend les droits suivants:

a. L'information de la personne arrêtée ou détenue sur les droits procéduraux

b. L'accès à un avocat

c. Le droit de se taire

d. L'accès à un médecin

e. Le droit d'informer un tiers de la garde à vue

* * *

3. Le contenu des droits procéduraux des détenus:

a. L'information des personnes détenues par la police ou la gendarmerie sur les droits procéduraux:

4. Ce droit consiste à ce que les personnes détenues par la police ou la gendarmerie soient informées des droits procéduraux dès le début de leur arrestation. Selon le Comité pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), il est important de remettre une copie d'un formulaire (lettre de droits) qui contient des informations sur les droits procéduraux au lieu de se borner à en donner lecture.¹ Parmi ceux-ci nous pensons que les plus importants sont les droits de se taire, d'avoir accès à un avocat et d'informer un proche ou un tiers choisi par la personne détenue de la détention de cette dernière.

D'autre part, selon l'article 6/3 a de la Convention, chaque

¹ v. MORGAN Rod – EVANS Malcolm, *Prévention de la torture en Europe*, Genève 2002, (ISBN92-871-46114-4), p. 18 et s.

individu détenu par la police ou la gendarmerie doit, dès le début de son arrestation, être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui.

Le nouveau code de procédure pénale turc prévoit l'obligation pour la police ou la gendarmerie d'informer les personnes arrêtées et/ou détenues du contenu de leurs droits procéduraux après avoir pris des mesures afin que ces personnes ne s'évadent ni ne se blessent (art. 90/4 du nouveau CPP turc). Au sujet de ces mesures, le nouveau CPP (art. 93) interdit de mettre systématiquement des menottes aux personnes arrêtées ou faisant l'objet d'une mesure de détention provisoire pendant leur transfert. Il s'agit d'une amélioration sensible, puisque dorénavant on ne peut mettre des menottes que dans les cas où il y a des indices de danger pour la santé de la personne arrêtée elle-même ou des tiers.

b. L'accès à un avocat:

4. La Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales prévoit dans le cadre d'un procès équitable (art. 6/3 c) l'assistance d'un défenseur du choix de la personne arrêtée et, si elle n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, le droit à être assisté gratuitement par un avocat commis d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent.

Le nouveau code de procédure pénale turc prévoit dans le cadre des droits procéduraux le droit à l'assistance d'un défenseur du choix de la personne arrêtée et, si elle n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, sur sa demande expresse, celui d'être assisté gratuitement par un avocat désigné d'office (art. 90/4 du nouveau CPP). En ce qui concerne les mineurs, les sourds-muets, les personnes malades et les personnes qui sont poursuivies pour des infractions dont la peine maximum prévue dépasse 5 ans de prison, un défenseur est désigné d'office (art. 149 du CPP) même en l'absence de demande expresse.

En ce qui concerne l'avocat qui assume la défense de la personne arrêtée, il jouit d'une série de droits en faveur de son client à savoir:

aa. Le droit à un entretien avec son client (qui est la personne arrêtée):

5. Le droit pour la personne arrêtée (le suspect) de s'entretenir avec un avocat lors de la garde à vue est important. En Turquie, le nouveau CPP a instauré un tel système qui permet aux détenus d'avoir la possibilité de s'entretenir à tout moment avec un avocat dès le début de la garde à vue tandis que dans l'ancien système, pour des infractions graves ou complexes qui relevaient de la compétence des tribunaux de sûreté de l'Etat, le législateur avait reculé le moment à partir duquel le suspect pouvait s'entretenir avec un conseil à la fin du quatrième jour de garde à vue. Cette situation avait fait l'objet de plusieurs arrêts de la CEDH dans lesquels la Turquie fut condamnée.² C'est pourquoi on avait déjà modifié la loi concernée en vertu de la loi n° 4744 du 6.2.2002.³ Donc le nouveau CPP turc a suivi cette voie en se mettant entièrement en conformité avec la jurisprudence de la CEDH. Ce type de délai continue donc à attirer des critiques pour des raisons basées sur la protection des personnes. Mais il existe encore certains pays, comme en témoigne par exemple le CPP français, où l'entretien avec un avocat au début de la garde à vue ne peut intervenir qu'à l'issue d'un délai de soixante-douze heures lorsque la garde à vue est soumise à des règles particulières de prolongation.⁴ Néanmoins, des raisons de sécurité

² Parmi les arrêts à ce sujet v. par exemple l'arrêt du 22.5.2001 dans l'affaire *Altay c. Turquie* (Requête n° 22279/93): «La Cour relève par ailleurs que le requérant a été placé en garde à vue alors qu'il se trouvait en bonne santé et qu'il a été blessé par la suite à l'un de ses organes vitaux, en l'occurrence la tête. Ces blessures avaient pu être constatées au quatorzième jour de sa garde à vue et nécessitaient un arrêt de travail de trois jours. Pendant quinze jours de sa garde à vue, M. Altay blessé était privé de tout accès à un avocat et, jusqu'au quatorzième jour, à celui d'un médecin, il se trouvait dès lors isolé et dépendant des policiers et donc particulièrement vulnérable. La Cour conclut que la manière dont le requérant a été traité lors de sa garde à vue constitue un traitement inhumain prohibé par l'article 3 de la Convention». V. ég. *Yaz c. Turquie* (29485/95) [2003] eCHR 378 (22 jULY 2003); *Ayse Tepe c. Turquie* (29422/95) [2003] eCHR 378 (22 jULY 2003-www.echr.coe.int)

³ v. à ce sujet *Tezcan D., Erdem M. R., Sancakdar O., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu* (La question des droits de l'Homme en Turquie dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme), 2e éd., Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004, pp. 301-302

⁴ Selon l'article 63-4/1 du CPP français modifié en vertu de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 (art. 11), entré en vigueur le 1er janvier 2001 (*Journal Officiel* du 16 juin 2000), «L'entretien avec un avocat prévu au premier alinéa ne peut intervenir qu'à l'issue d'un délai de soixante-douze heures lorsque la garde à vue est soumise à des règles particulières de prolongation» (l'alinéa 1er en question prévoit ceci: «des

nationale trouvent actuellement un certain écho après la récente tragédie de Londres et la terreur semée par des terroristes sanguinaires dans le monde entier, et des voix s'élèvent, entre autres en Turquie pour dire que ce nouveau code de procédure se révélerait inadapté aux besoins d'un combat efficace contre le terrorisme. Personnellement nous ne partageons pas tout à fait ces réflexions et nous estimons que le nouveau code de procédure pénale contient des règles conformes à la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme. En ce qui concerne le combat contre le terrorisme, on peut réaménager les droits de la défense en prenant davantage en considération l'intérêt de la société dans le cadre de la loi relative au combat contre le terrorisme sans perturber la protection de l'individu.⁵ Ce genre de règles sont également prévues dans les articles 250 à 252 du CPP afin de protéger la société. Il n'est donc pas indispensable que le contenu de ces règles soit élargi. D'autant plus que les règles qui limitent davantage les libertés individuelles «doivent être enserrées dans un carcan de conditions strictes: légalité, judiciairité, proportionnalité et subsidiarité».⁶

bb. Le droit de connaître le contenu du dossier et d'avoir une copie des documents:

6. Le nouveau CPP a instauré ce système qui donne au défenseur la possibilité de connaître le contenu du dossier et d'avoir une copie des documents qu'il souhaite (art. 153/1). Mais le législateur a apporté à ce droit une dérogation en vue de la protection de l'instruction entamée. Le juge de paix, sur la requête du procureur de la République, peut interdire l'utilisation de ce droit jusqu'à l'acceptation de l'acte d'accusation par le tribunal compétent, afin de ne pas mettre en danger le but de l'instruction entamée (art. 153/1). Néanmoins, cette dérogation a des limites. En effet, l'interdiction ne couvre pas les procès-verbaux d'audition de la personne arrêtée, ni les rapports d'expertise, ni encore les procès-verbaux d'actes auxquels le défenseur

le début de la garde à vue ainsi qu'à l'issue de la vingtième heure, la personne peut demander à s'entretenir avec un avocat. Si elle n'est pas en mesure d'en désigner un ou si l'avocat choisi ne peut être contacté, elle peut demander qu'il lui en soit commis un d'office par le bâtonnier.)

⁵ v. PRADEL Jean, *Le crime organisé après la loi française du 9 mars dite Loi Perben II*, *Revue de Droit pénal et de Criminologie (RDP)*, n° 2005/2, p. 156

⁶ v. PRADEL Jean, *op.cit.*, p. 148

avait le droit d'assister (art. 153/3). D'autre part, aucune restriction n'est admise à partir de la date où le tribunal compétent a admis l'acte d'accusation afin de statuer sur le dossier (art. 153/4 modifié).

cc. Le droit de participer au déroulement et au contrôle de l'information:

7. L'avocat, en tant que défenseur de la personne arrêtée, a le droit de participer au déroulement de l'enquête et au contrôle de l'information. En effet, selon le nouveau CPP (art. 148/4), l'aveu obtenu de la personne arrêtée par la police ou la gendarmerie sans que son avocat soit présent lors de son audition ne peut pas être pris en considération s'il n'a pas été reconnu devant le juge ou le tribunal. Le défenseur a le droit de participer également à l'expertise (art. 84/1). D'autre part, on ne peut pas empêcher le défenseur d'être présent lors d'une perquisition ou d'une saisie (art. 120/3).

L'exercice du droit de participer au déroulement de l'enquête et au contrôle de l'information comprend notamment celui de faire opposition à l'acte d'arrestation ou à l'acte de placement en garde à vue ou encore à la demande de prolongation de la garde à vue (art.91/4). Le juge de paix doit rendre tout de suite et au plus tard dans les vingt-quatre heures sa décision au sujet de cette requête. Ce droit d'opposition tend donc à faire triompher la présomption d'innocence.

c. Le droit de se taire et la présomption d'innocence:

8. Le nouveau code de procédure pénale turc prévoit l'obligation d'informer les personnes arrêtées et/ou détenues par la police ou la gendarmerie du contenu de leurs droits procéduraux après avoir pris des mesures afin que ces personnes ne s'évadent ni ne se blessent (art. 90/4 du nouveau CPP). Selon l'article 6/al.2 de la Convention, «toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie». Le droit de se taire est lié à la règle de la présomption d'innocence en vertu de laquelle tout accusé doit être considéré comme innocent à l'égard de l'infraction criminelle dont il est accusé, tant qu'il n'a pas été déclaré coupable par un juge.⁷ Il en découle donc que la personne arrêtée a le droit de garder

⁷ http://www.educaloi.qc.ca/loi/contrevenants_et_accuses/21/

le silence à toutes étapes des procédures, c.-à-d. de l'arrestation par les policiers ou par les gendarmes jusqu'à la détermination de la peine en cas de déclaration de culpabilité. C'est donc le procureur qui a la tâche de prouver, par les preuves disponibles, la culpabilité du prévenu. Afin que la personne poursuivie soit déclarée coupable, le juge doit être convaincu de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable.⁸ Néanmoins ce droit n'est pas absolu: pendant son audition, la personne arrêtée a l'obligation de répondre aux questions concernant son identité. Ces règles sont prévues d'une manière claire dans le nouveau CPP (art. 147). Mais le législateur turc ne s'est pas contenté de ce système, il a prévu d'une manière claire que la déposition du suspect enregistrée par la police lors de la garde à vue sans que son avocat soit présent ne peut être prise en considération dans le jugement qu'à condition que celui-ci la reconnaisse devant le juge ou le tribunal (art. 148/4).

D'autre part, le droit de se taire a des rapports très serrés avec la valeur de l'aveu. En effet, en droit comparé on constate que l'aveu, qui a été longtemps considéré comme «la reine des preuves», fut une des causes de torture ou de mauvais traitement. C'est la raison pour laquelle on a voulu corriger cette situation en imposant une série de conditions pour qu'un aveu vaille comme une reconnaissance irréversible de la culpabilité. En ce qui concerne les pays de «Common Law», plaider coupable permet également d'éviter le procès. Dans les autres systèmes, la reconnaissance de culpabilité faite pendant le procès a un effet déterminant.⁹ Quant à la rétractation des aveux initiaux pendant le procès, elle laisse toute liberté d'appréciation aux tribunaux, tenant compte de la prééminence des débats oraux. Dans plusieurs systèmes, les aveux non corroborés par d'autres éléments ne peuvent servir de base à une condamnation. Dans certains systèmes, le refus de répondre à l'interrogatoire est sans conséquence; dans d'autres, cette attitude dessert l'intéressé.¹⁰

⁸ http://www.educaloi.qc.ca/loi/contrevenants_et_accuses/21/

⁹ v. Le rôle de l'accusé dans la preuve de la culpabilité : les aveux et le droit de se taire, Conclusions de la troisième commission d'études (Réunion à San Juan - Porto Rico, 11-16 octobre 1997), <http://www.iaj-uim.org/FRA/03/1997.html>

¹⁰ op. cit. (Le rôle de l'accusé dans la preuve de la culpabilité: les aveux et le droit de se taire, Conclusions de la Troisième commission d'études), <http://www.iaj-uim.org/FRA/03/1997.html>

9. La règle de la présomption d'innocence assure également une protection importante pour la personne arrêtée et poursuivie, en ce sens qu'elle la protège à la fois contre les préjugés du public et ceux des juges compétents qui vont trancher l'affaire.¹¹ Selon la CEDH, le principe de la présomption d'innocence constitue avant tout une garantie de caractère procédural en matière pénale.¹² Elle se trouve méconnue si une déclaration officielle concernant un prévenu reflète le sentiment qu'il est coupable, alors que sa culpabilité n'a pas été légalement établie au préalable. Il suffit, même en l'absence de constat formel, d'une motivation donnant à penser que le magistrat considère l'intéressé comme coupable. En outre, d'après la jurisprudence de la Cour, une atteinte à la présomption d'innocence peut émaner non seulement d'un juge ou d'un tribunal mais aussi d'autres autorités publiques, y compris de procureurs, surtout lorsque, comme dans l'espèce qui lui était soumise, un procureur exerce une fonction quasi-judiciaire en statuant sur une demande de classement sans suite de l'affaire au stade de l'instruction préparatoire où il exerce un contrôle absolu en matière procédurale.¹³

En ce qui concerne la législation turque, afin d'assurer le respect de la règle de la présomption d'innocence, on ne s'est pas contenté d'introduire le secret de l'enquête (art. 157/1), mais on l'a étendu à l'exécution des commissions rogatoires; par exemple, en vue d'assurer la présomption d'innocence, seules les personnes concernées, à savoir le suspect (ou l'accusé) et la victime ainsi que leurs avocats, peuvent être présentes pendant la reconstitution de l'affaire sur le lieu où l'infraction a été commise (art. 84/1). En effet, la jurisprudence de la CEDH avait sanctionné l'attitude des autorités policières organisant une conférence de presse au cours de laquelle des journalistes photographient les

¹¹ v. à ce sujet comme exemple l'arrêt du 28.10.2001 dans l'affaire Y.B. et autres c. Turquie (n° 48173/99 et 48319/99).

¹² v. l'arrêt *Allenet de Ribemont c. France* du 10 février 1995, par. 33. D'après la Cour, la portée de cette règle est plus étendue: elle ne s'imposerait pas uniquement au juge pénal statuant sur le bien-fondé d'une accusation, mais aussi aux autres autorités.

¹³ v. l'arrêt du 10.10.2000 dans l'affaire *Daktaras c. Lituanie* (Requête n° 42095/98)

¹⁴ L'arrêt du 28.10.2001 dans l'affaire Y.B. et autres c. Turquie (n° 48173/99 et 48319/99) et des arrêts similaires ont donc inspiré le législateur turc qui a prévu des règles assez strictes afin de mettre fin à ce genre de pratiques.

requérants et diffusant un communiqué les présentant comme étant membres d'une organisation terroriste, fournissant ainsi à la presse des moyens matériels permettant facilement de les identifier. Une telle attitude ne se concilie pas avec le respect de la présomption d'innocence. Aussi le nouveau code de procédure pénale turc a-t-il mis fin ce genre d'actes.¹⁴

d. L'accès à un médecin:

10. Afin de pouvoir combattre la torture, le CPT recommande que des dispositions législatives spécifiques soient adoptées concernant le droit d'accès des personnes arrêtées et/ou détenues par la police ou la gendarmerie à un médecin.¹⁵ Selon la jurisprudence de la CEDH, «lorsqu'une personne est blessée au cours d'une garde à vue, alors qu'elle se trouvait entièrement sous le contrôle de fonctionnaires de police, toute blessure survenue pendant cette période donne lieu à de fortes présomptions de fait» (*Salman c. Turquie* [GC], n° 21986/93, § 100, CEDH 2000-VII). Il appartient donc au Gouvernement de fournir une explication plausible sur les origines de ces blessures et de produire des preuves établissant des faits qui font peser un doute sur les allégations de la victime, notamment si celles-ci sont étayées par des pièces médicales.¹⁶

¹⁵ Le CPT saisit cette occasion pour souligner qu'il abhorre le terrorisme, crime tout particulièrement méprisable dans un pays démocratique comme la Turquie. Le Comité déplore également le trafic illicite de drogues ou d'armes. En outre, il est pleinement conscient des grandes difficultés auxquelles les forces de l'ordre sont confrontées dans leur lutte contre ces phénomènes destructeurs. De telles actions criminelles rencontrent, à juste titre, une réponse ferme des institutions de l'État. Cependant, en aucune circonstance, on ne saurait permettre que cette réponse dégénère en actes de torture ou en d'autres formes de mauvais traitements de la part des responsables de l'application des lois. De tels actes sont à la fois des violations scandaleuses des droits de l'homme et des méthodes fondamentalement inefficaces pour obtenir des preuves fiables dans la lutte contre le crime. Ils sont par ailleurs dégradants pour les fonctionnaires qui les infligent ou les autorisent. Et, plus grave encore, ils peuvent à la longue saper la structure même d'un État démocratique.

¹⁶ v. l'arrêt du 22.5.2001 dans l'affaire *Sunal c. Turquie* (requête no 43918/98). Voir également *Tekin c. Turquie*, arrêt du 9 juin 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-IV, pp. 1517-1518, §§ 52 et 53 ; *Altay c. Turquie*, n° 22279/93, § 50, 22 mai 2001 ; et *Esen c. Turquie*, n° 29484/95, § 25, 22 juillet 2003.

11. La Turquie, en instaurant un règlement, publié le 1er novembre 1998, relatif à l'arrestation et au placement en détention au commissariat de police ou de gendarmerie, a donc prévu un tel examen depuis cette date. Ce règlement a été révisé en parallèle avec le nouveau code de procédure pénale turc et publié au Journal officiel n° 25832 du 1^{er} juin 2005. Selon le nouveau règlement (art. 9), toute personne appréhendée ou arrêtée par police ou par la gendarmerie est examinée par un médecin légiste ou bien par des institutions sanitaires officielles. Le rapport médical est établi en trois exemplaires, dont l'un est conservé par l'institution concernée tandis que les deux autres sont remis respectivement à la personne concernée et à la police afin qu'on le mette dans le dossier de poursuite. Comme le défenseur a le droit d'obtenir les documents qui se trouvent dans ce dossier, lui aussi connaît les résultats de l'examen soit par l'intermédiaire de son client, soit par le dossier de poursuite.

e. Le droit d'informer un tiers de la garde à vue:

12. Il s'agit du droit d'informer un proche ou un tiers choisi par la personne détenue de la détention de cette dernière. Selon le nouveau CPP (art.95/1), «lorsque le suspect ou le prévenu est arrêté ou placé en garde à vue, on doit, sur l'ordre du procureur de la République, en avvertir un de ses parents ou un tiers désigné par lui». Au cas où il s'agit d'un étranger, une telle communication est, conformément à l'article 36/1-(b) de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires, liée à la demande de l'intéressé (CPP art.95/2).¹⁷

L'octroi de ce droit, afin d'éviter que les proches ne s'inquiètent de l'absence du suspect placé en garde à vue, suscite néanmoins des réserves dans certains pays. Si son fondement est louable, son utilisation peut s'avérer très dangereuse et constituer une entrave au bon déroulement de l'enquête. C'est pourquoi le législateur dans certains pays a prévu un garde-fou. Par exemple en France, si l'officier de police judiciaire estime, en raison des nécessités de l'enquête, ne pas devoir faire droit à

¹⁷ L'article 36/1-(b) de la Convention prévoit ceci: «Si l'intéressé en fait la demande, les autorités compétentes de l'Etat de résidence doivent avvertir sans retard le poste consulaire de l'Etat d'envoi lorsque, dans sa circonscription consulaire, un ressortissant de cet Etat est arrêté, incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention.»

cette demande, il en réfère sans délai au procureur de la République qui décide s'il y a lieu d'y faire droit.¹⁸

Des restrictions similaires sont également prévues dans d'autres pays.¹⁹

* * *

12. En guise de conclusion, nous pouvons dire que la liste des droits procéduraux des détenus peut être allongée en y ajoutant, notamment, l'inscription dans un registre de détention par la police ou la gendarmerie, la réalisation de la réduction des périodes maximales de détention par ces corps, ainsi que le respect du code de conduite des interrogatoires. Mais ces droits se trouvent implicitement dans les règles que nous venons d'expliquer. Le but de ces améliorations est avant tout la protection de l'individu. Mais celle-ci ne doit pas mettre en danger la protection de la société. Malgré les effets néfastes du terrorisme aveugle et international dont le monde souffre de plus en plus depuis ces dernières années, les Etats ont fait des efforts considérables pour améliorer le sort des suspects. Le nouveau code de procédure pénale turc en est une démonstration exemplaire et répond bien aux exigences de la jurisprudence de la CEDH.

¹⁸ v. à ce sujet MIRABAIL Solange, Les droits de la défense dans la phase préparatoire du procès pénal, <http://www.univ-tlse.fr/publications/Colloques/Juridiction/DtDefense.html>.

¹⁹ v. l'article 63-2 du Code de procédure pénale française: «Toute personne placée en garde à vue peut, à sa demande, faire prévenir dans le délai prévu au dernier alinéa de l'article 63-1 (dernier alinéa de l'article 63-1: Sauf en cas de circonstance insurmontable, les diligences résultant pour les enquêteurs de la communication des droits mentionnés aux articles 63-2 et 63-3 doivent intervenir au plus tard dans un délai de trois heures à compter du moment où la personne a été placée en garde à vue.), par téléphone, une personne avec laquelle elle vit habituellement ou l'un de ses parents en ligne directe, l'un de ses frères et sœurs ou son employeur de la mesure dont elle est l'objet. Si l'officier de police judiciaire estime, en raison des nécessités de l'enquête, ne pas devoir faire droit à cette demande, il en réfère sans délai au procureur de la République qui décide, s'il y a lieu, d'y faire droit». En ce qui concerne l'Espagne, v. l'article 523 du Code de procédure pénale: «Si la personne gardée à vue ou détenue souhaite recevoir la visite d'un ministre de sa religion, d'un médecin, de ses parents ou de personnes avec lesquelles elle est en relation d'intérêts, ou de personnes qui peuvent lui donner leurs conseils, on le lui permettra aux conditions prescrites dans le règlement des prisons, si le secret et le succès de l'instruction n'en sont pas affectés. Il ne pourra être fait obstacle à ses rapports avec l'avocat défenseur tant qu'elle n'est pas mise au secret.»

Der Beitrag der Rechtsprechung zur Stärkung der Demokratie in Deutschland (Vortragsmanuskript)

Christian GÖRISCH*

A. Einleitung

Aus deutscher Sicht darf ich nun über den Beitrag der Rechtsprechung zur Stärkung der Demokratie berichten. Ich freue mich, dass ich dies heute vor Ihnen hier in der türkischen Hauptstadt tun darf, und das möchte ich zum Anlass nehmen, auf dem Weg ins deutsche Recht zu Beginn einen ganz kleinen Umweg über die türkische Verfassung zu nehmen.

Artikel 9 der Verfassung der Republik Türkei bestimmt, dass die Gerichte „im Namen des Türkischen Volkes“ entscheiden. Man erkennt in dieser Formel ohne weiteres den Bezug zur demokratischen Grundaussage des Artikels 6 der türkischen Verfassung. Dort wird die Souveränität uneingeschränkt und unbedingt dem Volk zugesprochen. In Deutschland ist dieser allgemeine Grundsatz der Volkssouveränität in Artikel 20 des Grundgesetzes festgeschrieben. „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“, heißt es hier. Dass die Gerichte „im Namen des Volkes“ urteilen, ist im deutschen Recht ebenfalls ausdrücklich festgeschrieben, und zwar vor allem in den Verfahrensordnungen für die verschiedenen Gerichtszweige. Jedes einzelne Urteil beginnt mit der Formel „im Namen des Volkes“ und dokumentiert so die Essenz der demokratischen Staatsbegründung. Dadurch wird die Rechtsprechung

* Westfälische Wilhelmsuniversität.

in Deutschland wie in der Türkei auf ein klares demokratisches Fundament gestellt.

Zumindest in Deutschland werden diesem einfach-rechtlichen Bekenntnis zur Verwurzelung der Rechtsprechung in der Volkssouveränität allerdings keine Rechtsfolgen entnommen. Man sieht darin vor allem einen Appell an die innere Einstellung der Richterinnen und Richter, sozusagen die Formulierung eines „Richterethos im demokratischen Staat“.¹ Fehlt die Formel „im Namen des Volkes“ in einem Urteil versehentlich, so ändert dies jedenfalls nichts an der Wirksamkeit des Urteils. Auch werden der Formel nicht etwa besondere Anforderungen an das Gericht im Sinne einer direkten Rückkopplung mit dem Volk entnommen, ganz im Gegenteil: Es wird darauf hingewiesen, dass „im Namen des Volkes“ gerade etwas anderes bedeutet als „durch das Volk“. Das Volk als solches soll also nicht selbst aktiv an der Rechtsprechung teilnehmen. Davon geht auch das verfassungskräftig verbürgte Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit aus. Insgesamt führt die Betrachtung der Vorschrift, wonach Urteile „im Namen des Volkes“ gefällt werden, im vorliegenden Zusammenhang also kaum über die augenfällige Erkenntnis hinaus, dass auch die Rechtsprechung demokratischen Anforderungen unterliegt.

B. Funktioneller Beitrag

Das ergibt sich aber eben auch schon aus dem allgemeinen Grundsatz der Volkssouveränität. Als Ausübung von Staatsgewalt muss auch die Rechtsprechung demokratisch legitimiert sein. Auch wenn das Volk keinen direkten Einfluss auf das richterliche Handeln hat, muss sich die Rechtsprechungstätigkeit doch „auf den Willen des Volkes zurückführen lassen und ihm gegenüber verantwortet werden“. Generell wird dieser „Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und staatlicher Herrschaft“ vor allem durch die Parlamentswahl

¹ J. Limbach, „Im Namen des Volkes“, 1999, S. 105, 113. Dieser und die nachfolgenden Nachweise sind dem Vortragscharakter entsprechend bewusst knapp gehalten und beschränken sich auf die im Text enthaltenen wörtlichen Zitate sowie die ausdrücklich angesprochenen Gerichtsentscheidungen.

hergestellt.² In der repräsentativen Demokratie des Grundgesetzes ist das unmittelbar vom Volk gewählte Parlament das zentrale Entscheidungsorgan. Es vermittelt sowohl personelle als auch sachliche Legitimation. Das bedeutet für die Rechtsprechung: Zum einen muss sich die Bestellung der Richter – personell –, zum anderen der Inhalt ihrer Entscheidungen – sachlich – in ausreichender Form auf das Parlament zurückführen lassen.

I. Bindung an das Gesetz

Die sachliche, inhaltliche Legitimation der Rechtsprechungstätigkeit ergibt sich aus der Bindung der Richter an die parlamentarischen Gesetze. Das Parlamentsgesetz wird von den gewählten Volksvertretern beschlossen und vermittelt damit unmittelbare demokratische Legitimation. Das parlamentarische Verfahren gewährleistet außerdem ein besonderes Maß an Öffentlichkeit der Auseinandersetzung und Entscheidungssuche, mit anderen Worten: an demokratischer Transparenz. Besonders aufgrund dieser beiden Faktoren – unmittelbare Legitimation und öffentlichkeitswirksames Verfahren – kommt dem Parlamentsgesetz eine „Schlüsselstellung“ in der repräsentativen Demokratie des Grundgesetzes zu.

Originäre Aufgabe der Gerichte ist demgegenüber die letztverbindliche Klärung konkreter Streitfälle. Diese Staatstätigkeit wird inhaltlich durch die Parlamentsgesetze legitimiert, indem die Urteilsfindung allein nach rechtlichen Maßstäben zu erfolgen hat. Dabei wird das abstrakte Gesetz durch die Auslegung und fallbezogene Konkretisierung des Richters erst entscheidend ausgestaltet. Jede richterliche Entscheidung stellt daher „ein Stück punktuelle Rechtsneubildung“ dar.³ Dieser prägende Einfluss des Richters auf das von ihm anzuwendende Gesetz ist im Grundsatz allgemein anerkannt. Über den konkreten Fall hinaus ist mit der richterlichen Entscheidung häufig eine gewisse Präjudizwirkung für die zukünftige Anwendung der jeweiligen Regelung verbunden, auch wenn diese Wirkung unter dem kontinental-europäisch geprägten

² Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) Band 93, S. 37 (66).

³ M. Reinhardt, *Konsistente Jurisdiktion*, 1997, S. 86.

- Grundgesetz prinzipiell nicht ganz so weit geht wie im anglo-amerikanischen case law-System. Insgesamt wird das parlamentarische Gesetz also, ausgehend vom jeweiligen Einzelfall, maßgeblich durch die Rechtsprechung mitausgestaltet. Dadurch trägt die Rechtsprechung in doppelter Hinsicht eine demokratische Verantwortung: Einerseits kontrollieren die Gerichte die Anwendung der Gesetze durch die übrigen staatlichen Einrichtungen und die Bürger. Darin liegt ihre spezifische Aufgabe im System der Gewaltenteilung und ihr allgemein Beitrag zur Wahrung der Demokratie. Andererseits sind die Gerichte bei der Urteilsfindung selbst an die Gesetze gebunden. An der letztverbindlichen Entscheidungsmacht der Gerichte unterliegt die in ihrer eigenen Gesetzesbindung liegende Legitimation keiner direkten außergerichtlichen Kontrolle. Der demokratisch legitimierte Gesetzgeber ist deshalb weithin darauf angewiesen, dass die Rechtsprechung ihre Gesetzesbindung selbst einhält und die Grenze von der Rechtsanwendung zur Rechtsgestaltung nicht eigenmächtig überschreitet. Gerade weil die richterliche Gesetzesbindung keiner äußerlichen Kontrolle unterliegt, leistet die Rechtsprechung einen selbstständigen funktionellen Beitrag zur Stärkung der Demokratie, wenn sie sich innerhalb des gesetzlichen Rahmens hält und damit – sozusagen „freiwillig“ – das Erfordernis sachlicher Legitimation erfüllt, auch wenn damit eigentlich nicht mehr als ein rechtmäßiges Verhalten der Gerichte verlangt wird.

Problematisch und umstritten sind vor diesem Hintergrund die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung. Generell sind unter dem Grundgesetz alle wesentlichen Entscheidungen vom Parlament als dem demokratischen Angelpunkt zu treffen. Problematisch ist deshalb eine Rechtsfortbildung „*praeter legem*“, das heißt eine Gesetzesergänzung, oder gar „*contra legem*“, also die Nichtanwendung oder Umbildung einer bestehenden gesetzlichen Regelung. Allerdings haben die Gerichte jedenfalls im Bereich der rein privatrechtlichen Streitigkeiten, der Streitigkeiten der Bürger untereinander, eine unbedingte Streitlichtungsaufgabe. Sie gilt auch dann, wenn der Gesetzgeber untätig bleibt. Deshalb müssen die Gerichte private Streitigkeiten auch außerhalb gesetzlicher Regelungen entscheiden. Das demokratische Argument, eigentlich habe aber der Gesetzgeber eine bestimmte Frage regeln müssen, darf nicht zu Lasten des Bürgers gehen und kann

daher von vornherein nicht durchgreifen. Wenn dagegen belastende Maßnahmen im Staat-Bürger-Verhältnis einer gesetzlichen Grundlage bedürfen und diese fehlt, so dürfen die Gerichte sie nicht von sich aus ersetzen. Für belastende Maßnahmen des Staates gegenüber dem Bürger gilt das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage also auch gegenüber den Gerichten weiter.

Soweit keine Gesetzeslücke vorliegt, der parlamentarische Gesetzgeber also eine Regelung erlassen hat, bindet diese gesetzliche Regelung die Gerichte bei Entscheidungen im Verhältnis der Bürger untereinander wie im Staat-Bürger-Verhältnis gleichermaßen. Eine richterliche Außerachtlassung oder Umbildung des Gesetzes, eine Rechtsfortbildung „contra legem“, ist prinzipiell unzulässig. Allerdings bindet das Grundgesetz die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung nicht allein an das Gesetz, sondern ausdrücklich „an Gesetz und Recht“. Gegenüber dem Gesetz vorrangiges Recht ist vor allem die Verfassung, und die verfassungsmäßige Ordnung des Grundgesetzes und speziell die Grundrechte binden ausdrücklich auch den Gesetzgeber. Dennoch darf nicht jeder Richter ein seiner Meinung nach verfassungswidriges Gesetz einfach unangewendet lassen. Denn das Grundgesetz sieht spezielle Verfahren zur Aufhebung verfassungswidriger Parlamentsgesetze vor. Dass daneben für eine Rechtsfortbildung „contra legem“ Raum bleibt, wie von den Gerichten gelegentlich behauptet und praktiziert, wird in der verfassungsrechtlichen Literatur überwiegend bestritten. Von den Gerichten kann an dieser Stelle also eine Gefahr für die Demokratie ausgehen: Jede Missachtung der Gesetze bedeutet prinzipiell eine Schwächung der parlamentarischen Demokratie.

Soweit an diese Gefahr erinnert werden soll, sind die vor allem in der verfassungsrechtlichen Literatur immer wieder geäußerten Warnungen vor einem ausufernden „Richterstaat“ bzw. „Justizstaat“⁴ berechtigt; soweit die gegenwärtige Rechtsprechungspraxis grundsätzlicher in Frage gestellt wird, erscheinen die Vorwürfe aber

⁴ Vgl. aus neuerer Zeit z.B. N. Leser, in: Funk u.a. (Hrsg.), Staatsrecht und Staatswissenschaften in Zeiten des Wandels, Festschrift für L. Adamovich, 1992, S. 331 ff.; B. Rüthers, Juristenzeitung 2002, S. 365 ff.; K. Weidmann, Juristische Arbeitsblätter 1990, S. 10 ff.

vielfach überzogen. Der Hinweis auf die ständig wachsende Masse von Richterrecht reicht insoweit nicht aus. Richterrecht ist nicht gleichzusetzen mit unzulässiger Rechtsfortbildung. Die zunehmende Bedeutung des Rechtsprechungstätigkeit beruht vor allem auf der allgemeinen Normenflut und insbesondere der wachsenden Zahl weiter, generalklauselartig gefasster Bestimmungen. Die Gesetzesbindung der Gerichte bleibt davon aber prinzipiell unberührt. Das Demokratieprinzip verlangt nicht etwa, dass die Gerichte auf diese Entwicklungen mit einer steigenden Zurückhaltung reagieren. Der Beitrag zur Stärkung des Demokratieprinzips, den die Gerichte mit der Beachtung ihrer Gesetzesbindung leisten, wird durch eine vom Gesetzgeber verursachte Zunahme des Richterrechts nicht geschmälert.

Eine besondere Schwierigkeit der richterlichen Tätigkeit besteht allerdings darin, dass nicht nur die Grenzen zwischen bloßer Auslegung und richterlicher Rechtsfortbildung fließend sind, sondern auch die Grenzen zwischen der Rechtsfortbildung „*praeter legem*“ und „*contra legem*“. Die genaue Reichweite der richterlichen Entscheidungsbefugnis kann deshalb nur im konkreten Fall aufgrund einer wertenden Betrachtung bestimmt werden. Bereits innerhalb der Gesetzesauslegung ist es eine Wertungsfrage, welches Gewicht man dem Willen des historischen Gesetzgebers gegenüber den übrigen, objektiven Auslegungskriterien einräumt. Die wertenden Elemente verstärken die demokratische Verantwortung; die den Gerichten dadurch auferlegt ist, dass allein sie selbst die Entscheidung über die Reichweite ihrer Gesetzesbindung treffen. In diesem Sinne ist es als Beitrag zur Stärkung der Demokratie zu würdigen, wenn die Rechtsprechung die tragende Rolle des Parlamentsgesetzes bei der Bestimmung ihrer eigenen Grenzen zunehmend betont.

II. Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit und integrierende Wirkung

Wenn die Gerichte dennoch insgesamt die Grenzen der zulässigen Rechtsfortbildung etwas weiter ziehen, als es die strikt am Prinzip der Gesetzesbindung orientierte verfassungsrechtliche Literatur fordert, so steckt dahinter aber möglicherweise ebenfalls ein demokratisches

Anliegen. Die Gerichte genießen in der Bevölkerung – trotz der gelegentlich behaupteten „Vertrauenskrise der Justiz“⁵ – immer noch eine besondere Vertrauensstellung. Mit ihrer Befugnis, letztverbindlich über die Rechtslage im Einzelfall zu entscheiden, sind sie dafür verantwortlich, wie das Gesetzesrecht, das mit der Wahl des Parlaments vom Volk ausgeht, schließlich wieder beim Volk ankommt. Dabei ist es auch Aufgabe der Gerichte, Einzelfallgerechtigkeit herzustellen. Der Gerechtigkeitsgedanke steckt ebenfalls in der Formulierung des Grundgesetzes von der Bindung der Rechtsprechung nicht nur an das Gesetz, sondern an „Gesetz und Recht“. Dass das Vertrauen der Bürger auf gerechte und nicht bloß legalistische Urteile nicht enttäuscht wird, wird zugleich als demokratisches Gebot angesehen. Auch danach hat das Volk zwar keinen direkten Einfluss auf das richterliche Handeln, aber nach dem Grundsatz der Volkssouveränität muss sich die Rechtsprechungstätigkeit letztlich eben auch inhaltlich prinzipiell auf den Willen des Volkes selbst (und nicht allein seiner parlamentarischen Vertreter) zurückführen lassen. Insofern haben alle Gerichte die Aufgabe, „Recht und Gesellschaft miteinander in Einklang zu halten und damit zur Integration des Gemeinwesens beizutragen“.⁶ Auf diese Weise tragen sie zur „Distanzüberwindung“ im Verhältnis von Volk und Staat und damit wiederum funktionell zur Stärkung der repräsentativen Demokratie bei.

Die durchgängige Gesetzesbindung als demokratische Grundforderung wird dadurch aber nicht zur Disposition der Gerichte gestellt. Die gesetzgeberische Entscheidung ist zugleich Ausdruck der gesellschaftlichen Grund- bzw. Mehrheitsüberzeugungen und bleibt damit auch unter diesem Aspekt primärer Ansatzpunkt für den Richter, wenn er nach den Maßstäben von „Gesetz und Recht“ entscheidet. Eine über die Gesetzesauslegung hinausgehende Befugnis der Gerichte zur Rechtsfortbildung „contra legem“ kommt deshalb auch unter dem Aspekt der Einzelfallgerechtigkeit allenfalls ganz ausnahmsweise, quasi als äußerste „Notkompetenz“⁷, in Betracht und wird immer höchst problematisch bleiben. Demgegenüber kann eine

⁵ Vgl. E. Benda, *Die Öffentliche Verwaltung* 1983, S. 305.

⁶ Formulierung von R. Zippelius, zit. nach J. Limbach (Fn. 1), S. 180 f.

⁷ F. Ossenbühl, *Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat*, 1988, S. 19.

bestimmte Normauslegung gerade im Hinblick auf die demokratische Bedeutung von Einzelfallgerechtigkeit und Integrationswirkung zulässig oder sogar geboten sein, wenn andere Auslegungskriterien nicht zwingend entgegenstehen. Berücksichtigen die Gerichte dies im Rahmen der Auslegung, also innerhalb ihrer Gesetzesbindung, so können sie auf diese Weise zusätzlich zur Stärkung der Demokratie beitragen.

III. Sonderstellung des Bundesverfassungsgerichts

Eine besondere Bedeutung kommt im vorliegenden Zusammenhang dem Bundesverfassungsgericht zu. Dass es sich dabei ebenfalls um ein Gericht und nicht um ein Organ völlig eigener Art handelt, ist unter dem Grundgesetz unumstritten. Die Bindung der Rechtsprechung „an Gesetz und Recht“ trifft auf das Bundesverfassungsgericht allerdings nur eingeschränkt zu. Denn das Bundesverfassungsgericht entscheidet nicht allgemein über die Gesetzmäßigkeit des Staatshandelns, sondern über die Verfassungsmäßigkeit. Dabei kontrolliert es auch das Handeln des parlamentarischen Gesetzgebers und hat die Befugnis, verfassungswidrige Gesetze aufzuheben. Dazu kann es nicht nur im Rahmen spezieller Normenkontrollverfahren kommen, sondern insbesondere auch im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde, die jeder Bürger mit der Behauptung erheben kann, er sei durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte verletzt worden.

Damit räumt das Grundgesetz dem Bundesverfassungsgericht im historischen und internationalen Vergleich weitreichende Kompetenzen ein. Die Frage nach dem Verhältnis von Rechtsprechung und parlamentarischem Gesetzgeber stellt sich für das Bundesverfassungsgericht insbesondere aufgrund seiner Normverwerfungskompetenz mit besonderer Schärfe: „Gerichtliche Normenkontrolle erscheint auf den ersten Blick als zutiefst undemokratisch“.⁸ Die Möglichkeit, ein Gesetz für verfassungswidrig zu erklären, stellt die demokratische Mehrheitsregel aber nur in Frage, soweit man auf die jeweils aktuelle absolute Mehrheit im Parlament

⁸ J. Limbach (Fn. 1), S. 130.

abstellt. Das Konzept der Verfassungsstaatlichkeit, so wie es auch vom Grundgesetz verfolgt wird, stätet hingegen die verfassungsgebende bzw. verfassungsändernde Mehrheit mit einem dauernden Vorrang gegenüber der absoluten Mehrheit des parlamentarischen Gesetzgebers aus. Das Grundgesetz ordnet die Verfassungsbindung des Gesetzgebers ausdrücklich an. Auch eine Verfassung ist aber nicht „selbstevident“,⁹ sondern bedarf der Konkretisierung und Durchsetzung wie jedes Parlamentsgesetz. Das konstitutionalistische Demokratieverständnis verlangt daher geradezu danach, die Einhaltung der Verfassung einer (verfassungs)gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen. Dass diese Kontrolle das Handeln des demokratisch unmittelbar legitimierten Gesetzgebers betrifft, ist also zunächst die notwendige Konsequenz der Verfassungsstaatlichkeit.

Zu einem besonderen Problem wird das Ganze allerdings durch die Weite der Verfassungsformulierungen. „Eine Verfassung muss kurz und dunkel sein“, heißt es.¹⁰ Diese verfassungsspezifische Offenheit und Weite weist auch das Grundgesetz auf. Dadurch werden im Vergleich mit dem einfachen Gesetz größere Auslegungsspielräume eröffnet. Diese gelten aber primär für den Gesetzgeber. Er hat bei der Verfassungskonkretisierung einen größeren Spielraum als etwa die Verwaltung beim Gesetzesvollzug. Nicht zuletzt daraus ergibt sich der „Vorrang der Gesetzgebung im Prozess der Verfassungskonkretisierung“. ¹¹ Auch das Bundesverfassungsgericht hat den Gesetzgeber ausdrücklich zum „Erstinterpreten des Grundgesetzes“ erklärt.¹² Die von der Verfassung eingeräumten Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers muss die Verfassungsgerichtsbarkeit beachten. Das Bundesverfassungsgericht wendet den mit Blick auf den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum tendenziell weitgefassten Verfassungstext lediglich als Kontrollmaßstab an. Es muss daher besonders sorgfältig und sensibel prüfen, wie

⁹ G. S. Schaal, Vorgänge 2000, Heft 2, S. 44.

¹⁰ Die Wendung wird alternativ Napoleon oder Sieyès zugeschrieben, vgl. einerseits D. Simon, DIE UNION (Vierteljahrszeitschrift für Integrationsfragen) 2001, Heft 2, S. 49 (50); andererseits W. Frotscher/B. Picroth, Verfassungsgeschichte, 3. Aufl., 2002, Randnummer 84.

¹¹ G. Hermes, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Band 61 (2002), S. 119 (129 ff.)

¹² BVerfGE Band 101, S. 158 (236).

weit die gesetzgeberischen Spielräume reichen. Dies hat nichts mit „richterlicher Selbstbeschränkung“ zu tun, sondern folgt aus dem Charakter der Verfassung, also des bundesverfassungsgerichtlichen Prüfungs- bzw. Kontrollmaßstabes.¹³ Als Kontrollmaßstab haben beispielsweise die Grundrechte im Hinblick auf die Abwehr staatlicher Eingriffe in die Freiheitssphäre des Bürgers „einen verhältnismäßig deutlich erkennbaren Inhalt“, während sie sich zu Ansprüchen auf ein schützendes staatliches Tätigwerden nur undeutlich verhalten.¹⁴ Daher kann das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber viel eher zur Unterlassung einer bestimmten freiheitsbeeinträchtigenden Regelung verpflichten als zum Erlass einer grundrechtsschützenden Regelung oder gar zum Erlass einer solchen Regelung bestimmten Inhalts. Generell konkreter als die Grundrechte sind beispielsweise die staatsorganisationsrechtlichen Kompetenz- und Verfahrensregelungen. Insoweit ist also eine intensivere bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle möglich und geboten. Solange das Gericht die Verfassungsinhalte so sorgfältig konkretisiert, wie es seine Aufgabe ist, ist im Übrigen nichts dagegen einzuwenden, sondern im Gegenteil als Stärkung der gesetzgeberischen Entscheidung anzusehen, wenn das Bundesverfassungsgericht anstelle einer Normverwerfung ein Gesetz mit der Festlegung auf eine bestimmte, verfassungskonforme Gesetzesauslegung aufrechterhält. Eine unzulässige Einschränkung des Gesetzgebers in der Wahl seiner Entscheidungsalternativen liegt dann gerade nicht vor.

Aufgrund seiner gerichtlichen Letztentscheidungskompetenz befindet sich das Bundesverfassungsgericht eigenverantwortlich über die Wahrung der Grenzen, die ihm durch die Verfassung als Prüfungsmaßstab und sachliche Legitimationsgrundlage seiner Tätigkeit gezogen sind. In Parallele zu den Fachgerichten ist auch beim Bundesverfassungsgericht ein selbstständiger Beitrag zur Stärkung der Demokratie darin zu sehen, dass es seine verfassungsrechtlichen Grenzen nicht eigenmächtig überschreitet. In dieser Hinsicht ist die Redeweise von der „richterlichen Selbstbeschränkung“ durchaus

¹³ Vgl. K. Schlaich/S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 5. Aufl., 2001, Randnummer 493, 518 f.

¹⁴ Insoweit zutreffend BVerfGE Band 39, S. 1/68 (71) – abweichende Meinung.

berechtigt. Kommt das Verfassungsgericht diesem Postulat nach, so ist der darin liegende Beitrag zur Stärkung der Demokratie besonders hoch einzuschätzen, auch wenn damit wiederum eigentlich nicht mehr als ein rechtmäßiges Verhalten des Gerichts verlangt wird. Man darf aber nicht die besondere Schwierigkeit verkennen, die damit verbunden ist, den mit Blick auf den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum tendenziell weitfassten Verfassungstext als Kontrollmaßstab anwenden zu müssen.

Diesem Anspruch ist das Bundesverfassungsgericht trotz aller in der rechtswissenschaftlichen Literatur geäußerten Kritik an seiner Rechtsprechung „im Großen und Ganzen“ gerecht geworden. So wurde es dem Gericht jedenfalls zu seinem fünfzigjährigen Bestehen im Jahre 2001 bescheinigt.¹⁵ „Das Bundesverfassungsgericht ist zu einem wirklichen Hüter der Verfassung geworden“, wurde damals resümiert.¹⁶ Andernfalls hätte das Bundesverfassungsgericht kaum zum „Vorbild in einer sich demokratisierenden Welt“ werden können, wie ebenfalls festgestellt wurde.¹⁷ Aber auch innerhalb der Bundesrepublik hat sich das Gericht – obwohl es immer wieder, punktuell und auch phasenweise, heftig umstrittene Entscheidungen gab – ein herausragendes Ansehen erworben und damit einen erheblichen Integrationsbeitrag geleistet. Das liegt nicht zuletzt daran, dass das Grundgesetz mit der bereits erwähnten Verfassungsbeschwerde eine spezielle Grundrechtsklage vorsieht, mit der sich jeder Bürger unmittelbar an das Verfassungsgericht wenden kann. Gerade durch seine weitreichende Grundrechtserklärung hat sich das Bundesverfassungsgericht geradezu als „Bürgergericht“¹⁸ etabliert.

Der funktionelle Beitrag des Bundesverfassungsgerichts zur Stärkung der Demokratie unterscheidet sich von demjenigen der Fachgerichte somit zwar nicht prinzipiell, aber graduell. Das Bundesverfassungsgericht trägt eine vergleichsweise größere Verantwortung, da es den demokratisch unmittelbar legitimierten

¹⁵ Speziell mit Bezug auf die behutsame Rechtsprechung zu den grundrechtlichen Schutzpflichten G. Casper, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2002, S. 214 (217).

¹⁶ R. Scholz, *Aus Politik und Zeitgeschichte* 2001, B 37-38, S. 6.

¹⁷ G. Casper, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2002, S. 214 (215).

¹⁸ J. Limbach (Fn. 1), S. 151.

Gesetzgeber kontrolliert und seine Entscheidungen eine weiterreichende Bindungswirkung und – jedenfalls im Regelfall – auch Breitenwirkung haben als die fachgerichtlichen Entscheidungen. Dass es seiner gesteigerten demokratischen Verantwortung wohl insgesamt nachgekommen ist, zeigt sich auch daran, dass das Bundesverfassungsgericht bei den Bürgern sogar noch ein deutlich höheres Ansehen genießt als die Fachgerichte.

C. Inhaltlicher Beitrag

Außer dem funktionellen Beitrag leistet die Rechtsprechung auch einen inhaltlichen Beitrag zur Stärkung der Demokratie. Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes wird insbesondere durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fallbezogen konkretisiert. Dabei lassen sich zwei große „Stränge“ unterscheiden: Den ersten Strang bilden die prozeduralen und institutionellen, also die organisationsrechtlichen Grundlagen der Demokratie, den zweiten Strang bilden die Freiheitsrechte und die politischen Partizipationsrechte der Bürger, also die individualrechtlichen Grundlagen der Demokratie.¹⁹ Für beide Stränge will ich ein paar Schlaglichter auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, auf das ich mich hier beschränke, werfen:

I. Organisationsrechtliche Grundlagen der Demokratie

Im organisationsrechtlichen Bereich hat das Bundesverfassungsgericht aus dem Grundsatz der Volkssouveränität insbesondere die Notwendigkeit ausreichender demokratischer Legitimation allen Staatshandelns abgeleitet und in diesem Zusammenhang die Anforderungen an die parlamentarische Rückbindung bei der Ausübung von Staatsgewalt allgemein, aber beispielsweise auch speziell für bestimmte Selbstverwaltungskörperschaften konkretisiert.²⁰

Das „wichtigste Element demokratischer Willensbildung und

¹⁹ G. S. Schaal/S. Friedel/A. Endler, *Die Karlsruher Republik*, 2000, S. 130 f.

²⁰ BVerfGE Band 93, S. 37 ff.; Band 107, S. 59 ff.

Legitimation²¹ bilden im repräsentativen System des Grundgesetzes die Wahlen. Auch dazu hat das Bundesverfassungsgericht bedeutende Entscheidungen getroffen, etwa im Hinblick auf die Chancengleichheit der Parteien im Wahlkampf. So wurde die Öffentlichkeitsarbeit der Regierung im unmittelbaren Vorfeld von Wahlen prinzipiell für unzulässig erklärt, da sonst die Regierungspartei einen ungerechtfertigten Vorteil erhielte.²² Diese Entscheidung betraf aber nur die direkte staatliche Einflussnahme zugunsten einer Partei. Davon zu unterscheiden ist die Berücksichtigung der unterschiedlichen Bedeutung der einzelnen Parteien bei der staatlichen Bereitstellung von Rahmenbedingungen für den Wahlkampf, wie bei der Zuteilung von Rundfunksendezeiten für die Wahlwerbung. Hier wurde eine unterschiedliche Behandlung der Parteien entsprechend ihrer Bedeutung vom Bundesverfassungsgericht für zulässig erklärt.²³

Für die Parteien selbst hat das Bundesverfassungsgericht ihre herausgehobene demokratische Bedeutung nicht nur für die Parlamentswahlen, sondern auch außerhalb des staatlichen Bereichs für die allgemeine politische Willensbildung des Bürgers betont. Eine staatliche Parteienfinanzierung wurde aufgrund dieser Zwischenstellung der Parteien zwischen Volk und Staat nur in begrenztem Umfang für zulässig gehalten.²⁴ Als „streitbare Demokratie“ erklärt das Grundgesetz Parteien, die sich gegen die „freiheitliche demokratische Grundordnung“ richten, einerseits für verfassungswidrig, d.h. für verboten.²⁵ Die Entscheidung darüber obliegt sogar ausschließlich dem Bundesverfassungsgericht. Es hat dabei die Voraussetzungen für ein Parteiverbot sehr eng ausgelegt, weil die Parteien andererseits gerade aufgrund ihrer demokratischen Bedeutung eine „erhöhte Schutz- und Bestandsgarantie“²⁶ genießen. Insgesamt wurden bislang in zwei Parteiverbote, beide in der Anfangszeit der Bundesrepublik, ausgesprochen.²⁷

²¹ R. Scholz, *Aus Politik und Zeitgeschichte* 2001, B 37-38, S. 6 (11).

²² BVerfGE Band 44, S. 125 ff.

²³ BVerfGE Band 24, S. 271 (277) m.w.N.

²⁴ BVerfGE Band 85, S. 264 ff.

²⁵ J. Ipsen, in: Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz*, 3. Aufl., 2003, Art. 21 Randnummer 166 f., 170.

²⁶ So zuletzt BVerfGE Band 107, S. 339 (359).

²⁷ BVerfGE Band 2, S. 1 ff.; Band 5, S. 85 ff.

Zurück zum Parlament: Dessen Stellung als zentrales Entscheidungsorgan in der repräsentativen Demokratie des Grundgesetzes ist erst durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entscheidend konkretisiert worden. Die bereits erwähnte Lehre vom Parlamentsvorbehalt, wonach alle wesentlichen Entscheidungen vom parlamentarischen Gesetzgeber als dem demokratisch unmittelbar legitimierten Organ getroffen werden müssen, ist ein Ergebnis dieser Rechtsprechung. Danach bedürfen insbesondere staatliche Eingriffe in die Grundrechte der Bürger einer parlamentsgesetzlichen Grundlage.²⁸ Speziell aus der Wehrverfassung des Grundgesetzes hat das Gericht überdies eine Entscheidung für die Bundeswehr als „Parlamentsheer“ abgeleitet. Damit wurde die grundsätzliche Entscheidung über einen konkreten Auslandseinsatz der Bundeswehr ebenfalls dem Parlament vorbehalten.²⁹ Auch die innerparlamentarischen Beteiligungsrechte von Fraktionen und einzelnen Abgeordneten, gerade auch der oppositionellen Minderheit im Parlament, haben erst durch eine Vielzahl von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts eine genauere Kontur erhalten.³⁰

Schließlich hatte das Bundesverfassungsgericht auch über die demokratischen Anforderungen des Grundgesetzes an den europäischen Einigungsprozess zu befinden. Nach der Entscheidung zum Maastrichter Vertrag verlangt das Grundgesetz nicht nur eine zunehmende Demokratisierung auf der europäischen Ebene, sondern auch, dass dem Bundestag in jedem Falle „Aufgaben und Befugnisse von substantiellem Gewicht verbleiben müssen“.³¹

II. Individualrechtliche Grundlagen der Demokratie

Damit komme ich zur Rechtsprechung zu den individualrechtlichen Grundlagen der Demokratie. Das Wahlrecht hat auch als Partizipationsrecht der Bürger eine herausgehobene Bedeutung und

²⁸ Zuletzt grundlegend BVerfGE Band 108, S. 282 ff.

²⁹ BVerfGE Band 90, S. 286 ff.

³⁰ Rechtsprechungsüberblick bei S. Magiera, in: Sachs (Fn. 26), Art. 38 Randnummer 58 ff.; speziell zum Minderheitenschutz auch M. Sachs, ebenda, Art. 20 Randnummer 26.

³¹ BVerfGE Band 89, S. 155 ff.

war insoweit ebenfalls Gegenstand wichtiger verfassungsgerichtlicher Entscheidungen. So hat das Bundesverfassungsgericht etwa das Prinzip der Wahlrechtsgleichheit immer wieder unter die Lupe genommen; dabei wurde beispielsweise eine Anpassung der 5%-Sperrklausel bei Bundestagswahlen an die besonderen Herausforderungen der deutschen Wiedervereinigung für zulässig erklärt.³² In einer anderen Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht das Wahlrecht „als zentrales Staatsbürgerrecht konkretisiert“³³ und dementsprechend ein kommunales Wahlrecht für Ausländer vor Aufnahme einer entsprechenden ausdrücklichen Bestimmung ins Grundgesetz abgelehnt.³⁴

Die demokratische Bedeutung der Freiheitsrechte der Bürger wird vom Bundesverfassungsgericht besonders betont. So wird vor allem das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung vom Bundesverfassungsgericht weit ausgelegt, weil es für „eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung [...] schlechthin konstituierend [ist], denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist“.³⁵ In einen engen Zusammenhang damit hat das Gericht das Grundrecht der Versammlungsfreiheit gestellt: „Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit erhält seine besondere verfassungsrechtliche Bedeutung in der freiheitlichen demokratischen Ordnung des Grundgesetzes wegen des Bezugs auf den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung. Namentlich in Demokratien mit parlamentarischem Repräsentativsystem und geringen plebiszitären Mitwirkungsrechten hat die Freiheit kollektiver Meinungskundgabe die Bedeutung eines grundlegenden Funktionselements. Das Grundrecht gewährleistet insbesondere Minderheitenschutz und verschafft auch denen Möglichkeiten zur Äußerung in einer größeren Öffentlichkeit, denen der direkte Zugang zu den Medien versperrt ist“.³⁶

³² Vgl. besonders BVerfGE Band 82, S. 322 ff.

³³ R. Scholz, *Aus Politik und Zeitgeschichte* 2001, B 37-38, S. 6 (11).

³⁴ BVerfGE Band 83, S. 24 ff.

³⁵ BVerfGE Band 7, S. 198 (208).

³⁶ BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, S. 2459 (2460), unter Bezugnahme auf BVerfGE Band 69, S. 315 (346 f.).

D. Zusammenfassung und Ausblick

Mit diesen Worten des Bundesverfassungsgerichts komme ich zum Schluss. Zusammenfassend lässt sich festhalten: In der parlamentarischen Demokratie des Grundgesetzes leisten die Gerichte, allen voran das Bundesverfassungsgericht, auf zweierlei Weise einen Beitrag zur Stärkung der Demokratie, nämlich zum einen einen funktionellen Beitrag durch die verantwortungsvolle Wahrnehmung der rechtsprechenden Aufgabe als solcher und zum anderen einen inhaltlichen Beitrag durch die fallbezogene Konkretisierung des grundgesetzlichen Demokratieprinzips. Diese Wirkungen der Rechtsprechungstätigkeit habe ich aus deutscher Sicht versucht, näher zu beschreiben. Sie sind aber keine deutsche Besonderheit, sondern typisch für die alten Demokratien westlicher Verfassungstradition. Nachdem ich mit einer kleinen rechtsvergleichenden Betrachtung zum deutschen und türkischen Recht begonnen habe, bin ich damit wieder im internationalen Kontext angekommen und möchte es dabei belassen.

Le Droit a la Santé, Droit fondamental de la Personne humaine

Michel BÉLANGER^{*}

Il est unanimement admis aujourd'hui que la notion de «santé» doit faire l'objet d'une définition large, concernant non seulement la santé de la personne humaine (aussi bien la santé publique, c'est-à-dire la santé collective, que la santé individuelle), mais aussi la santé animale (du fait de la consommation de chair animale par les humains, et des risques de propagation de maladies animales à l'homme), ainsi que ce l'on peut appeler la santé environnementale (la défense des écosystèmes).

Par ailleurs, si la notion de «droit» est actuellement privilégiée (surtout dans les pays du Nord), il ne faut pas oublier la notion de «devoir», que l'on peut (et même doit) appliquer à la santé. Il convient de reconnaître l'existence d'un véritable devoir de santé (un devoir de santé individuelle comme un devoir de santé collective), qui consiste à éviter à la fois les conduites ou actions à risque (par exemple, pour soi-même avec la pratique de sports violents, et aussi pour les autres avec, par exemple, les rapports sexuels non protégés). Tout cela renvoie au concept de «déterminants de la santé», qu'il s'agisse des déterminants positifs ou des déterminants négatifs.¹

^{*} Professeur de droit public à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV (France), directeur du CERDES et du CERDIB (CERDES: Centre d'étude et de recherche en droit européen de la santé (Bordeaux et Nantes); CERDIB: Centre d'étude et de recherche en droit international de Bordeaux.)

¹ Voir notamment Geneviève Pinet: Les défis de la santé au XXIème siècle:

Dans ces conditions, le «droit à la santé» est ce que les juristes (qu'ils soient internistes ou internationalistes) nomment une norme-cadre, c'est-à-dire une norme générale destinée à être précisée par des normes ordinaires (dénommées également normes fonctionnelles). Ce sont ces dernières qui constituent le «droit de la santé», qui réunit l'ensemble des règles juridiques (principes généraux de droit, règles juridiques proprement dites, et normes) relatives aux actions de protection de la santé. Le droit à la santé est donc l'objectif que cherche à mettre en œuvre le droit de la santé. Il convient, tout de suite, de souligner que le droit à la santé n'est pas, bien évidemment, le droit à la bonne santé, mais, en quelque sorte, le droit à la meilleure santé possible (ainsi que le souligne, par exemple, le § 1 de l'art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies le 16 décembre 1966: «Les Etats parties au présent pacte reconnaissent le droit qu'à toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre»).

Il est ainsi affirmé désormais que le droit à la santé est un droit fondamental de la personne humaine, aussi bien en droit interne (notamment dans de nombreuses Constitutions nationales, depuis le milieu du XX^{ème} siècle : par exemple, la Constitution française de 1946, qui a été l'une des premières à énoncer ce droit – dans son préambule), qu'en droit international (également à partir de la deuxième moitié du XX^{ème} siècle, avec tout spécialement la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé). Il convient toutefois de remarquer que le droit à la santé ne fait pas l'objet d'une reconnaissance générale: il n'est pas présent dans l'ensemble des Constitutions nationales, et n'est pas inclus dans toutes les chartes constitutives des Organisations intergouvernementales (par exemple, les traités instituant la Communauté européenne n'ont officialisé les bases constitutionnelles du droit communautaire européen de la santé qu'à partir du traité de Maastricht, alors que c'est seulement le projet de traité portant Constitution européenne qui a énoncé formellement le droit à la santé).

approche législative des déterminants de la santé in Recueil international de législation sanitaire, 1998, vol. 49, n° 1, 1998 : La législation sanitaire à l'aube du XXI^{ème} siècle, pp. 129 – 175.

Le droit à la santé n'est pas, si l'on peut dire, le droit fondamental le plus important. Il en est un qui doit être considéré comme étant, en quelque sorte, un droit «supérieur»: c'est le droit à la vie. Mais le droit à la santé est assurément un droit capital, car il est un droit «carrefour», autrement dit un droit rassembleur, un droit attractif, qui regroupe de nombreux autres droits (comme le droit à l'alimentation, le droit au logement, etc.).

La signification du droit à la santé fait, depuis toujours, l'objet d'un débat général. Il nous semble que, pour pouvoir mettre fin à ce débat assez vain, il est utile de tenir compte de la définition large de la notion de santé, qui montre ainsi qu'une double nécessité s'impose. Il convient, en effet, non seulement de dépasser l'alternative conception étroite/conception extensive du droit à la santé, mais également de prendre en compte l'ensemble des composantes de la protection de la santé.²

I. La nécessité du dépassement de l'alternative droit à l'accès aux soins de santé/droit au bien-être

Ce premier débat oppose les tenants d'une approche «réaliste» du droit à la santé aux partisans d'une approche «idéaliste». En réalité, cette présentation manichéenne doit être fortement nuancée.

² Les études consacrées au droit de la santé sont légion, même si les analyses compréhensives sont assez rares (voir notamment Patrick Molinari: *Le droit à la santé : de la solennité des énoncés aux enjeux de l'exercice*, in *Recueil international de législation sanitaire*, vol. 49, n° 1, 1998, op. cit., pp. 41-57. Les analyses modernes envisagent justement ce droit en tant que droit fondamental de la personne humaine, à travers une approche «occidentale» (voir, par exemple, Eric David: *Le droit à la santé comme droit de la personne humaine*, *Revue québécoise de droit international*, vol. II, 1985, pp. 63-115 ; les actes du colloque de La Haye de 1978 de l'Académie de droit international et de l'Université des nations unies : *Le droit à la santé en tant que droit de l'homme*, Leyde, Sijthoff et Noordhoff, 1979 ; Michel Bélanger : *Origine et histoire du concept de santé en tant que droit de la personne*, *Journal international de bioéthique*, 1998, vol. 9, n° 3, pp. 57-61). Une approche différente, plus culturelle, se référant en particulier aux pays du Sud, s'exprime par exemple dans : Jean Rakotoarison : *Introduction au droit à la santé* (in *Les droits économiques, sociaux et culturels, Rapport des deuxièmes journées des responsables des chaires UNESCO et Instituts d'Afrique de l'Ouest et Centrale travaillant dans le domaine des droits de l'homme et de la démocratie*, Cotonou, juillet 2003, pp. 163-176).

A. Le réalisme restrictif du droit à l'accès aux soins de santé

La définition du droit à la santé par le droit à l'accès aux soins de santé est parfaitement réaliste, surtout pour les pays du Sud. Il est incontestable que de nombreuses populations dans les pays pauvres (surtout les populations rurales isolées en brousse) ne disposent pas de soins de proximité, et n'ont d'ailleurs pas les moyens financiers pour en bénéficier. La situation est même aggravée lorsque ces pays connaissent une situation de conflit armé (en particulier non international). Cette définition «première» du droit à la santé se veut donc fondamentalement opérationnelle. Il est certain que l'un des principaux droits fondamentaux de la personne humaine est la possibilité matérielle de bénéficier de soins de santé, ne serait-ce que pour conserver la vie. La question se pose également dans les pays du Nord, en particulier à propos des populations immigrées (notamment les immigrés illégaux) et/ou des sans-domicile fixe. Il y a d'ailleurs en quelque sorte un phénomène d'interdépendance qui s'établit, puisque des foyers d'épidémies peuvent se constituer, présentant un risque d'extension à d'autres populations. La plupart des auteurs qui se sont attachés à la définition du droit à la santé depuis plusieurs décennies, ont ainsi proposé cette définition, certes réaliste et directement opérationnelle, mais que l'on doit pourtant considérer, à notre avis, comme restrictive.

Il convient aujourd'hui de «revisiter» le droit à l'accès aux soins de santé, sans nier, certes, l'utilité absolue de cette définition du droit à la santé. C'est ainsi que deux orientations principales du droit à l'accès aux soins de santé, qui sont fondamentalement complémentaires, doivent être appréhendées. La première orientation consiste dans l'accès à la matérialité des soins. Il s'agit d'abord et avant tout de ce que l'on appelle les soins de base, qui sont des soins de proximité (ce qui, historiquement, a pu être qualifié de «soins de santé primaires»: on sait que l'OMS a mis en avant cette catégorie de soins à partir des années 1970). Ces soins doivent être à la fois quantitatifs (structures et personnels en nombre suffisant, ainsi que médicaments disponibles) et qualitatifs (personnels bien formés, accueil de qualité, médicaments fiables, ce qui concerne aussi bien la médecine moderne que la médecine traditionnelle). Cette approche «technique» est désormais complétée,

autant que faire se peut, par la recherche de la protection des droits du patient : la délivrance d'une information spécifique (liée à l'éducation pour la santé, ou encore la promotion de la santé), l'équité dans l'accès aux soins (par le respect des origines sociales des patients), et le respect de la dignité du patient en tant que personne humaine (notamment par le respect de ses opinions – y compris religieuses). A côté des SSP, on doit ajouter l'accès éventuel à des soins plus sophistiqués (y compris l'accès aux soins palliatifs).

La seconde orientation, bien sûr complémentaire de la précédente, est constituée par l'accès au financement des soins de santé. Il peut s'agir d'aides financières (de l'Etat, des collectivités locales, ou encore de la communauté internationale à travers des Organisations intergouvernementales et des Organisations non gouvernementales), mais également du système d'assurance-maladie.

Cette approche particulière du droit à la santé qu'est le droit d'accès aux soins de santé est celle qui a été le plus largement mise en œuvre, même si elle s'est heurtée et se heurte toujours à des difficultés multiples. Elle est malgré tout restrictive, car elle correspond principalement à l'organisation des soins curatifs considérés comme appropriés.

B – L'idéalisme Constructif Du Droit Au Bien-être

La Constitution de l'OMS a introduit historiquement une innovation dans la définition du droit à la santé, en affirmant que «la santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité» (premier considérant du préambule). Elle retient une conception large du bien-être, qui n'est pas seulement considéré en tant que bien-être sanitaire (à travers ses deux composantes indissociables : le bien-être physique et le bien-être mental) mais aussi en tant que bien-être social. Cette définition n'est cependant pas aussi large qu'on pourrait le penser, car le bien-être présente d'autres dimensions (économique, politique et culturelle). Il n'empêche que cette définition du droit à la santé a été et est encore souvent critiquée pour être (trop) extensive, et, en tout cas, pour ne pas insister sur l'accès aux soins de santé. Autrement dit, elle est considérée comme idéaliste, et donc inadaptée

aux besoins immédiats de nombreuses populations, notamment celles des pays du Sud.

On doit pourtant admettre, et cela se vérifie de plus en plus, que cette définition large présente une utilité certaine. Elle est même directement opérationnelle dans des cas comme la lutte contre les violences. L'OMS l'a ainsi affirmé, à juste titre, lors de la conférence de Beijing de 1995, à propos de la protection de la santé des femmes.

Il faut donc bien appréhender l'intérêt respectif de ces deux approches du droit à la santé que sont le droit à l'accès aux soins de santé et le droit au bien-être. Le mérite de l'approche restrictive est de mettre l'accent sur la fonctionnalité immédiate du droit à la santé, alors que l'utilité de l'approche extensive consiste à étendre sur le long terme les applications du droit à la santé. La seconde approche nous semble en réalité la plus utile, puisque, de toute façon, elle englobe l'accès aux soins de santé. Il subsiste pourtant un autre débat.

II. La Nécessité De La Prise En Compte Des Différentes Composantes De La Protection De La Santé

Un second débat tend à s'élever à propos du contenu du droit à la santé, pour savoir quelles sont les composantes exactes de la protection de la santé. Le concept même de protection de la santé n'a jamais été véritablement défini dans sa globalité, et apparaît comme étant particulièrement complexe.³ Des réponses peuvent être apportées, mais elles restent imparfaites.

A. Le Droit À La Sécurité Sanitaire Comme Solution Générale Envisageable

Les composantes du droit à la santé tendent à se multiplier, et, ainsi, à se renforcer. Elles sont d'ailleurs en situation de complémentarité. Un exemple, particulièrement significatif, est celui de l'information/

³ Voir les actes du colloque de Paris de mars 2005 de l'Association française de droit de la santé : La protection de la santé publique (*Revue générale de droit médical*, n° spécial, 2005).

éducation pour la santé (IES), à qui ont été ajoutées successivement la promotion de la santé et la communication en santé.

Il a été récemment proposé de définir le droit à la santé par le droit à la sécurité sanitaire.⁴ Cette tentative de solution est moderne, dans la mesure où elle met en œuvre l'approche «positive» de la santé, et non plus, comme cela a été le cas pendant des siècles, l'approche «défensive» de la santé (le mécanisme de la «quarantaine» a été l'exemple type de l'application de cette approche). La «sécurité sanitaire» apparaît comme une traduction moderne de la «protection de la santé publique».⁵ Plusieurs «affaires» (comme celle du «sang contaminé», ou encore celle de la «vache folle» – la maladie spongiforme bovine) ont amené à mettre en place une nouvelle construction juridique, axée sur la notion de sécurité sanitaire. Il est en effet impératif qu'il y ait une réelle et complète «sécurité de la santé» (selon l'expression qu'emploie l'OMS, afin de lutter, par exemple, contre le développement des maladies nosocomiales. L'approche «positive» de la sécurité sanitaire est, en réalité, utilisée depuis plusieurs décennies, en particulier par l'OMS: on peut, à ce titre, citer notamment l'emploi de la technique de la vaccination systématique dans le cadre de la mise en œuvre du programme élargi de vaccination (PEV).

B. Les Difficultés D'une Définition Apodictique Du Droit À La Santé

La définition du droit à la santé est fondamentalement évolutive. On doit évoquer, tout spécialement, l'intégration historique de la notion de prévention sanitaire dans cette définition. On sait que l'OMS fait aujourd'hui largement appel à cette notion. Un exemple significatif d'élargissement récent de la définition du droit à la santé par l'appel à la prévention est fourni par le droit communautaire européen de la santé. Il s'agit de l'art. II-95 du projet de traité portant Constitution européenne, qui énonce: «Toute personne a le droit d'accéder à la

⁴ Cf. M. Bélanger: Une solution dans le débat sur le droit à la santé? Le droit à la sécurité sanitaire (Mélanges Dubouis, 2002, pp. 767-775).

⁵ Cf. M. Bélanger: La protection de la santé publique: aspects européens et internationaux (in AFDS: La protection de la santé publique, 2005, *ibid.*, pp. 21-30).

prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales ...»: cette définition élargit ainsi le droit à l'accès aux soins de santé, en associant les soins préventifs aux soins curatifs.

On doit toutefois considérer que la définition du droit à la santé par le droit à la protection de la santé est ambiguë, et cela pour deux raisons principales. Tout d'abord, une confusion est faite entre les trois approches possibles de la protection sanitaire:

- l'approche «positive» de la protection est certes affirmée: c'est ainsi qu'aujourd'hui, dans de nombreux textes juridiques nationaux et internationaux, la notion de «niveau élevé de protection de la santé» est mise en exergue;

- mais l'approche «défensive» de la santé n'est pas formellement écartée: elle se retrouve notamment dans le règlement sanitaire international (RSI) de l'OMS (la fièvre jaune en tant que «maladie quarantenaire»), ou encore en droit communautaire européen de la santé (avec, tout particulièrement, l'art. 30 du traité CE retenant la notion de «réserve de santé publique»);

- et, de plus, une approche «statique» de la protection est parfois retenue, avec la prise en compte de la simple sauvegarde de la santé.

Ensuite et surtout, l'affirmation du droit à la protection de la santé peut servir de justification pour l'adoption de mesures restrictives, aussi bien:

- aux échanges économiques internationaux : le RSI (qui est à nouveau en cours de révision) stipule ainsi, dans son art. 23, que «Les mesures sanitaires permises par le présent Règlement constituent le maximum de ce qu'un Etat peut exiger à l'égard du trafic international pour la protection de son territoire contre les maladies soumises au Règlement»;

- qu'à l'exercice d'autres droits fondamentaux de la personne humaine : il en est ainsi, tout particulièrement, du droit à la libre circulation des malades.

En définitive, il n'existe pas de définition absolue du droit à la santé. En revanche, les avancées récentes de la réflexion consacrée à ce droit fondamental de la personne humaine établissent des perspectives de déblocage d'un double débat (notamment celui opposant les tenants de la définition stricte et les partisans de la définition large du droit à la santé) plus ou moins stérile. Il n'empêche qu'il faut veiller à ce que le droit à la santé ne soit pas, ne soit plus, un droit à plusieurs «vitesses».

A Complementary Note on the Biography of Richard Honig

Ahmet MUMCU*

The article published in the opening pages of the first issue of *DIGESTA TURCICA* was the text a very important lecture delivered by Richard Honig in 1933 at the University of Istanbul. This text was published the same year, as an article. We published the reprint of this article as the first item of our journal (see *DIGESTA TURCICA*, Vol. 1, No. 1, 2005, at 13-21). Richard Honig was a prominent jurist who fled from Nazi persecution and took refuge in Turkey.

We encountered some blank points in the biography of Prof. Honig. Our colleague Dr. Barbara Huber, of whom you can find a most interesting article in this issue told us that she had read our first issue with great enjoyment. The fact that Richard Honig was given a prominent place had made her most happy. Because, Honig had been the advisor (*Doctorevater*) of Ms. Huber's doctoral dissertation. She sent us a reprint of one of her articles, which completes the gaps in Prof. Honig's curriculum vitae.

The book in which the article is published has a very interesting title: "*Deutsche juristen jüdischer Herkunft*" (German Jurists of Jewish Origin)¹. Such a work in the post-war Germany probably demonstrates what a big shock this nation went through. The resumes of famous German jurists of Jewish origin are narrated in the book. Dr. Barbara

* Prof. Dr., Başkent University, Faculty of Law.

¹ Barbara Huber, *Deutsche Juristen Jüdischer Herkunft* [Eds.: Heinrich Franzki; Schmalz, Stollies], Beckische Verlangsbuchhandlung, München 1993 (S. 745-765).

nig. With the help of Ms. Huber's article we are, now, in a position to fill the gaps existed in the first issue of *DIGESTA TURCICA* Below is the additional information:

Honig arrived in Turkey in 1933 by signing a contract of work at Turkish Universities and stayed in Turkey until 1939. After the break of Word War II, he was worried about a possible German invasion of Turkey and , therefore, left Turkey for the United States. However, as he later acknowledged, he was not altogether comfortable in the United States which was at war then and he missed his times of tranquility in Turkey.

By the end of the World War he was already a very well known academic in the United States and he turned down an offer of a position as a professor at Göttingen University. After he became an emeritus professor at the age of 64 he started going to regulary Göttingen after 1954 to teach summer courses there. In the meantime, he conducted several researches in the field of American and German Criminal laws

He died in Göttingen on 25 February 1981 at the age of 91. He was buried in Princeton, USA next to the grave of his beloved wife.

It is important to note that during his years in Turkey all of his text-books were published in Turkish. Dr. Huber , in a sense, pities that these text-books did not receive the recognition they deserved in other countries because Turkish was not a widely known language. But for us the fact that these books were in Turkish indicates how he was devoted to the young Turkish Republic and willing to contribute to the enlightenment of new Turkish generations.

The Normative Framework against Child Abuse in European Supra-national and German Law -an Overview

Dr. Barbara HUBER*

1 . Introduction: the actual problem

Since the early nineties of the last century, sexual exploitation of children has spread from the intimacy of the family sphere and neighbourhood into the global sphere of countries with attractive holiday appeal. Therefore, child prostitution, child pornography, sex tourism, trafficking in women and girls, and other forms of sexual abuse of children have become a prominent political topic only since the last decade when pressure by public campaigns-like the International Campaign against Child Prostitution in Sex Tourism-led to greater awareness of the seriousness of the problem in governments and supranational institutions. Congresses, such as the one addressing the Commercial Sexual Exploitation of Children in Stockholm in 1996,¹ and the European Conference on Preventing and Combating Trafficking in Human Beings in Brussels in September 2002,² had a significant effect on legislative activities both nationally and supranationally. A large number of international organizations, including the

* Senior Research Fellow, Max-Planck-Institute of Foreign and International Criminal Law, Freiburg/Germany.

¹ International Congress, "The Commercial Sexual Exploitation of Children," Stockholm, 27 to 31 August 1996; see also: German Federal Ministry of Justice, Documentation of Materials on Sexual Abuse of Foreign Children by German Citizens, Bonn 1996.

² See Brussels Declaration, adopted at the European Conference on Preventing and Combating Trafficking in Human Beings-Global Challenge for the 21st Century, 2002.

International Office of Migration (IOM) (which is presently engaged in the southeastern region of Europe and involved in assisting the governments in establishing national counter-trafficking policies, conducting preventive information campaigns, and implementing research,³ and Terre des Hommes, have an immeasurable influence on the formation of public opinion and raising the awareness of responsible authorities and legislators.

The victimization of children as the sex objects of men has many facets:

(1) Tourism, with the aim of exploiting child prostitution, is a leisure activity of white western European men. The geographic targets change, including an increasing number of countries in Asia, Africa, and Latin America. Since the dissolution of the former Soviet Union, the 12 CIS States offer less distant destinations, offering a widely-used reservoir for victims of sexual exploitation.

(2) Child prostitution is a common phenomenon in eastern European countries where economic conditions, particularly those of women, deteriorated drastically after the fall of communism. In Poland, Russia, the Baltic countries, the Czech Republic, and Slovakia, many women try to make a living off of prostitution because they are unemployed. Family break-ups as a consequence of economic misery bring young girls into prostitution, who not seldom have been abused by their fathers and brothers. From these groups touts recruit by violence, false promises of marriage, adoption, or work. Women and girls are then brought into Western countries, where they are kept as sex slaves in brothels, bars and other establishments. Some 10-30% of all east European sex workers are minors; from Albania alone, 80% of persons trafficked into foreign countries are teenage girls under 18. Trafficking in women and children has become an organized business on fixed routes from Eastern countries into the west.⁴

³ See, as an example, International Organization for Migration, *Counter-Trafficking in Eastern Europe and Central Asia, 2003*; "Zimic, Kavcic, Pajnik, Lesjak-Tusek, *Where in the Puzzle: Trafficking from, to and through Slovenia*," Ljubljana 2003.

⁴ For details, see International Conference on Child Trafficking, Rome, Dec. 2002.

(3) Closely related to child sex tourism is child pornography: the exploitation and abuse of children by violence and intimidation is not only a condition for the production of such material, but also the consequence of its consummation. The profit rate for these products depends upon the victim's youth; the lesser signs of maturity, the more profitable the product.

Criminal law is one small cog in the machinery to fight these offences; the law must also be flanked by other mechanisms, like better co-operation and co-ordination on the international level, prevention by eliminating the root causes, awareness raising and training, police and judicial co-operation, and victim support. The long list of legal instruments, created by European supranational institutions, gives evidence of the growing significance attributed to the problem of sexual exploitation as such, and to the special role of children –boys and girls– abused and sometimes sacrificed to gratify the sexual desires of men.

[When speaking of supranational institutions in Europe, I am referring to the European Union and the Council of Europe.]

2. Supranational activities in Europe (European Union and the Council of Europe)

Children are expressly protected by the Draft EU Convention on a Constitution of 2003⁵: the employment before school-leaving age is generally prohibited (Art. II-32 EU Const.); Article 5 outlaws the holding of a person in slavery or servitude, forced or compulsory labour and the trafficking in human beings. The forms taken by modern slavery are prostitution, domestic slavery and other forms of sexual exploitation. Children are further protected by Article 24, which guarantees them the right to such protection and care as is necessary for their well-being, and in all actions relating to children, the child's best interest must be a primary consideration. Several instruments on the EU level try to implement these basic rights, generally including chil-

⁵ Convention on the Constitution for Europe of 18 July 2003, Official Journal 2003 C 169/01.

dren as most vulnerable beings in the ambit of their goals or making them the main target of protection.

2.1 Trafficking in Human Beings: The Member States of the European Union (MS) are expected by 1 August 2004 to transfer into their domestic legislation the *Council Framework Decision of 19 July 2002 on combating trafficking in human beings*,⁶ one of the main instruments in the area of exploitation of women and children. It complements the work done by the UN in the *Protocol to prevent, suppress, and punish trafficking in persons, especially women and children* for the European area. It contains common definitions, incriminations, and sanctions, thus trying to overcome the divergences of legal approaches among the member states, and contributes to the development of an efficient judicial law enforcement cooperation against trafficking. It provides that the MS must make punishable all acts relating to the trafficking in human beings. These acts are meant to be criminal when committed „for the purpose of.....the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, including pornography: (see art. 1 § 1).⁷ The instrument provides a common sanctioning framework for all MS (Art. 3 (2)) and postulates close collaboration on the police and judicial level. It covers children below the age of 18 years as well, making their victimization a reason for a heavy maximum penalty⁸ and calling for their special protection and assistance.

Closely connected with the Council Framework decision are further instruments like the *Council Regulation of 20 October 2003 on initiatives to combat trafficking in human beings*⁹ which calls on the MS to ratify and

⁶ Official Journal L 20, 629 JHA/2002 of 1 August 2002 p.1; this Framework Decision abrogates the Joint Action 97/154/JHA of the Council of 24 February 1997 to combat trafficking in human beings and the sexual exploitation of children (Official Journal L 63 of 4 March 1997 p. 2) insofar as it concerns trafficking in human beings.

⁷ The instrument refers to the additional protocol of the United Nations on the prevention, combating and punishing of trafficking in human beings, particularly in women and children. UN GV Res. A/55/383.

⁸ Art. 3(2)(b): imprisonment with a maximum penalty not less than 8 years when committed against a vulnerable person/child.

⁹ Official Journal C 260 Of 29/10/2003, pp. 4-5.

fully implement all international instruments and conventions against trafficking and proposes monitoring systems in order to provide data for better cooperation. In March 2003 the Commission adopted its *Decision*¹⁰ *setting up a consultative Experts Group on Trafficking in Human Beings* which shall help to implement the Brussels Declaration. This so-called *Brussels Declaration on Preventing and Combating Trafficking in Human Beings* was the result of an important conference convened on 18-20 September 2002 upon the initiative of the European Commission by the International Organisation for Migration (IOM).¹¹ A comprehensive European policy was demanded at that time, addressing the entire trafficking chain (countries of origin, transit and destination alike), all persons involved and all forms of exploitation including sexual exploitation, child labour and begging.

2.2 Sexual Exploitation: Closely related to the trafficking in human beings is the sexual abuse and exploitation of children, which has been the subject of various initiatives on the EU supranational level. These initiatives call for harmonization of legal concepts, and the classification as criminal offences paedophile activities, child sex tourism, child pornography, and failure to inform the authorities of paedophile acts or child abuse.¹² The most recent *Council Framework Decision (2004/68/JHA) of 22 December 2003 on combating the sexual exploitation of children and child pornography*¹³ takes account of the increasing and spreading occurrence of these offences through the use of new technologies and

¹⁰ Official Journal L 79 of 26.3.2003 – Experts Group on Trafficking in Human Beings.

¹¹ The conference assembled over 1000 representatives of the EU MS, candidate countries, neighbouring countries like Russia and Ukraine, as well as the USA, Canada, China, and several NGOs.

¹² See European Parliament Resolution on the Commission Communication on combating child sex tourism (COM(96) 0547 C4-0012/97) and the aide-memoire on the European Union's contribution to reinforce the prevention of sexual abuse and exploitation of children (C4-0556/96), Official Journal C 358 of 24/11/1997, p. 37; Resolution of the European Parliament of 11 April 2002; Action Plan of the Council and Commission Official Journal C 19 of 23.1.1999 p.1; European Parliament Resolution of 30 March 2000 on the Commission Communication on the implementation of measures to combat child sex tourism.

¹³ Official Journal L 013 of 20.01.2004, p. 44-48.

the internet. Striving to complement the important works performed by international organisations, it sets out to offer a comprehensive approach to MS in which the constituent elements of criminal law common to all MS, including effective, proportionate, and dissuasive sanctions, form an integral part together with the widest possible judicial cooperation. Each MS shall take the necessary measures to ensure that certain typical conduct concerning sexual exploitation of children and child pornography shall be made punishable (Art. 2 and 3). Penalties shall be imprisonment of at least between one and three years, and in certain circumstances even five to ten years maximum penalty (child below age of sexual consent, serious harm, organized group involved, life endangered, etc.) (Art. 5). Temporary or permanent prevention from professional activities related to the supervision of children is demanded of natural persons who have been convicted of one of the more serious offences. Irrespective of terms of prescription, offences of this kind can still be prosecuted after the victim has reached the age of majority (Art. 8(6)). Protection and assistance to victims and their families also form part of the comprehensive approach. The MS are obliged to comply with the Framework Decision by January 2006 by introducing provisions into their national criminal laws. The combat against sexual exploitation is, however, not only conducted by means of the criminal law; supporting measures like the encouragement of information of prosecuting agencies by internet users, the establishment of specialist units in law enforcement agencies, speedy cooperation between the MS to facilitate effective investigation, informing of Europol, dialogues with industry, and encouragement of voluntary or binding measures to eliminate child pornography are all proposals and suggestions that have been made by the European Council.¹⁴

Child pornography is not only a deep concern of the EU organs; the Council of Europe has also focused on the protection of children against sexual exploitation since its Recommendation No. R (91) 11 concerning sexual exploitation, pornography, and prostitution of and trafficking in children and young adults; in 2001 the Council sought to strengthen protective measures for children, including their protection

¹⁴ See Council Decision of 29 May 2000 (2000/375/JHA) to combat child pornography on the Internet. Official Journal L 138 of 9 June 2000 p. 1-4.

against sexual exploitation by modernising criminal law provisions to more effectively circumscribe the use of computer systems in the commission of sexual offences against children in its comprehensive *Convention on Cybercrime* 2001 (Art. 9).¹⁵ The provision criminalises various aspects of the electronic production, possession, and distribution of child pornography. National legislators are thus encouraged to modernise their laws, which generally still deal with the traditional production and physical distribution of child pornography. Penalties again shall be effective, proportionate, and dissuasive, demonstrating the serious nature of the offences.¹⁶

3. Implementation of supranational instruments in the MS Germany

3.1 The Federal Republic of Germany has, like most countries in Europe, fully recognized that there is a major problem regarding crimes against young children and juveniles and has taken serious steps in recent years to counter the danger caused by individual offenders and organised groups in this respect. In 2003 the German Government agreed on an Action Plan for the protection of children and juveniles against sexual violence and exploitation. The plan contains an overall concept concerning the fight against abuse of children, child pornography (on the internet), trafficking in children, and child prostitution. This meant that the criminal law was to be strengthened once again, though former amendments of 1993 already increased penalties in this area and introduced new provisions. Besides the weapons offered by the criminal law –which generally intervenes too late– prevention and intervention shall take a more central position; special preventive measures and support are envisaged in addition to penalties, focusing on children, parents, police, justice and the agencies of tourism.¹⁷ Further, international cooperation and prosecution shall be improved¹⁸

¹⁵ Convention on Cybercrime of 8 November 2001, ETS No. 185.

¹⁶ For more details see Convention on Cybercrime – Explanatory Report as adopted on 8 November 2001, explanation to Art. 9, no. 91 ff.

¹⁷ See Federal Government, Action Plan for the Protection of Children and Juveniles against Sexual Violence and Exploitation, January 2003.

¹⁸ See Framework Decisions of the European Council regarding the trafficking in

and offers of support and counselling shall be promoted by closer and more efficient networks. Discussion of the normative details will be discussed below.

What do we know about the factual situation as to sexual crimes, and the seriousness and number of offences committed against children in Germany? We read and hear about spectacular crimes of abuse of children in the media,¹⁹ there are the murders, the pornography rings, and the media reports on atrocious use of children in satanic cults and rituals. We know that four out of five abuse cases are committed by men well acquainted with or even related to the child; only between 15 % to 25 % of the girl victims did not know the aggressor; we know that girls are four times more often abused than boys, but that the number of abused boys and very young children is rising. We know that 90% of the offenders are men and 80% of them older than 21 years. We know that cases in which teachers or other persons of trust are involved show a high clear-up rate while other cases are difficult to investigate successfully. It is obvious that the number of sexual offences against children has not risen in recent years-there is an 'expressive constancy' to be noticed. However, sexual abuse of children has been the sexual offence most registered: police statistics from 2002 show 16,000 registered entries, forming nearly one-third of all sexual offences registered by the police. In addition, there were 2,642 cases of ill-treatment of children. A considerable rise in cases of internet-related child pornography was noticed in 2001: possession or providing of child pornography rose by 72%.²⁰

However, all these facts do not say much about the real state of sexual crimes against children. It is impossible to give a reliable picture; real figures are scarce, and the dark number is enormous. There is so far no official representative criminological inquiry which has been able to shed light upon the reality of the situation. Academics estimate that for each case which reaches the police, 20 or even 30 cases go

human beings, sexual exploitation of children and child pornography; above 6.

¹⁹ Montessori case, District Court of Münster; the Mainz abuse of children case, District Court Mainz.

²⁰ Nevermann-Jaskolla, *Das Kind als Opferzeuge im Strafverfahren*, Frankfurt 2004, Einleitung, p. 25.

unreported. Not all offences are committed in Germany; sex tourism takes many offenders into other countries, where they take advantage of children and shoot pornographic videos and films, but these crimes never enter official German statistics. It should be noted, however, that in recent years the number of victims who inform the police is rising. It may be that the actual number of these offences is rising, but it may also be that people are better informed and more willing to overcome the wall of silence surrounding this subject, thus breaking the taboo.²¹

3.2 Trafficking in Human Beings: The Government's most recent legislative proposal intends to transfer the international UN and EU instruments with respect to trafficking of human beings into German law, thereby creating a broader legal basis for the fight against sexual exploitation of women and girls. It can be stressed that German criminal law has already been reasonably successful when regarding the growing number of convictions for trafficking. Already in 1992, after the opening of borders to eastern European countries, the legislature reacted against the more sophisticated forms of trafficking by creating more subtle offences and increasing the penalties in order to protect foreign women and girls more effectively. Previously, only acts of recruiting women committed on a regular and gainful basis (*gewerbsmässig*) were punishable; now, a single case of pushing a woman into prostitution against her will became an offence when committed for profit. Recruiting women in a foreign country for prostitution was made an offence even when they were already working in prostitution in their home countries. Also, recruitment under false promises, such as to arrange a marriage or adoption, was covered as punishable act. New legislation will now unify these substantive provisions and make them more easily applicable through clearer formulation.

For some time, a primary objective has been to punish the sexual exploitation of minors, not only in Germany, but on a global basis. To achieve this, a gap-caused by the double punishability principle in German criminal law—was closed in 1992. Before this time, a German citizen who abused a child in another country could not be held liable when the age of protection there was lower than in Germany;

²¹ Däubler-Gmelin/Speck, *Sexueller Missbrauch*, 1997, pp. 105 ff.

say 12 years, and not 14 years as in Germany. Now, all acts of abuse in a foreign country committed by Germans can be punished under German law. Though this change led to a few more convictions, the dark figure is still considerable. A main aspect of the present reform is that not only trafficking aiming at exploitation by prostitution will be an offence, but also trafficking for the purpose of using the victim in peep-shows or for pornographic performances and acting.

3.3 Legislative framework: A quick look into the German Criminal Code (CC) presents the following framework:²²

Children under 14 are protected against *sexual acts* by § 176 CC, providing a flexible penalty frame of 6 months to 10 years adaptable to the seriousness of a wide range of acts. Less serious acts can be punished by a fine. Committing sexual acts with young persons under 18 in the *care or under the protection* of the offender is punishable with imprisonment up to five years; the provision aims at the protection of sexual freedom and unspoiled sexual development of children in a position of dependency for educational or other reasons (§ 174). The *instigation of children to perform sexual acts* is also covered by this provision as is the *showing of pornographic material*. There are aggravating circumstances qualifying the act as a crime, such as sexual penetration, commission by several persons, causing of serious danger to the child's health or damage to the child's physical or mental development, or repeated commission of such an act during the last 5 years. Punishment shall not be less than 1 year imprisonment, or not less than 5 years in case of serious ill-treatment during the act, or when causing a danger to life (§ 176a). If the child's death is caused at least by gross negligence (*leichtfertig*) by the act of sexual abuse, the penalty is imprisonment for life or imprisonment for not less than 10 years (§ 176b).

The promotion of sexual activity of minors under 16 years, by or in the presence of a third person by mediation or granting or procuring an opportunity (§ 180), or the inducement of a person below 18 years to perform sexual acts upon or in the presence of third persons for re-

²² The most recent amendments were introduced by the reform of the sexual criminal law of 5 September 2003.

muneration (including gratifications of all kinds, not only money), can be punished with up to three and five years respectively. The offering of housing for prostitution to a minor below 18 years is also a criminal act. Male and female young persons under the age of 16 are equally protected against sexual abuse by persons over 18 or 21, respectively, who exploit circumstances of necessity or pay money for active or passive sexual acts (§ 182).

In the field of trafficking for the purpose of bringing the victim into the prostitution business the fact that a girl or woman is under 21 years old is an aggravating element and can be punished with imprisonment up to 10 years. Only in May 2004 did the German Parliament introduce a bill to increase sanctions in this field, thereby transferring the EU Instrument against trafficking in women into German law. At the same time it was stressed that the victims shall receive more support and counselling when re-adjusting to a normal life in Germany or in her home country.

In the wide area connected with pornography, children are highly endangered because child pornography is a growing industry. As sex tourists seek out very young children, the pornography industry is also turning to younger and younger children in order to satisfy the desires of its clients. In this field the legal good to be protected by the criminal law is twofold: young children are protected against being abused as actors in pornographic scenes, but also against the influence by pornographic material to which they are exposed. However, unlike in the United Kingdom, it is not the public moral which shall be protected against immoral destruction.²³ German criminal law covers the whole chain of child pornography: production, distribution and provision of access, import and export, as well as providing activities and possession.

Thus, children under 18 years are protected by the special provision of § 184 against being exposed to the influence by pornographic

²³ The provisions of this part of the sexual criminal law belong to the very core of the criminal law; additionally, we find special laws aiming at the protection of young persons or morals (Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften und Medieninhalte/GjSM); the media laws and telecommunication laws also contain regulations to this end (Mediendienste-Staatsvertrag/MDSStV).

material in printed and all other modern technical forms. Whoever offers for sale or simply hands out such material with sexual content to children and young persons, or allows them to gain access to it; or who produces, buys, stores or imports such material in order to make it available to young persons and children, can be punished by imprisonment of up to one year. The distribution of so called hard pornography—showing violent scenes, sexual abuse of children under 14, or sodomist acts—is absolutely prohibited, and the penalty for this offence can be imprisonment for up to three years, or even 10 years when the material reproduces a real or realistic event of child abuse. Dissemination by television or wireless broadcasting is also made a criminal act for which the responsible person of the television corporation, etc. can be held liable. Thus, in some of its alternatives here, the criminal law incriminates those in possession of child pornography alone in order to protect the mental development and sexual orientation of children and young persons, treating the consumer of illegal goods as a criminal offender because he perpetuates the market (like a consumer of illegal drugs). In particular, the downloading and saving of child pornographic material from the internet is made an offence punishable with imprisonment of one year. Less questionable, however, is the other legal alternative aiming at potent producers of child pornographic material, the paedophilic gangs and the persons who put the material on the Internet; namely, the providers. This new technical means for the distribution of illegal material has considerably increased the demand for child pornography, as well as other forms of pornography.

A specific and very real problem in this field, which will not be addressed in detail here, is the question of criminal liability/responsibility for production and distribution of child pornography in computer networks. Can the network provider, the access provider, and the host service provider, whose infrastructure has been abused and who could probably have inhibited the spreading of data, be held responsible in addition to the author?²⁴ For this highly controversial area, suprana-

²⁴ For a more thorough discussion of these problems, see Sieber, *Kinderpornographie, Jugendschutz und Providerverantwortlichkeit im Internet*, Bonn 1999, S. 32 ff. with further references; Sieber, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Datenverkehr in international Computernetzen*, *Juristenzeitung* 1996, 429 ff.; for a legal solution see German *Teledienstgesetz* (Teleservice Act) §§ 8 ff.; Scholz/Liesching, *Jugendschutz, Kommentar*, 4th ed. 2003 p. 426 ff.

tional legislation in Europe like the Convention on Cyber Crime,²⁵ the EU Council Framework Decision on combating the sexual exploitation of children and child pornography,²⁶ and the former EU Council Decision to combat child pornography on the Internet²⁷ offer models for the MS to shape their laws according to a common standard and in such a fashion as to cope with the revolution in information technology, which has changed society fundamentally and will continue to do so in the near future.

Final remarks:

This discussion of the normative developments against child abuse in the European context is necessarily limited, as it is dealing only with a segment of the European legal situation. The procedural aspects and difficulties connected with the investigation and prosecution of sexual crimes against children, and the issue of children as witnesses and victims, are beyond the scope of this paper for reasons of space.

The acts described as sexual offences against children in criminal codes look fairly abstract when read in legal language; however, they reveal their cruel, child-despising character when followed in the reality of criminal trials, or seen in television reports and films. The contempt of children and young persons whose lives are stigmatized, and sometimes even destroyed forever, for the fulfilment of the sexual ambitions of some men coming from civilized societies, is difficult to understand-especially for women, in the author's opinion. As customers of a market for sexual services offered by organized gangs or, as the case may be, by perverted individual offenders, these men make the sex trade a profitable one.

The most reasonable method of prevention in this area would be to eliminate the market by changing the sexual attitudes of the customers-an impossible task, as we all know. Equally illusionary would

²⁵ ETS No. 185 of 8 November 2001.

²⁶ Framework decision of 2004/68/JHA of 22 December 2003, Official Journal L 013, 20.01.2004 p 44-48; see also the following note 23.

²⁷ Council Decision of 29 May 2000 to combat child pornography on the internet (2000/375/JHA), Official Journal L 138 p. 1 ff. of 09.06.2000.

be the proposal to improve the economic and social situation in poor countries in which even young children are driven to turn to prostitution, to become actors in pornographic material, or to follow false promises of a better way of life in more affluent societies. Therefore, we have to resort to the regular measures of traditional criminal law to induce prevention. The evolution of sexual criminal law, and the improvement in its reaction against illegal sexual acts, clearly shows a more serious punitivity in order to create more security in the population; security and risk prevention are emphasized, and the problem of the dangerous and violent abuser is accentuated. Zero tolerance and risk reduction on the one hand, and victim protection on the other, are the hallmarks of the reform in this field. Criminal law becomes an easy means to solve problems; it is placed at the forefront by the close connections existing between mass media, criminality, public opinion, and criminal policy. New incriminations and increase of penalties demonstrate, by way of mass media support, the ability of governments to react to risk situations.

However, besides criminal law and increased sanctions, which alone are not sufficient to fight successfully against sexual abuse of children,

- we need preventive measures to be strengthened by enhancing public awareness, education, and information;
- we need the development and financial support of multi-disciplinary agencies for the identification of sexual exploitation of children and for appropriate support or treatment to the victims;
- we need encouragement of the media and of internet providers to act in a responsible way and to contribute constructively to a general awareness of sexual exploitation;
- we need the harmonization of criminal laws, and global punishability of offences, whether they are committed within or outside national territory;
- we need effective international cooperation of investigating and prosecuting agencies,

- we need to develop a system of compensation to the victims and their families, among many other measures.

For those wishing further information on the subject, please refer to the recommendations of the Brussels Declaration and of the various supranational instruments, which worked out comprehensive lists of measures both in general and specifically relating to pornography, as well as prostitution of and trafficking in children in particular.

In the heat of this necessary fight for the protection of children, we should not forget that there is always the danger of bringing persons before the prosecuting agencies who are not offenders, who have not committed any sexual act against a child-persons who become victims of false accusations for reasons of revenge or otherwise. From this perspective, lives can also be destroyed, because fair trial may not be granted and the eagerness and climate of punitivity in a society can lead to a “witch hunt” and innocent victims.²⁸

²⁸ See the recent French trial for paedophile offences at St. Omer, which collapsed after the suspects spent several ear in pre-trial detention, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 21 May 2004. Call for anonymity after abuse suspect’s suicide, *The Times*, 21 April 2004.

Psychiatry and Law

Use and Abuse of a Delicate Profession

Günsel KOPTAGEL-İLAL*

Science, which is created and developed by human beings and is an inseparable part of human life, exists in an interactive relationship with the social, environmental, and political conditions of human society. The social sciences, notably philosophy and history, are vulnerable fields of human sciences; they are particularly susceptible to being distorted from their real function in order to achieve certain objectives that may not always be ethical. Such distortion happens quite often in societies where political or other authoritative pressures predominate over notions of liberalism and human rights. Among all social sciences, however, psychiatry is most vulnerable to ethical misuse. This vulnerability can be attributed to psychiatry's power of individual therapeutic influence, in addition to its situation between the concrete and abstract sciences as both a medical practice and a collection of philosophical theories. The practice of psychiatry therefore demands special attention to the ethical aspects of the profession. The material which psychiatry deals with is, by definition, very delicate. Psychiatric patients may not always be able to have conscious and voluntary control over the therapeutic procedures applied to them; furthermore, under the burden of their psychological sufferings, patients may be open to sug-

* Prof. Dr. Med., Psychiatrist and Psychoanalyst, Professor Emeritus of Psychiatry, Istanbul University; President of the Turkish Society for Psychosomatics and Psychotherapy, Member of the Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment (CPT) of the Council of Europe.

gestions or influences which they may be unable to realistically or rationally evaluate. It is therefore necessary to provide legal measures for the security and protection of the rights of psychiatric patients.

The issue of psychiatric patients' rights was taken up within the frame of human rights discourse considerably later than other issues. For centuries, mentally disturbed people were kept under miserable conditions and treated very badly. It was only at the end of the 18th century, after the French Revolution, that the French psychiatrist Dr. Pinel freed the patients at the Salpêtrière asylum in Paris from their chains. This act was considered a revolution in the history of psychiatry. At this time, there began a slight interest in the situation of the mentally ill, but this was for the most part limited to a minor improvement of their accommodations, from the abjectly miserable to a relatively less miserable degree. Nevertheless, psychiatric patients were still not considered fit for commonly accepted human rights at this time. Another century had to pass before consideration of their legal situation began.

The application of medical knowledge to legal questions, and the assessment of a person's mental capacity for the execution of penalty, has a long history. Despite the fact that psychiatric expertise has been part of the background legal work for many cases, this cannot be considered as a recognition of the human rights of a mentally disturbed person. Rather, psychiatric evaluations were simply used as an aid to the legal procedure, in order to enable correct legal decisions to be taken.

In the second half of the 19th century, voices began to be heard for the humane treatment of delinquents and mentally sick persons. Cesare Lombroso (1835-1909), the Italian anthropologist and criminologist, was one of these voices. In his famous book titled *L'Uomo delinquente* (Criminal Man), published in 1976, Lombroso measured the shape and size of criminals' heads and concluded that they displayed atavistic traits that were throwbacks to primitive man. He implied that the criminals were born with inherited anti-social traits. Yet, at the same time, Lombroso also advocated humane treatment for criminals. He argued for making rehabilitation the chief goal of penology, and spoke against the routine employment of capital pun-

ishment.¹ Around the same time, the Swiss psychiatrist Eugen Bleuler (1857-1939) grappled with forensic issues, and stood up for the improvement of punishment conditions and the legal situation of the mentally ill.² Although Bleuler regularly prepared forensic reports, he was mainly a clinician working with psychiatric patients of all kinds; his primary interest, however, was focused on psychoses. As a result, Bleuler is best known for introducing the concept of schizophrenia in 1911, which replaced the old terminology "*Dementia Praecox*" in the diagnostic list. In his expert's reports, Bleuler accepted the existing system for the administration of justice for the most part; however, this was primarily for practical reasons. He always remained a critic of criminal law, and defended the idea that punishment should not be based on the moral guilt of the perpetrator, but rather on the prospect of curing him. Bleuler engaged himself in improving the conditions of accommodation, hospitalisation procedures, and treatment of not only those serving time in the penal system, but also of all other mentally sick patients. He realized these improvements in the best possible way at the Burghölzli university clinic, where he acted as director for 29 years, until his retirement in 1927.³ During his career, Bleuler introduced modern treatment methods, such as including the family in the treatment process, providing occupational therapy possibilities, and encouraging the patients to learn work skills suitable for their capacities. This was the pioneer effort resulting in what is today a set of *sine qua non* rules in psychiatry hospitals.

Abuse of psychiatry

In spite of the rising tendency within the general public to defend human rights, the rights of patients with mental disorders still remained at the bottom of the human rights agenda until the middle of the 20th century. However, the use of psychiatric expertise reports

¹ Cesare Lombroso, http://www.brainencyclopedia.com/encyclopedia/c/cc/cesare_lombroso.html

² Moeller, A., Hell, D., 'Eugen Bleuler and forensic psychiatry', *International Journal of Law and Psychiatry*, 2002 Jul-Aug, 25(4):351-60.

³ Amrein, J., 'Eugen Bleuler (1857-1939): "Psychiater, Schizophrenievater, Burghölzli-Direktor," <http://www.getwellness.ch>

became almost a routine part of many legal processes. With the development of forensic psychiatric investigation procedures, it became possible to distinguish mentally disturbed criminals from conscious and wilful perpetrators of crime. Yet, this did not mean that psychiatry was always used for the benefit of innocent people or in a just manner. There were occasional attempts to use psychiatry for attaining political or other objectives that would otherwise be difficult to realize. The tutelage, abdication and death of Ludwig II, King of Bavaria, is a famous example occurring in 1886 which still remains a matter of debate in some circles. Upon the instigation of the government, which disagreed with the King's extravagant behaviour and political views, Professor Bernhard von Gudden collaborated with several other doctors to prepare a report stating that the King was "*mentally sick*" and "*incurable*;" this was done relying only on the statement of witnesses, without any personal examination of the King on behalf of the doctors. A later study of documents recording the King's office actions, which were dated only a few days before the questionable report, show no evidence of the King's mental illness. In addition, the King's personal doctor, Dr. Schleiss, was never convinced of the King's mental incapacity.⁴

The worst misuse of science and psychiatry for political and ideological motives occurred in the 1930's and 1940's in Europe, under the German Nazi regime. The Nazi nationalistic movement was soon transformed into a strict racism that sought support through scientific theories based upon the premise of developing healthy, "*super*" generations. Lombroso's work was pulled into the context of "*eugenics*," and other "scientific racism" theories were soon developed. The authorities demanded and encouraged the introduction of new philosophical theories that would support their motives. Freudian psychoanalysis, which aims for the individual liberation of the person, was banned not only because a Jewish scientist founded it, but also because it enabled the person to question, analyse and criticize life's various events and situations. Scientists who refused to comply with the criteria imposed upon their studies were severely persecuted. Nevertheless, there ap-

⁴ "Ludwig II." (Bayern), Wikipedia, der freien Enzyklopedia, <http://de.wikipedia.org>.

peared some theories that were deemed more acceptable by the authorities. C.G. Jung's archetype theory, for example, belonged to the body of acceptable theories, and some authors debate today whether the reigning atmosphere of the time played a role in inspiring the formulation of this theory.⁵

It did not take long for psychiatry to be pulled into the racist agenda of the Nazis. The obsession with developing pure and healthy generations led to the elimination of mentally disturbed or handicapped persons. Psychiatrists were forced to prepare expertise reports for euthanasia. Those psychiatrists who did not want to be involved in such activities migrated and sought refuge in other countries, though others obeyed the orders; some reluctantly, some willingly.⁶

Universal Declaration of Human Rights

Following World War II, the Universal Declaration of Human Rights was prepared by the United Nations Committee for Human Rights between 1947-1948, and ratified on December 10, 1948 by the General Assembly. The Declaration aimed at improving the protection of human rights around the world. In the years that followed, further declarations were produced, specifically concerning medical activities and the promotion of health in the world; examples include the 1964 Helsinki Declaration, the 1978 Alma-Ata Declaration, and the 1998 Lisbon Declaration.

In 1987, the "Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment of People deprived of their Freedom" (CPT) was founded as a section of the Human Rights Department of the European Council. The Committee has at present 45 members, each from the member states that have ratified its convention. The Committee, by means of paying visits to specific countries, examines the treatment of persons deprived of their liberty with a view to strengthening, if necessary, the protection of such persons from torture and from inhuman or degrad-

⁵ Cocks, G.C., "Psychoanalyse, Psychotherapie und Nationalsozialismus," *Psyché* (1983) 37:12,1057-1106.

⁶ Koptagel-İlal, G., "Sosyopolitik Devinimler Karşısında Psikiyatri," *Tıp Tarihi Araştırmaları*, 6, İstanbul Ocak 1997,47-61.

ing treatment or punishment. The mandate of the CPT includes not only prisoners, but patients in psychiatry hospitals as well.

The Human Rights Department of the Council of Europe, like other organizations, is concerned with the issue of psychiatry and human rights. To this end, there exists the committee known as the "*Working Party on Psychiatry and Human Rights (CDBI-PH)*", as well as a "*Steering Committee on Bioethics (CDBI)*". The Working Party is composed of eight specialists designated by the Bureau of the Steering Committee on Bioethics, in consultation with the Chairs of the European Health Committee, the European Committee on Legal Cooperation and the European Committee on Crime Problems. The Working Party of the Steering Committee on Bioethics of the Council of Europe has drawn up the "*White Paper on the protection of the human rights and dignity of people suffering from mental disorder, especially those placed as involuntary patients in a psychiatric establishment*". The White Paper is published for public consultation purposes, with a view to drawing up guidelines to be included in new legal instruments of the Council of Europe. These Guidelines, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe, are continuously reviewed and amended by the above-mentioned working groups in consultation with the CPT, as new situations arise. Following their adoption by the Committee of Ministers of the CE, these Guidelines are issued to the member states as recommendations.⁷

Small groups of delegates from the CPT make periodic visits to the member countries. Upon necessity, these groups also conduct ad hoc visits to observe situations and prepare reports to be discussed by the entire group of delegates in the plenary meeting of the CPT. These reports are consequently sent to the governmental authority of the state in question.

Ethical Problems Of Psychiatry Today

In spite of the universal declarations against the misuse of psychiatry, and various controls implemented by international organizations, we are still confronted with ethical problems in psychiatry. The gen-

⁷ For details: <http://www.coe.int>

eral public opinion that nobody believes the allegations of a mentally disturbed person causes some people to take liberties in abusing such persons. The spectrum of abuse is rather large. It may range from aggressive assaults and sexual abuse to using the mentally incapacitated as objects for scientific experiments or drug tests.

The introduction of psychopharmacological drugs have doubtlessly been a great help for the treatment of psychiatric patients, yet their frivolous use-to the disadvantage of establishing the necessary doctor-patient relationship-can be considered an ethical failure. The powerful pharmaceutical industry, with its attractive, convincing and extravagant offers, may sometimes be irresistible for some doctors. Consequently, such doctors may tend to center the treatment process entirely on the medication, thus allowing themselves to be distanced from the human relationship in the treatment process.

The interest of ethnologists in investigating folk medicine and traditional healing methods also has the potential to pave the way for dangerous applications of the psychiatric medical profession in the hands of unlicensed pretenders. Especially in cases of psychological disorders, uneducated or poor people have a tendency to solicit the services of these pretenders, either resulting in negative effects or causing an undue delay in receiving effective treatment, thereby aggravating the disease.

Since the diagnosis of a psychological disorder cannot always be documented by organic findings and essentially depends upon the psychiatrist's estimation, psychiatrists are often asked to give attestations in order to assist others in escaping from certain responsibilities. Examples could include an excuse for absence from school, or an excuse from appearing at the court as witness for a legal process. Furthermore, it is not unusual for lawyers to attempt to shorten the legal process in their hands with the help of such an attest. This happens frequently in divorce cases. The party wanting the divorce tries to prove that the partner is psychologically disturbed, thus making the continuation of the partnership intolerable. There are occasional cases when one partner advises a psychiatric evaluation or brings the other to consult a psychiatrist for their nervousness or marriage problems, and then attempts to use this visit or the prescription given by the doctor as

evidence justifying a divorce. Although such actions may not always be effective in undermining the legal process and enabling a divorce, the mere attempt can be considered an abuse of psychiatry.

Psychiatric Expertise

Expertise on psychiatric and psychosomatic cases is more difficult than the expertise on other medical cases. Here, there are usually no concrete organic or laboratory findings to rely on. The doctor has to base his decision upon the verbal and nonverbal information he can obtain from the person he examines. It can be more complicated and difficult if the person is a foreigner. The expert has to understand and interpret the information correctly, in the context of its socio-cultural implications. He has to conceive the person in his bio-psycho-social wholeness.⁸ The difficulties are as follows:

A. Verbal (Linguistic) Understanding

Direct conversation is the best means of communication, yet this is not always sufficient in the presence of a language barrier. A foreigner is not always able to express his emotional state effectively even if he can speak the language well enough for ordinary everyday use. If an interpreter is used for communication, it must be someone who is relatively acquainted with the quality of the task and can translate the conversation efficiently. Additionally, with people of the same nationality but coming from different social or cultural origins, difficulties may arise in understanding the semantic content of the conveyed message. In such a case, the expert should give time and encourage the person to explain his expression in other, more understandable words.

B. Social And Cultural Behaviour Characteristics

Social and cultural factors play an effective role in shaping behaviour patterns. It is therefore of importance to take these into consid-

⁸ Koptagel-Ilal, G., "Kulturelle Aspekte der Begutachtung - der Stellenwert interkultureller Hintergründe in Begutachtungsprozessen," In: Collatz, J., Hackhausen, W., Salman, R. (Hrsgb), *Begutachtung im interkulturellen Feld*, 131-135, Berlin, Verlag für Wissenschaft und Bildung, 1999. (A)

eration during the evaluation, and to collect as much information as possible about the backgrounds of the examined person as well as the characteristics of his cultural origin.

c. Alienation

The expert and the examined person are usually strangers to each other. They are, therefore, reciprocally reserved in their first encounter. It is up to the expert to reduce this feeling of strangeness in order to be able to start a substantial conversation and perform an efficient examination to build his decision upon. The person should not get the impression that he is being questioned by a judge.

Conclusion

Psychiatry is a field of medicine where human rights, and specifically patients' rights, must be attended to with judicious care. The issue of human rights and patients' rights should be an important part of the curriculum in the training of all levels of health-care and public officers. Efforts must be undertaken in the public arena to change the long-standing negative opinion concerning mentally disturbed members of society. This aspect of human rights demands protection by law, and requires continuous monitoring with careful attention.

Summary

Psychiatry is a delicate branch of medicine a propos use and abuse. The issue of human rights concerning mentally disturbed people entered into the public agenda much later than other matters of social life. Psychiatric expertise is often used as an aid in the decision-making of legal and other official bodies. Because there are no purely objective findings and technical means of diagnosis as are found in other branches of medicine, the psychiatric diagnosis of a mental disease is basically dependent upon the doctor's estimation and decision. On one hand, this places a serious responsibility on the shoulders of the doctor; on the other hand, there is the possibility of psychiatry be-

ing misused in the hands of malevolent persons. Since the Universal Declaration of Human Rights in 1948, efforts to protect the rights of mentally disturbed people are becoming a more significant issue. Nonetheless, it is still necessary to continue paying attention to the rights of the mentally ill, to provide protection to them by law, and to include awareness of the rights of the mentally ill as an indispensable part of public education.

Şemsettin Talip Diler – the Precursor of the Modern Roman Law Studies in Turkey

In this issue we present the reprint of an article written in Italian and published in Turkey by Şemsettin Talip Diler on an important issue of Roman Law. This text which was published in 1935 is particularly significant as it indicates how predisposed Turkish jurists were to Western Law even at that time. On the other hand, the fact that a Turkish young man born at the time of the Ottoman Empire and having his primary education in Istanbul went to Rome and studied law there, is an early indication of the foundations of the legal reform introduced in 1926 and conducted with great success.

Şemsettin Talip Diler was born in 1903 in Drama.* His father, who had passed away while serving as Inspector for the Ministry of Health at the province of Bitlis, was Dr. Talip Rıza Bey. He took his primary education in Istanbul at the schools of *Hadikâi Meşveret* (1912), *Gelenbevi* (1915) and *Lyceé of Galatasaray*. He started his intermediate education at the famous Mercan High School (*Mercan İdadisi*) and later completed it at the Italian Commerce High School in Beyoğlu Istanbul. He started his bachelor degree studies in the 1924-1925 academical year at the Faculty of Law of the University of Rome and returned to Istanbul after completing his doctorate. He obtained the licence to practice as a lawyer in Turkey after successfully taking exams given at the Faculty of Law of the University of Istanbul in 1931. His academic career began in the year 1933 when the university reform was introduced and he served as associate professor of Roman Law at University of Istanbul until 1936. For some time, he taught at the Italian High School. Later in 1937 he resigned from these duties and started practising as an attorney-at-law. He died in September 1984.

* Drama which was an Ottoman town then is, presently, in Greece.

Dr. Şemsettin Talip Diler contributed to Turkish Law and intellectual life in the early years of the reception movement of Western Law with his original works and translations. Below is a list of Dr. Diler's publications we could reach.

IV. *Hanri* (translation from Luigi Pirandello), İstanbul 1933, 158 s., İstanbul.

Türkeler İçin İtalyanca Gramer (Italian Grammar For Turks), (with A. Mazzai), İstanbul 1934

Güneş ve Gölge (Sun and Shadow) (translation from Luigi Pirandello), İstanbul 1941, 192 pp. (Remzi Kitabevi, Dünya Muharrirlerinden Tercüme Serisi: 50)

Yeni İtalyanca-Türkçe ve Türkçe-İtalyanca Lügat (New Italian-Turkish and Turkish-Italian Dictionary) (with A. Finanzer and Dott. R. Robino), İstanbul 1958, 393+332 pp, Kanaat Kitabevi (the second edition was published in 1968)

Roma Ailesi (The Roman Family) (translation from Roserto Paribeni), İstanbul 1935, 128 pp. (Capitolivm Yayını)

Roma Hukuku Dersleri (Lectures of Roman Law) (translation from Richard Honig), the first edition of the book was published by Capitolivm yayınları, under the title of "Volume I" in 1935 (XX+300 pages)

Roma Hukuku (Roman Law) (translation from Richard Honig), 2nd ed., İstanbul 1938, 504 pp., İstanbul Üniversitesi Yay.: 72, Hukuk Fakültesi: A.10.

Kostantiniye Muhasarası Ruznamesi (Diary of the Constantinople Siege) (translation from Nicolo Barbaro), İstanbul 1935.

Dr. Diler's also gave several lectures in Rome on various subjects among which were "*Roman Law Studies in Turkey*" and "*Roman Roads in Anatolia*". He published several articles in academical journals and daily newspapers too.

(This curriculum vitae has been prepared by taking as reference the work entitled "*Türkiye'de Kim Kimdir - Yaşayan Tanınmış Kimseler Ansiklopedisi*" (Who's who in Turkey, Encyclopaedia on Living Famous Persons), İstanbul 1961-1962, pp. 217-218, prepared by Osman Nebioğlu; the personal file found at the İstanbul Bar belonging to Dr. Diler and the information provided by Mr. Ali Bostancıoğlu)

GLI STUDI DI DIRITTO ROMANO IN TURCHIA *)

Non è senza la più viva emozione che, già studente a Roma e laureato in giurisprudenza alla Sapienza, sono stato invitato a dire degli studi romani introdotti recentemente con criteri scientifici nell'insegnamento universitario della Turchia. Verrei meno a quel che rappresenta non solo un impulso della mia personale riconoscenza, ma anche un principio fondamentale del costume turco, se non rivolgersi, prima di cominciare, un ringraziamento al Presidente dell'Istituto di Studi Romani, che mi ha onorato con questo invito, e se non inviassi un pensiero riverente a quelli che furono i miei professori e Maestri all'Università di Roma, alcuni dei quali purtroppo scomparsi: Pietro Bonfante e Vittorio Scialoja, alla memoria dei quali è dedicata la nostra Rivista di studi romani «*Capitolium*», in segno di profonda riconoscenza.

Capitolium si chiamava anticamente la collina su cui sorgono ora gli istituti universitari d'Istanbul, quasi che la nuova Roma, costruita come l'antica su sette colli, si studiasse di rinnovare anche nella toponomastica i simboli eterni della grandezza romana. E' così partico-

*) Diamo qui ai nostri lettori il testo della conferenza, la prima del III ciclo de «Gli studi romani nel mondo» che il direttore di questa rivista ha tenuto a Roma, nell'Istituto di Studi Romani, il giorno 29 gennaio 1935.

larmente significativo che, dopo quindici secoli, su quello stesso Campidoglio di Costantinopoli, dove i principii immortali del Diritto romano furono consacrati in un monumento imperituro, si torni, per spontanea ed illuminata volontà del Governo turco, allo studio di quelle discipline che da due millenni governano la vita civile dei Paesi d'Occidente.

Per apprezzare l'importanza dell'introduzione dell'insegnamento sistematico del Diritto romano come materia fondamentale alla Facoltà di giurisprudenza delle Università d'Ankara e d'Istanbul, bisogna conoscere che cosa rappresentano queste Università dal punto di vista della cultura nel prossimo Oriente e di quale entità sociale e politica esse sono l'emanazione diretta.

Un Ateneo può essere talora espressione d'un singolare bisogno di cultura limitato ad un gruppo di privilegiati dell'intelletto e della fortuna. Se nel passato certe Università - per es. in Italia - poterono scaturire dalla genialità d'una frazione di *cursores* agitati la fiaccola del sapere nella notte dell'ignoranza, per virtù di mecenatismo o di illuminata ambizione di principi, oggi le moltiplicate necessità della tecnica scientifica, la mole di sforzi, l'indispensabile concorso di volontà e di mezzi finanziari occorrenti alla creazione d'un Istituto qualsiasi di studi superiori, presuppongono una equilibrata e vasta organizzazione sociale da un lato, e un effettivo bisogno nazionale di cultura dall'altro.

Ora in Turchia appunto esistono queste due circostanze.

La Nazione, uscita dal duplice immane sforzo della lotta per l'indipendenza e della Rivoluzione, ha saputo in dieci anni rialzarsi ed assestare a tal punto la propria economia, da poter guardare con sicura fiducia all'avvenire. D'altro canto, il grande incremento dell'istruzione elementare e media ha fatto nascere una gioventù assetata di sapere, che sale con flusso impellente e costante verso l'istruzione superiore ¹⁾.

Ma la creazione d'un moderno complesso di studi superiori e l'imponente afflusso di studenti non bastano a spiegare il nuovo in-

¹⁾ L'Università d'Istanbul è una delle più affollate del mondo: con le differenti Facoltà ed Istituti annessi, essa conta più di 5000 studenti. Quella costituita di Ankara, per la vastità dei piani e progetti, sarà una delle più grandi e maggiormente dotati di mezzi.

dirizzo della cultura in Turchia se non si tien conto del grande risultato storico della Rivoluzione kemalista.

Dall'abolizione del Sultanato, nemico di tutte le libertà e responsabile del ritardo del nostro popolo sul cammino del progresso, e del Califfato, divenuto uno strumento d'intrighi e un aggravio insostenibile per lo Stato; dalla cessazione del regime di *Va'qif* ²⁾ alla distribuzione delle terre ai contadini; dall'abolizione della proprietà feudale alla creazione *ab initio fundamētis* d'una industria nazionale e di una vasta rete ferroviaria; dalla riforma amministrativa con la creazione delle unità comunali di villaggio, al credito agrario di Stato che protegge gli agricoltori contro l'usura; dalla riforma granaria che salva i contadini dagli speculatori, alla creazione dei *silos* provinciali che assicurano il pane a buon mercato a tutti i cittadini; dalla riforma dell'alfabeto, presupposto indispensabile della lotta contro l'analfabetismo, fino alla riforma in corso della lingua, grandioso tentativo di restituire la sua integrità e la sua purezza all'idioma nazionale; dalla abolizione del velo nel costume femminile alla recentissima attribuzione del voto e dell'eleggibilità alle donne; dall'abolizione, infine, dei vecchi Codici alla introduzione dei Codici europei, si tratta d'un insieme gigantesco di riforme, d'una vasta e profonda rivoluzione sociale e nazionale, compiuta pacificamente per tappe, dopo il rivolgimento politico del 1919-20, rivoluzione senza esempio nella storia dell'umanità, destinata a far compiere d'un balzo al popolo turco in pochi anni il cammino percorso attraverso i secoli dagli altri.

Fra tutte queste riforme la più cospicua e quella d'altronde che interessa direttamente l'oggetto di questo studio (ma che non può essere considerata nei suoi giusti termini, se avulsa dall'armonico insieme delle altre) è senza dubbi. La riforma dell'ordinamento giuridico.

Nel 1920, quando il Governo nazionale costituitosi ad Ankara

²⁾ Fondazioni pie musulmane. Nel Dritto musulmano queste fondazioni possono essere religiose o d'utilità pubblica, ma possono anche essere limitate solo a beneficio di poche persone indicate dal fondatore. I beni sotto *Va'qif* sono sottratti al commercio, resi inalienabili; e generalmente male amministrati. Uno dei provvedimenti più importanti del Governo repubblicano della Turchia fu appunto quello di abolire queste fondazioni, rendendo così i beni sotto *Va'qif* accessibili a tutti i cittadini e distribuendo vasti terreni fra i contadini.

assumeva il potere tolto al Sultano, la giustizia era amministrata da due tipi di tribunali: i tribunali religiosi, che giudicavano secondo i principii del Diritto musulmano, ed i tribunali ordinari che giudicavano secondo i vecchi Codici, introdotti nel secolo scorso e già antiquati. A questi tribunali turchi s'aggiungevano i tribunali consolari esteri ed i tribunali ecclesiastici minoritari: un ordinamento giudiziario più variopinto non avrebbe potuto immaginarsi.

Prima conseguenza della politica giudiziaria del regime fu la introduzione di un sistema giudiziario nazionale e l'abolizione, avvenuta nel 1924, dei tribunali religiosi musulmani. Le minoranze ³⁾ subito dopo la pubblicazione del nuovo Codice Civile, rinunciarono spontaneamente ad alcuni diritti riconosciuti loro dal Trattato di Losanna e dichiararono d'accettare la giurisdizione dei tribunali dello Stato, cioè dei tribunali turchi. In seguito poi all'abolizione anche dei tribunali consolari esteri, s'arrivò, come in tutti gli Stati civili e sovrani, al tribunale unico, alla cui giurisdizione sono sottoposti tutti coloro che risiedono nel Paese.

Oggi la Turchia possiede un'ottima organizzazione giudiziaria che risponde alle esigenze della Nazione. Il numero complessivo dei tribunali supera già i 500: ben 84 corti criminali, composte di tre giudici, esistono per i reati più gravi. Il numero dei tribunali di prima istanza (sezioni civile, penale e commerciale) è di 436 e si hanno poi 141 tribunali di pace (conciliazione). I tribunali speciali, di recente costituzione, che giudicano i reati di contrabbando sono 16; essi risiedono specialmente nelle località vicine alle frontiere ed ai porti⁴⁾. Quanto alla Corte di Cassazione, che fra qualche mese sarà definitivamente trasferita ad Ankara e troverà sede nel nuovo palazzo appositamente costruito, essa ha ora dieci sezioni, e coi suoi magistrati scelti e particolarmente distinti, può essere veramente considerata al livello dei supremi Collegi dei paesi che hanno le più belle tradizioni giuridiche. Il Governo, nel riorganizzare *ex novo* il sistema giudiziario, non ha trascurato la questione del trattamento

³⁾ Le minoranze contano, sulla popolazione complessiva dello Stato che è circa di 17 milioni di abitanti, appena centomila persone.

⁴⁾ Queste cifre e dati sono stati presi da un volume pubblicato dal Partito del Popolo (Cumhuriyet Halk Partisi) in occasione del Decennale della Repubblica turca (Ottobre 1934): il numero dei tribunali aumenta d'anno in anno, rispondendo così alle esigenze del Paese.

dei giudici, concedendo loro tutta l'autorità che richiede la loro funzione delicata, e migliorandone notevolmente le condizioni economiche.

* * *

Il nuovo Codice Civile e quello delle Obligazioni, conformi nelle loro linee fondamentali ai Codici svizzeri, furono approvati dalla Grande Assemblea Nazionale il 4 ottobre 1926. Lo stesso giorno entrava in vigore anche il nuovo Codice di Commercio, che è una felice fusione del Codice commerciale tedesco e di quello italiano. Più tardi, e precisamente il 4 ottobre 1927, fu approvato il Codice di Commercio marittimo.

Il Codice Penale, che riproduce nelle sue linee generali il Codice Zanardelli, è in vigore dal 1926; ma dopo l'approvazione in Italia del nuovo Codice Penale Rocco, il ministero della Giustizia sta elaborando le modifiche per l'aggiornamento della Legge criminale.

Tutta la legislazione della Repubblica è dunque oramai ispirata ai Codici occidentali, ed ha come quelli, ogni sua radice nel Diritto romano: di qui la necessità d'un sistematico insegnamento universitario di questo ramo della scienza giuridica, che ha cessato d'essere per noi una materia puramente storica, ed è diventato una parte della trattazione sistematica del nostro Diritto positivo: quella delle fonti.

Giova, a questo punto, accennare brevemente alla recente riforma universitaria che, voluta ed ordinata dal Presidente Kemal Atatürk, ebbe quale maggiore esecutore il Dott. Reşid Galib, già ministro della Pubblica Istruzione, scomparso purtroppo in un'età giovanissima, alla memoria del quale mi è obbligo rivolgere un riverente pensiero.

Costantinopoli ha avuto le più gloriose tradizioni di studi giuridici fin dai tempi di Teodosio. Difatti noi sappiamo che la più importante scuola di Diritto in Oriente fu fondata a Costantinopoli da Teodosio con la costituzione che porta la data del 27 febbraio 425. Questa costituzione parla dell'*auditorium Capitolii*, ed oggi, sulla collina del *Capitolium* sorge una delle maggiori Università dell'Europa.

Col nuovo ordinamento universitario, è stato dato largo posto

all'insegnamento del Diritto romano, che da materia secondaria, è diventato una delle principali con programma biennale⁶⁾. Non esiste per ora l'insegnamento, che viene impartito nelle Università italiane e tedesche, delle altre due materie affini: Istituzioni di Diritto romano, e Storia del Diritto romano. Ma debbo ricordare che la riforma universitaria iniziata nel 1933 non è ancora finita: fra breve anche queste due materie, ed altre ancora come Eseggesi delle Pandette, Papirologia giuridica, ecc, saranno senza dubbio introdotte, se non tutte obbligatorie, almeno come materie facoltative in un primo momento, a completare così questo insegnamento che è la base solida di ogni cultura giuridica.

La legislazione dei Paesi occidentali è in gran parte la spontanea evoluzione del Diritto romano (coi particolari adattamenti propri all'indole ed ai bisogni economico-sociali di ogni paese attraverso le differenti epoche della sua civiltà), perchè tutti i popoli occidentali, o prima o poi, subirono la dominazione politica o morale e spirituale di Roma. Il popolo turco invece, non solo non subì mai la dominazione romana — come non subì nessun'altra dominazione —, ma non ebbe nemmeno l'occasione di assimilare indirettamente la cultura di Roma, perchè seguì, fino a ieri, le orme di una civiltà divergente da quella romana. I suoi contatti stessi coll'impero bizantino, continuatore della tradizione romana in Oriente, non provocarono alcuna osmosi di istituti giuridici, perchè il contenuto giuridico della religione islamica precedentemente assimilata dal popolo turco fu come uno strato impermeabile all'influsso della civiltà del nuovo popolo vinto. Se i Sovrani ottomani, occupando il trono degli antichi *Basileis*, imitarono in parte il cerimoniale ed alcune altre manifestazioni della Corte bizantina, spinti da un calcolo politico o allietati dallo splendore di quegli sperimentati strumenti di tirannia,

⁶⁾ La durata degli studi nella Facoltà di Legge d'Istanbul, ed in quella d'Ankara, è di 3 anni. Il Diritto romano è insegnato nel 1° e nel 2° anno, sia a Istanbul che ad Ankara. Inoltre questa materia è una delle principali del corso di dottorato, di un anno, che si può frequentare dopo aver conseguito il diploma della Facoltà di Legge, cioè dopo i primi tre anni di studi.

poco o nulla della tradizione giuridica romana fu dai Sultani adottato al reggimento civile del popolo turco ⁶⁾.

* * *

La nuova generazione turca, all'alba radiosa della rinascenza nazionale e politica, getta sul mondo romano che le si offre attraverso il diritto positivo e la nuova organizzazione universitaria, uno sguardo libero da ogni influenza tradizionale, scevro da ogni preconcetto dottrinale, ma necessariamente ignaro di tutte le circostanze che concorsero nei secoli a creare quell'entità storica che è nota agli studiosi sotto il nome comprensivo e suggestivo di Roma.

Con il desiderio di facilitare il compito dei nostri giovani studiosi, io ho osato fondare la rivista di diritto e di storia romana, che ho menzionato poc'anzi, e che ha già avuto l'onore della collaborazione dei nostri illustri Maestri Riccobono, Paribeni, De Francisci. L'accoglienza che questa rivista ha incontrato presso i giuristi ed i giovani studiosi di Diritto in Turchia è molto significativo: il Diritto romano è diventato quella parte della scienza giuridica che desta oggi il maggiore interesse dei giuristi turchi, e i giovani studenti delle Università di Ankara e d'Istanbul considerano questa materia come il fondamento di ogni cultura giuridica e presupposto essenziale degli studi di Diritto.

Il Diritto romano, magnifica opera della profonda saggezza dei giureconsulti romani, codificato a Costantinopoli dal grande Giustiniano, ritorna agli onori nell'insegnamento universitario della stessa città, per virtù di Kemal Atatürk. Ciò è particolarmente significativo, soprattutto in un momento in cui, mentre in qualche grande Paese (che pure ha tanto contribuito alla scienza del Diritto romano)

⁶⁾ Il problema degli influssi bizantini sull'ordinamento politico e sulle istituzioni statali dell'Impero ottomano è stato recentemente esaminato con profonda dottrina dal Prof. Fuat Köprülü, dell'Università di Istanbul. Egli ha dimostrato con chiari argomenti l'infondatezza e l'inesattezza delle affermazioni di studiosi europei, dal Rambaud al Jorga, i quali hanno esagerato l'importanza di tali influssi, ed è giunto alla conclusione che essi furono esigui e limitati piuttosto alle esteriorità che agli ordinamenti interni, e risalgono specialmente ai contatti avuti da Bisanzio con la prima civiltà islamica in Siria e poi con i Selgiugidi di Anatolia.

esso viene soppresso, tolto dall'insegnamento, se non addirittura bandito, è portato invece, nell'insegnamento universitario della Turchia, agli onori di materia principale, fondamentale.

Dopo la recente riforma universitaria, cui ho poc'anzi fatto cenno, l'insegnamento del Diritto romano all'Università d'Istanbul è affidato ai professori Richard Honig e Andreas B. Schwarz, rispettivamente delle Università di Göttinga e Zurigo, ed a me. Ad Ankara questa cattedra fu occupata fino a pochi anni fa dall'insigne giurista Tevfik Kiamil, ora ambasciatore della nostra Repubblica a Madrid.

Per facilitare la lettura dei testi agli studenti di Diritto romano è stata creata l'anno scorso all'Università di Istanbul una cattedra di latino. L'insegnamento, per la prima volta ufficialmente introdotto in Turchia, è impartito presso la Facoltà di Lettere e Filosofia. Inoltre, uno speciale corso di latino è stato introdotto alla Facoltà di Giurisprudenza, col più vivo interessamento dei giovani studiosi turchi. La lingua di Virgilio, insieme col greco antico, anch'esso introdotto ufficialmente quest'anno, viene così a sostituire le due lingue classiche, il cui insegnamento è stato impartito fino ad oggi, cioè l'arabo ed il persiano ⁷⁾.

* * *

Questa è la situazione attuale degli studi romani in Turchia, la quale, peraltro, non può essere veduta all'Estero nella sua giusta luce, se non si considera anzitutto che l'Università di Istanbul, attrezzata ora con tutti i mezzi scientifici moderni, è ormai un faro che illumina di vivida luce tutto il prossimo Oriente e se non si tiene conto poi che il popolo turco è appena all'inizio della sua ricostruzione nazionale e sociale.

Certo che noi abbiamo compiuto in pochi anni un balzo ardito e prodigioso: ma si trattava di saltare dalle tenebre verso la luce ed il nostro popolo aveva il cuore sano e saldo. Mal s'appone chi pensa che la legislazione occidentale, frutto del naturale svolgimento di istituti giuridici elaborati dalle necessità sociali di popoli diversi

⁷⁾ L'insegnamento della lingua e letteratura latina, oltre a Istanbul, è stato introdotto recentemente anche all'Università di Ankara, e la materia è stata affidata a rinomati professori stranieri.

dal nostro, non s'adatti ai bisogni del nostro popolo. Chi conosce le infinite risorse di questo popolo di antica civiltà, può avere fiducia che esso riuscirà in tutto. Sicuri che la decennale esperienza non abbia lasciato indifferenti gl'intellettuali degli altri Paesi, noi universitari turchi ci volgiamo ai colleghi europei e specialmente a quelli d'Italia, fra le grandi Nazioni occidentali la più vicina a noi, con la più viva simpatia e col più ardente desiderio di collaborazione culturale.

ŞEMSEDDİN TALİP

JUDGEMENT

European Court of Human Rights

STRASBOURG
10 November 2005

CASE OF LEYLA ŞAHİN v. TURKEY
(Application no. 44774/98)

This judgment is final but may be subject to editorial revision.

In the case of Leyla Şahin v. Turkey,

The European Court of Human Rights, sitting as a Grand Chamber composed of:

Mr L. WILDHABER, President,
Mr C.L. ROZAKIS,
Mr J.-P. COSTA,
Mr B.M. ZUPANČIĆ,
Mr R. TÜRMEŒ,
Mrs F. TULKENS,
Mr C. BİRSAN,
Mr K. JUNGWIERT,
Mr V. BUTKEVYCH,
Mrs N. VAJIĆ,
Mr M. UGREKHELIDZE,
Mrs A. MULARONI,

Mr J. BORREGO BORREGO,
Mrs E. FURA-SANDSTRÖM,
Mrs A. GYULUMYAN,
Mr E. MYJER,
Mr S.E. JEBENS, judges,
and Mr T.L. EARLY, Deputy Grand Chamber Registrar,

Having deliberated in private on 18 May and 5 October 2005,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 44774/98) against the Republic of Turkey lodged with the European Commission of Human Rights (*"the Commission"*) under former Article 25 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (*"the Convention"*) by a Turkish national, Ms Leyla Şahin (*"the applicant"*), on 21 July 1998.

2. The applicant was represented by Mr X. Magnée, of the Brussels Bar, and Mr K. Berzeg, of the Ankara Bar. The Turkish Government (*"the Government"*) were represented by Mr M. Özmen, co-Agent.

3. The applicant alleged that her rights and freedoms under Articles 8, 9, 10 and 14 of the Convention and Article 2 of Protocol No. 1 had been violated by regulations on wearing the Islamic headscarf in institutions of higher education.

4. The application was transmitted to the Court on 1 November 1998, when Protocol No. 11 to the Convention came into force (Article 5 § 2 of Protocol No. 11).

5. The application was allocated to the Fourth Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court).

6. By a decision of 2 July 2002 the application was declared admissible by a Chamber from that Section composed of the following judges: Sir Nicolas Bratza, Mr M. Pellonpää, Mrs E. Palm, Mr R. Türmen, Mr M. Fischbach, Mr J. Casadevall and Mr S. PAVLOVSKI, and Mr M. O'Boyle, Section Registrar.

7. A hearing on the merits (Rule 54 § 3) took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 19 November 2002.

8. In its judgment of 29 June 2004 (*“the Chamber judgment”*), the Chamber held unanimously that there had been no violation of Article 9 of the Convention on account of the ban on wearing the headscarf and that no separate question arose under Articles 8 and 10, Article 14 taken together with Article 9 of the Convention, and Article 2 of Protocol No. 1.

9. On 27 September 2004 the applicant requested that the case be referred to the Grand Chamber (Article 43 of the Convention).

10. On 10 November 2004 a panel of the Grand Chamber decided to accept her request (Rule 73).

11. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 27 §§ 2 and 3 of the Convention and Rule 24.

12. The applicant and the Government each filed written observations on the merits.

13. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 18 May 2005 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

– *for the Government*

Mr. M. ÖZMEN,

co-Agent,

Mr. E. İŞCAN,

Counsel,

Ms. A. EMÜLER,

MsG. Akyüz,

MsD. KILISLIOĞLU,

Advisers;

– *for the applicant*

Mr. X. MAGNÉE,

Mr. K. BERZEG,

Counsel,

The Court heard addresses by Mr Berzeg, Mr Özmen and Mr Magnée.

THE FACTS

I. The Circumstances Of The Case

14. The applicant was born in 1973 and has lived in Vienna since 1999, when she left Istanbul to pursue her medical studies at the Faculty of Medicine at Vienna University. She comes from a traditional family of practising Muslims and considers it her religious duty to wear the Islamic headscarf.

A. Circular of 23 February 1998

15. On 26 August 1997 the applicant, then in her fifth year at the Faculty of Medicine at Bursa University, enrolled at the Cerrahpaşa Faculty of Medicine at Istanbul University. She says that she wore the Islamic headscarf during the four years she spent studying medicine at the University of Bursa and continued to do so until February 1998.

16. On 23 February 1998 the Vice Chancellor of Istanbul University issued a circular, the relevant part of which provides:

“By virtue of the Constitution, the law and regulations, and in accordance with the case-law of the Supreme Administrative Court and the European Commission of Human Rights and the resolutions adopted by the university administrative boards, students whose ‘heads are covered’ (who wear the Islamic headscarf) and students (including overseas students) with beards must not be admitted to lectures, courses or tutorials. Consequently, the name and number of any student with a beard or wearing the Islamic headscarf must not be added to the lists of registered students. However, students who insist on attending tutorials and entering lecture theatres although their names and numbers are not on the lists must be advised of the position and, should they refuse to leave, their names and numbers must be taken and they must be informed that they are not entitled to attend lectures. If they refuse to leave the lecture theatre, the teacher shall record the incident in a report explaining why it was not possible to give the lecture and shall bring the incident to the attention of the university authorities as a matter of urgency so that disciplinary measures can be taken.”

17. On 12 March 1998, in accordance with the aforementioned circular, the applicant was denied access by invigilators to a written examination on oncology because she was wearing the Islamic head-

scarf. On 20 March 1998 the secretariat of the chair of orthopaedic traumatology refused to allow her to enrol because she was wearing a headscarf. On 16 April 1998 she was refused admission to a neurology lecture and on 10 June 1998 to a written examination on public health, again for the same reason.

B. The Application For An Order Setting Aside The Circular Of 23 February 1998

18. On 29 July 1998 the applicant lodged an application for an order setting aside the circular of 23 February 1998. In her written pleadings, she submitted that the circular and its implementation had infringed her rights guaranteed by Articles 8, 9 and 14 of the Convention and Article 2 of Protocol No. 1, in that there was no statutory basis for the circular and the Vice-Chancellor's Office had no regulatory power in that sphere.

19. In a judgment of 19 March 1999, the Istanbul Administrative Court dismissed the application, holding that by virtue of section 13(b) of the Higher-Education Act (Law no. 2547 – see paragraph 52 below) a university vice chancellor, as the executive organ of the university, had power to regulate students' dress for the purposes of maintaining order. That regulatory power had to be exercised in accordance with the relevant legislation and the judgments of the Constitutional Court and the Supreme Administrative Court. Referring to the settled case-law of those courts, the Administrative Court held that neither the regulations in issue, nor the measures taken against the applicant, could be considered illegal.

20. On 19 April 2001 the Supreme Administrative Court dismissed an appeal on points of law by the applicant.

C. The Disciplinary Measures Taken Against The Applicant

21. In May 1998 disciplinary proceedings were brought against the applicant under Article 6(a) of the Students Disciplinary Procedure Rules (see paragraph 50 below) as a result of her failure to comply with the rules on dress.

22. On 26 May 1998, in view of the fact that the applicant had shown by her actions that she intended to continue wearing the headscarf to lectures and/or tutorials, the dean of the faculty declared that her attitude and failure to comply with the rules on dress were not befitting of a student. He therefore decided to issue her with a warning.

23. On 15 February 1999 an unauthorised assembly gathered outside the deanery of the Cerrahpaşa Faculty of Medicine to protest against the rules on dress.

24. On 26 February 1999 the dean of the faculty began disciplinary proceedings against various students, including the applicant, for joining the assembly. On 13 April 1999, after hearing her representations, he suspended her from the university for a semester pursuant to Article 9(j) of the Students Disciplinary Procedure Rules (see paragraph 50 below).

25. On 10 June 1999 the applicant lodged an application with the Istanbul Administrative Court for an order quashing the decision to suspend her. The application was dismissed on 30 November 1999 by the Istanbul Administrative Court, on the ground that in the light of the material in the case file and the settled case-law on the subject, the impugned measure could not be regarded as illegal.

26. Following the entry into force of Law no. 4584 on 28 June 2000 (which provided for students to be given an amnesty in respect of penalties imposed for disciplinary offences and for any resulting disability to be annulled) the applicant was granted an amnesty releasing her from all the penalties that had been imposed on her and the resultant disabilities.

27. On 28 September 2000 the Supreme Administrative Court held that Law no. 4584 made it unnecessary to examine the merits of the applicant's appeal on points of law against the judgment of 30 November 1999.

28. In the meantime, on 16 September 1999, the applicant abandoned her studies in Turkey and enrolled at Vienna University, where she pursued her university education.

II. RELEVANT LAW AND PRACTICE

A. The Constitution

29. The relevant provisions of the Constitution provide:

Article 2

“The Republic of Turkey is a democratic, secular (laik) and social State based on the rule of law that is respectful of human rights in a spirit of social peace, national solidarity and justice, adheres to the nationalism of Atatürk and is underpinned by the fundamental principles set out in the Preamble.”

Article 4

“No amendment may be made or proposed to the provisions of Article 1 of the Constitution laying down that the State shall be a Republic, the provisions of Article 2 concerning the characteristics of the Republic or the provisions of Article 3.”

Article 10

“All individuals shall be equal before the law without any distinction based on language, race, colour, sex, political opinion, philosophical belief, religion, membership of a religious sect or other similar grounds.

Men and women shall have equal rights. The State shall take action to achieve such equality in practice.

No privileges shall be granted to any individual, family, group or class.

State bodies and administrative authorities shall act in compliance with the principle of equality before the law in all circumstances...”

Article 13

“Fundamental rights and freedoms may be restricted only by law and on the grounds set out in special provisions of the Constitution, provided always that the essence of such rights and freedoms must remain intact. Any such restriction shall not conflict with the letter or spirit of the Constitution or the requirements of a

democratic, secular social order and shall comply with the principle of proportionality.”

Article 14

‘The rights and freedoms set out in the Constitution may be not exercised with a view to undermining the territorial integrity of the State, the unity of the Nation or the democratic and secular Republic founded on human rights.

No provision of this Constitution shall be interpreted in a manner that would grant the State or individuals the right to engage in activities intended to destroy the fundamental rights and freedoms embodied in the Constitution or to restrict them beyond what is permitted by the Constitution.

The penalties to which persons who engage in activities that contravene these provisions are liable shall be determined by law.”

Article 24

‘Everyone shall have the right to freedom of conscience, belief and religious conviction.

Prayers, worship and religious services shall be conducted freely, provided that they do not violate the provisions of Article 14.

No one shall be compelled to participate in prayers, worship or religious services or to reveal his or her religious beliefs and convictions; no one shall be censured or prosecuted for his religious beliefs or convictions.

Education and instruction in religion and ethics shall be provided under the supervision and control of the State. Instruction in religious culture and in morals shall be a compulsory part of the curricula of primary and secondary schools. Other religious education and instruction shall be a matter for individual choice, with the decision in the case of minors being taken by their legal guardians.

No one shall exploit or abuse religion, religious feelings or things held sacred by religion in any manner whatsoever with a view to causing the social, economic, political or legal order of the State to be based on religious precepts, even if only in part, or for the purpose of securing political or personal interest or influence thereby.”

Article 42

"No one may be deprived of the right to instruction and education.

The scope of the right to education shall be defined and regulated by law.

Instruction and teaching shall be provided under the supervision and control of the State in accordance with the principles and reforms of Atatürk and contemporary scientific and educational methods. No educational or teaching institution may be set up that does not follow these rules.

Citizens are not absolved from the duty to remain loyal to the Constitution by freedom of instruction and teaching.

Primary education shall be compulsory for all citizens of both sexes and provided free of charge in State schools.

The rules governing the functioning of private primary and secondary schools shall be regulated by law in keeping with the standards set for State schools.

The State shall provide able pupils of limited financial means with the necessary aid in the form of scholarships or other assistance to enable them to pursue their studies. It shall take suitable measures to rehabilitate those in need of special training so as to render them useful to society.

Education, teaching, research, and study are the only activities that may be pursued in educational and teaching institutions. These activities shall not be impeded in any way..."

Article 153

"The decisions of the Constitutional Court shall be final. A decision to invalidate a provision shall not be made public without a written statement of reasons.

When striking down a law or legislative-decree or a provision thereof, the Constitutional Court may not act as a quasi-legislature by drafting provisions that would be enforceable.

...

Judgments of the Constitutional Court shall be published immediately in the Official Gazette and shall be binding on the legislative, executive, and judicial organs, the administrative authorities, and natural and juristic persons."

B. History and background

1. Religious dress and the principle of secularism

30. The Turkish Republic was founded on the principle that the State should be secular (*laik*). Before and after the proclamation of the Republic on 29 October 1923, the public and religious spheres were separated through a series of revolutionary reforms: the abolition of the caliphate on 3 March 1923; the repeal of the constitutional provision declaring Islam the religion of the State on 10 April 1928; and, lastly, on 5 February 1937 a constitutional amendment according constitutional status to the principle of secularism (see Article 2 of the Constitution of 1924 and Article 2 of the Constitutions of 1961 and 1982, as set out in paragraph 29 above).

31. The principle of secularism was inspired by developments in Ottoman society in the period between the nineteenth century and the proclamation of the Republic. The idea of creating a modern public society in which equality was guaranteed to all citizens without distinction on grounds of religion, denomination or sex had already been mooted in the Ottoman debates of the nineteenth century. Significant advances in women's rights were made during this period (equality of treatment in education, the introduction of a ban on polygamy in 1914, the transfer of jurisdiction in matrimonial cases to the secular courts that had been established in the nineteenth century).

32. The defining feature of the Republican ideal was the presence of women in public life and their active participation in society. Consequently, the ideas that women should be freed from religious constraints and that society should be modernised had a common origin. Thus, on 17 February 1926 the Civil Code was adopted, which provided for equality of the sexes in the enjoyment of civic rights, in particular with regard to divorce and succession. Subsequently, through a constitutional amendment of 5 December 1934 (Article 10 of the 1924 Constitution), women obtained equal political rights with men.

33. The first legislation to regulate dress was the Headgear Act of 28 November 1925 (Law no. 671), which treated dress as a modernity issue. Similarly, a ban was imposed on wearing religious attire other than in places of worship or at religious ceremonies, irrespective of the religion or belief concerned, by the Dress (Regulations) Act of 3 December 1934 (Law no. 2596).

34. Under the Education Services (Merger) Act of 3 March 1924 (Law no. 430), religious schools were closed and all schools came under the control of the Ministry for Education. The Act is one of the laws with constitutional status that are protected by Article 174 of the Turkish Constitution.

35. In Turkey wearing the Islamic headscarf to school and university is a recent phenomenon which only really began to emerge in the 1980s. There has been extensive discussion on the issue and it continues to be the subject of lively debate in Turkish society. Those in favour of the headscarf see wearing it as a duty and/or a form of expression linked to religious identity. However, the supporters of secularism, who draw a distinction between the *başörtüsü* (traditional Anatolian headscarf, worn loosely) and the *türban* (tight, knotted headscarf hiding the hair and the throat), see the Islamic headscarf as a symbol of a political Islam. As a result of the accession to power on 28 June 1996 of a coalition government comprising the Islamist Refah Partisi, and the centre-right Doğru Yol Partisi, the debate has taken on strong political overtones. The ambivalence displayed by the leaders of the Refah Partisi, including the then Prime Minister, over their attachment to democratic values, and their advocacy of a plurality of legal systems functioning according to different religious rules for each religious community was perceived in Turkish society as a genuine threat to republican values and civil peace (see *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, ECHR 2003-II).

2. The Rules On Dress In Institutions Of Higher Education And The Case-law Of The Constitutional Court

36. The first piece of legislation on dress in institutions of higher education was a set of regulations issued by the Cabinet on 22 July 1981 requiring staff working for public organisations and institutions and personnel and female students at State institutions to wear ordinary, sober, modern dress. The regulations also provided that female members of staff and students should not wear veils in educational institutions.

37. On 20 December 1982 the Higher-Education Authority issued a circular on the wearing of headscarves in institutions of higher

education. The Islamic headscarf was banned in lecture theatres. In a judgment of 13 December 1984, the Supreme Administrative Court held that the regulations were lawful, noting:

“Beyond being a mere innocent practice, wearing the headscarf is in the process of becoming the symbol of a vision that is contrary to the freedoms of women and the fundamental principles of the Republic.”

38. On 10 December 1988 transitional section 16 of the Higher-Education Act (Law no. 2547 – “the Higher-Education Act”) entered into force. It provided:

“Modern dress or appearance shall be compulsory in the rooms and corridors of institutions of higher education, preparatory schools, laboratories, clinics and multidisciplinary clinics. A veil or headscarf covering the neck and hair may be worn out of religious conviction.”

39. In a judgment of 7 March 1989 published in the Official Gazette of 5 July 1989, the Constitutional Court held that the aforementioned provision was contrary to Articles 2 (secularism), 10 (equality before the law) and 24 (freedom of religion) of the Constitution. It also found that it could not be reconciled with the principle of sexual equality implicit, inter alia, in republican and revolutionary values (see the Constitution – Preamble and Article 174).

In their judgment, the Constitutional Court judges explained, firstly, that secularism had acquired constitutional status by reason of the historical experience of the country and the particularities of Islam compared to other religions; secularism was an essential condition for democracy and acted as a guarantor of freedom of religion and of equality before the law. It also prevented the State from showing a preference for a particular religion or belief; consequently, a secular State could not invoke religious conviction when performing its legislative function. They stated, inter alia:

“Secularism is the civil organiser of political, social and cultural life, based on national sovereignty, democracy, freedom and science. Secularism is the principle which offers the individual the possibility to affirm his or her own personality through freedom of thought and which, by the distinction it makes between politics and religious beliefs, renders freedom of conscience and religion effective. In societies based on religion, which function with religious thought and religious rules, political organisation is religious in character. In a secular regime, religion is shielded from a

political role. It is not a tool of the authorities and remains in its respectable place, to be determined by the conscience of each and everyone..."

Stressing its inviolable nature, the Constitutional Court observed that freedom of religion, conscience and worship, which could not be equated with a right to wear any particular religious attire, guaranteed first and foremost the liberty to decide whether or not to follow a religion. It explained that, once outside the private sphere of individual conscience, freedom to manifest one's religion could be restricted on public-order grounds to defend the principle of secularism.

Everyone was free to choose how to dress, as the social and religious values and traditions of society also had to be respected. However, when a particular dress code was imposed on individuals by reference to a religion, the religion concerned was perceived and presented as a set of values that were incompatible with those of contemporary society. In addition, in Turkey, where the majority of the population were Muslims, presenting the wearing of the Islamic headscarf as a mandatory religious duty would result in discrimination between practising Muslims, non-practising Muslims and non-believers on grounds of dress with anyone who refused to wear the headscarf undoubtedly being regarded as opposed to religion or as irreligious.

The Constitutional Court also said that students had to be permitted to work and pursue their education together in a calm, tolerant and mutually supportive atmosphere without being deflected from that goal by signs of religious affiliation. It found that, irrespective of whether the Islamic headscarf was a precept of Islam, granting legal recognition to a religious symbol of that type in institutions of higher education was not compatible with the principle that State education must be neutral, as it would be liable to generate conflicts between students with differing religious convictions or beliefs.

40. On 25 October 1990 transitional section 17 of Law no. 2547 entered into force. It provides:

"Choice of dress shall be free in institutions of higher education, provided that it does not contravene the laws in force."

41. In a judgment of 9 April 1991, which was published in the Official Gazette of 31 July 1991, the Constitutional Court noted that, in the light of the principles it had established in its judgment of 7 March

1989, the aforementioned provision did not allow headscarves to be worn in institutions of higher education on religious grounds and so was consistent with the Constitution. It stated, *inter alia*:

“... the expression ‘laws in force’ refers first and foremost to the Constitution... In institutions of higher education, it is contrary to the principles of secularism and equality for the neck and hair to be covered with a veil or headscarf on grounds of religious conviction. In these circumstances, the freedom of dress which the impugned provision permits in institutions of higher education ‘does not concern dress of a religious nature or the act of covering one’s neck and hair with a veil and headscarf’... The freedom afforded by this provision [transitional section 17] is conditional on its not being contrary ‘to the laws in force’. The judgment [of 7 March 1989] of the Constitutional Court establishes that covering one’s neck and hair with the headscarf is first and foremost contrary to the Constitution. Consequently, the condition set out in the aforementioned section requiring [choice of] dress not to contravene the laws in force removes from the scope of freedom of dress the act of ‘covering one’s neck and hair with the headscarf’...”

3. Application of the Regulations at Istanbul University

42. Istanbul University was founded in the fifteenth century and is one of the main centres of State higher education in Turkey. It has seventeen faculties (including two faculties of medicine – Cerrahpaşa and Çapa) and twelve schools of higher education. It is attended by approximately 50,000 students.

43. In 1994, following a petitioning campaign launched by female students enrolled on the midwifery course at the University School of Medicine, the Vice Chancellor circulated a memorandum in which he explained the background to the Islamic-headscarf issue and the legal basis for the relevant regulations, noting in particular:

“The ban prohibiting students enrolled on the midwifery course from wearing the headscarf during tutorials is not intended to infringe their freedom of conscience and religion, but to comply with the laws and regulations in force. When doing their work, midwives and nurses wear a uniform. That uniform is described in and identified by regulations issued by the Ministry of Health... Students who wish to join the profession are aware of this. Imagine a student of midwifery trying to put a baby in or remove it from an incubator, or assisting a doctor in an operating theatre or maternity unit while wearing a long-sleeved coat.”

44. The Vice Chancellor was concerned that the campaign for permission to wear the Islamic headscarf on all university premises had reached the point where there was a risk of its undermining order and causing unrest at the University, the Faculty, the Cerrahpaşa Hospital and the School of Medicine. He called on the students to comply with the rules on dress, reminding them, in particular, of the rights of the patients.

45. A resolution regarding the rules on dress for students and university staff was adopted on 1 June 1994 by the University executive and provides:

"The rules governing dress in universities are set out in the laws and regulations. The Constitutional Court has delivered a judgment which prevents religious attire being worn in universities.

This judgment applies to all students of our University and the academic staff, both administrative and otherwise, at all levels. In particular, nurses, midwives, doctors and vets are required to comply with the regulations on dress, as dictated by scientific considerations and the legislation, during health and applied science tutorials (on nursing, laboratory work, surgery and microbiology). Anyone not complying with the rules on dress will be refused access to tutorials."

46. On 23 February 1998 a circular signed by the Vice Chancellor of Istanbul University was distributed containing instructions on the admission of students with beards or wearing the Islamic headscarf (for the text of this circular, see paragraph 16 above).

47. The University adopted a resolution (no. 11 of 9 July 1998) worded as follows:

"1. Students at Istanbul University shall comply with the legal principles and rules on dress set out in the decisions of the Constitutional Court and higher judicial bodies.

2. Students shall not wear clothes that symbolise or manifest any religion, faith, race, or political or ideological persuasion in any institution or department of the university, or on any of its premises.

3. Students shall comply with the rules requiring specific clothes to be worn for occupational reasons in the institutions and departments at which they are enrolled.

4. *Photographs supplied by students to their institution or department [must be taken] from the 'front' 'with head and neck uncovered'. They must be no more than six months old and make the student readily identifiable.*

5. *Anyone displaying an attitude that is contrary to the aforementioned points or who, through his words, writings or deeds, encourages such an attitude shall be liable to action under the provisions of the Students Disciplinary Proceedings Rules."*

4. Students Disciplinary Procedure Rules

48. The Students Disciplinary Procedure Rules, which were published in the Official Gazette of 13 January 1985, prescribe five forms of disciplinary penalty: a warning, a reprimand, temporary suspension of between a week and a month, temporary suspension of one or two semesters and expulsion.

49. Merely wearing the Islamic headscarf on university premises does not constitute a disciplinary offence.

50. By virtue of paragraph 6(a) of the Rules, a student whose "*behaviour and attitude are not befitting of students*" will be liable to a warning. A reprimand will be issued, inter alia, to students whose conduct is such as to lose them the respect and trust which students are required to command or who disrupt lectures, seminars, tutorials in laboratories or workshops (paragraph 7(a) and (e)). Students who directly or indirectly restrict the freedom of others to learn and teach or whose conduct is liable to disturb the calm, tranquillity and industriousness required in institutions of higher education or who engage in political activities in such institutions are liable to temporary suspension of between a week and a month (paragraph 8(a) and (c)). Paragraph 9(j) lays down that students who organise or take part in unauthorised meetings on university premises are liable to one or two semesters' suspension.

51. The procedure for investigating disciplinary complaints is governed by paragraphs 13 to 34 of the Rules. Paragraphs 16 and 33 provide that the rights of defence of students must be respected and the disciplinary board must take into account the reasons that caused the student to transgress the rules. All disciplinary measures are subject to judicial review in the administrative courts.

5. The regulatory power of the university authorities

52. Since universities are public-law bodies by virtue of Article 130 of the Constitution, they enjoy a degree of autonomy, subject to State control, that is reflected in the fact that they are run by management organs, such as the vice chancellor, with delegated statutory powers.

The relevant parts of section 13 of Law no. 2547 provide:

“... (b) Vice chancellors shall have the following powers, competence and responsibilities:

1. To chair meetings of university boards, implement their resolutions, examine proposals by the university boards and take such decisions as shall be necessary, and ensure that institutions forming part of the university function in a coordinated manner; ...

5. To supervise and monitor the university departments and university staff at all levels.

It is the vice chancellor who shall have primary responsibility for taking safety measures and for supervising and monitoring the administrative and scientific aspects of the functioning of the university...”

53. The monitoring and supervisory power conferred on the vice chancellor by section 13 of Law no. 2547 is subject to the requirement of lawfulness and to scrutiny by the administrative courts.

C. The Binding Force of the Reasoning In Judgments of the Constitutional Court

54. In its judgment of 27 May 1999 (E. 1998/58, K. 1999/19), which was published in the Official Gazette of 4 March 2000, the Constitutional Court stated, inter alia:

“The legislature and executive are bound by both the operative provisions of judgments and the reasoning taken as a whole. Judgments and the reasons stated in them lay down the standards by which legislative activity will be measured and establish guidelines for such activity.”

D. Comparative Law

55. For more than twenty years the place of the Islamic headscarf in State education has been the subject of debate across Europe. In most European countries, the debate has focused mainly on primary and secondary schools. However, in Turkey, Azerbaijan and Albania it has concerned not just the question of individual liberty, but also the political meaning of the Islamic headscarf. These are the only member States to have introduced regulations on wearing the Islamic headscarf in universities.

56. In France, where secularism is regarded as one of the cornerstones of republican values, legislation was passed on 15 March 2004 regulating, in accordance with the principle of secularism, the wearing of signs or dress manifesting a religious affiliation in State primary and secondary schools. The legislation inserted a new Article L. 141-5-1 in the Education Code which provides: *“In State primary and secondary schools, the wearing of signs or dress by which pupils overtly manifest a religious affiliation is prohibited. The school rules shall state that the institution of disciplinary proceedings shall be preceded by dialogue with the pupil”*.

The Act applies to all State schools and educational institutions, including post-baccalaureate courses (preparatory classes for entrance to the grandes écoles and vocational training courses). It does not apply to State universities. In addition, as the circular of 18 May 2004 makes clear, it only concerns *“... signs ..., such as the Islamic headscarf, however named, the kippa or a cross that is manifestly oversized, which make the wearer’s religious affiliation immediately identifiable”*.

57. In Belgium there is no general ban on wearing religious signs at school. In the French Community a decree of 13 March 1994 stipulates that education shall be neutral within the Community. Pupils are in principle allowed to wear religious signs. However, they may do so only if human rights, the reputation of others, national security, public order, and public health and morals are protected and internal rules complied with. Further, teachers must not permit religious or philosophical proselytism under their authority or the organisation of political militancy by or on behalf of pupils. The decree stipulates that restrictions may be imposed by school rules. On 19 May 2004 the French Community issued a decree intended to institute equality of treatment. In the Flemish Community, there is no uniform policy among schools

on whether to allow religious or philosophical signs to be worn. Some do, others do not. When pupils are permitted to wear such signs, restrictions may be imposed on grounds of hygiene or safety.

58. In other countries (Austria, Germany, the Netherlands, Spain, Sweden, Switzerland and the United Kingdom), in some cases following a protracted legal debate, the State education authorities permit Muslim pupils and students to wear the Islamic headscarf.

59. In Germany, where the debate focused on whether teachers should be allowed to wear the Islamic headscarf, the Constitutional Court stated on 24 September 2003 in a case between a teacher and the Land of Baden-Württemberg that the lack of any express statutory prohibition meant that teachers were entitled to wear the headscarf. Consequently, it imposed a duty on the Länder to lay down rules on dress if they wished to prohibit the wearing of the Islamic headscarf in State schools.

60. In Austria there is no special legislation governing the wearing of the headscarf, turban or kippa. In general, it is considered that a ban on wearing the headscarf will only be justified if it poses a health or safety hazard for pupils.

61. In the United Kingdom a tolerant attitude is shown to pupils who wear religious signs. Difficulties with respect to the Islamic headscarf are rare. The issue has also been debated in the context of the elimination of racial discrimination in schools in order to preserve their multicultural character (see, in particular, *Mandla v. Dowell*, 'The Law Reports' 1983, 548-570). The Commission for Racial Equality, whose opinions have recommendation status only, also considered the issue of the Islamic headscarf in 1988 in the *Altrincham Grammar School* case, which ended in a compromise between a private school and members of the family of two sisters who wished to be allowed to wear the Islamic headscarf at the school. The school agreed to allow them to wear the headscarf provided it was navy blue (the colour of the school uniform), kept fastened at the neck and not decorated.

In the case of *R (On the application of Begum) v. Headteacher and Governors of Denbigh High School* [2004], the High Court had to decide a dispute between the school and a Muslim pupil wishing to wear the jilbab (a full-length gown). The school required pupils to

wear a uniform, one of the possible options being the headscarf and a shalwar kameeze (long traditional garments from the Indian subcontinent). In June 2004 the High Court dismissed the pupil's application, holding that there had been no violation of her freedom of religion. However, that judgment was reversed in March 2005 by the Court of Appeal, which accepted that there had been interference with the pupil's freedom of religion, as a minority of Muslims in the United Kingdom considered that a religious duty to wear the jilbab from the age of puberty existed and the pupil was genuinely of that opinion. No justification for the interference had been provided by the school authorities, as the decision-making process was not compatible with freedom of religion.

62. In Spain, there is no express statutory prohibition on pupils' wearing religious head coverings in State schools. By virtue of two royal Decrees of 26 January 1996, which are applicable in primary and secondary schools unless the competent authority – the autonomous community – has introduced specific measures, the school governors have power to issue school rules which may include provisions on dress. Generally speaking, State schools allow the headscarf to be worn.

63. In Finland and Sweden the veil can be worn at school. However, a distinction is made between the burka (the term used to describe the full veil covering the whole of the body and the face) and the niqab (a veil covering all the upper body with the exception of the eyes). In Sweden mandatory directives were issued in 2003 by the National Education Agency. These allow schools to prohibit the burka and niqab, provided they do so in a spirit of dialogue on the common values of equality of the sexes and respect for the democratic principle on which the education system is based.

64. In the Netherlands, where the question of the Islamic headscarf is considered from the standpoint of discrimination rather than of freedom of religion, it is generally tolerated. In 2003 a non-binding directive was issued. Schools may require pupils to wear a uniform provided that the rules are not discriminatory and are included in the school prospectus and that the punishment for transgressions is not disproportionate. A ban on the burka is regarded as justified by the need to be able to identify and communicate with pupils. In addition, the Equal Treatment Commission ruled in 1997 that a ban on wearing

the veil during general lessons for safety reasons was not discriminatory.

65. In a number of other countries (the Czech Republic, Greece, Hungary, Poland or Slovakia), the issue of the Islamic headscarf does not yet appear to have given rise to any detailed legal debate.

E. The Relevant Council Of Europe Texts On Higher Education

66. Among the various texts adopted by the Council of Europe on higher education should be cited, firstly, Parliamentary Assembly Recommendation no. 1353 (1998) on the Access of Minorities to Higher Education, which was adopted on 27 January 1998, and Committee of Ministers Recommendation no. R (98) 3 on Access to Higher Education, which was adopted on 17 March 1998.

Another relevant instrument in this sphere is the joint Council of Europe/UNESCO Convention on the Recognition of Qualifications concerning Higher Education in the European Region, which was signed in Lisbon on 11 April 1997 and entered into force on 1 February 1999.

67. The preamble to the Convention on the Recognition of Qualifications concerning Higher Education in the European Region states:

“Conscious of the fact that the right to education is a human right, and that higher education, which is instrumental in the pursuit and advancement of knowledge, constitutes an exceptionally rich cultural and scientific asset for both individuals and society. ...”

68. On 17 March 1998 the Committee of Ministers of the Council of Europe adopted Recommendation no. R (98) 3 on Access to Higher Education. In the preamble to the recommendation it is stated:

“... higher education has a key role to play in the promotion of human rights and fundamental freedoms and the strengthening of pluralistic democracy and tolerance [and] ... widening opportunities for members of all groups in society to participate in higher education can contribute to securing democracy and building confidence in situations of social tension...”

69. Likewise, Article 2 of Recommendation no. 1353 (1998) on the Access of Minorities to Higher Education, which was adopted by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on 27 January 1998, provides:

“Education is a fundamental human right and therefore access to all levels, including higher education, should be equally available to all permanent residents of the states signatories to the European Cultural Convention.”

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 9 OF THE CONVENTION

70. The applicant submitted that the ban on wearing the Islamic headscarf in institutions of higher education constituted an unjustified interference with her right to freedom of religion, in particular, her right to manifest her religion.

She relied on Article 9 of the Convention, which provides:

“1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.

2. Freedom to manifest one’s religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

A. The Chamber Judgment

71. The Chamber found that the Istanbul University regulations restricting the right to wear the Islamic headscarf and the measures taken thereunder had interfered with the applicant’s right to manifest her religion. It went on to find that the interference was prescribed by law and pursued one of the legitimate aims set out in the second paragraph of Article 9 of the Convention. It was justified in principle and proportionate to the aims pursued and could therefore be regarded as

having been “necessary in a democratic society” (see paragraphs 66 to 116 of the Chamber judgment).

B. The Parties’ Submissions Before The Grand Chamber

72. In her request for a referral to the Grand Chamber dated 27 September 2004 and in her oral submissions at the hearing, the applicant contested the grounds on which the Chamber had concluded that there had been no violation of Article 9 of the Convention.

73. However, in the observations she submitted to the Grand Chamber on 27 January 2005 she said that she was not seeking legal recognition of a right for all women to wear the Islamic headscarf in all places, inter alia in these terms: *“Implicit in the section judgment is the notion that the right to wear the headscarf will not always be protected by freedom of religion. [I] do not contest that approach”*.

74. The Government asked the Grand Chamber to endorse the Chamber’s finding that there had been no violation of Article 9.

C. The Court’s Assessment

75. The Court must consider whether the applicant’s right under Article 9 was interfered with and, if so, whether the interference was “prescribed by law”, pursued a legitimate aim and was “necessary in a democratic society” within the meaning of Article 9 § 2 of the Convention.

1. Whether There Was Interference

76. The applicant said that her choice of dress had to be treated as obedience to a religious rule which she regarded as “recognised practice”. She maintained that the restriction in issue, namely the rules on wearing the Islamic headscarf on university premises, was a clear interference with her right to freedom to manifest her religion.

77. The Government did not make any submissions to the Grand Chamber on this question.

78. As to whether there was interference, the Grand Chamber endorses the following findings of the Chamber (see paragraph 71 of the Chamber judgment):

“The applicant said that, by wearing the headscarf, she was obeying a religious precept and thereby manifesting her desire to comply strictly with the duties imposed by the Islamic faith. Accordingly, her decision to wear the headscarf may be regarded as motivated or inspired by a religion or belief and, without deciding whether such decisions are in every case taken to fulfil a religious duty, the Court proceeds on the assumption that the regulations in issue, which placed restrictions of place and manner on the right to wear the Islamic headscarf in universities, constituted an interference with the applicant’s right to manifest her religion.”

2. “Prescribed By Law”

a. The Parties’ Submissions To The Grand Chamber

79. The applicant said that there had been no “written law” to prohibit students from wearing the Islamic headscarf at university, either when she enrolled in 1993 or in the period thereafter. She explained that under the Students Disciplinary Procedure Rules it was not a disciplinary offence merely to wear the Islamic headscarf (see paragraphs 49 and 50 above). The first regulation to restrict her right to wear the headscarf had been the circular issued by the University Vice Chancellor on 23 February 1998, some four and a half years later.

80. In the applicant’s submission, it could not validly be argued that the legal basis for that regulation was the case-law of the Turkish courts, as the courts only had jurisdiction to apply the law, not to establish new legal rules. Although in its judgments of 7 March 1989 and 9 April 1991 (see paragraphs 39 and 41 above) the Constitutional Court had not acted *ultra vires* in proscribing the headscarf in individual cases, the legislature had not construed the first of that court’s judgments as requiring it to introduce legislation prohibiting the Islamic headscarf. There was no statutory provision in force to prohibit students from wearing the headscarf on the premises of institutions of higher education, while the reasons given by the Constitutional Court for its decision did not have the force of law.

81. The applicant said that while university authorities, including vice chancellors’ offices and deaneries, were unquestionably at liberty

to use the powers vested in them by law, the scope of those powers and the limits on them were also defined by law, as were the procedures by which they were to be exercised and the safeguards against abuse of authority. In the instant case, the Vice Chancellor had not possessed the authority or power, either under the laws in force or the Students Disciplinary Procedure Rules, to refuse students “wearing the headscarf” access to university premises or examination rooms. In addition, the legislature had at no stage sought to issue a general ban on wearing religious signs in schools and universities and there had never been support for such a ban in Parliament, despite the fierce debate to which the Islamic headscarf had given rise. Moreover, the fact that the administrative authorities had not introduced any general regulations providing for the imposition of disciplinary penalties on students wearing the headscarf in institutions of higher education meant that no such ban existed.

82. The applicant considered that the interference with her right had not been foreseeable and was not based on a “law” within the meaning of the Convention.

83. The Government confined themselves to asking the Grand Chamber to endorse the Chamber’s finding on this point.

B. The Court’s Assessment

84. The Court reiterates its settled case-law that the expression “prescribed by law” requires firstly that the impugned measure should have a basis in domestic law. It also refers to the quality of the law in question, requiring that it be accessible to the persons concerned and formulated with sufficient precision to enable them – if need be, with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail and to regulate their conduct (*Gorzelik and Others v. Poland* [GC], no. 44158/98, § 64, ECHR 2004-...).

85. The Court observes that the applicant’s arguments relating to the alleged unforeseeability of Turkish law do not concern the circular of 23 February 1998 on which the ban on students wearing the veil from lectures, courses and tutorials was based. That circular was issued by the Vice Chancellor of Istanbul University, who, as the person in

charge in whom the main decision-making powers were vested, was responsible for overseeing and monitoring the administrative and scientific aspects of the functioning of the University. He issued the circular within the statutory framework set out in section 13 of Law no. 2547 (see paragraph 52 above) and in accordance with the regulatory provisions that had been adopted earlier.

86. According to the applicant, however, the circular was not compatible with transitional section 17 of Law no. 2547, as that section did not proscribe the Islamic headscarf and there were no legislative norms in existence capable of constituting a legal basis for a regulatory provision.

87. The Court must therefore consider whether transitional section 17 of Law no. 2547 was capable of constituting a legal basis for the circular. It reiterates in that connection that it is primarily for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law (see *Kruslin v. France*, judgment of 24 April 1990, Series A no. 176-A, p. 21, § 29) and notes that in rejecting the argument that the circular was illegal, the administrative courts relied on the settled case-law of the Supreme Administrative Court and the Constitutional Court (see paragraph 19 above).

88. Further, as regards the words “*in accordance with the law*” and “*prescribed by law*” which appear in Articles 8 to 11 of the Convention, the Court observes that it has always understood the term “*law*” in its “*substantive*” sense, not its “*formal*” one; it has included both “*written law*”, encompassing enactments of lower ranking statutes (*De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, judgment of 18 June 1971, Series A no 12, p. 45, § 93) and regulatory measures taken by professional regulatory bodies under independent rule-making powers delegated to them by parliament (*Bartold v. Germany*, judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, p. 21, § 46), and unwritten law. “*Law*” must be understood to include both statutory law and judge-made “*law*” (see, among other authorities, *Sunday Times v. the United Kingdom* (no. 1), judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, p. 30, § 47; *Kruslin*, cited above, § 29 in fine; and *Casado Coca v. Spain*, judgment of 24 February 1994, Series A no 285-A, p. 18, § 43). In sum, the “*law*” is the provision in force as the competent courts have interpreted it.

89. Accordingly, the question must be examined on the basis not

only of the wording of transitional section 17 of Law no. 2547, but also of the relevant case-law.

In that connection, as the Constitutional Court noted in its judgment of 9 April 1991 (see paragraph 41 above), the wording of that section shows that freedom of dress in institutions of higher education is not absolute. Under the terms of that provision, students are free to dress as they wish *“provided that [their choice] does not contravene the laws in force”*.

90. The dispute therefore concerns the meaning of the words “laws in force” in the aforementioned provision.

91. The Court reiterates that the scope of the notion of foreseeability depends to a considerable degree on the content of the instrument in question, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed. It must also be borne in mind that, however clearly drafted a legal provision may be, its application involves an inevitable element of judicial interpretation, since there will always be a need for clarification of doubtful points and for adaptation to particular circumstances. A margin of doubt in relation to borderline facts does not by itself make a legal provision unforeseeable in its application. Nor does the mere fact that such a provision is capable of more than one construction mean that it fails to meet the requirement of *“foreseeability”* for the purposes of the Convention. The role of adjudication vested in the courts is precisely to dissipate such interpretational doubts as remain, taking into account the changes in everyday practice (Gorzelik and Others, judgment cited above, § 65).

92. The Court notes in that connection that in its aforementioned judgment the Constitutional Court found that the words *“laws in force”* necessarily included the Constitution. The judgment also made it clear that authorising students to *“cover the neck and hair with a veil or headscarf for reasons of religious conviction”* in the universities was contrary to the Constitution (see paragraph 41 above).

93. That decision of the Constitutional Court, which was both binding (see paragraphs 29 and 54 above) and accessible, as it had been published in the *Official Gazette* of 31 July 1991, supplemented the letter of transitional section 17 and followed the Constitutional Court’s previous case-law (see paragraph 39 above). In addition, the Supreme

Administrative Court had by then consistently held for a number of years that wearing the Islamic headscarf at university was not compatible with the fundamental principles of the Republic, since the headscarf was in the process of becoming the symbol of a vision that was contrary to the freedoms of women and those fundamental principles (see paragraph 37 above).

94. As to the applicant's argument that the legislature had at no stage imposed a ban on wearing the headscarf, the Court reiterates that it is not for it to express a view on the appropriateness of the methods chosen by the legislature of a respondent State to regulate a given field. Its task is confined to determining whether the methods adopted and the effects they entail are in conformity with the Convention (*Gorzelik and Others*, judgment cited above, § 67).

95. Furthermore, the fact that Istanbul University or other universities may not have applied a particular rule – in this instance transitional section 17 of Law no. 2547 read in the light of the relevant case-law – rigorously in all cases, preferring to take into account the context and the special features of individual courses, does not by itself make that rule unforeseeable. In the Turkish constitutional system, the university authorities may not under any circumstances place restrictions on fundamental rights without a basis in law (see Article 13 of the Constitution – paragraph 29 above). Their role is confined to establishing the internal rules of the educational institution concerned in accordance with the rule requiring conformity with statute and subject to the administrative courts' powers of review.

96. Further, the Court accepts that it can prove difficult to frame laws with a high degree of precision on matters such as internal university rules, and tight regulation may be inappropriate (see, *mutatis mutandis*, *Gorzelik and Others*, judgment cited above, § 67).

97. Likewise, it is beyond doubt that regulations on wearing the Islamic headscarf existed at Istanbul University since 1994 at the latest, well before the applicant enrolled there (see paragraphs 43 and 45 above).

98. In these circumstances, the Court finds that there was a legal basis for the interference in Turkish law, namely transitional section 17 of Law no. 2547 read in the light of the relevant case-law of the domestic courts. The law was also accessible and can be considered

sufficiently precise in its terms to satisfy the requirement of foreseeability. It would have been clear to the applicant, from the moment she entered Istanbul University, that there were restrictions on wearing the Islamic headscarf on the university premises and, from 23 February 1998, that she was liable to be refused access to lectures and examinations if she continued to do so.

3. Legitimate Aim

99. Having regard to the circumstances of the case and the terms of the domestic courts' decisions, the Court is able to accept that the impugned interference primarily pursued the legitimate aims of protecting the rights and freedoms of others and of protecting public order, a point which is not in issue between the parties.

4. "Necessary in a democratic society"

a. Submissions of the parties before the Grand Chamber

i. The applicant

100. The applicant contested the Chamber's findings. In her observations of 27 September 2004 and her oral submissions at the hearing, she argued that the notions of "democracy" and "republic" were not alike. While many totalitarian regimes claimed to be "republics", only a true democracy could be based on the principles of pluralism and broad-mindedness. The structure of the judicial and university systems in Turkey had been determined by the successive coups d'état by the military in 1960, 1971 and 1980. Referring to the Court's case-law and the practice that had been adopted in a number of countries in Europe, the applicant further submitted that the Contracting States should not be given a wide margin of appreciation to regulate students' dress. She explained that no European State prohibited students from wearing the Islamic headscarf at university and added that there had been no sign of tension in institutions of higher education that would have justified such a radical measure.

101. The applicant further explained in her aforementioned observations that students were discerning adults who enjoyed full legal

capacity and were capable of deciding for themselves what was appropriate conduct. Consequently, the allegation that, by wearing the Islamic headscarf, she had shown a lack of respect for the convictions of others or sought to influence fellow students and to undermine their rights and freedoms was wholly unfounded. Nor had she created an external restriction on any freedom with the support or authority of the State. Her choice had been based on religious conviction, which was the most important fundamental right that pluralistic, liberal democracy had granted her. It was, to her mind, indisputable that people were free to subject themselves to restrictions if they considered it appropriate. It was also unjust to say that merely wearing the Islamic headscarf was contrary to the principle of equality between men and women, as all religions imposed such restrictions on dress which people were free to choose whether or not to comply with.

102. Conversely, in her observations of 27 January 2005, the applicant said that she was able to accept that wearing the Islamic headscarf would not always be protected by freedom of religion (see paragraph 73 above).

ii The Government

103. The Government agreed with the Chamber's findings (see paragraph 71 above).

b. The Court's assessment

i. General principles

104. The Court reiterates that as enshrined in Article 9, freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a "*democratic society*" within the meaning of the Convention. This freedom is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it. That freedom entails, inter alia, freedom to hold or not to hold religious beliefs and to practise or not to practise a religion (see, among other authorities, *Kokkinakis v. Greece*, 25 May 1993, Series A no. 260-A, p. 17, § 3; and

Buscarini and Others v. San Marino [GC], no. 24645/94, § 34, ECHR 1999-I).

105. While religious freedom is primarily a matter of individual conscience, it also implies, *inter alia*, freedom to manifest one's religion, alone and in private, or in community with others, in public and within the circle of those whose faith one shares. Article 9 lists the various forms which manifestation of one's religion or belief may take, namely worship, teaching, practice and observance (see, *mutatis mutandis*, *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* [GC], no. 27417/95, § 73, ECHR 2000-VII).

Article 9 does not protect every act motivated or inspired by a religion or belief (see, among many other authorities, *Kalaç v. Turkey*, judgment of 1 July 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-IV, p. 1209, § 27; *Arrowsmith v. the United Kingdom*, no. 7050/75, Commission decision of 12 October 1978, Decisions and Reports (DR) 19, p. 5; *C. v. the United Kingdom*, no. 10358/83, Commission decision of 15 December 1983, DR 37, p. 142; and *Tepeli and Others v. Turkey* (dec.), no. 31876/96, 11 September 2001).

106. In democratic societies, in which several religions coexist within one and the same population, it may be necessary to place restrictions on freedom to manifest one's religion or belief in order to reconcile the interests of the various groups and ensure that everyone's beliefs are respected (*Kokkinakis*, cited above, p. 18, § 33). This follows both from paragraph 2 of Article 9 and the State's positive obligation under Article 1 of the Convention to secure to everyone within its jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention.

107. The Court has frequently emphasised the State's role as the neutral and impartial organiser of the exercise of various religions, faiths and beliefs, and stated that this role is conducive to public order, religious harmony and tolerance in a democratic society. It also considers that the State's duty of neutrality and impartiality is incompatible with any power on the State's part to assess the legitimacy of religious beliefs or the ways in which those beliefs are expressed (see *Manousakis and Others v. Greece*, judgment of 26 September 1996, Reports 1996-IV, p. 1365, § 47; *Hassan and Tchaouch v. Bulgaria* [GC], no. 30985/96, § 78, ECHR 2000-XI; *Refah Partisi and Others*, judgment cited above, § 91) and that it requires the State to ensure mutual toler-

ance between opposing groups (United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, judgment of 30 January 1998, Reports 1998-I, § 57). Accordingly, the role of the authorities in such circumstances is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other (Serif v. Greece, no. 38178/97, § 53, ECHR 1999-IX).

108. Pluralism, tolerance and broadmindedness are hallmarks of a “*democratic society*”. Although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of people from minorities and avoids any abuse of a dominant position (see, *mutatis mutandis*, Young, James and Webster v. the United Kingdom, judgment of 13 August 1981, Series A no. 44, p. 25, § 63; and Chassagnou and Others v. France [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, § 112, ECHR 1999-III). Pluralism and democracy must also be based on dialogue and a spirit of compromise necessarily entailing various concessions on the part of individuals or groups of individuals which are justified in order to maintain and promote the ideals and values of a democratic society (see, *mutatis mutandis*, the United Communist Party of Turkey and Others, judgment cited above, pp. 21-22, § 45; and Refah Partisi and Others, judgment cited above § 99). Where these “*rights and freedoms*” are themselves among those guaranteed by the Convention or its Protocols, it must be accepted that the need to protect them may lead States to restrict other rights or freedoms likewise set forth in the Convention. It is precisely this constant search for a balance between the fundamental rights of each individual which constitutes the foundation of a “*democratic society*” (Chassagnou and Others, judgment cited above, § 113).

109. Where questions concerning the relationship between State and religions are at stake, on which opinion in a democratic society may reasonably differ widely, the role of the national decision-making body must be given special importance (see, *mutatis mutandis*, Cha’are Shalom Ve Tsedek, cited above, § 84; and Wingrove v. the United Kingdom judgment of 25 November 1996, Reports 1996-V, p. 1958, § 58). This will notably be the case when it comes to regulating the wearing of religious symbols in educational institutions, especially (as the comparative-law materials illustrate – see paragraphs 55-65 above)

in view of the diversity of the approaches taken by national authorities on the issue. It is not possible to discern throughout Europe a uniform conception of the significance of religion in society (Otto-Preminger-Institut v. Austria, judgment of 20 September 1994, Series A no. 295-A, p. 19, § 50) and the meaning or impact of the public expression of a religious belief will differ according to time and context (see, among other authorities, Dahlab v. Switzerland (dec.) no. 42393/98, ECHR 2001-V). Rules in this sphere will consequently vary from one country to another according to national traditions and the requirements imposed by the need to protect the rights and freedoms of others and to maintain public order (see, *mutatis mutandis*, Wingrove, judgment cited above, p. 1957, § 57). Accordingly, the choice of the extent and form such regulations should take must inevitably be left up to a point to the State concerned, as it will depend on the domestic context concerned (see, *mutatis mutandis*, Gorzelik, judgment cited above, § 67; and Murphy v. Ireland, no. 44179/98, § 73, ECHR 2003-IX (extracts)).

110. This margin of appreciation goes hand in hand with a European supervision embracing both the law and the decisions applying it. The Court's task is to determine whether the measures taken at national level were justified in principle and proportionate (Manousakis and Others, judgment cited above, § 44). In delimiting the extent of the margin of appreciation in the present case the Court must have regard to what is at stake, namely the need to protect the rights and freedoms of others, to preserve public order and to secure civil peace and true religious pluralism, which is vital to the survival of a democratic society (see, *mutatis mutandis*, Kokkinakis, judgment cited above, § 31; Manoussakis and Others, judgment cited above, p. 1364, § 44; and Casado Coca, judgment cited above, § 55).

111. The Court also notes that in the decisions of Karaduman v. Turkey (no. 16278/90, Commission decision of 3 May 1993, DR 74, p. 93) and Dahlab v. Switzerland (no. 42393/98, ECHR 2001-V) the Convention institutions found that in a democratic society the State was entitled to place restrictions on the wearing of the Islamic headscarf if it was incompatible with the pursued aim of protecting the rights and freedoms of others, public order and public safety. In the Karaduman case, measures taken in universities to prevent certain fundamentalist religious movements from exerting pressure on students who did not practise their religion or who belonged to

another religion were found to be justified under Article 9 § 2 of the Convention. Consequently, it is established that institutions of higher education may regulate the manifestation of the rites and symbols of a religion by imposing restrictions as to the place and manner of such manifestation with the aim of ensuring peaceful co-existence between students of various faiths and thus protecting public order and the beliefs of others (see, among other authorities, *Refah Partisi and Others*, cited above, § 95). In the *Dahlab* case, which concerned the teacher of a class of small children, the Court stressed among other matters the “powerful external symbol” which her wearing a headscarf represented and questioned whether it might have some kind of proselytising effect, seeing that it appeared to be imposed on women by a religious precept that was hard to reconcile with the principle of gender equality. It also noted that wearing the Islamic headscarf could not easily be reconciled with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society should convey to their pupils.

ii. Application of the Foregoing Principles to the Present Case

112. The interference in issue caused by the circular of 23 February 1998 imposing restrictions as to place and manner on the rights of students such as *Ms Şahin* to wear the Islamic headscarf on university premises was, according to the Turkish courts (see paragraphs 37, 39 and 41 above), based in particular on the two principles of secularism and equality.

113. In its judgment of 7 March 1989, the Constitutional Court stated that secularism, as the guarantor of democratic values, was the meeting point of liberty and equality. The principle prevented the State from manifesting a preference for a particular religion or belief; it thereby guided the State in its role of impartial arbiter, and necessarily entailed freedom of religion and conscience. It also served to protect the individual not only against arbitrary interference by the State but from external pressure from extremist movements. The Constitutional Court added that freedom to manifest one’s religion could be restricted in order to defend those values and principles (see paragraph 39 above).

114. As the Chamber rightly stated (see paragraph 106 of its judgment), the Court considers this notion of secularism to be consistent with the values underpinning the Convention. It finds that upholding that principle, which is undoubtedly one of the fundamental principles of the Turkish State which are in harmony with the rule of law and respect for human rights, may be considered necessary to protect the democratic system in Turkey. An attitude which fails to respect that principle will not necessarily be accepted as being covered by the freedom to manifest one's religion and will not enjoy the protection of Article 9 of the Convention (see *Refah Partisi and Others*, judgment cited above, § 93).

115. After examining the parties' arguments, the Grand Chamber sees no good reason to depart from the approach taken by the Chamber (see paragraphs 107-109 of the Chamber judgment) as follows:

"... The Court ... notes the emphasis placed in the Turkish constitutional system on the protection of the rights of women... Gender equality – recognised by the European Court as one of the key principles underlying the Convention and a goal to be achieved by member States of the Council of Europe (see, among other authorities, Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United-Kingdom, judgment of 28 May 1985, Series A no. 77, p. 38, § 78; Schuler-Zraggen v. Switzerland, judgment of 24 June 1993, Series A no. 263, pp. 21–22, § 67; Burgharz v. Switzerland, judgment of 22 February 1994, Series A no. 280-B, p. 29, § 27; Van Raalte v. Netherlands, judgment of 21 February 1997, Reports 1997-I, p. 186, § 39, in fine; and Petrovic v. Austria judgment of 27 March 1998, Reports 1998-II, p. 587, § 37) – was also found by the Turkish Constitutional Court to be a principle implicit in the values underlying the Constitution..."

*... In addition, like the Constitutional Court..., the Court considers that, when examining the question of the Islamic headscarf in the Turkish context, there must be borne in mind the impact which wearing such a symbol, which is presented or perceived as a compulsory religious duty, may have on those who choose not to wear it. As has already been noted (see *Karaduman*, decision cited above; and *Refah Partisi and Others*, cited above, § 95), the issues at stake include the protection of the "rights and freedoms of others" and the "maintenance of public order" in a country in which the majority of the population, while professing a strong attachment to the rights of women and a secular way of life, adhere to the Islamic faith. Imposing limitations on freedom in this sphere may, therefore, be regarded as meeting a pressing social need by seeking to achieve those two legitimate aims, especially since, as the Turkish courts stated..., this religious symbol has taken on political*

significance in Turkey in recent years.

... The Court does not lose sight of the fact that there are extremist political movements in Turkey which seek to impose on society as a whole their religious symbols and conception of a society founded on religious precepts... It has previously said that each Contracting State may, in accordance with the Convention provisions, take a stance against such political movements, based on its historical experience (Refah Partisi and Others, cited above, § 124). The regulations concerned have to be viewed in that context and constitute a measure intended to achieve the legitimate aims referred to above and thereby to preserve pluralism in the university."

116. Having regard to the above background, it is the principle of secularism, as elucidated by the Constitutional Court (see paragraph 39 above), which is the paramount consideration underlying the ban on the wearing of religious symbols in universities. In such a context, where the values of pluralism, respect for the rights of others and, in particular, equality before the law of men and women are being taught and applied in practice, it is understandable that the relevant authorities should wish to preserve the secular nature of the institution concerned and so consider it contrary to such values to allow religious attire, including, as in the present case, the Islamic headscarf, to be worn.

117. The Court must now determine whether in the instant case there was a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the legitimate objectives pursued by the interference.

118. Like the Chamber (see paragraph 111 of its judgment), the Grand Chamber notes at the outset that it is common ground that practising Muslim students in Turkish universities are free, within the limits imposed by educational organisational constraints, to manifest their religion in accordance with habitual forms of Muslim observance. In addition, the resolution adopted by Istanbul University on 9 July 1998 shows that various other forms of religious attire are also forbidden on the university premises (see paragraph 47 above).

119. It should also be noted that when the issue of whether students should be allowed to wear the Islamic headscarf surfaced at Istanbul University in 1994 in relation to the medical courses, the Vice Chancellor reminded them of the reasons for the rules on dress. Arguing that calls for permission to wear the Islamic headscarf in all

parts of the university premises were misconceived and pointing to the public-order constraints applicable to medical courses, he asked the students to abide by the rules, which were consistent with both the legislation and the case-law of the higher courts (see paragraphs 43-44 above).

120. Furthermore, the process whereby the regulations that led to the decision of 9 July 1998 were implemented took several years and was accompanied by a wide debate within Turkish society and the teaching profession (see paragraph 35 above). The two highest courts, the Supreme Administrative Court and the Constitutional Court, have managed to establish settled case-law on this issue (see paragraphs 37, 39 and 41 above). It is quite clear that throughout that decision-making process the university authorities sought to adapt to the evolving situation in a way that would not bar access to the university to students wearing the veil, through continued dialogue with those concerned, while at the same time ensuring that order was maintained and in particular that the requirements imposed by the nature of the course in question were complied with.

121. In that connection, the Court does not accept the applicant's submission that the fact that there were no disciplinary penalties for failing to comply with the dress code effectively meant that no rules existed (see paragraph 81 above). As to how compliance with the internal rules should have been secured, it is not for the Court to substitute its view for that of the university authorities. By reason of their direct and continuous contact with the education community, the university authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions or the requirements of a particular course (see, *mutatis mutandis*, *Valsamis v. Greece*, judgment of 18 December 1996, Reports 1996-VI, p. 2325, § 32). Besides, having found that the regulations pursued a legitimate aim, it is not open to the Court to apply the criterion of proportionality in a way that would make the notion of an institution's "internal rules" devoid of purpose. Article 9 does not always guarantee the right to behave in a manner governed by a religious belief (*Pichon and Sajous v. France* (dec.), no. 49853/99, ECHR 2001-X) and does not confer on people who do so the right to disregard rules that have proved to be justified (see the opinion of the Commission, § 51, contained in its report of 6 July 1995 appended to the *Valsamis* judgment cited above, p. 2337).

122. In the light of the foregoing and having regard to the Contracting States' margin of appreciation in this sphere, the Court finds that the interference in issue was justified in principle and proportionate to the aim pursued.

123. Consequently, there has been no breach of Article 9 of the Convention.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 2 OF PROTOCOL NO. 1

A. Whether A Separate Examination of this Complaint is Necessary

1. The parties' submissions

124. The Court notes that although the applicant relied on various provisions of the Convention (Articles 8, 10 and 14, and Article 2 of Protocol No. 1) before the Chamber, her principal argument was that there had been a violation of Article 9 of the Convention. In her request for a referral, the applicant asked the Grand Chamber to find a violation of Articles 8, 9, 10 and 14 of the Convention and of Article 2 of Protocol No. 1. She did not make any legal submissions with regard to Article 10.

125. In her written pleadings of 27 January 2005, however, the applicant appears to present her case concerning the regulations of 23 February 1998 in a different light to that in which it had been presented before the Chamber. In those pleadings, she *"allege[d] as her main submission a violation of Article 2 of Protocol No. 1 and request[ed] the Grand Chamber to hold accordingly"*. Among other things, she asked the Court to *"find that the decision to refuse [her] access to the University when wearing the Islamic headscarf amounts in the present case to a violation of her right to education, as guaranteed by Article 2 of Protocol No. 1, read in the light of Articles 8, 9 and 10 of the Convention"*.

126. The Government submitted that there had been no violation of the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1.

2. The Chamber Judgment

127. The Chamber found that no separate question arose under Articles 8, 10 and 14 of the Convention or Article 2 of Protocol No. 1, the provisions that had been relied on by the applicant, as the relevant circumstances were the same as those it had examined in relation to Article 9, in respect of which it had found no violation.

3. The Court's assessment

128. The Court observes that under its case-law that is now well-established, the “case” referred to the Grand Chamber necessarily embraces all aspects of the application previously examined by the Chamber in its judgment, there being no basis for a merely partial referral of the case to the Grand Chamber (see, as the most recent authorities, *Cumpănă and Mazăre v. Romania* [GC], no. 33348/96, § 66, ECHR 2004-...; and *K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, §§ 140-141, ECHR 2001-VII). The “case” referred to the Grand Chamber is the application as it has been declared admissible.

129. The Court considers that, having regard to the special circumstances of the case, the fundamental importance of the right to education and the position of the parties, the complaint under the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1 can be considered as separate from the complaint under Article 9 of the Convention, notwithstanding the fact that, as was the case with Article 9, the substance of the complaint is criticism of the regulations that were issued on 23 February 1998.

130. In conclusion, the Court will examine this complaint separately (see, *mutatis mutandis*, *Göç v. Turkey* [GC], no. 36590/97, § 46, ECHR 2002-V).

B. Applicability

131. The applicant alleged a violation of the first sentence of Article 2 Protocol No. 1, which provides:

“No person shall be denied the right to education.”

1. Scope of the First Sentence of Article 2 of Protocol No. 1

a. The Parties' Submissions Before the Grand Chamber

132. The applicant said that there was no in doubt that the right to education, as guaranteed by the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1, applied to higher education, since that provision applied to all institutions existing at a given time.

133. The Government did not comment on this issue.

b. The Court's Assessment

134. The first sentence of Article 2 of Protocol No 1 provides that no one shall be denied the right to education. Although the provision makes no mention of higher education, there is nothing to suggest that it does not apply to all levels of education, including higher education.

135. As to the content of the right to education and the scope of the obligation it imposes, the Court notes that in the "*Belgium linguistic*" case (judgment (on the merits) of 23 July 1968, Series A no. 6, p. 31, § 3), it stated: *'The negative formulation indicates, as is confirmed by the 'preparatory work'..., that the Contracting Parties do not recognise such a right to education as would require them to establish at their own expense, or to subsidise, education of any particular type or at any particular level. However, it cannot be concluded from this that the State has no positive obligation to ensure respect for such a right as is protected by Article 2 of the Protocol. As a 'right' does exist, it is secured, by virtue of Article 1 of the Convention, to everyone within the jurisdiction of a Contracting State'*.

136. The Court does not lose sight of the fact that the development of the right to education, whose content varies from one time or place to another, according to economic and social circumstances, mainly depends on the needs and resources of the community. However, it is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. Moreover, the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions (*Marckx v. Belgium*, judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, p. 19, § 41; *Airey v. Ireland*, judgment of 9 October 1979, Series A no. 32, pp. 14-15,

§ 26; and, as the most recent authority, Mamatkulov and Askarov v. Turkey [GC], nos. 46827/99 and 46951/99, § 121, 4 February 2005). While the first sentence of Article 2 essentially establishes access to primary and secondary education, there is no watertight division separating higher education from other forms of education. In a number of recently adopted instruments, the Council of Europe has stressed the key role and importance of higher education in the promotion of human rights and fundamental freedoms and the strengthening of democracy (see, inter alia, Recommendation no. R (98) 3 and Recommendation no. 1353 (1998) – cited in paragraphs 68 and 69 above). As the Convention on the Recognition of Qualifications concerning Higher Education in the European Region (see paragraph 67 above) states, higher education “*is instrumental in the pursuit and advancement of knowledge*” and “*constitutes an exceptionally rich cultural and scientific asset for both individuals and society*”.

137. Consequently, it would be hard to imagine that institutions of higher education existing at a given time do not come within the scope of the first sentence of Article 2 of Protocol No 1. Although that Article does not impose a duty on the Contracting States to set up institutions of higher education, any State so doing will be under an obligation to afford an effective right of access to them. In a democratic society, the right to education, which is indispensable to the furtherance of human rights, plays such a fundamental role that a restrictive interpretation of the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1 would not be consistent with the aim or purpose of that provision (see, mutatis mutandis, the “Belgian Linguistic case”, cited above, p. 33, § 9; and *Delcourt v. Belgium*, judgment of 17 January 1970, Series A no. 11, p. 14, § 25).

138. This approach is in line with the Commission’s report in the “*Belgian Linguistic case*” (see the judgment cited above, p. 22), in which as far back as 1965 it stated that although the scope of the right protected by Article 2 of Protocol No. 1 was not defined or specified in the Convention, it included, “*for the purposes of examining the present case*”, “*entry to nursery, primary, secondary and higher education*”.

139. The Commission subsequently observed in a series of decisions: “[T]he right to education envisaged in Article 2 is concerned primarily with elementary education and not necessarily advanced studies such as technology” (X. v. the United Kingdom, no. 5962/72, Commission decision of

13 March 1975, DR 2, p. 50; and *Kramelius v. Sweden*, no. 21062/92, Commission decision of 17 January 1996). In more recent cases, leaving the door open to the application of Article 2 of Protocol No. 1 to university education, it examined the legitimacy of certain restrictions on access to institutions of higher education (see, with regard to restrictions on access to higher education, *X. v. the United Kingdom*, no. 8844/80, Commission decision of 9 December 1980, DR 23, p. 228; and with regard to suspension or expulsion from educational institutions, *Yanasik v. Turkey*, no. 14524/89, Commission decision of 6 January 1993, DR 74, p. 14; and *Sulak v. Turkey*, no. 24515/94, Commission decision of 17 January 1996, DR 84, p. 98).

140. For its part, after the "*Belgian Linguistic case*" the Court declared a series of cases on higher education inadmissible, not because the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1 was inapplicable, but on other grounds (complaint of a disabled person who did not satisfy a university's entrance requirements, *Lukach v. Russia* (dec.), no. 48041/99, 16 November 1999; refusal of permission to an applicant in custody to prepare for and sit a final university examination for a legal diploma, *Georgiou v. Greece* (dec.), no. 45138/98, 13 January 2000; interruption of advanced studies by a valid conviction and sentence, *Durmaz and Others v. Turkey* (dec.), no. 46506/99, 4 September 2001).

141. In the light of all the foregoing considerations, it is clear that any institutions of higher education existing at a given time come within the scope of the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1, since the right of access to such institutions is an inherent part of the right set out in that provision. This is not an extensive interpretation forcing new obligations on the Contracting States: it is based on the very terms of the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1 read in its context and having regard to the object and purpose of the Convention, a law-making treaty (see, *mutatis mutandis*, *Golder v. the United Kingdom*, judgment of 21 February 1975, Series A no. 18, p. 18, § 36).

142. Consequently, the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1 is applicable in the instant case. The manner in which it is applied will, however, obviously depend on the special features of the right to education.

C. Merits

1. The Parties' Submissions Before the Grand Chamber

a. The Applicant

143. The applicant submitted that the ban imposed by the public authorities on wearing the Islamic headscarf clearly constituted interference with her right to education, which had resulted in her being refused access to oncology examinations on 12 March 1998, prevented from enrolling with the university's administrative department on 20 March 1998 and refused access to a lecture on neurology on 16 April 1998 and a written examination on public health on 10 June 1998.

144. She accepted that, by its nature, the right to education had to be regulated by the State. In her view, the criteria to be used in the regulations should be the same as those applicable to permitted interference under Articles 8 to 11 of the Convention. In that connection, she pointed to the lack of any provision in Turkish domestic law preventing the pursuit of higher education and said that the vice-chancellor's offices had no authority or power under the laws in force to refuse students wearing the headscarf access to university.

145. The applicant said that despite wearing the headscarf she had been able to enrol at the university and to pursue her studies there without incident for four and a half years. She therefore argued that at the time of her enrolment at the university and while pursuing her studies, there had been no domestic source of law that would have enabled her to foresee that she would be denied access to the lecture theatres a number of years later.

146. While reiterating that the measures taken in her case were disproportionate to the aim pursued, the applicant accepted that it was in principle legitimate for institutions of higher education to seek to provide education in a calm and safe environment. However, as the lack of any disciplinary proceedings against her showed, her wearing the Islamic headscarf had not in any way prejudiced public order or infringed the rights and freedoms of the other students. Furthermore, in her submission, the relevant university authorities had had sufficient means at their disposal to guarantee the maintenance of public order, such as bringing disciplinary proceedings or lodging a criminal complaint if a student's conduct contravened the criminal law.

147. The applicant argued that making the pursuit of her studies conditional on her abandoning the headscarf and refusing her access to educational institutions if she refused to comply with that condition had effectively and wrongfully violated the substance of her right to education and rendered it ineffective. This had been compounded by the fact that she was a young adult with a fully developed personality and social and moral values who was deprived of all possibility of pursuing her studies in Turkey in a manner consistent with her beliefs.

148. For all these reasons, the applicant submitted that the respondent State had overstepped the limits of its margin of appreciation, however wide it might be, and violated her right to education, read in the light of Articles 8, 9 and 10 of the Convention.

b. The Government

149. Referring to the case-law of the Court, the Government observed that the Contracting States had a margin of appreciation to determine how to regulate education.

150. They added that the applicant had enrolled at the Cerrahpaşa Faculty of Medicine at Istanbul University after studying for five years at the Faculty of Medicine of Bursa University, where she had worn the headscarf. The Vice-Chancellor of Istanbul University had issued a circular prohibiting students from wearing the headscarf in the University. The ban was based on judgments of the Constitutional Court and the Supreme Administrative Court. As the application and the request for a referral to the Grand Chamber indicated, the applicant had not encountered any difficulty in enrolling at the Cerrahpaşa Faculty of Medicine, which proved that she had enjoyed equality of treatment in the right of access to educational institutions. As regards the interference caused by the implementation of the circular of 23 February 1998, the Government confined themselves to saying that it had been the subject of scrutiny by the courts.

151. The Government concluded by asking for the judgment of the Chamber to be upheld, arguing that the regulations in issue did not contravene the Court's case-law, having regard to the margin of appreciation accorded to the Contracting States.

2. The Court's assessment

a. General principles

152. The right to education, as set out in the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1, guarantees everyone within the jurisdiction of the Contracting States “a right of access to educational institutions existing at a given time”, but such access constitutes only a part of the right to education. For that right “to be effective, it is further necessary that, inter alia, the individual who is the beneficiary should have the possibility of drawing profit from the education received, that is to say, the right to obtain, in conformity with the rules in force in each State, and in one form or another, official recognition of the studies which he has completed” (Belgian Linguistic case, judgment cited above, pp. 30-32, §§ 3-5; see also *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, judgment of 7 December 1976, Series A no. 23, pp. 25-26, § 52). Similarly, implicit in the phrase “No person shall...” is the principle of equality of treatment of all citizens in the exercise of their right to education.

153. The fundamental right of everyone to education is a right guaranteed equally to pupils in State and independent schools, without distinction (*Costello-Roberts v. the United Kingdom*, judgment of 25 March 1993, Series A no. 247-C, p. 58, § 27).

154. In spite of its importance, this right is not, however, absolute, but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access “by its very nature calls for regulation by the State” (Belgian Linguistic case, judgment cited above, p. 32, § 5; see also, *mutatis mutandis*, *Golder*, cited above, pp. 18-19, § 38; and *Fayed v. the United Kingdom*, judgment of 21 September 1994, Series A no. 294-B, pp. 49-50, § 65). Admittedly, the regulation of educational institutions may vary in time and in place, inter alia, according to the needs and resources of the community and the distinctive features of different levels of education. Consequently, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in this sphere, although the final decision as to the observance of the Convention's requirements rests with the Court. In order to ensure that the restrictions that are imposed do not curtail the right in question to such an extent as to impair its very essence and deprive it of its effectiveness, the Court must satisfy itself that they are foreseeable for those concerned and pursue a legitimate aim. However, unlike the position with respect to Articles 8 to 11 of the Convention,

it is not bound by an exhaustive list of “*legitimate aims*” under Article 2 of Protocol No. 1 (see, *mutatis mutandis*, *Podkolzina v. Latvia*, no. 46726/99, § 36, ECHR 2002-II). Furthermore, a limitation will only be compatible with Article 2 of Protocol No. 1 if there is a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved.

155. Such restrictions must not conflict with other rights enshrined in the Convention and its Protocols either (*Belgian Linguistic case*, judgment cited above, p. 32, § 5; *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, judgment of 25 February 1982, Series A no. 48, p. 19, § 41; and *Yanasik*, decision cited above). The provisions of the Convention and its Protocols must be considered as a whole. Accordingly, the first sentence of Article 2 must, where appropriate, be read in the light in particular of Articles 8, 9 and 10 of the Convention (*Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, judgment cited above, p. 26, § 52 *in fine*).

156. The right to education does not in principle exclude recourse to disciplinary measures, including suspension or expulsion from an educational institution in order to ensure compliance with its internal rules. The imposition of disciplinary penalties is an integral part of the process whereby a school seeks to achieve the object for which it was established, including the development and moulding of the character and mental powers of its pupils (see, among other authorities, *Campbell and Cosans*, judgment cited above, p. 14, § 33; see also, with respect to the expulsion of a cadet from a military academy, *Yanasik*, decision cited above, and the expulsion of a student for fraud, *Sulak*, decision cited above).

b. Application of These Principles to the Present Case

157. By analogy with its reasoning on the question of the existence of interference under Article 9 (see paragraph 78 above), the Court is able to accept that the regulations on the basis of which the applicant was refused access to various lectures and examinations for wearing the Islamic headscarf constituted a restriction on her right to education, notwithstanding the fact that she had had access to the University and been able to read the subject of her choice in accordance with the results she had achieved in the university entrance examination.

However, an analysis of the case by reference to the right to education cannot in this instance be divorced from the conclusion reached by the Court with respect to Article 9 (see paragraph 122 above), as the considerations taken into account under that provision are clearly applicable to the complaint under Article 2 of Protocol No. 1, which complaint consists of criticism of the regulation concerned that that takes much the same form as that made with respect to Article 9.

158. In that connection, the Court has already found that the restriction was foreseeable to those concerned and pursued the legitimate aims of protecting the rights and freedoms of others and maintaining public order (see paragraphs 98 and 99 above). The obvious purpose of the restriction was to preserve the secular character of educational institutions.

159. As regards the principle of proportionality, the Court found in paragraphs 118 to 121 above that there was a reasonable relationship of proportionality between the means used and the aim pursued. In so finding, it relied in particular on the following factors which are clearly relevant here. Firstly, the measures in question manifestly did not hinder the students in performing the duties imposed by the habitual forms of religious observance. Secondly, the decision-making process for applying the internal regulations satisfied, so far as was possible, the requirement to weigh up the various interests at stake. The university authorities judiciously sought a means whereby they could avoid having to turn away students wearing the headscarf and at the same time honour their obligation to protect the rights of others and the interests of the education system. Lastly, the process also appears to have been accompanied by safeguards – the rule requiring conformity with statute and judicial review – that were apt to protect the students' interests (see paragraph 95 above).

160. It would, furthermore, be unrealistic to imagine that the applicant, a medical student, was unaware of Istanbul University's internal regulations restricting the places where religious dress could be worn or had not been sufficiently informed about the reasons for their introduction. She could reasonably have foreseen that she ran the risk of being refused access to lectures and examinations if, as subsequently happened, she continued to wear the Islamic headscarf after 23 February 1998.

161. Consequently, the restriction in question did not impair the very essence of the applicant's right to education. In addition, in the light of its findings with respect to the other Articles relied on by the applicant (see paragraphs 122 above and 166 below), the Court observes that the restriction did not conflict with other rights enshrined in the Convention or its Protocols either.

162. In conclusion, there has been no violation of the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLES 8, 10 AND 14 OF THE CONVENTION

163. As she had done before the Chamber, the applicant alleged a violation of Articles 8, 10 and 14 of the Convention, arguing that the impugned regulations had infringed her right to respect for her private life and her right to freedom of expression and was discriminatory.

164. The Court, however, does not find any violation of Articles 8 or 10 of the Convention, the arguments advanced by the applicant being a mere reformulation of her complaint under Article 9 of the Convention and Article 2 of Protocol No. 1, in respect of which the Court has concluded that there had been no violation.

165. As regards the complaint under Article 14, taken individually or together with Article 9 of the Convention or the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1, the Court notes that the applicant did not provide detailed particulars in her pleadings before the Grand Chamber. Furthermore, as has already been noted (see paragraphs 99 and 158 above), the regulations on the Islamic headscarf were not directed against the applicant's religious affiliation, but pursued, among other things, the legitimate aim of protecting order and the rights and freedoms of others and were manifestly intended to preserve the secular nature of educational institutions. Consequently, the reasons which led the Court to conclude that there has been no violation of Article 9 of the Convention or Article 2 of Protocol No. 1 incontestably also apply to the complaint under Article 14, taken individually or together with the aforementioned provisions.

166. Consequently, the Court holds that there has been no violation of Articles 8, 10 or 14 of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. Holds, by sixteen votes to one, that there has been no violation of Article 9 of the Convention;

2. Holds, by sixteen votes to one, that there has been no violation of the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1;

3. Holds, unanimously, that there has been no violation of Article 8 of the Convention;

4. Holds, unanimously, that there has been no violation of Article 10 of the Convention;

5. Holds, unanimously, that there has been no violation of Article 14 of the Convention.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 10 November 2005.

T. L. EARLY
Deputy to the Registrar

Luzius WILDHABER
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the following separate opinions are annexed to this judgment:

- a. joint concurring opinion of Mr Rozakis and Mrs Vajić;
- b. dissenting opinion of Mrs Tulkens;

T. L. EARLY
Deputy to the Registrar

Luzius WILDHABER
President

**CONCURRING OPINION
OF JUDGES ROZAKIS AND VAJIĆ**

We agree with the majority that there has been no violation of Article 9 of the Convention in the present case. We have also voted for the finding that there was no violation of the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1 mainly because the text of the judgment is drafted in such a way that it makes it difficult to divide these two findings. As stated in the judgment the “...analysis of the case by reference to the right to education cannot in this instance be divorced from the conclusion reached with respect to Article 9..., as the considerations taken into account under that provision are clearly applicable to the complaint under Article 2 of Protocol No. 1, which complaint consists of criticism of the regulation concerned that takes much the same form as that made with respect to Article 9” (§ 157).

In reality, however, we are of the opinion that the case would have been better dealt with only under Article 9, the way it was done in the Chamber judgment. As we see it, the main issue before the Court was the interference of the State with the applicant's right to wear a headscarf at the University and, through that, to manifest in public her religious beliefs. Hence, the central question in the case was the protection of her religious freedom as enshrined in Article 9 of the Convention. Article 9 is, in the circumstances, the obvious *lex specialis* covering the facts of the case, and the applicant's corollary complaint concerning the same facts under Article 2 of Protocol No. 1, although clearly admissible, does not raise a separate issue under the Convention.

DISSENTING OPINION OF JUDGE TULKENS

(Translation)

For a variety of mutually supporting reasons I did not vote with the majority on the question of Article 9 of the Convention or of Article 2 of Protocol No. 1, which concerns the right to education. I do, however, fully agree with the Court's ruling that the scope of the latter provision extends to higher and university education.

A. Freedom of Religion

1. As regards the general principles reiterated in the judgment there are points on which I strongly agree with the majority (see paragraphs 104 to 108 of the judgment). The right to freedom of religion guaranteed by Article 9 of the Convention is a "*precious asset*" not only for believers, but also for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. It is true that Article 9 of the Convention does not protect every act motivated or inspired by a religion or belief and that in democratic societies, in which several religions co-exist, it may be necessary to place restrictions on freedom to manifest one's religion in order to reconcile the interests of the various groups and ensure that everyone's beliefs are respected (see paragraph 106 of the judgment). Further, pluralism, tolerance and broadmindedness are hallmarks of a democratic society and this entails certain consequences. The first is that these ideals and values of a democratic society must also be based on dialogue and a spirit of compromise, which necessarily entails mutual concessions on the part of individuals. The second is that the role of the authorities in such circumstances is not to remove the cause of the tensions by eliminating pluralism, but, as the Court again reiterated only recently, to ensure that the competing groups tolerate each other (*Ouranio Toxo and Others v. Greece*, judgment of 20 October 2005, § 40).

2. Once the majority had accepted that the ban on wearing the Islamic headscarf on university premises constituted interference with the applicant's right under Article 9 of the Convention to manifest her religion, and that the ban was prescribed by law and pursued a

legitimate aim – in this case the protection of the rights and freedom of others and of public order – the main issue became whether such interference was “*necessary in a democratic society*”. Owing to its nature, the Court’s review must be conducted in concreto, in principle by reference to three criteria: first, whether the interference, which must be capable of protecting the legitimate interest that has been put at risk, was appropriate; second, whether the measure that has been chosen is the measure that is the least restrictive of the right or freedom concerned; and, lastly, whether the measure was proportionate, a question which entails a balancing of the competing interests.¹

Underlying the majority’s approach is the margin of appreciation which the national authorities are recognised as possessing and which reflects, inter alia, the notion that they are “*better placed*” to decide how best to discharge their Convention obligations in what is a sensitive area (see paragraph 109 of the judgment). The Court’s jurisdiction is, of course, subsidiary and its role is not to impose uniform solutions, especially “*with regard to establishment of the delicate relations between the Churches and the State*” (*Cha’are Shalom Ve Tsedek v. France*, judgment of 27 June 2000, § 84), even if, in certain other judgments concerning conflicts between religious communities, the Court has not always shown the same judicial restraint (*Serif v. Greece*, judgment of 14 December 1999; *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, judgment of 13 December 2001). I therefore entirely agree with the view that the Court must seek to reconcile universality and diversity and that it is not its role to express an opinion on any religious model whatsoever.

3. I would perhaps have been able to follow the margin-of-appreciation approach had not two factors drastically reduced its relevance in the instant case. The first concerns the argument the majority use to justify the width of the margin, namely the diversity of practice between the States on the issue of regulating the wearing of religious symbols in educational institutions and, thus, the lack of a European consensus in this sphere. The comparative-law materials do not allow of such a conclusion, as in none of the member States has the ban on wearing religious symbols extended to university education, which is

¹ S. VAN DROOGHENBROECK, ‘LA PROPORTIONNALITÉ DANS LE DROIT DE LA CONVENTION européenne des droits de l’homme. Prendre l’idée simple au sérieux.’, Brussels, Bruylant, 2001.

intended for young adults, who are less amenable to pressure. The second factor concerns the European supervision that must accompany the margin of appreciation and which, even though less extensive than in cases in which the national authorities have no margin of appreciation, goes hand in hand with it. However, other than in connection with Turkey's specific historical background, European supervision seems quite simply to be absent from the judgment. However, the issue raised in the application, whose significance to the right to freedom of religion guaranteed by the Convention is evident, is not merely a "local" issue, but one of importance to all the member States. European supervision cannot, therefore, be escaped simply by invoking the margin of appreciation.

4. On what grounds was the interference with the applicant's right to freedom of religion through the ban on wearing the headscarf based? In the present case, relying exclusively on the reasons cited by the national authorities and courts, the majority put forward, in general and abstract terms, two main arguments: secularism and equality. While I fully and totally subscribe to each of these principles, I disagree with the manner in which they were applied here and to the way they were interpreted in relation to the practice of wearing the headscarf. In a democratic society, I believe that it is necessary to seek to harmonise the principles of secularism, equality and liberty, not to weigh one against the other.

5. As regards, firstly, secularism, I would reiterate that I consider it an essential principle and one which, as the Constitutional Court stated in its judgment of 7 March 1989, is undoubtedly necessary for the protection of the democratic system in Turkey. Religious freedom is, however, also a founding principle of democratic societies. Accordingly, the fact that the Grand Chamber recognised the force of the principle of secularism did not release it from its obligation to establish that the ban on wearing the Islamic headscarf to which the applicant was subject was necessary to secure compliance with that principle and, therefore, met a "pressing social need". Only indisputable facts and reasons whose legitimacy is beyond doubt – not mere worries or fears – are capable of satisfying that requirement and justifying interference with a right guaranteed by the Convention. Moreover, where there has been interference with a fundamental right, the Court's case-law clearly establishes that mere affirmations do not suffice: they must be

supported by concrete examples (Smith and Grady v. the United Kingdom, judgment of 27 September 1999, § 89). Such examples do not appear to have been forthcoming in the present case.

6. Under Article 9 of the Convention, the freedom with which this case is concerned is not freedom to have a religion (the internal conviction) but to manifest one's religion (the expression of that conviction). If the Court has been very protective (perhaps over-protective) of religious sentiment (Otto-Preminger-Institut v. Austria, judgment of 20 September 1994; Wingrove v. the United Kingdom, judgment of 25 November 1996), it has shown itself less willing to intervene in cases concerning religious practices (Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France, judgment of 27 June 2000; Dahlab v. Switzerland, decision of 15 February 2001), which only appear to receive a subsidiary form of protection (see paragraph 105 of the judgment). This is, in fact, an aspect of freedom of religion with which the Court has rarely been confronted up to now and on which it has not yet had an opportunity to form an opinion with regard to external symbols of religious practice, such as particular items of clothing, whose symbolic importance may vary greatly according to the faith concerned.²

7. Referring to the Refah Partisi and Others v. Turkey judgment of 13 February 2003, the judgment states: "*An attitude which fails to respect that principle [of secularism] will not necessarily be accepted as being covered by the freedom to manifest one's religion*" (see paragraph 114). The majority thus consider that wearing the headscarf contravenes the principle of secularism. In so doing, they take up position on an issue that has been the subject of much debate, namely the signification of wearing the headscarf and its relationship with the principle of secularism.³

In the present case, a generalised assessment of that type gives rise to at least three difficulties. Firstly, the judgment does not address the applicant's argument – which the Government did not dispute – that she had no intention of calling the principle of secularism, a principle with which she agreed, into doubt. Secondly, there is no evidence to show that the applicant, through her attitude, conduct or acts, con-

² E. BREMS, *The Approach of the European Court of Human Rights to Religion*, in Th. MARAUHN (ed.), 'Die Rechtsstellung des Menschen im Völkerrecht. Entwicklungen und Perspektiven', Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, pp. 1 et seq.

³ E. BRIBOSIA and I. RORIVE, 'Le voile à l'école : une Europe divisée', *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, p. 958.

travened that principle. This is a test the Court has always applied in its case-law (*Kokkinakis v. Greece*, judgment of 25 May 1993; *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, judgment of 30 January 1998). Lastly, the judgment makes no distinction between teachers and students, whereas in the *Dahlab v. Switzerland* decision of 15 February 2001, which concerned a teacher, the Court expressly noted the role-model aspect which the teacher's wearing the headscarf had (p. 14). While the principle of secularism requires education to be provided without any manifestation of religion and while it has to be compulsory for teachers and all public servants, as they have voluntarily taken up posts in a neutral environment, the position of pupils and students seems to me to be different.

8. Freedom to manifest a religion entails everyone being allowed to exercise that right, whether individually or collectively, in public or in private, subject to the dual condition that they do not infringe the rights and freedoms of others and do not prejudice public order (Article 9 § 2).

As regards the first condition, this could have been satisfied if the headscarf the applicant wore as a religious symbol had been ostentatious or aggressive or was used to exert pressure, to provoke a reaction, to proselytise or to spread propaganda and undermined – or was liable to undermine – the convictions of others. However, the Government did not argue that this was the case and there was no evidence before the Court to suggest that Ms Şahin had any such intention. As to the second condition, it has been neither suggested nor demonstrated that there was any disruption in teaching or in everyday life at the University, or any disorderly conduct, as a result of the applicant's wearing the headscarf. Indeed, no disciplinary proceedings were taken against her.

9. The majority maintain, however that *“when examining the question of the Islamic headscarf in the Turkish context, there must be borne in mind the impact which wearing such a symbol, which is presented or perceived as a compulsory religious duty, may have on those who choose not to wear it”* (see paragraph 115 of the judgment).

Unless the level of protection of the right to freedom of religion is reduced to take account of the context, the possible effect which wearing the headscarf, which is presented as a symbol, may have on those who do not wear it does not appear to me, in the light of the

Court's case-law, to satisfy the requirement of a pressing social need. Mutatis mutandis, in the sphere of freedom of expression (Article 10), the Court has never accepted that interference with the exercise of the right to freedom of expression can be justified by the fact that the ideas or views concerned are not shared by everyone and may even offend some people. Recently, in the *Gündüz v. Turkey* judgment of 4 December 2003, the Court held that there had been a violation of freedom of expression in a case in which a Muslim religious leader had been convicted for violently criticising the secular regime in Turkey, calling for the introduction of the sharia and referring to children born of marriages celebrated solely before the secular authorities as "bastards". Thus, manifesting one's religion by peacefully wearing a headscarf may be prohibited whereas, in the same context, remarks which could be construed as incitement to religious hatred are covered by freedom of expression.⁴

10. In fact, it is the threat posed by "*extremist political movements*" seeking to "*impose on society as a whole their religious symbols and conception of a society founded on religious precepts*" which, in the Court's view, serves to justify the regulations in issue, which constitute "*a measure intended to ... to preserve pluralism in the university*" (see paragraph 115 of the judgment, in fine). The Court had already made this clear in its *Refah Partisi and Others v. Turkey* judgment of 13 February 2003, when it stated: "*In a country like Turkey, where the great majority of the population belong to a particular religion, measures taken in universities to prevent certain fundamentalist religious movements from exerting pressure on students who do not practise that religion or on those who belong to another religion may be justified under Article 9 § 2 of the Convention*" (§ 95).

While everyone agrees on the need to prevent radical Islamism, a serious objection may nevertheless be made to such reasoning. Merely wearing the headscarf cannot be associated with fundamentalism and it is vital to distinguish between those who wear the headscarf and "*extremists*" who seek to impose the headscarf as they do other religious symbols. Not all women who wear the headscarf are fundamentalists and there is nothing to suggest that the applicant held fundamentalist views. She is a young adult woman and a university student and might reasonably be expected to have a heightened capacity to resist pressure,

⁴ S. VAN DROOGENBROECK, 'Strasbourg et le voile', *Journal du juriste*, 2004, no. 34, p. 10.

it being noted in this connection that the judgment fails to provide any concrete example of the type of pressure concerned. The applicant's personal interest in exercising the right to freedom of religion and to manifest her religion by an external symbol cannot be wholly absorbed by the public interest in fighting extremism.⁵

11. Turning to equality, the majority focus on the protection of women's rights and the principle of sexual equality (see paragraphs 115 and 116 of the judgment). By converse implication, wearing the headscarf is considered synonymous with the alienation of women. The ban on wearing the headscarf is therefore seen as promoting equality between men and women. However, what, in fact, is the connection between the ban and sexual equality? The judgment does not say. Indeed, what is the signification of wearing the headscarf? As the German Constitutional Court noted in its judgment of 24 September 2003,⁶ wearing the headscarf has no single meaning; it is a practise that is engaged in for a variety of reasons. It does not necessarily symbolise the submission of women to men and there are those who maintain that, in certain cases, it can even be a means of emancipating women. What is lacking in this debate is the opinion of women, both those who wear the headscarf and those who choose not to.

12. On this issue, the Grand Chamber refers in its judgment to the *Dahlab v. Switzerland* decision of 15 February 2001, citing what to my mind is the most questionable part of the reasoning in that decision, namely that wearing the headscarf represents a "*powerful external symbol*", which "*appeared to be imposed on women by a religious precept that was hard to reconcile with the principle of gender equality*" and that the practice could not easily be "*reconciled with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society should convey to their pupils*" (see paragraph 111 of the judgment, in fine).

It is not the Court's role to make an appraisal of this type – in this instance a unilateral and negative one – of a religion or religious practice, just as it is not its role to determine in a general and abstract way the signification of wearing the headscarf or to impose its viewpoint

⁵ E. BRIBOSIA and I. RORIVE, 'Le voile à l'école : une Europe divisée', op. cit., p. 960.

⁶ Federal Constitutional Court of Germany, judgment of the Second Division of 24 September 2003, 2BvR 1436/042.

on the applicant. The applicant, a young adult university student, said – and there is nothing to suggest that she was not telling the truth – that she wore the headscarf of her own free will. In this connection, I fail to see how the principle of sexual equality can justify prohibiting a woman from following a practice which, in the absence of proof to the contrary, she must be taken to have freely adopted. Equality and non-discrimination are subjective rights which must remain under the control of those who are entitled to benefit from them. “Paternalism” of this sort runs counter to the case-law of the Court, which has developed a real right to personal autonomy on the basis of Article 8 (Keenan v. the United Kingdom, judgment 3 April 2001, § 92; Pretty v. the United Kingdom, judgment of 29 April 2002, §§ 65-67; Christine Goodwin v. the United Kingdom, judgment of 11 July 2002, § 90)⁷. Finally, if wearing the headscarf really was contrary to the principle of the equality of men and women in any event, the State would have a positive obligation to prohibit it in all places, whether public or private.⁸

13. Since, to my mind, the ban on wearing the Islamic headscarf on the university premises was not based on reasons that were relevant and sufficient, it cannot be considered to be interference that was “*necessary in a democratic society*” within the meaning of Article 9 § 2 of the Convention. In these circumstances, there has been a violation of the applicant’s right to freedom of religion, as guaranteed by the Convention.

B. The Right to Education

14. The majority having decided that the applicant’s complaint should also be examined under Article 2 of Protocol No. 1, I entirely agree with the view, which had already been expressed in the Commission’s report in the Case “*relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*” of 24 June 1965, that that provision is applicable to higher and university education. The judgment rightly points out that “*there is no watertight division separating higher education from other forms of education*” and joins the Council of Europe in reiterating “*the key role and importance of higher education in the promotion of human rights and fundamental freedoms and the strengthening of democracy*” (see paragraph 136

⁷ S. VAN DROOGHENBROECK, ‘Strasbourg et le voile’, op. cit.

⁸ E. BRIBOSIA and I. RORIVE, ‘Le voile à l’école : une Europe divisée’, op. cit., p. 962.

of the judgment). Moreover, since the right to education means a right for everyone to benefit from educational facilities, the Grand Chamber notes that a State which has set up higher-education institutions “*will be under an obligation to afford an effective right of access to [such facilities]*”; without discrimination (see paragraph 137 of the judgment).

15. However, although the Grand Chamber stresses that in a democratic society the right to education is indispensable to the furtherance of human rights (see paragraph 137 of the judgment), it is surprising and regrettable for it then to proceed to deprive the applicant of that right for reasons which do not appear to me to be either relevant or sufficient. The applicant did not, on religious grounds, seek to be excused from certain activities or request changes to be made to the university course for which she had enrolled as a student (unlike the position in the case of *Kjeldsen, Busk, Madsen and Pedersen v. Denmark*, judgment of 7 December 1976). She simply wished to complete her studies in the conditions that had obtained when she first enrolled at the University and during the initial years of her university career, when she had been free to wear the headscarf without any problem. I consider that by refusing the applicant access to the lectures and examinations that were part of the course at the Faculty of Medicine, she was *de facto* deprived of the right of access to the University and, consequently, of her right to education.

16. The Grand Chamber adopted “*by analogy*” its reasoning on the existence of interference under Article 9 of the Convention and found that an analysis by reference to the right to education “*cannot in this instance be divorced from the conclusions reached by the Court with respect to Article 9*”, as the considerations taken into account under that provision “*are clearly applicable to the complaint under Article 2 of Protocol No. 1*” (see paragraph 157 of the judgment). In these circumstances, I consider that the Chamber was undoubtedly right in its judgment of 30 November 2004 to hold that no “*separate question*” arose under Article 2 of Protocol No. 1, as the relevant circumstances and arguments were the same as those it had considered in relation to Article 9, in respect of which it found no violation.

Whatever the position, I am not entirely satisfied that the reasoning with regard to religious freedom “*is clearly applicable*” to the right to education. Admittedly, this latter right is not absolute and may be subject to limitations by implication, provided they do not curtail the right in

question to such an extent as to impair its very essence and deprive it of its effectiveness. Nor may such restrictions conflict with other rights enshrined in the Convention, whose provisions must be considered as a whole. Further, the margin of appreciation is narrower for negative obligations and the Court must, in any event, determine in the last resort whether the Convention requirements have been complied with. Lastly, a limitation will only be consistent with the right to education if there is a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim pursued.

17. What was the position in the instant case? I will not pursue here the debate concerning the right to freedom of religion, but will confine myself to highlighting the additional elements that concerned the proportionality of the limitations that were imposed on the applicant's right to education.

I would begin by noting that before refusing the applicant access to lectures and examinations, the authorities should have used other means either to encourage her (through mediation, for example) to remove her headscarf and pursue her studies, or to ensure that public order was maintained on the university premises if it was genuinely at risk.⁹ The fact of the matter is that no attempt was made to try measures that would have had a less drastic effect on the applicant's right to education in the instant case. My second point is that it is common ground that by making the applicant's pursuit of her studies conditional on removing the headscarf and by refusing her access to the university if she failed to comply with the requirements, the authorities forced the applicant to leave the country and complete her studies at the University of Vienna. She was thus left with no alternative. However, in the *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* judgment of 27 June 2000 the existence of alternative solutions was one of the factors the Court took into account in holding that there had been no violation of the Convention (§§ 80 and 81). Lastly, the Grand Chamber does not weigh up the competing interests, namely, on the one hand, the damage sustained by the applicant – who not only was deprived of any possibility of completing her studies in Turkey because of her religious convictions but also maintained that it was unlikely that she

⁹ O. DE SCHUTTER AND J. RINGELHEIM, 'La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange', CRIDHO Working paper series 1/2005.

would be able to return to her country to practise her profession owing to the difficulties that existed there in obtaining recognition for foreign diplomas – and, on the other, the benefit to be gained by Turkish society from prohibiting the applicant from wearing the headscarf on the university premises.

In these circumstances, it can reasonably be argued that the applicant's exclusion from lectures and examinations and, consequently, from the University itself, rendered her right to education ineffective and, therefore, impaired the very essence of that right.

18. The question also arises whether such an infringement of the right to education does not, ultimately, amount to an implicit acceptance of discrimination against the applicant on grounds of religion. In its Resolution no. 1464(2005) of 4 October 2005, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe reminded the member States that it was important to: "*fully protect all women living in their country against violations of their rights based on or attributed to religion*".

19. More fundamentally, by accepting the applicant's exclusion from the University in the name of secularism and equality, the majority have accepted her exclusion from precisely the type of liberated environment in which the true meaning of these values can take shape and develop. University affords practical access to knowledge that is free and independent of all authority. Experience of this kind is far more effective a means of raising awareness of the principles of secularism and equality than an obligation that is not assumed voluntarily, but imposed. A tolerance-based dialogue between religions and cultures is an education in itself, so it is ironic that young women should be deprived of that education on account of the headscarf. Advocating freedom and equality for women cannot mean depriving them of the chance to decide on their future. Bans and exclusions echo that very fundamentalism these measures are intended to combat. Here, as elsewhere, the risks are familiar: radicalisation of beliefs, silent exclusion, a return to religious schools. When rejected by the law of the land, young women are forced to take refuge in their own law. As we are all aware, intolerance breeds intolerance.

20. I end by noting that all these issues must also be considered in the light of the observations set out in the annual activity report published in June 2005 of the European Commission against Racism

and Intolerance (ECRI), which expresses concern about the climate of hostility existing against persons who are or are believed to be Muslim and considers that the situation requires attention and action in the future.¹⁰ Above all, the message that needs to be repeated over and over again is that the best means of preventing and combating fanaticism and extremism is to uphold human rights.

¹⁰ European Commission against Racism and Intolerance, 'Annual report on ECRI'S activities covering the period from 1 January to 31 December 2004', doc: CRI (2005)36, Strasbourg, June 2005.

LEGISLATION

A selected list of Laws and International Instruments adopted in 2004 and 2005 and Published in OG (*Official Gazette; Resmi Gazete*)

LAWS

O G 11 January 2004/25697

5284 Law Approving the Ratification of the Additional Protocol Amending Article 9 of the Agreement between the Republic of Turkey and the Islamic Republic of Pakistan regarding Judicial Cooperation in Legal and Commercial Matters

O G 18 January 2004/25704

5287 Law Approving the Ratification of the Customs Agreement on Temporary Importation of Commercial Land Vehicles

5288 Law Approving the Ratification of the Protocol Amending the European Convention on the Suppression of Terrorism

O G 08 February 2004/25721

5291 Law Approving the Ratification of the Protocol between the Ministry of Agriculture and Rural Affairs of the Republic of Turkey and the Ministry of Agriculture of the Republic of Lebanon on Technical, Scientific and Economic Cooperation in the Field of Agriculture

5292 Law Approving the Ratification of the Agreement between the Ministry of Agriculture and Rural Affairs of the Republic of Turkey and the Ministry of Agriculture of the Republic of Cuba on Cooperation in the Field of Quarantine and Plant Protection

5293 Law Approving the Ratification of the Agreement between the Ministry of Agriculture and Rural Affairs of the Republic of Turkey and the Ministry of Agriculture of the Republic of Cuba on Cooperation in the Field of Veterinary

5294 Law Approving the Ratification of the Protocol between the Ministry of Agriculture and Rural Affairs of the Republic of Turkey and the Ministry of Food and Agriculture of Mongolia on Technical, Scientific and Economic Cooperation in the Field of Agriculture

5295 Law Approving the Ratification of the Agreement between the Republic of Turkey and the Republic of Slovenia on Promotion and Protection of Investments

5296 Law Approving the Ratification of the Agreement between the Republic of Turkey and the Syrian Arab Republic on Reciprocal Promotion and Protection of Investments

5297 Law Approving the Ratification of the Agreement between the Republic of Turkey and the Transitional Islamic State of Afghanistan on Reciprocal Promotion and Protection of Investments

5298 Law Approving the Ratification of the Agreement between the Republic of Turkey and the Republic of Lebanon on Promotion and Reciprocal Protection of Investments

5299 Law Approving the Ratification of the Agreement between the Republic of Turkey and the Republic of South Africa on Reciprocal Promotion and Protection of Investments

O G 16 February 2004/25729

5301 Law Approving the Ratification of the Interim Free Trade Agreement between the Republic of Turkey and the Palestinian Liberation Organization acting for the Palestinian Authority

O G 26 February 2004/25739

5303 Law Approving the Ratification of the Framework Agreement regarding Implementation of Financial Assistance to be provided under the Financial Cooperation between the Republic of Turkey and the European Union

O G 08 March 2004/25749

5313 Law Approving the Ratification of the Agreement between the Republic of Turkey the Arab Republic of Syria on International Road Transportation of Passengers and Goods

5314 Law Approving the Ratification of the Protocol between the Republic of Turkey and the Republic of Lebanon on Scientific and Technical Cooperation in the field of Public Works and Reduction of Natural Disaster Damages

O G 15 March 2004/25756

5315 Law Approving Turkey's Participation in the Convention Establishing the International Organization of Legal Metrology

O G 19 March 2004/25760

5318 Law Approving the Ratification of the Association Agreement Establishing a Free Trade Area between the Republic of Turkey and the Republic of Tunisia

O G 05 May 2004/25806

5342 Law Approving the Ratification of the Agreement between the Republic of Turkey and the Kingdom of Morocco for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income

5343 Law Approving the Ratification of the Agreement between the Republic of Turkey and the Republic of Lebanon for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income

O G 04 June 2004/25835

5360 Law Approving the Ratification of the Cultural Cooperation Agreement between the Ministry of Culture and Tourism of the Republic of Turkey and the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK) acting for the Provisional Institutions of Self-Government in Kosovo (Ministry of Culture, Youth and Sports of Kosovo)

O G 07 July 2005/25868

5383 Law Approving the Ratification of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of Mongolia on the Activities of the Turkish Cooperation and Development Agency Program Coordination Office

5384 Law Approving the Ratification of the Amendment to Agreement Establishing the European Bank for Reconstruction and Development

5385 Law Approving the Ratification of the Cooperation Protocol between Turkish Cooperation and Development Agency (TIKA) of the Prime Ministry of the Republic of Turkey and the Ministry of Finance and Economy of Mongolia

O G 12 October 2005/25964

5404 Law Approving Turkey's Participation in the Agreement among the Governments of the Participating States of the Black Sea Economic Cooperation on Collaboration in Emergency Assistance and Emergency Response to Natural and Manmade Disasters

5405 Law Approving the Ratification of the Memorandum of Understanding between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Islamic Republic of Iran on Cooperation in the Field of Tourism

5406 Law Approving the Ratification of the Maritime Trade Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Bulgaria

5407 Law Approving the Ratification of the Memorandum of Understanding between the Ministry of Culture and Tourism of the Republic of Turkey and the Secretariat of State for Tourism and Trade of the Kingdom of Spain on Cooperation in the Field of Tourism

5408 Law Approving the Ratification of the Protocol dated 3 June 1999 Amending the Convention concerning International Carriage by Rail (COTIF) dated 9 May 1980

5409 Law Approving the Ratification of the Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Concerning the Abolition of the Death Penalty in All Circumstances

5410 Law Approving the Ratification of the Convention on the European Forest Institute

O G 02 November 2005/25984

5414 Law Approving the Ratification of the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture

5415 Law Approving the Ratification of the Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights Aiming at the Abolition of the Death Penalty

O G 06 November 2005/25985

5416 Law Approving the Ratification of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Council of Ministers of Ukraine on Bilateral Cooperation in the Field of Environmental Protection

5417 Law Approving the Ratification of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Sultanate of Oman for Cooperation in the Field of Environmental Protection

5418 Law Approving the Ratification of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Morocco for Cooperation in the Field of Environmental Protection

5419 Law Approving the Ratification of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Bulgaria for Cooperation in the Field of Environmental Protection

5420 Law Approving the Ratification of the Agreement between The Government of the Republic of Turkey and the Government of the Turkish Republic of Northern Cyprus for Cooperation in the Field of Environment

5422 Law Approving the Ratification of the Joint Protocol Relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention

5423 Law Approving the Ratification of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Azerbaijan for Cooperation in the Field of Environmental Protection

5424 Law Approving the Ratification of the Memorandum of Understanding between the Ministry of Environment and Forestry of the Republic of Turkey and the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK) acting for the Provisional Institutions of Self-Government in Kosovo (Ministry of Environment and Spatial Planning) for Cooperation in the Field of Environment

5426 Law Approving Turkey's Participation in the Protocol of Amendment to the International Convention on Simplification and Harmonization of Customs Procedures

5427 Law Approving the Ratification of the Decisions no. 1/2004 and 2/2004 of the Joint Turkey-EFTA Committee Formed within the Framework of the Agreement between the Republic of Turkey and the States of the European Free Trade Association (EFTA)

O G 12 November 2005/25991

5430 Law Approving the Ratification of the Agreement between the United Nations and the Republic of Turkey Concerning the Arrangements on the Fifth United Nations Conference to Review all Aspect of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices

INTERNATIONAL AGREEMENTS

O G 02 January 2004/25688

2004/8247 Decree on Ratification of the Exchange of Notes Constituting an Agreement between Turkey and Guatemala on Reciprocal Visa Exemption for Holders of Ordinary, Diplomatic, Official and Special Passports

O G 07 January 2004/25693

2004/8313 Decree on Ratification of the Agreement between the Gov-

ernment of the Republic of Turkey and the Council of Ministers of Serbia and Montenegro on Cooperation in the Field of Tourism

O G 08 January 2004/25694

2004/8275 Decree on Ratification of the Agreement and the Integral Protocol thereto between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Kingdom of Thailand for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income and on Capital

2004/8309 Decree on Ratification of the Agreement between the Republic of Turkey and the Grand Duchy of Luxembourg for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income and on Capital

O G 09 January 2004/25695

2004/8264 Decree Ratifying the Memorandum of Understanding pertaining to the 18. Session of the Republic of Turkey – Islamic Republic of Iran Joint Economic Committee

O G 10 January 2004/25696

2004/8310 Decree on Ratification of the Communiqué pertaining to the First Session of the Turkish – Brazilian Joint Commission on Commercial, Economic and Industrial Cooperation

O G 25 January 2004/25707

2005/8359 Decree Ratifying the Agreement on Headquarters between the Government of the Republic of Turkey and the Black Sea Port State Control Secretariat

O G 30 January 2004/25712

2004/8390 Decree on Ratification of the Protocol regarding the Session of the Turkish - Mongolian Joint Commission on Road Transportation

O G 31 January 2004/25713

2004/8395 Decree on Ratification of the Protocol regarding the Fourth Session of the Turkish- Tajikistan Intergovernmental Joint Economic Commission

O G 09 February 2004/25722

2005/8427 Decree on Ratification of the Youth Program "Agreement on Country-oriented Activities" between the Republic of Turkey and the European Community

O G 10 February 2004/25723

2005/8424 Decree on Ratification of the Addendum no. II to the "Financial Memorandum for the 2002 National Pre-accession Financial Assistance Programme for the Republic of Turkey" signed in Ankara between the Republic of Turkey and the European Commission

2005/8425 Decree on Ratification of the Protocol for the Turkish – Italian Joint Commission on International Transportation of Passengers and Goods

2005/8452 Decree on Ratification of the Additional Protocol Amending Article 9 of the Agreement between the Republic of Turkey and the Islamic Republic of Pakistan regarding Judicial Assistance in Legal and Commercial Matters

O G 11 February 2004/25724

2005/8439 Decree on Ratification of the Memorandum of Understanding between the Ministry of National Defense of the Republic of Turkey and the Ministry of Defense Production of the Islamic Republic of Pakistan on Cooperation in the Fields of Defense Research, Technology and Production

O G 14 February 2004/25727

2005/8428 Decree on Ratification of the Operational Grant Agreements between the Republic of Turkey and the European Community regarding the Annual Expenditures and Activities of the Undersecre-

tariat of State Planning Organization Centre for European Union Education and Youth Programmes Conducting the “Socrates”, “Leonardo da Vinci” and “Youth” Programmes within the European Union

O G 23 February 2004/25736

2005/8465 Decree on Ratification of the Cooperation Protocol between the Ministry of Justice of the Republic of Turkey and the Ministry of Justice of the Republic of Moldova

O G 25 February 2004/25738

2005/8467 Decree on Ratification of the Agreement and Integral Protocol thereto regarding Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Islamic Republic of Iran

O G 28 February 2004/25741

2005/8457 Decree on Ratification of the Protocol pertaining to the Session of the Turkish - Russian Federation Joint Commission on Road Transportation

2005/8459 Decree on Ratification of the Administrative Arrangement for the Procedures of Implementation of the Social Security Agreement between the Republic of Turkey and the Grand Duchy of Luxembourg

O G 02 March 2004/25743

2005/8526 Decree on Entry into Force of the Supplementary Agreement regarding the Loan Obtained from the Council of Europe Development Bank for Encouragement of the Small and Medium-sized Enterprises

O G 08 March 2004/25749

2005/8520 Decree on Ratification of the Agreement regarding Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Republic of Turkey and the Federal Democratic Republic of Ethiopia

O G 09 March 2004/25750

2005/8511 Decree on Ratification of the Protocol regarding the 9. Session of the Turkish-Sudan Interministerial Joint Commission on Commercial and Economic Cooperation

2005/8514 Decree on Ratification of the Protocol between the General Staff of the Republic of Turkey and the Ministry of Defense of the Czech Republic on Exchange of Personnel for Social and Cultural Purposes

2005/8518 Decree on Turkey's Participation in the Kimberley Process Certification Scheme

2005/8522 Decree on Ratification of the Agreement on Cooperation in the Field of Health between the Government of the Republic of Turkey and the Government of Islamic Republic of Pakistan

2005/8540 Decree on Ratification of with a Reservation of the Black Sea Economic Cooperation Organization Memorandum of Understanding on Facilitating of Road Transport of Goods in the BSEC Region

2005/8541 Decree on Ratification of the Protocol for the Sixth Session of the Turkish-Russian Intergovernmental Joint Economic Committee

2005/8544 Decree on Ratification of the Memorandum of Understanding of the 4. Session of the Joint Committee between the Republic of Turkey and the Kingdom of Bahrain

O G 01 April 2004/25773

2005/8567 Decree on Ratification of the Agreement between the Republic of Turkey and the Transitional Islamic State of Afghanistan on Reciprocal Promotion and Protection of Investments

2005/8585 Decree on Ratification of of the Agreement between the Republic of Turkey and the Republic of South Africa on Reciprocal Promotion and Protection of Investments

2005/8618 Decree on Entry into Force of the Notes Exchanged between the Republic of Turkey and the Government of Japan for the Finance of the Bosphorus Railway Tube Tunnel Project Conducted by the Ministry of Transportation Directorate General for Construction of Railways, Ports and Airports and its Integral Part the Negotiation

Minutes and the Loan Agreement Executed with the Japan International Cooperation Bank relying on such exchange of notes and on Authorization of the Undersecretariat of Treasury to Effect Payments out of its Budget for the Costs, Fees and Commissions Payable with regard to such Exchange of Notes, its Integral Part the Negotiation Minutes and the Loan Agreement

O G 02 April 2004/25774

2005/8586 Decree on Ratification of the Agreement on Commercial, Economic and Technical Cooperation between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Uganda

O G 03 April 2004/25775

2005/8590 Decree on Ratification of the Agreement on General Commercial, Economic, Cultural and Technical Cooperation between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Gabon

O G 04 April 2004/25776

2005/8583 Decree on Ratification of the Agreement on Long Term Economic and Commercial Cooperation between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Azerbaijan

O G 05 April 2004/25777

2005/8608 Decree on Ratification of the Agreement on Commercial, Economic and Technical Cooperation between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Congo

2005/8610 Decree on Ratification of the Memorandum of Understanding of the IV. Session of the Joint Workshop on Industry between the Republic of Turkey and Romania

O G 10 April 2004/25782

2005/8612 Decree on Ratification of the Agreement Establishing the International Organization of Vine and Wine

O G 15 April 2004/25787

2005/8636 Decree on Ratification of the "Framework Agreement" on Implementation of the Financial Assistance to be Provided within the scope of the Cooperation between the Republic of Turkey and the European Union

O G 20 April 2004/25792

2005/8683 Decree on Entry into Force of the Supplementary Agreement Executed with the Council of Europe Development Bank regarding the Loan Provided for Karaova, Biga-Bakacak, Aslanta II. Merhale, Antalya-Elmal, Bitlis-Ahlat and Demirdöven Irrigation Projects within the scope of the Loan Provided by the said Bank for 8 Irrigation Projects in Various Regions Conducted by the General Directorate of State Hydraulic Works

O G 28 April 2004/25799

2005/8688 Decree on Ratification of the Agreement on Plant Protection and Quarantine between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Israeli State

2005/8697 Decree on Ratification of the Agreement between the Ministry of Agriculture and Rural Affairs of the Republic of Turkey and the Ministry of Agriculture of the Republic of Cuba on Cooperation in the Field of Quarantine and Plant Protection

O G 02 May 2004/25803

2005/8679 Decree on Ratification of the Agreement between the Ministry of Agriculture and Rural Affairs of the Republic of Turkey and Ministry of Agriculture of the Republic of Cuba on Cooperation in the Field of Veterinary

O G 07 May 2004/25808

2005/8723 Decree on Ratification of the Protocol regarding the 19. Session of the Turkish- Libyan Joint Economic Committee

O G 11 May 2004/25812

2005/8763 Decree on Ratification of the Cooperation Protocol between the Prime Ministry General Directorate of State Archives of the Republic of Turkey and General Directorate of National Archives of the People's Democratic Republic of Algeria

O G 12 May 2004/25813

2005/8761 Decree on Ratification of the Minutes of 8. Session of the Turkish –Algerian Joint Commission on Economic, Scientific and Technical Cooperation

O G 15 May 2004/25816

2005/8772 Decree on Ratification of the Cooperation Protocol between the Prime Ministry General Directorate of State Archives of the Republic of Turkey and State Archives Service of the Republic of Kyrgyzstan

O G 02 June 2004/25833

20058808 Decree on Ratification of the Protocol regarding the Turkish – Ukrainian Joint Commission on Road Transportation

2005/8817 Decree on Ratification of the Agreement on Commercial and Economic Cooperation between the Republic of Turkey and the Transitional Islamic State of Afghanistan

O G 03 June 2004/25834

2005/8815 Decree on Ratification of the Police Cooperation Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Bulgaria

O G 09 June 2004/25840

2005/8847 Decree on Ratification of the Protocol regarding the Session of the Turkey- Holland Joint Commission on Road Transportation

2005/8851 Decree on Ratification of the Protocol for the Session of the Turkey- Latvia Joint Commission for Road Transportation

2005/8855 Decree on Ratification of the Protocol for the Third Session of the Turkey- Ethiopia Joint Commission for Economic, Commercial and Technical Cooperation

O G 11 June 2004/25842

2005/8849 Decree on Ratification of the Exchange Programme in the Fields of Culture, Education, Science, Youth and Sports for the Years 2004-2006 between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Chile

O G 15 June 2004/25846

2005/8883 Decree on Ratification of the Protocol on Sale and Purchase of Electricity between the Republic of Turkey and the Autonomous Republic of Ajaria of Georgia

2005/8893 Decree on Ratification of the Protocol between the Republic of Turkey and Georgia on Implementation of Article 9 of the Agreement between the Republic of Turkey, Georgia and the Republic of Azerbaijan on Combating Terrorism, Organized Crimes and Other Serious Crimes

O G 22 June 2004/25853

2005/8985 Decree on Ratification of the Agreement between the Republic of Turkey and the Kingdom of Morocco for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income

2005/8995 Decree on Ratification of the Agreement on International Road Transport between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Sultanate of Oman

O G 05 July 2005/25866

2005/9011 Decree on Ratification of the Memorandum of Understanding for the 15. Session of the Turkish-Iraqi Joint Committee on Economic and Technical Cooperation

O G 22 July 2005/25883

2005/9113 Decree on Ratification of the Agreement on Reciprocal Promotion and protection of Investments between the Republic of Turkey and the Republic of Philippines

O G 01 August 2005/25893

Guarantee and Loan Agreement Executed with the International Bank for Reconstruction and Development within the Framework of the Energy Community of South East Europe - Adaptable Program Loan 2 (ECSEE-APL2)

O G 02 August 2005/25894

Guarantee and Loan Agreement Executed with the International Bank for Reconstruction and Development within the Framework of the Energy Community of South East Europe - Adaptable Program Loan 2 (ECSEE-APL2)

O G 06 August 2005/25898

2005/9148 Decree on Ratification of the Agreement on Cooperation in Combating Organized Crimes, Drug Trafficking, International Terrorism and other Serious Crimes between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Slovenia

2005/9187 Decree on Ratification of the Additional Protocol to the Protocol on Economic and Financial Cooperation between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Turkish Republic of Northern Cyprus

O G 07 August 2005/25899

2005/9165 Decree on Ratification of the Agreement on Cooperation in the Field of Health between the Ministry of Health of the Republic of Turkey and the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo acting for the Provisional Institutions of Self-Government in Kosovo (Ministry of Health)

2005/9178 Decree on Ratification of the Protocol for the Turkish – Albanian Joint Commission for Road Transport

O G 08 August 2005/25900

2005/9182 Decree on Ratification of the Protocol for the VI. Session of the Turkey -Cuba Joint Commission on Commercial, Economic and Industrial Cooperation

O G 09 August 2005/25901

2005/9214 Decree on Ratification of the Amendment Made in Article 1 of the Agreement Establishing the European Bank for Reconstruction and Development

O G 12 August 2005/25904

2005/9183 Decree on Ratification of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Sultanate of Oman on Cooperation in Combating International Terrorism, Illicit Trafficking of Narcotic Drugs and Psychotropic Substances and Organized Crimes

2005/9202 Decree on Ratification of the Protocol on Turkish – Macdonian Joint Commission for Road Transport

O G 04 September 2005/25926

2005/9233 Decree on Ratification of the Agreement between the Republic of Turkey and the Republic of Slovenia on Promotion and Protection of Investments

O G 05 September 2005/25927

2005/9239 Decree on Ratification of the Protocol on Turkey – Kazakhstan Joint Commission for Road Transport

O G 06 September 2005/25928

2005/9278 Decree on Ratification of the Agreement on Promotion of the Relations between the Republic of Turkey and the Republic of San Marino from the Consular Level to Embassy Level

O G 10 September 2005/25932

2005/9284 Decree on Ratification of the Agreement on Cooperation between the Istanbul Governorship of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Bashkortostan of the Russian Federation

O G 11 September 2005/25933

2005/9275 Decree on Ratification of the Agreement between Korea and Turkey through Exchange of Notes for Finding a Permanent Solution for the Legal Status of Korea Trade Investment Promotion Agency (KOTRA) in Turkey and for Arrangement of the Residence and Work Permits of KOTRA personnel in Turkey

2005/9276 Decree on Ratification of the Protocol on Technical Cooperation between the Republic of Turkey and the Republic of Azerbaijan

O G 14 September 2005/25936

2005/9313 Decree on Ratification of the Cooperation Protocol between Turkish Cooperation and Development Agency (TIKA) of the Prime Ministry of the Republic of Turkey and the Ministry of Finance and Economy of Mongolia

O G 19 September 2005/25941

2005/9327 Decree on Ratification of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of Mongolia on the Activities of the Turkish Cooperation and Development Agency Program Coordination Office

O G 22 September 2005/25944

2005/9333 Decree on Ratification of the Youth Program "Agreement on Country-oriented Activities" between the Republic of Turkey and the European Community

O G 27 September 2005/25949

2005/9371 Decree on Ratification of the Protocol on the Turkish – Greek Joint Commission for Road Transport

O G 30 September 2005/25952

2005/9373 Decree on Ratification of the Notes regarding Amendment of the Protocol No. III on the Rules of Origin and the Methods of Administrative Cooperation as the Integral Part of the Free Trade Agreement between the Republic of Turkey and the Kingdom of Morocco

O G 11 October 2005/25963

2005/9442 Decree on Ratification of the Protocol on Educational, Scientific and Technical Cooperation between the Ministry of National Education of the Republic of Turkey and the Ministry of National Education and Culture of the Turkish Republic of Northern Cyprus

2005/9444 Decree on Ratification of the Memorandum of Understanding between Turkish Cooperation and Development Agency and United Nations Development Programme Regional Office in Bratislava regarding the Temporary Assignments at UNDP Regional Office in Bratislava

O G 13 October 2005/25965

2005/9424 Decree on Ratification of the Amendments to Articles VI and XIV of the Statute of the International Atomic Energy Agency

2005/9475 Decree on Ratification of the Cultural Cooperation Agreement between the Ministry of Culture and Tourism of the Republic of Turkey and the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK) acting for the Provisional Institutions of Self-Government in Kosovo (Ministry of Culture, Youth and Sports of Kosovo)

O G 06 November 2005/25985

2005/9496 Decree on Ratification of the Protocol on the Session of Turkish – Austrian Joint Commission for Road Transport

O G 16 November 2005/25995

2005/9542 Decree on Ratification of the Protocol on the II. Session of Turkish - Palestinian Joint Commission for Tourism

O G 17 November 2005/25996

2005/9535 Decree on Ratification of the Additional Protocol regarding Implementation of Article 1 of the Agreement on Cooperation Against Crime between the Government of the Republic of Turkey and the Government of Ukraine

2005/9536 Decree on Ratification of the Exchange of Notes Constituting an Agreement between the Republic of Turkey and the Republic of Venezuela on Reciprocal Visa Exemption for Holders of Ordinary Passports

2005/9570 Decree on Ratification of the Agreement on Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Republic of Turkey and the Hashemite Kingdom of Jordan

2005/9575 Decree on Ratification of the Meeting Minutes between the Republic of Turkey and Japan International Cooperation Agency (JICA) regarding Basic design study report on the project for the construction of Kaman-Kalehöyük Archaeological Museum in the Republic of Turkey (Final Report)

2005/9576 Decree on Ratification of the Protocol on the Session of the Turkish - Czech Joint Commission on Road Transport

2005/9580 Decree on Ratification of the Minutes of the Session of the Turkey - Jordan Joint Commission on Road Transport

2005/9586 Decree on Ratification of the Financial Memorandum between the Republic of Turkey and the European Commission

O G 21 November 2005/26000

2005/9551 Decree on Ratification of the Minutes of 10. Session of Turkey - Tunisia Joint Commission for Commercial, Economic and Technical Cooperation

O G 22 November 2005/26001

2005/9596 Decree on Ratification of the Protocol on the 21. Session

of the Turkish – Romanian Joint Economic Commission

2005/9605 Decree on Ratification of the Agreement on Cooperation in the Fields of Culture, Arts, Education, Science, Technology, Sports, Recreation and Youth between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of South Africa

O G 23 November 2005/26002

2005/9612 Decree on Ratification of the Agreement on Cooperation in the Fields of Culture, Education, Science, Youth and Sports between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Estonia

O G 24 November 2005/26003

2005/9591 Decree on Ratification of the Protocol on Turkey – Syria Joint Commission on Road Transport

O G 28 November 2005/26007 (Bis)

2005/9595 Decree on Ratification of the Marrakech Plenipotentiary Conference Final Acts Amending the Constitution and Convention of the International Telecommunication Union

————— Guarantee Agreement, Loan Agreement and Side Letters between the Republic of Turkey and the International Bank for Reconstruction and Development

O G 09 December 2005/26018

2005/9621 Decree on Ratification of the Protocol on Session of Turkey – Moldavia Joint Commission for Road Transport

2005/9646 Decree on Ratification of the Protocol on Sixth Session of Turkey – Egypt Joint Commission for Tourism

O G 10 December 2005/26019

2005/9667 Decree on Ratification of the Protocol on Session of Turkey – Croatia Joint Commission for International Road Transport

O G 11 December 2005/26020

2005/9656 Decree on Ratification of the Memorandum of Understanding on Industrial and Technological Cooperation between the Ministry of Industry and Trade of the Republic of Turkey and the Ministry of Industry and Trade of the Republic of Mongolia

2005/9675 Decree on Turkey's Participation in the Agreement among the Governments of the Participating States of the Black Sea Economic Cooperation on Collaboration in Emergency Assistance and Emergency Response to Natural and Manmade Disasters

O G 12 December 2005/26021

2005/9655 Decree on Ratification of the Protocol between the General Staff of the Republic of Turkey and the Ministry of National Defense of the Republic of Italy regarding the Flight Training to be Provided on F-16 Aircrafts to Personnel of the Air Forces of the Republic of Italy

O G 13 December 2005/26022

2005/9682 Decree on Ratification of the Protocol on Turkey – Romania Joint Commission for Road Transport

2005/9684 Decree on Ratification of the Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Concerning the Abolition of the Death Penalty in All Circumstances

O G 14 December 2005/26023

2005/9639 Decree on Ratification of the Agreement on Cooperation in the Fields of Culture, Education, Science, Mass Media, Youth and Sports between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Djibouti

2005/9723 Decree on Ratification of the Protocol on Turkey – Finland Joint Commission for Road Transport

O G 15 December 2005/26024

2005/9701 Decree on Ratification of the Turkish – Romanian Joint Committee Decision no.12/2005 regarding the Amendment of Pro-

TOCOL D on the Rules of Origin and the Methods of Administrative Cooperation as the Integral Part of the Free Trade Agreement between the Republic of Turkey and Romania

2005/9716 Decree on Entry into Force of the Loan Agreement and the Side Letters between the Republic of Turkey and the International Bank for Reconstruction and Development regarding the Loan Provided by the Said Bank For the Funding of the "Istanbul Seismic Risk Mitigation and Emergency Preparedness Project" (ISMEP) Designed to Prepare Istanbul Against a Possible Earthquake

O G 16 December 2005/26025

2005/9637 Decree on Ratification of the Cultural and Scientific Exchange Programme for 2005-2008 between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Korea

O G 26 December 2005/26035

2005/9775 Decree on Ratification of the Memorandum of Understanding between the European Community and the Republic of Turkey regarding Participation of the Republic of Turkey in Culture 2000 Programme

O G 27 December 2005/26036

2005/9753 Decree on Entry into Force of the Loan Agreement and the Side Letters between the Republic of Turkey and the International Bank for Reconstruction and Development regarding the Loan Provided by the Said Bank For the Funding of the "Second Privatization Social Support Project" Designed to Support the Privatization Programme on Social Basis

2005/9800 Decree on Ratification of the Meeting Minutes on Development of Economic and Cultural Cooperation between the Republic of Turkey and the Autonomous Republic of Crimea

O G 28 December 2005/26037

2005/9774 Decree on Ratification of the Agreement between the United Nations and the Republic of Turkey Concerning the Arrange-

ments on the Fifth United Nations Conference to Review all Aspect of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices

2005/9776 Decree on Ratification of the Agreement between the Republic of Turkey and the Republic of Lebanon on Promotion and Reciprocal Protection of Investments

2005/9777 Decree on Ratification of the Agreement between the Republic of Turkey and the Syrian Arab Republic on Reciprocal Promotion and Protection of Investments

2005/9805 Decree on Ratification of the Project Document for the "Implementation Support for the Ministry of Agriculture and Rural Affairs Sivas – Erzincan Development Project (SEDP)" between the Government of the Republic of Turkey and the United Nations Development Programme

O G 30 December 2005/26039

2005/9802 Decree on Ratification of the Agreement between the Republic of Turkey and the Republic of Azerbaijan on Cooperation in the Field of Veterinary

2005/9814 Decree on Ratification of the Memorandum of Understanding on the VI. Session of the Turkish – Russian Industry and Technology Study Group

International Conventions

O G 04 January 2004/25690

2004/8298 Decree on Ratification of the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons, Which May be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects and the Amendment made to Article 1 of the Convention and Addendum 1 thereof, and the Amended Protocols II and IV by making a Reservation

O G 09 March 2004/25750

2005/8513 Decree on Ratification of Turkey's Participation in the

Legislation

Customs Agreement on Temporary Importation of Commercial Land Vehicles

O G 08 April 2004/25780

2005/8613 Decree on Ratification of the Protocol Amending the European Convention on the Suppression of Terrorism

O G 09 May 2004/25810

2005/8740 Decree on Turkey's Participation in the Convention Establishing the International Organization of Legal Metrology

O G 10 May 2004/25811

2005/9591 Decree on Ratification of the Protocol on Turkey – Syria Joint Commission on Road Transport

O G 15 December 2005/26024

2005/9638 Decree on Ratification of the International Convention on the Harmonization of Frontier Controls of Goods

O G 27 December 2005/26036

2005/9813 Decree on Ratification of the Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights Aiming at the Abolition of the Death Penalty

BIS IN HAC REGIONE QUAM
COLIMUS IUS RENOVATUM
ET FIRMATUM EST PRAESTANTI
MENTE VIRI OPERA:
IUSTINIANI IMPERATORIS OLIM
CUM IS ANNO DXXX AD DXXXIV
CORPUS IURIS COLLIGENDUM
CURAVIT,
GAZI (MUSTAFA KEMAL ATATÜRK)
CUM ANNO MCMXXIV AD XXVII
IUS TURCHIAE REDINTEGRATAE
CONDIDIT.

SICUT ENIM IUSTINIANI MANDATIS
CORPORIS IURIS ORDINANDI ROMANARUM
LEGUM NOTITIA ET SCIENTIA NOBIS
SERVATA EST, ITA
GAZI (MUSTAFA KEMAL ATATÜRK),
CUM LEGES NOVAS ADOPTANDAS
DECREVISSET, TURCARUM NOSTRI TEMPORIS
IURIS PRUDENTIAE FUNDAMENTA
IECIT. ATQUE, UT IUSTINIANI MULTA
SAECULA OPUS MANSIT, ITA
GAZI (MUSTAFA KEMAL ATATÜRK)
NOSTRI ISTUD TANTAE MOLIS OPUS
IN PERPETUUM STATUET IURIS
PRUDENTIAM GENTIS SVAE.

ORD. PROF. DR. RICHARD HONIG
(University of Istanbul)
(April 1934- CAPITOLIVM)



10 Euro

