

Prof. Dr. Iur. Sami SELÇUK

16 Nisan 2017 Halkoylamasına İlişkin
BİLİMSEL GÖRÜŞ

Prof. Dr. Iur. Sami SELÇUK

**16 Nisan 2017 Halkoylamasına İlişkin
BİLİMSEL GÖRÜŞ**

ANKARA, 2017

Cumhuriyet Halk Partisi Yayınları : 6

Prof. Dr. Iur. Sami SELÇUK
16 NİSAN 2017 HALKOYLAMASINA İLİŞKİN BİLİMSEL GÖRÜŞ

ISBN 978-605-85968-6-3

1. Baskı : Ankara, Ağustos 2017

Kapak Düzeni: Çağla Kavuş

Baskı ve Cilt : İşkur Matbaacılık Kağıtçılık San. ve Tic. Ltd. Şti.

Ağaçişleri San. Sit. 1370 Sk. No: 5 Yenimahalle-Ankara

Tel: 0312 . 394 52 62

CHP Bilim, Yönetim, Kültür Platformu Başkanlığı

Cumhuriyet Halk Partisi Yayınları

Adres: Cumhuriyet Halk Partisi Genel Merkezi, Anadolu Bulvarı No: 12, Söğütözü / Ankara

Telefon : + 90 (312) 207 40 00

Faks: + 90 (312) 207 40 39

Prof. Dr. Iur. Sami SELÇUK

16 Nisan 2017 Halkoylamasına İlişkin
BİLİMSEL GÖRÜŞ

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ / Kemal Kılıçdaroğlu	7
BİLİMSEL GÖRÜŞ	11

BİRİNCİ BAŞLIK

SEÇİMİN GENEL İLKELERİNE VE ANAYASAYA AYKIRILIK

I-İDDİALAR	13
II-YSK'NİN YANITLARI	14
III-HUKUKSAL DEĞERLENDİRME	14

İKİNCİ BAŞLIK

“MÜHÜRSÜZ ZARF”LARLA VE “EVET” MÜHRÜYLE OY KULLANILMASI

BİRİNCİ BÖLÜM

İTİRAZLAR VE KARARLAR

I-İTİRAZ KONULARI VE NEDENLERİ	19
II-YSK'NİN RET GEREKÇESİNİN DAYANAKLARI	21
A-İÇ HUKUK İLE ULUSLARARASI HUKUK ARASINDA ÇATIŞMA/ÇELİŞME BULUNDUĞU YOLUNDAKİ NEDEN	22
1-Oy kullanma hakkının asıl olması	22
2-Aracın amaçla uyumlu olması zorunluluğu	23
B-OY KULLANMADA SAKINCALARI GİDERECEK DÜZENLEMELERİN VAR OLMASI	25
C-EYLEME VE OLAYA İLİŞKİN DURUMLARDA KARAR VERME	29

İKİNCİ BÖLÜM

“MÜHÜRSÜZ ZARFLAR ve

“EVET” PUSULALARIYLA İLGİLİ KONULAR

I-İNCELEME KONULARINA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER.....	31
A-YASAL GENEL DÜZENLEMELER.....	31
B-YASAL ÖZEL DÜZENLEMELER	31
II-YASAL DÜZENLEMELERİN UYGULANMASI SORUNU	33
A-ULUSLARARASI HUKUK NORMU İLE ÇATIŞMANIN (CONFLITTO) VARLIĞI SORUNU	33

1-Normların/hükümlerin hukuksal konularının aynı/özdeş bulunması koşulu	34
2-Normların/hükümlerin öğelerinin birebir çakışması koşulu	34
B-SEÇME HAKKININ ETİK ÖZÜYLE İLGİLİ AYKIRILIK SORUNU	35
1-Hakkın ahlaki özüne aykırılık sorunu ve YSK kararlarının gerekçesi	36
a-Radbruch formülü açısından	36
b-YSK kararlarında “YORUM” anlayışı	37
c-YSK kararlarının gerekçesi	40
C-NORMLAR BASAMAĞINA GÖRE UYGULAMADA SIRA SORUNU	44
1-Normlar basamağına göre sıradüzeni (hiyerarşi)	44
2-Normlar basamağına göre uygulama	45
a-“Yüksek Mahkeme” kurumunu benimseyen	
Anglo-Sakson hukuk sisteminde durum	46
b-Kara Avrupa’sı hukuk sisteminde durum	48
3-YSK’nın incelenen konuda yapması gereken	51
D-SAVSAKLANAN BİR BAŞKA DURUM	53

SONUÇLAR VE ÇÖZÜMLER

I-SONUÇLAR	55
II-ÇÖZÜM	57
A-BİRİNCİ ÇÖZÜM: SAYIMLA YETİNME OLANAĞININ VAR OLMASI DURUMUNDA: İŞLEMSİZLİK	57
B-İKİNCİ ÇÖZÜM: SAYIMLA YETİNME OLANAĞININ VAR OLMASI DURUMUNDA: YOKLUK YAPTIRIMI.....	57

Relative au Référendum du 16 Avril 2017

OPINION SCIENTIFIQUE	59
-----------------------------------	----

The 16 April 2017 Referendum

AMICUS CURIAE BRIEF	117
----------------------------------	-----

Zur Volksabstimmung vom 16 April 2017

WISSENSCHAFTLICHES GUTACHTEN	167
---	-----

ÖNSÖZ

Özgür seçimler demokrasinin ön koşuludur. Halkın yönetiminden söz edebilmek için, onun iradesinin özgürce oluşması ve sandığa yansması gerekir. Seçim adaleti sağlanmadan, özgür seçim yapılamaz. Başka bir deyişle, demokrasi için özgür seçimin, özgür seçim için yürürlükteki hukuka dayanan seçim adaletinin somut olarak gerçekleştirilmesi olmazsa olmaz koşuldur.

Seçim adaleti, hem kampanya sürecini hem de seçim güvenliğini kapsar. Kampanya sürecinde; seçimin finansmanı, propaganda, kamu bürokrasisinin süreç içindeki yansızlığı gibi konular önem taşıırken, seçim güvenliği, doğrudan milletin verdiği oyun korunmasıyla ilgilidir. İnsanlık tarihinin bu güne kadar bulabildiği en güvenli yöntem olan “gizli oy ve açık sayım” ilkesi, seçmenin iradesinin baskı olmaksızın sandığa yansmasını ve sandığa yansıyan iradenin olduğu gibi sandıktan çıkmasını güvence altına almayı amaçlar. Başka bir deyişle, bu ilke, seçmenin oyunun baskı altına alınmasına ve çalınmasına karşı bulunabilmiş, bilinen en etkili yöntemdir.

Otoriter rejimler, demokrasiyle başları pek hoş olmadığından, doğal olarak seçim adaletinden de hoşlanmaz. Bu nedenle, otoriter rejimler kalıcı olabilmek için önce seçim adaletini yok eder. Bu rejimler, uygulamada genellikle bunu iki biçimde yapar: Bir yandan iktidar gücüyle kamu kaynaklarını tek yönlü kullanır, muhalefete propaganda yasakları ve benzeri engeller getirir, basın üzerinde baskı uygulayarak kampanya adaletini yok eder. Öte yandan da seçim güvenliğini ortadan kaldıran seçim hileleri ile seçim adaletini hukuksal yörüngesinden saptırarak, adaletsiz bir seçimle meşruluk kurmaya çabalar.

Dünyada otoriter rejimlerle, seçim hileleri ve seçim güvenliği ihlallerinin birlikte anılması rastlantı değildir. Adaletsiz kampanya ve hileli seçimlerle ortaya çıkan adaletsiz seçimler, otoriter rejimlerce sahte meşruluk aracı olarak kullanılır.

Ülkemizde özellikle son 10 yıldır seçim güvenliği ciddi bir sorun haline gelmiştir. Gerek kampanya adaleti, gerekse seçim güvenliği, demokrasiyi ciddi ölçüde tehdit edecek ölçekte bozulmuş, adaletsiz seçimler demokrasiye inancı da yıkmaya başlamıştır.

Seçim adaletinin en önemli güvencesi seçimlerin “bağımsız yargı gözetimi ve denetimi altında” yapılmasıdır. Anayasa’nın 67 ve 79. maddelerinde seçimlerin yargı gözetimi ve denetimi altında yapılması güvence altına alınmıştır. Ancak özellikle 10 Ağustos 2014 tarihinde yapılan Cumhurbaşkanlığı seçiminden sonra ortaya çıkan süreçte Yüksek Seçim Kurulu, gözetim ve denetim görevini vahamet boyutunda savsamaya başlamıştır. Yüksek Seçim Kurulu, ilk olarak Anayasa’da tarafsız olması emredilmiş olan Cumhurbaşkanının kampanyalara müdahalelerini denetlemiş, ardından Olağanüstü Hal kanun hükmünde kararnamelemleri ile seçimlerin yapılmasına olanak tanımış, son olarak da mühürsüz zarf ve oy pusulalarını geçerli sayarak, halkoylamasının meşruluğunu temelden sarsmıştır.

Seçim adaleti ve özel olarak seçim güvenliğinin önümüzdeki yıllarda da öncelikli konu olarak gündemi işgal edeceği görünüyor. 16 Nisan halkoylaması tarihe “MÜHÜRSÜZ SEÇİM” adıyla geçmiştir. Mühürsüz seçimle milletin iradesi gasp edilmiş, tek adam rejimine hukuk dışı anayasal bir zemin yaratılmıştır.

Mühürsüz seçime karşı her türlü hukuki mücadeleyi sürdürmeye kararlıyız. Bu sadece “hayır” diyenlerin hukukunu değil, “evet” diyenler de dâhil olmak üzere, oy kullanan 49.798.855

seçmenden, oyu ne yönde olursa olsun, her birinin hukukunu koruma çabasıdır.

Hukuk mücadelesi sürecinde kendisinden hukuki görüş istediğimiz değerli hukukçu Sayın Sami Selçuk, bizi kırmayıp, gönüllü olarak ayrıntılı bir görüş hazırladı. Uzun yıllar yargıç, yüksek yargıç ve akademisyen olarak hukuk dünyasına çok büyük katkıları olan Sayın Selçuk, bu çalışmasıyla, eski tabirle sadece bir “hukuki mütalaanın” ötesinde, herkesin mutlaka elinin altında olması gereken bir eser ortaya koymuştur. Özellikle önümüzdeki süreçte seçim adaleti ve seçim güvenliğinin gündemin öncelikli konuları içinde yer alacağı gerçeğinden de hareketle, eserin özgün dili olan Türkçenin yanı sıra Fransızca, İngilizce ve Almanca olarak da hazırlanıp, dört dilde basılmasının gerek ulusal, gerek uluslararası alanda önemli bir ihtiyaca cevap vereceğine inanıyorum.

Bu vesile ile bir kere daha, bu çalışmayı yaparak ve yayımlanmasına izin vererek, engin birikimini paylaşma inceliği gösteren Sayın Sami Selçuk’a teşekkür eder, eserin seçim adaletinin sağlanması için yürütülen çabalara katkı sağlamasını dilerim.

Kemal Kılıçdaroğlu
CHP Genel Başkanı

BİLİMSEL GÖRÜŞ

CHP adına Genel Başkan Yardımcısı, 21.4.2017 tarihli yazı ile 2004/5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasası'nın (Ceza Muhakemesi Kanunu [CYY, m. 67/6]), "Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, kuşkulu (şüpheli) ya da sanık, savunman ya da yasal temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak yahut da bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında" ve 2011/6100 sayılı Hukuk Yargılamaları Yasası'nın (Hukuk Muhakemeleri Kanunu [HYY, m. 293]) "Taraflar, dava konusu olayla ilgili olarak, uzmanından '**bilimsel görüş**' alabilmesini" öngören hükümleri uyarınca 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan Anayasa Değişikliğinin Halkoylamasına ilişkin aşağıdaki konular hakkında bilimsel görüş istemiştir.

Görüş isteği yazısının içeriğine ve YSK'nın konuyla ilgili daha sonraki kararlarına göre, bilimsel görüşün iki başlık altında özetlenmesi uygun bulunmuştur.

BİRİNCİ BAŞLIK

SEÇİMİN GENEL İLKELERİNE VE ANAYASAYA AYKIRILIK

I-İDDİALAR

İstek yazısında, Yüksek Seçim Kurulunun (YSK) yasak propagandayı engellemediği, propaganda dönemini eşit koşullarda yürütmediği, vali, kaymakam ve güvenlik güçlerinin birçok ilde seçmenleri gizli oylama yerine açık oylamaya teşvik ettiği, hatta zorladığı yolundaki uyarıları dikkate almadığı, oylama süresince düzensizlikleri önlemediği, yasak propagandayı ve yinelenen oy kullanılmasını engellemediği iddiaları ileri sürülmüştür.

Yine istek yazısında, YSK'nın karar ve uygulamalarının hukuka uygun olmadığı; oylama sırasında birçok yanlış işlemlerin yapıldığı, yanlış kararlar verildiği ve halkın iradesinin gerçekleşmesini etkileyecek biçimde oylamaya müdahale edildiği, bu bağlamda;

a-Oylama anında birçok sandıkta seçmenlerin açık oy kullanmaya zorlandığı yönündeki yakınmaların/bildirimlerin dikkate alınmadığı,

b-Kolluk kuvvetleri marifetiyle seçmenlerin sayım döküm işlemlerinin izlenmesinin engellendiği,

c-Birçok yerde sabahleyin oy torbalarından eksik oy pusulası ve zarf çıktığı, YSK'nın bu durumu paketleme hatası olarak açıklamaya çalıştığı ileri sürülmüştür.

Ayrıca YSK'ya yapılan itirazda da,YSK'nın Anayasa'nın 67'inci maddesinde yer alan seçim kanunlarında yapılan değişikliklerin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılan seçimlerde uygulanmayacağına ilişkin hükmüne karşın Olağa-

nüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi ile propaganda yasaklarına uymayan televizyon kanallarına yaptırım uygulanması maddesinin değiştirilmesinin yürürlükte sayılarak uygulandığı belirtilmiştir.

II-YSK’NIN YANITLARI

YSK ise, gizli oy, açık sayım ilkesinin çiğnendiği, düzen-sizliklerin önlenmediği, yinelenmiş oy kullanıldığı iddialarının yaptığı denetimde doğrulanmadığını, yasak propagandanın engellenmediği iddiasının ise yersiz olduğunu belirterek itirazları reddetmiştir.

III-HUKUKSAL DEĞERLENDİRME

Anayasa’nın 67’nci maddesi, “yasada gösterilen koşullar” uyarınca “seçme, seçilme ve siyasal etkinliklerde bulunma hakları”nın kullanılacağını, “Seçimler ve halkoylamasını **SERBEST, EŞİT, GİZLİ, TEK DERECELİ, GENEL OY, AÇIK SAYIM VE DÖKÜM ESASLARINA (İLKELERİNE)** göre, **YARGI YÖNETİM VE DENETİMİ** altında yapılacağını” öngörmüş; “Bu hakların kullanılmasının yasayla düzenleneceğini”; 79’uncu maddesi ise, yasama organına yönelik olarak bu ‘**yasaların “temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde”** yapılacağını; bütün organlara, özellikle de YSK’ya yönelik olarak seçimlerin ve dolayısıyla halkoylamalarının bağımsız ve yansız “yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında” yürütüleceğini öngörmüş ve “seçimlerin başlamasından bitimine kadar, seçimin **düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama(...)**” görevini Yüksek Seçim Kuruluna (YSK) vermiştir.

Bütün bu düzenlemelerin yakın ve uzak amaçları açıktır: Anayasa maddelerinde yansıtılan seçimler ve halkoylamaları; **“dürüstlük, serbestlik, genel oy, eşit oy, gizli oy, tek dereceli seçim, açık sayım ve döküm, yargı yönetim ve denetimi altında yapılması ilkeleri”** çerçevesinde yürütülecektir.

Dolayısıyla **DÜRÜST, AHLAKA UYGUN** bir seçim ve halkoylaması, sağlıklı seçimin ve oylamanın olmazsa olmaz koşulları ve temelleridir.

Bu koşullara uyulmadığı takdirde halk çoğunluğunun iradesi sağlıklı biçimde seçimlere ve halkoylamasına asla yansımayacaktır.

Bu ilkelerin, koşulların ve temellerin gereklerini yerine getirme görevi ise, **demokratik düzenlerde** sıradan ya da iktidara yakın olan yönetsel (idari) ve siyasal organlara değil, tam tersine ve anlamlı biçimde yalnızca **hukuku üstün ve egemen kılacak yeterliliğe sahip olduğuna inanılan ve güvenilen bağımsız ve yansız yargıçların katıldığı** kurumlara, aynı doğrultuda Türkiye’de **YSK’ya** verilmiştir.

Anayasa’nın 67’nci ve 79’uncu maddelerinde sözü edilen Yasa, resmi adıyla “1961/298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Yasa”, kanımızca doğru adlandırmayla kısaca **“Seçimler ve Halkoylaması Yasası”**dir (**SHOY**)¹ve ayrıca 1987/3376 sayılı **“Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Yasa”**dir (**ADHOSY**)².

Baştan belirtelim ki, 1987/3376 sayılı ADHOSY’nin birinci maddesine göre, “Anayasa gereğince yapılacak olan halk oylamalarında bu Yasa hükümleri” ve “bu Yasa’da hüküm bulunmayan durumlarda 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve

1 Bu bilimsel görüşte söz konusu Yasa sürekli olarak böyle adlandırılacak ve “SHOY” kısaltmasıyla gösterilecektir.

2 Bu bilimsel görüşte söz konusu Yasa sürekli olarak böyle adlandırılacak ve “ADHOSY” kısaltmasıyla gösterilecektir.

Seçmen Kütükleri Hakkında Yasa'nın bu Yasa'ya aykırı olmayan hükümleri uygulanacaktır.”

Özgürlükçü demokratik sistemi benimseyen her düzen-
de olduğu gibi 1961/298 sayılı SHOY'nin 1'inci maddesi ise,
“Özel kanunlarına göre yapılacak (...) **seçimlerinde ve Anayasa
değişikliklerine ilişkin kanunların halkoyuna** sunulmasında
bu Kanun hükümleri uygulanır” diyerek Yasa'nın uygulanma
kapsamını belirledikten sonra 2'nci maddesinde Anayasa'nın
buyruğu doğrultusunda oylamanın “**serbest, eşit, tek dereceli
genel oy esaslarına göre**” “**gizli oy**” verilerek, ancak “**oyların
sayımı, dökümü ve tutanaklara bağlanması**”nın “**açık olarak
yapılacağı**”nı yukarıda sergilenen anayasal ilkelere uygun ola-
rak hükme bağlamıştır.

Seçim ve oylamalar, SHOY'nin 11'inci maddesine göre
yüksek yargı organlarında görevli yargıçlardan oluşan Yüksek
Seçim Kurulu (YSK) ile yargıçların yönettikleri il ve ilçe seçim
kurullarına emanet edilmiştir. Ayrıca bir de sandık kurulu bulun-
maktadır (m. 10).

Yasa bunlarla da yetinmemiş, **insana saygı ve güven anla-
yışıyla**, kişisel bir güvenceye de gerek duymuştur. Buna göre
söz konusu kurullarda görev üstlenenler, görevlerine başlamadan
önce “Hiçbir tesir altında kalmaksızın, hiç kimseden korkmadan,
seçim sonuçlarının tam ve doğru olarak belirmesi için görevimi
kanuna göre, dosdoğru yapacağıma **NAMUSUM, VİCDANIM
VE BÜTÜN MUKADDESATIM ÜZERİNE**” diyerek ant iç-
mek zorundadırlar (m. 27, 70, 94/c-3).

Cumhurbaşkanları ve milletvekilleri başta olmak üzere
Anayasa'da, birçok yasal metinlerde öngörülen ve “**ŞEREF
MANEVİ DEĞERİ**” üzerine içilen bu andın anlamı büyüktür.
Çünkü **İNSAN, BİR NESNE/EŞYA DEĞİL, SAYGINLIĞIY-
LA, HAYSİYETİYLE BİRLİKTE DONANIMLI VE ŞE-
REFLİ BİR HUKUK ÖZNESİDİR** ve “**BÜTÜN HUKUK**

(BU ÖZNE) İNSAN İÇİN KONMUŞTUR” (Hominum causa omne ius constitutum est).

Şeref değeri, AİH Mahkemesinin birçok kararında sürekli vurguladığı üzere, insanın manevi varlığının olmazsa olmaz koşulu ve en yüce değeridir. Bu yüzden SHOY'nin 27, 70, 94/c-3. maddelerinde yer alan ve şeref üzerine içilen andın önemi ve **güvence değeri** büyüktür.

Ayrıca kurulan “Seçmen Kütüğü Genel Müdürlüğü” ile her il-çedeki “seçmen kütükleri büroları”nın etik bir görevi de “mükerrer oy kullanılmasını” önlemek, “**doğru oylamayı**” ve “**siyasal hakların yüksek oranda**” gerçekleşmesini sağlamaktır (m. 28, 29).

Propagandalarda eşitliği, kamu yararına kurulan kurumlarla kamu görevlilerin yansızlığını sağlayan ve de açılış ve temel atma törenlerini ve bakanların, milletvekillerinin makam arabalarını kullanmalarını, kamu görevlilerinin propagandalara katılmalarını yasaklayan hükümler (m. 52/6, 63, 64, 65) ve benzerleri, seçimlerin ve halkoylamalarının “**dürüstlük, serbestlik, eşitlik, adalet**” ilkeleri çerçevesinde yürütülmesi kaygısının ürünüdür.

Ayrıntıya girildiği takdirde bu örnekler elbette çoğaltılabilir.

Özetle Anayasa'nın ve SHOY'nin bu türden hükümleri Anayasayı yapan **kurucu iktidarın** ve yasa koyucunun seçim ve halkoylamalarının halkın ve halk çoğunluğunun gerçek iradesini (istencini) yansıtabilmesi için ne denli duyarlı olduğunu ortaya koymaktadır.

16 NİSAN 2017 TARİHİNDE YAPILAN HALKOYLAMASININ ÖZELLİKLE “**DÜRÜSTLÜK, SERBESTLİK, EŞİTLİK, ADALET**” İLKELERİ ÇERÇEVESİNDE YÜRÜTÜLMEDİĞİNE İLİŞKİN ÜLKE İÇİNDE VE DIŞINDA YAŞANAN OLAYLAR VE OLGULAR, BASINDA SÜREKLİ HABER KONUSU OLMUŞTUR. İKTİDAR KANADININ SAVUNDUĞU “EVET” OYLARI İÇİN SAĞLANAN DEVLET

OLANAKLARI, BU KONUDA SAĞLANAN ÖZGÜRLÜK; “HAYIR” OYLARI KONUSUNDA YAŞANAN BASKILAR, YASAKLAMALAR, ARAÇLARDAKİ YETERSİZLİKLER, HERKESİN GÖZÜ ÖNÜNDE YAŞANMIŞTIR VE KAMUOYUNCA DA BİLİNMEKTEDİR.

Nitekim inceleme konusu kararlara **karşı oy yazan YSK üyesi** de özellikle propaganda sırasında eşitliğin sağlanmadığını doğrulamıştır.

Hiç kuşkusuz, CHP ve başka siyasal partiler, bu konularda somut kanıtlara dayanarak hak arama özgürlüğünün gereğini her ortamda yapabilirler. Ancak istek yazısı ve iletilen dosyada somut kanıtlar sunulmadığından bu konularda bilimsel görüşte bir değerlendirme yapılması uygun bulunmamış; yalnızca değinilmekle yetinilmiştir.

İKİNCİ BAŞLIK

“MÜHÜRSÜZ ZARF”LARLA VE “EVET” MÜHRÜYLE OY KULLANILMASI

Bu başlık altındaki konuları da iki bölümde incelemekte yarar vardır: Birinci bölüm itiraz konuları, nedenleri ve YSK'nın bu konulardaki kararlarıyla, ikinci bölüm ise bilimsel değerlendirmeyle ilgili olacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM İTİRAZLAR VE KARARLAR

I-İTİRAZ KONULARI VE NEDENLERİ

Görüş isteğinde “Birçok yerde oy pusulaları ve zarfların sandık kurulu mührü ile mühürlenmediği ihbarları gelmesi üzerine YSK, doğu sandıklarında sayım döküm, batı sandıklarında ise oy kullanma sürürken, oy pusulası ve zarfın üstünde mühür bulunmasa dahi bu oy pusulası ve zarfların geçerli sayılacağına karar vermiş (YSK'nın 560 sayılı kararı) ve bu kararın sandık başkanlarına kısa mesaj ile bildirilmesi sonucu geçerli ya da geçersiz olduğu tartışmalı olan oy pusulaları ve zarflar hakkında sandık başkanlarınca geçerli geçersiz tartışması yapılmamış, hepsi geçerli kabul edilmiş, bu durum tutanak **defterlerine geçirilmemiştir**. Bu nedenle siyasi partilerin bu hususta itirazda bulunma imkânı da kalmamıştır” denilerek YSK'nın kararları ve bu doğrultudaki işlemlerinin hukuk karşısındaki durumu konusunda “**bilimsel görüş**” istendiği belirtilmiştir.

Öte yandan YSK'ya yapılan başvurularda itirazcılar, sandıkların açılıp, oy sayım döküm işlemleri sürerken AKP temsilcisinin isteği üzerine YSK'nın sandık kurulu mührü olmayan oy pusulalarının ve zarflarının geçerli sayılmasını özellikle

1961/298 sayılı SHOY'un 77, 98 ve 101/7'inci maddeleri, 135 sayılı Genelgenin 41 ve 43'üncü maddeleri ile gün içinde YSK tarafından alınan tedbir ve diğer kararlara aykırı olduğunu, nitekim YSK'nın 2014/1439 sayılı kararında, "298 sayılı Kanun'un 101/3 ve 138 sayılı Genelge'nin 44/B-3 maddesinde, arkasında sandık kurulu mührü bulunmayan birleşik oy pusulalarının geçerli olmayacağı açık bir şekilde düzenlendiği" gerekçesi ile bu pusulaları geçerli sayan Antalya İl Seçim Kurulu kararının kaldırılmasına karar verdiğini, YSK'nın haksız ve yersiz olarak sandık kurullarının uygulamalarına doğrudan müdahale ettiğini, alınan bu karar ile itiraz hakkının daraltıldığını, bu kararın bir sonucu olarak da sandık kurullarının, sandık kurulu mührü bulunmayan oy pusulaları ve zarfları hakkında geçerli geçersiz tartışması yapmadan geçerli kabul edip oy torbasına koyduklarını, pusula ve zarflarla ilgili tutanaklara kayıt ve bu hususta yapılan şikâyetlerin dahi **tutanak defterine geçirilmediğini**, dolayısıyla bütün seçim çevrelerinde kaç tane oy pusulasının mühürsüz olduğunun tespit edilemediğini, tespit edilmesi imkânının da ortadan kaldırıldığını, YSK'nın bu müdahalesinin halkoylamasının sonucunu doğrudan etkilediğini, sahtelik iddialarını kanıtlama olanağını ortadan kaldırdığını, oysa seçim kurulu ve sandık kurulu mührü olmayan zarf ve sandık kurulu mührü olmayan oy pusulalarının geçersiz olmasının oyların çalınarak dışarıda hazırlanıp sahteciliği önleyecek etkili bir önlem olduğunu, anılan kararın anayasal bir hak olan oylama hakkını güvenceden yoksun kıldığını, sandık kurullarında üyelerinin itiraz haklarının ellerinden alınmasına yol açtığını belirtmişlerdir.

Yine itirazcılar, benzer biçimde oylama sürecinde 135 sayılı Genelge'de halkoylamasında yalnızca "**TERCİH**" mührünün kullanılması hükmü bulunmasına rağmen, ülke genelinde yaygın bir biçimde oy torbalarının içinden "**EVET**" mührünün çıktığını, seçmenlerin "Evet" ve "Hayır" tercihinin bulun-

duđu oylamada “Evet” mührünü kullanmak zorunda kaldığını, yine oy torbalarından birçok eksik oy pusulası ve zarf çıktığını, bazı sandıklarda eski oy pusulalarının kullanılması nedeni ile kahverengi kısımlarda renk farklılığı oluştuğunu, bu durumda da seçmenlerin haklı olarak sahte oy pusulası basıldığı kaygısı taşıdıklarını ileri sürmüşlerdir.

Bundan başka itirazcılar, 680 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’yle yapılan değişikliğin hemen uygulanmasıyla **Anayasa’nın 67’inci maddesinin son fıkrasının çiğnendiğini** belirtmişlerdir.

Bütün bu nedenlerle itirazcılar, yaşanan bu hukuksuzluklar, ortaya çıkan belirsizlikler ve yeni bir sayımla bunları aşma olanağının bulunmaması karşısında yapılan halkoylamasının iptali ile yinelenmesini istemişlerdir.

II-YSK’NIN RET GEREKÇESİNİN DAYANAKLARI

YSK, 16 Nisan Pazar günü oylama yapılırken ilkin resmi internet sitesinde il ve ilçe seçim kurulları ile sandık kurullarına **aşağıdaki duyuruyu göndermiştir:** “Bazı sandık kurullarının seçmene oy pusulası ve zarflarını sandık kurulu mührüyle mühürlemeden verdikleri yolundaki yoğun şikâyetler üzerine bugün toplanan Yüksek Seçim Kurulu sandık kurulu **mührü taşımayan oy pusulası ve zarfların dışarıdan getirilerek kullanıldığı kanıtlanmadıkça geçerli** sayılmasına karar vermiştir. Sayım döküm işleminin buna göre yapılması gerekmektedir. Kamuoyuna, il ve ilçe seçim kurullarımıza, sandık kurullarına ve siyasi partilere duyurulur.”

Yine “TERCİH” mührü yerine “EVET” mührünün basılması ve sandık kurulu mührünün kimi oy pusulalarında arka yüze çıkması konusunda YSK, 16.4.2017 tarih ve 559 sayılı kararında 3376 sayılı Yasa’nın 1’inci ve 298 sayılı Yasa’nın 68, 77 ve 94’üncü maddeleri uyarınca oy kullananların iradesini geçersiz

kılacak boyutta görmemiş, oylama sürerken AK Parti Yüksek Seçim Kurulu Temsilcisinin başvurusu üzerine aşağıdaki gerekçelerle aynı tarih ve 560 sayılı kararında **“mühürlenmeyen oy zarfı ve oy pusulası”** ile oy kullanılmasını SHOY'nin 110, 111/2, 112, 130 ve 1987/3376 sayılı ADHOSY'nin 8'inci maddelerine uygun bularak bu oyları oybirliğiyle geçerli saymıştır.

Yapılan itirazlar üzerine, YSK, **AŞAĞIDAKİ NEDENLERE** dayanarak 573, 574, 575 sayılı kararlarla ve oyçokluğuyla **istekleri reddetmiştir:**

A-İÇ HUKUK İLE ULUSLARARASI HUKUK ARASINDA ÇATIŞMA/ÇELİŞME BULUNDUĞU YOLUNDAKİ NEDEN

1-Oy kullanma hakkının asıl olması

YSK'ya göre, Anayasa'nın 67'nci maddesine göre, “seçme, seçilme hakkı” bir insan hakkı, 79'uncu maddesine ve ilkelere göre halkoylaması da yasa çerçevesinde kullanılan temel bir haktır. Bu hak, 1961/298 sayılı SHOY'nin 14, 23, 77, 86, 95, 96, 97, 98, 101, 107'nci, 1987/3376 sayılı ADHOSY'nin 3'üncü maddelerinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) ek 1 numaralı Protokol'ün 3'üncü maddesinde “aktif seçim/oylama hakkı”nın “pasif seçim hakkı”na göre daha fazla korunduğu belirtilerek “serbest ve demokratik seçim hakkı” olarak güvence altına alınmıştır.

YSK'ya göre, gerçekten söz konusu Ek 1 Protokolün 3'üncü maddesi, sadece milletvekili seçimine ilişkin seçme hakkını düzenlemekle birlikte özü itibariyle serbest seçim hakkını önemsemekte ve koruma altına almaktadır. Zira söz konusu hak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, “demokratik siyasal bir rejimin temel ilkelerinden biridir”. Mahkeme “aktif” ve “pasif” seçim hakkı, yani seçime oy kullanarak katılma hakkı ile seçim-

lerde aday olma hakkı arasında bir ayrım yapmıştır. Buna göre “pasif” seçim hakları, oy kullanarak katılma hakkı olan “aktif” haklara göre daha az korunmaktadır. Oy kullanma hakkı, kişinin devlet yönetimine katılmasını sağlayan haklardanır. Bu nedenle, öğretide oy kullanma hakkı “katılma hakkı” olarak kabul edilmektedir.

Görüldüğü üzere YSK’ya göre, **“DEMOKRATİK TOPLUMDA “YURTTAŞLARIN OY KULLANARAK YÖNETİME KATILMA HAKKI, HER TÜRLÜ ENGELLEMELERE KARŞI KORUNMALIDIR. Bu nedenle, vatandaşların OY KULLANMA HAKKI SEÇİM GÜVENLİĞİNİ İHLAL ETMEYEN HALLERDE MUTLAKA KORUNMASI GEREKEN BİR HAK”tır.**

2-Aracın amaçla uyumlu olması zorunluluğu

Öte yandan “Anayasa’nın 90’ıncı maddesine göre, uluslararası antlaşmalar/sözleşmeler, yasa hükmünde olup bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulmadığı gibi, yöntemince yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarla/sözleşmelerle ülke yasalarını aynı konularda farklı/çatışmalı hükümler içermesi yüzünden çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası antlaşma/sözleşme hükümlerine öncelik ve üstünlük tanınacağı belirtilmiştir.”

Tam bu noktada YSK, yasal düzenlemeleri Anayasa ve uluslararası hukuk açısından ele almış, **sanki ortada açıklanmaya muhtaç kapalı bir norm varmış gibi** kendi anlatımıyla **“yorum”** aracına başvurmuş; aslında yorumdan çok, aşağıdaki metinden anlaşılacağı üzere, kendince bir yaklaşım geliştirmiştir: “Anayasa ve Uluslararası Sözleşmeler ile koruma altına alınan temel bir hakkın kullanılması sırasında uyulması gereken kuralara aykırı davranılması halinde, somut olayla ilgili olarak yapılacak olan değerlendirmede; **hakkın özünün korunması** ve

normun yorumunun, gerçekleşmesi beklenen amaçla **uyumlu olması** gerekir. Asıl olan temel bir hakkın korunması olup, hakkın kullanılmasına ilişkin belirlenen usul kuralları hakkın güvenli bir şekilde kullanılmasını temin eden **araç** niteliğindedir. Bireye tanınan hakkın güvenli şekilde kullanıldığı tespit edildiği halde, hakkın kullanılmasının korunmasına yönelik bir **araç olan usul hükümlerinden birine aykırılığın, HAKKIN ÖZÜNÜ ORTADAN KALDIRACAK ŞEKİLDE YORUMLANMASI mümkün değildir**” (...) *Zira YSK’ya göre “bu düzenlemelerde iç hukuk ile uluslararası sözleşme (protokol) çelişmektedir. çatışmaktadır.”*

Görüldüğü üzere YSK kararlarında **bu çelişmenin, çatışmanın hangi normlar arasında olduğunu belirt(e)memektedir; tam tersine** bundan özenle kaçınılmakta, çelişme, çatışma sözcükleri yerine de özenle “uyum” sözcüğünün kullanılması yeğlenmektedir.

Çünkü YSK, **yorum ile uygulama etkinliğini birbirine karıştırmıştır.**

Kısaca YSK’ya göre, “Anayasa ve Uluslararası Sözleşmeler ışığında, seçimlerin/oylamaların güven içinde yapılması için birer **ARAÇ** olan yazılı hukuk hükümleri ile koruma altına alınan seçme (oy kullanma) hakkının kullanılması **“HAKKIN ÖZÜNÜN KORUNMASI VE NORMUN YORUMUNUN GERÇEKLEŞMESİ BEKLENİLEN AMAÇLA UYUMLU OLMASI”** esastır.

Bir metin yorumlaması olmayan bu yaklaşımdan yola çıkan **YSK yargıçlarının mantığına** göre, önemli ve asıl olan olgu; temel bir hakkın, yani “halkoylaması hakkı”nın kullanılması, bir araç düzeyinde bulunan **“MÜHÜRLÜ ZARF”** ve **“EVET”** yerine **yanlışlıkla “TERCİH”** yazılı mühür kullanılmasını öngören araç niteliğindeki buyurucu yasal normlara bu hakkın feda edilmemesidir. Çünkü böylesi bir feda etme, ulusal düzey-

deki yasa normlarının üstünde bulunan uluslararası nitelikteki AİHS'ye ek 1 numaralı Protokolün 3'üncü maddesine aykırıdır. Öyleyse sorun çözülürken ulusal yasalarda yer alan normlar uygulamadan geri çekilecek, uluslararası norm uygulanacaktır.

Ancak **bu uluslararası normun hangisi olduğu hiç belirtilmemektedir**. Çünkü esasen uluslararası hukukta mühürsüz oy ya da evet mühründen söz eden ve bunların nasıl kullanılacağına ilişkin bir normun varlığından söz edilmemektedir; edilmesi de düşünülemez.

B-OY KULLANMADA SAKINCALARI GİDERECEK DÜZENLEMELERİN VAR OLMASI

Yukarıda değinilen genel durumun dışında YSK'ya göre, yasalarda bu türlü oy kullanmaların sakıncalarını giderecek çok sayıda yasal önlem bulunmaktadır:

1-Özellikle 1961/298 sayılı SHOY, birçok hükümlerinde BİRDEN ÇOK DENETİM KONTROL MEKANİZMASI öngörmüştür: “Seçimlerde kullanılan oy pusulası ve zarfların sadece Yüksek Seçim Kurulu tarafından ve **filigranlı** olarak üretileceği, zarfların üzerinde Yüksek Seçim Kurulu **logosunun** yer alacağı, zarfların ve oy pusulalarının paketler halinde ilçe seçim kurullarına ulaştırılacağı, zarfların önce ilçe seçim kurulu mührü ile **mühürleneceği**, yine oy pusulası ve zarflarının yukarıda belirtilen hükümler çerçevesinde oluşturulan sandık kurullarına **mühürlü paket** olarak teslim edileceği, paketlerin beşi siyasi parti temsilcilerinden oluşan yedi kişilik sandık kurulunun huzurunda ve birlikte açılacağı, bu kurulca teslim alınan oy pusulası ve zarflarının sayısının **tespitine** ilişkin tutanak düzenleneceği, oy pusulalarının ve zarflarının sandık kurulunca mühürleneceği, oy verme işleminin belirlenen saatte bitmesinden sonra kullanılan oy pusulası ve zarflarının sayılarak tespitinin yapılacağı, sandıktaki oy zarflarının sayısının belirleneceği, kullanılan oy

zarfları ile oy kullanan seçmen sayısı ve artan zarf sayısının sayılarak sağlanmasının yapılacağı, tüm bu işlemler bittikten sonra oy sayım işlemine geçileceği, oy sayımının parti müşahitleri ve vatandaşların izlemesine olanak sağlayacak şekilde gerçekleştirileceği, sayım işlemleri tamamlandıktan sonra sandık kurulunca ıslak imzalı olarak tutanağa bağlanacağı, tutanak örneğinin sandık kurulunun siyasi partili üyelerine ve talep halinde sandık kurulunda temsil edilmeyen diğer siyasi parti müşahitlerine de verileceği yolundaki hükümler bunun örnekleridir.”

2-YSK’ya göre, “Anayasanın 67 ile AİHS’nin Ek 1 numaralı Protokolün 3’üncü maddesi serbest seçim hakkı bakımından birlikte değerlendirildiğinde, SANDIK KURULLARININ HATA VEYA İHMALİ SONUCU MÜHÜRLENMEYEN OY ZARFI VE EVET yazılı OY PUSULASI ile kullandırılan oyların geçerli kabul edilmesi anılan Kanun ve Genelge hükümlerinin amacına aykırılık oluşturmamaktadır.” Çünkü “YSK’ca gönderilen ve sahte olarak benzerlerinin üretilmesinin engellenmesi amacıyla sandık kurullarına filigranlı olarak teslim edilen oy zarfları ve oy pusulalarının bazı sandıklarda, sandık kurullarınca mühürlenmeden seçmenlere verilmesi”, bu yazılı hukuk karşısında, 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan oy verme işlemleri sırasında, karardaki deyişle “**münferit (tekil) de olsa**, kullanılan oy zarfları ve oy pusulalarının Yüksek Seçim Kurulunca gönderilen filigranlı oy pusulası ve zarfları olduğu, oy pusulası ve zarflarının mühürlenmemesinin **sandık kurulunun ihmali veya hatasından** kaynaklandığı” anlaşıldığından, “oy kullanma işleminin; seçim güvenliğini sağlamaya yönelik ve sahte oy kullanılmasını engellemek amacıyla getirilen kontrol mekanizmalarına uygun olarak, Yüksek Seçim Kurulunca üretildiğinden kuşku bulunmayan oy pusulası ve zarf kullanılarak gerçekleşmesi halinde, **sandık kurulunca mühürleme işleminin yapılmaması tek başına seçmenin oyunun geçersiz sayılması için yeterli değildir.**

Aksine bir uygulama, bu hakkı korumak için getirilen ve **araç niteliğinde olan usul kurallarından** sadece birinin ihlalinin, **hak-kın özünü ortadan kaldıracak** şekilde uygulanması sonucunu doğurur ki; bu sonuç, beklenen amaca aykırı” olacaktır. “Bu nedenle, Yüksek Seçim Kurulunca geçmiş yıllarda istikrarlı olarak, Yüksek Kurul tarafından gönderildiğinde şüphe bulunmayan hallerde, sandık kurullarının hata veya ihmali sonucu mühürlenmeyen oy zarfı ve oy pusulası ile seçmene kullandırılan oyların geçerli olduğu kabul edilmiştir.” Ayrıca “Bu karar, mevcut olan yasa hükmünün değiştirilmesi mahiyetinde olmayıp, oylamanın devam ettiği sırada muhtelif ilçe seçim kurullarından somut olarak intikal ettirilen vakıa ile **sınırlı biçimde önceki uygulamalara ve kararlara uygun** olarak alınmıştır.”

3-Bundan başka “298 sayılı SHOY’nin 14’üncü maddesinin 10’uncu bendinde; ‘İl seçim kurulları başkanlıklarınca seçim işlerinin yürütülmesi hakkında sorulacak hususları derhal cevaplandırmak ve seçimin bütün yurttta düzenle yapılmasını sağlayacak tedbirleri almak ve bu hususta gereken genelgeleri zamanında yapmak’ görevi Yüksek Seçim Kuruluna verilmiştir. Onca önleme karşın “oy verme günü bazı sandıklarda bu görevin ihmal edildiği bilgisinin Kurulumuza ulaşması üzerine bu somut durumla sınırlı olarak tedbir almak ve seçim sonuçlarının oy kullanan seçmenlerin iradesine uygun olarak belirmesi amacıyla söz konusu karar alınmıştır ve söz konusu karar, eşitlik ve tarafsızlık ilkesine de uygun **objektif bir karar**” olup, oylamanın, “seçimin neticesine tesir eden bir **müdahale olarak değerlendirilemez**”.

4-YSK’ya göre 560 sayılı karar, 01/04/1984 tarihli ve 272 sayılı, 02/04/1994 tarihli ve 334 sayılı, 08/04/1994 tarihli ve 680 sayılı,03/04/2004 tarihli ve 935 sayılı kararlara uygundur ve bir ilke karardır. Bu kararlar nedeniyle “mühürsüz zarf veya oy pusulalarının sayısını sayı olarak tutanağa geçirilmesini isteme

imkânlarının ortadan kalktığından bahsedilemeyeceğinden, mühürsüz oy pusulalarının denetlenmesinin mümkün olmadığına ilişkin iddia yerinde görülmemiştir.”

Özetle YSK'nın yinelemelerine göre “Münferit de olsa bazı sandık kurullarının 298 sayılı Kanunun 77. maddesinin dördüncü fıkrasındaki görevini yapmaması, netice itibariyle yukarıda özetlenen usule uygun olarak sandık kurullarına ulaştırılan oy pusulası ve zarf kullanılmak suretiyle gerçekleşen oylamada, seçmene yüklenebilecek bir kusur değildir” (...) “Oy kullanma işleminin; **oy güvenliğini sağlamaya yönelik ve sahte oy kullanılmasını engellemek amacıyla** getirilen kontrol mekanizmalarına uygun olarak, Yüksek Seçim Kurulunca üretildiğinden kuşku bulunmayan oy pusulası ve zarf kullanılarak gerçekleşmesi halinde, sandık kurulunca mühürleme işleminin yapılmaması tek başına seçmenin oyunun geçersiz sayılması için yeterli değildir” (...) “Aksine bir uygulama, bu hakkı korumak için getirilen ve araç niteliğinde olan usul kurallarından sadece birinin ihlalinin, hakkın özünü ortadan kaldıracak şekilde uygulanması sonucunu doğurur ki; bu sonuç, beklenen amaca aykırıdır” (...) “Bu nedendir ki, Yüksek Seçim Kurulunca geçmiş yıllarda istikrarlı olarak, Yüksek Kurul tarafından gönderildiğinde şüphe bulunmayan hallerde, sandık kurullarının hata veya ihmali sonucu mühürlenmeyen oy zarfı ve oy pusulası ile seçmene kullandırılan oyların geçerli olduğu kabul edilmiştir” (...) “Sandık seçmen listesinde yazılı herkesin oy kullanma hakkı bulunmaktadır. Anayasanın 67 ve 90/5. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 1 No.lu Protokolün 3. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, sandık kurullarının hata veya ihmali sonucu mühürlenmeyen oy zarfı ve oy pusulası ile kullandırılan oyların geçerli kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.”

C-EYLEME VE OLAYA İLİŞKİN DURUMLARDA KARAR VERME

Bunlardan başka YSK yargıçları, eyleme ve olaya ilişkin konularda olayın cereyan ettiği yerde bulunmadıkları halde kendilerini sandık kurullarının yerine koyarak, eski deyişle ikame yoluyla da karar vermişlerdir. Şöyle ki;

1-“SANDIK SEÇMEN LİSTESİNDE YER ALMAYAN BİR KİŞİNİN DIŞARIDAN OY PUSULASI GETİREREK OY KULLANMASI MÜMKÜN BULUNMAMAKTADIR.” Ayrıca “İddia edildiği gibi FİLİGRANLI OYLARIN ÖNCEDEN ÇALINIP BAZI KİŞİLERCE ELE GEÇİRİLDİĞİNE YÖNELİK HİÇBİR İHBAR VEYA ŞİKÂYET ALINMAMIŞ, bu hususla ilgili soruşturma açıldığına dair hiçbir bilgi ve belge Kurula intikal etmemiştir” ve dolayısıyla “yurttaşın “oy pusulaları ve mühürsüz zarfların geçersizliğine ilişkin itiraz hakkı hiçbir şekilde ortadan kaldırılmamıştır.”

2-YSK,1961/298 sayılı SHOY'nin 68, 94/c maddelerine göre “EVET” veya “TERCİH” mühürlerinden biri yerine diğerinin kullanılmış olmasına ilişkin iddiayı da “ilçe seçim kurullarınca **SEHVEN YAPILAN HATADA**, oy kullanan seçmenin kusurunun bulunmaması karşısında seçmenin iradesini etkileyecek nitelikte görmemiş”, mükerrer oy kullanıldığı iddiasını “somut bilgi ve belge sunulamadığından soyut nitelikte” görerek ve YSK'nın eski kararlarının da aynı yönde olduğunu belirterek reddetmiştir.

1987/3376 sayılı “ADHOSY'nin 3'üncü maddesine göre halkoyuna sunulma işlemlerini yürüten YSK, halkoylamasının sağlıklı ve düzenli biçimde gerçekleşmesini sağlamak amacıyla gerekli ilke kararlarını almış, yukarıda değinilen yasal düzenlemelerin uygulamasına ilişkin 16 Nisan 2017 Pazar günü yapılacak halkoylamasının sağlıklı ve düzen içinde yürütülüp sonuçlandırılması ve yurt genelinde uygulamada birliğin sağlanması

amacı ile 14/02/2017 tarihli, 29979 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 14/02/2017 tarihli ve 2017/97 sayılı kararını sitesinde ve Resmi Gazetede yayımlamış ve **seçimlerin güven içinde yapılmasını sağlamıştır.**”

Son olarak belirtelim ki, 2017/573, 574, 575 sayılı kararlara **KARŞI OY YAZAN ÜYE** ise, oylama günü saat 17’de açılması gereken sandıklar açılmadan önce, Kurulun mühürsüz oy zarflarının geçerli sayılması kararını aldığını, bu kararın saat 16.50’de sandık görevlileri ile birlikte Yüksek Seçim Kurulu üyelerine bildirildiğini, oysa bu eylemli durum konusunda **karar yetkisinin öncelikle sandık kurullarına** ait olduğunu, itiraz üzerine daha sonra ilçe ve il seçim kurullarınca sırasıyla inceleneceğini, en son olarak da uyuşmazlığın YSK’ca çözüleceğini, bunların yapılması nedeniyle kamuoyunda güven bunalımı yaratıldığını, 560 sayılı kararın Anayasa’nın 67’nci ve 298 sayılı Yasa’nın öncelikle gözetilmesi gereken 98/4 ve 101’inci maddelerine ve 14/02/2017 tarihli 29979 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 135/I sayılı Genelge’ye aykırı olduğunu, verilen yanlış kararlarla mühürsüz zarflar ve oy pusulalarının miktarının tespitinin olanaksız hale geldiğini, bu sayının kamuoyuna 2.5 milyon oy olarak yansıdığını, 2006/5490 sayılı Yasa’nın 49/3. maddesiyle getirilen düzenleme doğrudan yurt dışı seçmen olmayı etkilediğinden Anayasa’mızın 67/son maddesi kapsamında seçim yasalarında yapılan değişiklik mahiyetinde olup hemen uygulanmasının Anayasa’nın 67’inci maddesinin son fıkrasına aykırı olduğunu belirtmiştir.

İKİNCİ BÖLÜM

“MÜHÜRSÜZ” ZARFLAR

ve

“EVET” PUSULALARIYLA İLGİLİ KONULAR

I-İNCELEME KONULARINA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

A-YASAL GENEL DÜZENLEMELER

Oylama ve seçim hakkı, AIHS’ye ek 1 numaralı Protokolün 3’üncü maddesi ile Anayasa’nın 67’nci ve 79’uncu maddelerine göre yasalar çerçevesinde kullanılan vazgeçilmez temel siyasi haklardır.

Bu konuda bir uyumsuzluk bulunmamaktadır.

Ancak yukarıda da belirtildiği üzere bu hak, yine Anayasa’ya göre çıkarılacak yasa çerçevesinde kullanılacaktır ve bu yasalar çıkmıştır: 1961/298 sayılı “**Seçimler ve Halkoylaması Yasası**” (SHOY) ve 1987/3376 sayılı “**Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Yasa**”(ADHOSY).

B-YASAL ÖZEL DÜZENLEMELER

YSK kararlarında 1961/298 sayılı SHOY’nin Yüksek Seçim Kurulunun görev ve yetkilerine ilişkin 14, sandık kurulu üyeliklerinin belirlenmesine ilişkin 23, sandık kurullarının oluşturulmasına ilişkin 24, sandığın, oy pusulalarının ve zarfların mühürlenmesine ilişkin 77, her seçmenin oy vermesiyle ilgili 86/1, sayım ve dökümle ilgili 95, sayımın denetimiyle ilgili 96, oy zarfları ve oy pusulalarından kullanılmayanlarla ilgili 97, sandığın açılması ve sayılması ile ilgili 98’inci maddelerine değiştirilmiş ve 101’inci maddenin birinci fıkrasının 3’üncü bendinde “**ARKASINDA SANDIK KURULU MÜHRÜ BULUNMA-**

YAN, OY PUSULALARI GEÇERLİ DEĞİLDİR” hükmüne yer verildiği özellikle belirtilmiştir.

Konu ili ilgili SHOY'nin hükümleri genel olarak şunlardır:

“Sandık kurulu, ant içme, sandığı yerleştirme, kapalı oy verme yerini düzenleme işlerini bitirdikten sonra, hazır bulunanlar önünde, ... ilçe seçim kurulu başkanından teslim alınan ve ilçe seçim kurulu başkanlığı mührünü taşıyan özel zarfları sayar” ve ... “bu madde gereğince yaptığı işlemleri tutanak defterine geçirip imzalar” (m. 77/4, 5).

“Sandığın açılması ve zarfların sayımı”yla ilgili olarak “Sandık kurulunca verilen (...), üzerinde ilçe seçim kurulu ve sandık kurulu **MÜHRÜ BULUNMAYAN, (...) ZARFLAR GEÇERSİZ SAYILIR.**” “Geçersiz zarflar paketlenir ve paketin üzeri mühürlenerek zarf sayısı yazılır. Bu zarflar saklanır ve kesinlikle açılmaz”(m. 98/4, 6).

Oyların sayımı ve dökümü ile ilgili olarak “**Geçersiz sayılan veya geçerli olmasına rağmen hesaba katılmaması gereken oy pusulaları ile geçerli olup olmadığı veya hesaba katılıp katılmaması yönünden tereddüt edilen veya itiraza uğrayan oy pusulaları,** sayım ve döküm cetveline işlenmeksizin ayrılır ve sandık kurulu başkanı tarafından muhafaza altına alınır.” “Geçerli oyların **sayım ve döküm cetvellerine işlenmesinden sonra,** hesaba katılıp katılmaması veya geçerli sayılıp sayılmaması yönünden tereddüt edilen veya itiraza uğrayan oy pusulaları, sandık kurulunca ayrı ayrı değerlendirilerek karara bağlanır ve bu karar, tutanak defterine yazıldıktan sonra mühürlenip imzalanır.” “Geçerli sayılmayan veya hesaba katılmayan oy pusulaları, ayrı ayrı paket yapılarak bağlanır ve paketin üzeri mühürlenerek, sayısı yazılır ve saklanır.” “Bütün bu işlemler, tutanak defterine geçirilerek, sandık kurulu başkan ve üyeleri tarafından imzalanır ve mühürlenir” (m. 100/ 11, 16, 18, 22).

“Geçerli olmayan oy pusulaları” ile ilgili olarak “Ar-

kasında sandık kurulu mührü bulunmayan” (...) “geçerli değildir”(m.101-1).

“Geçersiz zarf sayısı ve geçersizlik sebebi” sandık sonuç tutanağına geçirilecektir (m. 105/2-12).

Sayıma ilişkin evrak ve belgelerin tesliminde “Hesaba katılan ve muteber sayılan oy pusulaları (...) hesaba katılmayan zarflar”a değinilmiştir (m. 107/1).

Seçim sonuçlarının ilçe seçim kurullarınca birleştirilmesi ve denetlenmesiyle ilgili olarak “İlçe seçim kurulunun düzenleyeceği birleştirme tutanaklarına” geçersiz sayılan veya hesaba katılmayan oy pusulalarının toplamı”nın “rakam ve yazı ile yazılacağı” belirtilmiştir (m. 108/4, 12).

Yasa’nın 110 ve devamı maddeleri itiraz ve yakınmalarla ilgilidir. İtiraz mercileriyle ilgili olarak “Bu kanunda, kurulların kesin olduğu yazılı bulunmayan kararlarına karşı, her kurulun bağlı olduğu üst kurul, itiraz merciidir. Yüksek Seçim Kurulunun resen veya itiraz üzerine vereceği kararlar kesindir” ve “... delil ve gerekçe gösteremeyenlerin itirazları incelenmez” denmiştir (m. 111, 112).

II-YASAL DÜZENLEMELERİN UYGULANMASI SORUNU

YSK’nın kararlarındaki gerekçelere göre bu sorunu incelemekte yarar vardır.

A-ULUSLARARASI HUKUK NORMU İLE

ÇATIŞMANIN (CONFLITTO) VARLIĞI SORUNU

Kuşkusuz AİHS’ye ek 1 numaralı Protokolün 3’üncü, Anayasa’nın 67’nci ve 79’uncu maddelerine göre oylama, yukarıda belirtildiğine göre vazgeçilmez bir insan hakkıdır. Bu konuda bir uyumsuzluk bulunmamaktadır.

Gerek 1961/298 sayılı SHOY’nin ve 1987/3376 sayılı

ADHOSY'nin hükümleri ile bunları doğrulayan AİHS'ye ek 1 numaralı Protokolün 3'üncü maddesi arasında bu açılardan hiçbir çatışma söz konusu değildir.

İki norm/hüküm arasında çatışmanın var olması için iki koşulun gerçekleşmesi zorunludur¹: **Normların/hükümlerin hukuksal konularının aynı/özdeş bulunması ve öğelerinin birebir çakışması.**

1-Normların/hükümlerin hukuksal konularının aynı/özdeş bulunması koşulu

Olayımızda böyle bir özdeşlik koşulu söz konusu değildir. Zira Anayasa'nın 67'nci, 79'uncu ve özellikle AİHS'ye Ek 1 numaralı Protokolün 3'üncü maddeleri seçim ve oy kullanma haklarıyla ilgilidir. Burada konu temel haktır ve bu maddelerin birbirini desteklemesi doğaldır.

Buna karşılık, 1961/298 sayılı SHOY'nin yukarıda sözü edilen maddeleri, özellikle de 98'inci ve 101'inci maddeleri **geçersiz oylarla** ilgilidir. Burada konu, sadece biçimsel açıdan hangi oyun geçerli, hangi oyun geçersiz olduğudur.

2-Normların/hükümlerin öğelerinin birebir çakışması koşulu

Eğer normlar/hükümler aynı konuyu düzenliyorsa, ikinci koşul aranacaktır ve o da şudur: Öğelerin çakışması/örtüşmesi.

Bu koşul gerçekleştiği takdirde çatışma/çekişme var ve hukuksal **sıradüzeni (hiyerarşi) içinde normlar aynı düzeyde ise**, sonraki norm öncekini örtülü olarak kaldırmış (ilga etmiş) demektir. Bunun tek istisnası, söz konusu norm insan haklarıyla ilgili ve uluslararası bir sözleşmede düzenlenmişse Anayasa'nın 90'ıncı maddesine göre ulusal norm değil, sözleşmedeki norm uygulanacaktır.

1 Ayrıntılı bilgi için bk. Mantovani, (F), Concorso e conflitto di norme nel diritto penale, Bologna, 1966; De Francesco, Lex specialis, specialità ed interferenza nel concorso di norme penali, Milano, 1980; İçel, Suçların İçtimai, İstanbul, 1972, s. 173, Ayrıca 187-193. Ayrıca bk. . Antolisei, Manuale di diritto penale, parte generale, Milano, 2003, s 154-156 Moro, Unità e pluralità di reati, principi, Padova, 1951s. 65-70.

Eğer bu çakışma koşulu gerçekleşmez ve normlardan biri fazladan bir öge içeriyorsa bu ögeyi içeren norm özel normdur; uygulama, “özel normun önceliği (principe de la spécialité) ilkesi (İtalyan Ceza Yasası, m. 15) uyarınca özel norma göre yapılır.

Sözgelimi, seçmen yaşını 1961/298 sayılı SHOY'nin 18 yaş olarak öngören 5'inci maddesi hükmünden/normundan sonra bunu 17 olarak düzenleyen ulusal bir yasa normu yürürlüğe girerse, konular ve ögeler aynı olduğundan kaldırma (ilga) ilişkisi doğacak; sonraki norm uygulanacaktır. Buna karşılık, uluslararası bir sözleşmenin ya da antlaşmanın normu/hükmü seçmen yaşını 19 olarak düzenleyseydi 1961/298 sayılı SHOY'nin 18 yaşla ilgili 5'inci maddesi normu/hükmü ile çatışacak, uluslararası norma/hükme göre uygulama yapılacaktır.

İnceleme konusu olayda ise bir çatışma ve de özel-genel norm ilişkisi söz konusu değildir. Zira incelenen olayda konular farklı olduğu için esasen ikinci koşulu incelemeye gerek yoktur ve üstelik de zaten ögeler arasında bir çakışma söz konusu değildir.

Bu nedenlerle incelenen konuda bir normlar çatışmasından söz etmek, İtalyanların deyişiyle normlara işkence etmektir.

B-SEÇME HAKKININ ETİK ÖZÜYLE İLGİLİ AYKIRILIK SORUNU

Bu noktada akla şu soru gelmektedir: Acaba YSK yargıçlarının belirttikleri gibi **MÜHÜRSÜZ ZARFLARLA** kullanılan ya da **TERCİH** mührü yerine **EVET** mührünü taşıyan oyları geçersiz sayan hükümler “**HAKKIN ÖZÜNÜN KORUNMASI ve NORMDAN BEKLENİLEN AMAÇLARLA UYUMSUZ**” mudur?

ASLA.

Çünkü işin başında belirtelim ki, MÜHÜRSÜZ ZARFLARLA kullanılan ya da **TERCİH** mührü yerine **EVET** müh-

rünü taşıyan oyları **GEÇERSİZ SAYAN HÜKÜMLER**, seçimlerde dürüstlüğü, ahlaklılığı sağlayan **ETİK HÜKÜMLERDİR**. Zira seçimlerde sık yaşanan **sahte oy kullanma fırsatını önleyen bu hükümler uygulanmazsa, geçerli oy kullananların da hakları ortadan kalkmış ve OYLAMA HAKLILIĞINI/MEŞRULUĞUNU YİTİRMİŞ** olur.

Nitekim inceleme konusu seçim ve oylama olayında yaşanan **olgu**, tam da budur.

1-Hakkın ahlaki özüne aykırılık sorunu ve YSK kararlarının gerekçesi

a-Radbruch formülü açısından

Eğer **MÜHÜRSÜZ ZARFLARLA** kullanılan ya da **TERCİH** mührü yerine **EVET** mührünü taşıyan oyları **GEÇERSİZ SAYAN HÜKÜMLER**, insanlık ahlakına aykırı olsaydı, elbette gündeme **Radbruch formülü** gelebilirdi.

Gerçekten yazılı hukuk karşısında doğal hukukun gücünü ve üstünlüğünü anlatan, Nazi Almanyası'nda yaşanan hukukun yasa görüntüsü altında insanlığa aykırı ve ahlak dışı yasalarla çığnenmesi nedeniyle özellikle Nüremberg yargılamalarından sonra mahkemelerce benimsenen bu formüle göre, “adalet içeriğine uymayan” insanlık ahlakına karşı olan yasalara yargıçların uymamaları gerekir. Bu türden yasalar ve hükümleri yargıçları bağlamaz. Yargıçlar, bunlara uyarlarsa sorumlu olurlar. Nitekim “güç kimde ve nerede ise hukuk oradadır” anlayışını yansıtan bu tür yasalar, Almanya'yı Nazizme karşı savunmasız bırakmıştır¹.

Oysa yukarıda değinildiği üzere, **MÜHÜRSÜZ ZARFLARLA** kullanılan ya da **TERCİH** mührü yerine **EVET** mührünü taşıyan oyları geçersiz sayan hükümler, Radbruch formülünün uygulanmasını çağrıştırmak şöyle dursun, tam tersine yasal düzenlemelerin ahlaklılığını, oy hakkının sahiciliğini (otantikliğini)

¹ Radbruch, Yasal Haksızlık ve Yasa Üstü Hukuk, Metin/Heper, Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü, İstanbul, 2014, 75 vd.; Kühl, Radbruch Formülü, (M. Cemil Ozansü), İÜHFİM, 2012, cilt 70/1, s. 372.

ve somutlaşmasını sağlayan güvence düzenlemeleridir.

YSK'nın kararları ise tam tersini yapmış; 1961/298 sayılı SHOY'nin ve 1987/3376 sayılı ADHOSY'nin yukarıdaki değiştirilen maddelerini uygulamadan alıkoyarak etkisiz kılmış, seçim ve oy hakkını boşa dönen, deyim yerindeyse avara kasmağa dönüştürmüştür.

b-YSK kararlarında “YORUM” anlayışı

YSK yargıçları, yorum (interprétation, interpretazione) adı altında mühürsüz zarfların ve “TERCİH” yerine “EVET” yazılı pusulaların geçersizliğiyle ilgili yorum yapacakları yerde, üzülenek belirtelim ki, gerçeklik olgusuna dayalı ve bu nedenle somut anlatımlı söz konusu hükümlerin geçerliliği (validité, validità), dikeylemesine uygulanabilirliği (applicabilité, applicabilità)¹ ve etkililiği (efficacité, efficacia)² üzerinde durmuşlar; bu kavramları yorum kavramı bağlamında ele alarak hukukun temel kavramlarını birbirine karıştırmışlardır.

Bilindiği üzere Hukukta yorum, yasal normun anlamını (sens, senso) ve kapsamını (portée, portata) belirleme etkinliğidir³.

Hukukta yorumun konusu, her şeyden önce yasal normun metnidir. Yorum için bir metnin varlığı ontik koşuldur ve yorumun “cogito”su da şudur: “Hukuksal metin vardır; öyleyse yorum da vardır”.

Yargıç metni yorumlarken, sıradan bir kişi değil, kendi “ben”ini (ego) aşan bir “kurum”dur. Bu niteliğiyle yargıç, ayrıcalıklı ya da keyfi bir yetkiyi (plenum arbitrium) değil, kurallara bağlı bir yetkiyi (arbitrium regulatum) kullanacak⁴, bu yetkiyi

1 Ayrıntılı bilgi için bakınız: Garé/Ginestet, Droit pénal, procédure pénale, Paris, 2000, n. 131-151; Merle/Vitu, Traité de droit criminel, I, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général, Paris, 2000, n. 239-248.

2 Kimi Fransız yazarları etkililik karşılığı, “empire” suzcüğünü kullanmaktadırlar. Sözelimi, Roux, Cours de droit criminel français, I, Paris, 1927, s. 43 vd.

3 Côté, Interprétation des lois, Cowansville, 1982, s. 1.

4 Boulouis, Rapport de sythèse, L'interprétation par le juge des règles écrites, Paris, 1980, s. 12.

kullanırken başına buyrukluęu önlemek için yaratılmıř kılavuz nitelięindeki yorum kurallarına baęlı kalacak¹, yasanın sözünden asla uzaklařmayacaktır (a verbis non est recedentum). Yasal metnin sözünden uzaklařan yorum, 1605'te Francis Bacon'un dedięi gibi kâhinlik² ya da 17'nci yüzyılda İngiliz yargıcı Edward Coke'un dedięi gibi "metnin içini kemiren zehirli yılan yorumudur" (vipera est exoptio quae corodit vicera textus)³. Kural-sız ve ilkesiz yorum ise, Capitant'ın belirttięi gibi "kurgu/sanal yorum"dur (interprétation chimérique/putative/imaginaire).

Montaigne'den bu yana uygar toplumlarda oluřan bilince göre, yukarıda sergilenen Radbruch formülü saklı kalmak üzere, yasalara yasa oldukları için uyulmaktadır⁴.

Demek oluyor ki, yargıç, yorum yaparken pretoryen erk kullanılarak yasal metnin çerçevesini asla ařmayacak, öz görevinin uygulayacaęı yasayı ve metnini yargılamak deęil, sorunu yasal metne göre çözüp sonuçlandırmak olduęu bilinciyle davranacak, öze nüfuz etme gibi bahanelerle yasal metni sulandırıp sınırlarını ařmayacak⁵, "yasa koyucunun metne yansıtmayıp gönlünde taşıdığı düşüncesini arařtırmaya kalkıřmayacak (Pescatore), "yasaların sözcüklere kazındıęı" (Ezra Pound) bilinciyle metindeki sözlerin, sözcüklerin yorumda çıkıř ve varıř noktalarını oluřturduęunu asla unutmayacaktır⁶.

Dahası yorum yapan yargıç, "yorum" kavramı gibi insanlık kültürünün binlerce yıllık tezgâhında dokunan, düşün dünyasının sınırlarını belirleyen ve ortak dili olan küresel süzme

1 Fiandaca/Musco, Diritto penale, parte generale, Bologna, 1995, s. 94; Battaglini, Diritto penale, Padova, 1949, s. 47, 49, 56.

2 Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Bursa, 2010, s. 94.

3 Gözler, s. 94.

4 Essais, France Loisirs, Paris, 1967, s.663).

5 Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français, I, Paris, 1913, n. 144 vd.; s. 147; Fiandaca/Musco, s.98, 104; .

6 Bettiol, (Luciano Pettoello Mantovani), Diritto penale, parte generale, Padova, 1986, s.141, 150; Antolisei (Conti), Manuale di diritto penale, parte generale, Milano, 2003, s.34; Côté, s. 208, 230; Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, Derecho penal español, parte general, Madrid, 1993, s.191, 192.

kavramlar/terimler üzerinde mülkiyet hakkına değil, sadece yararlanma (intifa) hakkına sahiptir. Bu nedenle onları, başkalaşıma uğratabaz. Bu kurala uyulmazsa bilmecemsi yoruma (interprétation énigmatique) ya da daha tehlikelisi içleri boşaltılan terimler/kavramlar birer virüse dönüştürülürse zehirli yoruma (interprétation virulente) ulaşılır.

Demek yorumda metin çek vanadır (valf). Bu çek vanasını dışlayan ve yukarıdaki kurallara uymayan yorum, İtalyanların deyişiiyle “norma işkence etmek” (torcere la norma), Fransızların deyişiiyle “zorlama/zoraki yorum”a (interprétation forcée) kaymak demektir.

Yukarıda belirtildiği üzere, mühürsüz zarfların ve “TERCİH” yerine “EVET” yazılı pusulaların geçersizliğiyle ilgili yasal hükümler, doğruluk (hakikat, vérité, verità) yargısını değil, hukukçu olmayanların bile kolaylıkla anlayacağı görünür (visible) nitelikte ve somut gerçeklik (realite, realtà) olgusunu ve yargısını yansıtan somut anlatımlı, yorumu gerektirmeyen apaçık hükümlerdir. Roma hukukundan bu yana bu denli “apaçık olan hükümlerde yoruma gerek yoktur” (interpretatio cessat in claris), Mecelle’nin anlatımıyla “tasrih mukabelesinde delaletle itibar yoktur” (m. 13)¹ ya da “zahir olan sözlerin tefsire ihtiyacı yoktur”². Nitekim 1978’de yapılan hukukta yorumla ilgili uluslararası toplantı, yani Luisiana Günleri sonunda yayımlanan genel raporda da metin açık bulunduğu takdirde sözel (lafzi) yorumla yetinilmesi öngörülmüştür³.

Durum bu denli açık ve saydam olduğu halde YSK yargıçları, 80 milyonluk bir halkı ilgilendiren böylesine önemli bir etkinlikte, ne yazık ki, yasal metinleri, süzme kavramları/terimleri bir yana bırakarak, bilmecemsi yorumlarla; hukuksal yorum ile yasal yorumu, “olan hukuk” (de lege lata) ile “olması gereken

1 Ali Haydar Efendi, (Reşit Gündoğdu/Osman Erdem), Dürerü’l Hükâm Şerhu Mecelet’il- Ahkâm, tarihsiz, S. 42, 43.

2 Berki, (Ali Himmet), Hukuk Mantığı ve Tefsir, Ankara, 1948, s. 146.

3 Cuerto-Rua, L’Interprétation par le juge des règles écrites, (journées louisianaises), Paris, 1980, s. 10.

hukuk”u (de lege ferenda) birbirine karıştırarak, yasal “normlara işkence emiş”ler, “zorlama yorum”lara kaymışlardır.

c-YSK kararlarının gerekçesi

Bununla da kalınmamış, YSK yargıçları yadırganası bir gerekçe kullanarak kendi kararlarını kavramın tam anlamıyla hukuksal açıdan sakatlamışlardır.

Bilindiği üzere yargıda her istek bir dava, her dava çözülmesi gereken bir sorun olduğundan her davanın gerekçesi bulunmak; gerekçe de yargısal etkinliğin sürecini ve sonuçlarını yansıtan eksikliklerden yoksun olmayan ve fazlalıklardan arınmış eksiksiz, herkesi doyurucu bir yapıt olmak zorundadır. Çünkü yargıçların kararı, bir teorem değil, gelişen bir buluştur¹ ve bu nedenlerle gerekçe ve gerekçeli karar, 1789 Fransız Devrimi’nin adalet yolunda eşsiz bir fethi²; tartışmacı demokrasinin güvencesidir. Ancak yargısal ve hukuksal gerekçelerin her sorunu yanıtlaması ve herkesi doyurucu olmasıyla kurulan yargıç kararının demokratik denetimi sağlanabilmektedir. Kurulan hükmü beslemeyen bir gerekçe, yetersizliği yüzünden o hükmü sakatlar, geçersiz kılar³. Bu nedenle anayasalarda ve yasalarda kararların ve karşı oyların gerekçeli olması buyrulmuştur (Anayasa, m.141/3, CYY, m. 34).

Yargıda ve yargıçların verdiği kararlarda görünüşte ya da gizli gerekçeye başvurulması da özünde bir tür gerekçe yokluğudur ve de yargı organlarına başvuranların adil yargılanma haklarını “hile-i şer’iye” ile yıkan gizli bir adalettir.

1 Mimin, Le style des jugements, Paris, 1978, s. 337.

2 Boré, La cassation en matière pénale, Paris, 1985, n.1986.

3 Gerekçe hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Evangelista, Motivazione della sentenza civile, Enciclopedia del diritto, XXVII, Torino, 1977, s. 154-180; Amodio, Motivazione della sentenza penale, aynı yapıt, s. 181-257; Giannini, Motivazione della sentenza amministrativo, aynı yapıt, s. 257-269; Feteris, (Ertuğrul Uzun), Hukuki Argümantasyonun Temelleri, İstanbul, 2010; Şeker, Esbab-ı Mucibeden Retoriğe, Hukukta Gerekçe, İstanbul, 2010.

Bu durumlar da çeşitli biçimlerde ortaya çıkar ve bu biçimler, birçok yargı kararlarında ve YSK'nın incelenen kararlarında büyük ölçüde bulunmaktadır.

Sözgelimi, kimi zaman karar, hukuksal/yasal dayanaktan yoksunlukla (le défaut (le manque) de base légale) sakattır. Şimdiye değin yapılan özetlemeden anlaşılacağı üzere, YSK'nın kararları da yasal dayanaktan sadece yoksun değil, yasanın maddelerine de aykırıdır.

Kimi zaman da bir karar, temel konu bir yana bırakılarak sonuca etkisiz nedenlerle (motif inopérant), gereksiz ya da fazladan nedenlerle (motif surabondant) bezenmiştir. Bu durumu yansıtan örneklere inceleme konusu kararların hemen her paragrafında sık sık rastlanmaktadır. Sözgelimi, kararlarda ulusal ve uluslararası yazılı hukukta seçim hakkı ile ilgili ne kadar madde varsa bunlar alt alta yazılmış, asıl sorunsal bir yana bırakılmış ve gözden kaçırılmış, hatta “öz” gibi yinelenen anlamdaş sözcükler kalabalığıyla, “kısır döngü”lere (circulus itiosus, cercle vicieux, devri-batıl, fasit daire), “eşsöz”lere/özdeşsöz”lere, totolojilere (tautologie), Osmanlı mütefekkirlerinin deyişiyle “müsadere alel-matlûb”lara ya da “tarifi, muarrefle tarif”lere, günümüz deyişiyle “savı kanıtsama”lara (pétition de principe) başvurulmuştur.

Unutulmamalıdır ki, yargıçların verdikleri her karar, dolayısıyla yargıçlardan oluşan YSK'nın kesin olduğu belirtilen kararları, özellikle mantık kurallarına da uygun olmak zorundadır. Çünkü matematik ve mantık, tersi kanıtlanamayan, ulaştığı sonuçlar kesin olan, “zorunlu (apodiktik) önermeler” üreten biricik iki bilim dalıdır. Bunların dışındaki bilim dalları sürekli çürütülebilir, belkili (problematik) çıkarımlar üretir. Bu yüzden yargı kararları bu iki bilim dalının verilerine kesinlikle uymak zorundadır. Özellikle mantıkta ilk bakışta geçerli gibi görünen ve fakat çarpık akıl yürütmelere, paralojizmlere, sofizmlere, safsatalara,

kısırdöngülere¹ sık sık kayma tehlikesine düşüldüğü, mantık biliminin öğrenim döneminde savsaklandığı ve yargıçların “özgür inceleme” ve “özgür kafa” ile konuya yaklaşmalarının üzerinde durulmadığı ülkelerde bu tür tuzaklara düşme olaylarına çok sık rastlanmaktadır. Bilimsel bilginin ve yargısal kararın, baskıyla, otoriteyle, dolayısıyla skolastikle bağdaşmadığını gözeterek, konulara sürekli “eleştirel bakış”la eğililmesi, her şeyin bilimsel ve hukuksal kuşkuyla sürgit irdelenmesi, **yargıçların ülkeyi kurtarmak gibi ideolojilere kapılmamaları**, gerçeklik/doğruluk sevgisi, düşünsel ve hukuksal yansızlık ve nesnellik, hukuksal/düşünsel yüreklilik, düşünsel içtenlik, düşünsel sabır ve düşünsel dürüstlük, çikarsızlık (hasbilik) gibi temel yargı etiği kurallarına uyulması zorunludur. Nitekim bu nedenlerle BM İnsan Hakları Komisyonunca 23.4.2003’te; HSYK’ca **10.10.2006’te (n. 424)**, **YCGK’ca 20.11.2007’te (h, 83/244)** benimsenen 2001 tarihli Bangalor ve 2005 tarihli Budapeşte ilkelerinde bu etik kurallara özen ve duyarlılık gösterilmesi vurgulanmıştır.

Ne var ki, YSK’nın verdiği kararlarda mantık ile Bangalor ve Budapeşte ilkelerinin hiç umursanmadığı, hatta çığnendiği de görülmektedir. Gerçekten HSYK’nın kararlarında “hak” kavramı gibi sınırı belirsiz çok anlamlı sözcüklere yer verilerek ve de asıl konu gözden kaçırılarak akıl yürütmelere (ignoratio elenchi) başvurulmuş, “çok anlamlılık (anlamdaşlık) yanılgıları”na (fallacy of equivocation, fallacy of ambiguity/amphibaby); yasal hüküm yasakladığı halde “babası zengin olsaydı, başarılı bir hukukçu olurdu” benzeri “tersi kanıtlanmadıkça mühürsüz oylar geçerlidir” ya da “eski kararlar da bu doğrultuydu” gibi olguya karşı

1 Ayrıntılı bilgi için bk. Honer/Hunt/Okholm, [Hasan Ünder], Felsefeye Çağrı, Ankara, 2003, s. 95-101; Cathcart/Klein, (Algan Sezgin türedi), Platon Bir Gün Kolunda Bir Ornitorenkle Bara Girer, Felsefeyi Mizah Yoluyla Anlamak, İstanbul, 2012; Cuvillier, Manuel de philosophie, Paris, 1937, s.48-55. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bk., Resnik, (Vicdan Mutlu), Bilim Etiği, Giriş, İstanbul, 2004, s. 82-248; Özlem, Bilim Felsefesi, İstanbul, 2012, s. 21; özlem, Mantık, İstanbul, 2011, s. 152.

varsayımlara (hypothesis contraryto fact) ya da “her yurttaş bayrağa saygılıdır; öyleyse bayrağa saygılı herkes yurttaştır” benzeri “**her yurttaşın seçim hakkı vardır, öyleyse mühürsüz oylar geçerlidir**” gibi yanlış evirmelere (false conversion) ve ulaşılan yasaya aykırı sonucu desteklemek için insanlığın ortak görüşünü kanıt olarak ileri süren kanıtlama biçimine (argumentum e consensu gentium/argumentum consensus gentium) sığınılmak gereğinin duyulduğu görülmektedir.

Özetle bütün bunlar, yargıçların etik kurallara uymadıklarını, hukuku kotarmak yerine yapılan oylamayı, dolayısıyla ülkeyi kurtarmak gibi ideolojik dürtülerle karar verdiklerini ortaya koyduğundan kararın inanırlığını zayıflatmış, gölgelemiş, örselemiştir.

Ortada bir çelişki/çatışma olmadığı halde yargıçların kararlarının varsayımaya dayalı gerekçeye (motif hypothétique), dolayısıyla kusurlu ve kuşkulu nedenlere dayanmaları elbette hukukta ve mantıkta onaylanamaz. YSK’nın kararları bu açıdan da sakattır. Kararlar, hukuken doğrulanmayan çelişki/çatışma gibi varsayımlara dayanılarak geliştirilmiş; bu yüzden de ulaşılan hukuki çıkarım/sonuç (déduction juridique) yanlış olmuştur. En acısı da çelişkidен söz edilerek çelişik nedenlere (motifs contradictoires) dayanılmıştır. Fransız Yargıtayının özdeyişe dönüştürme ve sürekli yinelenen anlatımlarıyla “çelişik nedenler birbirlerini karşılıklı olarak yok ettikleri için, kararlar gerekçeden yoksundur”¹.

Ayrıca bir hukuk kuralı olan 98’inci ve özellikle 101’inci maddelerin uygulanmaması biçimindeki hukuksal sakatlık (vitium iudicando), dahası sahteciliği önleyici hükümlerin uygulamadan alıkonulması yüzünden sahteciliğe zemin yaratılması ve yasal hükmün/normun özünün/niteliğinin başkalaştırılması/

¹ Bu hukuksal özdeyişin Fransızcası şöyledir: “Les motifs contradictoires se détruisent réciproquement, donc, il ne reste plus rien” ya da” la contradiction entre les motifs et/ou le dispositif équivaut au défaut (à l’absence) de motifs”.

değiştirilmesi (dénaturation, denaturazione), hem seçim güvenliğinden söz edilmesi hem de bu güvenliği sağlayan normların uygulanmaması suretiyle bağdaşmaz gerekçelerle kararlar verilmesi (contradiction [contrariété] de jugements, decisioni contrastanti), kararların gerekçesini hukuksal dayanaktan yoksunlukla (la perte de fondement juridique) sakatlamıştır.

Kurulan hükmü beslemeyen her gerekçe yetersizdir. Oysa incelenen kararların gerekçeleri, özetlemeden de anlaşılacağı üzere, sağlıklı nedenlere değil, hukuksal doğruları dolanan hastalıklı **bahanelere** (prétexte, praetexta, pretesto) dayanmaktadır. Bilindiği üzere seçimlerin dürüstlüğünü, hukuka, ahlaka uygun ve etik olmasını sağlamak, herkesten önce kesinlikle YSK'ya düşer. YSK, bu konuda titiz olmak ve kamuya güven vermek zordur. Olayımızda ise tam tersi yaşanmış, seçimlerin dürüstlüğünü sağlayan bütün hükümleri uygulamadan dışlayacak bir gerekçeye dayanılmıştır.

Bu tür kararlar Yargıtayın önüne geldikleri zaman bildiğimizce kesinlikle bozulmaktadır.

C-NORMLAR BASAMAĞINA GÖRE

UYGULAMADA SIRA SORUNU

1-Normlar basamağına göre sıradüzeni (hiyerarşi)

Hukuk düzeninde normlar basamağı yukarıdan aşağıya doğru şöyledir: Anayasa normu, uluslararası sözleşme normu, yasa normu, yasa hükmündeki kararname normu, tüzük normu, yönetmelik normu, genelge normu.

Özellikle Kara Avrupası hukuk sisteminde, dolayısıyla Türk hukuk sistemi uygulamasında öğretici ve uygulamanın benimsediği “**basamak kuramı**”na (stufentheorie) göre:

- Yukarıda yer alan normlar, altta yer alan normları yaratır.
- Yaratıcılık, aşağıya doğru azalır, yukarıya doğru artar.

-Yaratıcılığın doğası gereğince alt norm, üst norma aykırı olamaz.

-En soyut norm en üstte, en somut norm en altta yer alır.

-Uygulama en alt normdan başlar.

Görüldüğü üzere, **en altta yer alan normlar, yaratıcılığı en az, ancak uygulama zorunluluğu en çok olan normlardır.** Bir başka anlatımla normlar basamağında aşağıya doğru inildikçe somutlaşma süreci yaşanmakta ve bu süreçte hukuk normunun yaratıcı gücü azalmakta, ancak uygulama gücü artmaktadır. Bu nedenle hukuk mantığının gereği olarak, **NORMLARIN SOMUTLAŞMASI VE UYGULANMASI, AŞAĞIYA DOĞRU ARTTIĞI İÇİN UYGULAMA EN ALTTA YER ALAN SOMUT NORMDAN BAŞLAR. HUKUK DÜZENİNDE EN YUKARIDA YER ALAN NORMLAR, ÖZELLİKLE İLKELERE YÖN VERİR. EN ALTTA YER ALAN NORMLARS A UYGULAMAYA, YÜRÜTMEMEYE, İCRAYA YÖN VERİR!**

2-Normlar basamağına göre uygulama

Yukarıda değinildiği üzere hükümlerin geçerliliği, dikeylemesine uygulanabilirliği ve etkililiği kavramlarını birbirine karıştıran ve yorum kavramı altında irdeleyen YSK yargıçları, hükümlerin geçerliliği ve uygulanabilirliği konusunda da sağlıklı sonuçlara ulaşamamışlardır.

Şöyle ki, bu sıradüzeni içinde bir yasa normu anayasa ya da uluslararası hukuk normuna, bir tüzük normu bir yasa ya da anayasa normuna, bir yönetmelik normu da anayasa, yasa ya da tüzük normuna aykırı olmamalıdır. Ancak somut yaşamda elbette

1 Lachaume, Lahiérarchie des actes administratifs exécutives en droit public français, Paris, 1966, s.58, 145-150.

bu olasılık yaşanabilir, hukukun önüne her zaman gelebilir, gelmiştir de. Anayasa mahkemelerinin ve danıştayın varlık nedenlerinden biridir bu.

Böyle bir durumda uyuşmazlığı çözmekle yükümlü olan yargıç, uygulamayı nasıl yapacaktır?

Bu sorunun yanıtı hukuk sistemlerine göre değişmektedir.

a-“Yüksek Mahkeme” kurumunu benimseyen Anglo-Sakson hukuk sisteminde durum

“Yüksek mahkeme”(supreme court, court suprême)kurumunu benimseyen Anglo-Sakson hukuk sisteminde sorun karmaşık değil, yalındır.

Çünkü hukukun yorumu ve uygulanması konusunda son sözü söyleme ve otantik yorum yapma yetkisi, bütün ülkede tek olan yüksek mahkemeye aittir.

Denetim yargılaması yapan bir organın yüksek mahkeme olabilmesi için kimi öznitelikleri (karakteristik) taşıması gerekir: Bunlardan **birincisi, YÜKSEK MAHKEME, ANAYASA YARGISI, ADLİ VE YÖNETSEL (İDARİ) YARGI YETKİLERİNİ BİRLİKTE ÜSTLENİR VE KULLANIR. İkincisi**, bu organ gerektiğinde istinaf yetkisini kullanabilmektedir. Bir başka deyişle her yüksek mahkeme, ilk (olay) mahkeme gibi kanıtlarla yüz yüze gelerek tarafların etkin biçimde katıldığı çelişmeli ve herkese açık bir duruşma, bilimsel deyişle öğrenme yargılaması (cognizione, cognitio causae) yapabilir. Eğer duruşma yapmışsa maddi olayları ve kanıtları değerlendirerek davanın esasına da karar verir. **Üçüncüsü**, yüksek mahkemelerde başkan ve üye olmaz; bir başyargıç ve yüksek yargıçlar bulunur. Bu sayı ülkelerin büyüklüklerine göre çoğu kez 8-12 arasındadır. **Dördüncüsü**, yüksek mahkemelere ülkenin büyüklüğüne göre yılda 50-200 arasında dava gelir. ABD, Kaliforniya, Kanada, İngiltere, İrlanda, Hollanda, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Japonya,

Romanya, Fildişi Kıyısı gibi ülkelerde bu anlamda tek bir yüksek mahkeme vardır. Özetle Anglo-Sakson hukuk dizgesini benimseyen ülkelerde, kurum olarak bozma mahkemesi, yani yargıtay (Kassationsgericht, court of cassation, court de cassation, corte di cassazione) ve danıştay (Staatsrat, council of state, conseil d'Etat, consiglio di Stato) yoktur; ancak bu kurumlar kuşkusuz o ülkelerde de kavram olarak vardır¹.

Anglo-Sakson hukukundan esinlenen ülkelerde tek bir yüksek mahkeme bulunduğu ve yargı bütünlüğü/birliği ilkesi de gerçekleşmiş olduğundan ilk mahkeme yargıçları, önlerine gelen bir davada, bir yasa normunun anayasa normuna, tüzük normunun yasa normuna, yönetmelik normunun tüzük normuna vb. aykırı olduğu kanısına ulaşırlarsa, bunları uygulamadan geri çekebilirler. Çoğu zaman geri çekerler de. Çünkü uyumsuzluk konusu ve uygulanacak norm, yargılama birliği nedeniyle gelecekte eninde sonunda tek olan yüksek mahkemenin önüne gelecek ve yüksek mahkeme de bu konuda tam yetkili olarak uyumsuzluğu çözüme bağlayacaktır. Yineleyelim ki, yüksek mahkeme sistemini benimseyen ülkelerde, yargı erkinin tepesinde son sözü söyleyen biricik erk, yüksek mahkemedir ve bu yüzden yargı erki son derece güçlüdür: Bu ülkelerde yargılama dâhil hemen her konuya, devlet ile bireyi hukuk karşısında eşit kılan **“hukukun üstünlüğü/egemenliği ilkesi”** temelinde yaklaşılır².

Nitekim yakın bir dönemde bunun çarpıcı bir örneği yaşanmıştır: Federal Mahkeme Yargıcı Ann Donnelly, ABD Başkanı Donald Trump'ın ülke sınırlarını mültecilere kapatmaya ilişkin

¹Ülkemizde bu ayırım ve kavramlaştırma gözetilmediğinden 1993 yılında Yargıtayımızın 125'inci yıldönümü kutlanırken yurt dışından çağrılan kimi Yargıtay başkanları, toplantı salonunda yargıtay kavramının İngilizce karşılığı olan “Court of cassation” yerine istinaf mahkemesi anlamına gelen “Supreme court of appeal” yazılması karşısında şaşkınlıklarını gizlememişlerdir.

²Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramları birbirinden ayrı yerlerde doğmuşlardır ve sonuçları da başka başkadır (Ayrıntılı bilgi için bk. Cohen-Tanugi, Le droit sans l'Etat, sur la démocratie en France et en Amérique, Paris, 1987).

ve yedi ülkenin yurttaşlarına kapsayan kararnameini 28 Ocak 2017 tarihinde verdiği bir kararla durdurmuştur¹.

b-Kara Avrupası hukuk sisteminde durum

Buna karşılık Kara Avrupası hukuk sisteminde yargıda son sözü söyleyen organlar başka başkadır; görev alanları ayrıdır, hiçbiri öbürünün görev alanına asla giremez ve karışamaz. Bu yüzden yargıçlar, kendi alanlarında kalmak durumundadırlar. Kalmazlarsa uygulamada ağır hukuksuzluklar ve toplumu sarsıcı kargaşalar doğar.

Bilindiği üzere Türkiye; Almanya, Fransa, İtalya, İspanya vb. devletler gibi Kara Avrupası hukuk sistemini benimsemiştir. Bu sistemde ve bu sistemden esinlenen Latin Amerika ve birçok Afrika ülkeleriyle Türkiye’de yargıda bütünlük, birlik yoktur ve yargılama görevleri üç yüksek yargı organı tarafından kesinkes ayrılarak paylaşılmıştır: Anayasa mahkemesi, yargıtay, danıştay. Bu sistemde teknik anlamda yüksek mahkeme yoktur. Yüksek mahkeme terimi anayasalarda ve uygulamada yalnızca saygı anlatımı olarak kullanılmaktadır.

Bu yüksek yargı organları, yalnızca kendi alanlarında hukuk normlarının uygulanması ve sahici (otantik) yorum konusunda son sözü söyleme yetkisine ve görevine sahiptir. Bir başka anlamıyla son sözü, adli yargılamada adli yargının başında bulunan

¹ Başkanı Barack Obama’nın aday göstermesi üzerine New York Federal Mahkemesine 2015’te atanan Yargıç Donnelly, bu kararıyla, anayasaya aykırılık gerekçesine dahi dayanmak gereğini duymaksızın, New York John F. Kennedy Havaalanında ABD’ye yasal giriş izni olan ve gözaltına alınan iki Iraklı adına Amerikan Sivil Özgürlükler Birliği’nce (ACLU) açılan dava üzerine, vizesi olanların ve göçmenlik statüsü onaylanmış kişilerin sınır dışı edilmesini durdurmuştur (Basın, 29 Ocak 2017). Sorun bu nokta da bitmemiş; ABD’deki 50 eyaletten 16’sının başsavcısı, 7 Müslüman ülkenin vatandaşlarının ülkeye girişini yasaklayan başkanlık kararnameini kınayan ortak bildiri yayımlamışlardır. Bildiride, “130 milyondan fazla Amerikalı ve eyaletlerimizdeki yabancıların başsavcılarını olarak, Başkan Trump’ın Anayasaya ve ABD değerlerine aykırı ve yasa dışı kararnameini kınıyoruz” denilmiş; dini özgürlüğün, ABD’nin temel bir ilkesi olduğu, her zaman da öyle olacağı ve hiçbir başkanın bu gerçeği değiştiremeyeceği belirtilmiştir. (S. Selçuk).

ve bir “bozma mahkemesi” olan yargıtay; idari yargılamada idari yargının başında bulunan daniştay; anayasanın yorumu konusunda ise Anayasa Mahkemesi söyler. Görev alanları birbirinden kesinlikle ayrı olduğundan biri öbürünün yerine geçerek yorum ve uygulama yapmaya kalkışamaz.

Bu sistemde yargı bütünlüğü/birliği gerçekleştirilmek şöyle dursun, son sözü söyleyecek yargı organları bilinçli olarak birbirinden ayrılmıştır. Bu nedenle anayasa mahkemesi, yargıtay ve daniştay, birbirinden bağımsız ve eşit düzeyde ayrı yüksek yargı organlarıdır; kavram olarak bir yüksek mahkeme değildirler¹.

Dolayısıyla üst ve alt normlar arasında bir çatışma/çelişme söz konusu olduğu zaman, bunu çözme tekeli, o konuyu incelemekle görevli yargı organına aittir. Bir başka deyişle sözgelimi, adli yargıda görev yapan bir yargıç, uygulayacağı bir tüzük ya da yönetmelik hükmünün bir yasa ya da tüzük hükmüne aykırı yahut da bir yasa hükmünün anayasaya aykırı olduğu kanısına ulaşırsa iki seçenekten birini yerine getirmek **zorundadır**.

Bu seçeneklerden birincisi, şudur: Çatışma konusu normu iptal etmesi için “**bekletici sorun**” (question préjudicielle, questione pregiudiziale, mes’ele-i müstehire) yaparak konuyu görevli yargı organının önüne taşımak ve sorunu yargılamaya yetkili/görevli organ karar verip çözünceye değin yargılamayı durdurup beklemek.

İkincisi ise şudur: yukarıda sergilenen sıradüzenine ve uygulama kurallarına göre uygulanması gereken **alt normu zorunlu olarak uygulamak**.

Yargıç, birinci yolu seçmediği takdirde, Radbruch formülünün uygulanmasını gerektiren uç örnekler dışında, kendiliğinden aykırılık gerekçesiyle o hükmü uygulamaktan asla vazgeçemez. **Eğer yasada ayrıklık/istisnai nitelikte görelî yargılama (nis-**

¹ Selçuk, Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılmaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, İstanbul, s. 322-324.

pi) olanağı benimsenmişse, kendi uyuşmazlık konusuna yettiği oranda ve yalnızca görülen dava ile sınırlı olmak üzere sorununu çözmeye yetkilidir. Sözgelimi, CYY'nin m. 218/3'e göre yaş düzeltmenin ceza yargıcınca yapılabilmesi gibi¹. Yasalarda böylesine açık bir düzenleme söz konusu değilse, yargıç önüne gelen sorunda hukuka aykırı olduğunu ileri sürdüğü yasa, tüzük ya da yönetmelik normunu uygulamak zorundadır, uygulamaktan vazgeçerse yetki yağması nedeniyle kurulan hüküm “mutlak butlan”la ya da “yokluk” yaptırımıyla sakatlanacaktır².

Gerçekten bunlardan **adli yargı organı ile idari yargı organları** birbirlerinin alanına girerek karar vermişse o karar, **yetki aşımı** (excès de pouvoir, eccesso di potere) yüzünden “butlan” yaptırımı ile sakattır. Çünkü çıkan görev uyuşmazlığını uyuşmazlık mahkemesi çözmekte; hukuk dünyasında doğan, hukuksal varlık kazanan, ancak batıl olan söz konusu sakat kararı kaldırmaktadır. Kaldırmadığı sürece butlanla sakat karar geçerlidir.

Buna karşılık **anayasa mahkemesinin görev alanına** giren anayasa normuna aykırılık iddiası söz konusu ise, bu konuda Yargıtay ya da Danıştay yahut da YSK gibi yarı yargısal bir merci kendisini yetkili göyerek karar verirse kurulan hüküm, “**görev gaspı**” (usurpation de fonction) nedeniyle “**YOKLUK**” yaptırım

1 Belirtelim ki, 1961 Anayasa'sında anayasaya aykırılık iddiasının mahkemelerce ileri sürülmesi (somot denetim, exceptio) durumunda da benzeri bir görelî yargılama yetkisi ilk mahkemelere tanınmış ve Anayasa Mahkemesi, üç ve daha sonra yapılan değişiklik üzerine altı ay içinde aykırılık iddiası konusunda bir karar vermediği takdirde mahkemenin kendi anlayışına göre sorunu çözebileceği benimsenmişti (m. 151/2, 3). 1982 Anayasa'sı bu görelî yargılamaya izin vermemiş, bu sistemden vazgeçmiştir. 1982 Anayasa'sına göre, Anayasa Mahkemesinin kararı beş ay içinde gelmediği takdirde davayı durduran (geri bırakan) yerel mahkeme, Anayasaya aykırı olduğuna kesinlikle insansa bile, yürürlükteki yasal hükmü/normu uygulamak zorundadır (m. 152/3). Bu değişiklik, Türkiye'nin içinde yer aldığı Kara Avrupa'sı hukuk sistemine tam anlamıyla uymaktadır (S. Selçuk).

2 Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin 16.7.1923 tarihinden bu yana kararları böyledir. Fransız Yargıtayı, 21.12.1961, 25.4.1985; Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1989, n. 156; Erem, Diyalektik Açısından Ceza Yargılama Hukuku, Ankara, 1986, s. 149-151; Rivero/Waline, Droit administratif, Paris, 1994, s. 181.-183; Chapus, Droit administratif général, Paris, 1988, n. 965-972. Ayırtılı bilgi için bk. Selçuk, Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne, Ankara, 1998, s. 470-476.

ile sakattır; hukuk dünyasında doğmamış, hukuksal varlık kazanmamış olduğundan ayrıca kurulan karar, asla iptal edilemez. Yani bunu belirlemek için hiçbir yargı organının ayrıca karar vermesi gerekmez, dahası bu olanaksızdır da. Çünkü eğer bir yargı organı bu konuda bir iptal kararı verirse o sakat hükmün hukuk dünyasında doğduğu benimsenmiş olur ki, bu yeni bir sakat karar vermek demektir. Bu yüzden önüne geldiğinde yargı organı sakatlığı belirlemekle yetinir. O kadar¹.

Bu nedenlerle **yokluk, hukukta en ağır yaptırımdır**. Sözgelimi, kaymakamın boşanma, tutuklama kararları vermesi ya da iddianame düzenlemesi yoklukla sakattır; hukuksal sonuçlar doğurmadığından hiç kimseyi bağlamaz.

3-YSK'nın incelenen konuda yapması gereken

İnceleme konusu sorunla ilgili olarak eğer normlar arasında YSK'nın belirttiği gibi bir çatışma bulunsaydı, bunu çözmek anayasa mahkemesinin görevine girecekti. Olayımızda bir çatışma yoksa da, var sayıldığında yapılacak işlemler bellidir. Adli ya da idari mahkemede görev yapan bir yargıç yahut da yargıtay ya da daniştay yargıçları veyahut da YKS yargıçları gibi yarı yargısal görev yapan yargıçlar, önlerine gelen konuda bir yasa normunu, anayasa normuna aykırı bularak uygulamadan geri çekemezler, uygulamak ya da YSK dışındakiler konuyu anayasa mahkemesine taşımak zorundadırlar.

Eğer yargıçlar, o normu YSK yargıçlarının kotardıkları gerekçeyle uygulamadan geri çekerek, savsaklayarak karar verirlerse, kendilerini anayasa mahkemesi yargıçlarının yerine koymuş olurlar, verdikleri karar, **yetki gaspı** nedeniyle hukuk dünyasında doğmamış olur. Çünkü **“yokluk”** (inexistence, inesistenza) yaptırımı ile sakattır. Bunun belirlenmesi için de, yargı organının ya da merciin ayrıca karar vermesine de asla gerek yoktur.

Ne yazık ki, olayımızda yaşanan olgu budur.

¹ Cornu, Vocabulaire juridique, Paris, 2001, s. 455, 803, 890; Kunter, n. 287.

YSK gibi yarı yargı organı olan bir kurumun aslında **bu türden konuları, yani anayasaya, yasaya, tüzüğe, yönetmeliğe aykırılık gibi konuları görevli yargı organlarının önüne taşıma yetkisi bulunmamaktadır.**

Bu nedenlerle YSK, 1961/298 SAYILI SHOY'NİN ÖZELLİKLE OY PUSULALARININ VE ZARFLARIN MÜHÜRLENMESİNE İLİŞKİN 77, KULLANILMAYAN OY ZARFLARI VE OY PUSULALARINDAN KULLANILMAYANLARLA İLGİLİ 97, SANDIĞIN AÇILMASI VE SAYILMASI İLE İLGİLİ 98'İNCİ, EN ÖNEMLİSİ DE "ARKASINDA SANDIK KURULU MÜHRÜ BULUNMAYAN, OY PUSULALARI GEÇERLİ DEĞİLDİR" HÜKMÜNÜ İÇEREN 101/1'İNCİ MADDELERİNİ, öncelikle ve kesinlikle UYGULAMAK ZORUNDADIR.

YSK yargıçları bu türden kararı alırken bir başka neden daha ileri sürmüşlerdir: Geçersizliğe ilişkin normları yorumlamak.

Oysa incelenen durumda bir yorum aracına başvurmak olanaksızdır. Çünkü yorum etkinliğinde bulunmanın ön koşulu, yukarıda değinildiği üzere, yazılı ve yorumlanmaya muhtaç bir hukuk normunun bulunması ya da hukuk normunda geçen bir sözcüğün, terimin, kavramın sınırlarını belirlenmesine zorunluluk duyulması gerekir.

Oysa olayımızda bu koşulların hiçbiri bulunmamakta, sadece hangi normun uygulanacağı konusu tartışılmaktadır. O kadar.

Bütün bunlara ters düşen nedenlere dayanılarak verilen kararlar, yapılan işlemler bütünüyle YOKLUK YAPTIRIMI ile sakattır. Böyle bir sakatlık, hukuk düzenini alt üst eder, kargaşa yaratır. ŞU ANDA ÜLKEMİZDE YAŞANAN KARGAŞANIN NEDENİ DE BUDUR.

Bu kargaşadan hiç kuşkusuz hukuku yanlış uygulayanlar sorumludurlar.

Yeri gelmişken belirtelim ki, bir içtihatları birleştirme kararında (5.4.1990, 2/3) da Yargıtay benzeri bir yanılığa düşmüş, yorum bahanesiyle, saplama yöntemiyle karşılıksız ve kaçak olarak telefon hizmetinden yararlanmayı, mal kavramına sokarak, suçların yasallığı gibi küresel bir güvence ilkesini, Beccaria'nın ünlü yapıtının yayımlamasından 226 yıl sonra adeta yıkmıştı. Öğretinin haklı olarak bu karara başkaldırdığını gören 2004 yılı yasa koyucusu, 2004/5237 sayılı Türk Ceza Yasası'na "Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz" hükmünü getirmiştir (m.2/son).

YSK'nın incelenen düşündürücü ve ürkütücü kararı karşısında, tıpkı TCY'deki bu hüküm gibi, temel yasalardan birine "yorum kurallarına ve hukuksal hükümlerin sıradüzenine göre, üst hükümlere aykırılık bahanesiyle alt hükümler uygulamadan alıkonamaz" biçiminde bir kuralı yasalaştırmakta yarar vardır.

D-SAVSAKLANAN BİR BAŞKA DURUM

Son olarak belirtelim ki, **seçim yasalarında yapılacak değişikliklerin bir yıl süre ile uygulanamaması ilkesi**, Anayasa'nın 67'nci maddesine eklenen 7'nci fıkrasıyla seçim sistemine önemli bir ilke eklenerek çoğunluğun yetkilerini kötüye kullanmasını önlenme isteğinin ürünüdür. Anayasa koyucusu, TBMM çoğunluğunun gücüne ve çıkaracağı görünüşte bir yasaya dayanarak seçimlerden kısa süre önce yasalarda kendi yararına değişiklik yaparak seçime gitmesi önlenmek istemiştir ve yerinde bir düzenlemedir. Çünkü seçime katılacak bütün partilerin, adayların alinyazısı, demokratik bir düzende tek başına iktidar çoğunluğunun isteklerine bırakılamaz. Böyle bir olanak seçimin adil, eşit ve dürüst yapılmasını öngören anayasal ilkelere ters düşer.

Anayasal kural bu iken 1961/298 sayılı SHOY'nin geçici 23'üncü maddesinde düzenlenen ve 31/12/2016 tarihin-

de yürürlükten kalkan hüküm, 680 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 80'inci maddesiyle yeniden düzenlenerek 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Yasası'nın 49'uncu maddesinin kaldırılan 3'üncü fıkrasına konmuştur. Değişiklik 5490 sayılı Yasa'da yapılmışsa da bunun seçimlerle ilgili yazılı hukukta yapılan bir değişiklik olup seçimi, oylamayı etkilediği ve Anayasanın 67'inci maddesine aykırı bulunduğu açıktır.

Nitekim karşı oy yazısında yurt dışı seçmen kütüğünün oluşturulmasını ve oy hakkını etkileyen bu durum üzerinde hukuksal nedenler ayrıntıyla açıklanarak durulmuştur. YSK'nın buna göz yummasını açıklamak olanaksızdır.

SONUÇLAR VE ÇÖZÜMLER

Hukukta görüş ayrılıklarından kaynaklanan uyuşmazlıklar, oylama yöntemi ile sona erdirilir. On milyar ışık yılı uzaklığındaki yıldızları bulan, bilgisayar çağına ulaşan insanlık, ne yazık ki, görüş ayrılıkları ile ilgili uyuşmazlıkları sona erdirip toplumsal barışı sağlamak için oylama dışında bir çare bulamamıştır. Bu açıdan oylama, özünde, çaresizliğin çaresidir. Çünkü oylama, sadece uyuşmazlığı şimdilik kaydıyla sona erdirir; oylama sonucunda çoğunluğu sağlayan görüş, kesin **doğru** (veritas, hakiki) olarak değerlendirilemez. Bir başka anlatımla uyuşmazlık konusu sorunlar, oybirliği sağlansa ve gerçekten böylesine ulusal çapta bir iradeyle görüş birliğine ulaşılsa bile, varılan sonuç doğru olmayabilir. Bu nedenle oylamayla bitirilen sorun, kesin olarak çözülmemekte, sadece uyuşmazlık geçici olarak son bulmaktadır. Bu sonucun Rousseau'cu kavramlaştırmadan esinlenilerek "**ulusal irade**" olarak yansıtılması, hukukun bugün de metafizik varsayımlara dayanan değerlendirmelerden kurtulamadığını gösteren bir anlayışın ürünüdür.

Bu nedenlerle 16.4.2017 tarihinde yapılan oylamada da bir

uzlaşma söz konusu değildir. Yalnızca evet ya da hayır seçeneklerinden birinin halk çoğunluğunca benimsenmesi beklenmeydi. Nitekim öyle olmuş, oylamaya katılanların sayısına göre küçük bir farkla “evet” oyları fazla çıkmıştır. Yaşanan bu durumun ulusal irade ya da uyum ile hiçbir ilgisi yoktur. Yukarıda belirtildiği üzere var olan uyuşmazlık, oylama hukuka uygun sayılsa bile, şimdilik sona ermiştir.

I-SONUÇLAR

Bu verilerin ışığı altında yapılan inceleme sonucunda aşağıdaki değerlendirmelere ve sonuçlara ulaşılmıştır:

A-“DEMOKRATİK TOPLUMDA “YURTTAŞLARIN OY KULLANARAK YÖNETİME KATILMA HAKKI, her türlü ENGELLEMELERE KARŞI elbette KORUNMALIDIR. Bu nedenle, yurttaşların OY KULLANMA HAKKI kuşkusuz SEÇİM GÜVENLİĞİNİ BOZMAYAN DURUMLARDA KESİNLİKLE KORUNMASI GEREKEN BİR HAK”tır. Ancak asla NE PAHASINA OLURSA OLSUN denilerek, özellikle de SAHTECİLİK PAHASINA KORUNMASI GEREKEN BİR HAK DEĞİLDİR.

Seçimlerde SAHTECİLİĞE YOL AÇABİLECEK DURUMLAR, HUKUKUN KORUMASI VE GÜVENCESİNDEN ASLA YARARLANAMAZ.

B-Yukarda belirtilen nedenler birlikte ele alındığında, üzülerek belirtelim ki, yüksek yargı organlarından gelen yargıçlardan oluşan YSK’nın Anayasa’nın incelemede değinilen maddelerine aykırı ve özellikle de hiçbir çatışma olmadığı halde AİHS’ye ek 1 numaralı Protokolün 3’üncü maddesine, olan yasaya/hukuka (de lege lata) göre değil de, kendilerinden menkul olması gereken yasaya/hukuka (de lege ferenda) göre ve sahteciliğe yol açacak biçimde karar vermesi göz yumulamaz

boyutta ulusal ve küresel bir skandaldır. Çünkü yaşanan skandal, sadece bu yönüyle bitmemekte; çıkış noktasındaki yanlış nedeniyle aynı anda birbiriyle çatışan iki durumdan birine doğru, ama kendince tehlikeli sonuçlar doğuracak olanı bastırarak öbürüne önem verip öne çıkarma demek olan “**tersine çevirme**” ya da “**karşıt tepki oluşturma**” (reaction-formation) tutumunu, öbürünü yok etme davranışını da çağrıştırmaktadır.

C-Unutulmamalıdır ki, en ufak çaptaki hukuka aykırılık bile güneş tutulması gibidir; sürekli sızdırır. Oysa inceleme konusu halkoylamasında yaşanan hukuka aykırılık, yağmurdan kaçarken doluya yakalanma örneği, küçük çapta bir grubun oy kullanma hak ve özgürlüklerini koruma kaygısıyla davranan yargıçlar yüzünden milyonların oy kullanma hak ve özgürlüklerini tehlikeye düşürmüştür; her toplum kesimindeki insanı ve anayasal boyutta bir **hukuksallığı, meşruluğu ilgilendirmektedir.**

Eğer halkta, bir kurumun, yasanın ya da yöneten kişilerin, bilinen ve benimsenen kurallara göre oluşmuş bir **çoğunluğu arkalarında bulunduklarına ilişkin yaygın inanç varsa, o kurum, o yasa ya da yöneten(ler) meşrudur** (Burdeau, Duvenger, Aron, Easton, Kelsen, Lipson, Weber). **MESRULUK, toplumdaki BARIŞ VE DİNGİNLİĞİ sağlayan; kurumu, yasayı, iktidarı, iktidarı kullananları ayakta tutan BÜYÜLÜ BİR İNANÇ;** dolayısıyla “sitenin/devletin/toplumun görünmeyen **BARIŞ** meleğidir” (Ferraro).

Bu yüzdendir ki, en baskıcı yönetimler bile, hukuk dünyasında hiçbir kurum ya da kişinin “oldubitti”ye getirilerek meşruluk kazanamadıklarını bildikleri için, sürekli kendilerini meşru göstermeye çalışırlar,

Tarihin her döneminde meşruluğun kuşkulu olduğu yönetim ve yönetenler, toplumsal kargaşalara yol açmışlar ve bunlardan sorumlu olmuşlardır.

II-ÇÖZÜM

Bu belirlemelerin ışığında; MÜHÜRSÜZ ZARFLARLA ya da “EVET” MÜHRÜYLE kullanılan oyların geçersiz olduğunun benimsenmesi zorunlu bulunduğundan iki tür çözüm ortaya çıkmaktadır:

A-BİRİNCİ ÇÖZÜM: SAYIMLA YETİNME OLANAĞI-NIN VAR OLMASI DURUMUNDA: İŞLEMSİZLİK

Eğer kullanılan geçersiz oyların sayımla belirlenmesi **olanağı varsa**, bu sayım kesinlikle yapılmalı; geçersiz oy sayısının toplamı, YSK tarafından yayımlanıp duyurulan sonucu değiştirecek ve etkileyecek boyutta değilse, ortada bir uyuşmazlık bulunmadığından, YSK tarafından duyurulan sonuç, hiçbir işleme gerek kalmadan toplumun her kesimi tarafından benimsenmelidir.

B-İKİNCİ ÇÖZÜM: SAYIMLA YETİNME OLANAĞI-NIN VAR OLMAMASI DURUMUNDA: YOKLUK YAPTIRIMI

Eğer kullanılan geçersiz oyların sayımla belirlenmesi **olanağı yoksa**, oylama ve oylamayı sonuçlandırıp kesinleştiren YSK kararı, hukuka aykırılık işlemleri açısından en ağır yaptırımını olan **YOKLUK (INEXISTENCE, NON-EXISTENCE) YAPTIRIMI** ile sakatlanmış; oylamanın meşruluğu ortadan kalkmış demektir ve bu yüzden de aşağıdaki sonuçlar ortaya çıkmaktadır:

Oylama ve YSK'nın oylamaya ilişkin son kararı, Cumhurbaşkanından en sade yurttaşa dek hiçbir kişiyi; TBMM'den en sıradan kurum ve kuruluşlara dek hiçbir kurum ve kuruluşu bağlamayacağı için, YSK; **yaptırımın türünü, yani yokluk (inexistence, non-existence) yaptırımını gözeterek** yeni bir hukuksuzluğa yol açmamak için, asla önceki kararlarını iptale kalkışarak onların hukuk açısından var olduğunu üstü kapalı olarak bile asla dile getirmemeli, **sadece ortaya çıkan sonucu belirlemekle, kamuoyuna duyurmakla ve de yalnızca yeni oylama takviminin duyurmakla yetinmelidir.** 10.05.2017

OPINION SCIENTIFIQUE

Relative au Référendum du 16 Avril 2017

OPINION SCIENTIFIQUE

Dans une requête datée du 21.4.2017, le Vice-Président Général du CHP a demandé, au nom de ce parti politique, une opinion scientifique sur les sujets cités ci-dessous en rapport avec le référendum sur la Réforme Constitutionnelle qui s'est déroulé le 16 avril 2017. Cette demande a été effectuée en accord avec les dispositions de la loi numéro 2004/5217 intitulée Loi sur la Justice Pénale (Code de Procédure Pénale [LJP, art. 67/6]) disposant que « Le Procureur de la République, le plaignant, son avocat, le suspect ou l'accusé, l'avocat de l'accusé ou le représentant légal peuvent demander une opinion scientifique relatif à l'objet du jugement ou dans l'optique d'une appréciation dans la préparation de l'expertise judiciaire ou au sujet de l'expertise judiciaire. » ainsi que de la loi numéro 2011/6100 intitulée Loi sur la Justice Civile (Code de Procédure Civile [LJC, art. 293]) prévoyant que « Les parties peuvent demander une « **opinion scientifique** » sur l'affaire en cours de jugement ».

En tenant compte du contenu de la requête et des décisions ultérieures du Comité Electoral Supérieur rendues sur le sujet traité, nous avons considéré opportun de présenter les résultats de notre analyse selon deux titres principaux.

PREMIER TITRE

UN SCRUTIN AU CARACTERE CONTRAIRE AUX PRINCIPES GENERAUX ET A LA CONSTITUTION

I-LES ALLEGATIONS

Dans la requête, on affirme que le Comité Electoral Supérieur (CES ci-après, c'est-à-dire *Yüksek Seçim Kurulu* qui est l'organe chargé de l'organisation et du bon déroulement des élections) n'a pas empêché la propagande interdite et que la campagne de propagande ne s'est pas déroulée dans des conditions équitables pour tous les partis. De plus, les plaintes et avertissements déposés au YSK concernant le fait que dans de nombreuses circonscriptions, le gouverneur, le préfet et les forces de sécurité avaient encouragé ou forcé à voter dans un certain sens ou d'une manière non-secrète n'ont pas été pris en considération par le YSK. Pendant les élections, on n'a pas empêché les irrégularités, les campagnes électorales illégales et le fait de revoter plusieurs fois.

Dans la même requête, il est affirmé que les décisions et les actions du CES ne sont pas conformes à la loi ; que lors du vote, de nombreuses procédures ont été fautives, que des décisions erronées ont été prises et qu'on est intervenu dans le vote de manière à orienter la décision du peuple. Dans ce contexte :

a-Il est affirmé qu'il n'a pas été tenu compte du fait que, lors du vote, dans de nombreux bureaux, les électeurs ont été contraints de voter de manière manifeste et non secrète,

b-Il est affirmé que les forces de l'ordre ont empêché les électeurs d'assister au recensement des votes

c-Il est affirmé que dans de nombreuses localités, le lendemain du vote, à l'ouverture des sacs contenant les bulletins

de vote, le nombre de bulletins et d'enveloppes qui devaient figurer dans certains sacs était inexact, que certains bulletins et certaines enveloppes étaient manquants et que le CES a tenté d'expliquer ce manquement en mettant en cause une erreur dans le maniement et l'emballage des bulletins de vote.

De plus, dans le cadre des objections formulées auprès du CES, il a été fait état du fait que, contrairement à l'article 67 de la Constitution qui stipule que pour que de nouvelles dispositions de la législation concernant les élections soient applicables, un délai d'un an doit être respecté après l'entrée en vigueur des dispositions concernées, le CSE a considéré comme en vigueur le changement de l'article sur les sanctions imposées aux chaînes de télévision qui ne se conformeraient pas aux interdictions concernant la propagande, nouvelles dispositions promulguées dans le cadre d'un décret d'Etat d'Urgence ayant force de loi.

II-LES REPOSES DU CES

Le CES, quant à lui, a rejeté ces objections en déclarant, qu'après avoir effectué un contrôle, il n'avait constaté aucune violation du principe du vote secret ni du dépouillement public des votes. Il a de plus rejeté l'accusation selon laquelle il n'aurait pas empêché les irrégularités et celle selon laquelle on aurait revoté dans certains bureaux. Il a également rejeté l'affirmation selon laquelle il n'aurait pas empêché les campagnes électorales interdites.

III-EVALUATION JURIDIQUE

L'article 67 de la Constitution prévoit qu'en accord avec « les conditions prévues par la loi » il sera fait usage du « droit de vote, d'élection et de participer à des manifestations politiques » et que

« les élections et les référendums seront organisés en fonction des principes de **LIBERTÉ, D'ÉGALITÉ, DE SUFFRAGE DIRECT ET UNIVERSEL, DE RECENSEMENT PUBLIC DES VOIX** sous la direction et le contrôle d'une instance juridique » et que « l'usage de ces droits seront réglés par la loi »; quant à l'article 79, ce dernier prévoit que concernant l'organe législatif, « ces lois seront rédigées **« en accord avec les principes de justice dans la représentation et de stabilité dans l'administration »**, que les élections et par conséquent les référendums ou plébiscites seront organisés « sous le contrôle et la supervision d'organes juridiques » impartiaux et neutres et que, la mission **« d'organiser les élections selon les principes d'honnêteté**, du début à la fin des élections, **serait donnée au Comité Electoral Supérieur (CES) et que ce Comité est l'organe chargé d'examiner les plaintes et les contestations concernant toutes les irrégularités constatées au cours des suffrages et de trancher les litiges à ce sujet.**

Les buts proches et éloignés de toutes ses dispositions sont claires : les élections énoncées dans les articles de la Constitution ainsi que les référendums seront réalisées en accord avec les principes **« d'honnêteté, de liberté, de suffrage universel et égalitaire, de secret du vote, de suffrage direct, de transparence et de publicité du recensement des votes et de l'organisation et du contrôle des élections par un organisme judiciaire »**.

L'HONNETETE, L'ETHIQUE sont donc les caractères sine qua non et la fondation d'élections ou de référendums sains.

Dans l'hypothèse où ces conditions ne seraient pas remplies, les élections ou référendums ne pourront pas refléter d'une manière saine la volonté de la majorité.

Dans les régimes démocratiques, la mission de mettre en application ces principes, conditions et fondations a été donnée

non pas à des organes administratifs ou politiques proches du pouvoir. Bien au contraire significatif, cette mission a été donnée à des instances où siègent des magistrats indépendants et impartiaux, magistrats dont ont la conviction qu'ils possèdent les compétences adéquates pour garantir la primauté et la souveraineté du droit. En Turquie, cette mission a été donnée au CES.

La loi à laquelle les articles 67 et 79 de la Constitution font référence est, selon son appellation officielle, « la Loi 1961/298 sur les Principes Fondamentaux des Elections et des Listes Electorales ». De notre opinion, cette loi doit être brièvement appelée « **Loi sur les Elections et les Référendums** » (**LER**)¹. Les articles susmentionnés font également référence à la loi numéro 1987/3376 sur « **le Recours au Référendum pour l'Adoption des Amendements de la Constitution** » (**RRAAC**)².

Il convient d'affirmer d'emblée que selon l'article premier de la loi RRAAC numéro 1987/3376, « les dispositions de la présente Loi seront appliquées aux référendums effectués en application de la Constitution ». De même, « en l'absence de disposition applicable dans la présente Loi, les dispositions de la Loi numéro 298 sur les Principes Fondamentaux des Elections et des Listes Electorales qui ne sont pas contraires à la loi RRAAC seront également appliquées ».

Comme dans tout ordre adoptant le système démocratique, le premier article de la loi 1961/298 **LER** stipule que « lors des **élections** organisées selon des lois spéciales (...) et **lors des référendums concernant les réformes constitutionnelles**, les principes édictés par la présente loi seront appliqués ». Après avoir ainsi défini le domaine de compétence de cette loi, dans le deuxième article du **LER**, il est précisé qu'en respect avec la

1 Dans cette expertise scientifique, cette loi sera désignée par son abréviation « LER ».

2 Dans cette expertise scientifique, cette loi sera désignée par son abréviation « RRAAC ».

Constitution, le vote sera « libre, égalitaire, basé sur le principe du suffrage universel direct », « que le vote sera secret » mais que « le recensement des votes et l'inscription de ceux-ci aux procès-verbaux se fera de manière publique », conformément aux principes constitutionnels exprimés ci-dessus.

Selon le 11^{ème} article du LER, les élections et les scrutins sont confiés au Comité Electoral Supérieur (CES) composés de magistrats siégeant dans des hautes cours de justice et à des commissions électorales constituées également de magistrats au niveau des provinces et des circonscriptions. De plus, des bureaux de vote seront institués (article 10).

Mais la loi ne se contente pas de toute cela. Elle comprend également une garantie personnelle basée sur **le respect de l'être humain et sur la confiance**. Ainsi, toutes les personnes occupant une fonction dans les organes électoraux précédemment cités, avant de prendre leurs fonctions, doivent prêter serment de la manière suivante : « je jure sur **MON HONNEUR, MA CONSCIENCE ET TOUTES MES CROYANCES** de remplir mon devoir selon la loi et en toute honnêteté pour définir les résultats des élections d'une manière juste et complète sans craindre personne ni être soumis à une influence quelconque. » (art. 27, 70, 94/c-3).

Ce serment, qui concerne principalement les présidents et les députés et qui est réglementé par la Constitution et bien d'autres législations, est prêté sur « **LA VALEUR MORALE DE L'HONNEUR** » et possède une grande signification. En effet, **L'ÊTRE HUMAIN N'EST PAS UN OBJET/UN BIEN, MAIS BIEN UN SUJET DE DROIT HONORABLE, COMPOSE DE PRESTIGE, DE DIGNITE** » et « **LE DROIT EXISTE POUR (CE SUJET) L'ÊTRE HUMAIN** » (Hominum causa omne ius constitutum est).

Comme cela est incessamment répété dans plusieurs

décisions de la Cour EDH, **la dignité** est la condition sine qua non de l'existence morale de l'être humain ainsi que sa valeur suprême. C'est pourquoi le serment prêté sur la dignité selon les articles 27,70, 94/c-3 de la LER est d'une grande importance et constitue **une puissante garantie**.

En outre, avec la mise en place de « la Direction Générales des Bureaux de Vote », une des missions des « bureaux de vote » est d'empêcher que «les mêmes personnes votent plusieurs fois», **«de s'assurer du respect de la procédure de vote»** et **«de veiller au large exercice des droits politiques»** dans chaque circonscription (art. 28,29).

L'égalité dans la campagne électorale, l'impartialité des organes créés pour le bien public et des fonctionnaires, les dispositions (art. 52/6, 63, 64, 65) interdisant la propagande politique lors des inaugurations et des lancements de chantiers, l'utilisation par les députés des voitures officielles pour la propagande et l'utilisation des fonctionnaires publics pour les campagnes électorales: toutes ces mesures ont été prises dans le souci de respecter les principes fondamentaux des élections et des référendums que sont **« l'honnêteté, la liberté, l'égalité et la justice »**.

Si l'on entre dans les détails, bien sûr, ces exemples se multiplient.

En résumé, ces dispositions et mesures énoncées dans la Constitution et la LER montrent à quel point le pouvoir constituant qui a mis en place la Constitution ainsi que le législateur se sont montré soucieux du fait que les élections et les référendums reflètent la véritable volonté du peuple et de la majorité.

S'AGISSANT DU REFERENDUM ORGANISE LE 16 AVRIL, LES EVENEMENTS ET FAITS VECUS A L'INTERIEUR COMME A L'EXTERIEUR DU PAYS,

ESSENTIELLEMENT EN RAPPORT AVEC LE FAIT QUE LE SCRUTIN NE S'EST PAS DEROULE EN ACCORD AVEC LES PRINCIPES « **D'HONNETETE, DE LIBERTE, D'EGALITE ET DE JUSTICE** » ONT CONSTAMMENT FAIT LA UNE DE LA PRESSE. LES MOYENS DE L'ETAT MIS AU SERVICE DU « OUI » DEFENDU PAR LES PARTISANS DU POUVOIR, LA LIBERTE ACCORDEE A CE SUJET, LES PRESSIONS EXERCEES SUR LES PARTISANS DU « NON », LES INTERDICTIONS, L'INSUFFISANCE DE MOYENS MIS A LEUR DISPOSITION, ONT ETE VECUS AU GRAND JOUR ET SONT CONNUS DE TOUS.

Ainsi, **le membre du CES, auteur du vote dissident** dans les décisions faisant l'objet de notre analyse, a confirmé que le principe d'égalité n'a pas été respecté, en particulier concernant la propagande.

Le CHP et les autres partis politiques peuvent, sans aucun doute, faire le nécessaire pour obtenir justice concernant les sujets en question en se basant sur des preuves concrètes. Cependant, comme aucune preuve tangible sur ces sujets n'a été présentée ni dans la requête, ni dans le dossier remis aux instances concernées, il n'a pas jugé approprié de procéder à une expertise scientifique de ces faits. Nous nous sommes contentés de les mentionner.

DEUXIEME TITRE

« LES ENVELOPPES NON CACHETEES » ET L'UTILISATION DU CACHET « OUI »

Nous avons jugé opportun de séparer les sujets réunis sous ce titre en deux parties : la première partie concerne les sujets de contestation, leurs raisons et les décisions du CES en la matière alors que la deuxième partie est consacrée à l'expertise scientifique.

PREMIERE PARTIE

LES OBJECTIONS ET DECISIONS

I-LES POINTS FAISANT L'OBJECT DES OBJECTIONS ET LEURS RAISONS

Dans la lettre de demande d'expertise, il a été précisé « que consécutivement à la dénonciation selon laquelle il y avait, dans de nombreuses circonscriptions, des bulletins de vote et des enveloppes ne portant pas les cachets des bureaux de votes, et alors que l'on procédait au recensement dans l'est du pays et que le scrutin continuait dans l'ouest du pays, le CES a décidé de considérer comme valides les bulletins contenus dans toutes les enveloppes même si celles-ci ne portaient pas de cachet (décision numéro 560 du CES). Cette décision a été communiquée aux présidents des bureaux de votes par sms avec pour conséquence que les bulletins et enveloppes litigieuses ont été considérés comme valides par les présidents des bureaux de vote sans aucun débat quant à leur validité et **sans qu'aucun procès-verbal à ce sujet ne soit rédigé**. Ainsi, les partis politiques ont perdu toute possibilité de contestation à ce sujet ». C'est sur cette base qu'une

opinion scientifique a été demandée concernant les décisions du CES susmentionnées et les applications qui en découlèrent.

Par ailleurs, dans leur requête formulée auprès du CES, les parties contestant les décisions ont affirmé qu'à l'ouverture des urnes, alors que le recensement des votes était en cours, suite à la demande des représentants du Parti de la Justice et du Développement (AKP), le CES a considéré comme valides les bulletins et les enveloppes ne portant pas le cachet des bureaux de vote. Dans la requête il fut affirmé que cette décision du CES était contraire aux articles 77, 98 et 101/7 de la loi numéro 1961/298 dite LER, mais également aux articles 41 et 43 de la Circulaire numéro 135 et aux mesures et décisions prises le jour-même par le CES. Ainsi la requête énonce que le CES, dans sa décision numéro 2014/1439 s'appuyant sur « les articles 101/3 de la Loi numéro 298 et 44/B-3 Circulaire numéro 138 selon lesquels les bulletins de vote pour une liste avec panachage et les enveloppes ne portant pas le cachet des bureaux de vote ne peuvent être considérés comme valides » a décidé de lever la décision du Bureau Electoral de la province d'Antalya qui considérait de tels bulletins comme valides. Dans cette requête, il est également affirmé que le CES est intervenu injustement et sans raison valable dans les actions des bureaux de votes et qu'à cause de cette décision de considérer comme valides les bulletins et les enveloppes même non cachetées, les possibilités de contestation se sont vues réduites. De plus, à cause de la décision du CES en question, les bureaux de vote auraient considéré les bulletins et les enveloppes non-cachetés comme valides sans aucun débat quant à leur validité pour ensuite placer ces derniers dans les sacs. Aucun procès-verbal au sujet des bulletins de vote et des enveloppes non cachetés n'aurait été rédigé et les plaintes adressées à ce sujet n'auraient pas été enregistrées dans le **registre des procès-verbaux**. Ainsi, il n'aurait pas été possible

de déterminer combien de bulletin de votes dans la totalité des circonscriptions de vote étaient dépourvus de cachet et qu'une telle détermination avait été rendue impossible. De ce fait, l'intervention du CES aurait directement influencé le résultat des élections. Cette intervention aurait de surcroît empêché de prouver les allégations de fraude alors que le fait de considérer comme non valides les enveloppes et les bulletins de vote ne portant pas le cachet du bureau de vote et de la commission électorale est un moyen efficace pour empêcher que des votes soient volées ou que des bulletins de vote préalablement remplis soient placés dans les urnes, que, par conséquent, cette décision du CES aurait ignoré le droit de voter en toute confiance qui est un droit garanti par la Constitution et aurait rendu caduque le droit de contestation pourtant accordé aux membres des bureaux de vote.

De même, les opposants affirment que, bien que dans la Circulaire 135, il est précisé que lors du référendum **seul le cachet «CHOIX» doit être utilisé, dans l'ensemble du pays et de façon répandue, des bulletins portant le cachet «OUI»** ont été trouvés dans les sacs de contenant les bulletins, que donc les électeurs devant se prononcer lors de ce vote pour le choix « oui » ou « non » ont dû le faire en utilisant un cachet « oui », que de nombreux bulletins de vote et d'enveloppes remplis manquaient au décompte dans les sacs de vote, que du fait de l'utilisation d'anciens bulletins de vote, une altération de couleur était survenue sur les parties brunes des bulletins. Ce dernier point a fait penser aux électeurs que des bulletins de vote frauduleux avait été imprimés.

De plus, les opposants ont précisé que le fait de mettre en vigueur immédiatement les changements du Décret ayant Force de Loi numéro 680 constituait **une violation de la dernière disposition de l'article 67 de la Constitution.**

Pour toutes ces raisons et du fait de ce violations du droit, des incertitudes en découlant et l'impossibilité d'effectuer un nouveau recensement dans le but de surmonter tous ces problèmes, les auteurs de la requête ont demandé que le référendum soit annulé et qu'il soit procède à un nouveau suffrage.

II-LES MOTIFS DE RECUSATION AVANCES PAR LE COMITE ELECTORAL SUPERIEUR

Le dimanche 16 avril, alors que le vote se déroulait, le YSK a publié sur son site internet **le communiqué suivant**, communiqué qu'il a ensuite envoyé aux commissions électorales des provinces et des circonscriptions ainsi qu'aux bureaux de vote: « Suite aux nombreuses plaintes faisant état du fait que certains bureaux de vote distribuaient aux électeurs des bulletins de vote et des enveloppes qui ne portaient pas le cachet de la commission électorale, le CES s'est réuni et **a décidé de considérer comme valides les bulletins de vote et enveloppes non cachetés tant qu'il n'était pas prouvé qu'ils n'avaient pas été apportés par des sources extérieures**. Le recensement des scrutins doit se faire en se basant sur cette décision. Annonce faite au public, aux commissions des provinces et des circonscriptions, aux bureaux de vote et aux partis politiques.»

En ce qui concerne le fait qu'on ait apposé sur les bulletins de vote le cachet «OUI» au lieu du cachet «CHOIX» et que le cachet de la commission électorale ait été apposée au verso de certains bulletins de vote, le YSK a considéré, dans sa décision 559 datée du 16.4.2017, que le nombre de ces faits n'étaient pas de nature à rendre caduque l'expression de la volonté du peuple, ainsi que le prévoient l'article 1 de la Loi 3376 et les articles 68,77 et 94 de la Loi 298. Suite à une requête du représentant de l'AKP présentée au CES, dans sa décision datée du même jour et numérotée 560, le CES, invoquant les raisons ci-dessous,

a estimé que « **les enveloppes et les bulletins non cachetés** » étaient conformes aux articles 110, 111/2, 112, 130 du LER et à l'article 8 du RRAAC numéro 1987/3376. C'est pour toutes ces raisons que le CES a décidé à l'unanimité que les votes étaient valides.

Dans les décisions 573,574 et 575, le CES, s'appuyant sur les **RAISONS ENONCEES PLUS BAS**, a **rejeté** à l'unanimité les requêtes qui lui avaient été adressées.

A. LA RAISON DE LA PRESENCE D'UN CONFLIT ENTRE LE DROIT NATIONAL ET LE DROIT INTERNATIONAL

1-Le caractère fondamental du droit de vote

D'après le CES, selon l'article 67 de la Constitution, «le droit d'élire et d'être élu» est un droit humain. De plus, selon l'article 79 et selon divers principes, le référendum est un droit fondamental s'exerçant dans le cadre de la loi. Ce droit est garanti par les articles 14, 23, 77, 86, 95, 96, 97, 98, 101 et 107 de la Loi numéro 298 dite LER ainsi que par le troisième article de la loi RRAAC numéro 3376, de même que par le 3^{ème} article du le 1^{er} Protocole Additionnel de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) qui protège d'avantage «le droit de vote actif/le droit d'élire» que «le droit de vote passif».

Selon le CES, même si l'article 3 du Premier Protocole Additionnel en question se contente de réguler le droit de vote en relation avec les députés, cet article accorde une grande importance à l'essence même du droit de vote et en garantit la protection. En effet, pour la Cour Européenne des Droits de l'Homme, ce droit est vraiment l'« un des principes de base du régime démocratique ». La Cour opère une distinction entre le

droit de participer aux élections en tant qu'électeur et celui d'être candidat aux élections. Le droit de vote « passif » est moins bien garanti que le droit de vote « actif », c'est-à-dire celui de participation au vote. Le droit de vote actif est l'un des droits qui permet à toute personne de participer à la direction de l'état. C'est la raison pour laquelle, dans les textes, comme dans la doctrine, le droit de vote est désigné par le terme de « droit de participation ».

Comme on peut le constater, selon le CES, « **DANS UNE SOCIÉTÉ DÉMOCRATIQUE, LE DROIT DES CITOYENS DE PARTICIPER À LA DIRECTION EN VOTANT DOIT ÊTRE PROTÉGÉ CONTRE TOUTES SORTES D'OBSTRUCTIONS. C'est pourquoi, LE DROIT DE VOTE des citoyens EST UN DROIT QUI DOIT ÊTRE ABSOLUMENT PROTÉGÉ, SAUF EN CAS DE MISE EN PERIL DE LA SÉCURITÉ DE CE DROIT** ».

2-L'obligation pour le moyen de s'accorder au but

D'autre part, «selon l'article 90 de la Constitution, les accords/traités internationaux ont valeur de législation interne. C'est pourquoi il n'est pas possible de se porter devant la Cour Constitutionnelle en cas d'allégation de violation de la Constitution. Dans les cas où les accords/traités internationaux concernant les droits et libertés fondamentaux mis en vigueur par l'exécutif contiendraient des clauses contradictoires ou contraires à celles des lois nationales et que cette contradiction déboucherait sur des litiges, les dispositions constitutionnelles précisent que les accords/traités internationaux priment sur les dispositions de la législation interne ».

Sur ce point précis, le CES, évaluant les dispositions législatives à la lumière du droit constitutionnel et du droit

international, a présenté, selon ses propres termes, une « **interprétation** », **comme si l'on était en présence d'une norme nécessitant une interprétation** :

« Lorsque survient un comportement contraire aux règles à respecter lors de l'exercice d'un droit fondamental garanti par la Constitution et contraire aux Traités Internationaux, dans l'évaluation qui sera faite du cas concret ; **la protection de l'essence du droit et l'interprétation de la norme doit être en accord** avec le but poursuivi. Ce qui importe, c'est la protection du droit. Les règles de procédure définies pour l'exercice du droit doivent être des **moyens** visant à garantir l'exercice de ce droit en toute confiance. Dans les cas où il est établi que le droit accordé à l'individu s'exerce avec toute la protection nécessaire, **le fait d'être en contradiction avec l'une des mesures mises en place comme moyen** de protéger l'exercice de ce droit, **NE PEUT ÊTRE INTERPRÉTÉ COMME UNE ATTEINTE SUSCEPTIBLE DE FAIRE DISPARAÎTRE L'ESSENCE DU DROIT** » (...) ***En effet pour le CES, «ces dispositions sont en contraction, en opposition avec les dispositions du droit national et du droit international (du protocole)».***

Ainsi, le CES ne précise pas (ne peut pas préciser) sur **quelles normes concrètes se réalise cette contradiction, cette opposition ; bien au contraire** le CES se garde bien de faire une telle précision et au lieu d'utiliser les termes de contradiction ou d'opposition, il préfère parler d'«**harmonie**».

Toute ceci parce-que le CES ne différencie pas l'interprétation de l'application.

En résumé, pour le CES, à « à la lumière de la Constitution et des Traités internationaux, les règles juridiques écrites concernant les élections/scrutins sont chacune un **MOYEN** pour que ceux-ci se réalisent en toute sécurité. Ce qui est fondamental, c'est que concernant ces règles juridiques et l'utilisation du droit de vote

(droit de voter), c'est « **UNE PROTECTION DE L'ESPRIT DU DROIT et UNE INTERPRETATION DE LA NORME EN ACCORD AVEC LE BUT POURSUIVI** ».

En se basant sur cette approche dépourvue de toute interprétation textuelle, **selon la logique employée par les magistrats du CES**, dans l'exercice du droit de vote au référendum, le fait de ne pas avoir utilisé « **d'ENVELOPPES CACHETEES** » et d'avoir utilisé à la place du cachet « **CHOIX** » le cachet « **OUI** » ne constitue pas une atteinte aux normes mises en place en tant que moyen d'assurer la bonne tenue des élections. En effet, ce droit est garanti par l'article 3 du Protocole additionnel de la Convention EDH qui a une valeur supérieure aux normes législatives nationales. Ainsi, le CES, proposant une solution au problème, préconise que l'on abandonne les normes présentes dans la législation nationale au profit de la norme internationale.

Toutefois, **aucune précision n'est apportée quant au fait de savoir de quelle norme internationale il s'agit**. En effet, il n'est fait mention d'aucune disposition internationale qui mentionnerait les votes sans cachet ou bien les cachets marqués « oui ». De même, aucune disposition n'existe s'agissant de savoir comment de tels cachets peuvent être utilisés. L'existence de telles dispositions est impensable.

B-L'EXISTENCE DE DISPOSITIFS PERMETTANT DE REGLER LES PROBLEMES RELATIFS AU VOTE

En dehors de la situation générale mentionnée plus haut, selon le CES, il existe dans les lois de nombreuses dispositions visant à régler les problèmes relatifs au scrutin :

1-En particulier, la loi numéro 1961/298 dite LER comprend plus dispositions qui mettent en place **PLUSIEURS MECANISMES DE CONTROLE**. Il s'agit notamment des

dispositions suivantes: «les bulletins de vote et les enveloppes utilisés pendant les élections doivent être créés uniquement par le CES et doivent porter un **filigrane**, le **logo** du Comité Electoral Supérieur doit figurer sur les enveloppes, les enveloppes et les bulletins de vote doivent être acheminés aux bureaux de vote sous la forme de paquets, le **cachet** de la commission électorale de la circonscription doit être apposé sur les enveloppes avant toute chose, les enveloppes et les bulletins de vote seront acheminés aux bureaux de vote sous la forme de **paquets cachetés** tel qu'il est indiqué dans les dispositions citées plus haut, les paquets doivent être ouverts en présence de et avec sept assesseurs dont cinq représentants des partis présents dans chaque bureau de vote, le comité ainsi constitué doit rédiger un procès-verbal mentionnant le nombre de bulletins de vote et d'enveloppes reçus, les bulletins et enveloppes doivent être cachetés par les assesseurs du bureau de vote, après la clôture du scrutin il doit être procédé à un recensement des bulletins et des enveloppes non-utilisés, le nombre d'enveloppes présentes dans l'urne doit être déterminé, le nombre de bulletins utilisés ainsi que le nombre de personnes ayant voté et le nombre de bulletin en surplus doivent être comparés. A la suite de toutes ces procédures, il doit être procédé au recensement des votes. Ce recensement doit être effectué de manière à pouvoir être suivi par les citoyens et les observateurs de chaque partis politiques. A l'issue du recensement, le résultat doit être consigné dans un procès-verbal signé par le bureau de vote et une copie de ce procès-verbal doit être remise aux représentants des partis présents dans chaque bureau de vote et si la demande en est faite, aux représentants des autres partis qui ne sont pas présents dans le bureau de vote ».

2-Selon le CES, quand on considère les faits du point de vue du 3^{ème} article du Protocole Additionnel de la Convention EDH et de l'article 67 de la Constitution concernant le droit de vote

libre, le fait de considérer comme valides les votes réalisés avec **DES BULLETINS DE VOTE ET DES ENVELOPPES NON CACHETES EN RAISON D'UNE FAUTE OU D'UNE NEGLIGENCE DU BUREAU DE VOTE « n'entre pas en conflit avec le but des dispositions comprises dans la Loi et la Circulaire. »** En effet, « le fait que certains bulletins de vote et certaines enveloppes portant le filigrane du CES dans le but d'éviter la fabrication de faux bulletins de votes et de fausses enveloppes, envoyés par le Comité aux bureaux de vote aient été remis aux électeurs sans avoir été cachetés par le bureau de vote » - fait qui dans le texte de la décision émise le 16 avril 2017 alors même que l'élection se poursuivait est qualifié de « **même si c'est un cas unique** » - comme il a été établi que les enveloppes et les bulletins envoyés par le CES portaient un filigrane et que les enveloppes et bulletins de vote n'ont pas été cachetés **en raison d'une faute ou d'une négligence du bureau de vote, n'est pas une raison suffisante à elle seule pour considérer le vote des électeurs comme non valides**, car le vote a été réalisé avec des bulletins et des enveloppes dont il ne fait aucun doute qu'elles ont été produites par le CES et de ce fait « le vote s'est réalisé de manière conforme aux mécanismes de contrôle mis en place pour en garantir la fiabilité et pour empêcher l'utilisation de faux bulletins de vote ». En effet, le fait de négliger seulement l'une **des procédures considérées comme un moyen** de protéger un droit, si cette négligence n'entraîne pas **la disparition de l'essence du droit**, c'est-à-dire s'oppose au but poursuivi, ne peut être considéré comme une raison suffisante pour invalider le scrutin. « Invoquant ce fait, de manière récurrente ces dernières années, le CES a considéré comme valides les enveloppes et les bulletins de vote remis aux électeurs non cachetés en raison d'une faute ou d'une négligence du bureau de vote lorsqu'il ne faisait aucun doute que les enveloppes et les bulletins avaient

été envoyés par le CES ». De plus, « cette décision n'est pas de nature a changé les prescriptions de la loi, est **limitée** aux cas qui se sont produits dans différentes circonscriptions alors que le vote se poursuivait et est **conforme aux procédures et décisions précédentes** ».

3-De plus, dans la dixième clause du 14^{ème} article de la LER numéro 298, on précise que la mission de « répondre immédiatement aux questions posées par les commissions électorales des provinces concernant le déroulement et l'organisation des élections, de mettre en place des mesures afin que les élections se déroulent dans l'ordre dans l'ensemble du pays et de rédiger à ce sujet des dispositions dans les délais nécessaires » est donnée au CES. En dépit des nombreuses mesures prises « après que, le jour du vote, l'information selon laquelle dans certains bureaux de vote cette mission avait été négligée soit parvenue à notre Comité, dans le but de prendre des mesures limitées concernant ce sujet concret et pour que les résultats des votes reflètent la volonté des électeurs, la décision en question a été prise. Cette décision est une **décision objective** conforme aux principes d'égalité et d'impartialité et **ne peut être considérée comme une intervention** influençant le résultat du scrutin ».

4- Selon le CES, la décision numéro 560 est une décision de principe qui est conforme aux décisions 272 datée du 01/04/1984, 334 datée du 2/04/1994, 680 datée du 08/04/1994 et 935 datée du 03/04/2004. S'appuyant sur ces décisions, le CES affirme que « comme on ne peut pas prétendre que la possibilité d'enregistrer dans un procès-verbal le nombre d'enveloppes et de bulletins non cachetés a disparu, l'affirmation selon laquelle il n'était pas possible de contrôler les bulletins de vote non cachetés est jugée comme étant dépourvue de fondement».

En résumé, le CES répète que « même s'il s'agit de cas

isolés, le fait de ne pas remplir sa mission telle qu'elle est définie dans la quatrième clause de l'article 77 de la Loi numéro 298 - en d'autres termes organiser le vote avec des bulletins et des enveloppes envoyées aux bureaux de vote selon les procédures définies – n'est pas une faute imputable à l'électeur » (...) « Lorsque le vote se réalise selon des mécanismes de contrôle **destinés à s'assurer de la sécurité du vote et destinés à empêcher la fraude électorale**, en utilisant des bulletins de vote et des enveloppes dont il ne fait aucun doute qu'elles ont été produites par le Comité Electoral Supérieur, le fait que les membres du bureau de vote ne cachètent pas lesdits documents n'est pas à lui seul une raison suffisante pour considérer le scrutin comme non valide » (...) « Au contraire, le fait de négliger seulement l'une des procédures considérées comme un moyen de protéger un droit, si cette négligence n'entraîne pas la disparition de l'essence du droit, c'est-à-dire s'oppose au but poursuivi, ne peut être considéré comme une raison suffisante pour invalider le scrutin » (...) « Invoquant ces raisons, de manière récurrente ces dernières années, le YSK a considéré comme valides les enveloppes et les bulletins de vote remis aux électeurs de façon non cachetés en raison d'une faute ou d'une négligence du bureau de vote lorsqu'il ne faisait aucun doute que les enveloppes et les bulletins avaient été envoyés par le CES » (...) « Toutes les personnes inscrites sur les listes électorales ont le droit de voter. En se basant sur les articles 67 et 90/5 de la Constitution et le 3^{ème} article du Protocole additionnel de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, nous sommes arrivés à la conclusion qu'il fallait considérer comme valides les votes réalisés par enveloppes électorales et bulletins électoraux non-cachetés suite à une faute ou une négligence des bureaux de vote ».

C-LA PRISE DE DECISION QUANT AUX FAITS ET EVENEMENTS CONCRETS

En outre, les magistrats du CES, bien que ne se trouvant pas sur place au moment des faits, se sont substitués aux assesseurs et aux membres des bureaux de vote au niveau local et ont pris des décisions concernant ces événements par «**procuration** ». Ils ont, entre autres, décidé que :

1-«**IL EST IMPOSSIBLE QU'UNE PERSONNE NE FIGURANT PAS SUR LA LISTE DES ELECTEURS VOTE EN AMENANT AVEC LUI UN BULLETIN DE VOTE DE L'EXTERIEUR** ». De plus «**comme on le prétend AUCUNE PLAINTE OU DENONCIATION N'A ETE TRANSMISE CONCERNANT LE VOL PAR CERTAINES PERSONNES DE BULLETINS PORTANT UN FILIGRANE**, concernant ce sujet, aucune information ou document n'a été transmis au Comité » et que par conséquent «**le droit du citoyen de contester la validité des bulletins de vote et des enveloppes non-cachetées n'a en aucune façon été enlevée à ce dernier.** »

2- **Le CES** rejette l'affirmation selon laquelle, contrairement à ce qui est prévu par les articles 68 et 94/c de la loi numéro 298 dite LER, les cachets «**OUI** » ou «**NON** » ont été utilisés les uns à la place des autres en précisant que «**la FAUTE SURVENUE PAR INADVERTANCE commise par les commissions de vote au niveau des circonscriptions, qui ne peut pas être imputable à l'électeur, n'est pas de nature à influencer la volonté de ce dernier** ». De même, en raison du fait que «**des preuves et des documents concrets n'ont pas été fournis à ce sujet** », le CES estime que l'affirmation selon laquelle des personnes auraient voté plusieurs fois est dépourvue de tout aspect concret, tout en précisant que les décisions précédentes du CES allaient dans ce sens.

«**Le CES, organe chargé de l'organisation du référendum selon le 3^{ème} article de la loi RRAAC numéro 2017/3376 a pris**

les décisions de principe nécessaires pour que le référendum se déroule dans l'ordre et la confiance. Plus précisément, concernant les dispositions légales citées plus haut, le Comité a pris les décisions suivantes pour assurer que le référendum se passe dans l'ordre et que les mesures soient prises sur l'ensemble du territoire. Dans cette optique le Comité a pris une décision numéro 29979 datée du 14/02/2017 publiée dans le journal officiel et une décision numéro 2017/97 datée du 14/02/2017 publiée dans le journal officiel et sur son site. Ainsi, selon le CES aurait **garanti que les élections se passent dans un climat de confiance** ».

En dernier lieu, précisons que le **MEMBRE DU COMITE ELECTORAL QUI S'EST OPPOSE** aux décisions 2017/573, 574, 575 a affirmé « qu'avant 17 heures, c'est-à-dire l'heure à laquelle les urnes devaient être ouvertes, le CES avait pris la décision de considérer comme valides les enveloppes électorales non-cachetées, que cette décision avait été communiquée à 16h50 aux assesseurs et aux membres du CES, alors que pourtant, dans ce cas concret, **le pouvoir de prendre cette décision revenait aux bureaux de vote** au niveau local et que ce n'était que dans un deuxième temps, en cas de contestation, que les faits étaient portés devant les commissions électorales des circonscriptions et des provinces et que c'était au CES que trancher en ultime recours. Le fait de ne pas avoir respecté cette procédure a créé une crise de confiance dans l'opinion publique. De plus, la décision 560 est contraire à l'article 67 de la Constitution, aux articles 98/4 et 101, dont il convient de tenir compte en cette matière, de la Loi 298 et à la Loi numéro 135/l parue le 14/02/2017 sous le numéro 29979 du Journal Officiel. Toujours selon ce membre, ces décisions erronées ont rendu impossible le recensement exact du nombre d'enveloppes et de bulletins de vote non cachetés, nombre qui a été présenté dans la presse comme environ 2,5 millions. Il ajoute

également que, du fait d'une influence directe sur les électeurs résidant à l'étranger, la disposition apportée avec l'article 49/3 de la Loi numéro 5490 est à considérer comme un changement dans les lois électorales qui sont du ressort du dernier alinéa de l'article 67 de la Constitution et donc appliquer cette disposition sans délai est contraire à la dernière clause de l'article 67 de la Constitution.

DEUXIEME TITRE

LES SUJETS LIES AUX « ENVELOPPES NON CACHETEES » ET A L'UTILISATION DU CACHET « OUI »

I-LES DISPOSITIFS LEGAUX CONCERNANT LES SUJETS ETUDIES

A-DISPOSITIFS LEGAUX GENERAUX

Le droit de voter et d'être élu figure parmi les droits politiques fondamentaux exercés dans le cadre des lois, plus particulièrement dans le cadre des articles 67 et 79 de la Constitution et l'article 3 du Protocole additionnel numéro 1 de la Convention EDH.

Aucun litige n'apparait sur ce point.

Toutefois, comme cela a été précisé plus haut, ce droit sera exercé dans le cadre d'une loi promulguée en accord avec la Constitution. Une telle loi a été promulguée : il s'agit de la « **Loi sur les Elections et les Référendums** » (LER) numéro 298 de 1961 et de la loi numéro 1987/3376 dite « **Loi sur le Recours au Référendum pour l'Adoption des Amendements de la Constitution** » (RRAAC).

B-DISPOSITIFS LEGAUX SPECIAUX

La LER numéro 1961/298, citée dans les décisions du CES, comprend les articles suivant concernant l'objet de notre investigation : « l'article 14 sur la mission et les pouvoirs du Comité Electoral Supérieur (CES), l'article 23 sur la désignation des membres des bureaux de vote, l'article 24 sur la composition des bureaux de vote, l'article 77 sur le cachetage des bulletins de votes et des enveloppes, l'article 86/1 concernant le vote de

chaque électeur, l'article 95 sur le décompte et le dépouillement, l'article 96 sur le contrôle du recensement, l'article 97 sur les enveloppes électorales et les bulletins de vote non-utilisés, l'article 98 sur l'ouverture des urnes et leur dépouillement. Dans la 3^{ème} clause du premier paragraphe de l'article 101, il est spécialement précisé que « **LES BULLETINS DONT LE VERSO NE PORTE PAS LE CACHET DU BUREAU DE VOTE NE SONT PAS VALIDES** ».

Concernant le sujet, les dispositions de la LER sont les suivantes :

« Après avoir prêté serment, placé l'urne et constitué les isolements, les membres du bureau de vote comptent, devant les personnes présentes, les enveloppes spéciales portant le cachet de la commission électorale de la circonscription, enveloppes qu'ils ont reçues du président de cette commission » et « en vertu de cet article, toutes ces actions sont consignées dans un procès-verbal » (art. 77/4, 5).

« En rapport avec l'ouverture des votes et le recensement des enveloppes », « les **ENVELOPPES** données par le bureau de vote (...) **QUI NE PORTENT PAS LE CACHET du bureau de vote et celui de la commission électorale de la circonscription SONT CONSIDEREES comme NON-VALIDES** ». « Les enveloppes sont empaquetées et on indique le nombre d'enveloppes contenues dans les paquets qui sont scellés par un sceau. Ces enveloppes sont gardées et ne sont ouvertes sous aucun prétexte » (art. 98/4, 6).

Concernant le recensement et le dépouillement des votes « **Les bulletins de vote considérés comme non valides, ceux dont, même s'ils sont valides, on estime qu'ils ne doivent pas être pris en compte, ceux qu'on hésite à déclarer valides ou dont on n'est pas convaincu s'ils doivent être pris en compte et également les bulletins faisant l'objet de contestation** sont

séparés des autres et sans être repris sur les listes du recensement et du dépouillement, sont conservés par le président du bureau de vote ». « **Après avoir procédé à l'enregistrement des votes dans les listes de recensement et de dépouillement**, les bulletins de vote dont on ne sait s'ils doivent être pris en compte ou considérés comme valides ou qui font l'objet de contestation sont évalués un à un et font l'objet d'une décision. Cette décision, après avoir été enregistrée, est cachetée et signée ». « Les bulletins de vote qui ne sont pas considérés comme valides et qui ne sont pas pris en compte, sont empaquetés dans des paquets scellés sur lesquels est indiqué le nombre de bulletins et ces paquets sont conservés ». « Toutes ces actions sont consignées dans un procès-verbal, signé par le président du bureau de vote et ses membres pour ensuite être scellé » (art. 100/11, 16, 18, 22).

Concernant « les bulletins de vote non valides », « les bulletins de vote dont le dos ne porterait pas le cachet du bureau de vote » (...) « ne sont pas valides » (art. 101-1).

Le nombre d'enveloppes non valides et la raison de leur non-validité » sera inscrite dans le procès-verbal reprenant les résultats du vote (art. 105/2-12).

Lors de la remise du dossier et des documents concernant le recensement des votes, « il sera fait mention des bulletins considérés comme valides qui sont pris en compte (...) et des enveloppes qui ne sont pas prises en compte » (art. 107/1).

Concernant la réunion et le contrôle des votes effectués par les commissions électorales des circonscriptions, il est précisé que « l'on notera le nombre total en chiffres et en lettres des bulletins qui n'ont pas été pris en compte dans les procès-verbaux réunis et rédigés par la commission électorale des circonscriptions » (art.108/4,12).

L'article 110 de la Loi et les dispositions suivantes concernent les objections et les plaintes. Concernant les instances compétentes

pour les objections, il est précisé que « dans cette loi, l'instance compétente pour recevoir les plaintes formées contre les décisions des commissions ne reposant pas sur des règles écrites précises est l'instance qui lui est supérieure. La décision prise par le Comité Electoral Supérieur (CES) de sa propre initiative ou suite à une plainte est une décision définitive ». Il est également ajouté que « les objections des personnes ne fournissant ni preuves ni raisons ne seront pas examinées » (art.111,112).

II-LE PROBLEME DE L'APPLICATION DES DISPOSITIONS LEGALES

Nous avons trouvé intéressant de considérer ce problème à la lumière des arguments invoqués par le CES.

A-LA PROBLEMATIQUE DE L'EXISTENCE D'UN CONFLIT (CONFLITTO) AVEC LA NORME DU DROIT INTERNATIONAL

Selon le 3ème article du Protocole additionnel à la Convention EDH ainsi que les articles 67 et 79 de la Constitution, le vote est un droit humain inaliénable, tel qu'il a été précisé plus haut. Sur ce point, il n'y a pas de désaccord.

Il n'existe aucun conflit entre le 3ème article du Protocole additionnel à la Convention EDH et les directives de la LER numéro 1961/298 ou celles de la loi RRAAC numéro 1987/3376.

Pour qu'un conflit puisse exister entre deux normes/dispositions, deux conditions doivent être réunies¹: **l'objet de la loi doit être le même et les éléments de ces lois doivent se recouvrir parfaitement.**

1 Pour plus d'informations, à lire: Mantovani, (F), Concorso e conflitto di norme nel diritto penale, Bologna, 1966; De Francesco, Lex specialis, specialità ed interferenza nel concorso di norme penali, Milano, 1980; İçel, Suçların İçtimai, İstanbul, 1972, pp. 173, 187-193. Mais également Antolisei, Manuale di diritto penale, parte generale, Milano, 2003, pp. 154-156; Moro, Unità e pluralità di reati, principi, Padova, 1951 pp. 65-70.

1- La condition de l'adéquation entre les normes/dispositions légales et les sujets traités

Dans notre affaire, il n'est pas question d'une telle adéquation. En effet, les articles 67 et 79 de la Constitution ainsi l'article 3 du Premier Protocole Additionnel à la Convention EDH concernent les élections et le droit de vote. Là, il s'agit d'un droit fondamental et il est normal que les articles se supportent les uns les autres.

En revanche, les articles de la loi LER cités plus haut, particulièrement les articles 98 et 101 concernent les **voix non valides**. Ici, il s'agit simplement de déterminer de manière scientifique quelle voix est valide et laquelle ne l'est pas.

2-La condition d'une superposition exacte entre les éléments des normes/dispositions

Dans l'hypothèse où les normes/dispositions ont le même objet, on part à la recherche de la seconde condition qui est la suivante : la coïncidence/superposition des éléments.

S'il y a réalisation d'une telle condition, on est en présence d'une coïncidence/superposition. Si les normes figurant dans **la hiérarchie juridique sont au même degré**, la norme postérieure est considérée comme ayant annulé la norme antérieure de façon implicite. La seule exception à cette règle est l'article 90 de la Constitution qui dispose que dans l'hypothèse où la norme en question concernerait les droits de l'Homme et qu'elle est serait comprise dans une convention internationale, il ne serait pas fait application de la disposition, mais de celle qui figure dans la convention.

Si une telle coïncidence ne survient pas entre ces normes et que l'une d'entre elles ajoute un élément supplémentaire, cette norme sera une norme spéciale. La pratique sera modelée en

fonction du « le principe de la prévalence de la norme spéciale (principe de spécialité) » (Code Pénal Italien, art.15).

Par exemple, si une norme nationale entrait en vigueur et fixait l'âge d'accès au droit de vote comme 17 ans postérieurement à l'article 5 de la LER numéro 1961/298 selon lequel l'âge minimum pour pouvoir voter est 18 ans, la présence d'un sujet et d'objets identiques fera naître une situation où les dispositions de la norme postérieure annulera la norme antérieure : c'est la norme postérieure qui sera appliquée. Par contre, dans l'hypothèse où une norme/disposition mise en place par une convention ou une charte internationale fixerait l'âge pour le droit de vote à 19 ans, la norme en question serait en contradiction avec l'article 5 de la LER numéro 1961/298 qui permet l'utilisation de ce même droit à partir de l'âge de 18 ans. Dans ce cas, il serait fait application de la norme internationale.

Dans la situation qui nous occupe, il n'existe ni conflit, ni relation entre norme spéciale et norme générale. En effet, étant donné que les sujets étudiés au vu du sujet en question sont différents, il n'y a aucun besoin d'étudier la seconde condition. De toute manière, il n'y a aucune coïncidence entre les différents éléments.

Pour toutes ces raisons, mentionner un conflit de normes dans le présent cas reviendrait à torturer les normes, comme le disent si bien les Italiens.

A. LE PROBLEME DU NON-RESPECT

DE L'ESSENCE ETHIQUE DU DROIT DE VOTE

A ce point de notre raisonnement, la question qu'on est en droit de se poser est la suivante: les dispositions qui considèrent le **ENVELOPPES NON-CACHETÉES** et les bulletins de vote portant le cachet **OUI** au lieu du **NON** comme non valides

sont-elles vraiment, comme le prétendent les magistrats du CES
« **CONTRAIRES A LA PROTECTION DE L'ESSENCE DU DROIT et AUX BUTS POURSUIVIS PAR LES NORMES** » ?

ABSOLUMENT PAS.

Commençons par préciser que, les ARTICLES DE LOI CONSIDERANT COMME NON VALIDES les ENVELOPPES NON-CACHETEES et les bulletins de vote portant le cachet OUI sont des DISPOSITIONS LEGALES ETHIQUES visant à garantir l'honnêteté et la moralité des élections. En effet, si l'on n'applique pas ces dispositions légales qui empêchent l'usage de faux bulletins de vote, les droits des autres électeurs sont bafoués et LE SCRUTIN PERD SA LEGITIMITE ET SA JUSTESSE.

Et c'est effectivement **ce qui s'est passé** lors du scrutin.

1-La problématique du non-respect de l'essence éthique du droit et les raisons invoquées par le Comité Electoral Supérieur pour justifier ses décisions

a) Du point de vue de la formule de Radbruch

Si les **DIRECTIVES LEGALES CONSIDERANT COMME NON-VALIDES** les enveloppes **NON-CACHETEES** et les bulletins de vote portant le cachet **OUI** au lieu de celui de **CHOIX** avaient été **contraires à la morale humaine**, on aurait pu, avec certitude, invoquer la **formule de Radbuch**.

Celle-ci fut développée pour exprimer la supériorité du droit humain « naturel » sur les lois écrites, suite aux événements vécus sous le régime nazi durant lequel, sous l'apparence de législation, des lois contraires à l'humanité et des lois immorales avaient été promulguées. Selon cette formule adoptée par les tribunaux après les procès de Nuremberg, les magistrats ne doivent pas appliquer

les lois qui bafouent la dignité humaine et qui sont contraires à « l'esprit de la justice ». Ces lois n'engagent pas les juges. Si ceux-ci les appliquent, ils sont tenus pour responsables. Ce genre de lois, qui reflètent l'idée d'une « justice du plus fort » ont laissé l'Allemagne sans défense face aux horreurs du nazisme¹.

Or, comme nous l'avons souligné plus haut, les dispositions légales considérant comme non-valides les **ENVELOPPES NON-CACHETEES** et les bulletins de vote portant le cachet **OUI** au lieu du cachet **CHOIX**, loin d'évoquer la formule de Radbruch, sont à l'opposé, des dispositions visant à protéger le caractère moral, véritable (authentique) et éthique du droit de vote.

C'est précisément ce caractère que le YSK viole en refusant d'appliquer les dispositions du SHOY 1961/298 et de la loi ADHOSY 1987/ 3376, transformant le vote en un rituel vide de sens.

b- « L'INTERPRETATION » de la norme dans les décisions du Comité Electoral Supérieur

Au lieu de se livrer à des interprétations (interpretazione) concernant la non-validité des enveloppes non-cachetées et des bulletins de vote où le cachet « OUI » avait été appliqué au lieu du cachet « CHOIX », nous affirmons avec tristesse que le CES s'est arrêté sur l'examen de la validité (validità), de l'applicabilité (applicabilità)² et de l'efficacité (efficacia)³ de dispositions légales basées sur des faits concrets. Examinant ces concepts dans le cadre de l'« interprétation », le CES fait une confusion des genres.

1 Radbruch, Yasal Haksızlık ve Yasa Üstü Hukuk, Metin/Heper, Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü, İstanbul, 2014, 75 vd.; Kühl, Radbruch Formülü, (M. Cemil Ozansü), İÜHFİM, 2012, cilt 70/1, p. 372.

2 Pour plus de détails voir : Garé/Ginestet, Droit pénal, procédure pénale, Paris, 2000, n. 131-151; Merle/Vitu, Traité de droit criminel, I, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général, Paris, 2000, n. 239-248.

3 Certains écrivains français ont recours au terme « empire » en tant que synonyme du mot effectivité. Par exemple, Roux, Cours de droit criminel français, I, Paris, 1927, p. 43 et suivant

Comme on le sait, en Droit, l'interprétation est le fait de définir le sens (*sensu*) et la portée (*portata*) de la norme juridique¹.

L'objet de cette interprétation est le texte de la norme juridique. L'existence d'un texte est la condition ontique de l'interprétation, son « *cogito* » étant : « il y a un texte juridique, alors il existe une interprétation ».

En interprétant la loi, le magistrat n'est pas une simple personne mais bien une « institution » dépassant les particularismes de l'ego. Ce n'est pas d'une manière arbitraire (*plenum arbitrium*) qu'il interprète mais bien dans le cadre de règles d'interprétation lui servant de guide (*plenum regulatum*)². Le magistrat ne peut s'éloigner de l'esprit de la loi³ (*a vernis non est recedendum*). L'interprétation qui s'éloigne exagérément du texte est, comme l'écrit Francis Bacon en 1605, une prophétie⁴ ou comme l'écrit au 17^{ème} siècle le magistrat Edward Coke « un serpent venimeux qui empoisonne le texte » (*viperina est expotio quae corodit vicera textus*)⁵. L'interprétation faite sans règle et sans principe est, comme le dit Capitant une « interprétation chimérique » (interprétation putative/imaginaire).

Depuis Montaigne, et selon la conception adoptée par les sociétés civilisées, sauf dans les cas prévus par la formule de Radbruch, il faut obéir aux lois précisément parce que ce sont des lois⁶.

Ceci revient à dire que le magistrat, en interprétant la loi, ne peut jamais dépasser le cadre du texte juridique en utilisant la force prétorienne. Il doit agir avec la conscience que son devoir

1 Côté, *Interprétation des lois*, Cowansville, 1982, p. 1.

2 Boulouis, *Rapport de synthèse, L'interprétation par le juge des règles écrites*, Paris, 1980, s. 12.

3 Fiandaca/Musco, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 1995, p. 94; Battaglini, *Diritto penale*, Padova, 1949, pp. 47, 49, 56.

4 Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa, 2010, s. 94.

5 Gözler, p. 94.

6 *Essais*, France Loisirs, Paris, 1967, s.663.

essentiel n'est pas de juger le texte et la loi qu'il doit appliquer mais bien de trouver une solution dans le cadre du texte. Il ne peut en aucun cas, sous prétexte de retourner à l'essence de la loi, diluer le texte et en dépasser les limites¹, « il ne doit pas agir en ne reflétant pas le texte du législateur et en recherchant la motivation profonde de ce dernier » (Pescatore). Conscient que les « lois ont été gravées dans les mots » (Ezra Pound), le magistrat ne doit jamais oublier que ceux-ci constituent les points d'entrée et de sortie de l'interprétation².

En outre, le magistrat n'a pas un droit de propriété sur le concept d'« interprétation », un concept essentiel forgé par des millénaires d'histoire humaine, qui fixe les frontières du savoir et qui est passé par le tamis de la culture universelle. Il a seulement le droit d'en faire usage (usufruit). Pour cette raison, il ne peut le dénaturer. Si l'on ne se conforme pas à cette règle, on court le risque de se livrer à des interprétations énigmatiques et, plus grave encore, à vider les termes/notions de leur contenu, les transformant ainsi en virus pour parvenir à une forme d'interprétation envenimée (interprétation virulente).

Le texte joue de ce fait le rôle de clapet anti-retour dans le cadre de l'interprétation. Une interprétation qui rejette ce clapet anti-retour et qui ne tient pas compte de ces remarques débouche, selon l'expression italienne, sur « une torture de la loi » (*torcere la norma*), ou comme le disent les Français, sur l'interprétation forcée.

Comme nous l'avons précisé, les dispositions légales considérant comme non-valides les enveloppes non-cachetées et

1 Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, I, Paris, 1913, n. 144 vd.; s. 147; Fiandaca/Musco, pp.98, 104.

2 Bettiol, (Luciano Pettoello Mantovani), *Diritto penale, parte generale*, Padova, 1986, pp.141,150; Antolisei (Conti), *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003, p.34; Côté, pp. 208, 230; Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, *Derecho penal español, parte general*, Madrid, 1993, pp.191, 192.

les bulletins de vote portant le cachet « OUI » au lieu du cachet « CHOIX » ne sont pas des dispositions reposant sur le concept abstrait de vérité (verità), mais bien sur une réalité (realità) concrète immédiatement concevable même par les non-juristes. Ce sont des directives dont les buts sont clairs qui n'appellent pas d'interprétation. Depuis le droit romain jusqu'à nos jours, les « lois qui sont d'une clarté évidente ne nécessitent aucune interprétation » (interpreatio cessat in claris). Rappelons ici les mots du Code Civil Ottoman (le Mecelle) « les paroles qui sont claires n'ont pas besoin de commentaire » (art. 13)¹. De même, « une volonté exprimée de façon implicite ne nécessite aucune autre déclaration explicite »². Précisons aussi que lors des Journées de Louisiane, une réunion internationale tenue en 1978 consacrée à l'interprétation en droit, le rapport final affirme que, lorsque le texte juridique est clair, il est prévu de se contenter d'une interprétation textuelle³.

Alors que la situation était à ce point claire et évidente, les magistrats du CES ont, concernant une décision d'importance cruciale intéressant 80 millions de personnes, abandonné les textes de loi et les concepts admis par tous, confondu le droit existant (de lege lata) avec le « droit qui doit être » (de lege ferenda). De ce fait, ces magistrats se sont livrés à « une interprétation forcée », ce qui aboutit à « une torture des normes ».

c- Les motivations des décisions du Comité Electoral Supérieur

Les magistrats du CES n'en sont pas restés là et, utilisant un motif douteux, ont frappé de nullité leur propres décisions.

1 Ali Haydar Efendi, (Reşit Gündoğdu/Osman Erdem), Dürerü'l Hükkâm Şerhu Mecelet'il- Ahkâm, tarihsiz, p. 42, 43.

2 Berki, (Ali Himmet), Hukuk Mantiğı ve Tefsir, Ankara, 1948, p. 146.

3 Cuerto-Rua, L'Interprétation par le juge des règles écrites, (journées louisianaises), Paris, 1980, p. 10.

En effet, comme, en droit, toute demande fait l'objet d'un procès et tout procès est un problème dont on doit trouver la solution, il y a nécessairement un motif à toute affaire; et ce motif doit être dépourvu tout manquement et d'excès et refléter le processus judiciaire et ses résultats. Il doit également satisfaire tout le monde. En effet, la décision de justice n'est pas un théorème mais bien une découverte dynamique¹. En ce sens, le motif et les décisions motivées sont une conquête de la Révolution Française de 1789 en marche vers la justice²; il s'agit de la des garants de la démocratie. Cependant, pour que le contrôle démocratique des décisions prises par les magistrats puissent être effectué, il faut que les motivations juridiques et écrites par les magistrats répondent à toutes les questions posées et que ces réponses soient satisfaisantes pour tous. En effet, le contrôle démocratique de la décision judiciaire ne peut s'effectuer que par le recours aux motifs. Une décision de justice qui n'est pas motivée est frappée de nullité mais également considérée comme insuffisante et non valide³. C'est la raison pour laquelle les constitutions et les lois ordonnent que les décisions et les contestations de ces décisions soient motivées (art. 141/3 de la Constitution, art. 34 du Code de Procédure Pénale).

En droit et dans les décisions de justice, le fait de recourir à des motifs de façade ou secrets est une ruse et une « trahison » qui prive les requérants de la possibilité d'être jugés équitablement.

Cette situation se présente sous différentes formes et presque

1 Mimin, *Le style des jugements*, Paris, 1978, p. 337.

2 Boré, n.1986.

3 Pour plus de renseignements sur le thème des motifs, voir Evangelista, *Motivazione della sentenza civile*, Enciclopedia del diritto, XXVII, Torino, 1977, pp. 154-180; Amodio, *Motivazione della sentenza penale*, de même, pp. 181-257; Giannini, *Motivazione della sentenza amministrativa*, de même, pp. 257-269; Feteris, (Ertuğrul Uzun), *Hukuki Argümantasyonun Temelleri*, İstanbul, 2010; Şeker, *Esbab-ı Mucibeden Retoriğe, Hukukta Gerekeç*, İstanbul, 2010.

toutes ces formes sont réunies dans les décisions du CES qui font l'objet de notre analyse.

Par exemple, parfois la décision est frappée de nullité lorsqu'elle est dépourvue de tout fondement juridique/légal. Tel qu'il est possible de constater dans le résumé fait plus haut, les décisions du CES sont non seulement dépourvues de fondement légal, mais elles sont également contraires aux dispositions de la loi.

De temps en temps, les décisions sont remplies de motivations inutiles (motifs inopérants) ou additionnelles (motif surabondant), rédigées en ayant mis de côté le sujet principal. Il est possible de constater ceci dans quasiment chaque paragraphe des décisions sujettes à la présente analyse. Par exemple, la totalité des dispositions écrites, nationales et internationales, concernant le droit de vote sont énumérés dans les décisions. Les véritables problèmes sont mis de côté et ne sont pas pris en considération. La décision comprend même une répétition perpétuelle de certains mots comme « essence », aboutissant en une redondance de mots. Les magistrats entrent de cette façon dans « un cercle vicieux » (*circulus vitiosus*), en employant des « synonymes » entraînant l'apparition d'une tautologie. On peut parler aujourd'hui de pétition de principe.

Il ne faut pas oublier que toute décision définitive prise par des magistrats, et de ce fait par le CES qui est composé de magistrats, doit en particulier obéir aux règles de la logique. En effet, les mathématiques et la logique sont des sciences produisant des résultats certains, dont on ne peut prouver le contraire ainsi que des « propositions apodictiques ». Seules ces sciences possèdent un caractère de certitude et ne sont pas susceptibles de produire des résultats problématiques, raisons pour lesquelles les décisions de justice doivent se conformer aux données de ces deux sciences. Cependant, l'on constate souvent que des propositions à

première vue logique ne sont en fait que des billevesées masquées sous les atours de la science. Nous pensons ici aux raisonnements erronés, aux paralogismes, aux sophismes, aux cercles vicieux etc¹. Ceci est d'autant plus vrai dans les pays où l'enseignement de la logique est négligé et où l'on n'accorde pas d'importance au fait que les magistrats « abordent les affaires en toute liberté » et « avec un esprit critique ». Prenant en considération que la science et la prise de décision juridiques ne s'accordent que très peu avec la répression, l'autoritarisme et donc l'esprit scholastique, il faut « se pencher sur les sujets avec «un regard critique», examiner les choses avec un soupçon scientifique et juridique. **Ainsi, les juges ne doivent pas se laisser prendre par des idéologies visant à sauver le pays**, mais au contraire être animés de l'amour de la vérité et de l'exactitude, adopter une position impartiale et objective en matière de droit et de pensée, faire preuve de courage juridique, d'honnêteté, de patience et d'impartialité dans leurs jugements. Plus précisément, ces règles éthiques ont été exprimées dans les principes adoptés en 2001 à Bangalore et en 2005 à Budapest. Ces principes sont rappelés par la Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies dans une décision datée de 23.4.2003, mais également par le Conseil Supérieur des Juges et des Procureurs le **10.10.2006 (n. 424)** et l'**Assemblée Pénale Générale de la Cour de Cassation le 20.11.2007 (h, 83/244)**.

Pourtant, il apparaît clairement que le CES, dans les décisions qu'il a rendues, n'a respecté ni la logique, ni les principes de Bangalore et de Budapest. Dans les décisions du Conseil Supérieur des Juges et des Procureurs, nous trouvons de

¹ Pour des renseignements détaillés voir. Honer/Hunt/Okholm, [Hasan Ünder], Felsefeye Çağrı, Ankara, 2003, p. 95-101; Cathcart/Klein, (Algan Sezgin türedi), Platon Bir Gün Kolunda Bir Ornitorenkle Bara Girer, Felsefeyi Mizah Yoluyla Anlamak, İstanbul, 2012; Cuvillier, Manuel de philosophie, Paris, 1937, pp.48-55. Pour des renseignements détaillés voir., Resnik, (Vicdan Mutlu), Bilim Etiği, Giriş, İstanbul, 2004, pp. 82-248; Özlem, Bilim Felsefesi, İstanbul, 2012, p. 21; özlem, Mantık, İstanbul, 2011, p. 152.

nombreuses répétitions du mot « droit », terme ambigu et ouvert à de multiples raisonnements (ignoratio elenchi) de l'essence de l'affaire. Ces décisions comprennent également des erreurs découlant de la multiplicité de définition que peut revêtir un seul et même mot (fallacy of qui vocation, fallait of ambiguity/amphibaby). On constate notamment, qu'alors que c'est interdit par le droit, en argumentant avec des propositions telles que « si son père avait été riche il aurait été un juriste à succès », « jusqu'à preuve du contraire les bulletins de vote non cachetés sont valides », « les décisions précédentes vont dans ce sens », « tout citoyen respecte le drapeau, conséquemment toute personne qui respecte le drapeau est un citoyen », « **tout citoyen a le droit de vote, de ce fait les bulletins non cachetés sont valides** », le CES propose de fausses conversions (false conversion) et, dans le but de faire accepter un résultat contraire aux lois, se réfugie derrière un faux sens commun de l'humanité (argumentum e consensu gentium/argumentum consensus gentium).

Du fait que tout ceci prouve que les magistrats n'ont pas respecté les règles éthiques et qu'ils ont rendu leurs décisions en étant plus soucieux de sauver le pays que le droit, la décision du CES a perdu sa crédibilité et sa force, a subi un préjudice et s'est entourée d'ombres.

Les décisions des magistrats ne peuvent s'appuyer sur des motifs hypothétiques en alors qu'il n'y a aucune contradiction/conflict. Ni le droit, ni la logique ne peuvent approuver de telles décisions basées sur des motifs imparfaits et douteux. De ce point de vue également, les décisions du CES ne peuvent être valides. Les décisions des juges sont fondées sur des motifs contradictoires/conflictuels. C'est pourquoi la déduction juridique qui en découle est erronée. Ce qui a de plus triste c'est que les décisions sont basées sur des motifs contradictoires en alléguant l'existence de contradiction. Selon la Cour de Cassation

française ne cesse de réitérer sur ce sujet « qu'étant donné que les motifs contradictoires s'annulent réciproquement, les décisions sont dépourvues de tout motif »¹.

De plus, la nullité juridique (*vitium iudicando*) découlant de la non application des règles juridiques constituées par les articles 98 et 101, plus grave encore, préparer le terrain pour la fraude en omettant toute application des dispositions visant justement à empêcher cette fraude et la dénaturation (*denaturazione*) de l'essence de la disposition/norme, des décisions basées sur des dires de sécurité du scrutin alors même que les dispositions visant une telle sécurité ne sont pas appliquées (*contradiction/contrariété de jugements, decisioni contrastanti*) entraînent la perte de fondement juridique des motifs avancées dans les décisions.

Tout motif ne supportant pas la décision est insuffisant. Pourtant, les motifs des jugements sont basés sur des **prétextes** (*praetexta, presto*) maladroits contournant le droit, tel qu'il en découle de notre résumé. Il en va sans doute que c'est avant toute personne au CES de garantir un scrutin honnête, respectueux du droit, de la morale et de l'éthique. Le CES se doit d'être méticuleux et de donner confiance au public. Dans le cas sujet à notre analyse, il s'agit exactement du contraire. La décision est basée sur un motif qui rejette toutes les dispositions garantissant l'honnêteté du scrutin.

De telles décisions doivent être cassées et annulées par la Cour de Cassation dès qu'elle en aura pris connaissance.

B-LA PROBLEME DE L'ORDRE D'APPLICATION SELON LA HIERARCHIE DES NORMES

1-La hiérarchisation selon la hiérarchie des normes

Dans le système juridique, les normes vont du haut vers le bas,

¹ En effet, « Les motifs contradictoires se détruisent réciproquement, donc, il ne reste plus rien » ou bien « la contradiction entre les motifs et/ou le dispositif équivaut au défaut (à l'absence) de motifs ».

selon l'ordre suivant : la Constitution, la norme internationale, la loi, le décret ayant force de loi, l'ordonnance, le règlement et la circulaire.

Selon la doctrine adoptée par le système juridique romano-germanique et plus particulièrement selon la « théorie progressive » (stufentheorie), cette hiérarchisation se réalise de la manière suivante :

- Les normes supérieures engendrent les normes inférieures.
- Le pouvoir de créer décroît en allant vers le bas et augmente vers le haut.
- **La norme la plus abstraite se trouve en haut, la norme la concrète en bas.**
- **L'application débute avec la norme se trouvant au bas de la hiérarchie.**

Comme on peut le constater, **le pouvoir créatif des normes situées en bas est très réduit, par contre, les possibilités de leur application sont nombreuses.** En d'autres termes, dans la hiérarchie des normes, en allant vers le bas, on assiste à un processus de « concrétisation ». Par contre, le pouvoir créatif de la norme diminue à mesure que croît son pouvoir d'application. Ainsi, du fait même de la logique juridique, ***COMME L'ASPECT CONCRET ET LE CHAMP D'APPLICATION DES NORMES AUGMENTENT EN ALLANT VERS LE BAS, L'APPLICATION COMMENCE A PARTIR DE LA NORME LA PLUS BASSE. DANS LE SYSTEME JURIDIQUE, LES NORMES LES PLUS ELEVEES ORIENTENT (ENGENDRENT, DEFINISSENT) PLUS PARTICULIEREMENT LES PRINCIPES ALORS QUE LES NORMES SE TROUVANT EN BAS DE LA HIERARCHIE ORIENTENT LE CHAMPS DE L'APPLICATION ET DE L'ACTION.***¹

1 Lachaume, La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français, Paris, 1966, pp. 58, 145-150.

2-L'application selon la hiérarchie des normes

Tel qu'affirmé plus haut, les magistrats du CES qui mélangent les termes de la validité des dispositions, d'applicabilité verticale et d'efficacité et qui les analysent sous le terme d'interprétation, n'ont pas pu parvenir à une solution saine quant à la validité et à l'applicabilité des dispositions.

En effet, dans le cadre de cette hiérarchie, une norme légale doit être conforme à la constitution ou à une disposition du droit international; une norme découlant d'une ordonnance doit être conforme à la loi ou à la constitution; une norme découlant d'un règlement doit être conforme à la constitution, à la loi ou à l'ordonnance. Toutefois, il se peut que dans la réalité une contradiction apparaisse. Il s'agit là de la raison pour laquelle les cours constitutionnelles et les conseils d'état existent.

Dans une telle hypothèse, comment le magistrat chargé de régler un tel conflit doit agir?

La réponse à cette question diffère selon les systèmes juridiques.

a-La situation dans le système anglo-saxon adoptant comme institution la « Cour Suprême »

Dans les pays qui adoptent le système anglo-saxon, c'est-à-dire le principe d'« unité (unicité) de la justice » de « cour suprême », le problème est simple.

En effet, l'institution ayant le dernier mot s'agissant de l'interprétation de la loi et son application ainsi que concernant la possibilité d'en effectuer une interprétation authentique est la haute cour.

Pour qu'un organe judiciaire de contrôle puisse prétendre au statut de Cour Suprême, il doit réunir certaines caractéristiques. La première d'entre elles est que **LA COUR SUPREME DOIT**

REUNIR EN SON SEIN, ASSUMER ET APPLIQUER LES COMPETENCES JURIDIQUES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET DES INSTANCES DE JUSTICE PENALE ET ADMINISTRATIVE. La **deuxième** est que, lorsque c'est nécessaire, cet organe doit pouvoir utiliser sa compétence d'appel (juger en appel). En d'autres termes, chaque cour suprême doit pouvoir procéder à un jugement de connaissance (*cognitio causae*) en organisant une séance ouverte à tous et avec la participation actives des parties qui présenteront leurs preuves où elle prendre connaissance du cas porté en appel. Si une telle séance a été organisée, elle peut juger du fond de l'affaire en évaluant les faits concrets et les preuves apportées. **Troisièmement**, dans la cour suprême, il n'y a ni membres ni président; on y trouve un magistrat en chef et des hauts magistrats. Le nombre de ceux-ci change selon les pays et est, la plupart du temps, compris entre 8 et 12. **Quatrièmement**, par an et en fonction de la taille du pays, les cours suprêmes doivent se prononcer sur entre 50 et 200 cas. Des pays comme les Etats-Unis, la Californie, le Canada, l'Angleterre, l'Irlande, la Hollande, la République de Chypre du Nord (chypriote turque), le Japon, la Roumanie, la Côte d'Ivoire possèdent tous un Cour Suprême au sens où nous l'avons définie. En résumé, dans les pays qui adoptent le système judiciaire anglo-saxon, en ce qui concerne la fonction de casser les jugements, il n'existe matériellement ni cour de cassation ni conseil d'état ; cependant, ces entités existent en tant que concepts¹.

Du fait que dans les pays dont le système judiciaire s'inspire du droit anglo-saxon il existe une cour suprême et

1 Sans qu'il soit tenu compte de cette distinction existant dans notre pays, en 1993, d'anciens présidents de la Cour de Cassation, invités pour célébrer le 125^{ème} anniversaire de cette institution n'avaient pas caché leur surprise en voyant que ladite Cour avait été traduit en « Supreme court of appeal » et non en « Court of Cassation » qui est le terme adéquat.

que le principe d'unité/totalité de la justice est réalisé, les tribunaux qui jugent en première instance d'une affaire peuvent refuser d'appliquer une norme s'ils jugent celle-ci contraire aux normes de la Constitution ou de tout autre texte légal. En effet, ils savent qu'en dernier ressort, en vertu du principe d'unité de la justice, la Cour Suprême se prononcera sur le cas en question. Dans les pays qui ont adopté le système de la Cour Suprême, le pouvoir judiciaire qui se trouve en haut de la hiérarchie est le seul à donner le dernier mot et est très puissant : dans ces pays, on approche presque chaque problème de justice selon le principe de « *supériorité du droit* » qui rend le citoyen et l'état égaux face à la justice¹.

Récemment, l'actualité a été marquée par une illustration de ce dont nous venons de parler: La Juge du Tribunal Fédéral Ann Donnelly a, dans une décision prise le 28 janvier 2017, bloqué l'arrêté pris par le président américain Donald Trump pour interdire l'accès au territoire national aux réfugiés et aux citoyens de sept pays musulmans².

1 Les concepts d'Etat de Droit et de Prééminence du Droit sont nés dans des lieux différents et leurs conséquences sont absolument différentes (Selçuk, Sami, Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne, Ankara 1998, pp.539-542).

2 Avec cette décision, et sans même avoir besoin d'invoquer un conflit avec la Constitution, la juge Donnelly, qui fut nommée au Tribunal Fédéral de New York après la déclaration de candidature du président Barack Obama, suite au procès ouvert par l'Association Américaine des Droits Civils (ACLU) pour défendre deux Irakiens placés en garde à vue alors qu'ils possédaient l'autorisation légale de rentrer sur le territoire américain, a fait stopper l'expulsion des personnes détentrices de visas ou ayant le statut d'immigrants (Presse, le 29 janvier 2017). L'affaire n'en est pas restée là et dans plus de 50 états, 16 procureurs en chef ont publié une déclaration commune condamnant l'arrêté de la présidence interdisant aux citoyens de 7 pays musulmans l'entrée sur le territoire américain. La déclaration comprenait les phrases suivantes « en tant que procureurs en chef de plus de 130 millions d'Américains et des étrangers résidant dans nos états, nous condamnons l'arrêté du président Trump qui est illégal, contraire aux valeurs américaines et à la Constitution; la liberté religieuse est un principe de base des Etats-Unis, il le sera toujours et aucun président ne pourra jamais le changer » (S. Selçuk)

b- La situation dans le système du droit romano-germanique

À l'opposé, dans le système du droit continental, les instances qui ont le dernier mot en matière de justice sont séparées ; elles ne peuvent empiéter sur les compétences les unes des autres. Pour cette raison, les magistrats doivent rester chacun dans le cadre de ses compétences. S'ils dérogent à cette règle, ils créent la confusion au niveau de l'application des lois.

La Turquie, l'Allemagne, la France, l'Italie et l'Espagne ont adopté le système du droit romano-germanique. Dans ce système, ainsi que dans les systèmes juridiques qui s'en sont inspirés comme ceux de nombreux pays d'Afrique et d'Amérique latine, les compétences juridiques sont divisées de manière catégorique entre trois grandes instances. Il en va de même en Turquie où nous trouvons les trois instances suivantes : la Cour Constitutionnel, la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat. Dans le cadre de ce système, le terme de haute cour est utilisée dans les constitutions et dans la pratique uniquement comme moyen de démontrer un respect envers cette institution.

Ces trois hautes instances juridiques ont, chacune dans son propre domaine, la compétence d'appliquer les lois et d'avoir le dernier mot quant à l'interprétation authentique des celles-ci. En d'autres termes, en ce qui concerne la justice pénale, le dernier mot revient à la Cour de Cassation qui se trouve au sommet de la hiérarchie en cette matière et qui a la compétence de « casser » les jugements. Dans le domaine de la justice administrative, le dernier mot revient au Conseil d'Etat qui est la plus haute instance juridique en matière administrative. Le Conseil Constitutionnel, quant à lui, est compétente pour les problèmes d'interprétation de la Constitution. Etant donné que leurs domaines de compétence sont absolument séparés, l'une de ces juridictions ne peut se

substituer à l'autre dans le but d'une interprétation ou d'une application de la loi.

Dans ce système juridique, il s'agit moins d'assurer une uniformité de la justice que de choisir volontairement de séparer les organes juridiques les uns des autres. C'est pour raison que le Conseil Constitutionnel, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat sont indépendants les uns des autres et constituent des hautes juridictions à valeur égale. Ces institutions ne sont donc pas à proprement parler des hautes cours¹.

La conséquence la plus importante de cela, c'est, premièrement que, les tribunaux, lorsqu'ils doivent appliquer une norme de loi contraire aux normes de la Constitution, d'une directive, d'une loi ou d'un règlement, doivent faire part du conflit aux instances juridiques compétentes, c'est-à-dire à la Cour Constitutionnelle ou aux autres organes compétents afin ces derniers tranchent le conflit. Ils doivent ensuite attendre la décision. En d'autres termes **les tribunaux ne peuvent en aucun cas décider seuls. Ils doivent donc choisir entre deux voies.**

La première d'entre elles est de transformer la norme litigieuse passible d'annulation en « **question préjudicielle** » (questione pregiudiziale) et de la transmettre aux organes juridiques compétents. Le jugement sera ainsi mis en attente jusqu'à ce que la juridiction compétence ait rendu sa décision.

La deuxième est de se référer aux règles de la hiérarchie des normes et **d'appliquer la norme la plus basse dans cette hiérarchie.**

Dans l'hypothèse où le magistrat n'emploierait pas la première voie, hormis les hypothèses extrêmes qui nécessiteraient l'application de la formule dite de Radbruch, le magistrat ne peut décider de sa propre initiative de ne pas appliquer une certaine

¹ Selçuk, Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılamaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, İstanbul, p. 322-324.

disposition. Si *la possibilité d'un jugement relatif est instaurée de façon exceptionnelle dans la loi*, le magistrat sera compétent pour régler le problème dans les limites du sujet du litige et seulement concernant le dossier en question. Par exemple, selon l'article 218/3 du Code de Procédure Pénale, la correction de l'âge d'une personne peut être effectuée par le juge pénal¹. Si une telle disposition explicite ne figure pas dans la loi, le magistrat est dans l'obligation d'appliquer la loi, l'ordonnance ou le règlement dont la contradiction au droit est alléguée. S'il refuse, ceci résultera en une usurpation de compétence qui entrainera « la nullité absolue » ou l'inexistence de la disposition².

En effet, si **le juge civil** et **le juge pénal** ont rendu leurs décisions en empiétant sur le terrain de compétence l'un de l'autre, on parlera d'**excès de pouvoir** (excesso de poterie) et cette décision sera frappée de « nullité ». Le conflit de compétence doit être résolu par le Tribunal des conflits qui annulera la décision frappée d'inexistence, décision née dans le monde juridique, ayant acquis une existence juridique mais étant nulle. Temps que cette décision ne sera pas annulée, elle restera valide.

1 Selon la Constitution de 1961, en cas d'allégation de violation de la Constitution (contrôle concret, exceptio) avancée par les juridictions, une telle compétence de jugement relatif était accordée aux juridictions de premier degré et le Conseil Constitutionnel se devait de trancher la question de la violation dans les trois mois, puis dans les six mois. En l'absence d'une décision rendue dans les délais précités, la juridiction de premier degré pouvait trancher selon sa propre compréhension de la disposition légale (art. 151/2, 3). Selon la Constitution de 1982, un tel jugement relatif n'est pas permis. Le Conseil Constitutionnel doit trancher dans un délai de cinq mois sans quoi la juridiction ayant fait attendre la procédure se trouvera dans l'obligation d'appliquer la norme, même si elle est convaincue de son inconstitutionnalité (art. 152/3). Cet amendement est en parfaite harmonie avec le système du droit romano-germanique qui est utilisé par la Turquie (S. Selçuk).

2 Depuis la décision en date du 16.7.1923, les décisions rendues par le Tribunal des Conflits français vont dans ce sens. 21.12.1961, 25.4.1985; Kunter, Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1989, n. 156; Erem, Diyalektik Açısından Ceza Yargılama Hukuku, Ankara, 1986, pp. 149-151; Rivero/Waline, Droit administratif, Paris, 1994; pp. 181,-183; Chapus, Droit administratif général, Paris, 1988, n. 965-972. Pour plus de détails voir Selçuk, Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne, Ankara, 1998, pp. 470-476.

Parallèlement, si la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat, ou encore une autorité semi-juridique comme le CES prend une décision qui est normalement **du ressort du Conseil Constitutionnel**, la décision est invalidée au motif d'«**usurpation de fonction** » et est frappée d'«**INEXISTENCE** », considérée comme n'ayant aucune existence juridique. De plus, aucun organe juridique ne peut décider de l'invalidation de la décision car un tel jugement entrerait en contradiction avec lui-même du fait qu'on accorderait une existence juridique à une décision qui est elle-même déjà née hors du droit. C'est pourquoi la juridiction se contentera de constater l'inexistence. Et puis c'est tout ¹.

De ce fait, **l'inexistence est la sanction la plus lourde en droit**. Par exemple, le divorce, le mandat d'arrêt prononcés par le gouverneur d'une circonscription de même qu'un acte d'accusation préparé par ce dernier seront frappés d'inexistence. Ces décisions ne font naître aucune conséquence juridique et n'engagent donc personne.

3-Ce que doit faire le Comité Electoral Supérieur dans la situation étudiée

Dans la question qui nous occupe, s'ils existaient un conflit entre les normes, ce serait à au Conseil Constitutionnel de trancher. Considérant qu'un tel conflit n'existe pas, la question qui se pose est la suivante: des magistrats exerçant une fonction dans un tribunal pénal ou administratif, ou à la Cour de cassation ou au Conseil d'Etat ou encore des magistrats du CES, dans une affaire qui leur est adressée, ne peuvent s'abstenir d'appliquer la norme anticonstitutionnelle. Ces instances sont dans l'obligation de se porter devant le Conseil Constitutionnel qui tranchera sur la question. Cette règle ne vaut pas pour le CES.

¹ Cornu, Vocabulaire juridique, Paris, 2001, s. 455, 803, 890; Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1989, n. 287.

Dans l'hypothèse où les magistrats rendraient leur décision en application des motifs avancés par les magistrats du CES, ils se substitueront aux magistrats du Conseil Constitutionnel. Ceci résultera en une **usurpation de fonction**. La décision n'aura donc jamais été formée dans le monde juridique car frappée d'« **inexistence** » (inesistenza). Pour que cela se produise, il n'y a nul besoin de prendre une décision.

Dans les faits qui nous occupent, c'est malheureusement ce qui est arrivé.

Une instance semi-juridique comme le CES **n'a pas le pouvoir de renvoyer devant les organes juridiques compétents les sujets qui entrent en conflit avec la constitution, une loi, un arrêté ou un règlement.**

POUR TOUTES CES RAISONS, LE CES EST OBLIGE, AVANT TOUTE AUTRE CONSIDERATION, D'APPLIQUER LES ARTICLES DE LA LER NUMERO 1961/298, PLUS PARTICULIEREMENT L'ARTICLE 77 CONCERNANT LE CACHETAGE DES BULLETINS DE VOTE ET DES ENVELOPPES, L'ARTICLE 97 CONCERNANT LES ENVELOPPES ELECTORALES ET LES BULLETINS DE VOTE NON UTILISES, L'ARTICLE 98 CONCERNANT L'OUVERTURE DES URNES ET LE RECENSEMENT ET, DE FAÇON PRIMORDIALE, L'ARTICLE 101/1 SPECIFIANT QUE « LES BULLETINS DE VOTE DONT LE VERSO NE PORTE PAS LE CACHET DU BUREAU DE VOTE NE SONT PAS VALIDES ».

Les magistrats du CES ont également avancé un autre motif à leur décision : interpréter les normes en rapport avec l'invalidité.

Dans la situation qui nous occupe cependant, il n'y avait pas de possibilité pour une interprétation. En effet, la condition préliminaire de l'interprétation est, comme nous l'avons précisé

plus haut, la présence d'une norme juridique ayant besoin d'une interprétation écrite ou orale, ou encore d'un terme ou d'un mot présent dans le texte dont on doit définir le sens.

Dans notre situation cependant, aucune de ces conditions n'était remplie. Il s'agissait seulement de savoir quelle norme appliquer. Point.

Ainsi, du fait même de toutes ces raisons, les décisions et les actions du CES sont toutes FRAPPEES D'INEXISTENCE. Cette invalidité bouleverse le système juridique, engendre le chaos. C'EST PRECISEMENT LA SOURCE DU CHAOS QUE NOUS VIVONS ACTUELLEMENT DANS NOTRE PAYS.

Il en va sans dire que les responsables de ce chaos sont ceux qui ont fait une fausse application de la loi.

Il convient d'ajouter que dans une décision de chambres communes (5.4.1990, 2/3), la Cour de Cassation c'est elle aussi trompée et sous un prétexte d'interprétation, a considéré l'usurpation de l'utilisation des lignes téléphoniques comme faisant partie du terme de bien matériel. Ainsi, en violation d'un principe universel de sécurité, elle a considéré une telle usurpation comme faisant partie des infractions alors même qu'une telle disposition n'était pas prévue par le Code Pénal. Un principe universellement reconnu fut ainsi bafoué 226 ans après la publication de l'oeuvre de Beccaria. Le législateur, face à la rébellion légitime de la doctrine suite à cette décision, amenda les dispositions du Code Pénal numéro 2004/5237 en ajoutant la disposition suivante : « Les dispositions comprenant des infractions et des peines ne peuvent faire l'objet d'une interprétation large de façon à faire l'objet d'une comparaison. » (art. 2/dernier alinéa).

Face à cette décision inquiétante du CES et qui nous pousse

à penser, il y aurait lieu de faire une loi protégeant le principe selon lequel « en fonction des règles de l'interprétation et de la hiérarchie des lois, on ne peut, sous prétexte d'interprétation, refuser d'appliquer des lois du bas de la hiérarchie à celles du haut de la hiérarchie. »

C. UN AUTRE SITUATION NEGLIGE

Pour en venir au fait de **ne pas appliquer les changements dans les lois électorales pendant un délai d'un an après leur proclamation**, avec le 7^{ème} alinéa ajouté à l'article 67 de la Constitution, on a voulu, par un principe, empêcher que les pouvoirs de la majorité soient utilisés à mauvais escient. Le but du Parlement Turc (TBMM) en faisant cette loi, était d'empêcher que les électeurs participent à un scrutin très peu de temps après la proclamation de changements électoraux qui, sous l'apparence de favoriser le pouvoir du peuple, favorisent dans les faits le pouvoir et les intérêts de cette majorité. C'est un principe que nous jugeons justes. En effet ce n'est pas à la majorité politique de définir à elle seule le sort de tous les partis et de tous les candidats qui se présentent aux élections. Un tel dispositif est contraire aux principes constitutionnels qui prévoient que les élections se fassent dans la justice, l'équité et l'honnêteté.

Au vu de cette règle constitutionnelle, la décision organisée par l'article provisoire 23 de la LER numéro 1961/298 et qui fut supprimée en date du 31/12/2016, même si le changement fut fait dans le cadre de la loi 5490, organisé avec l'arrêté de loi 80 et décidé dans le cadre de l'abrogation de la 3^{ème} clause du 49^{ème} article de la Loi 5490 sur la Résidence, il s'agit d'un changement dans le droit écrit sur les élections qui influence les élections et est, en ce sens, contraire à l'article 67 de la Constitution.

Plus précisément, dans le texte du vote (du magistrat du

CES) qui s'est opposé à cette décision, on insiste suffisamment sur les raisons juridiques concernant cette situation qui influence le droit de vote et la constitution de liste d'électeurs à l'étranger. Il est impossible d'expliquer que le YSK ait fermé les yeux sur ces faits.

CONCLUSIONS ET PROPOSITION DE SOLUTIONS

En droit, c'est le vote qui met fin aux différents résultant d'une différence de point de vue. L'humanité, qui découvre des galaxies se trouvant à des millions d'années-lumière de la terre, qui est arrivé à l'âge de la révolution numérique, n'a malheureusement pas trouvé d'autre solution que le vote pour mettre fin aux différences de point de vue et assurer la paix sociale. De ce point de vue, le vote est, en son essence, la solution du fait d'être sans recours. En effet, le vote est une solution provisoire qui met fin à un désaccord circonstanciel ; le point de vue de la majorité qui prévaut à la fin du vote ne peut absolument pas être interprété comme la **vérité absolue** (veritas). En d'autres termes, on ne peut pas considérer que, même si les problèmes objets de désaccords semblent résolus et que le résultat des votes reflète la majorité au niveau national, ce résultat est toujours et absolument juste. Il arrive que la solution dégagée par le vote ne règle la question que provisoirement. Le concept de « **volonté du peuple** », inspiré par les théories rousseau-istes, montre que, même aujourd'hui, le droit ne s'est pas dégagé des évaluations se basant sur des hypothèses métaphysiques.

Pour toutes ces raisons, le scrutin organisé le 16.04.2017 ne peut pas être interprété comme un consensus. On s'attendait seulement à ce que la majorité du peuple se prononce sur le oui et ou le non. C'est effectivement ce qui s'est passé puisque le « oui » a été le choix adopté par une courte majorité des participants au scrutin. Cette situation ne reflète en aucun cas une quelconque

volonté populaire ni l'atteinte d'un consensus. Ainsi que nous l'avons affirmé plus haut, le désaccord existant a trouvé une solution provisoire.

I-CONCLUSIONS

Suite à l'examen effectué à la lumière de ces données, nous sommes arrivés aux évaluations et conclusions suivantes :

A- « DANS LES SOCIÉTÉS DÉMOCRATIQUES, il est évident QU'IL FAUT PROTÉGER LE DROIT DE VOTE comme DROIT DES CITOYENS DE PARTICIPER A LA DIRECTION CONTRE TOUTE SORTE D'OBSTACLES ». Pour cette raison LE DROIT DE VOTE des citoyens EST UN DROIT QUI DOIT ÊTRE ABSOLUMENT PROTÉGÉ DANS LES SITUATIONS QUI NE MENACENT PAS LA CONFIANCE. Cependant, cette protection ne doit pas se faire A TOUT PRIX, et à fortiori AU PRIX DE PROTÉGER LA FRAUDE ÉLECTORALE.

Lors des élections, **DANS LES SITUATIONS POUVANT DEBOUCHER SUR DES FRAUDES, ON NE PEUT PAS PROFITER DE LA PROTECTION ET DE L'ASSURANCE DU DROIT.**

B- En considérant les raisons évoquées plus haut, nous devons malheureusement dire que le fait que les **magistrats du CES, appartenant tous à de hautes instances de justice, prennent une décision pouvant mener à une fraude électorale en se basant non pas sur les articles de la Constitution cités dans notre analyse mais bien, sans qu'il n'y ait de conflit, sur le 3^{ème} article du Protocole additionnel à la Convention EDH, non pas selon la loi en vigueur (de lege lata) mais bien selon la loi qui leur convient (de lege ferenda) est un scandale au niveau national et international.** Ce scandale, dans sa forme, rappelle

la «**la réaction contraire**», c'est-à-dire le fait de, concernant un sujet, privilégier une situation éventuellement fautive même correspondant à ses intérêts par rapport à une autre qui est juste mais qui pourrait faire naître de résultats dangereux. Le fait, entre deux situations, d'en privilégier une et de détruire l'autre s'appelle « **la réaction contraire** ».

C- Il ne faut pas oublier qu'en droit, la plus petite violation ressemble à une éclipse solaire ; même si on la cache, la lumière s'insinue partout. La violation vécue à l'occasion du référendum fait penser à la situation d'un homme qui, fuyant un péril assez mineur, tombe dans un danger bien plus grand : à cause de l'attitude de magistrats voulant protéger le droit de vote et les libertés d'un petit groupe, le droit de vote et les libertés de millions de personnes ont été mis en danger. C'est une **question de droit et de légitimité** constitutionnelle intéressant des personnes de toutes les classes de la société.

Si, dans une société, il existe **une large croyance selon les règles en usage qu'une institution, une loi ou des dirigeants rassemblent derrière eux la majorité, alors cette institution, loi ou dirigeants sont légitimes** (Burdeau, Duverger, Aron, Eston, Kelsen, Lipson, Weber). **LA LEGITIMITE est une CROYANCE MAGIQUE qui assure la PAIX SOCIALE** et donc un ange de la **PAIX** qui entretient « les institutions, les lois, les dirigeants et les citoyens » (Ferraro).

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle même les régimes autoritaires, conscients du fait qu'ils ne peuvent gagner la légitimité en mettant les instances et les acteurs juridiques devant « le fait accompli », essaient toujours de se présenter comme légitimes.

A chaque période de l'histoire, des régimes et des dirigeants

à la légitimité douteuse, ont provoqué des troubles sociaux et en ont été tenus pour responsables.

II- PROPOSITION DE SOLUTIONS

A la lumière de notre investigation comme il apparaît clairement que les ENVELOPPES NON CACHETEES ou qui portent le CACHET « OUI » doivent être considérées comme non-valides, deux choix se présentent à nous :

A- PREMIERE SOLUTION: EN CAS DE POSSIBILITE DE SE CONTENTER DU RECENSEMENT: L'ABSENCE D'ACTION

S'il existe une possibilité de connaître, grâce à un décompte, le nombre de voix non valides, il faut absolument procéder au recensement ; si la somme des voix non valides annoncées par le CES n'est pas assez élevée pour changer ou influencer le résultat du référendum, comme il n'y a alors aucun conflit, le résultat annoncé par le CES doit être accepté par l'ensemble de la population.

B- DEUXIEME SOLUTION: EN CAS D'IMPOSSIBILITE DE SE CONTENTER DU RECENSEMENT: L'INEXISTENCE DU SCRUTIN

S'il n'existe pas de possibilité de connaître, grâce à un recensement, le nombre de voix non valides, la décision du CES quant au résultat du référendum, du fait des nombreuses actions contraires au droit réalisées, doit recevoir la sanction la plus sévère, être frappée **D'INEXISTENCE**. Cela revient à dire que le référendum n'a pas de légitimité et débouche sur les conséquences suivantes :

Comme le scrutin et la décision finale du CES concernant celui-ci ne peut engager aucun citoyen, du président de la république au simple citoyen, ni aucune institution, depuis la Chambre des députés jusqu'à la plus simple institution; en **tenant compte du la nature même de la sanction, à savoir l'inexistence**, il convient de, sans essayer d'annuler la décision du CES et ainsi provoquer une nouvelle faute juridique en lui donnant une existence légale, simplement **définir le résultat, l'annoncer à l'ensemble de la société et définir un nouveau calendrier pour un nouveau référendum.** 10.05.2017

The 16 April 2017 Referendum
AMICUS CURIAE BRIEF

On behalf of CHP (Republican People's Party), the vice-president asked me by an official letter dated 21 April 2017 to write an *amicus curiae* brief on the issues related to the 16 April 2017 referendum on amending the Constitution. Legal basis of this request are Article 67/6 of Turkish Penal Procedure Code and Article 293 of the Turkish Civil Procedure Code.

I will summarize my scientific opinion under two titles.

FIRST TITLE:

VIOLATIONS OF PRINCIPLES OF ELECTION LAW AND CONSTITUTION

I - ALLEGATIONS

CHP argues firstly that the Supreme Board of Elections (SBE) did not enforce propaganda restrictions during the preparatory period, and secondly that the propaganda period did not run under equal conditions as the governors, the district governors and security forces compelled or encouraged many voters to use their vote openly. Objections made to the SBE in this respect were not taken into consideration. CHP further argues that the SBE did not prevent irregularities, illegal propaganda and multiple voting during the referendum.

CHP further claims that the decisions and applications of SBE are not in line with law that many wrongful interactions conducted at the ballot, decisions rendered were unlawful and argues that as a result, all these illegal conduct influenced the reflection of the will of people in a negative way at the ballot.

Here are the specific points of allegations to be seen at the official letter by CHP:

a- SBE did not take into consideration the complaints by CHP, reporting that voters were forced to show openly their choice at the ballot.

b- Law enforcement officers allegedly prevented the voters from observing the counting and casting process.

c- In the morning after the referendum, when the voting bags were opened, it has been identified in many locations that the number of voting papers and envelopes were not complete and that some of them were missing. The SBE however, tried to explain this situation as a packaging fault.

Furthermore, CHP filed an objection with SBE related to Article 67 of the Constitution, which rules that amendments to the election law will not be applicable in elections within one year from the date when the amendment entered into force. CHP argued that this Constitutional provision should also be applied in regard the amendment made by the Decree on the State of Emergency, lifting sanctions against violations of propaganda prohibitions by television channels during the election (referendum) period.

II - POINT OF VIEW OF THE SBE

SBE has rejected all these claims. According to the SBE, the allegations of violation of the principle of secret ballot and open counting, disorganization at the ballot and existing duplicated votes were not verified at the audit process, and the allegation of failing preventing prohibited propaganda was unfounded.

III - RELATED LEGAL PROVISIONS

Constitutional regulations regarding the elections are as follows:

Article 67 of the Constitution states that “the right to vote, right to be elected and right to be represented at political issues shall be exercised in accordance with the conditions shown in the Codes” and “elections and referendums shall be made under the manage and audit of jurisdiction and the principle of “free, equal, secret, single graded, general voting, open counting and casting” shall be valid. Usage of these rights will be regulated by law. Additionally, Article 79 of the Constitution regulates that these “laws” will be made with the idea of “consistent with the principles of stability in justice and in administration”, elections and therefore referendums shall be carried out under the general administration and supervision of independent and impartial “judicial organs”. Same article empowers the SBE in all phases

of elections to carry out and perform all actions related to management and secure fairness of elections and also during and after the election to examine and render final decisions about all fraud allegations, complaints and objections related to elections.

The near and ultimate aims of these regulations are clear: Elections and referendums must be conducted in line with Constitutional rules stating “fairness, free, general and equal voting, secret ballot, single graded election, open counting and casting, judicial administration and supervision”.

Hence, fair and morally appropriate election and referendum is the *sine qua non* conditions and the foundations of a proper election.

If these conditions are not fulfilled, elections and referendums will not reflect the will of majority in a proper manner.

The task of fulfilling the requirements of these principles, conditions and bases is not given to ordinary political or administrative organs close to government in democratic orders. On the contrary and in a meaningful way, it is only given to institutions that are consist of independent and impartial judges who are believed and trusted in the rule of law and are sovereign. In this direction, in Turkey this institution is SBE (the Supreme Board of Elections).

“Code on the Basic Provisions of Elections and the Voter Registers (Act No. 1961/298, Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Yasa¹)” and “Code on Submitting of Constitutional Amendments to the Referendum (Act No. 1987/3376, Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Yasa²) are legal instruments foreseen by the Constitution

1 In this scientific opinion, this Act has been sighted by the abbreviation “SHOY” by the author, but in this translation the abbreviation will be “Election Act”.

2 In this scientific opinion, the author uses the abbreviation “ADHOSY” but in this translation the abbreviation will be “Referendum Act”.

(articles 67 and 79). We would call the first one shortly as “Elections and Referendum Code (Seçimler ve Halkoylaması Yasası-SHOY)”.

As an introduction, I would say that in cases where “there is no provision in Referendum Act”, provisions of Election Act No. 298 shall be applied which are not contrary to this Act” (article 1 of Referendum Act No.).

2nd article of Election Act states that the voting shall be done on the basis of “free, equal and single graded general voting” by giving “secret ballot” but enumerating votes and preparing minutes shall be done openly. This reflects the attitude of every liberal democratic system. Election Act obliges the application of its provisions in general elections and in referendums related to constitutional amendments (Article 1).

Elections and voting are supervised by the Supreme Board of Elections (SBE) which consists of judges from high judicial organs and provincial and district electoral boards governed by judges (Article 11 of Election Act). There is also a polling board (Article 10).

The law did not see them enough and also needed a personal guarantee with a sense of respect and trust in humanity. Accordingly, those who take part in the committees must take an oath before commencing their duties in the following way: “I swear on my honor, my conscience and all sacredness that I will do my duty for computation and accuration of the election results fairly and in accordance with the law and without being under any influence, without fear of anyone (article 27, 70, 94/c-3 of Election Act).

This oath on honor which is prescribed in many legal texts taken before the commencement by the presidents and parliamentarians is really important. As an individual is not an

object, he is a subject of law who enjoys respect, dignity and honor. And the law is made for this individual (*Hominum causa omne ius constitutum est*).

The value of honor is the *sine qua non* and supreme value of human beings spiritual existence, as has been always emphasized in many decisions of ECtHR. Therefore, the oath regulated in Articles 27, 70 and 94/c-3 of Election Act has a very high worth of guaranteeing values.

The “General Directorate of Voter Registration” and the “Voter Registry Bureaus” in each province have to prevent “double voting” and to ensure “proper voting” and “high usage rate of political rights” (Article 28, 29 of Election Act) amongst other tasks.

Election Act has introduced some rules and restrictions (Articles 52/6, 63, 64, 65) in order to ensure that elections and referenda are conducted in a “correct way”, while citizens freely exercise their rights in voting and principle of equality and justice is observed. Thus, the equality in propaganda and impartiality of public officials and institutions for public interest is ensured. Ministers, parliamentarians and public officials must avoid in participating public opening ceremonies and shall not utilize official cars and shall not participate in propaganda meeting.

If we enter the details, of course these examples can be increased.

To sum up, this kind of provisions of the Election Act and Constitution reveal the sensitivity of the legislator and the constituent power about reflection of true will of people through elections and referenda.

The media reported some events and irregularities about the referendum of April 16, 2017 arguing some breaches of principles “honesty, freedom, equality and justice”. The ruling party at the

government has provided facilities and opportunities for “yes” voters; this reality is known by everyone because all happened in front of their eyes. Whereas, there was pressure for “no” voters and inadequacies in usage of vehicles have been observed. A member of the Supreme Board of Elections is dissenting.

Although CHP and other political parties could file petitions against above mentioned issues based on concrete evidence; however, there is no concrete evidence submitted to me. For these reason I am not going to give any opinion about such matters.

**SECOND TITLE:
UNSEALED VOTES AND ENVELOPES AND YES
STAMPS**

I will examine the topics in two chapters under this title: The first chapter will be related to the objection issues, their reasons and SBE's decisions. I will submit my scientific evaluation in the second chapter.

**FIRST CHAPTER:
OBJECTIONS AND RULINGS
I- GROUNDS FOR OBJECTION AND THEIR
REASONING**

CHP explained their reasons for asking me a scientific opinion in the current dispute by following arguments: “after the voting has started, reports have been submitted from many locations to the SBE, claiming that some of the ballot papers and envelopes were not priory sealed properly. Receiving this notice, SBE has rendered a decision, ruling that even if the ballot papers and envelopes are not sealed, they will still be considered as valid votes (SBE's decision no. 560). This decision was rendered while the voting was in progress in the cities located in the western part of Turkey, and while votes were in the counting stage in cities in the eastern part. This decision was notified to the presidents of ballot box committees by a texting message. As a consequence of this, there was no debate on whether the controversial ballot papers and envelopes are valid or not, and all of them have been counted as valid votes. But this procedure has not been reflected to the minutes, and political parties lost all grounds of objections against this ruling, in order to contest the legality of decisions of SBE.”

The complainants argue the following issues: Considering unsealed ballot papers and envelopes as valid upon the wish of

representative of AKP is a violation of articles 77, 98 and 101/7 of Election Act (Act No. 298), articles 41 and 43 of the Circular Number 135 and other decision and measures rendered by SBE. However according to SBE's prior decision in the same issue, number 2014/1439; as well as articles 101/3 and 138 of Act No. 298 and article 44/B-3 of Circular Number 138 clearly regulate that ballot papers (used in general elections as a unified ballot paper) which are not sealed on the backside shall be considered invalid. For this reason, SBE had abolished the decision of Antalya Province Election Board's decision considering those unsealed ballot papers as valid. The complainants in the current issue argue that SBE's direct intervention to applications of ballot box committees seems unfair and unjust. They further argue that by this current ruling accepting unsealed ballot papers and envelopes as valid, they were put into the ballot bags without making a discussion about whether they are valid or not. Complaints about irregularities of valid papers and envelopes are not recorded to the minutes. Therefore, it is not possible to identify the number of unsealed ballot papers throughout in all ballot circles. This illegal application of SBE directly affected the outcome of the referendum and has prevented proving the alleged forgery claims in elections. However, the aim of preventing the usage of unsealed ballot papers and envelopes is prevention of fraud; unsealed documents should be stroked out. This precaution prevents the usage of priory prepared voting documents. According to the applicants this decision of SBE impaired the safety of the constitutional right to vote and also abolished the right of objection by the members of the ballot board.

The provision of Decree number 135 mandates the usage of stamps, which read "Preference" (Tercih) when stamped. Contrary to this ruling too many "Yes" stamps were found in

the ballot bags all over the country. This is another allegation by CHP that since the voters were only provided with “yes” written stamps they could only stamp “yes” even if they are against the proposed amendments. The claimants also allege that the number of voters and the number of ballot papers were not equal, thus there were many missing ballots papers and envelopes. Additionally, there were some allegations about the usage of old ballot papers, as there were some color differences in the brown parts of ballot papers; the brown color symbolizes the rejection of amendments in referendum. These all irregularities created the impression by the voters that forged ballot documents have been priory printed and used illegally.

Furthermore, the complainants state that the immediate application of the amendment made by the recent Decree No. 680 violated the last paragraph of Article 67 of the Constitution.

For all these reasons, the complainants ask for the cancellation of the referendum and renewal of it and argue that overcoming of all these unlawfulness and uncertainties are not possible in another way.

II- GROUNDS PUT FORWARD BY SBE IN REJECTING THE APPLICATION

While the referendum was in progress SBE posted on Sunday, April 16 the following announcement on its website and sent it to provincial and district electoral boards and ballot-box committees: *“The Supreme Board of Elections decided today after getting many complaints related to improper voting that ballot boards gave the voters unsealed ballot papers and envelopes. Such unsealed ballot papers and envelopes shall be considered as valid unless there is evidence that unsealed ballot papers and envelopes has been brought from outside and used improperly. The counting process shall proceed according to this*

decision. This announcement addresses to all people, provincial and district election boards, ballot box committees and political parties.”

There is a contradiction between the decision of SBE dated 16.4.2017, no. 559 in accordance with article 1 of Act No. 3376 and articles 68, 77 and 94 of Act No. 298 and the recent decision of SBE no. 560 related to the acceptance of unsealed votes as valid according to Articles 110, 111/2, 112, 130 of Election Act and Article 8 of Referendum Act. In 16.4.2017, no. 559 decision, SBE considered irregularities such as the usage of stamps saying “Evet” or “Yes” rather than the required “Tercih” or “Preference” and visibility of some stamps at the backside of the ballot papers as invalid. While the voting was in progress, against its previous ruling, upon the application of AKP representative of the Supreme Board of Elections, SBE ruled by the decision no. 560 unanimously on the same day and accepted unsealed votes as valid.

Upon complaints against this contradicting decision SBE considered the case again and rejected the objections by a majority vote in its rulings no. 573, 574 and 575 on the following grounds.

A-SBE’s first point is related to the conflict and contradiction between domestic law and international law

1- Priority of right to vote

According to the SBE, “right to vote and to be elected” is a human right (article 67 of the Constitution), referendum is also a fundamental right (article 79 of the Constitution). These rights utilized under the framework of the law and are secured in articles 14, 23, 77, 86, 95, 96, 97, 98, 101 and 107 of Election Act no. 296, article 3 of Referendum Act. Article 3 of Additional Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights regulates the

“active election and voting right” should be protected more than the “passive” election right.

SBE further considers that Article 3 of Additional Protocol No. 1 not only regulates the right to vote at the parliamentary elections but also emphasizes and protects the right to free elections. For this reason the European Court of Human Rights considers this right as “one of the basic principles of a real democratic political regime”. The Court distinguishes between “active” and “passive” elections, namely the right to vote in an election and the right to be a candidate for election. “Passive” election rights are less protected than “active” rights which mean voting in an election. The right to vote is a right that allows someone to participate in the administration of the state. For this reason, scholars think the right to vote is regarded as the “right to participate”.

As a consequence I may state that in a democratic society the right of citizens to participate in administration by voting must be protected against any kind of obstacles. For this reason, citizen’s right to vote is a right to be protected unconditionally unless there is a violation of election security.

2-SBE’s second point is the necessity of harmony between the instrument and the purpose

On the other hand, according to article 90 of the Constitution, international treaties and contracts carry the force of law and no complaint to the Constitutional Court can be made with regard to these agreements, on the ground that they are unconstitutional. If in the same matter there is a conflict between provisions of international agreements and the domestic statutes laws concerning fundamental rights and freedoms, the provisions of international agreements shall prevail.

At this point SBE evaluated the legal regulations in terms of

the Constitution and international law and with its own expression referred to a “comment” format:

*“In case of violation of the rules which must be observed in respect of the use of a fundamental right protected by the Constitution and the International Conventions, in assessment to be made in relation to the concrete event; preservation of the essence of the right and the interpretation of the norm should be **consistent** with intended purpose. The main issue is protection of a fundamental right. The procedural rules established for the exercise of this right are just legal **instruments**. Where it is obvious that the essence of the right is being securely used, it is not possible to interpret the violation of procedural rules established for the exercise of this right in a way to abolish the essence of the right.”*

As a consequence I would note that SBE is of the opinion that domestic law and international law (protocol to the Convention) are conflicting in relation to these regulations. However, SBE does not mention details about the contradiction and conflict. On the contrary, it avoids diligently carefully from describing the points of the contradiction and prefers to use the word “*harmony*” instead of conflict and contradiction.

I believe SBE confused the concepts of interpretation with efficient application.

In brief, according to SBE, “in the light of the Constitution and international conventions, about the use of the right to election (voting) which protected by the provisions of written law as an instrument for making elections and voting safely, the main issues are protection of the essence of the right and the harmony between the interpretation of norm and the expected purpose.

According to the logic of the judges of SBE who conclude without making a textual interpretation, the “right of referendum”

must not be sacrificed to imperative legal norms which are just an instrument that regulate an obligation of utilizing stamps saying “Evet” or “Yes” rather than the required “Tercih” or “Preference” and using sealed envelope. The right to vote protected by Article 3 of Protocol No. 1 to the ECHR has priority when compared with the norms in the national level. SBE comes to the conclusion to set aside domestic rules and rules in favor of the application of the international norms when resolving this problem.

At this point the Board does never mention the related international norm as it is not possible to mention it, because unsealed votes or yes stamps and utilizing them are regulated nowhere and it is unthinkable to regulate such an issue.

B-Existing regulations to overcome irregularities while voting

There are many legal instruments designed as measures to prevent irregularities while voting and assuring a legal way of voting.

1- The Election Act contains many articles providing more than one control mechanism. These measures are as follows: The ballot papers and envelopes shall be prepared and supplied as **watermarked**. The logo of the Supreme Board of Elections must be printed on the envelopes and ballot papers. The envelopes shall be sent to district electoral boards in packages. Those envelopes must firstly be **sealed** with a “district electoral board seal”. Ballot papers and envelopes shall be delivered in **sealed packages** to the local ballot committees.

Within the legal framework explained above the sealed packages must be opened in the presence of election board members which consists of seven individuals, five of them are political party representatives. This committee shall make a minute about the number of received ballot papers and envelopes.

At this point the ballot papers and envelopes must now be sealed by the local ballot committee.

At the end of the ballot procedure the unused ballot papers and envelopes will be counted at once. The envelopes in the ballot boxes shall be counted and the number of used and unused envelopes shall be determined. After this procedure all the numbers shall be summed up and be compared with original numbers. After all these procedures are completed, the counting of the votes shall start. The vote counting must be carried out in a way that allows monitoring by party observers and citizens. After the counting process is completed, an official minute shall be prepared and be signed by the members of the polling board by hand individually. A copy of this official minute shall be handed out to the political party members of the polling board and upon their demand to the observers of the political parties which are not represented in the polling board.

2- According to above mentioned reasoning SBE concludes that there is no breach of law: SBE jointly addresses Article 67 of the Constitution and Article 3 of Additional Protocol No. 1 to ECHR in terms of right to free elections and considers the purpose of regulations of the Act and the Circular, considering the votes which are used without sealed ballot papers and envelopes as valid. The mistake or negligence of polling committee members should not affect the validity of votes. SBE further argues that ballot papers and envelopes were produced by SBE with watermarks in order to prevent any fraud as regulated by legal provisions, thus it is not enough to accept unsealed ballot papers and envelopes as invalid because of negligence or fault of the polling committees. There was no problem with the election security, and any fake voting was not detected. In case of assuming the invalidity of unsealed votes, the application of procedural rights which are designed to protect the main value

would lead the violation of the right to free elections in the recent case. SBE states that its jurisprudence in the past years steadily accepted unsealed ballot papers and envelopes as valid in cases when there is no doubt that they have been sent to the local ballot committees by SBE even if they have not been sealed because of the negligence or fault of ballot committees. SBE writes the following sentences in its recent decision:

“This decision does not change the legal provisions and is in accordance with the previous jurisprudence and rulings and specifically rendered about the current disputes submitted to the Board while the referendum is in progress by local ballot committees in line with prior legal applications.”

3-In its decision SBE additionally puts forward the following arguments; *“According to the 10th subparagraph of article 14 of Election Act; The tasks of the Supreme Board of Elections are respond immediately to questions asked by Presidency of the Provincial Election Boards about the conduct in application of elections and to take the necessary precautions to ensure that the election is held in the whole country properly, in accordance with the published circulars and on time. In spite of all these precautions, on the day of voting getting notifications about ignoring these duties by some ballot box committees, the decision has been taken in order to take measures limited to this concrete situations and to find out the results that reflect the will of voters at the result of the election. This is an **impartial decision**, is appropriate in this case observing the principle of equality and impartiality and **cannot be considered as an illegal interference affecting the result of the referendum**”.*

4-Finally according to SBE, decision no. 560 is a pilot decision and it is in line with its previous decisions no. 272 dated 01.04.1984, no. 334 dated 02.04.1994, no. 680 dated 08.04.1994 and no. 935 dated 03.04.2004. The wording of decision no.

560 reads as follows: *“As a consequence of these decisions, taking minutes about the numbers of unsealed envelopes or ballot papers is still possible. So, the claim of impossibility of controlling unsealed ballot papers does not make a sense.”*

Here I would like to emphasize some wordings repeatedly used by SBE; *“the failure of the local election committees to fulfill legal duties (Act No. 298 article 77/4) cannot be claimed as a fault of voters (...)”*. *“Failure sealing process of local election committee can’t be considered as the only reason for cancelling the votes when the voting process completed with ballot papers and envelopes which surely prepared and supplied by SBE in accordance with the control mechanisms aimed ensuring voting safety and preventing fraudulent voting (...)”*. *“A contrary application causes the removal of the essence of the right by the instruments which were established for the application of this right. And this conclusion is against the expected one (...)”*. *“For this reason, in the past years SBE steadily accepted the unsealed ballot papers and envelopes as valid in cases when there is no doubt that they have have been sent by SBE even if they have not been sealed because of the negligence or fault of ballot committees (...)”*. *“Everyone on the voting list has the right to vote. If Article 67 of the Constitution and Article 3 of Additional Protocol No. 1 to ECHR are jointly assessed, the votes which are used by unsealed ballot papers and envelopes because of the mistake or negligence of polling committees shall be counted as valid.”*

C-RULING OF SBE ON RELATED CONDUCT AND ISSUES

Even they have not been present at the place where the event took place the SBE judges have decided by replacing themselves with the ballot box committees. The wordings in SBE decision read as follows;

1- *“It is not possible to vote by bringing a ballot paper from outside if his name does not appear on the list of voters. Contrary to the arguments in the objections, there is neither a notice or complaint exist nor any document has been provided with the Council that watermarked votes had been stolen and were in possession of unauthorized individuals. Therefore “citizens” never lost their right to object about the invalidity of unsealed ballots and envelopes.*

2- SBE, stated that the previous decisions were in the same line and ruled that the facts in this issue are not sufficient to affect the will of the voters and did not consider the claims against law which stated that the usage of stamps saying “evet” or “yes” rather than the required “tercih” or “preference” illegal (Election Act Articles 68 and 94/e). Since concrete information and documents were not submitted, SBE concluded that the claims about usage of duplicate votes are unsubstantiated.

SBE claims to have taken necessary precautions in order to ensure the secure and regular implementation of the referendum on April 16, 2017 (According to Article 3 of Referendum Act) providing elections to be held in a proper way; published necessary decisions under no. 2017/97 dated 14.02.2017 both on its web site and in the Official Gazette no. 29979 dated 14/02/2017. Thus, the unity of application provided throughout the country for proper administration of the referendum.

I would like to point out that one of the members of the Board disagrees the rulings 2017/573, 574 and 575 on the following points; firstly the dissenting vote argues that on the referendum day at 17.00 before the ballot boxes were opened, SBE has decided to consider the validity of unsealed ballot envelopes and this decision was revealed at 16:50 to the members of the Supreme Board of Elections and chiefs of the ballot boxes. The authority to render this decision primarily rests with the ballot

box committees. Provincial election boards can examine such an objection and the final decision shall be rendered by SBE. Not observing this rule on this subject matter jurisdiction caused a lack of confidence by the public.

The dissenting vote secondly contents that the decision No. 560 violates Article 67 of the Constitution and Articles 98/4 and 101 of the Election Act which should be applied primarily. Circular No. 135/I published on the Official Gazette No. 29979 dated 14/02/2017 should have been applied as well.

Third argument is that prior improper rulings caused the impossibility of determining the number of unsealed envelopes and ballots. The number reflected to the public is about 2.5 million votes.

Finally article 67 of the Constitution has been violated as the amendment made in Article 49/3 of Act No. 5490 directly affects the overseas votes, thus the immediate implementation of this new regulation should be considered as an amendment to election laws, while the constitutional rule puts one year waiting time before getting in force.

SECOND CHAPTER: ISSUES RELATED TO “UNSEALED ENVELOPES” AND “YES BALLOTS”

I- LEGAL REGULATION RELATED TO THE DISPUTE

A- GENERAL LEGAL REGULATIONS

The right to vote and election is one of the indispensable fundamental political right which is used in accordance with Article 3 of Additional Protocol No. 1 to the ECHR and Articles 67 and 79 of the Constitution. There is no dispute in this regard.

This right shall be used within the legal framework. This legal framework is existing: Election Act and Referendum Act.

B- SPECIAL LEGAL REGULATIONS

SBE referred to certain Articles of Election Act in its decision. Related articles regulate the issues below: duties and authorities of the Supreme Board of Elections (art. 14), identifying the members of the ballot box committees (art. 23), creation of ballot box committees (art. 24), sealing of ballot boxes, envelopes and ballot papers (art. 77), voting procedure by each voter (art. 86/1), counting and casting of votes (art. 95), controlling the outcome of the counting (art. 96), procedure related to unused voting envelopes and ballot papers (art. 97), rules about opening the ballot boxes and counting the votes (art. 98).

The Election Act specifically regulates that the ballot papers are not valid which do not have ballot board seal on the backside (the 3rd subparagraph of article 101/1).

If we summarize the general approach of the Election Act, we may observe some specific clauses as the follows:

“After completing the work of arranging the location for secret voting, placing the voting box and taking the oath, the ballot box committees, shall count special envelopes which are furnished with district electoral board seal, received from the chairman of this board, in the presence of all existing individual and prepares a minute about the proceedings in accordance with this article and signs them” (Article 77/4, 5).

Article 98 regulates opening the ballot boxes and counting envelopes. The envelopes given by the ballot box committee shall be invalid if there are no two separate seals, one by the ballot-box committee and the second by the district election committee (...). Invalid envelopes shall be packed and the package shall be sealed after writing the amount of invalid ones. These envelopes shall be stored and opening of the packages is strictly forbidden (article 98/4, 6).

Election Act regulates in Article 100/11, 16, 18, 22 detailed provisions regarding the counting and casting of votes, which reads: *“The votes deemed invalid or the votes which are valid but should not be taken into account, and those votes which have been subject to an opposition and those for which there is uncertainty whether they shall be taken into account or not, shall be separated without being registered in minutes about the counting and casting, kept under the custody of the president of the ballot box committee.”* *“After the process of casting and counting of the valid votes has been accomplished, the votes under dispute priory kept under custody shall be separately examined by the ballot box committee and a decision about the validity of each vote shall be rendered. This decision must be written into the minutes and be signed and sealed.”* *“Invalid ballot papers or those which were taken into account shall be packaged separately*

and the number of them shall be written on the package, stamped and kept in custody.” “All these transactions shall be recorded in the minutes, signed and sealed by the president and the members of the ballot box committee”.

Article 101/1 about invalid ballot papers, rules that “the ballot papers which do not have the seal of ballot-box committee on their backsides are not valid”.

“The number of invalid envelopes and the reason for their invalidity” shall be written in the minute of polls results (Article 105 / 2-12).

Article 107/1 states rules about delivery of census-related papers and documents dealing with “the valid ballot papers that were taken into account and the envelopes which were not counted”.

Article 108/4, 12 is dealing with the merger and supervision of election results by district electoral boards, regulates that “the sum of the invalid ballot papers or those which were not taken into account shall be written by numbers and letters in the merging minutes, prepared by district electoral board.”

110 and the following articles of the Election Act are related to the objections and complaints and names the objection authorities: “The objection shall be addressed to the higher authority to which the ruling authority is attached; only decisions which are not final in terms of this act are subject to an objection. The decisions of the Supreme Board of Elections which are rendered upon an objection or rendered ex officio are final” and “the objections of applicants which are not provided with evidence and do not contain any justification shall not be examined.”

II- PROBLEMS RELATED TO THE IMPLEMENTATION OF REGULATIONS

It would be better to examine this problem according to the reasons of the decisions of SBE.

A- PROBLEM OF CONFLICT WITH THE NORMS OF INTERNATIONAL LAW

Voting is an indispensable human right as mentioned above, according to Article 3 of Additional Protocol No. 1 to the ECHR and articles 67 and 79 of the Constitution and there is no dispute in this regard.

There is no conflict between provisions of Election Act, Referendum Act and Article 3 of Additional Protocol No. 1 to the ECHR that verifies them.

In order to talk about a conflict between two norms or provisions there are two conditions¹: subject matter of the norms or provisions must be identical or equal, and the elements of the regulations must overlap.

1- The requirement of dealing with the identical or equal subject matter of the norms or provisions

This requirement does not exist in our case as Articles 67, 79 of the Constitution and particularly Article 3 of the Additional Protocol to the ECHR are dealing with the right to vote and election. The subject matter is a fundamental right and these articles support each other naturally.

In contrast, the above-mentioned articles of Election Act in particular Articles 98 and 101 are related to invalid votes. The subject matter of this norm deals only with the determination of

¹ For the further information see. Mantovani, (E), *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966; De Francesco, *Lex specialis, specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980; İçel, *Suçların İçtimalı*, İstanbul, 1972, p. 173, 187-193. Also see. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003, p. 154-156; Moro, *Unità e pluralità di reati, principi*, Padova, 1951s. 65-70..

a formal perspective: which vote is valid and which is invalid.

2- The requirement of overlapping of elements of the regulations

If the norms or provisions regulate the same subject matter, then the second requirement will be examined which is: conflicting or overlapping of the elements of the norms.

If this is the case, then there is a conflict between these norms; and if the norms are at the same level in the legal hierarchy, the most recent norm shall be deemed as abolishing the previous norm implicitly. However there is one exception to that rule; if the norm is regulated by an international convention on human rights, according to the Article 90 of the Constitution the conventional regulation shall be applied instead of the national norm.

If there is no conflict of norms and one of the norms contains an extra element, then the norm that contains this element is a special norm. According to the principle of priority of special norm (*principe de la spécialité*) (Italian Penal Code, Article 15) the special ruling shall be applied.

For example, the Article 5 of Election Act if a national norm enters into force that decreases the voting age from 18 to 17, because of the subjects are same the new norm shall abolish the previous one. On the contrary, if the norm of an international convention or agreement would regulate the voting age as 19, Article 5 of Election Act would be in conflict with this rule and the domestic implementation would be done according to the international norm.

In our case, there is no conflict and there is no relation of general-private norm. As the examined issues are different, there is no need to examine the second condition. Moreover, there is no overlapping between the elements.

Talking about conflict of norms in this current issue would be torturing the norms like Italians would say.

B- THE PROBLEM OF VIOLATING THE SUBSTANCE OF THE RIGHT TO VOTE

At this point, the following question arises: Are the legal provisions prohibiting using unsealed envelopes and using stamps saying “evet” or “yes” rather than the required “tercih” or “preference” stamps incompatible with the expected purposes of the norm and protecting the essence of the right as SBE judges mentioned? Never

At the beginning I have to mention that the ethical provisions which define unsealed votes and envelopes or utilizing stamps saying “evet” or “yes” rather than the required “tercih” or “preference” as invalid, are designed to protect integrity and morality in the elections. If such provisions preventing frequent fake voting possibility are not applied in the elections, this would lead the elimination of right to vote of voters who used valid votes and also the election loses its legitimacy.

As a matter of fact, this has happened exactly in the current case related to voting and the election.

1- The problem of violation of the ethical essence of the right and the motives of SBE decisions

a- Views in terms of *Radbruch* formula

If the provisions which rule the invalidity of unsealed votes and envelopes or utilizing “yes” stamps were contrary to moral values of human beings, in that case the *Radbruch* formula would have been applicable.

According to this formula, judges must not apply rules against the moral values of human beings and do not reflect justice. This

formula relying on the power and supremacy of the natural law in front of the written law has been adopted especially after the Nuremberg trials in the light of the violations by statutes which were against humanity and were unethical in Nazi Germany. This kind of statutes and their legal provisions are not binding for judges. Judges applying them shall be accountable. Indeed, such laws have left Germany vulnerable to Nazism which reflected the mindset of “the law rests there where the power and powerful is”¹.

Legal provisions prohibiting unsealed voting document aim the protection of moral integrity of the legislations and the authenticity of the right to vote. Such kind of regulations should not resemble the *Radbruch* formula.

In contrary, decisions of SBE prohibited the application of above mentioned protections in Election Act and Referendum Act and as a consequence elections and the right to free elections and the right to vote have been violated (the author compares this situation with an idler pulley).

b- Our critics of interpretation approach of SBE decisions

The judges of SBE have confused some basic concepts of law in the context of interpretation (*interprétation, interpretazione*): I regret to say that they only thought about the validity (*validité, validità*), vertical applicability (*applicabilité, applicabilità*)² and effectiveness (*efficacité, efficacia*)³ of legal provisions; instead of interpreting statutorily regulations related to unsealed votes used envelopes or stamped with stamps saying “evet” or “yes” rather

1 Radbruch, Yasal Haksızlık ve Yasa Üstü Hukuk, Metin/Heper, Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü, İstanbul, 2014, 75 et al.; Kühl, Radbruch Formülü, (M. Cemil Ozansü), İÜHFİM, 2012, cilt 70/1, p. 372.

2 For the further information see: Garé/Ginestet, Droit pénal, procédure pénale, Paris, 2000, n. 131-151; Merle/Vitu, Traité de droit criminel, I, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général, Paris, 2000, n. 239-248.

3 Some French authors use the word of “empire” instead of the word “effectiveness”. For example, Roux, Cours de droit criminel français, I, Paris, 1927, p. 43 et al.

than the required “tercih” or “preference” as invalid.

Legal interpretation means an activity finding out the meaning (*sens, senso*) and the scope (*portée, portata*) of a legal norm¹.

The subject matter of legal interpretation shall firstly be done within the wording of the statute. Therefore a text for interpretation must be present and this is the ontical precondition and the “cogito” of interpretation: “If there is a legal text; there can be an interpretation”.

When interpreting the text, the judge is not an ordinary person but an “institution” that transcends his “self” (ego). The judge shall not use a privileged or arbitrary authority (*plenum arbitrium*) but a rule-based authorization (*arbitrium regulatum*)². When using this authority the judge will adhere³ to the rules of interpretation created to prevent arbitrariness and shall never depart from the wording of the statute (*a verbis non est recedendum*). An interpretation not dealing with the wording of the legal text would be prophecy⁴ like in 1605 Francis Bacon said or as in the 17th century British judge Edward Coke said “a poisonous snake gnawing of the text” (*viperina est exoptio quae corodit vicera textus*)⁵. As Capitant has stated an interpretation not observing rules and is unqualified is a “fiction” or “virtual interpretation” (*interprétation chimérique/ putative/ imaginaire*)

Since Montaigne, according to the consciousness of civilized societies laws are compiled because they are laws; the above mentioned *Radbruch* formula is reserved⁶.

As a consequence the judge shall never exceed while

1 Côté, *Interprétation des lois*, Cowansville, 1982, p. 1.

2 Boulouis, *Rapport de synthèse, L'interprétation par le juge des règles écrites*, Paris, 1980, p. 12.

3 Fiandaca/Musco, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 1995, p. 94; Battaglini, *Diritto penale*, Padova, 1949, p. 47, 49, 56.

4 Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa, 2010, p. 94.

5 Gözler, p. 94.

6 *Essais*, France Loisirs, Paris, 1967, p. 663.

interpreting the legal framework using a praetorian power and shall never forget that his main duty is to solve the problem according to the legal text, but not judging the law. He cannot exceed the limits of the legal text by an excuse of permeation to the essence¹. He cannot search for the lawmaker's idea which is not reflected in the text, but aimed (*Pescatore*). He shall never forget that the words in the text are binding for interpretation and he should be conscious that “laws are engraved into the words” (Ezra Pound)².

Moreover, the judge who interprets has just the right to usufruct not the right to property on terms and concepts which are woven in human culture for thousands of years to determine the boundaries of the world of thought and become its common language. That's why the judge cannot transform them. If this rule is not observed, it leads to an interpretation like a riddle (*interprétation énigmatique*) or more dangerously, if emptied terms and concepts are transformed into viruses, it leads to poisoned interpretations (*interprétation virulente*).

So the text is the check valve (*valf*) of the interpretation. An interpretation without this check valve, not obeying the rules above, would lead to a “forced interpretation” (*interprétation forcée*) as the French phrase states or “torturing the norm” (*torcere la norma*) as Italians would say.

The legal provisions prohibiting utilizing unsealed envelopes and voting with stamps saying “evet” or “yes” rather than the required “tercih” or “preference”, are very clear (visible) and obvious and easily understandable for those who are not lawyers, not judgement of truth (*vérité, verità*). The concrete wording that

1 Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, I, Paris, 1913, n. 144 et al.; p. 147; Fiandaca/Musco, p. 98, 104; .

2 Bettiol, (Luciano Pettoello Mantovani), *Diritto penale, parte generale*, Padova, 1986, p.141, 150; Antolisei (Conti), *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003, p. 34; Côté, p. 208, 230; Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, *Derecho penal español, parte general*, Madrid, 1993, p. 191, 192.

reflects the fact and judgment of reality (*realite, realtà*) do not need any additional effort for interpretation. Since Roman law, “there is no need for interpretation in such obvious provisions” (*interpretatio cessat in claris*). According to wordings of Mecelle, “there is no need to comment if reality exists” (Article 13)¹ and “clear words do not need for interpretation”². As a matter of fact, it is envisaged in the published report after Louisiana Days, an international meeting about interpretation in law, in 1978 that if the text is clear enough there is no need for verbal interpretation³.

Despite the fact that the situation is clear and transparent, about such an important event that deals with 80 million people, unfortunately SBE judges dared “forced interpretations” and “tortured the legal norms” by enigmatical interpretations. They left aside the wordings of legal texts, appropriate concepts and terms thus confused legal interpretation with statutory interpretation and mixed *de lege lata* with *de lege ferenda*.

c- Reasoning of SBE decisions

SBE judges have used reasoning which makes their decisions legally defective.

In the judiciary every request is a case, every case is a problem need to be solved and every case must be furnished with reasoning. The reasoning must satisfy everyone, must be free from deficiencies or redundancies, reflecting the procedural aspects, as well as the results of decision making. The decision of judges is not a theorem, it is a developing invention⁴, and therefore reasoning of the decision is a guarantee of adversarial democratic procedure which is an achievement of the French Revolution of

1 Ali Haydar Efendi, (Reşit Gündoğdu/Osman Erdem), Dürerü'l Hükâm Şerhu Mecelet'il- Ahkâm, tarihsiz, S. 42, 43.

2 Berki, (Ali Himmet), Hukuk Mantığı ve Tefsir, Ankara, 1948, p. 146.

3 Cuerto-Rua, L'Interprétation par le juge des règles écrites, (journées louisianaises), Paris, 1980, p. 10.

4 Mimin, Le style des jugements, Paris, 1978, p. 337.

1789 in the way to fair trial¹. Democratic control of the judicial decisions can only be achieved through the reasoning; therefore reasoning must satisfy everybody and answer every issue. If the reasoning does not cover all the points of the issue, the rendered decision will be defective or invalid². Consequently constitutions and related laws oblige the necessity of furnishing rulings and dissenting votes by reasoning (Constitution Article 141/3, Turkish Penal Procedure Code Article 34).

If judges utilize pseudo or secret reasoning in their rulings, the decision shall be lacking of any reasoning. Such justice is a justice behind closed doors and abolishes the right to a fair trial by making tricks against fair legal provisions.

There are various types of such a tricky justice; and those are highly represented in the current case within the decisions of SBE we here examined.

Some decisions may be illegal as they do not have any legal basis (*le défaut (le manque) de base légale*). Our previous explanations reveal that the decisions of SBE do lack a legal basis and also are against the regulations of the mentioned laws.

Sometimes, a decision might be furnished with unrelated reasons (*motif inopérant*) for the result or has unnecessary or redundant (*motif surabondant*) reasoning. Such situations are existing frequently in almost every paragraph of the decisions which we have examined. For instance, all articles concerning the right to vote in national and international written law have been written in the decision and the main problematic left aside

1 Boré, La cassation en matière pénale, Paris, 1985, n.1986.

2 For the further information about the rationale see. Evangelista, Motivazione della sentenza civile, Enciclopedia del diritto, XXVII, Torino, 1977, pp. 154-180; Amodio, Motivazione della sentenza penale, ibid, pp. 181-257; Giannini, Motivazione della sentenza amministrativo, ibid, pp. 257-269; Feteris, (Ertuğrul Uzun), Hukuki Argümantasyonun Temelleri, İstanbul, 2010; Şeker, Esbab-ı Mucibeden Retoriğe, Hukukta Gerekeç, İstanbul, 2010.

and overlooked. Unnecessary flux of words has been created by repeating the same words in different shapes.

Each decision given by the judges, as the final judgments rendered by the judges of SBE, must also be in accordance with the logical rules. Mathematics and logic are two unique sciences that produce “compulsory (*apodictic*) proposals” that cannot be proved in the opposite and the conclusions they reached are definite. In other science branches the results may always be contested and probable inferences can be produced. Therefore, judicial decisions must strictly adhere to the data’s of these two disciplines. In logic there is a danger of slipping into paranoia, skepticism, fatalism, vicious circle¹ which seem to be valid at first sight and especially in countries where the judges are not trained in the science of logic during their study period, those judges are more prone to fall in this trap as they would neglect of “investigation free from bias” and “unbiased mindset”. The judges must observe basic judicial ethics and always look at the issues from a critical perspective by observing scientific knowledge, scholasticism, and constant scrutiny of everything with scientific and legal suspicion. Judicial decisions which are rendered under pressure and authority are to be condemned, and rulings by the judges like saving the country are incompatible.

They have to be in line with the ethical rules of judging such as seeking for truth and accuracy, being neutral in intellectual and legal way, being objective, having legal and intellectual courage, intellectual sincerity, intellectual patience and intellectual honesty, altruism etc. These ethic rules are adopted by 2001 Bangalore and 2005 Budapest principles, and UN Commission

¹ For the further information see. Honer/Hunt/Okholm, [Hasan Ünder], *Felsefeye Çağrı*, Ankara, 2003, pp. 95-101; Cathcart/Klein, (Algan Sezgin türedi), *Platon Bir Gün Kolunda Bir Ornitorenkle Bara Girer*, *Felsefeyi Mizah Yoluyla Anlamak*, İstanbul, 2012; Cuvillier, *Manuel de philosophie*, Paris, 1937, pp. 48-55. Additionally for the further information see., Resnik, (Vicdan Mutlu), *Bilim Etiği, Giriş*, İstanbul, 2004, p. 82-248; Özlem, *Bilim Felsefesi*, İstanbul, 2012, p. 21; Özlem, *Mantık*, İstanbul, 2011, p. 152.

on Human Rights on 23.04.2003 are also domestic rules as they have been accepted by High Council of Judges and Prosecutors on 10.10.2006 (no.424) and by the General Penal Board of the Court of Cassation on 20.11.2007 (83/244).

However, principles of Bangalore and Budapest have not been taken into the consideration in the logic of decisions of the SBE and even violated. Indeed, in SBE's decisions, there are words which have unlimitedly multiple meaning, such as "right" thus the real issue of the case has been overlooked. The Supreme Board of Elections made a mistake of reasoning (*ignoratio elenchi*) by using multiple meanings which led to wrong outcomes (*fallacy of equivocation, fallacy of ambiguity/amphibaby*). As an example I would stress such wrong conclusions by using hypothesis contrary to fact such as "unless there is evidence to the contrary, unsealed votes are valid, even if the law prohibits them" or "the old decisions are in the same line" and "every citizen has the right to vote, so unsealed votes are valid". This kind of reasoning seems to be the way of reasoning like an argument from the consent of the nations (*argumentum e consensu gentium /argumentum consensus gentium*) in order to support an illegal outcome. A similar wrong reasoning (*false conversion*) is reflected in the following phrases: "if his father would have been a wealthy man, he would be a successful lawyer" or "every citizen respects the flag; therefore everyone who respects the flag is a citizen".

I would conclude that the decision of the Supreme Board of Elections does not comply with ethical rules as the decision has been rendered with ideological incentives in order to rescue the country, instead of ruling according to law. All of these have weakened, shaded and suppressed the credibility of its decision.

In cases where there is no contradiction or conflict, judges cannot rely on hypothetical reasons (*motif hypothétique*) in

their decisions; consequently if they do rely on imperfect and doubtful causes, the science of law and logic do not approve such a behavior. The decisions of SBE are also invalid from this point of view. Decisions we encounter in this case have been rendered on the basis of unconfirmed assumptions; therefore the legal outcome (*déduction juridique*) of the ruling has been a defect one. While talking about contradiction, rendering a contradictory reasoning (*motifs contradictoires*) is the worst thing. The French Supreme Court of Appeals repeats continuously the following phrase which has been transformed into a motto: “Since contradictory reasons mutually destroy each other, decisions shall be considered as not furnished with reasoning”¹.

Following mistakes caused illegality of the reasoning: legal rulings in Articles 98 and 101 of the Constitution have been ignored, which is a legal mistake (*vitium iudicando*). Additionally grounds of fraudulent conduct have been created by ignoring rules against fraud. Such alteration (*dénaturation, denaturazione*) of the legal nature of the norm affected the electoral safety. In such circumstances rendering incompatible decisions (*contradiction [contrariété] de jugements, decisioni contrastanti*) violated law and made the legal grounds (*la perte de fondement juridique*) of decisions void.

Every justification that does not enrich the verdict is inadequate. However, as can be understood from my summary, the reasons for the examined decisions are based on ill-founded pretexts (*prétexte, praetexta, pretesto*) that do not reflect the factual truth, thus such reasoning is not proper. The Supreme Board of Elections has a prior duty of ensuring proper, lawful, ethical and moral conducted elections. SBE has to be meticulous and give the public confidence in this regard. In our case, on

1 The French version of this legal phrase is: “Les motifs contradictoires se détruisent réciproquement, donc, il ne reste plus rien” ya da” la contradiction entre les motifs et/ou le dispositif équivaut au défaut (à l’absence) de motifs”.

the contrary, the Board relied on a reason that excluded all the provisions provided for the proper conduction of elections.

We know from our experience that in general such defect decisions shall be abolished by the Court of Cassation if they are appealed.

B- APPLICATION OF NORM HIERARCHY IN THE CURRENT CASE

1- The norm hierarchy

The norm hierarchy in the legal order -from the top to down as it follows: norm of the Constitution, norm of the international convention, norm of the code, norm of the decrees in law, norm of the statute, norm of the regulation, norm of the circular.

The “**step theory**” (*Stufentheorie*) adopted by the doctrine and practice in the Continental European and Turkish legal system has the following consequences:

- Superior norms create inferior norms.
- Influence of superior norm is more, and decreases downwards.
- According to the nature of subordination, the inferior norm shall not contradict to the superior norm.
- The most abstract norm takes place at the top, the most concrete norm takes place at the bottom.
- The application starts from the bottom with the most inferior norm.

As a consequence, norms at the bottom have the least effect in creating law, but are the ones which should be mandatory in application. In other words, the process of embodying is becoming more and more common as the level of norms is getting lower. In this process the creative power of the legal norm is decreasing, but the application force is increasing. Logic of legal reasoning mandates the application of the undermost and concrete norm.

Superior norms in a legal system deal with principles of law. In contrast the most inferior norms are the applied ones being guidance for the executive¹.

2-Application of norms by SBE in regard of hierarchy of norms

As concluded above, the SBE judges violated the provisions of legal bans, vertical application of norms in hierarchy and effectiveness of them; furthermore examining such rules under the concept of interpretation were not able to reach a legally correct conclusion about the validity and applicability of them.

In the hierarchy of norms, a norm of a code shall not be against the constitution or international law; a norm of a statute must not be contrary to a code or the constitution; a norm of a regulation must not be contrary to the constitution, to a code or a statute. But in reality, this can happen, has always happened and will happen in the future. This is one of the reasons for existence of the Court of Constitution and Council of State.

How resolves a judge the dispute about inconsistency of rules in such cases?

The answer to this question varies according to the legal system.

a- The situation in the Anglo-Saxon legal system which adopts “the Supreme Court”

The situation is not complicated, it is simple in the Anglo-Saxon legal system which adopts “the Supreme Court” (*court suprême*).

The authority to say the final word about the interpretation and application of law and to make authentic interpretations rests with the highest court in the whole country.

1 Lachaume, La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français, Paris, 1966, p. 58, 145-150.

A supervising organ must have some qualities as supreme court. The first quality of a supreme court is hearing constitutional, judicial and administrative cases all together. Second characteristic is reviewing facts and law disputes, scientifically called as learning trial (*cognizione, cognitio causae*), as appeals court when it is necessary. In other words, every supreme court, like the first instance court, can come face to face with evidences and can make a trial open to the public where the parties actively participate. If it has conducted a hearing, it also rules on the merits of the case by evaluating the facts and evidence. Thirdly, there is no president and members in a supreme court; there are one chief justice and high justices who count between 8 and 12 according to the size of the country. Fourthly, supreme courts receive between 50 and 200 cases per year, depending on the size of the country. Countries like the USA, California, Canada, England, Ireland, Netherlands, Turkish Republic of Northern Cyprus, Japan, Romania, Ivory Coast have one supreme court. In countries that adopt the Anglo-Saxon legal system, there is no court that abolishes judgments like a Court of Cassation (*Kassationsgericht, court of cassation court de cassation, corte di cassazione*) and a Council of State (*Staatsrat, council of state, conseil d'Etat, consiglio di Stato*) in Europe but such legal instruments do exist as a concept¹.

Since there is only one supreme court in the countries inspired by the Anglo-Saxon law, and principle of judicial integrity and unity has also taken place, the judges of the first instance courts, in a case that has come before them, if find out that a code is against the constitution, a statue is against a code or a regulation is against a statue, they can withdraw them from the application. And they

¹ Since this distinction does not exist in Turkey, while celebrating the 125th anniversary of the Court of Cassation in 1993, supreme court presidents invited from abroad did wonder when they saw that the wordings of “Supreme court of appeal” was written in the meeting hall instead of “Court of Cassation” (Yargıtay).

often do it. As the issue of dispute and the norm to be applied will come before the supreme court and the supreme court will solve the dispute. In countries adopted the supreme court system, the only power gives the last decision is the supreme court and thus judicial power is extremely strong: In these countries, almost every issue, including judicial proceedings, is approached on the basis of “rule of law and sovereignty principle” which provides the equality of the state and individuals before the law¹.

As a matter of fact, a striking example of this happened in a recent period: Federal Court Judge Ann Donnelly suspended US President Donald Trump’s decision to close the borders to refugees and the citizens of seven countries on January 28, 2017².

b- The situation in the Continental European law

On the other hand, the courts rendering final decision in judicial system of Continental Europe differ. Subject matter jurisdictions of courts are differentiated and no court ever may act within the jurisdiction of the other. That is why the judges must stay in their own jurisdictions. If they violate this, severe unlawfulness in practice and staggering turmoil in society arise.

1 The concepts of the constitutional state and the rule of law have emerged in different places and they have different consequences (For the further information see. Chen-Tanugi, *Le droit sans l’Etat, sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, 1987).

2 With this decision Judge Donnelly who were appointed to the New York Federal Court in 2015 by the nomination of President Barack Obama, even without the need to rely on the grounds of unconstitutionality stopped the deportation of the people whose immigration status has been approved and have visas upon an opened case by The US Civil Liberties Union (ACLU) in the name of two Iraqi who has been arrested at New York’s John F. Kennedy Airport despite having legal entry permits to the US (Press, 29 Ocak 2017). The problem is not finished at this point; The chief prosecutors of 16 out of 50 States in the United States issued a joint declaration condemning the presidential decree which prohibiting citizens of 7 Muslim countries from entering the country. In the declaration it has been pointed out that the freedom of religion is a fundamental principle of the United States, it will always be and no president can change this fact. It was also said that “As being prosecutors of more than 130 million Americans and the foreigners in our states, we condemn President Trump’s unlawful and illegal decree against the Constitution and the US values” (S. Selçuk).

Countries such as Turkey, Germany, France, Italy, Spain etc. have adopted Continental European law system. In Continental European law system and systems like Latin America and many African countries and also Turkey under the influence of this system there is no single supreme court and no unity in the judiciary. The judicial functions are precisely divided in three categories and shared by the highest courts: the Court of Constitution, the Court of Cassation and the Council of State. Technically there is not a supreme court in this system. The term of high court in the Constitution and in practice only expresses the feeling of respect.

These high courts are empowered and authorized to rule on the application of legal norms in their fields and rendering the final decision about authentic interpretation. The Court of Cassation, at the top of the ordinary jurisdictions, being a court as abolishing judgment has the final authority to decide on judicial matters, the Council of State has jurisdiction in administrative trials in the same way; and the Court of Constitution has the final word on the interpretation of the Constitution. Since the fields of the jurisdictions are absolutely separated from each other, one of them cannot take the place of the other, daring to try an interpretation or application of a norm.

In this system there is no judicial integrity and unity; which is also not intended to establish. Jurisdictions of courts on issuing final decision are deliberately separated from each other. That is why the Court of Constitution, the Court of Cassation and the Council of State are courts on the same level but independent from each other. And none of them is a supreme court¹.

Therefore, when there is a conflict between superior and

¹Selçuk, Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılamaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri, Prof. Dr. Nur Centele Armağan, İstanbul, pp. 322-324.

inferior norms, solving the problem is the duty of the court which has jurisdiction at this issue. For example a judge in ordinary jurisdiction must choose one of the two options when he considers a provision of a statute or a regulation applicable in his case violates the Constitution or a provision of a statute.

First one is rendering a decision to rest the trial until receiving a decision of the authorized court to rule on this question; this method is called a preliminary ruling (*question préjudicielle, questione pregiudiziale, mes'ele-i müstehire*). In this case, the trial will be suspended until the matter is decided and the dispute resolved by the authorized court.

The second option would be to apply the superior norm according to the above-mentioned hierarchy and application rules.

Apart from the extreme examples requiring application of the *Radbruch* formula, the judge cannot rule on illegality of a norm and has to apply it if he does not choose the first option. In cases where the law gives the power to the judge for exceptional circumstances to resolve the dispute only for purposes of criminal case, he may rule on this dispute. For example, the correction of age of victims or suspects can be done by the criminal judge according to Article 218/3 of Turkish Penal Procedure Code¹. If there is no such clear legal provision, the judge must apply the norm of statute or regulation even if he considers it's

¹ It should be noted that in the 1961 Constitution, a similar ruling power was granted to the first instance courts in case of claiming contradiction to the Constitution by the courts (concrete inspection, exceptio) and the Court of Constitution agreed that the court would resolve the matter according to its own understanding if it did not rule on the claim of irregularity within three months (six months according to the last amendment) (m. 151/2, 3). The 1982 Constitution did not allow this relative adjudication and gave up this system. According to the Constitution of 1982, if the decision of the Constitutional Court does not come within five months, the local court which stops the case must apply the current statutory provision, even if it is strictly believes that it is contrary to the Constitution (m 152/3). This change fully conforms to the Continental European legal system which Turkey adopted (S. Selçuk).

unconstitutionally. If he does not apply an existing norm, his decision will be illegal in the sense of “absolute nullity” or his ruling shall be considered as “void”¹.

If the courts of ordinary jurisdiction or administrative courts render decisions by violating the rules of jurisdiction, such decisions will be sanctioned by “absolute nullity” because of excessing of authority (*excès de pouvoir, eccesso di potere*). In such cases jurisdiction on resolving the conflict of jurisdiction rests by the Court of the Jurisdictional Disputes and this court abolishes the illegal judgment which exists in the legal world as a legal entity. This illegal judgment exists until abolished.

Decisions however, which never existed cannot be abolished; like in the current case, if a claim exist about violation of the Constitution, jurisdiction lies with the Court of the Constitution. In such cases instead of the Court of Constitution if the Court of Cassation or the Council of State or SBE, being a semi judicial institution would decide, excessing the rules of jurisdiction, such a decision would be rendered by usurpation of the subject matter jurisdiction (*usurpation de fonction*). In such cases this ruling does not exist, therefore it cannot be abolished. A decision can never be set aside as it is considered unborn in the world of law and has not acquired legal status. Judicial organs do not need to make a decision to determine this, moreover it is impossible. If a court rules to cancel an unborn decision, this would mean to accept its presence and in this case the new rendered decision will also be void. That is it².

1 The decisions of the French Jurisdictional *Disputes* Tribunal are in this direction since 16.7.1923. The Court of Cassation of France, 21.12.1961, 25.4.1985; Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1989, n. 156; Erem, Diyalektik Açısından Ceza Yargılama Hukuku, Ankara, 1986, s. 149-151; Rivero/Waline, Droit administratif, Paris, 1994; s. 181,-183; Chapus, Droit administratif général, Paris, 1988, n. 965-972. For the further information see. Selçuk, Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne, Ankara, 1998, pp. 470-476.

2 Cornu, Vocabulaire juridique, Paris, 2001, p. 455, 803, 890; Kunter, n. 287.

For these reasons, the nullity of a legal interaction is the heaviest legal consequence. For example, if a district governor prepares an indictment or renders a decision of divorce or arrest, such legal interactions are null and void and are not binding for anyone because they did not create a legal outcome.

3-What should SBE do about the examined subject

Regarding the examined issue, if there would be a conflict between the norms as stated by SBE, it would be the task of the Court of Constitution to solve it. Even though there is no conflict in this current case, it is certain what to do if we assume so. Judges who are sitting in a court of ordinary jurisdiction, administrative court, the Court of Cassation or the Council of State, as well as judges of SBE who have semi judicial jurisdiction, are not permitted to not applying a legal statute; they have an obligation either applying that norm or take the case to the Court of Constitution asking for a ruling.

But in contrary if judges do not apply such a statute by using arguments such as put forward by SBE judges, or make decisions by omitting, this would mean usurpation of duty as they have replaced themselves instead of the judges of the Court of Constitution. Such decision shall be void, not existing in the legal world; there is never a need for a judicial decision in order to point out to the nullity (*inexistence, inesistenza*).

Unfortunately this is what happened in our case.

SBE, as a semi-judicial organ, has not stand for making a case to a judicial organ claiming the violation of the constitution, codes, statues, regulations, to a judicial organ.

For this reason, SBE must apply the following rulings of Election Law related sealing the ballot papers and envelopes (article 77), unused ballot papers and envelopes (article 97), opening and counting the ballot boxes (article 98). The most important rule

to be applied is that “ballot papers which do not have ballot box committee seal on their backside are invalid (article 101/1).” The above mentioned rules must have been applied.

While ruling in this sense SBE judges utilized reasoning by interpreting the rules related to the invalidity of the votes.

However, in the current case it is not possible to make an interpretation; as I have stated above, in order to make an interpretation, there must be firstly a written legal norm to be interpreted and secondly interpretation should be needed in order to identify the borders of a word, legal terminology or borders of a concept.

But in our case there is none of these conditions. It is just discussed which norm is going to be applied.

Decisions rendered this regarding above mentioned rules are totally void. A void decision, such as this one, would create turmoil in the whole legal system.

Responsibility of this turmoil rests with those who wrongly applied legal statutes. There is no doubt about that.

Incidentally, it must be noted that in one of its decision of unification of dissenting rulings (5.4.1990, 2/3) the Court of Cassation made a similar mistake. The court, under the pretext of interpretation, considered utilizing phone services without paying, under the concept of illegal utilizing of goods. In this way, globally respected rule of principle of legality was violated, 226 years after the publication of Beccaria’s famous book. 2004 legislator, who recognized the critics against this decision by Turkish doctrine, regulated a new provision in Turkish Penal Code No. 2004/5237: “provisions containing crime and punishment cannot be interpreted broadly in a way that would lead to analogy” (Article 2/last paragraph).

As consequence of the current decision of SBE which is very open to critics and frightening, I would suggest to create a legal provision like the principle in Turkish Penal Code above mentioned, which reads as follows: “judge shall not avoid application of an inferior legal norm under the pretext of violation of the superior norm according to the rules of interpretation and hierarchy of legal norms”.

C- ANOTHER NEGLECTED ISSUE

Finally let's state that, the constitutional principle which regulates the amendments made in the electoral statutes shall not be applied for one year (Any 67/7) is designed to prevent the misuse of the powers of the majority. The Constitution-maker aims to prevent the majority party in the Parliament from enacting a pseudo-law before deciding an early election, in order to take benefits from the recently changed statute for their own. That makes sense. In a democratic state, the fate of all political parties and candidates who are going to participate in the elections can not only be left to demands of the majority party. Giving such an opportunity would be violating the constitutional principles of elections being fair, conducted under equal circumstances and proper.

In violation of this constitutional rule, the wording of Article 23 of Election Act has been abolished on 31.12.2016. State of Emergency Decree in the Force of Law (KHK) no. 680 amended Population Services Act No. 5490 on the same date. Article 80 of KHK no. 680 amended Article 49/3 of Population Services Act which influenced the procedure of voting. Such amendment affecting elections and referenda is violating the Constitution (Article 67).

The dissenting member of the Board points out this

circumstance by a detailed legal explanation, saying this would affect the composition of the overseas voter portfolio and impair the right to vote. It is impossible for me to explain, why the Supreme Board of Elections has disregarded this failure.

RESULTS AND SOLUTIONS

Legal disputes arising from differing points of views shall be solved by voting. Human beings have reached the information age, have found stars in the distance of ten billion light years, but unfortunately could not find a way of ending disagreements caused by different opinions and ensuring social peace, except for voting. I may say that voting is the remedy for helplessness, as it only ends the dispute temporarily; the opinion of the majority as the result of voting cannot be considered as truth (*veritas, truthful*). In other words, even if the consensus would have been achieved by the will of nation about a disagreement, the conclusion reached may not reflect the reality. Therefore, a dispute put aside by voting has not been definitively solved, it ends only temporarily. Inspired by the Rousseau's conceptualization, reflecting the results of voting as "the national" will, is a product of understanding which shows that the legal theory still did not get rid of evaluations based on metaphysical assumptions.

For these reasons, there is no final consensus on referendum of 16.04.2017. Only one of the yes or no options was expected to be adopted by the majority of the nation. As a matter of fact, according to the number of people who participated in the referendum, "yes" votes were more than "no" votes with a small difference. This has no connection with national will or harmony. As noted above, even if one would consider that the referendum had been conducted properly, the existing dispute has only ended temporarily.

I- RESULTS

Consequently, in the light of the above arguments, I may make the following evaluations and state results I have reached:

A- In a democratic society, citizen's right to participate in government by voting must be protected against all kind of obstacles. Therefore, the right to vote must be absolutely protected and the election security must be secured. However, this right shall not be protected at all costs, in particular, when there is an existing risk of forgery.

Circumstances which could lead to fraud in elections should never be protected and never enjoy the guarantee of the law.

B- As a conclusion of all above-mentioned reasons, I am sorry to observe, that the ruling of the Supreme Board of Elections is an inexcusable national and global scandal, as its judges, who originally were sitting at high courts before being appointed to this post, ruled by violating the above mentioned provisions of the Constitution, disregarded Article 3 of Additional Protocol No. 1 to the ECHR and *de lege lata*. They ruled according to a self-invented, *de lege ferenda* provision that would lead to forgery. This scandal might have other consequences: there was an error at the starting point privileging one of the two simultaneously conflicting situations; suppressing one of them, which might cause dangerous consequences for one side and giving importance to the other side would create counter reactions as this approach has tendency of destroying the other point of view.

C- It should not be forgotten that even the slightest illegality is like the solar eclipse; it leaks. In our case, the illegality of the referendum is like being caught to hailing while escaping from the rain: the judges ruled with the concern of protecting the freedom and right to vote of a small group, but this decision created a danger for the freedom and right to vote of the millions of people.

The constitutional dimension of legality and legitimacy concerns all individuals in every society levels.

If the nation has a widespread confidence, that an institution, a code or the executive is supported by the majority of people, based on known and adopted rules, that institution, code or the governor is legitimate (Burdeau, Duverger, Aron, Easton, Kelsen, Lipson, Weber). Legitimacy is a magical belief which provides peace and tranquility in the society that supports the existence of all institutions, statutes, the power of ruling and the rulers. Therefore, it is the invisible peace angel of the state “site/state/society” (Ferraro).

That is why even the most oppressive administrations always try to show themselves as legitimate. As they know that no institution or person can has legitimacy in the world of law by fait accompli.

In every period of history, governments and governors, whose legitimacy is suspicious, have caused and been in charge of social turmoil.

II-CONCLUSION

As we have to conclude that unsealed, or with “yes” stamp furnished votes and envelopes are invalid, we may propose two solutions in the light of the above mentioned evaluations:

A- The first solution is, omitting any other activity, if we may suffice with recounting the votes. If it is possible to identify invalid votes by recounting them, this definitely must be done. If at the end of counting, the total invalid votes are not sufficient to change the announced and published result by the Supreme Board of Elections, there is no dispute any longer, and the previous result, announced outcome should be accepted by all parts of the society. This solution does not require any further legal interaction.

B- The second option is the application of a sanction of nullity (non-existence), if recounting of votes is not sufficient: If it is not possible to identify invalid votes by recounting, this would mean that the decision of the SBE which concluded and finalized the voting is void and null. Nullity (non-existence), is the most severe sanction in terms of illegality, would also mean that voting at referendum has lost its legitimacy and would trigger the following consequences:

The voting itself and SBE's final decision about the voting would not be binding for anyone, from the President to an ordinary citizen, or from the Grand National Assembly to the most ordinary institutions and organizations. For this reason, the Supreme Board of Elections should take into consideration the nullity of its rulings. In order to avoid causing a new illegality, the Board should never attempt to make a ruling about abolishing its previous decisions since these decisions never existed in terms of law, and abolishing them would mean a tacit acceptance. I am of the opinion that the Supreme Board of Elections should just suffice with announcing the outcome of recounting to the public and schedule a new date for referendum voting.

WISSENSCHAFTLICHES GUTACHTEN

Zur Volksabstimmung vom 16 April 2017

WISSENSCHAFTLICHES GUTACHTEN

Entsprechend dem Auftragsschreiben vom 21.4.2017 und entsprechend der Strafgesetzzordnung Nr. 2004/5271 (Strafverfahrensrecht (CYY, m. 67/6)), die besagt, dass „die Staatsanwaltschaft, der Beteiligte, Vertreter, Verdächtige oder Angeklagte, der Verteidiger, oder der rechtliche Vertreter bezüglich des die Rechtssache betreffenden Vorfalls oder um für die Vorbereitung des Gutachterberichts verwertet zu werden oder im Zusammenhang mit dem Gutachterbericht“ und des weiteren entsprechend der Strafgesetzzordnung (Strafverfahrensrecht (CYY, m. 293), deren Bestimmungen besagen, dass „die Parteien, in Zusammenhang mit der Rechtssache, von einem Spezialisten ein ‚**wissenschaftliches Gutachten**‘ erstellen lassen können“, hat der Stellvertretende Vorsitzender der CHP hinsichtlich der unten angeführten Themen zu dem am 16. April 2017 durchgeführten Referendum zur Verfassungsänderung die Erstellung eines wissenschaftlichen Gutachten beauftragt.

Entsprechend dem Inhalt des Auftragsschreibens für die Erstellung eines wissenschaftlichen Gutachtens und entsprechend den Beschlüssen des Hohen Wahlrats zum Thema wurde dieses Gutachten in zwei Kapitel eingeteilt.

ERSTES KAPITEL

RECHTSWIDRIGKEIT HINSICHTLICH DER ALLGEMEINEN WAHLPRINZIPIEN UND VERFASSUNGSWIDRIGKEIT

I-BEHAUPTUNGEN

In dem Auftragsschreiben des wissenschaftlichen Gutachtens wurden die Behauptungen aufgestellt, dass der Hohe Wahlrat Warnungen missachtet hat, weil er die verbotene Propaganda nicht verhinderte, die Propaganda-Periode nicht unter gleichen Bedingungen vorstättenging und die Wähler vom Gouverneur, dem Landrat und den Sicherheitskräften in einer Vielzahl von Provinzen anstatt geheimer zur offenen Wahl angehalten, sogar gedrängt wurden, dass der Hohe Wahlrat ferner die Ordnungswidrigkeiten während der Wahl nicht behoben und die mehrfache Stimmabgabe nicht verhindert hat.

Im Auftragsschreiben wurde des Weiteren behauptet, dass die Entscheidungen und die Praxis des Hohen Wahlrats rechtswidrig sind, während der Wahl eine Vielzahl von falschen Verfahrensweisen vorlagen, falsche Entscheidungen getroffen wurden und in solch einer Weise in die Wahl eingegriffen wurde, die die Verwirklichung des Volkswillen beeinträchtigte, und in diesem Zusammenhang wurde behauptet:

a-dass die dahingehenden Beschwerden/Meldungen, wonach während der Wahl bei einer Vielzahl von Wahlurnen die Wähler zu einer offenen Abstimmung gedrängt werden, missachtet wurden und

b-mit Hilfe der Sicherheitskräfte die Mitverfolgung der Auszählung und Erfassung der Stimmen durch die Wähler verhindert wurde, und

c- an vielen Orten in den am Morgen geöffneten Stimmsäcken zu wenige Stimmzettel und Umschläge vorhanden waren und der

Hohe Wahlrat diese Situation mit einem fehlerhaften Einpacken zu erklären versuchte.

Außerdem wurde auch in dem beim Hohen Wahlrat eingereichten Einspruch ausgeführt, dass der Hohe Wahlrat trotz der dahingehenden Bestimmung, wonach Änderungen in den Wahlgesetzes gemäß § 67 des Grundgesetzes bei Wahlen, die innerhalb eines Jahres nach Rechtskraft dieser Änderung stattfinden, nicht angewendet werden können, durch eine gesetzeskräftige Verordnung des Ausnahmezustands, die Änderung des § hinsichtlich der Sanktionen gegen die die Propagandaverbote missachtenden Fernsehsender für gültig erklärt hat.

II-DIE ANTWORTEN DES HOHEN WAHLRATS

Der Hohe Wahlrat hat die Einsprüche mit der Begründung abgewiesen, weil die dahingehenden Behauptungen, wonach das Prinzip der offenen Auszählung verletzt und die Ordnungswidrigkeiten nicht verhindert wurden und dabei mehrfach gewählt wurde, während der durchgeführten Inspektionen nicht verifiziert werden konnte, und die Behauptung der Nichtverhinderung der verbotenen Propaganda unstatthaft sei.

III-RECHTLICHE BEWERTUNG

§ 67 des Grundgesetzes besagt, dass “das aktive und passive Wahlrecht und das Recht auf politische Betätigung” “innerhalb der im Gesetz vorgesehenen Bedingungen” wahrgenommen wird, und sieht vor, dass die “**WAHLEN UND REFERENDEN FREI, GLEICH, GEHEIM, DIREKT, NACH DEN PRINZIPIEN DER OFFENEN AUSZÄHLUNG UND ERFASSUNG UND UNTER DER LEITUNG UND AUFSICHT DER JUSTIZ**” vor sich gehen und “der Gebrauch dieser Rechte durch das Gesetz

festzulegen ist“; laut § 79 diese **‘Gesetze in Einklang mit der „Gerechtigkeit in der Repräsentation und der Stabilität“ in der Administration‘** erlassen werden und deshalb bezüglich der Organe, vor allem jedoch bezüglich des Hohen Wahlrates die Wahlen bzw. Referenden “unter der allgemeinen Leitung und Aufsicht” der unabhängigen und unparteiischen “Justiz-Organe” durchzuführen sind, wobei die Aufgaben, **“vom Anfang bis zum Ende der Wahlen, alle mit deren ordnungsgemäßer Leitung und Wahrhaftigkeit verbundenen Schritte zu unternehmen und unternehmen zu lassen, alle mit der Wahl verbundenen Rechtswidrigkeiten, Beschwerden und Einsprüche während und nach der Wahl zu untersuchen und dahingehend endgültige Entscheidungen zu treffen (...)**“ dem Hohen Wahlrat vorbehalten sind.“

Die kurz- und langfristigen Zwecke all dieser Regelungen sind offen und klar: die in den §n des Grundgesetzes vorgesehenen Wahlen und Referenden sind im Rahmen der Verwirklichung dieser unter den Grundsätzen **„Wahrhaftigkeit, Freiheit, allgemeine, gleiche, direkte und geheime Abstimmung, offene Auszählung und Erfassung der Stimmen und unter der Leitung und Aufsicht der Justiz“** durchzuführen.

Demnach eine **GERECHTE UND ANSTÄNDIGE** Wahl und Referendum ist das Fundament die unabdingbare Bedingung für die Durchführung von korrekten Wahlen und Referenden.

Wenn diese Bedingungen nicht erfüllt werden, kann der mehrheitliche Volkswille bei Wahlen und Referenden nicht zum Ausdruck kommen.

Die Erfüllung der Forderungen dieser Prinzipien, Bedingungen und Fundamente ist in den demokratischen Systemen nicht die Aufgabe von gewöhnlichen bzw. der Regierung nahestehenden administrativen und politischen Organen, ganz im Gegensatz; diese Aufgabe ist sinngemäß nur

den aus vertrauten, unabhängigen und unparteiischen Richtern bestehenden Anstalten wie dem Hohen Wahlrat in der Türkei vorbehalten, für die man glaubt, dass sie die ausreichende Befähigung haben, die Justizhoheit und Vorrangigkeit der Justiz gelten zu lassen.

Die in den §n 67 und 79 des Grundgesetzes beschriebenen Gesetze sind mit der offiziellen Bezeichnung "Gesetz Nr. 1961/298 über die Grundbestimmungen der Wahlen und das Wählerregister - das unserer Meinung nach richtig benannt ist -, also kurz das "Gesetz für Wahlen und Referenden" (SHOY)[□] und ferner das Gesetz Nr. 1987/3376 über die „**Vorlage von Grundgesetzänderungen zum Volksentscheid**“ (ADHOSY)¹.

Bereits zu Anfang müssen wir hier hervorheben, dass laut dem ersten § des Gesetzes „in den gemäß dem Grundgesetz abzuhaltenden Volksabstimmungen die Bestimmungen dieses Gesetzes“ und „in den in diesem Gesetz nicht geregelten Fällen die Bestimmungen des Gesetzes Nr. 298 über die Grundbestimmungen der Wahlen und das Wählerregister anzuwenden, die diesem Gesetz nicht widersprechen“

Wie in allen Ordnungen, die von einem freiheitlichen demokratischen System ausgehen, sieht der § 1 des SHOY Nr. 1961/298 vor, dass "bei (...) **Wahlen Grundgesetzänderungen zum Volksentscheid**" die Bestimmungen dieses Gesetzes anzuwenden sind" und nachdem der Anwendungsbereich des Gesetzes somit festlegt ist, regelt der § 2, wonach die Abstimmung in Übereinstimmung mit der Forderung des Grundgesetzes durch die "freie, gleiche, nach den Grundsätzen der Direktwahl" "geheime" Stimmabgabe und nur durch die „offene“ "Auszählung, Erfassung und der Registrierung" der Stimmen“ erfolgt“.

Die Wahlen und Abstimmungen sind dem Hohen Wahlrat,

1 Bei dieser wissenschaftlichen Ansicht wird dieses Gesetz auf diese Weise übersetzt und mit der Abkürzung "SHOY" bezeichnet werden.

der gemäß § 11 des SHOY aus Richtern in den Organen der hohen Justiz zusammengestellt ist, und den von Richtern geleiteten Wahlräten der Provinzen und Gemeinden überantwortet. Außerdem gibt es einen Wahlvorstand je Urne (§ 10).

Das Gesetz begnügt sich aber nicht nur damit, und befindet mit der **Ansicht Achtung und Vertrauen für den Mensch** auch eine persönliche Garantie für notwendig. Entsprechend müssen die in diesen Wahlräten und -vorständen eine Aufgabe übernehmenden Personen zuvor bei ihrer „EHRE, ihrem GEWISSEN und all ihren HEILIGSTEN WERTEN“ schwören, dass sie „bei der Ausübung ihrer Aufgabe unter keinem Einfluss stehen, keine Furcht vor irgendjemandem haben, ihre Aufgaben entsprechend dem Gesetz ehrlich ausüben“ werden (§ 27, 70, 94/c-3).

Die Bedeutung dieses Eids, welche an erster Stelle für die Staatspräsidenten und Abgeordneten im Grundgesetz und zahlreichen weiteren Gesetztexten vorgesehen und bei dem IMMATERIELLEN WERT „EHRE“ zu schwören ist, ist äußerst groß. Denn DER MENSCH IST KEIN OBJEKT, KEINE WARE, SONDERN EIN MIT SEINER EHRWÜRDIGKEIT UND DIGNITÄT AUSGESTATTETES UND EHREN-HAFTES RECHTLICHES SUBJEKT und des Menschen willen (also für dieses Subjekt) ist alles Recht geschaffen (Hominum causa omne ius constitutum est).

Der Wert der Ehre ist, wie in zahlreichen Beschlüssen des EGMR immer wieder hervorgehoben wird, ist die unabdingbare Bedingung und höchster Wert der immateriellen Existenz des Menschen. Aus diesem Grunde ist die Bedeutung und **Vertrauens-/Zusicherungswert** des in den Artikeln 27, 70 und 94/c-3 geregelten und bei seiner Ehre abgegebenen Eides sehr groß.

Daneben ist eine der ethischen Aufgaben des

“Generaldirektorium für Wählerregistrierung”, das in allen Provinzen und Gemeinden eingerichtet wird, zu verhindern, dass “mehrfach gewählt” wird und zu sichern, dass “richtig abgestimmt” und “die politischen Rechte in hohem Masse” umgesetzt werden (§ 28, 29).

Die Bestimmungen, welche die Gleichberichtigung der Wahlpropaganda und der Unparteilichkeit der für das öffentliche Wohl eingerichteten Institutionen und Beamten sicherstellen und die die Ausnutzung von Eröffnungen und Einweihungen und Benutzung von Dienstkraftfahrzeugen und die Teilnahme von Beamten an der Wahlpropaganda verbieten (§ 52/6, 63, 64, 65) und ähnliche weiteren Bestimmungen sind das Produkt der Sorge um eine Durchführung von Wahlen und Referenden im Rahmen der Grundsätze der **“Wahrhaftigkeit, Freiheit, Gleichheit, Gerechtigkeit”**.

Wenn in die Details eingegangen wird, können diese Beispiele selbstverständlich vermehrt werden.

Zusammengefasst zeigen die Bestimmungen des Grundgesetzes und des SHOY, wie sehr die das Grundgesetz konstituierende Regierung und der Gesetzgeber darauf bedacht sind, dass Wahlen und Referenden den wahren Volkswillen ausdrücken.

WIEDERHOLT SIND IN DER PRESSE NACHRICHTEN ÜBER VORFÄLLE UND TATSACHEN IM IN- UND AUSLAND ERSCHIENEN, DIE DARAUF HINWEISEN, DASS DAS AM 16. APRIL ABGEHALTENE REFERENDUM IM IN- UND AUSLAND VOR ALLEM NICHT IM RAHMEN DER GRUNDSÄTZE DER “WAHRHAFTIGKEIT, FREIHEIT, GLEICHHEIT, GERECHTIGKEIT” DURCHGEFÜHRT WURDE. WIE DIE STAATLICHEN MITTEL FÜR DIE VON DER REGIERUNGSPARTEI VERTRETENEN “JA”-

STIMMEN MOBIL GEMACHT WURDEN UND ÜBER DIE MAN FREI VERFÜGT HAT, WIE UND WIE AUF DER ANDEREN SEITE DRUCK UND VERBOTE AUF DIE “NEIN”-STIMMEN AUSGEÜBT WURDE UND WIE UNGENÜGEND DIE MITTEL WAREN, HAT SICH ALLES VOR ALLER AUGEN AB ABGESPIELT UND IST AUCH IN DER ÖFFENTLICHKEIT WOHL BEKANNT.

Dementsprechend hat **das Mitglied des Hohen Wahlrats, der gegen die Untersuchungsentscheidungen stimmte**, verifiziert, dass während der Propaganda vor allem die Gleichheit nicht gesichert wurde.

Zweifellos können die CHP und andere politischen Parteien die Freiheit für Rechtsförderung an jedem Ort nutzen und sich dabei auf konkrete Beweise stützen. Da allerdings das Auftragsschreiben und das vorgelegte Dossier keine konkreten Beweise beinhalten, kann zu diesen Themen keine Evaluierung in diesem wissenschaftlichen Gutachten vorgenommen werden; sie werden nur genannt.

ZWEITES KAPITEL

STIMMABGABE MIT UNGESTEMPELTEN UMSCHLÄGEN UND “JA”-STEMPELN

Es ist sinnvoll, die in diesem Kapitel zu behandelnden Themen in zwei Teilen zu untersuchen: Im ersten werden somit die Themen Einsprüche, deren Gründe und die Entscheidungen des Hohen Wahlrats darüber behandelt und der zweite Teil wird dann der wissenschaftlichen Bewertung gewidmet.

ERSTER TEIL

EINSPRÜCHE UND ENTSCHEIDUNGEN

I-EINSPRUCHSPUNKTE UND -GRÜNDE

In dem Auftragschreiben des wissenschaftlichen Gutachtens wurde ausgeführt, dass „der hohe Wahlrat auf die Anzeigen über die mit dem Stempel des Wahlvorstandes nicht abgestempelt Stimmzettel und Umschläge aus zahlreichen Orten hin den Beschluss getroffen hat, auch solche Stimmzettel ohne Stempel für gültig zu erklären (Beschluss Nr. 560 des Hohen Rates), während im Osten bereits die Urnen geschlossen waren und die Stimmen ausgezählt und registriert wurden und im Osten die Stimmabgabe noch am Laufen war; dieser Beschluss wurde den Vorsitzenden der Wahlvorstände per SMS übermittelt und daraufhin haben die Vorsitzenden der Wahlvorstände bezüglich der zweifelhaften Stimmen nicht mehr über deren Gültigkeit oder Ungültigkeit diskutiert und diese Situation auch nicht im Protokoll dokumentiert. Aus diesem Grunde haben die politischen Parteien auch keine Möglichkeit auf Einspruch darauf gehabt“. Daraufhin wurde der Auftrag auf die Erstellung eines wissenschaftlichen Gutachtens darüber erteilt, “wie die Beschlüsse des Hohen

Wahlrats und die dahingehenden Handlungsweisen rechtlich zu sehen sind.“

Auf der anderen Seite haben die Beschwerdeführer in ihren bei dem Hohen Wahlrat eingereichten Einspruchsschreiben darauf hingewiesen, dass die Gültigkeitserklärung der Stimmzettel und Umschläge ohne Stempel des Wahlvorstandes auf Antrag des AKP-Vertreterers seitens des Hohen Wahlrats während der Auszählung und Registrierung der Stimmen vor allem den § 77, 98 und 101/7 des SHOY, den § 41 und 43 des Erlasses Nr. 135 sowie den innerhalb des Wahltages vom Hohen Wahlrat getroffenen Maßnahmen und anderen Beschlüssen in Widerspruch stehen, dementsprechend der hohe Wahlrat mit seinem Beschluss Nr. 2014/1439 den Beschluss des provinziellen Wahlrats von Antalya über die Gültigkeitserklärung der ungestempelten Stimmzettel und Umschläge mit der Begründung abgelehnt hat, weil es im § 101/3 des Gesetzes Nr. 298 und im § 44/B-3 der Erlasse 101/3 und 138 von Gesetz Nr. 298 offen und klar festgelegt ist, wonach Mehr-Parteien-Stimmzettel ohne Stempel des Wahlvorstandes ungültig sind“, dass also der Hohe Wahlrat unrechtmäßig, unangebracht und unmittelbar in das Verfahren des Wahlvorstandes eingegriffen hat, dass mit diesem getroffenen Beschluss das Recht auf Einspruch eingeengt wurde und als Ergebnis dieses Beschlusses die Wahlvorstände die Stimmzettel und Umschläge ohne eigene Stempel ohne Diskussion über deren Gültig- bzw. Ungültigkeit als gültig befunden und in die Stimmenbeutel getan haben, dass **in die Protokoll-Hefte** hinsichtlich der Stimmzettel und Umschläge Registrierungen und selbst dahingehenden Anzeigen **nicht eingetragen wurden**, und deshalb die Zahl der Stimmzettel ohne Stempel in allen Wahlgebieten nicht festgestellt werden konnte und somit überhaupt die Möglichkeit abhanden kam, diese Zahl festzustellen, dass ferner dieser Eingriff des Hohen Wahlrats unmittelbar das Ergebnis des Referendums beeinflusst

hat und auch die Möglichkeit eines Beweises von Behauptungen hinsichtlich Fälschungen verhindert wurde, obwohl die Ungültigkeit von Stimmzettel ohne Stempel des Wahlrates und des Wahlvorstandes eine wirkungsvolle Maßnahme gegen Diebstahl und der externen Fälschung von Stimmen ist, dass mit jenem Beschluss dem grundgesetzlichen Recht auf Wahlen die Sicherheit entnommen wird und die Mitglieder der Wahlvorstandes ihres Einspruchs rechts beraubt wurden.

Die Einsprüche besagten des Weiteren, dass in ähnlicher Weise **allgemein im Lande verbreitet in den Beuteln der Stimmzettel nur "Ja"-Stempel zu finden waren, obwohl laut dem Rundschreiben Nr. 135 bei Referenden nur ein "AUSWAHL"-Stempel gebraucht werden darf**, und deshalb die Wähler gezwungen waren, in dem Referendum, das sowohl die AUSWAHL "Ja" als auch die AUSWAHL "Nein" beinhaltete, den Stempel mit "Ja" zu benutzen, dass auch viele zu wenige Stimmzettel und Umschläge in den Stimmenbeuteln festgestellt wurden, dass in manchen Urnen an den braunen Teilen der Stimmzettel Farbunterschiede entstand sind, weil alte Stimmzettel benutzt wurden und deshalb unter den Wählern zu Recht die Sorge verbreitete, dass falsche Stimmzettel gedruckt worden waren.

Außerdem fuhren die Beschwerdeführer ferner aus, dass wegen der sofortigen Umsetzung der durch den genannten Erlass mit der gesetzkraftigen Verordnung vollzogene Änderung **gegen den letzten Absatz des § 67 des Grundgesetzes verstoßen wurde**.

Aus all diesen Gründen forderten die Beschwerdeführer angesichts der erfahrenen Rechtsverstöße, der aufgetretenen Unsicherheiten und der Unmöglichkeit, durch eine erneute Auszählung all dies zu überwinden, die Annullierung des Referendums.

II- GRUNDLAGEN DER BEGRÜNDUNG DES HOHEN WAHLRATS FÜR DIE ABLEHNUNG DES EINSPRUCHS

Der Hohe Wahlrat hat am Sonntag den 16. April noch während der Wahl auf seiner offiziellen Web-Seite zuerst den Wahlräte der Provinzen und Gemeinden und dann die Wahlvorstände die **folgende Rundmeldung durchgeschickt**: “Der Hohe Wahlrat, der sich heute auf Grund von dahingehenden Anzeigen, wonach manche Wahlvorstände die Stimmzettel und Umschläge abgegeben haben, ohne sie mit den Stempeln des Wahlvorstandes abzustempeln, hat beschlossen, die Stimmzettel und Umschläge als gültig mit auszuzählen, **solange nicht bewiesen werden kann, das es sich dabei um extern herbeigebrachten Stimmzettel und Umschläge handelt**. Die Auszählung- und Registrierungsarbeiten müssen dementsprechend vorgenommen werden. Bekanntgabe an die Öffentlichkeit, an die Wahlräte der Provinzen und Gemeinden, den Wahlvorstand und die politischen Parteien.”

Wieder in Bezug auf den Gebrauch des “JA”-Stempels statt dem der “AUSWAHL” und auf den Umstand, dass der Stempel des Wahlvorstandes auf manchen Stimmzetteln auf deren Rückseiten aufgedrückt war, hat der Hohe Wahlrat es von der Größenordnung her nicht so betrachtet, dass dies den Willen der Wähler annullieren könnte, die, wie in seinem Entscheid vom 16.4.2017 Nr. 559 angeführt, gemäß § 1 des Gesetzes Nr. 3376 und den § 68, 77 und 94 des Gesetzes Nr. 298 gewählt hatten, und auf Antrag des Vertreters der AKP im Hohen Wahlrat mit der unten angeführten Begründung im Beschluss gleichen Datums Nr. 560 die Stimmabgabe mit “**ungestempelten Stimmumschlägen und Stimmzetteln**” als konform mit den § 110, 111/2, 112, 130 des SHOY und § 8 des ADHOSY Nr. 1987/3376 angesehen und diese Stimmen für gültig erklärt haben.

Auf die vorgebrachten Einsprüche hin **hat** der Hohe mit

Anlehnung auf die NACHFOLGEGNDEN BEGRÜNDUNGEN die Forderungen mit den Beschlüsse Nr. 573, 574 und 575 mit Stimmenmehrheit **abgelehnt**:

**A-BEGRÜNDUNG DURCH DEN KONFLIKT /
WIDERSPRUCH ZWISCHEN DEM INNERSTAATLICHEN
UND INTERNATIONALEN RECHT**

1-Das Wahlrecht ist das Wesentliche

Dem Hohen Wahlrat zufolge, ist das “Recht zu wählen und gewählt zu werden” nach § 67 des Grundgesetzes ein Menschenrecht, und nach § 79 und den Grundsätzen ist auch das Referendum ein Grundrecht, das im Rahmen des Gesetzes wahrgenommen wird. Dieses Recht ist in den § 14, 23, 77, 86, 95, 96, 97, 98, 101, 107 des SHOY Nr. 1961/298 und dem § 3 des ADHOSY Nr. 1987/3376 als “freies und demokratisches Wahlrecht” mit der Begründung unter Schutz gestellt, dass im § 3 des Zusatzprotokolls Nr. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention das “aktive Wahlrecht” unter größerem Schutz steht als das “passive Wahlrecht”.

Nach dem Hohen Wahlrat bestimmt § 3 des Zusatzprotokolls Nr. 1 zwar nur das Wahlrecht bei Parlamentswahlen, in Wirklichkeit hebt er aber in seinem Wesen das freie Wahlrecht hervor und stellt es unter Schutz. Denn dieses Recht ist nach dem Europäischen Gerichtshof “eines der Grundsätze eines demokratischen politischen Systems. Das Gericht unterscheidet zwischen dem “aktiven” und “passiven” Wahlrecht, als zwischen dem Recht an der Wahl mit einer Stimme teilzunehmen und dem Recht bei Wahlen zu kandidieren. Demnach steht das “passive” Wahlrecht im Vergleich zu “aktiven” den Rechten, die sich auf die Teilnahme durch Stimmabgabe beziehen, unter geringerem Schutz. Das Recht auf Stimmabgabe ist eines der Rechte, die es der Person ermöglichen, an der Administration zu partizipieren.

Aus diesem Grund wird das Recht auf Stimmabgabe als ein “Recht auf Partizipation” akzeptiert.

Es ist also zu sehen, dass nach dem Hohen Wahlrat “DAS RECHT DER STAATSBÜRGER DURCH STIMMABGABE AN DER ADMINISTRATION ZU PARTIZIPIEREN GEGEN JEDWEDE VERHINDERUNG ZU SCHÜTZEN (IST). DESHALB IST DAS RECHT AUF STIMMABGABE DER STAATSBÜRGER EIN RECHT, DASS ABSOLUT GESCHÜTZT WERDEN MUSS, SOLANGE DADURCH DIE WAHLSICHERHEIT NICHT GEFÄHRDET WIRD.”

2-Die Notwendigkeit der Übereinstimmung von Mittel und Zweck

Außerdem wird nach “§ 90 des Grundgesetzes sowohl darauf hingewiesen, dass internationale Verträge/Abkommen Gesetzeskraft besitzen und dass diese betreffend kein Antrag beim Verfassungsgericht wegen Verstoß gegen das Grundgesetz eingereicht werden kann, als auch darauf, dass wenn die internationalen Verträge/Abkommen hinsichtlich der Grundrechte und -freiheiten und die Landesgesetze bei gleichen Themen verschiedene/mit einander in Konflikt stehende Bestimmungen beinhalten und dadurch Unstimmigkeiten entstehen, den Bestimmungen der internationalen Verträge/Abkommen eine Vorrangstellung und Superiorität zugestanden wird.”

Genau an diesem Punkt hat der Hohe Wahlrat die rechtlichen Verordnungen aus der Perspektive des Grundgesetzes und des internationalen Rechts betrachtet und das Instrument einer (in eigenen Worten) “Interpretation” herangezogen, **als ob es sich um eine undurchsichtige Norm handeln würde, die aufgeklärt werden müsste**. Mehr denn als um eine Interpretation handelt es sich –wie aus dem unten angeführten Text ersichtlich ist–

um einen eigenwilligen Ansatz: “Wenn den Regeln zuwider gehandelt wird, die bei der Wahrnehmung von einem vom Grundgesetz und von internationalen Verträgen unter Schutz genommenen Grundrecht eingehalten werden müssen, muss bei der Evaluierung eines konkreten Falls das Wesen des Rechts geschützt und die Interpretation der Norm mit dem erwarteten Zweck übereinstimmen. Wesentlich ist es, ein Grundrecht zu schützen; die Regeln der Verfahrensweise bei der Wahrnehmung eines Rechts sind **Mittel**, die für die sichere Wahrnehmung des Rechts Sorge tragen. In Fällen, bei denen festgestellt wird, dass dem Individuum zugestandene Recht auf durchaus sichere Weise wahrgenommen wurde, ist es nicht möglich, die Zuwiderhandlung gegen eine der Bestimmungen der Verfahrensweise, die ein Mittel zur Sicherung der Wahrnehmung des Rechts sind, **SO ZU INTERPRETIEREN**, dass das **WESEN DES RECHTS DABEI VERLOREN GEHT.**” (...) *Nach dem Hohen Wahlrat “liegt bei diesen Verordnungen ein Widerspruch, ein Konflikt zwischen dem inner-staatlichen Recht und den internationalen Verträgen (Protokollen) vor.”*

Es ist zu sehen, dass **in den Entscheidungen des Hohen Wahlrats nicht angegeben wird (angegeben werden kann) zwischen welchen Normen es zu einem Widerspruch, einem Konflikt kommt; im Gegenteil** wird dies gerade vorsichtig vermieden und statt den Wörtern Widerspruch und Konflikt mit Bedacht der Gebrauch des Wortes *“Übereinstimmung”* bevorzugt.

Denn der **Hohe Wahlrat verwechselt Interpretation und Anwendung miteinander.**

Kurzgefasst ist der Hohe Wahlrat der Meinung, dass “im Lichte des Grundgesetzes und der Internationalen Verträge” wesentlich für “die Wahrnehmung des von den schriftlichen

Rechtsbestimmungen -die jeweils **MITTEL** zur Gewährleistung der Sicherheit von Wahlen/Abstimmungen sind- geschützten (aktiven) Wahlrechts, **“DER SCHUTZ DES WESENS DES RECHTS UND DIE UMSETZUNG DER NORM-INTERPRETATION MIT DEM ERWARTETEN ZWECK ÜBEREINSTIMMT”** ist.

Entsprechend der **Logik der Richter des Hohen Wahlrats**, die von diesem Ansatz, der keine Textinterpretation darstellt, ist die wichtige und wesentliche Tatsache, dass ein Grundrecht bzw. die Wahrnehmung des “Referendum-Rechts” eine Preisgabe dieses Rechts an die verfügenden rechtlichen Normen bedeutet, die als Mittel vorsehen, dass das Mittel des Gebrauchs eines **“GESTEMPELTEN UMSCHLAGS”** und **fälschlicherweise** eines mit **“AUSWAHL”** beschrifteten Stempels statt eines mit **“JA”** beschrifteten Stempels vorsehen.

Denn eine solche Preisgabe widerspreche dem § 3 des Zusatzprotokolls Nr. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention, die wegen dessen internationalen Status’ über den nationalen Gesetzen stehe. Deshalb müsste bei der Lösung des Problems von der Anwendung der Normen, die in den nationalen Gesetzen angeführt sind, abgesehen werden und die internationale Norm angewendet werden.

Allerdings wird überhaupt nicht angeführt, **um welche internationale Norm es sich dabei handelt**. Denn im internationalen Recht ist keine Rede von Normen hinsichtlich ungestempelter Stimmen oder “Ja”-Stempeln und auch nicht davon, wie diese Gebrauch finden sollen.

B-EXISTENZ VON VERORDNUNGEN ZUR BESEITIGUNG DER PROBLEMATISCHEN ASPEKTE DER STIMMABGABE

Außer den oben angeführten allgemeinen Umständen gibt es nach Meinung des Hohen Wahlrats eine Vielzahl von rechtlichen Maßnahmen zur Beseitigung der Probleme in Verbindung mit dergleichen Stimmabgaben:

1-Besonders das SHOY Nr. 1961/298, sieht in vielen seiner Bestimmungen **MEHR ALS EINEN KONTROLLMECHANISMUS** vor: “Beispiele solcher Bestimmungen sind: dass die Stimmzettel und Umschläge nur vom Hohen Wahlrat, und zwar mit Wasserzeichen produziert werden können, auf den Umschlägen das **Logo** des Hohen Wahlrats erscheint, die Umschläge und Stimmzettel den Wählern der Gemeinden in Paketen zugestellt werden und Umschläge zuerst mit dem Stempel des Wahlrates der Gemeinden **gestempelt** und die Stimmzettel und Umschläge im Rahmen der oben angeführten Bestimmungen zusammengesetzten Wahlvorstandes als **gestempeltes Paket** übergeben werden, die Pakete in Gegenwart des sieben-köpfigen Wahlvorstandes, von denen 5 Mitglieder Vertreter der politischen Parteien sind, zusammen geöffnet werden und durch ein Protokoll die Zahl der vom Wahlvorstand empfangenen Stimmzettel und Umschläge **festgestellt** wird, die Stimmzettel und Umschläge vom Wahlvorstand gestempelt werden und anschließend gezählt und festgestellt wird, wie viele Stimmzettel und Umschläge nach der für die Stimmabgabe vorgesehenen Uhrzeit nicht abgegeben wurden, die Zahl der Stimmzettel-Umschläge in den Stimmurnen festgestellt wird, eine Verifikation der Zahlen der gebrauchten Stimmzettelumschläge, der erschienenen Wähler-Zahl und der übrig gebliebenen Zahl der Umschläge durchgeführt wird, erst nach Beendigung all dieser Verfahren die Stimmen ausgezählt

werden, dann die Auszählung in einer Weise vorgenommen wird, die die Mitverfolgung der Zählung durch Parteivertreter und Bürger ermöglicht, nach der Auszählung ein handschriftlich unterschriebenes Protokoll seitens des Wahlvorstandes erstellt, eine Kopie des Protokolls an die Mitglieder des Wahlvorstandes aus den politischen Parteien und auf Forderung an die nicht im Wahlvorstand vertretenen Beobachter aus anderen Parteien übergeben wird..”

2-Nach Ansicht des Hohen Wahlrats liegt bei der Einwilligung der Gültigkeit von Stimmen, die mit den WEGEN FEHLER ODER NACHLÄSSIGKEIT DES WAHLVORSTANDES NICHT GESTEMPELTEN STIMMZETTELUM-SCHLÄGEN UND STIMMZETTELN MIT ‘JA’ abgegeben wurden, kein Verstoß gegen den Zweck der besagten Rechts- und Verordnungsbestimmungen vor, “wenn § 67 des Grundgesetzes und § 3 des Zusatzprotokolls Nr. 1 der Menschenrechtskonvention hinsichtlich des Rechts auf freie Wahlen gemeinsam evaluiert werden. Da “die vom Hohen Wahlrat gelieferten und zwecks Verhinderung des Drucks von gefälschten Stimmzetteln mit Wasserzeichen gedruckt übergebenen Stimmzettelumschläge und Stimmzettel an manchen Urnen von den Wahlvorständen an die Wähler ungestempelt ausgeteilt wurden”, und es sich herausgestellt hat, dass es sich bei der Abstimmungsprozedur am 16. April 2017 (mit den Worten des Entscheids) “bei den - **wenn auch vereinzelt** - benutzten Stimmzetteln und Stimmumschlägen es sich um vom Hohen Wahlrat gesendete Stimmzettel und Stimmumschläge mit Wasserzeichen handelt, die wegen Vernachlässigung oder Fehlern des Wahlvorstandes nicht abgestempelt worden waren, ist angesichts dieses geschriebenen Rechts **allein die Tatsache, dass das Wahlvorstand die Stempel-Prozedur nicht vorgenommen hat, nicht dafür genügend, dass die Stimme des Wählers für ungültig erklärt wird,**

solange in Zusammenhang mit der Wahlprozedur kein Verdacht darüber vorherrscht -entsprechend den Kontroll-Mechanismen, die darauf gerichtet sind, die Wahl-Sicherheit zu gewährleisten und verhindern, dass mit gefälschten Wahlzetteln gewählt wird- dass es sich dabei um Stimmzettel und Umschläge handelt, die seitens des Hohen Wahlrats produziert wurden. Eine gegenteilige Praxis würde herbeiführen, dass durch Verstoß gegen nur eine der **Prozedur-Regeln**, die zum Schutz dieses Recht erlassen wurden und **als Mittel gelten**, das **Wesen dieses Rechts aufgehoben** würde; dieses Resultat steht aber dem Zweck entgegen. Deshalb wurden diejenigen Stimmen, die von den Wählern wegen Fehler oder Vernachlässigung seitens des Wahlvorstandes mit ungestempelten Stimmumschlägen und Stimmzetteln abgegeben wurden, bei denen aber kein Zweifel besteht, dass es sich dabei um vom Hohen Wahlrat gesandte Drucksachen handelt, für gültig erklärt.“ Außerdem „hat diese Entscheidung nicht die Eigenschaft einer Gesetzesänderung, sondern ist auf die von den Wahlvorständen während der Stimmabgabe vorgebrachten konkreten Fälle beschränkt und **entspricht in begrenzter Weise der vorangehenden Praxis**“

3-Des weiteren „hat der Hohe Wahlrat laut Absatz 10 § 14 des SHOY Nr. 298 die Aufgabe, seitens des Wahlrates der Provinz gestellte Fragen über die Verfahrensweisen der Wahl-Prozedur umgehend zu beantworten, und Maßnahmen zu treffen, die den ordnungsgemäßen Verlauf der Wahl im ganzen Land zu gewährleisten und dahingehende Rundschreiben rechtzeitig zu verlautbaren’. Als trotz aller Vorkehrungen “am Tag der Stimmabgabe bei unserem Rat Informationen eintrafen, dass bei manchen Urnen diese Aufgabe vernachlässigt worden sei, wurde, um begrenzt auf diese konkrete Situation gerichtete Maßnahmen zu treffen und die Wahlergebnisse entsprechend dem Willen der Wähler zu bestimmen, die besagte Entscheidung getroffen,

wobei es sich bei dieser Entscheidung auch entsprechend dem Prinzip der Gleichheit und Unparteilichkeit um eine objektive Entscheidung handelt“ und „**nicht evaluiert werden kann**, dass diese Entscheidung **einen Eingriff** in das Wahlergebnis darstellt.“

4-Laut dem Hohen Wahlrat ist der Beschluss Nr. 560 konform mit den Beschlüssen Nr. 272 vom 01/04/1984, Nr. 334 vom 02/04/1994, Nr. 680 vom 8/04/1994 und Nr. 935 vom 03/04/2004 und stellt einen Grundsatzentscheidung dar. Da es aufgrund dieser Beschlüsse „keine Rede davon sein kann, dass die Möglichkeit einer Forderung auf die Aufnahme der Zahl der ungestempelten Umschläge oder Stimmzettel in das Protokoll aufgehoben sei, wurde der Behauptung nicht beigespflichtet, weil die Kontrolle der ungestempelten Stimmzettel nicht mehr möglich sei.“

Zusammengefasst lässt sich sagen, dass laut der Wiederholungen des Hohen Wahlrats „die - wenn auch nur vereinzelt - an manchen Stimmurnen die in § 77 des Gesetzes Nr. 298 angeführte Aufgabe nicht erfüllt wurde (und die Wahlprozedur mit einer im Effekt der oben zusammengefassten Verfahrensweise entsprechend den Stimmurnen zugekommenen Stimmzetteln und Stimmumschlägen vonstattenging), kann nicht dem Wähler zu Lasten gelegt werden.“ (...) „Allein die Tatsache, dass das Wahlvorstand die Stempel-Prozedur nicht vorgenommen hat, ist nicht genügend, die Stimme des Wählers für ungültig zu erklären, solange in Zusammenhang mit der Wahlprozedur kein Verdacht darüber vorherrscht - entsprechend den Kontroll-Mechanismen, die in der Absicht die Wahl-Sicherheit zu gewährleisten und verhindern, dass mit gefälschten Wahlzetteln gewählt wird- dass es sich dabei um Stimmzettel und Umschläge handelt, die seitens des Hohen Wahlrats produziert wurden.

Zusammengefasst heißt es in den Wiederholungen des

Hohen Wahlrats: „Die Wahlprozedur mit einer im Effekt der oben zusammengefassten Verfahrensweise entsprechend den Stimmurnen zugekommenen Stimmzetteln und Stimmumschlägen vonstattenging, kann nicht dem Wähler zu Lasten gelegt werden.“ Des Weiteren heißt es: „Allein die Tatsache, dass das Wahlvorstand die Stempel-Prozedur nicht vorgenommen hat, nicht dafür genügend, dass die Stimme des Wählers für ungültig erklärt wird, solange in Zusammenhang mit der Wahlprozedur kein Verdacht darüber vorherrscht -entsprechend den Kontroll-Mechanismen, die darauf gerichtet sind, **die Wahl-Sicherheit zu gewährleisten und verhindern, dass mit gefälschten Wahlzetteln gewählt wird-** dass es sich dabei um Stimmzettel und Umschläge handelt, die seitens des Hohen Wahlrats produziert wurden.“ (...) „Eine gegenteilige Praxis würde herbeiführen, dass durch Verstoß gegen nur eine der Prozedur-Regeln, die zum Schutz dieses Recht erlassen wurden und als Mittel gelten, das Wesen dieses Rechts aufgehoben würde; dieses Resultat steht aber dem Zweck entgegen.“ (...) „Deshalb wurden diejenigen Stimmen, die von den Wählern wegen Fehler oder Vernachlässigung seitens des Wahlvorstandes mit ungestempelten Stimmumschlägen und Stimmzetteln abgegeben wurden, bei denen aber kein Zweifel besteht, dass es sich dabei um vom Hohen Wahlrats gesandte Drucksachen handelt, für gültig erklärt.“ (...) „Alle auf der Wählerliste eingeschriebenen Personen haben das Recht zu wählen. Wenn § 67 und 90/5 des Grundgesetzes und § 3 des Zusatzprotokolls Nr. 1 der europäischen Menschenrechtskonvention) gemeinsam hinzugezogen werden, musste die Schlussfolgerung gezogen, diejenigen Stimmen für gültig zu erklären, die von den Wählern wegen Fehler oder Vernachlässigung seitens des Wahlvorstandes mit ungestempelten Stimmumschlägen und Stimmzetteln abgegeben worden waren.“

C-ENTSCHEIDUNGSTREFFEN IN FÄLLEN BETREFFEND DIE TAT UND DAS EREIGNIS

Auf der anderen Seite haben die **Richter des hohen Wahlrats (YSK) sich an die Stelle der Wahlräte gesetzt und eine Entscheidung auf dem sogenannten Substitutionswege getroffen, obwohl sie gar nicht auf der Ereignisstelle anwesend waren. Und zwar folgendermaßen;**

1-“ES IST NICHT MÖGLICH, DASS JEMAND MIT EINEM VON AUSSEN MITGEBRACHTEN STIMMZETTEL ABSTIMMEN KANN.“ Ferner wurde inzwischen – wie behauptet wird – **KEINE ANZEIGE BZW. BESCHWERDE ÜBER DEN RAUB/ENTWENDUNG VON STIMMZETTELN MIT WASSERZEICHEN VON IRGENDWELCHEN TÄTERN ERHOSEN** und ist „diesbezüglich keine Information bzw. kein Dokument über die Einleitung einer Ermittlung bei dem hohen Wahlrat eingegangen“ und folglich das Recht des „Bürgers“ auf Einspruch für Ungültigkeit der Stimmzettel und Umschläge ohne Stempel/Siegel keinesfalls aufgehoben.“

2-YSK hat auch die Behauptung, dass gemäß § 68 und 94/c des Gesetzes SHOY mit der Nummer 1961/298 von den Stempeln “JA” oder “AUSWAHL” der eine anstatt des anderen verwendet worden sei, mit der folgenden Begründung abgewiesen; bei diesem seitens von Wahlräten der Gemeinden **VERSEHENTLICH BEGANGENEN FEHLER** haben die Wähler keinen Fehler, was keinen Ausmaß im Sinne der Beeinflussung des Wählerwillens zeige“, und weil „keine konkreten Informationen und Dokumente“ für eine doppelte Abstimmung vorgelegt seien, sei auch diese Behauptung abstrakt.

Der hohe Wahlrat, der die Prozesse der Volksabstimmung nach § 3 des Gesetzes “ADHOSY“ mit der Nummer

1987/3376 führt, hat zum Zwecke der Sicherstellung der zuverlässigen und ordentlichen Durchführung des Referendums Grundsatzentscheidungen getroffen und bezüglich der Durchführung der vorstehend erwähnten gesetzlichen Regelungen mit dem Ziel zur Sicherstellung der zuverlässigen und ordentlichen Durchführung des Referendums am 16 April 2017 sowie zur Sicherstellung der landesweit einheitlichen Durchführung seinen in dem Amtsblatt (Resmi Gazete) Nr. 29979 vom 24/02/2017 veröffentlichten Beschluss Nr. 2017/97 vom 24/02/2017 auf seiner Webseite und im Amtsblatt bekanntgegeben und **die Durchführung der Wahlen in Sicherheit sichergestellt.**“

Zum Schluss soll hier darauf hingewiesen werden, was das **MITGLIED, DAS GEGEN** die Beschlüsse Nr. 2017/573, 574, 575 **ABGESTIMMT HATTE**, bemerkt hat: „Am Tage der Abstimmung, vor dem Öffnen der Wahlurnen, die erst um 17:00 geöffnet werden sollten, hat der Rat beschlossen, die Stimmumschläge ohne Stempel als gültig zu zählen, diesen Beschluss um 16:50 Uhr nebst den Beauftragten der Wahlräte den Mitgliedern des hohen Wahlrates mitgeteilt, wobei jedoch **das Entscheidungsbefugnis über diesen De-facto-Zustand vorrangig dem Wahlrat gehört** und der Fall auf Einspruch hin der Reihenfolge nach zuerst seitens der Wahlräte der Gemeinde und der Provinz zu überprüfen und der Streit erst zuletzt seitens des Hohen Wahlrates zu lösen ist. Aufgrund des Versäumnisses all dieser Schritte wurde in der Öffentlichkeit eine Vertrauenskrise ausgelöst. Der Beschluss Nr. 560 verstößt gegen die vorrangig zu beachtenden § 67 und 98/4 des Grundgesetzes sowie des Gesetzes Nr. 298 und gegen das am 14/02/2017 in dem Amtsblatt Nr. 29979 veröffentlichten Dekret Nr. 135/I. Aufgrund dieser falschen Entscheidung wurde die Möglichkeit für die Feststellung der Anzahl der Umschläge und Stillzettel

ohne Stempel eliminiert, was sich in der Öffentlichkeit als 2,5 Millionen Stimmen reflektiert hat. Da die mit § 49/3 eingeführte Regelung des Gesetzes Nr. 2006/5490 unmittelbar das Wählersein im Ausland betrifft und deshalb inhaltlich eine Änderung in Wahlgesetzen im Rahmen des letzten § / § 67 ist, verstößt deren sofortige Anwendung gegen den letzten Absatz des § 67 des Grundgesetzes“.

ZWEITER TEIL

BELANGE BETREFFEND DIE „JA“-STIMMZETTEL SOWIE UMSCHLÄGE OHNE STEMPEL

I- GESETZLICHE REGELUNGEN DEN ZU DEN UNTERSUCHUNGSTHEMEN

A-ALLGEMEINE GESETZLICHE REGELUNGEN

Stimmabgabe und Wahlrecht gehören entsprechend dem § 3 des Zusatzprotokolls Nr. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention sowie den § 67 und 79 des Grundgesetzes zu den unabdingbaren politischen Rechten, die im Rahmen der Gesetze genutzt werden.

Hierbei gibt es keine Meinungsverschiedenheit.

Dieses Recht kann jedoch wiederum – wie vorstehend erwähnt - im Rahmen der nach dem Grundgesetz zu verabschiedenden Gesetze genutzt werden und diese Gesetze sind bereits verabschiedet: das Gesetz Nr. 1961/298 über die **„Grundbestimmungen der Wahlen und Gesetz Wählerregister“** (SHOY) und das Gesetz Nr. 1987/3376 über die **„Vorlage von Veränderungen des Grundgesetzes vor den Volkswillen“** (ADHOSY)

B- GESETZLICHE SONDERREGELUNGEN

Der hohe Wahlrat (YSK) hat in seinen Sprüchen bezüglich des Gesetzes SHOY Nr. 961/298 auf § 14 über die „Aufgaben und Befugnisse des hohen Wahlrates“, auf § 23 über die „Feststellung der Wahlvorstandsmitglieder“, auf § 24 über die „Zusammensetzung der Wahlvorstände“, auf § 77 über das „Stempeln der Stimmzettel sowie der Umschläge, auf § 86/1 über die „Stimmenabgabe jedes Wählers“, auf § 96 über die „Kontrolle der Stimmenzählung“, auf § 97 über die „nicht verwendeten Stimmzettel und Umschläge“, auf § 98 über die „Öffnung

der Wahlurnen und Zählung der Stimmen“ hingewiesen und zusätzlich der § 101 über die Bestimmung „**WAHLZETTEL, AUF DEREN RÜCKSEITE DER STEMPEL DES WAHLVORSTANDES FEHLT, SIND UNGÜLTIG**“ besonders hervorgehoben.

Die relevanten Bestimmungen des Gesetzes SHOY sind im Allgemeinen die folgenden:

“Nachdem der Wahlvorstand die Schritte Vereidigung, Platzierung der Wahlurne, Zurichtung des Platzes für die geheime Stimmenabgabe abgeschlossen haben, zählt er vor den Anwesenden ... die von dem Vorsitzenden des Wahlausschusses der Gemeinde übergebenen und mit dem Siegel des jeweiligen Ausschusses versehenen Spezialumschläge auf“ und ” dokumentiert die gemäß diesem § vorgenommenen Schritte auf dem Protokollheft und bestätigt diese mit eigener Unterschrift” (§ 77/4, 5).

Bezüglich der “Öffnung der Wahlurne sowie der Aufzählung der Umschläge mit Stimmzetteln drin“ ... “werden die von dem Wahlvorstand abgegebenen (...), jedoch mit den **SIEGELN DES WAHLAUSSCHUSSES DER GEMEINDE SOWIE DES WAHLVORSTANDES SELBST NICHT VERSEHENEN (...) UMSCHLÄGE GELTEN ALS UNGÜLTIG.**” “Die ungültigen Umschläge werden verpackt, die Packung versiegelt und drauf die Anzahl der ungültigen Umschläge eingetragen. Diese Umschläge werden aufbewahrt und auf keinen Fall geöffnet” (§ 98/4, 6).

Bezüglich der Zählung und Aufstellung der Stimmen: «Die Stimmzettel, welche zwar gültig sind, jedoch nicht zu der Zählung zugeführt werden müssen, sowie Stimmzettel, für deren Aufzählung Zweifel bestehen bzw. gegen die Einspruch erhoben worden sind, werden nicht in die Zähl- und Aufstellungsliste eingetragen, sondern abgesondert und seitens des Vorsitzenden

des Wahlvorstandes aufbewahrt.» «Nach der Eintragung der gültigen Stimmen in die in die Zähl- und Ausstellungsliste werden diese Stimmzettel, welche zwar gültig sind, jedoch nicht zu der Zählung zugeführt werden müssen, sowie Stimmzettel, für deren Aufzählung Zweifel bestehen bzw. gegen die Einspruch erhoben worden sind, von dem Wahlvorstand einzeln bewertet, über diese entschieden und diese Entscheidung in das Protokollheft eingetragen, welches anschließend geschlossen und unterschrieben wird». „Stimmzettel, die für ungültig erklärt oder der Zählung nicht hinzugefügt worden sind, werden gesondert verpackt, diese Packung mit Schnur zusammengebunden, auf die obere Seite Siegel und die Anzahl eingetragen und aufbewahrt“. „All diese Prozesse werden in dem Protokollheft dokumentiert und mit Siegel und Unterschriften des Vorstandes sowie der Mitglieder des Wahlvorstandes bestätigt“ (§ 100/ 11, 16, 18, 22).

„Bezüglich der ungültigen Stimmzettel“; „Stimmzettel, deren Rückseite kein Stempel des Wahlvorstandes haben“, (...) „sind ungültig“ (§101-1).

„Die Anzahl der Umschläge sowie der Grund der Ungültigkeit sind in dem Protokollheft zu dokumentiere“ (§ 105/2-12).

Bei der Übergabe der Unterlagen und Dokumente bezüglich der Zählung sind“ die gezählten und gültigen Stimmzettel (...) und die zu der Rechnung nicht hinzugefügten Umschläge“ genannt (§ 107/1).

Bezüglich der Zusammenführung der einzelnen Wahlergebnisse sowie deren Kontrolle seitens des Wahlausschusses der Gemeinde ist bemerkt, dass auf „den Zusammenführungsprotokollen“ die Summe der „als ungültig erklärten oder zu der Rechnung nicht zugefügten Stimmzettel“ sowohl „in Zahlen wie auch mit Word“ zu dokumentieren (§ 108/4, 12).

§ 110 ff des Gesetzes betreffen die Einsprüche und Beschwerden. Bezüglich der Beschwerdeinstanzen wird hier fol-

gendes ausgeführt: “Gegen die Entscheidungen der Vorstände und Ausschüsse, welche schriftlich nicht als endgültig dokumentiert sind, ist der nächste höhere Ausschuss die Beschwerdeinstanz bezüglich eines Vorstandes/Ausschusses. Die vom Amts wegen verabschiedeten Beschlüsse des hohen Wahlrates sind endgültig” und “... Beschwerden, für die keinen Beweis bzw. keinen Grund eingebracht wird, werden nicht bearbeitet“ (§ 111, 112).

II-ANWENDUNGSPROBLEMATIK DER GESETZLICHEN REGELUNGEN

Es ist sinnvoller, diese Problematik in Verbindung mit den Begründungen des hohen Wahlrates (YSK) in seinen Beschlüssen zu untersuchen.

A-PROBLEMATIK DER EXISTENZ DES KONFLIKTES MIT DEN INTERNATIONALEN RECHTSNORMEN

Zweifellos gehört die Wahl entsprechend dem § 3 des Zusatzprotokolls Nr. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention sowie den § 67 und 79 des Grundgesetzes, wie vorstehend erwähnt, zu den unabdingbaren politischen Rechten, die im Rahmen der Gesetze genutzt werden. Hierbei gibt es keine Meinungsverschiedenheit.

Zwischen den Bestimmungen sowohl des SHOY-Gesetzes Nr. 1961/298 wie auch des ADHOSY Nr. 1987/3376 und den diese verifizierenden Bestimmungen des § 3 des Zusatzprotokolls Nr. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention gibt es in dieser Hinsicht gar keinen Widerspruch. Damit zwischen zwei Normen ein Konflikt entstehen, müssen zwei Bedingungen erfüllt sein¹: Die Rechtsbelange der Normen/Bestimmungen müssen gleich sein und deren Elemente zueinander in Konflikt stehen.

¹ In diesem wissenschaftlichen Gutachten wird dieses Gesetz so übersetzt und mit “ADHOSY” abgekürzt.

1- Die Bedingung der Gleichheit der Rechtsbelange der Normen/ Bestimmungen

In unserem Fall kann es keine Rede von einer solchen Gleichheit sein. Denn § 67 und 79 des Grundgesetzes und vor allem § 3 des Zusatzprotokolls Nr. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention betreffen das Wahl- und Stimmrecht. Der Belang hier ist das Grundrecht und es die Unterstützung dieser Artikel aneinander selbstverständlich.

Demgegenüber betreffen die o.g. Artikel des Gesetzes SHOY Nr. 1961/298, vor allem aber die Artikel 98 und 101 die **ungültigen Stimmen**. Hier haldelt es sich, aus formaller Hinsicht welche Stimmen gültig, welche ungültig sind.

2-Bedingung des Konfliktes der Bestandteile der Normen /Bestimmungen gegeneinander

Refeln die Normen/Bestimmungen den gleichen Punkt, so wird der zweiten Bedingung, also dem Bestehen des Konflikt/der Überlappungg zwischen deren Bestandteilen gesucht.

Ist auch diese Bedingung erfüllt, so ist der Konflikt/Widerspruch vorhanden und falls diese Normen in der rechtlichen **Reihenfolge (Hierarchie) auf dem gleichen Niveau stehen**, so gilt es, dass die nachfolgende Norm die vorhergehende aufgehoben (ersetzt) hat. Die einzige Ausnahme hierbei ist es, dass in dem Falle gemäß § 90 des Grundgesetzes nicht die nationale Norm, sondern die Norm der internationalen Konvention/des internationalen Abkommens vorrangig anzuwenden, wenn es sich in dieser Norm um die Menschenrechte handelt und diese in einer internationalen Konvention/einem internationalen Abkommens geregelt ist.

Falls diese Bedingung des Konfliktes nicht erfüllt ist eine dieser Normen einen Mehrbestandteil als andere beinhaltet, so ist diese Norm eine Sondernorm und die Anwendung erfolgt in diesem Falle gemäß dem „Grundsatz der Priorität

der Sondernorm“ [(Principe de la spécialité) (Italienisches Strafgesetzbuch, § 15)] entsprechend dieser Sondernorm.

Wenn zum Beispiel im Anschluss zu der nationalen Regelung des Gesetzes SHOY Nr. 1961/298, wonach im Artikel 5 das Wahlalter als 18 vorgesehen ist, eine Bestimmung eines/einer internationales/-en Abkommens/Konvention in Kraft gesetzt wird, die das Wahlalter als 17 regelt, so wird aufgrund der Gleichheit der Belange und Bestandteile entstünde in diesem Falle eine Aufhebungsbeziehung (Ersetzung) und demnach wäre die zweite Norm anzuwenden. Falls demgegenüber jedoch mit einer Bestimmung eines/einer internationales/-en Abkommens/Konvention das Wahlalter als 19 geregelt wäre, so stünde dies mit der Bestimmung des § 5 des Gesetzes Nr. 1961/298 (SHOY) über das Wahlalter mit 18 Jahren in Konflikt und in diesem Falle müsste man entsprechend der internationalen Bestimmung vorgehen.

Bei dem untersuchten Fall ist es weder von einem Konflikt noch von einer Beziehung der allgemeinen und gesonderten Normen die Rede. Denn bei diesem Fall unterscheiden sich die Belange voneinander und deshalb ist eine Überprüfung der Erfüllung der zweiten Bedingung gar nicht erforderlich. Zudem gibt es zwischen den Bestandteilen sowieso gar keinen Konflikt.

Aus diesem Grunde wäre die Behauptung eines Normenkonfliktes in dem untersuchten Fall mit der Bezeichnung der Italiener “Folterung der Normen”.

B-PROBLEMATIK DES WIDERSPRUCHES BEZÜGLICH DES MORALISCHEN KERNS STIMMRECHTES

Hier stellt sich die Frage, ob nach der Formulierung der Richter des Hohen Wahlrats (YSK) die Bestimmungen, die mit

NICHT ABGESTEMPELTEN UMSCHLÄGEN abgegeben worden sind bzw. anstatt den “AUSWAHL”-Stempel mit dem “JA”-Stempel abgestempelt worden sind, für ungültig erklären, mit der **“AUFBEWAHRUNG DES KERN DES RECHTES UND DEN VON DER NORM ERWARTETEN ZWECKEN UNVEREINBAR”?**

KEINESFALLS.

Denn heben wir es schon zu Anfang hervor, dass die BESTIMMUNGEN, die MIT NICHT ABGESTEMPELTEN UMSCHLÄGEN abgegeben worden sind bzw. anstatt den “AUSWAHL”-Stempel mit dem “JA”-Stempel abgestempelt worden sind, für ungültig erklären, sind moralische/ethische BESTIMMUNGEN, die die Aufrichtigkeit, Sittlichkeit in den Wahlen sicherstellen. Anderenfalls, wenn also diese Bestimmungen, die die Verhinderung der während der Wahlen öfter vorkommende Abgabe von gefälschten Stimmzetteln sicherstellen, nicht angewandt werden, so wäre auch das Recht der Wähler, deren Stimmen gültig sind, aufgehoben und die ABSTIMMUNG hätte in diesem Falle IHRE GERECHTIGKEIT/LEGALITÄT VERLOREN HABEN.

Denn in dem untersuchten Fall und bei dieser Abstimmung ist der **erlebte Sachverhalt** genau das Gleiche.

1-Problematik des Widerspruchs mit dem moralischen Kern des Rechts und Begründungen der YSK-Beschlüsse

a-Aus der Hinsicht der Radbruchsche Formel

Falls **die BESTIMMUNGEN, die MIT NICHT ABGESTEMPELTEN UMSCHLÄGEN** abgegeben worden sind bzw. anstatt den “AUSWAHL”-Stempel mit dem “JA”-Stempel abgestempelt worden sind, für ungültig erklären, **der menschlichen Ethik widersprechen**, dann könnte es natürlich von dem Radbruchschen Formel die Rede sein.

Nach dieser Formel, die tatsächlich die Stärke und Überlegenheit des natürlichen Rechts gegenüber dem geschriebenen Recht beschreibt und vor allem im Anschluss zu den Nürnberger Prozessen wegen der Übertretung des Rechts in Nazi-Deutschland unter dem Schein des Gesetzes mit den der Menschheit widersetzlichen und unmoralischen Gesetzen Anerkennung fand, müssen die Richter jene Gesetze nicht einhalten, die mit dem „Inhalt der Gerechtigkeit nicht zu vereinbaren“ und gegen das menschliche Moral gerichtet sind. Gesetze dieser Art und deren Bestimmungen sind für die Richter nicht bindend. Halten die Richter solche Gesetze ein, so werden sich dafür verantwortlich. Denn all die Gesetze, die die Anschauung reflektieren, wonach „das Recht ist dort und bei denen ist, wo und wer über die Gewalt verfügt“, haben Deutschland gegenüber dem Nazismus schutzlos gemacht.¹

Demgegenüber lassen die Bestimmungen, die mit **NICHT ABGESTEMPELTEN UMSCHLÄGEN** abgegeben worden sind bzw. anstatt den **“AUSWAHL”**-Stempel mit dem **“JA”**-Stempel abgestempelt worden sind, für ungültig erklären, keinesfalls die Radbruchsche Formel assoziieren. Ganz im Gegenteil; sie sind Sicherheitsregelungen, die die Sittlichkeit der gesetzlichen Regelungen, die Echtheit (Authentizität) und Konkretisierung des Stimmrechtes sicherstellen.

Mit seinen Beschlüssen hat YSK jedoch ganz das Gegenteil getan: die Anwendung der vorstehend genannten Bestimmungen der Gesetze SHOY Nr. 1961/298 und ADHOSY Nr. 1987/3376 verhindert und sie wirkungslos und somit die Wahl- und Stimmrecht zunichte gemacht.

¹ Für detaillierte Informationen siehe: Mantovani, (F), Concorso e conflitto di norme nel diritto penale, Bologna, 1966; De Francesco, Lex specialis, specialità ed interferenza nel concorso di norme penali, Milano, 1980; İçel, Suçların İçtima, İstanbul, 1972, S. 173, 187-193. Ayrıca bk. Antolisei, Manuale di diritto penale, parte generale, Milano, 2003, S. 154-156; Moro, Unità e pluralità di reati, principi, Padova, 1951 S. 65-70..

b-DER ANSATZ „AUSLEGUNG“ IN DEN YSK ENTSCHEIDUNGEN

Die YSK-Richter haben, anstatt über die Ungültigkeit der nicht abgestempelten Umschläge und der Stimmzettel mit dem Stempel „JA“ anstatt „AUSWAHL“ unter der Bezeichnung Auslegung zu interpretieren (*interprétation, interpretazione*), sich - was wir mit Bedauern bemerken - mit der Gültigkeit (*validité, validità*) der auf die Fakt Realität geschützten und aus diesem Grunde konkret formulierten Bestimmungen, mit deren Anwendbarkeit (*applicabilité, applicabilità*)¹ und Effizienz (*efficacité, efficacia*)² befasst; sie haben diese Begriffe im Umfang eines Auslegungsbegriffes behandelt und somit die Grundbegriffe des Rechts miteinander vermengt.

Wie bekannt ist, wird die Auslegung im Rechtswesen als eine Aktivität zur Festlegung des Sinnes (*sens, senso*) und des Umfangs (*portée, portata*) einer gesetzlichen Norm bezeichnet³.

Der Gegenstand der Auslegung im Rechtswesen ist an erster Stelle der Text der gesetzlichen Norm selbst. Die Existenz des Textes ist die ontische Voraussetzung für die Auslegung und das „Cogito“ der Auslegung ist dann: „Der juristische Text ist vorhanden; so ist auch die Auslegung vorhanden“.

Bei Auslegen des Textes ist der keine gewöhnliche Person, sondern, eine Institution, die das „Ich“ (*ego*)  berwunden hat. Mit seiner dieser Eigenschaft wird der Richter keine privilegierte oder eigenmächtige (*plenum arbitrium*), sondern eine an Regeln gebundene Befugnis (*arbitrium regulatum*) nutzen⁴, und bei der

1 Radbruch, *Yasal Haksızlık ve Yasa  st  Hukuk*, Metin/Heper, Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü, İstanbul, 2014, 75 vd.; Kühl, *Radbruch Formülü*, (M. Cemil Ozansü), IÜHFİM, 2012, cilt 70/1, S. 372.

2 Für detailliertes Information ziehe: *Gar /Ginestet, Droit pénal, procédure pénale*, Paris, 2000, n. 131-151; *Merle/Vitu, Traité de droit criminel, I, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, Paris, 2000, n. 239-248.

3 Manche französischen Autoren benutzen für die Effizienz das Wort „empire“. Zum Beispiel, *Roux, Cours de droit criminel français, I*, Paris, 1927, S. 43 vd.

4 Côté, *Interprétation des lois*, Cowansville, 1982, S. 1.

Nutzung dieser Befugnis sich an die Auslegungsregeln halten, welche zum Zwecke der Verhinderung der Eigenmächtigkeit geschaffen sind¹, sich von dem Wortlaut des Gesetzes keinesfalls entfernen (*a verbis non est recedendum*). Eine Auslegung, die sich von dem Wortlaut des Gesetzes entfernt, ist, wie es Francis Bacon in 1605 ausgedrückt hatte, die Wahrsagerei² oder wie es im 17. Jahrhundert der englische Richter Edward Coke ausgedrückt hatte, “eine giftige Schlange, die die Kern des Textes zerfrisst” (*viperina est expotio quae corodit vicera textus*)³. Und eine regel- und grundsatzlose Auslegung ist, wie es Capitant bemerkt, eine “fiktive/virtuelle Auslegung” (*interprétation chimérique/putative/imaginaire*).

Nach dem in den zivilisierten Gesellschaften seit Montaigne bis heute entstandenen Bewusstsein hält man sich an die Gesetze mit Vorbehalt der vorstehend beschriebenen Radbruchschen Formel, weil sie Gesetze sind⁴.

Das heißt also, dass der Richter beim Auslegen den gegebenen Rahmen des Gesetzestextes durch Anwendung der prätorianischen Gewalt keinesfalls überschreitet, und sich in dem Bewusstsein verhalten, dass seine eigentliche Aufgabe eben nicht die Beurteilung des anzuwendenden Gesetzes und Textes, sondern die Lösung und Abschließung des Problems entsprechend dem Gesetzestext ist, die Grenzen durch Verwässern des Gesetzestextes mit der Vorwand Durchdringung in die Kern nicht überschreiten⁵, “nicht versuchen, zu ermitteln, was der Gesetzgeber in seinem Kopf eigentlich gehabt, aber im Gesetzeswortlauf nicht reflektiert hätte“ (Pescatore), und in dem Bewusstsein, dass „die Gesetze mit Wörtern graviert sind“

1 Boulouis, *Rapport de synthèse, L'interprétation par le juge des règles écrites*, Paris, 1980, S. 12.

2 Fiandaca/Musco, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 1995, S. 94; Battaglini, *Diritto penale*, Padova, 1949, S. 47, 49, 56.

3 Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa, 2010, S. 94.

4 Gözler, S. 94.

5 *Essais*, France Loisirs, Paris, 1967, S.663).

(Ezra Pound), niemals vergessen, dass die Ausdrücke, Wörter im Gesetzestext beim Auslegen die Ausgangs- und Zielpunkte bilden¹.

Noch mehr als das: der Richter, der auslegt, hat über die global gefilterten Begriffe/Terminus wie der Begriff „Auslegen“, welche auf dem Jahrtausende alten Webstuhl der menschlichen Kultur gewebten, die Grenzen der Denkwelt festlegt und eine gemeinsame Sprache haben, kein Eigentums-, sondern nur ein Nutzungsrecht. Aus diesem Grunde darf er diese nicht verwandeln. Hält er sich nicht an diese Regel, so wird er zu einer rätselhaften Auslegung (*interprétation énigmatique*) oder, was noch gefährlicher ist, zu einer giftigen Auslegung (*interprétation virulente*) gelangen, wenn die Begriffe/Terminus, deren Inhalte entleert sind, zu einem Virus verwandelt.

Beim Auslegen ist also der Text das Rückschlagventil. Eine dieses Rückschlagventil ausschließende und sich an die o.g. Regeln nicht haltende Auslegung ist eben nach dem italienischem Ausdruck die „Folterung der Norm“ (*torcere la norma*) bzw. nach dem französischen Ausdruck die Überschreitung zur gezwungenen/unwilligen Interpretation“ (*interprétation forcée*).

Wie oben dargestellt, sind die gesetzlichen Bestimmungen über die Ungültigkeit der nicht abgestempelten Umschläge und der Stimmzettel mit dem Stempel „JA“ anstatt „AUSWAHL“ offene und klare Bestimmungen, welche die nicht das Urteil der Wahrhaftigkeit (*Tatsache, vérité, verità*), sondern das Faktum und Urteil der konkreten Realität (*realite, realtà*) widerspiegeln, sichtbar die Qualität haben, so dass sie von jedem, selbst von den der Justiz fremden Menschen sehr einfach verstanden werden können und keinerlei Auslegung benötigen. Seit dem römischen Recht her ist bei soweit offenen und „klaren Bestimmungen keiner

¹ Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, I, Paris, 1913, n. 144 vd.; S. 147; Fiandaca/Musco, S.98, 104; .

Auslegung erforderlich” (interpretatio cessat in claris), mit der Formulierung in Mecelle “tasrih mukabelesinde delalete itibar yoktur” (§ 13)¹ oder “zahir olan sözlerin tefsire ihtiyacı yoktur”². Denn auch in einem am Ende der im Jahre 1978 abgehaltenen internationalen Sitzung über die Auslegung im Rechtswesen, also am Ende der Luisiana-Tage veröffentlichten Bericht wurde vorgesehen, sich mit verbaler (grammatischer) Interpretation zu begnügen, falls der Text offen und klar gefunden wird³.

Obwohl der Zustand so offen und klar und druchsichtlich ist, haben die YSK-Richter in dieser eine Bevölkerung über 80 Millionen betreffenden und so äußerst wichtigen Angelegenheit leider die Gesetztexte, gefilterten Begriffe/Terminus an die Seite gestellt und anstatt dessen durch rätselhaften Auslegungen; durch Verwechslung des gelegten Rechts (de lege lata) mit dem zu schaffendem Recht (de lege ferenda) die gesetzlichen „Normen gefoltert“ und „gezwungene Auslegungen“ herbeigeführt.

c-Begründung der YSK-Beschlüsse

Die YSK-Richter haben sich nicht nur damit begnügt, durch Anwendung einer befremdenden Begründung ihre eigenen Beschlüsse mit dem eigentlichen Sinn des Begriffes aus rechtlicher Hinsicht mangelhaft gemacht.

Weil beim Gericht jedes Begehren eine Sache (Klage) und jede Sache ein noch zu lösendes Problem ist, muss jede Sache eine Begründung haben und diese Begründung muss als ein den Prozess und die Ergebnisse der juristischen Wirkungskraft

1 Bettiol, (Luciano Pettoello Mantovani), Diritto penale, parte generale, Padova, 1986, S.141, 150; Antolisei (Conti), Manuale di diritto penale, parte generale, Milano, 2003, S.34; Côté, S. 208, 230; Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, Derecho penal español, parte general, Madrid, 1993, S.191, 192.

2 Ali Haydar Efendi, (Reşit Gündoğdu/Osman Erdem), Dürerü'l Hükkâm Şerhu Mecelet'il- Ahkâm, ohne Datum, S. 42, 43.

3 Berki, (Ali Himmet), Hukuk Mantığı ve Tefsir, Ankara, 1948, S. 146.

reflektierendes Werk von Lücken und Überschüssen befreit sein und allen befriedigen. Denn der **richterliche Spruch** ist kein Theorem, sondern eine sich weiterentwickelnde Erfindung¹. Aus diesem Grunde ist die Begründung sowie das begründete Urteil eine beispiellose Eroberung auf dem Wege zur Gerechtigkeit der französischen Revolution in 1789²; die Sicherung der diskutierenden Demokratie. Die demokratische Überwachung eines Richterspruches ist kann nur dann sichergestellt werden, wenn dessen gerichtliche und juristische Begründungen jedes Problem beantworten und für alle befriedigend ist. Denn die Begründung, welche das gefällte Urteil nicht untermauert, wird das gefällte Urteil aufgrund ihrer Zulänglichkeit mangelhaft machen, außer Kraft setzen³. Aus diesem Grunde befehlen die Verfassungen und Gesetze, dass die Urteile zu begründen sind (Verfassung, § 141/3, Strafprozessordnung, § 34).

Bei Gerichten und Richtersprüchen ist auch die Hinzuziehung einer scheinbaren oder versteckten Begründung grundsätzlich eine Begründungslosigkeit und eine versteckte Justitia, die das Recht der Menschen auf ein *faire* Verfahren, die sich an die Organen der Justiz zugewandt haben, mit dem sogenannten “**hile-i şer’iye**”, also dem Trick zunichtemachen.

Auch dieser Zustand zeigt sich in diversen Formen und diese Formen sind zum größten Teil in zahlreichen richterlichen Sprüchen und in dem den untersuchten YSK-Urteilen und zu finden:

Zum Beispiel, das Urteil ist wegen dem Fehlen der gesetzlichen/rechtlichen Grundlagen (*le défaut (le manque) de base légale*) mangelhaft.

1 Cuerto-Rua, *L’Interprétation par le juge des règles écrites*, (journées louisianaises), Paris, 1980, S. 10.

2 Mimin, *Le style des jugements*, Paris, 1978, S. 337.

3 Boré, n.1986.

Wie der bisherigen Zusammenfassung zu entnehmen ist, fällt in YSK-Beschlüssen nicht nur die gesetzlichen Grundlagen, sondern, sie vertossen gleichzeitig den Artikeln des Gesetzes.

Manchmal ist die Hauptsache bei Seite geschoben und das Urteil mit ergebnisneutralen Gründen (motif inopérant), mit überschüssigen und überschüssigen Begründungen (motif surabondant) ausgeschmückt. Beispiele, die diesen Fall reflektieren, begegnen wir fast in jedem Absatz. Zum Beispiel, in den Urteilen sind alle Bestimmungen und Regelungen des geschriebenen nationalen und internationalen Rechts über die Wahlrecht und das ahlrecht betreffenden Belangen untereinander aufgelistet und sogar aufgrund der wiederholten Synonymwörtern “Teufelskreisläufe” (circulus itiosus, cercle vicieux, devr-i batıl, fasit daire) geschaffen, “Tautologien” (totoloji, tautologie), mit der Ausdrucksweise der osmanischen Denker also, “müsadere ale-l matlûb” oder “tarifi, muarrefle tarifeme”le, mit dem heutigen Ausdruck “Petitio principii” (pétition de principe) hinzugezogen.

Daneben darf es nicht vergessen werden, dass jeder Spruch der Richter, somit also jeder als rechtskräftig erklärter Beschluss der von Richtern zusammengesetzten hohen Wahlrats (YSK) den Regeln der Logik entsprechen müssen. Denn die Mathematik und Logik sind zwei Wissenschaftszweige, die apodiktischen Aussagen (Apodiktik) generieren, die nicht widerlegt werden können und deren Ergebnisse endgültig sind. Wissenschaftlichen Zweige außer diesen beiden können jederzeit widerlegt werden, welche Schlüsse mit „Vielleicht“ (die Problematik) folgern. Aus diesem Grunde müssen die Richtersprüche im Einklang mit den Daten dieser beiden Wissenschaftszweigen stehen. Es besteht dabei jedoch die Gefahr, dass man öfter in widersprüchlichen Argumentationen, Paralogismen, Sophismen, Scheinbeweisen und Teufelskreisläufen Abweichen kann, welche vor allem in der Logik anfänglich als gültig erscheinen. Besonders in den

Ländern, in denen die Wissenschaft der Logik während des Studiums vernachlässigt werden und die Richter es versäumen, die Sache mit „freier Untersuchung“, mit „freiem Kopf“ anzugehen, kommen solche Faktenfallen öfter vor. Unter der Berücksichtigung, dass das wissenschaftliche Wissen und Rechtsurteil mit dem Druck, mit der Autorität und somit mit der Scholastik nicht zu vereinbaren ist, ist es erforderlich, die Sachen immer „mit kritischen Augen“ zu betrachten, alles mit dem wissenschaftlichen und rechtlichen Zweifel unablässig zu untersuchen, sich Ideologien wie die Rettung des Landes nicht zu unterwerfen und die Grundregeln der richterlichen Ethik wie die Liebe zur Wahrheit/Aufrichtigkeit, intellektuelle und juristische Unparteilichkeit und Objektivität, rechtliche/geistige Wagemut, geistige Vertrautheit, geistige Ausdauer und geistige Aufrichtigkeit sowie Freiwilligkeit (also nicht eigene Interessen verfolgen) einzuhalten. Denn aus diesen Gründen wurden in den Bangalor-Grundsätzen von 2001 und Budapest-Prinzipien von 2005, welche die UN-Menschenrechtskommission am 23.4.2003, **HSYK am 10.10.2006 (n. 424)**, **YCGK am 20.11.2007**'te (h, 83/244) adoptiert haben, erwähnen diese ethischen Regeln.

Bei seinen Beschlüssen hat der hohe Wahlrat (YSK) jedoch gezeigt, dass die Bangalor- und Budapest-Grundsätze gar nicht geachtet, sogar übertreten hat. Tatsächlich hat der Hohe Rat der Richter und Staatsanwälte (HSYK) in seinen Entscheidungen mehrdeutige Wörter ohne bestimmte Grenzen wie das „Recht“ verwendet und den eigentlichen Sachverhalt übersehen lassen, wodurch fehlerhafte Schlussfolgerungen (*ignoratio Elenchi*), „Fehlschlüsse der Mehrdeutigkeit (Synonymität)“ (*fallacy of equivocation*, *fallacy of ambiguity/amphibaby*) hinzugezogen wurden; obwohl die gesetzliche Bestimmung es unterbietet, Hypothesen gegen die Tatsachen (*hypothesis contrary to fact*) verwendet wie z.B. die falschen Umwandlungen (*false*

conversions): “Stimmen ohne Siegel sind gültig, solange das Gegenteil nicht erwiesen ist”, was etwa der Aussage gleicht, “Er/sie wäre ein/-e erfolgreiche/-r Jurist/-in geworden, falls sein Vater reich wäre” oder „Auch die früheren Beschlüsse waren in dieser Richtung“ oder **“Jeder Bürger hat das Wahlrecht, so sind deshalb die Stimmen ohne Siegel gültig”**, was etwa einer Aussage gleicht wie “Jeder Staatsbürger respektiert die Nationalflagge und so ist jeder, die die Nationalflagge respektieren, sind Staatsbürger”; Und zum Zwecke der Unterstützung der erreichten gesetzwidrigen Schlussfolgerung wurden die Methode der Beweisführung angewandt, in dem die für die Menschheit allgemein gültigen Ansichten als Beweise behauptet werden (argumentum e consensu gentium/argumentum consensus gentium).

Zusammengefasst: All dies zeigt, dass die Richter die Regeln der richterlichen Ethik nicht eingehalten haben und sich mit den ideologischen Beweggründen wie die Rettung des Landes anstatt der Rettung des Rechts entschieden haben, was die Glaubwürdigkeit des Urteils geschwächt, vernebelt und sogar ruiniert hat.

Die Richtersprüche dürfen sich auf keine hypothetischen Begründungen (motif hypothétique), also auf fehl- und zweifelhafte Gründe stützen. Die Beschlüsse des YSK sind aus dieser Hinsicht mangelhaft. Die Beschlüsse wurden mit Anlehnung auf eine Annahme wie einen juristisch nicht verifizierbaren Widerspruch/Konflikt entwickelt; aus diesem Grunde ist die erreichte rechtliche Schlussfolgerung (déduction juridique) falsch. Und das Schlimmste ist es dabei, weil man sich bei der Behauptung des Widerspruchs wiederum auf widersprüchlichen Gründe (motifs contradictoires) gestützt hat. Mit dem bereits zu einem Spruch gewordenen und immer wieder wiederholten Formulierung des französischen Kassationsgerichtes: “da die

widersprüchlichen Begründungen aneinander tilgen, entbehren die Beschlüsse der Begründung⁴¹.

Außerdem haben der Rechtsmangel (vitium iudicando), indem die Artikel 98 und 101 als Rechtsvorschriften nicht angewandt werden, und sogar diejenigen Bestimmungen, die den Wahlbetrug verhindern sollen, als ungültig erklärt werden und dadurch für die Wahlfälschung eine geeignete Grundlage geschaffen wurde und durch die Abänderung/Veränderung des Kerns/der Qualität (dénaturation, denaturazione) der gesetzlichen Bestimmung/Norm, wobei gleichzeitig von der Sicherheit der Wahlen geredet wird und auf der anderen Seite jedoch die Normen, die die Sicherheit sicherstellen, aus widersprüchlichen Gründen für ungültig erklärt werden, wurden die jeweiligen widersprüchlichen Beschlüsse (contradiction [contrarietà] de jugements, decisioni contrastanti) ohne Rechtsgrundlage (la perte de fondement juridique) mangelhaft.

Alle Begründungen, welche das gefällte Urteil nicht untermauern, sind unzulänglich. Die Begründungen der gegenständlichen Beschlüsse sind jedoch, wie der Zusammenfassung zu entnehmen ist, nicht auf fundierten Begründungen, sondern auf krankhafte **Vorwände** (prétexte, praetexta, pretesto) gestützt, die die rechtlichen Wahrheiten umgehen. Wie bekannt ist, ist die Sicherstellung der Aufrichtigkeit, Rechtmäßigkeit, der Konformität mit dem Moral / der Ethik der Wahlen vor allem die Aufgabe des hohen Wahlrates (YSK). In dieser Angelegenheit muß YSK gewissenhaft sein und der Öffentlichkeit und keine Begründung hervorgebracht, die die Ungültigkeit der Bestimmungen rechtfertigen können, welche eigentlich die Aufrichtigkeit der Wahlen sicherstellen können.

1 Für detaillierte Information über Begründung siehe: Motivazione della sentenza civile, Enciclopedia del diritto, XXVII, Torino, 1977, S. 154-180; Amodio, Motivazione della sentenza penale, ebda S 181-257; Giannini, Motivazione della sentenza amministrativo, ebda S 257-269; Feteris, (Ertuğrul Uzun), Hukuki Argümantasyonun Temelleri, İstanbul, 2010; Şeker, Esbab-ı Mucibeden Retoriğe, Hukukta Gerekeçe, İstanbul, 2010.

Entsprechend unserer Erfahrung werden Beschlüsse derart vom Kassationsgericht explizite aufgehoben.

B- VORRANGS-PROBLEMATIK IN DER PRAXIS NACH NORMEN-HIERARCHIE

1-Reihenfolge nach der Normenstufe (Hierarchie)

Die Normen Hierarchie (Normenpyramide) sieht vom oben nach unten wie folgt aus: Verfassung, übernationales Gesetz, Gesetz, gesetzeskräftigen Verordnungen, Satzung, Verordnung, Dekret.

Nach der in der Praxis der Justiz akzeptierten Lehre und vor allem nach der in der Praxis der Rechtssysteme des kontinentalen Europas und somit der Türkei akzeptierten **“Stufentheorie”** werden in dieser hierarchischen Struktur

- die unterliegenden normen von den überliegenden Normen kreiert

- Die Kreativität wird nach unten immer weniger und nach oben immer mehr.

- Bedingt durch die Natur der Kreativität kann die unterliegende Norm mit den überliegenden nicht in Konflikt stehen.

- Die **abstrakteste Norm steht an der Spitze oben** und die **konkreteste steht ganz unten**.

-Die Anwendung beginnt mit der untersten Stufe.

Wie zu sehen ist, **die ganz unten stehenden Normen sind weniger kreativ, deren Anwendungsmöglichkeiten sind jedoch sehr weit**. Mit anderen Worten: so weiter wir in der Normenhierarchie nach unten gehen, umso mehr erhöht sich der Konkretisierungsprozess und diesem Prozess die kreative Kraft der Rechtsnorm wird weniger, wogegen die

Anwendungskraft sich erhöht. Aus diesem Grunde und was die Logik des Rechts erfordert; ***DA DIE KONKRETISIERUNG UND ANWENDUNG DER NORMEN SICH NACH UNTEN ERHÖHEN, DIE ANWENDUNG BEGINNT DESHALB MIT DER KONKRETEN NORM. NORMEN, DIE IN DER RECHTSORDNUNG GANZ OBEN STEHEN, STEUERN VOR ALLEN DIE GRUNDSÄTZE. UND DIE NORMEN GANZ UNTEN STEUERN DIE ANWENDUNG, DIE EXEKUTIVE UND DIE VOLLSTRECKUNG!***

2-Anwendung nach der Normenstufen

Wie vorstehend ausgeführt, haben die Richter des Hohen Wahlrates (YSK) die Gültigkeit, die vertikale Anwendbarkeit sowie Wirksamkeit der Bestimmungen durcheinander gebracht und unter dem Begriff **Auslegung** begutachtet haben, sind auch zu keinem gesunden Ergebnis über die Gültigkeit und Anwendbarkeit der Bestimmungen gekommen.

Denn innerhalb dieser Reihenfolge darf eine Gesetzesnorm mit deiner verfassungsrechtlichen bzw. internationalen Rechtsnorm, eine Satzungsnorm mit dem Gesetzes- und Grundgesetznorm, eine Verordnungsnorm mit den Normen Grundgesetz, Gesetz und Satzung nicht in Widerspruch stehen. Im konkreten Leben kann ein solcher Fall natürlich und bei Justiz jederzeit vorkommen und auch doch vorgekommen. Das ist eine der Existenzgrundlagen der Verfassungsgerichte und Staatsräte.

Wie wird der Richter dann verfahren, der mit der Lösung des Konfliktes beauftragt ist?

Die Antwort auf diese Frage kann sich je nach dem Rechtssystem unterscheiden.

¹ Auf Französisch heißt es: “Les motifs contradictoires se détruisent réciproquement, donc, il ne reste plus rien” ya da” la contradiction entre les motifs et/ou le dispositif équivaut au défaut (à l’absence) de motifs”.

a-Lage beim angelsächsischen Rechtssystem mit der Instanz “Hohe (bzw. oberste) Gericht“

Die Lage in dem angelsächsischen Rechtssystem, das das “hohe Gericht” (supreme court, court suprême) akzeptiert, ist nicht so komplex, sondern, einfach und simpel.

Denn das hohe Gericht ist im ganzen Land das einzige Gericht für die Auslegung und Anwendung des Rechts, das immer das letzte Wort hat.

Damit ein Organ, der Kontrolle-/Aufsichtsaufgaben ausführt, ein hohes Gericht sein kann, muss er diverse Charakteristiken aufweisen: **Erstens: DAS HOHE GERICHT ÜBERNIMMT UND VERWENDET SEINE VERFASSUNGS-, VERWALTUNGS- UND ZIVILGERICHTLICHEN KOMPETENZEN ALLE ZUSAMMEN. Zweitens;** dieser Organ kann gegebenenfalls auch seine Berufungskompetenz anwenden. Mit anderen Worten heißt dies. Jedes hohes Gericht kann eine Verhandlung wie die erste Instanz öffentlich, konfrontiert mit Beweisen und konsultativ, mit wissenschaftliche Worten also, ein Kognitionsverfahren (cognizione, cognitio causae) durchführen, an der die Parteien aktiv teilnehmen. Hat das Gericht die Verhandlung durchgeführt, so kann es auch über den eigentlichen Sachverhalt. **Drittens:** die hohen Gerichte haben keinen Präsidenten und Mitglieder; es gibt einen Oberrichter und die hohen Richter. Die Anzahl dieser Richter ändert sich je nach Grösse des Landes zwischen 8 bis 12. **Viertens:** Die hohen Gerichte bearbeiten je nach der Größe des Landes 50 bis 200 Fälle. In Ländern wie die USA, Californien, Canada, England, Irland, Niederlande, türkische Republik Nordzypem, Japan, Rumänien und Elfenbeinküste hat jeweils ein hohes Gericht in diesem Sinne. Zusammengefasst gibt es in den Ländern mit dem angelsächsischen Rechtssystem als Instanz kein Gericht der Kassation (Kassationsgericht, court of cassation court de

cassation, corte di cassazione) und keinen Staatsrat (Staatsrat, council of state, conseil d'Etat, consiglio di Stato); sie sind aber als Begriff doch vorhanden¹.

Da in den Ländern mit dem angelsächsischen Rechtssystem nur ein hohes Gericht besteht und somit die Einheit/Integrität in der Rechtsprechung geschaffen ist, können die Gerichte der ersten Instanz die Anwendung einer Norm in einer Sache vor ihm in dem Falle meiden und zurücktreten, wenn es eine Gesetzesnorm als verfassungswidrig, eine Satzungsnorm als gesetzwidrig usw. erachtet: das tun sie auch; Denn aufgrund der Einheit in der Rechtsprechung wird das einzige hohe Gericht schließlich sowieso über den Konflikt entscheiden müssen. Aus diesem Grunde ist das hohe Gericht in der Hierarchie in den Ländern, die das System mit dem hohen Gericht gewählt haben, das einzige Gericht, das immer das letzte Wort hat und ist sehr mächtig: In diesen Ländern geht man von dem Grundsatz der «*Justizhoheit*», die das Individuum und den Staat in allen Angelegenheiten einschließlich Prozessführung vor dem Gericht als gleich behandelt².

Der Entscheid der Bundesrichterin Ann Donnelly über die Einstellung des Einreiseverbots des US-Präsidenten Donald Trump für Flüchtlinge und Bürger aus sieben Ländern vom 28 Januar 2017 stellt ein sehr gutes Beispiel dafür dar³.

1 Lachaume, La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français, Paris, 1966, S. 58, 145-150.

2 Weil es in unserem Lande keine solche Unterscheidung und Begriffsbildung gibt, konnten manche früheren Präsidenten des Kassationsgerichtshofes, die im Jahre 1993 zum 125. Jubiläum unseres Kassationsgerichtshofes eingeladen waren, ihre Überraschung nicht verheimlichen, als sie im Sitzungssaal anstatt des Begriffes "Court of cassation", was eigenlich das Kassationsgericht bedeuten, die Bezeichnung "Supreme court of appeal" gesehen haben, was das Berufungsgericht ist.

3 Die Begriffe der Rechtsstaat und die Rechtsstaatlichkeit sind in verschiedenen Orten der Welt geboren, wobei auch deren Ergebnisse verschieden sind (Selçuk, Sami, Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne, Ankara 1998, S.539-542).

b-Lade in dem Rechtssystem des kontinentalen Europas

Demgegenüber sind in dem Rechtssystem des kontinentalen Europas dies Organe doch unterschiedlich, die das letzte Wort haben. Ihre Aufgabenbereiche sind getrennt; sie betreten die Kompetenzbereiche von einander nicht. Aus diesem Grunde müssen die Richter in eigenen Bereichen bleiben. Wenn nicht, dann entstehen schweren Gesetzwidrigkeiten Chaos, die das Volk erschüttern.

Wie bekannt, hat die Türkei wie Deutschland, Frankreich, Italien und Spanien das Rechtssystem des kontinentalen Europas angeeignet. In diesem System sowie in Lateinamerika und zahlreichen afrikanischen Ländern, die sich von diesem System haben inspirieren lassen, sowie in der Türkei gibt es keine Einheit der Rechtsprechung und die Aufgaben der richterlichen Gewalt sind unter drei höheren Gerichtsinstanzen geteilt: nämlich das Verfassungsgericht, Kassationsgericht und der Rechnungshof. Dieses System kennt im technischen Sinne kein Hohes Gericht. Der Begriff „hohes Gericht“ wird in Grundgesetzen und in der Anwendung nur als ein Zeichen des Hochachtens verwendet.

Diese hohen Gerichtsinstanzen haben die Berechtigung und Aufgabe, bei der Anwendung und der authentischen Auslegung der Gesetze in ihren eigenen Zuständigkeitsbereichen endgültig zu entscheiden. Mit anderen Worten heißt dies: Das letzte Wort haben bei der ordentlichen Gerichtsbarkeit das Kassationsgericht, das in der Hierarchie der ordentlichen Gerichtsbarkeit die höchste Instanz sowie das „Gericht der Kassation“ ist; bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit das oberste Verwaltungsgericht (also der Staatsrat), das die höchste Instanz der Verwaltungsgerichtsbarkeit; und für die Auslegung der Verfassung das Verfassungsgericht allein zuständig. Weit ihre Aufgabenbereiche voneinander absolut getrennt sind, versuchen sie auch nicht, sich an die Stelle des anderen zu setzen und die Regelungen anstatt der anderen auszulegen oder anzuwenden.

In diesem System gibt es keine Einheit/Integrität der Rechtsprechung und die Gerichtsorgane, die das letzte Wort haben, sind sogar voneinander absichtlich getrennt. Aus diesem Grunde sind das Verfassungsgericht, Kassationsgericht und der Staatsrat voneinander unabhängige, gleichrangige und obersten Organe der Gerichtsbarkeit; als Begriff sind sie jedoch keine hohen Gerichte.¹

Wenn also es von einem Konflikt/Widerspruch zwischen den Normen die Rede sein sollte, so hat das Lösungsmonopol dann dem dafür zuständigen Gericht. Mit anderen Worten: Wenn ein Richter in der ordentlichen Gerichtsbarkeit eine Bestimmung einer Satzung bzw. Verordnung als gesetz- bzw. satzungswidrig oder Gesetzesbestimmung als verfassungswidrig erachtet, **muss** er zwischen zwei Optionen wählen.

Als erste Option muss der Richter das Problem zu dem zuständigen Gericht zuweisen, das Problem zu einem „**präjudiziellen Problem**“ wandeln und die Verhandlung einstellen und warten, bis das für den Fall zuständige/beauftragte Gericht einen Beschluss trifft.

Die zweite Option wäre dann, dass das Gericht die **unterrangige Norm** anwendet, die gemäß den vorstehend dargestellten stu-

¹ Die Bundesrichterin Donnelly, die auf die Nominierung durch den US-Präsidenten Barack Obama im Jahre 2015 zum Federal Court New York ernannt wurde, hat mit ihrem jenen Urteil ohne Bedürfnis einer Anlehnung an die Begründung der Verfassungswidrigkeit und auf die Klageerhebung durch die American Civil Liberties Union im Namen von zwei Irakern hin, die legale Einreisegenehmigung in die USA haben, jedoch am New Yorker Flughafen John F. Kennedy interniert waren, die Ausweisung von Ausländern gestoppt, welche Einreisevisum und genehmigte Flüchtlingsstatus haben (Presse, 29 Januar 2017). Damit war das Problem jedoch noch nicht zu Ende; Die Oberstaatsanwälte von 16 aus 50 Staaten in den USA haben in ihrer gemeinsamen Erklärung das Dekret des Präsidenten über das Einreiseverbot von Bürgern aus 7 muslimischen Ländern verurteilt. In der Erklärung heißt es: “Als Oberstaatsanwälte von mehr als 130 Millionen amerikanischen Bürgern und Ausländern in unseren Bundesstaaten verurteilen wir das gesetzeswidrige und gegen die Werte der USA gerichtete Dekret des Präsidenten Trump auf das schärfste”; und dabei wurde es unterstrichen, dass die Religionsfreiheit ein Gr4undsatz der USA sei, was ewig so bleiben sei und kein Präsident diese Tatsache ändern könne. (S. Selçuk).

fenweisen Anwendungsregeln **zwangsweise** anzuwenden ist.

Falls der Richter nicht die erste Option wählt, darf das Gericht außer den Extrembeispielen, die die Anwendung des raddruckschen Formel erfordern, von Rechts wegen auf die Anwendung jener Bestimmung auf keinen Fall verzichten. Falls im **Gesetz jedoch die Möglichkeit eines relativen Verfahrens mit dem Ausnahmecharakter** vorgesehen ist, ist das Gericht zur Lösung des Problem in dem Verhältnis befugt, wie weit seine Zuständigkeit im eigenen Streitfall ausreicht und nur beschränkt auf jene Klage. Zum Beispiel; Nach § 218/3 des Gesetzes CYY kann ein Richter des Strafgerichtes die Berichtigung des Jahresalters beschließen¹. Wenn es keine Rede von einer solchen klaren Regelung in den Gesetzen die Rede ist, hat der Richter bezüglich des vor ihm vorliegenden Problem das von ihm als rechtswidrig behauptete Gesetz-, Satzung- bzw. Verordnungsnorm anzuwenden und verzichtet es auf die Anwendung jener Bestimmung, so wird das gefällte Urteil wegen Kompetenzanmaßung (usurpation de pouvoir, usurpazione de potere) mangelhaft und ist mit der Sanktion der „absoluten Ungültigkeit“ bzw. „Nichtexistenz“ bedroht.²

Falls tatsächlich von diesen die **Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit und Verwaltungsgerichtsbarkeit** durch Eing-

1 Selçuk, Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılamaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri, Prof. Dr. Nur Centele Armağan, İstanbul, S. 322-324.

2 Hier müssen wir folgendes erwähnen; wenn während der Verfassung von 1961 eine Verfassungswidrigkeit seitens der Gerichte behauptet werden sollte (dingliche Überprüfung, exceptio), war eine ähnliche relative Zuständigkeit auch den Gerichten erster Instanz erteilt, wonach das jeweilige Gericht dann das Problem entsprechend der eigenen Anschauung lösen könnte, falls das Verfassungsgericht innerhalb von drei Monaten, nach einer nachträglichen Änderung jedoch erst innerhalb von sechs Monaten keine Entscheidung treffen sollte (§ 151/2,3); dies wurde in der Verfassung von 1982 nicht zugelassen. Mit anderen Worten heißt es, das das lokale Gericht, das das Verfahren eingestellt (zurückgestellt) hatte, trotz seiner Ansicht bezüglich der Verfassungswidrigkeit die jeweilige Gesetzbestimmung/-norm in Kraft doch anwenden muss (§ 152/3).

Diese Änderung stimmt mit dem Rechtssystem des kontinentalen Europas völlig überein, in dem auch die Türkei sich befindet (S. Selçuk).

riff in den Zuständigkeitsbereich des Anderen einen Beschluss haben gefallen sollen, so ist dieser Beschluss wegen **Ermessensüberschreitung** (*excès de pouvoir*, *eccesso di potere*) mit der Sanktion „Ungültigkeit“ mangelhaft. denn über diesen entstandenen Kompetenzkonflikt wird das Kompetenzkonfliktgericht entscheiden und das zwar in der juristischen Welt die Existenz erlangte, jedoch ungültige Urteil aufheben. Solange das Gericht es nicht aufgehoben hat, gilt das mit Ungültigkeit mangelhafte Urteil.

Falls demgegenüber in **einer Angelegenheit im Kompetenzbereich des Verfassungsgerichtes** das Kassationsgericht oder der Staatsrat oder der hohe Wahlrat ein Urteil fallen würde, so wird das gefällte Urteil wegen Kompetenzanmaßung (*usurpation de pouvoir*, *usurpazione de potere*) mit der Sanktion „**NICHTEXISTENZ**“ mangelhaft und gilt in der Welt der Justiz als ungeboren, keine juristische Existenz erlangt, weshalb dieser Beschluss dann keinesfalls aufgehoben werden kann. Dann ist es auch nicht erforderlich und sogar unmöglich, dass ein Gerichtsortan darüber eine Entscheidung trifft, um dies zu bestimmen. In diesem Falle würde dann dieses Urteil in der Welt der Justiz doch als geboren akzeptiert sein, falls ein Gerichtsorgan darüber eine Entscheidung treffen würde, was wiederum eine neue mangelhafte/nichtige Entscheidung bedeutet. Aus diesem Grunde hat das jeweilige Gerichtsorgan nur die Mangelhaftigkeit/Nichtigkeit zu bestimmen. Und das ist alles¹.

Aus diesen Gründen ist die **Nichtexistenz die schwerste Sanktion des Reschts**. Zum Beispiel sind die Beschlüsse wie Ehescheidung, Verhaftung oder Erstellung einer Anklageschrift durch den Landrat mangelhaft wegen Nichtexistenz; weil diese

¹ Die Beschlüsse des französischen Schiedgerichtes lauten seit dem 16.7.1923 so. Französisches Kassationsgericht, 21.12.1961, 25.4.1985. Kunter, n. 156; Erem, S. 149-151; Foschini, S. 36; Rivero/Waline, *Droit administratif*, Paris, 1994; S. 181,-183; Chapus, *Droit administratif général*, Paris, 1988, n. 965-972. Für detaillierte Informationen siehe: Selçuk, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, Ankara, 1998, S. 470-476.

Beschlüsse keine rechtliche Folgen herbeiführt, sind für keinen bindend.

3-Was hat der hohe Wahlrat (YSK) in dem untersuchten Fall zu tun?

Wäre bezüglich des untersuchten Falles ein Konflikt zwischen den Normen vorhanden, wie es seitens YSK behauptet wird, so würde deren Lösung in den Kompetenzbereich des Verfassungsgerichtes fallen. Wenn auch in unserem Falle keinen Konflikt besteht, sind die Schritte klar bestimmt, die in dem Falle zu unternehmen sind, falls die Existenz eines Konfliktes angenommen wird.

Richter der ordentlichen bzw. verwalterischen Gerichtsbarkeit oder die Richter des Kassationsgerichtes bzw. des Staatsrates oder des hohen Wahlrates (YSK), welche halb gerichtliche Funktionen haben, können in einer vor ihnen liegenden Sache eine Gesetzesnorm nicht als verfassungswidrig erachten und müssen diese Norm entweder anwenden oder den Fall vor dem Verfassungsgericht bringen. Wenn die Richter jedoch jene Norm wegen der von YSK-Richtern aufgetischten Begründung von der Anwendung zurückziehen und ein solches Urteil doch fallen, so hätten sie sich an die Stelle der Richter des Verfassungsgerichtes gestellt und so gilt das gefällte Urteil wegen Kompetenzanmaßung (*usurpation de pouvoir, usurpazione de potere*) in der Welt der Justiz als ungeboren und ist mit der Sanktion „**Nichtexistenz**“ (*inexistence, inesistenza*) mangelhaft. Auch ist es keinesfalls nötig, dass ein Gerichtsorgan bzw. –instanz eine Entscheidung darüber trifft, um dies zu bestimmen.

Leider ist dies in unserer Gelegenheit der Fall.

Eigentlich haben die halbgerichtlichen Organe wie YSK keine Zuständigkeit darüber, **Fälle dieser Art, also Konflikte mit**

dem Grundgesetz, dem Gesetz, der Satzung bzw. Verordnung vor die damit beauftragten Gerichtsorgane zu bringen.

AUS DIESEN GRÜNDEN HAT DER HOHE WAHLRAT (YSK) DIE BESTIMMUNGEN DES § 77 DES GESETZES SHOY NR. 961/298 ÜBER DAS „STEMPELN DER STIMMZETTEL SOWIE DER UMSCHLÄGE, DES § 97 ÜBER DIE „NICHT VERWENDETEN STIMMZETTEL UND UMSCHLÄGE“, DES § 98 ÜBER DIE „ÖFFNUNG DER WAHLURNE UND ZÄHLUNG DER STIMMEN“ UND VOR ALLEM DIE BESTIMMUNG DES ARTIKELS 101/1 „WAHLZETTEL, AUF DEREN RÜCKSEITEN DER STEMPEL DES WAHLVORSTANDES FEHLT, SIND UNGÜLTIG“ vorrangig und explizite ANWENDEN.

Die YSK-Richter haben beim Treffen solcher Entscheidungen noch einen weiteren Grund aufgetischt: Auslegung der Normen über die Nichtigkeit.

In unserem untersuchten Fall ist jedoch das Hinzuziehen des Mittels Auslegung unmöglich. Denn die Voraussetzung für die Auslegung ist es, wie vorstehend erwähnt, ist die Existenz einer schriftlichen und auslegungsbedürftigen Rechtsnorm bzw. die zwangsläufige Erforderlichkeit, die Grenzen eines in der Rechtsnorm enthaltenen Wortes, Ausdrucks und Begriffs zu bestimmen.

In unserem Fall ist keine von diesen Voraussetzungen vorhanden; diskutiert werden muss nur, welche Norm anzuwenden ist. Das ist alles.

Die gefällten Beschlüsse und durchgeführten Abwicklungen mit Anlehnung auf die gegen all diese widersprechenden Begründungen sind mit der SANKTION NICHTEXISTENZ mangelhaft. Und eine solche Mangelhaftigkeit wirft die Rechtsordnung um, schafft juristisches Chaos. DAS IST GERADE DER GRUND DES DURCHEINANDERS, DAS

WIR ZURZEIT IN UNSEREM LANDE ERLEBEN.

Für dieses Durcheinander sind zweifellos diejenigen verantwortlich, die das Gesetz falsch anwenden.

An dieser Stelle möchten wir bemerken, dass in einem Beschluss über die Zusammensetzung von Rechtsprechungen (5.4.1990, 2/3) auch das Kassationsgericht einen ähnlichen Fehler begangen hat, indem es mit dem Vorwand des Auslegens für die schwarze und unentgeltliche Nutzung des Telefondienstes durch unberechtigten/unerlaubten Netzanschluss den Begriff Ware hinzugefügt und einen globalen Sicherungsgrundsatz wie die Rechtsmäßigkeit der Straftaten nach 226 nach der Herausgabe des bekannten Werkes von Beccaria sozusagen umgeworfen hatte. Der Gesetzgeber des Jahres 2004, der den berechtigten Aufstand der Lehre gegen diesen Beschluss eingesehen hat, in das türkischen Strafgesetzbuch Nr. 2004/5237 die folgende Bestimmung eingefügt: „Bestimmungen, die Straftaten und Strafen beinhalten, dürfen nicht so weit ausgelegt werden, was zum Vergleich führt“ (§ 2/letzter Satz).

Gegenüber den untersuchten bedenklichen und erschreckenden Beschluss des Hohen Wahlrates (YSK), ist es sinnvoll, wie die o.g. Bestimmung in dem türkischen Strafgesetzbuch (TCY) eine Bestimmung in eins der Grundgesetze einzufügen, die besagt, dass „nach den Auslegungsregeln und der Reihenfolge der gesetzlichen Bestimmungen mit dem Vorwand des Konfliktes mit den übergeordneten Bestimmungen die untergeordneten Bestimmungen von der Anwendung nicht ausgeschlossen werden dürfen“.

C-EIN WEITERER UNTERLASSENER ZUSTAND

Abschließend möchten wir darauf hinweisen, dass mit dem zum § 67 des Grundgesetzes hinzugefügten Absatz 7 wurde ein wichtiger Grundsatz, wonach **eventuelle Änderungen in den Wahlgesetzen ein Jahr lang nach ihrer Verabschiedung nicht**

angewandt werden dürfen, in das Wahlsystem mit der Absicht zugefügt, einen Missbrauch der Berechtigungen/Befugnisse der Mehrheit zu verhindern.

Der Zweck des Grundgesetzgebers mit dieser Regelung ist es sicherlich, zu verhindern, damit die Mehrheit im türkischen Parlament (TBMM) in Anlehnung auf ihre Stärke und auf ein zu verabschiedendes Scheingesetz kurz vor den Wahlen Änderungen in den Gesetzen zu ihren Gunsten vornehmen und somit die Wahlen abzuhalten. Diese Regelung ist doch statthaft. Denn das Schicksal aller an den Wahlen teilnehmenden Parteien und Kandidaten darf in einer Demokratie nicht allein durch die regierende Mehrheit bestimmt werden. Eine solche Regelung würde den verfassungsrechtlichen Regeln widersprechen, welche eine gerechte, faire, gleiche und aufrichtige Abhaltung der Wahlen vorsehen.

Während der verfassungsrechtlichen Regel so ist, ist die Bestimmung, welche im § 23 des Gesetzes SHOY mit der Nummer 1961/298 geregelt und am 31/12/2016 außer Kraft getreten war, mit dem § 80 der gesetzeskräftigen Verordnung Nr. 680 geregelt, wobei mit dieser gesetzeskräftigen Verordnung anstelle des aufgehobenen Absatzes 3 des § 49 des Gesetzes Nr. 5490 über die Personenstandsdienste eine neue Bestimmung hinzugefügt wurde und wenn auch es sich hierbei um eine Änderung des Gesetzes Nr. 5490 handelt, ist dies eine Änderung in geschriebenen Recht bezüglich der Wahlen, was offenbar die Wahlen beeinflusst hat und dem § 67 der Verfassung widerspricht.

Denn in dem abweichenden Votum wurden die Bildung eines gesonderten Wählerregisters für Auslandstürken sowie diese das Stimmrecht beeinflussende Verfügung behandelt, indem die rechtlichen Gründe detailliert erläutert wurden. Es ist unmöglich, zu erklären, wie der YSK dies erlauben bzw. dagegen die Augen zudrücken konnte.

ERGEBNISSE UND LÖSUNGEN

In der Justiz werden Unstimmigkeiten, die ihren Ursprung in verschiedenen Ansichten haben, durch die Methode der Abstimmung beseitigt. Die Menschheit, die zehn Milliarden Lichtjahre entfernte Sterne entdeckt und bis ins Zeitalter des Computers fortgeschritten ist, hat leider keine andere Lösung gefunden als die Abstimmung, um in Zusammenhang mit Ansichtsdifferenzen auftretende Unstimmigkeiten zu beseitigen und den sozialen Frieden zu gewährleisten. In diesem Sinne ist die Abstimmung in ihrem Wesen die Lösung für eine Hilflosigkeit. Die Ansicht, die nach Abstimmung die Mehrheit erreicht, kann nicht als absolut richtig (*veritas*, wahr) bewertet werden. Mit anderen Worten sind bei Problemen, die Unstimmigkeiten zum Gegenstand haben – selbst bei Einstimmigkeit und wenn wirklich mit einem solch landesweiten Willen eine Einstimmigkeit erzielt werden sollte – die Wahlergebnisse nicht unbedingt richtig. Deshalb wird durch das mit Hilfe einer Abstimmung beseitigte Problem, nicht absolut gelöst, sondern auf diese Weise die Unstimmigkeit nur vorübergehend beseitigt. Die Darstellung dieses Ergebnisses (inspiriert durch die Rousseauschen Begriffsbildung) als „**nationaler Wille**“ ist das Produkt einer Ansicht, die zeigt, dass die Justiz auch heute noch nicht von Bewertungen frei ist, die auf metaphysischen Voraussetzungen beruhen. Deshalb ist bei der am 16.4.2017 durchgeführten Abstimmung keineswegs von einem Konsens die Rede. Es ging nur darum, dass die Mehrheit des Volkes sich für eine der Alternativen „Ja“ oder „Nein“ entscheidet. So ist es dann auch gewesen, und mit der Zahl der Wahlteilnehmer gemessen waren die „Ja“-Stimmen mit kleinem Unterschied mehr als die anderen. Diese Situation hat nichts mit dem Nationalwillen oder einem Konsensus zu tun. Wie oben angeführt, ist die bestehende Unstimmigkeit, selbst wenn die Abstimmung rechtlich anerkannt würde, vorübergehend beseitigt.

I-ERGEBNISSE

Die Untersuchung im Lichte dieser Gegebenheiten ergaben sich die unten angeführten Evaluierungen und Resultate:

A-IN EINER “DEMOKRATISCHEN GESELLSCHAFT MUSS DAS RECHT DER STAATSBÜRGER DURCH STIMMABGABE AN DER REGIERUNG TEILZUNEHMEN ZWEIFELLOS GESCHÜTZT WERDEN. Deshalb ist das **RECHT SICH DURCH STIMMABGABE AN DER REGIERUNG ZU BETEILIGEN** zweifellos EIN RECHT, DAS BEI GEWAHRUNG DER WAHLSICHERHEIT GESCHÜTZT WERDEN MUSS. Allerdings **IST ES NIE EIN RECHT**, das **UM JEDEN PREIS**, vor allem um den **PREIS EINES WAHLBETRUGS, GESCHÜTZT WERDEN MUSS. UNTER BEDINGUNGEN, DIE EINEN WAHLBETRUG MIT SICH BRINGEN KÖNNEN, KANN NIE VOM RECHTSSCHUTZ UND DER GEWAHRLEISTUNG DIESES RECHTS GEBRAUCH GEMACHT WERDEN.**

B-Wenn wir die oben angeführten Gründe gemeinsam betrachten, müssen wir leider sagen, dass der **aus den hohen Justizorganen stammenden Richtern bestehende hohe Wahlrat den in dieser Untersuchung herangezogenen Paragraphen des Grundgesetzes zuwider und ohne dass ein Konflikt besteht**, also nicht entsprechend des § 3 des Zusatzprotokolls Nr. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention, d. h. nicht nach dem vorhandenen Gesetz/Recht (de lege lata) sondern nach dem Gesetz/Recht, das selbstständig (de lege lata) sein müsste, **eine Entscheidung getroffen hat, die zu Betrug geführt und einen unduldbaren globalen Skandal hervorgerufen hat.** Denn der Skandal ist nicht auf diesen Aspekt beschränkt; wegen des Irr-

tums beim Ausgangspunkt läßt die Haltung „**Verkehren**“ oder „**Reaktionsbildung**“ (**reaction-formation**) **assoziiieren**, was bedeutet, dass eine von den zugleich miteinander in Konflikt stehenden Zuständen, die der richtige ist, jedoch gefährliche Ergebnisse mit sich bringen kann, unterdrückt wird und der Wert jedoch auf den zweiten gelegt und dieser in den Vordergrund gerückt wird, ist die Haltung der Vernichtung des anderen.

C-Es darf nicht vergessen werden, dass selbst eine geringfügige Rechtswidrigkeit einer Sonnenfinsternis gleicht; es handelt sich um ein permanentes Leck. Denn die Rechtswidrigkeit, die während dem hier untersuchten Referendum aufgetaucht ist, hat dazu geführt, dass wegen Richtern, die aus Sorge um das Stimmrecht und die Wahlfreiheit von Millionen handelten, eben das Stimmrecht und die Wahlfreiheit gefährdet wurde; dies betrifft Menschen aus allen Gesellschaftsschichten und das Recht und die Legitimität in grundgesetzlichen Dimensionen.

Wenn in einem Volk verbreitet der Glaube vorherrscht, eine Institution, das Gesetz oder die regierenden Personen **eine Mehrheit hinter sich haben**, die entsprechend den akzeptierten Regeln entstanden ist, **dann ist diese Institution, dieses Gesetz oder der/die Regierende(n) legitim** (Burdeau, Duverger, Aron, Easton, Kelsen, Lipson, Weber). **LEGITIMITAET** ist ein **MAGISCHER GLAUBE**, der der Gesellschaft **FRIEDEN** und **RUHE** bringt und **die Institution, das Gesetz, die Regierung und die die Regierungsgewalt Ausübenden** aufrecht erhält; deshalb ist Legitimität „der unsichtbare **Friedensengel** der Polis/des Staates/der Gesellschaft.“ (Ferraro). Deshalb wissen selbst die repressivsten Regierungen, dass in der Welt des Rechts keine Institution oder Person durch „faits accomplis“ Legitimität gewinnen kann, und streben ständig danach, sich als legitim darzustellen. In allen Perioden der Geschichte, in denen die Legitimität der Regierung oder der Regierenden fragwürdig

ist, riefen sie soziale Unruhen hervor und waren dafür verantwortlich.

II-LÖSUNGEN

Im Lichte dieser Feststellungen sind zwei Lösungswege zu sehen, da es notwendig ist zu akzeptieren, dass die UNGES-TEMPELTEN UMSCHLÄEGE oder die Stimmen die mit dem „JA“-STEMPEL abgegeben wurden, ungültig sind:

A-ERSTER LÖSUNGSWEG IM FALLE DES BESTEHENS DER MÖGLICHKEIT EINER BESCHRAENKUNG AUF AUSZAEHLUNG: EINSTELLUNG

Wenn es die Möglichkeit gibt, die ungültigen Stimmen durch Auszählung zu bestimmen, muss diese Auszählung auf jeden Fall vorgenommen werden; falls die Summe der ungültigen Stimmen nichts am vom hohen Wahlrats veröffentlichten Ergebnis ändert, wird das vom hohen Wahlrats ausgerufene Ergebnis von allen Volksgruppen akzeptiert werden, ohne dass rechtliche Schritte nötig sind.

B-ZWEITER LÖSUNGSWEG: IM FALLE EINER UNMÖGLICHKEIT EINER BESCHRAENKUNG AUF AUSZAEHLUNG: NICHTEXISTENZ

Wenn es keine Möglichkeit gibt, die ungültigen Stimmen durch Auszählung zu bestimmen, bedeutet dies, dass der Entscheid des hohen Wahlrats, der das Referendum und die Abstimmung legalisiert, infolge des schwersten rechtlichen Schritts, nämlich der **NICHTEXISTENZ**, versehrt ist, was bedeutet, dass dessen die Legitimität aufgehoben und deshalb die folgenden Resultate entstehen:

Da der Entscheid des hohen Wahlrats hinsichtlich des Referendums und der Abstimmung vom Staatspräsidenten bis

zum einfachen Staatsbürger, von der Großen Türkischen Nationalversammlung bis zu den einfachsten Institutionen und Einrichtungen, niemanden verpflichtet, darf der hohe Wahlrat, um keine Injustiz durch Annullierung hervorzurufen, die vorhergehenden Entscheidungen auf keinen Fall rückgängig machen und vortäuschen, dass es diese rechtlich nicht existieren, und sich nur darauf beschränken, **das vorliegende Ergebnis in der Öffentlichkeit bekannt zu geben und nur einen Kalender für ein neues Referendum bestimmen.** 10.05.2017

Prof. Dr. Iur. Sami SELÇUK

16 Nisan 2017 Halkoylamasına İlişkin

BİLİMSEL GÖRÜŞ

