TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ADALET BAKANLIĞI

REPUBLIC OF TURKEY
MINISTRY OF JUSTICE

ULUSLARARASI İSTANBUL HUKUK KONGRESİ

INTERNATIONAL İSTANBUL LAW CONGRESS

17-19 EKİM / OCTOBER 2016
ÇIRAĞAN SARAYI / ÇIRAĞAN PALACE

REPUBLIC OF TURKEY PROMOTION FUND

THE UNION OF CHAMBERS AND COMMODITY EXCHANGES OF TURKEY TOBB

TURKISH AIRLINES

Ptt Turkish Post

Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü
Directorate General for International Law and Foreign Relations

YAYIN KURULU / *EDITORIAL BOARD*

Başkan / *Chief*

Dr. Yavuz YILMAZ
Genel Müdür Yardımcısı
Deputy General Director

Üyeler / *Members*

İsak TUNCAY
Tetkik Hakimi
Rapporteur Judge

M. Emre SARIYILDIZ
Tetkik Hakimi
Rapporteur Judge

H. Serdar ÇELİKBİLEK
Tetkik Hakimi
Rapporteur Judge

M. Selim KAYABAŞI
Adalet Uzmanı
Justice Expert

Mehmet Fatih DOĞAN
Adalet Uzman Yardımcısı
Assistant Justice Expert

S. Betül İPEKSÜMER
Adalet Uzman Yardımcısı
Assistant Justice Expert

Saygın KARABIYIK
Mütercim
Translator

Basım Tarihi : Kasım 2017

Tasarım - BASKI:

DuMat
OFSET MATBAACILIK SAN. VE TİC. A.Ş.
(Sertifika No: 35738)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ CUMHURBAŞKANLIĞI
Himayelerinde

Under the auspices of the
PRESIDENCY OF THE REPUBLIC OF TURKEY

ÖNSÖZ

Adalet Bakanlığımız tarafından 17-19 Ekim 2016 tarihleri arasında, İstanbul'da, 47 farklı ülkeden adalet bakanları, yüksek yargı organları başkanları, akademisyenler ve hukukçulardan oluşan saygın bir topluluğun katılımıyla Uluslararası İstanbul Hukuk Kongresi tertip edildi.

Cumhurbaşkanımız Sayın Recep Tayyip Erdoğan'ın himayelerinde gerçekleştirilen Kongre'ye geniş bir katılım olmuş, açılış törenine katılarak veciz bir konuşma yapan Sayın Cumhurbaşkanımız da Kongre'mizi onurlandırmıştır.

Kongre'de toplam yirmi oturumda çeşitli hukuki konular ele alınarak; tahkim, arabuluculuk, yargının hızlandırılması ve yargıda eğitim, uluslararası ihalelerde rekabet, yatırımların teşviki ve korunması konuları başta olmak üzere pek çok başlık altında sunumlar gerçekleştirilmiş ve tartışmalar yapılmıştır.

Ülkemiz açısından bir ilk olma niteliği taşıyan bu Kongre'de yapılan sunumları, Türkçemizdeki "söz uçar, yazı kalır" özdeyişinden hareketle; hukuk alanında bilgi birikimine katkı sağlayacağı, gerek akademik çalışmalara gerekse uygulamayı yönlendirmede kaynaklık yapacağı ve yargı alanında karşılaşılan sorunlara getirilecek çözümlere ışık tutacağı inancıyla, hukuk âleminin ortak istifadesine sunuyoruz.

Kongremizi onurlandıran Cumhurbaşkanımız Sayın Recep Tayyip Erdoğan başta olmak üzere bütün misafirlerimize, değerli tebliğleri ve kıymetli değerlendirmeleriyle Kongre'ye katkı sağlayan katılımcılara, organizasyonda emeği geçen tüm kişi, kurum ve kuruluşlar ile Bakanlıktaki çalışma arkadaşlarıma teşekkür ediyor, kitabın faydalı olmasını diliyorum.

Bekir BOZDAĞ
Adalet Bakanı

FOREWORD

The International İstanbul Law Congress was held in İstanbul on 17-19 October 2016 by our Ministry of Justice, with the participation of an esteemed group comprised of Ministers of Justice, heads of the supreme judiciary, academics and lawyers from 47 different countries.

The Congress, held under the auspices of our President Recep Tayyip Erdoğan, attracted a high level of participation, and our President honored the Congress with his participation in the opening ceremony with a brief opening address.

Various legal subjects including but not limited to arbitration, mediation, expediting the judiciary and judicial training, competition in international tenders, promotion and protection of investments were addressed through presentations and discussions during the Congress in a total of twenty sessions.

Based on the proverb in Turkish "the palest ink is stronger than the sharpest memory", the presentations made in this Congress are submitted to the common use of the legal community with a view to contributing to the knowledge in the field of law, serving as a basis to academic works and practices and shedding light to solutions of problems faced in the field of judiciary.

I would like to take the opportunity to thank our President Recep Tayyip Erdoğan and all the guests, and participants, who contributed with their valuable presentations and evaluations, to our Congress as well as all individuals, institutions, organizations and my colleagues in the Ministry, who exerted efforts in the organization of our Congress and I wish that this book will be beneficial.

Bekir BOZDAĞ
Minister of Justice

BİLİM KURULU / *SCIENCE BOARD*

Başkan / *Chief*

Doç. Dr. / Assoc. Prof. Gürsel ÖZKAN
Türkiye / *Turkey*

Üyeler / *Members*

Prof. Dr. Nuray Ekşi
Türkiye / *Turkey*

Prof. Dr. Serikbay YDYRYS
Kazakistan / *Kazakhstan*

Prof. Dr. Bekbosun BORUBASHOV
Kırgızisyan / *Kyrgyzstan*

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU
Türkiye / *Turkey*

Prof. Dr. Selahattin SARI
Türkiye / *Turkey*

Prof. Dr. S. Güneş PESCHKE
Türkiye / *Turkey*

Prof. Dr. Yusuf ÇALIŞKAN
Türkiye / *Turkey*

Doç. Dr. / Assoc. Prof. Elchin KHALAFOV
Azerbaycan / *Azerbaijan*

Doç. Dr. / Assoc. Prof. M. Serdar ÖZBEK
Türkiye / *Turkey*

YÜRÜTME KURULU / *EXECUTIVE BOARD*

Başkan / *Chief*

Basri BAĞCI
Adalet Bakanlığı Müşteşar Yardımcısı
The Deputy Undersecretary of the Ministry of Justice

Üyeler / *Members*

Rıdvan GÜLEÇ
Anayasa Mahkemesi üyesi
The Member of the Constitutional Court

Vuslat DİRİM
Yargıtay Darise Başkanı
The Head of Department of the Court of Cassation

Doç. Dr. Gürsel ÖZKAN
Danıştay Üyesi
The Member of the Council of State

Dr. Harun MERT
Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürü
General Director of the Directorate General for International Law and Foreign Relations

Ahmet BAŞARAN
Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdür Yardımcısı
Deputy General Director of the Directorate General for International Law and Foreign Relations

Hakan ÖZTATAR
Arabuluculuk Daire Başkanı
The Head of Mediation Department

Ertan AYDIN
Türkiye Adalet Akademisi Daire Başkanı
The Head of Department of the Justice Academy of Turkey

Esin ÇAKIL
Dışişleri Bakanlığı Konsolosluk İşleri Daire Başkanı
The Head of Department for Consular Affairs of the Ministry of Foreign Affairs

ORGANİZASYON DA EMEĞİ GEÇENLER
CONTRIBUTORS OF THE ORGANIZATION

Dr. Yavuz YILMAZ
Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Genel Müdür Yardımcısı
Deputy General Director of the Directorate General for International Law and Foreign Relations

Bülent KAYAŞ
Strateji Geliştirme Başkanlığı Daire Başkanı
The Head of Department of the Directorate General for Strategy Development

İsak TUNCAY
Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Tetkik Hakimi
Rapporteur Judge in the Directorate General for International Law and Foreign Relations

H. Serdar ÇELİKBİLEK
Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Tetkik Hakimi
Rapporteur Judge in the Directorate General for International Law and Foreign Relations

Vedia SİRMEN
Dışişleri Bakanlığı Hukuk Müşaviri
The Legal Counsel of the Ministry of Foreign Affairs

F. Zeynelzade KARATAŞ
Yurtdışı Türkler ve Akraba Toplulukları Başkanlığı Uzmanı
The Expert of the Presidency for Turks Abroad and Related Communities

Sarp KALKAN
Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Temsilcisi
The Representative of the Union of Chambers and Commodity Exchanges of Turkey

Faruk KÜÇÜK
Avukat
Attorney at Law

KATILIMCI ÜLKELER
PARTICIPATING COUNTRIES

TURKEY

AZERBAIJAN

AFGHANISTAN

ALGERIA

ALBANIA

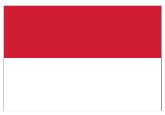
BOSNIA AND HERZEGOVINA

BULGARIA

CAMEROON

ETHIOPIA

GEORGIA


INDONESIA

JORDAN

KAZAKHSTAN

KYRGYZSTAN

KUWAIT

TURKISH REBUPLIC OF NORTHERN CYPRUS

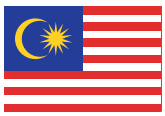
KOSOVO

LEBANON

MOROCCO

MACEDONIA

MALI


MALAYSIA

MONGOLIA

MOLDOVA

NIGER

NIGERIA

OMAN

PALESTINE

PAKISTAN

ROMANIA

RUSSIA

SUDAN

SOMALIA

SAUDI ARABIA

SERBIA

TUNISIA

TURKMENISTAN

UKRAINE

QATAR

İÇİNDEKİLER / *CONTENTS*

Önsöz v
Foreword vi

AÇILIŞ KONUŞMALARI / *OPENING SPEECHES*

Recep Tayyip ERDOĞAN

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı 3
President of the Republic of Turkey 10
Президент Турецкой Республики 18
رئيس الجمهورية التركية 26

Bekir BOZDAĞ

Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanı 31
Minister of Justice of the Republic of Turkey 33
Министр Юстиции Турецкой Республики 35
وزير العدل في الجمهورية التركية 37

Fikret MAMMADOV

Azerbaycan Cumhuriyeti Adalet Bakanı 39
Minister of Justice of the Republic of Azerbaijan 41
Министр Юстиции Азербайджанской Республики 43
وزير العدل في جمهورية أذربيجان 45

Dr. Abdul Basir ANWAR

Afganistan İslam Cumhuriyeti Adalet Bakanı 47
Minister of Justice of the Islamic Republic of Afghanistan 49
Министр Юстиции Исламской Республики Афганистан 51
وزير العدل في جمهورية أفغانستان 53
وزیر عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان 54

Abdullahı Ahmed JAMA

Somali Cumhuriyeti Adalet Bakanı 55
Minister of Justice of the Republic of Somalia 57
Министр Юстиции Республики Сомали 59
وزير العدل في جمهورية الصومال 61

1. GÜN - 17 EKİM 2016

Enderun Salonu

Anayasa Yargısı ve Bireysel Başvuru Hakkı – I

Sona Salmanova, Azerbaycan

- Anayasa Yargısının Yetkileri ve Yetkilerinin Sınırı 65
- The Authorities and Limit of Authorities of Constitutional Jurisdiction 68
- Konstitusiya Yurisdiksiyasının Səlahiyyətləri və Hüdudları 72

Dr. Altay Suroy, Kosova

- Anayasa Mahkemelerinin Yargılama Yetkileri ve Kosova Örneği 78
- The Jurisdiction of Constitutional Courts and The Example of Kosovo 82

Oleksandr Tupitskyi, Ukrayna

- Ukrayna Anayasa Mahkemesi'nin Yetkileri ve Anayasa Hukukuna Ulusal Erişim Araçlarının Etkinliği 86
- The Powers of the Constitutional Court of Ukraine and the Effectiveness of National Means of Individual Access to Constitutional Justice 88
- полномочия конституционного суда украиныи эффективность национальных средств индивидуального доступа к конституционному правосудию 91

Anayasa Yargısı ve Bireysel Başvuru Hakkı – II

Prof. Dr. Viktoriya Serzhanova, Polonya

- Hukukun Anayasallığının Kontrolü, Sorunun Ana Hatları 97
- Control of the Constitutionality of Law, The Outline of the Problem 104

Prof. Dr. Nanzaddorj Lundendorj, Mandakh Tsogtsaikhan, Moğolistan

- Moğolistan Anayasa İncelemesi: Temel İnsan Hakları ve Bireysel Başvuru Hakkı 112
- Constitutional Review in Mongolia: Fundamental Human Rights and the Right to Individual Application 122

Tahkim – I

Prof. Dr. Haider Ahmed Dafalla, Sudan

· Tahkim Odaklı Alternatif Yargı Araçlarının Ele Alınması 133

· Addressing Arbitration Oriented Alternative Judicial Instruments 139

· دراسة في الوسائل البديلة للقضاء بالتركيز على التحكيم 146

Doç. Dr. Alizade Mammadov, Azebaycan

· Milletlerarası Ticari Tahkim Tecrübesinde Uygulanan Hukuk 158

· Law Applied in International Commercial Arbitration Experience 162

Şimal Salonu

Arabuluculuk

Xhezair Zaganjori, Arnavutluk

· Arnavutluk'ta Tahkim ve Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Biçimleri 169

· Arbitration and Other Forms of Alternative Dispute Resolution in Albania..... 175

Sergey Mogyl, Ukrayna

· Ukrayna'daki Ekonomik Mahkemeler Tarafından Davaların İncelenmesinde Arabuluculuk Müessesesinin Uygulanmasına İlişkin Güncel Konular 182

· Current Issues Concerning The Application of Mediation in the Review of Cases by the Economic Courts in Ukraine 189

· актуальные вопросы внедрения института медиации при рассмотрении споров хозяйственными судами украины 196

Hakan Öztatar, Türkiye

· Türkiye'deki Arabuluculuk Uygulamaları 204

· Mediation Practices in Turkey 208

Savcılık Kurumu ve Etkin Soruşturma

Dr. Hakan Abdulhamit Yavuz, Türkiye

· Daha Yetkin Bir Ceza Adalet Sistemi İçin Güçlendirilmiş Savcılık Modeli 215

· Strengthened Prosecution Service Model for More Competent Criminal Justice System 228

Datin Paduka Zauyah Loth Khan, Malezya

· Malezya'da Savcılık Kurumunun Yapısı ve Etkin Soruşturma 242

· Structure of Prosecutor's Office and Effective Investigation in Malaysia 247

Mabeyn Salonu

Yargılamanın Hızlandırılması ve Yargıda Eğitim – I

Doç. Dr. Elçin Halefov, Azerbaycan

· Azerbaycan Cumhuriyetinde Hâkimlerin Meslek Öncesi ve Meslek İçi Eğitiminin Durumu .. 255

· The Condition of the Prevocational and Vocational Training of Judges in the Republic of Azerbaijan 258

· Azərbaycan Respublikasında Hakimlərin Peşədən Əvvəlki Və Peşə Daxili Təhsilinin Vəziyyəti.. 261

Mykola Onıshchuk, Ukrayna

· Ukrayna'da Yargı Eğitimi 264

· Judicial Education in Ukraine 267

Yargılamanın Hızlandırılması ve Yargıda Eğitim – II

Dr. İlhame Gadimova, Azerbaycan

· Adli İşbirliğinde Teknolojinin Kullanılması 273

· Use of Technology in Judicial Cooperation 278

Ivan Prysiazhniuk, Ukrayna

· Ukrayna Gelişmiş Savcı Eğitim Sisteminin Temel Bir Unsuru Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulamaları 284

· European Court of Human Rights Practice as a Constituent Component of Prosecutors Advanced Training System of Ukraine 289

· Практика Европейского суда по правам человека как составляющая системы повышения квалификации прокуроров Украины 294

2. GÜN - 18 EKİM 2016

Enderun Salonu

Tahkim – II

Dr. Christoph Hurni, İsviçre

· İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi ve Uluslararası Tahkime Dostça Yaklaşımı 303

· The Swiss Federal Supreme Court and its Friendly Approach Towards International Arbitration 312

Taida Šarkinović, Bosna Hersek

· Yatırımcı-Devlet Tahkimi: Sorunlar ve Zorluklar 320

· Investor-State Arbitration: Issues and Challenges 323

Ombudsmanlık

Ionel Oprea, Romanya

· Romanya'da Ombudsmanın Fonksiyonları: Ombudsmanın Arabulucu Olarak Rolü 329

· The Functions of the Romanian Ombudsman: Ombudsman's Role as a Mediator 331

Naser Seraj, İran

· Adalete Erişim ve Ayrımcılığın Önlenmesinde Ombudsman'ın Rolü 333

· Ombudsman's Role in Accessing Justice and Prevention of Discrimination 335

Prof. Dr. Amir Aliyev, Azerbaycan

· Azerbaycan Cumhuriyeti Tecrübesinde Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Mevzuatının Oluşumu ve Gelişimi 337

· Formation and Development of the Public Inspection (Ombudsmanship) Legislation in the Experience of Republic of Azerbaijan 346

Vaska Bajramovska-Mustafa, Makedonya

· Kamu Denetçiliği Kurumunun Mülteci Hakları Koruma Konusundaki Rolü 355

· The Role of the Ombudsman Institution in the Protection of Refugee Rights 360

· улогата на омбудсманот во заштита на правата на бегалците (Makedonca) 365

Şimal Salonu

Uluslararası İhalelerde Rekabet

Prof. Dr. Stefan Enchelmaier, İngiltere

· Rekabet Kanunu ve İç Pazar 373

· Competition Law and the Internal Market 395

Doç. Dr. Gürsel Özkan,Türkiye

· Kamu İhalelerinde Ulusal Muamele ve Ayrımcılık Yasağı 417

· National Treatment and the Prohibition of Discrimination in Public Procurement 427

Dr. Kseniia Smyrnova, Ukrayna

· Rekabete İlişkin Hukuki Düzenlemeler Bakımından Küresel Modeller ve Rekabet Politikasına Ait Uluslararası Hukuki Enstrümanlar 437

· Global Models of Legal Regulation of Competition and International Legal Instruments of Competition Policy 445

Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması

Dr. Hang Jung Kim, Güney Kore

· Güney Kore'de Yabancı Yatırım Kanunu: Teletıp Meseleleri 455

· Foreign Investment Law in South Korea: Telemedicine Issues 467

Prof. Dr. Serikbay Ydyrys, Kanat Ydyrys Kazakistan

· Enerji Sektöründe Yatırımların Korunması: Kazakistan Örneği 478

· Preservation of Investments in the Energy Sector: Example of Kazakhstan 484

Mabeyn Salonu

İkili ve Çok Taraflı Uluslararası Anlaşmalar – I

Prof. Dr. Bekbosun İşenbekovich Borubaşov, Kırgizistan

· Kırgız Cumhuriyeti - Türkiye Arasındaki İlişkilerin Siyasi ve Hukuki Yönleri 493

· Political and Legal Aspects of Relations Between Kyrgyz Republic and Turkey 500

· Политико-правовые аспекты кыргызско-турецких отношений 507

Yrd. Doç. Dr. Salimya Ganiyeva, Kazakistan

· Yabancı Yatırımlar Alanında Kazakistan Devleti'nin Akdettiği İki ve Çok Taraflı Anlaşmalar 514

· Bilateral and Multilateral Agreements Concluded by Kazakhstan in the Field of Foreign Investments 524

İkili ve Çok Taraflı Uluslararası Anlaşmalar – II

Prof. Dr. Afsar Sadigov, Azerbaycan

· Azerbaycan Cumhuriyeti Mevzuatında ve Uluslararası Kontrat Tecrübesinde Yabancı Yatırımların Hukuki Teminat Problemleri 537

· Legal Assurance Problems of Foreign Investors in the Legislation of the Republic of Azerbaijan and the International Contract Experience 541

Dr. Parviz Abbasov, Azerbaycan

· Demokratik Toplum ve Serbest Piyasa Ekonomisi için Uluslararası İnsan Hakları Yasası 546

· International Human Rights Law for Democratic Society and Free Market Economy 550

Dr. Neriman Hanahmedov, Res. Asst. Tofiga Huseynova

· Uluslararası Hukuk Açısından Dağlık Karabağ Sorunu 554

· The Problem of Nagorno-Karabakh in Terms of International Law 562

· Beynəlxalq Hüquq Çərçivəsindən Dağlıq Qarabağ Məsələsi 571

3. GÜN - 19 EKİM 2016

Enderun Salonu

Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanun Yolları ve Uzlaşma

Doç. Dr. Yuliya Chernyak, Ukrayna

- Medeni Hukuk ve Aile Hukukunda Uluslararası Yargı Üzerine Ukrayna Mevzuatından Bazı Yenilikler 581
- Some Novelties in the Ukrainian Legislation on the Issues of International Jurisdiction in Civil and Family Matters 586

Dr. Csaba Pal Ujkery, Macaristan

- Malvarlığına Karşı Suçlar ile ilgili Macar Ceza Hukuku 591
- Hungarian Criminal Law Regarding Crimes Against Property 596
- A Magyar Anyagi Büntetőjogról 601

Petr Kondratov, Rusya

- Rusya Federasyonu'nda Ceza Davalarında Uzlaşma Kurumunun Kullanımı 606
- Use of Reconciliation Institute in Criminal Proceedings in the Russian Federation 610

Şimal Salonu

Sosyal Medya, Hukuki ve Cezai Sorumluluk

Brigitte Koppenhöfer, Almanya

- Sosyal Medya Kullanımı (Daha Fazla) Düzenleme Altına Alınabilir mi veya Alınmalı mı? Almanya'daki Mevcut Durum 617
- Could or Should the Usage of Social Media be (more) Regulated? The Current Situation in Germany 622

Dr. Lutz Peschke, Almanya

- İletişimsel ve Normatif Araştırmalar Bağlamında Online İsimsizlik (Anonimlik) 627
- Online Anonymity in the Context of Conmunicative and Norvative Studies 629

Uluslararası Yargısal Muafiyet

Sikander Ahmed Shah, Pakistan

· Uluslararası Hukukun Hegemonik Yapısı ve Çatışmaya Katkısı 637

· The Hegemonic Structure of International Law and its Contribution to Conflict 647

Muhammad Munir, Pakistan

· Hâkimleri Yargılamak: Pakistan'da Hâkim Dokunulmazlığı 657

· Judging the Judges: Judicial Immunity in Pakistan 667

Mabeyn Salonu

Mültecilerin Hukuki Sorunları

Ganna Onyshchenk, Ukrayna

· Ukrayna'da Ülke İçinde Yeri Değiştirilen İnsanların Haklarının Korunması 679

· Protection of the Rights of Internally Displaced Persons in Ukraine 683

Dr. Goetz Schmidt-Bremme, Almanya

· Yabancı Düşmanlığının ve Dışlamanın Ötesinde: Göçmenlerin ve Diasporanın Sosyal Uyumu için Yerel Ortaklıklar ve Eylem 687

· Beyond Xenophobia and Exclusion: Local Partnerships and Action for the Social Inclusion of Migrants and the Diaspora 690

Antoniette Ifeanyi Oche-Obe, Nijerya

· Mültecilerin Karşılaştıkları Yasal Zorluklar 693

· Legal Challenges of Refugees 697

Muharrem Purbagheri, İran

· Türkiye'de Yaşayan Suriyeli Mültecilerin Kültürel Uyum ve Sosyolojik Sorunları 701

· Acculturation and Sociological Problems of the Syrian Refugees Living in Turkey 712

Mağdur Hakları

Prof. Dr. John Sonsteng, Amerika Birleşik Devletleri

· Ceza Hukuku Bağlamında Mağdur Hakları 725

· Rights of Victims in the Criminal Context 734

Doç. Dr. Özgür H. Çınar, İngiltere

· Uluslararası Hukuk Işığında Birleşik Krallık'ta Mağdur Hakları 742

· Victims' Rights in The United Kingdom in Consideration of the International Law 751

Muhittin Özdemir, Türkiye

· Suç Mağdurlarına Yeni Yaklaşımlar: Türkiye Örneği 760

· New Approaches to Crime Victims: The Turkey Example the Establishment Process 769

Sonuç Bildirgesi ve Kongre'den Fotoğraflar

Sonuç Bildirgesi 781

Final Declaration 783

Fotoğraflarla Uluslararası İstanbul Hukuk Kongresi / Photographs from the Congress.....785

ULUSLARARASI İSTANBUL HUKUK KONGRESİ

INTERNATIONAL İSTANBUL LAW CONGRESS

17-19 EKİM 2016

17-19 OCTOBER 2016

Açılış Konuşmaları

Opening Speeches

Вступительные Речи

كلمات الافتتاح

TÜRKİYE CUMHURİYETİ CUMHURBAŞKANI
SAYIN RECEP TAYYİP ERDOĞAN'IN KONUŞMALARI

Değerli misafirler,

Yargı organlarının kıymetli temsilcileri,

Hanımefendiler, Beyefendiler,

Hepinizi sevgiyle, saygıyla selamlıyorum.

Yurt dışından kongremizi teşrif eden misafirlerimize, Türkiye'ye ve İstanbul'a hoş geldiniz diyorum. Uluslararası İstanbul Hukuk Kongresinin ülkemiz ve tüm dünya için hayırlara vesile olmasını temenni ediyorum. Hemen kenarında bulunduğumuz Avrupa ve Asya'yı birbirinden ayıran İstanbul Boğazı'nın ve bu tarihi mekânın ilham verici atmosferinde verimli bir toplantı olacağına inanıyorum.

Kongrenin düzenlenmesinde emeği geçen herkese şahsım, milletim adına teşekkür ediyorum. Kongre boyunca yapılacak sunumların, akademik tartışmaların, hukuki yorumların hem ülkemiz, hem de misafir ülkeler bakımından ufuk açıcı olmasını diliyorum. İlk defa düzenlenen kongrenin bu alanda küresel bir platforma dönüşerek gelecek yıllarda da daha geniş bir şekilde sürmesini temenni ediyorum.

Kongremize 40'a yakın ülkeden adalet bakanı, anayasa mahkemesi, yargıtay ve danıştay başkanlarıyla başsavcılar ve bunun yanında adalet akademisi, Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu muadili kurum başkanları, bilim adamları ve hukukçular katılıyor. Bu geniş katılımdan duyduğum memnuniyeti özellikle ifade etmek isterim. Sizler 15 Temmuz darbe girişimin ardından davetimize icabet ederek burada bizlerle beraber olarak, aynı zamanda darbecilere, onların kural tanımaz yıkıcı zihniyetine ve arkasındaki güçlere bu katılımınız sebebiyle en güçlü mesajı verdiniz. Milletimiz, ülkemiz bu noktada attığınız adımı unutmayacaktır. Çünkü siz demokrasimizde ciddi bir dayanışma sağladınız, onun için sizlere ayrıca teşekkür ediyorum.

Değerli misafirler,

Türkiye son yıllarda dünyada eşine az rastlanır türden darbe girişimlerine maruz kalmıştır. 15 Temmuz 2016 tarihinde yaşadığımız hadise, ordu içindeki Fethullahçı terör örgütü mensuplarının giriştiği silahlı bir darbe girişimiydi. 17-25 Aralık 2013'te ise aynı örgütün yargı ve emniyet teşkilatları içindeki mensuplarının farklı bir darbe girişimine muhatap olmuştuk. Uydurma deliller, hukuksuz işlemler ve tamamen algı operasyonuna dönük şovlarla ülkenin seçilmiş başbakanını, ailesi, çalışma arkadaşları ve büyük projeleri yürüten iş adamları üzerinden kuşatmaya kalktılar. Adaleti tesis etmeleri, ülkenin huzur ve güvenliğini sağlamaları için kendilerine verilen yetkileri, imkânları, sağlanan desteği, siyasi bir darbe girişimi için kullanmaya kalkan bu örgüt mensuplarına bizler de eyvallah etmedik. Milletimizin desteğiyle bu yargı, emniyet darbe girişimine güçlü bir karşı duruş ortaya konuldu ve hızla gereken operasyonları gerçekleştirdik.

Bu şekilde sonuç alamayacağını gören FETÖ, son çare olarak silaha sarıldı. Devletin ülkeyi korumaları için namuslarına emanet ettiği silahları gasp eden teröristler, 15 Temmuz gecesi milletin üzerine kan ve ateş yağdırdılar. FETÖ'nün yargı ve emniyet çetesinin başaramadığını, ordu içindeki elemanları gerçekleştirmek istediler. Açıkçası, biz böyle bir ihanete ihtimal vermiyorduk.

Ama o gece şu da anlaşıldı ki; darbeciler de milletimizin karşılarına dikilip meydanı onlara

bırakmayacağına hiç ihtimal vermemişler. Bomba yağdıran savaş uçakları, ateş kusan helikopterler, üzerlerinden geçip giden tanklar, rast gele kurşun sıkılan silahlar milletimizi korkutmaya, geriletmeye yetmedi. Bu aynı zamanda dünya için de önemli bir örnekti. O gece 241 şehit, 2194 gazi veren milletimiz, istiklaline, istikbaline ve demokrasisine sahip çıkarak, tüm dünyaya örnek olacak bir destan yazdı. 15 Temmuz gecesi milletimizle kader birliği içinde yürek yüreğe, omuz omuza darbecileri hüsrana uğratırken, en büyük katkıyı, desteği emniyet güçlerimizle birlikte yargı teşkilatımızdan gördük.

Darbecilerin başta şahsımı, başbakanımızı, devletimizin farklı kurumlarını yok etmek ve stratejik yerleri ele geçirmek için başlattığı saldırı, bu bir dalgaydı aynı zamanda, karşında hep birlikte milletimizi gördü. 17-25 Aralık'ta kendisi bir darbe teşebbüsünün aracı olan yargı, bu defa darbe karşısında en hızlı ve en etkin tepki veren kurum olarak karşımıza çıktı. Çünkü bu süreçte yapılan düzenlemeler sayesinde yargı, FETÖ terör örgütünün güdümünden çıkıp milletin yargısı haline dönüşmüştür, bu çok önemliydi.

Bugün de aynı terör örgütünün ordudan yargıya kadar tüm kurumlarımızdaki mensuplarını hukuk devletinden taviz vermeden kararlı bir şekilde devletten uzaklaştırıyoruz. Attığımız her adım Anayasamıza, yasalarımıza uygundur. Batılı bazı dost görünenler, 'ama bunlar hukuka uygun mu' diyorlar. Kusura bakmayın, siz ne kadar hukuktan anlıyorsanız, biz de en az sizin kadar hukuktan anlıyoruz ve hukuka uygun olarak da adımlarımızı atıyoruz, bunun bilinmesini istiyorum. Bize hukuk dersi verenlerin önce Doğu Almanya ile Batı Almanya'nın birleştiği döneme baksınlar, o dönemde bütün devlet kurumlarından ne kadar elemanın görevden alındığını görürlerse, işin inceliğini de kavramış olurlar.

Olağanüstü hal ilanı; Fransa'ya baksınlar, Fransa basit bir terör eylemi karşısında nasıl bir tavır aldı, nasıl 1 yıl olağanüstü hal ilan etti 3+3+6 şeklinde. Biz basit bir terör eylemiyle karşı karşıya değiliz, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin yıkılması hareketiyle karşı karşıyayız, bunun karşısında öyle basit tedbirlerle çözülebilir mi? Atılması gereken adım çok önemli bir adımdır ve bu ülkemizin refahı, özgürlük mücadelesi, demokrasi mücadelesinin ta kendisidir ve biz bu adamı atarız. Olağanüstü hal ilanı başta olmak üzere dünyadaki örneklere aykırı hiçbir uygulamamız söz konusu değildir. Türkiye olarak devlet ve toplum hayatımızı kanser hücresi gibi saran bu terör örgütünün kökünü kurutmakta kararlıyız.

Değerli misafirler,

Ülkemizde yargı kurumları adalet dağıtma görevini bağımsızlık ve tarafsızlık içerisinde yerine getiriyor. Yargı mensuplarımızın hiçbir etki ve baskı altında kalmadan herhangi bir görüş, ideoloji veya güç odağının emrine girmeden bu sorumlulukları yerine getirmeleri elbette çok önemlidir. FETÖ'ye karşı yürüttüğümüz mücadele tam da işte bu amaca yöneliktir. Emirleri hukuktan değil bir örgütten alan, vicdanını bu örgütün elebaşının talimatlarına göre şekillendiren kişilerin adaleti tesis etmesi mümkün değildir.

Türkiye bu örgüt mensuplarının yol açtığı yargı faciaları sebebiyle çok sıkıntılı dönemler geçirdi. Bir dönem adalet müessesine yönelik güven duygusu erozyona uğradı. Milletimizin gönlünde yara, milletimizin gönlünde adeta felç meydana getiren adalet anlayışını düzeltebilmek için, önce bu felaketlere sebep olanların hak ettikleri şekilde cezalandırılması şarttır. Kamuda, iş dünyasında ve diğer alanlarda devam eden operasyonları Türkiye'de bir daha darbe teşebbüsüne cesaret edilemeyecek sertlikte ve kararlılıkta sürdürmek zorundayız. Kara para aklama mı arıyorsunuz? Bu örgüte bakın, kara para aklamanın en geniş anlamda dünyadaki örneği bunlar. Yurt dışına bu parayı kaçırmayı mı arıyorsunuz? Bunlar bakın, burada görürsünüz. 170 ülkede eğitim çalışmaları faaliyetleri yaptıklarını söyleyenlere bir baktığınız zaman, sadece onunla kalmıyorlar, orada başka

faaliyetler de var. Ve bu kara para aklamanın oralara kadar dağıldığı bir örgüt.

Hiç kimse bu aziz milletin ve kadim devletin terör örgütleri karşısında acziyet göstermesini beklemesin. Teröristlerden, darbecilerden, işgalcilerden Türk milleti adına hesap sormakla mükellef olan hâkimlerimizin, savcılarımızın, en az 15 Temmuz gecesi silahların karşısına dikilen insanlarımız kadar cesur olmasını bekliyoruz, istiyoruz. Şayet adalet teşkilatımız ve onların mensupları bu konuda milletimize yeterli itimadı sağlayamazlarsa, geleceğimize güvenle bakamayız. Ben bu konuda hâkimlerimize, savcılarımıza, adalet teşkilatımıza ve tüm kurumlarımıza güveniyorum, inanıyorum. Bu vesileyle, 15 Temmuz silahlı darbe girişimi sırasında kalbi ve duası bizimle olan sizlerin ülkelerindeki tüm dostlarımıza bir kez daha şükranlarımı sunuyorum.

Değerli misafirler,

Terörizm çok boyutlu farklı yöntemler kullanan, değişik kılıklara bürünebilen, maalesef bazı ülkeler tarafından da diplomatik baskı aracı olarak kullanılan bir enstrüman haline dönüşmüş durumdadır. Türkiye, dünyada terör örgütlerinin saldırılarına en çok maruz kalan, en çok kayıp veren ülkedir. Bu bakımdan, bizim terörizm karşısındaki hassasiyetimiz herkesten farklıdır, herkesten fazladır.

Şu anda buradaki dostlarımız arasında terörizmle sürekli baş başa olana kardeşlerim var, işte Pakistan, işte Afganistan, işte Irak, işte Suriye, işte Somali… Bütün buralarda şu anda terörle her an iç içe olan kardeşlerimiz var. Libya'ya gel öyle, Mısır öyle, her yer, bu coğrafya sürekli terörizmle iç içe.

Bakınız şurada Suriye'yle ilgili olarak yaşadıklarımız var. Bizler sürekli sabrettik, sürekli bize Suriye tarafından roketler atıldı, havan toplarıyla vuruldu, yüzlerce şehidimiz oldu. En sonunda, çok manidardır, 14 yaşındaki bir çocuk öyle eğitilmiş, öyle yetiştirilmiş ki, çocuk Arjantinli futbolcu Messi'yi çok sevdiği için Messi'nin formasını çocuğa giydiriyorlar. Üzerine de bombayı bağlayıp, bir kına törenine çocuğu gönderip orada patlatmak suretiyle 56 kardeşimiz orada şehit oluyor, 100'e yakın insanımız yaralanıyor. Bu insanları ziyaret ettiğimde hastanelerde, o çocukların halini gördüğümde, çocuk ayağının koptuğunun bile farkında değil, hala tebessüm ediyor, gülüyor. Şimdi bütün bu tabloyu gördüğünde milletin sorumluluğunu almış, dünyaya karşı milletinin temsilini üstlenmiş bir insan olarak hala durabilir misiniz? Dedik ki, artık durmayacağız, artık ılımlı muhaliflerle birlikte Özgür Suriye Ordusuyla birlikte biz Suriye'ye gireceğiz.

Değerli dostlar,

Bizim Suriye'ye olan sınırımız 911 kilometredir. Fakat Suriye'yle yakından-uzaktan alakası olmayanlar Suriye'ye girmesi hak; bize gelince 'Sizi katil Esad çağırmadı ki, nasıl oraya gidersiniz' diyorlar. Kusura bakmayın, gideriz. Çünkü eğer biz terör tehdidi altındaysak, eğer bize o ülke havan toplarıyla, roketlerle tehdit ediyorsa gideriz, bunun hukukta zaten tabirlerini sizler benden çok daha iyi bilirsiniz, nefsi müdafaa mı dersiniz, ne derseniz deyin. Ve girdik, önce Cerablus'tan başladık. Cerablus'tan çıkmış olan 30 bini aşkın Cerablus halkı biz DEAŞ'tan Cerablus'u temizleyince tekrar Cerablus'a dönmeye başladı. Ama DEAŞ oradan gitti. Arkadan Rai'ye girdik, orası da boşaldı ve DEAŞ oradan da gitti. Oraya da Rai'nin halkı yerleşmeye başladı. İşte şimdi de bu gece itibarıyla hamdolsun Dabık da DEAŞ'tan temizlendi ve Dabık'a kadar olan o bölge temizlenerek şimdi oraların halkı da oraya yerleşmeye başladı. Bakın, Türkiye'den biz oraya insan götürmüyoruz, oraların kendi insanı oralara yerleşiyor, farkımız bu.

Ve tabi biz koalisyon güçlerine şunu söylüyoruz, başta Amerika olmak üzere: Bakın siz Münbiç'te bir söz verdiniz, Sayın Başkanla telefonla görüştük, 'kesinlikle oraya PYD, YPG girmeyecek' dediler. PYD bir terör örgütüdür, YPG bir terör örgütüdür, Türkiye'deki PKK'nın uzantısı bir terör örgütüdür. Buraya girmeyecekse, verdiğiniz sözde durun -yüzde 95'i buranın Arap'tır- ve

sözlerinde durmadılar, buraya PYD'yle YPG'yi soktular. Biz de tabi onlar sözünde durmayınca gereğini yaptık ve yapıyoruz. Ve kendilerine diyoruz, bakın bu sabah bile kendilerine bu iletildi, bakın hala sözünüzde durmadınız, orayı eğer PYD'den, YPG'den temizlemezseniz sizinle ortak hareket edemeyiz.

Yani biz NATO'da koalisyon güçleriyle veya başta Amerika olmak üzere stratejik iki ortağız, sen bizimle hareket etmeyeceksin. Kiminle hareket edeceksin? Terör örgütüyle hareket edeceksin. Bunun akılla, mantıkla izahı var mı? Bunun hukukta yeri var mı, böyle bir şey olabilir mi? Hukuk çiğneniyor, uluslararası hukuk ayaklar altına alınıyor. Bundan dolayı da adaletin olmadığı yerde zulüm olur ve zulüm oluyor. Bunu halletmemiz gerekir, yani şurada 3 gün yapılacak çalışmalarda bana göre bunların enine-boyuna ele alınması gerekir ve sonuç bildirgesine de bence bunların girmesi gerekir, bunlar çok önemli.

Bakın şimdi Musul başladı, şu anda Musul'da operasyonlar devam ediyor. Ne diyorlar? 'Türkiye Musul'a girmesin.' Nasıl girmeyeyim? 350 kilometre sınırım var benim ve bu sınırdan ben tehdit altındayım. 911 kilometre Suriye, 350 kilometre Irak… Hiç ilgi, alakası olmayanlar gelip giriyor, neymiş? Bağdat onlara gel demiş. Gel demedikleri zaman İran'a ve Irak'a gelenlere niye hayır demediniz? 14 sene önce, 15 sene önce Saddam gel mi dedi bunlara? Ama girdiler, orada kan gövdeyi nasıl götürdü, milyonu aşkın insan öldü.

Şimdi sizler hukukçular olarak, inanıyorum ki yasaların diliyle değil, hukukun diliyle konuşan insanlarsınız ve böylece konuşan insanlar olmaya devam edersek hak yerini bulacaktır. Çünkü bir hukuk var onun yazılısı yoktur İngilizlerde olduğu gibi. Ama bir de yasalar vardır ki, o yasaları da güçlüler istedikleri gibi yazarlar, ona göre de atı oynatırlar.

Bu bizim için çok önemli, burada atacağımız adımlar bizim için çok önemli. İşte şimdi Musul'a operasyonlar başladı. Kendilerine söyledik, şu anda Genelkurmay Başkanım Amerika'da muhatabıyla görüşmelerini yaptı. Bir saat kadar önce tekrar kendisiyle Amerika'dan görüştük ve ne gibi adımlar atıyoruz, ne yapıyoruz, ne edeceğiz, bunları konuştuk. Ve kendilerine aynısını söyledik; 'Bakın Türkiye'nin olmadığı bir operasyondan, kusura bakmayın, doğabilecek neticelerden biz sorumlu değiliz.' Biz operasyonunda da olacağız, biz masada da olacağız, bunun dışında kalmamız mümkün değil.

Çünkü burada bizim için bir tarih yatıyor. Beyefendiler arzu ederlerse Misakı Milliyi okurlar, ha bizim buradaki tarihi geçmişimizin de ne olduğunu daha da iyi anlarlar. Ve şu anda bizim Musul'da kardeşlerimiz var, Araplar, Türkmenler, Kürtler, orada bizim kardeşlerimiz var. Aynı şekilde kuzeye doğru gittikçe, zaten sınıra yaklaştıkça orada akrabalar var. Bizim burada kesinlikle duyarsız olmamız mümkün değil.

'Başika'dan çıkın' diyorlar. Kimse bizden Başika'dan çıkmamızı beklemesin, biz Başika'dayız. Oradaki DEAŞ terör örgütüne karşı her türlü operasyonları bugüne kadar yaptık, yapmaya da devam ediyoruz. DEAŞ'la orada en onurlu mücadeleyi veren biziz. Eğer mesele terör örgütüyle mücadeleyse, ta başından beri Başika Kampında bu mücadeleyi veren biziz. Musul'daki kardeşlerimizi Başika Kampında DEAŞ terör örgütüyle onlar mücadele edebilsinler diye eğiten biziz, aynı şeklide Peşmergeleri orada eğiten biziz. Eğer bunlar olmamış olsa, şu anda terör örgütü DEAŞ'a karşı bu mücadeleyi verebilecek orada doğru dürüst bir kadro bulamasınız.

Terörizmle mücadelede en çok üzerinde durduğumuz hususlardan biri de, tüm terör örgütlerine karşı ilkeli bir yaklaşım gösterilmesidir. Terör örgütlerini kendi stratejik amaçları için elverişli bir araç görerek destekleyen, teröristlere siyasi ve askeri destek veren ülkeleri samimiyetle ikaz ediyoruz, etmeyi de sürdüreceğiz. İşte bunu gördük ve buradan bir kez daha tekrarlıyorum. Terör örgütler bumerang gibidir, eninde sonunda gelir kendini kullananı da vurur.

Uluslararası alanda terörizme karşı kararlı ve ilkeli bir işbirliği yapılmadan bu sorunun çözümü mümkün değildir. İşte yıllardır Somali'nin terörden çektiği ortada, Somali kendine gelemiyor. Bakın Somali'de dünyanın devlerinin büyükelçilik binası yok. Ama orada Türkiye'nin var. Niye? Biz oraya her şeyimizle gidiyoruz ve orada muhteşem de bir büyükelçilik külliyesi yaptık, açılışını gittik yaptık. Çünkü bizi birbirine bağlayan bağlar farklı. Ama bakıyorum Amerika'nın Büyükelçilik binası, İngiltere'nin Büyükelçilik binası havalimanının oradaki kampüsün içerisinde. Zaten havalimanının da biz bütün bakımını, onarımını, her şeyini yaptık. Sağ olsun bir Türk girişimci de orayı şu anda işletiyor, yanına da şimdi bir otel yapıyor ve bu otelin yapımıyla birlikte de inşallah farklı bir hale gelecek. Farkımız bu.

Türkiye'nin içinde ve etrafında FETÖ ile birlikte PKK ve DEAŞ, DHKP-C gibi terör örgütleri faaliyet gösteriyor. Canımızın yanmadığı, kanımızın akmadığı gün neredeyse yok. Peki, Türkiye bu örgütleri bertaraf edebilecek güce sahip değil mi? Kesinlikle bu gücümüz, imkânımız, kararlılığımız var. Bunlar içinde en uzun ve en kanlı eylem geçmişi olan PKK'yı, sahip olduğu ortalama terörist sayısıyla mukayese ettiğimizde 35 yılda 7-8 defa tamamen sıfırladık yok ettik. Ama PKK hala eylemlerine devam ediyor. Çünkü Türkiye'nin etkisiz hale getirdiği her teröristin yerine, bu örgütün Irak'taki, Suriye'deki kamplarından yenileri ikame ediliyor.

Pek çok ülke bu örgüte gizli destek veriyor. Terör örgütü kabul edildiği halde legal bir kuruluş gibi Avrupa başkentlerinde çadır açabiliyor, birçok ülkesinde milyonlarca avroyu rahatça toplayabiliyor. Siz değerli dostlar da bunu biliyorsunuz. İşte Avrupa Konseyi'nin, Avrupa Birliği'nin merkezi olan Strazburg'da, Brüksel'de merkezleri var ve bu merkezlerde bunlar rahatlıkla terörist başının resimleriyle oralarda yardımlar toplayabiliyorlar. Hani Avrupa Birliği bunları terör örgütü ilan etmişti? Terör örgütüyse, bu terör örgütüne siz nasıl böyle bir imkân verirsiniz? Bunlara yardım toplamanın yollarını nasıl açarsınız? Ama açıyorlar. Kendilerine dosyalar veriyoruz. Kusura bakmasınlar, Almanya Şansölyesine G-20 Cannes Zirvesinde 4 bin dosya verdim. Bundan 5-6 ay önce İstanbul'a geldiğinde kendisiyle konuştuk ne oldu o 4 bin dosya diye. Bana verdiği cevap çok manidar. 'O 4 bin dosya şimdi 4500 oldu' dedi. Eğer hukuk hele hele teröre karşı böyle devam ederse, bunun üstesinden gelmek mümkün değil.

Bakın bunun yanında DEAŞ denilen örgütün elemanlarını dünyanın dört bir yanından devşirdiğini biliyoruz, ta Avustralya'dan DEAŞ'a gelen yabancı savaşçı var. Gerçi bunları biz yakaladığımız zaman paketliyoruz. Ya hemen burada cezaevine atıyoruz veyahut da tekrar ülkelerine iade ediyoruz. Biz bugüne kadar DEAŞ'a katılmak üzere gelen 3800 yabancı teröristi sınır dışı ettik. 52500 kişiye de ülkeye giriş yasağı koyduk. Oysa bu konuda söz konusu kişilerin geldikleri kaynak ülkeler, bu şahısların çıkışlarını engellemek için neredeyse parmaklarını dahi kıpırdatmadılar; böyle bir anlayış olmaz.

Sizlerin de şahit olduğu gibi DEAŞ bahane edilerek Suriye ve Irak 63 ülkenin katıldığı operasyonlarla maalesef büyük bir yıkıma maruz kalıyor. Suriye'de hayatını kaybeden masumların sayısı 6 yılda 600 bini aştı. Biz Cerablus Operasyonunu başlattıktan sonra görüldü ki bu örgütle mücadele etmek için Suriye'nin yakılıp yıkılması gerekmiyormuş. Bunu kendi aramızda da halledebilirdik.

Tabii biz DEAŞ'ın bir araçtan, bir Truva atından ibaret olduğunu, istenirse kısa sürede etkisiz hale getirilebileceğini gayet iyi biliyoruz. Diğer taraftan, eğer bu ülkeler dostça el ele vermezsek, kendi imkânlarımızla, çok basit imkânlarımızla, çok basit önlemlerle, inanıyorum ki öyle çapı da büyük olmayan bir sınır ötesi operasyonla işte Cerablus, işte Rai, bunu ortaya koyduk, demek ki olabiliyor.

Ülkemizin ısrarla Musul operasyonunun dışında tutulmaya çalışılması, orada da DEAŞ

bahanesiyle kurulmaya çalışılan mezhep çatışması kapanını bozacağımız bilindiği içindir. Biz oraya onun için sokulmak istenmiyoruz. Ama kendilerine aynı şeyi söyledik, 'biz bir Sünni-Şii çatışmasına evet diyemeyiz.' Bize verdikleri cevap ne biliyor musunuz? Diyorlar ki 'biz Şii-Sünni çatışmasına müsaade etmeyeceğiz.' Tamam da, Irak ordusu kimlerden oluşuyor? Irak ordusu kahir ekseriyetiyle Şia'dan oluşuyor. Bunlar Musul'a geldikleri zaman kimlerle vuruşacaklar? Sünnilerle vuruşacaklar. Oraya kimi sokacaklar? Haşdi Şabi'yi sokacaklar. Karşılarında kim var? Haşdi Vatani var. Haşdi Vatani kim? Onlar Musul'un yerli insanları. Haşdi Şabi nereden geliyor? Onlar dışarıdan geliyor. Kusura bakmasınlar, biz yeni mezhep çatışmalarına evet diyemeyiz.

İşte PKK'nın Suriye kolu olan PYD, YPG terör örgütü DEAŞ bahanesiyle destekleniyor, silahlandırılıyor, şımartılıyor. Bunu defaatle kendilerine söyledik, ikazımızı yaptık ve PYD'ye verilen silahların bir kısmı da nereye gidiyor? DEAŞ'a. Çok önemli bir kısmı PKK'ya giderek bize karşı kullanılıyor. Biz bu silahları yakalıyoruz. Yakaladığımız zaman bu silahların hangi ülkelere ait olduğunu da görüyoruz. Bu konuda yaptığımız itirazlar kelimenin tam anlamıyla yalan söylenerek dikkate alınmıyor. DHKP-C ve benzeri örgütler Avrupa ülkelerinde rahatlıkla faaliyet gösterebiliyorlar. Bu örgütün eli kanlı katilleri yıllarca Avrupa'da serbestçe yaşayabiliyorlar. Şimdi soruyorum sizlere; bu anlayışla terörizmle mücadele etmek mümkün mü?

Türkiye olarak 15 Temmuz darbe girişiminin faili olan örgütün elebaşını aramızdaki suçluların iadesi anlaşmasına göre Amerika'dan usulünce talep ettik. Amerika ise kendi hukuk sistemini, kendi yargı sistemini öne sürerek bu talebin gereğini yerine getirmiyor; üzücü olan bu. Terörizmi, terör örgütlerini, terör örgütü elebaşılarını koruyan-kollayan bir hukuk sistemi olabilir mi? Bir teröriste Green Card verilir mi? Green Card'la beyler gibi Amerika'da yaşıyor. 400 dönüm çiftlik, bu çiftlikte hayatını yaşıyor ve oradan da bu işe komuta ediyor. Siz kimi kandırıyorsunuz?

El Kaide Amerika'da terör eylemi yaptığında da aynı hukuk, aynı yargı yok muydu? Amerika ülke içinde ve dışında onca operasyonu neye dayanarak yaptı? Pakistan, Afganistan, o bölgede Usame bin Ladin'i vurdukları zaman hangi hukuk sistemine dayalı olarak vurdu. Demek canı yandığı zaman gidip orada bile vurabiliyor. Eğer siz hukuku bu şekilde çifte standartla işletirseniz, yarın kendi başınız derde girdiğinde kimseye söyleyeceğiniz sözünüz kalmaz. Bunun için buradan bir kez daha tüm ülkeleri terörizm karşısında ilkeli ve tutarlı bir tavır takınmaya davet ediyorum. Terörizme araçsal yaklaşan her ülke kendi eliyle, kendi mezarını kazdığını bilmelidir.

Benzer bir tutarsızlığı mülteci sorununda da görüyoruz. Şu anda bizim topraklarımızda 3 milyon mülteci var. Ve bütün bunları barındırırken, bakın Avrupa Birliği bize Temmuz ayına kadar 3 milyar avro o mülteciler için destek vereceklerdi. Önümüzdeki yıl 3 milyar avro daha vereceklerdi, bu şekilde devam edecekti. Bakın bunca süre geçti, verdikleri söz yerine gelmedi. Bizim harcamamız ise faturalı olarak şu anda 13 milyar doları buldu. Sivil toplum örgütlerimizin yaptıkları da bir o kadar. Biz oralardan gelecek yardımları beklemiyoruz. Diyoruz ki bu mağdur, mazlum insanlara biz sahip çıkalım. Ve Birleşmiş Milletler'den şu ana kadar gelen destek 550 milyon dolar. Fakat biz gelse de, gelmese de bütün bu mültecilere bakmaya devam edeceğiz.

Değerli kardeşlerim,

Bütün bunlarla beraber Avrupa görüyorsunuz birkaç yüz mülteciye bile tahammül edemiyor. Kaynaklı kısıtlı ülkeler ellerindeki tüm imkânları bu insanlarla paylaşırken, zengin, müreffeh ülkeler ise kaynaklarını sınırlarını dikenli tel örgülerle çevirmeye harcıyor. Bu durum, insanlığın vicdanında derin yaralar açmaktadır. Sizlerden kendi ülkelerinizde ve söz sahibi olduğunuz tüm uluslararası platformlarda bu gerçekleri dile getirmeniz, sorumlulara telkinlerde bulunmanızdır. Daha güvenli ve huzurlu bir dünya için gelecek nesillere en azından bu kadarını borçlu olduğumuza inanıyorum.

Değerli misafirler,

Hukuk düzeni, devlet, toplum ve birey hayatında dengeyi sağlayan en önemli ve en eski araçtır. Bunun için tüm inançlarda adalet konusu önemli bir yer tutar. Bizim kutsal kitabımız, kerim kitabımız Kur'an-ı Kerim'de: "Allah adaleti, ihsanı ve yakınlara yardım etmeyi emreder" buyuruyor. Tabii adalet ile zulüm arasındaki o ince çizgi adaletin tesisini fevkalade zorlaştıran bir husustur. Bir çiçeği, bir ağacı sularken, adalet üzere hareket ederken, aynı suyu bir dikene vererek zulüm yoluna sapabiliyorsunuz. Konfüçyüs, "Adalet, kutup yıldızı gibi yerinde durur ve geri kalan her şey onun etrafında döner" derken, herhalde bu meselenin insanlık tarihindeki önemini vurguluyor.

Bizim ülkemizin adalet kurumlarının duvarlarında "Adalet mülkün temelidir" diye yazar. Bu söz devletin istikrarı ve devamında adaletin ne kadar önemli olduğunu ifade eder. Yine 'insanı yaşat ki devlet yaşasın' anlayışı da, temelinde adalet olan bir yönetimi gerektirir. İşte bunun için biz 2002 Kasım ayında ülkeyi yönetme sorumluluğunu üstlendiğimizde dört öncelik alanı belirledik. Bunun birincisi eğitimdir, ikincisi sağlıktır, üçüncü adalettir, dördüncüsü emniyet-güvenliktir.

Temel kanunların yenilenmesinden geleneksel mimariye sahip modern adliye binalarıyla fiziki altyapının güçlendirilmesine, ulusal yargı ağı UYAP'ın kuruluşuna kadar her alanda Cumhuriyet tarihinin en büyük reformlarını gerçekleştirdik. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru imkânı, Kamu Denetçiliği Kurumu ve istinaf mahkemeleriyle iki dereceli yargılama sistemine geçilmesi de son dönemde gerçekleştirilen önemli reformlardır. Yıllardır milletimize taahhüdümüz olan; ancak gerekli siyasi uzlaşma sağlanamadığı için somut ilerleme sağlanamayan yeni anayasa konusunun da en kısa sürede çözüme kavuşturulmasını diliyorum.

Diğer yandan, hayatın kendisi gibi adalet de dinamik, sürekli değişen, değişime uyum sağlamak zorunda olan bir alandır. Klasik hukuki araç ve argümanların yetersiz kaldığı durumlarda yeni çözüm yollarının kesinlikle üretilmesi gerekiyor. Tahkim gibi, arabuluculuk gibi uzlaşma yöntemleri hızla yaygınlaşıyor.

Kongrede tüm bu konuların enine boyuna tartışılacağına, ülke tecrübeleri ışığında tüm dünyanın istifadesine sunulacak neticelere ulaşılacağına inanıyorum.

Bir kez daha Uluslararası İstanbul Hukuk Kongresinin hayırlı olmasını, başarılarla dolu olmasını temenni ediyorum. Kongrenin düzenlenmesinde emeği geçen, kongre boyunca tebliğleriyle, değerlendirmeleriyle çalışmalara katkı sağlayacak olan herkese teşekkür ediyorum. Sizleri bir kez daha sevgiyle, saygıyla selamlıyorum. Kalın sağlıcakla.

THE SPEECH OF THE PRESIDENT OF THE REPUBLIC OF TURKEY, MR. RECEP TAYYİP ERDOĞAN

Dear guests,

Distinguished representatives of judicial bodies,

Ladies and Gentlemen,

I salute you all with love and respect.

I'd like to say, "Welcome to Turkey, Istanbul", to our guests who participated in our congress from abroad. I hope the International Istanbul Law Congress will provide beneficial results for our country and the whole world. I believe that it will be a productive meeting at the inspiring atmosphere of this historical venue and the Istanbul Strait which separates Europe and Asia and which we're located right at the edge of.

I'd like to thank everyone who contributed to the organization of the congress, on behalf of me and my nation. I hope that the presentations, the academic debates and the legal interpretations that will be made throughout the congress will be eye opening both for our country and for the guest countries. It is my desire that this congress which is organized for the first time, transforms into a global platform in this field and continues to take place in a broader form in the years to come.

Ministers of justice, presidents of constitutional courts, courts of cassation and councils of states along with presidents of justice academies and institutions that are equivalent to the High Council of Judges and Prosecutors, and scientists and jurists from nearly 40 countries are attending our congress. I'd like to especially express how glad I am because of this extensive participation. You have also given the strongest message to the coupists, to their destructive mindsets which doesn't recognize any rules and to the forces behind them, by accepting our invitation and being here with us after the coup attempt of July 15. Our nation and our country won't forget the step you have taken at this point. Because you've provided a serious solidarity in our democracy, so I'd also like to thank you for that.

Dear guests,

Turkey was exposed to a type of coup attempts that are rarely encountered in the world, in recent years. The incident that we experienced on July 15, 2016 was an armed coup attempt undertaken by the members of the Fethullahist terrorist organization. On 17-25 December 2013 on the other hand, we had encountered a different coup attempt of the same organization's members located in the judicial and law enforcement institutions. They have attempted to corner the chosen prime minister through his family, colleagues and business men who carry out big projects, with false evidence, illegal transactions and shows that are totally committed to perception operation. We haven't given in to the members of this organization who attempted to use the authorities, opportunities and the support provided to them for the establishment of justice and the provision of the peace and security of the country, for a political coup attempt. A strong stance was taken against this coup attempt in judiciary and law enforcement with the support of our nation and we quickly carried out the necessary operations.

FETO who saw that it can't accomplish any results this way, took up arms as a last resort. The terrorists who extorted the weapons that the state entrusted in their honour for them to

protect the country, poured blood and fire on the nation on the night of July 15. FETO members in the army wanted to realize what the members in the judiciary and law enforcement couldn't achieve. Frankly, we didn't believe that such a betrayal was possible.

But it was also understood that night, that the coupists also didn't believe the possibility that our nation would stand up against them and wouldn't give them a free pass. War planes dropping bombs, helicopters spewing fire, tanks that go over them and guns that are fired randomly at them were not enough to scare and back off our nation. This was also an important example for the world. Our nation who had 241 martyrs and 2194 veterans that night, made history by standing up for their independence, future and democracy, which will be an example for the whole world. While we disappointed the coupists in unison and shoulder to shoulder with our nation, we received the biggest contribution from our police forces and our judiciary organizations.

The attack that was launched by the coupists to terminate me, our prime minister and the various institutions of our state and to get a hold of the strategic locations, - this was a wave at the same time -, was stood against by our nation as a whole. The judiciary, which was a tool of the coup attempt on 17-25 December, turned out to be the institution which reacted in the fastest and most effective way this time, in the face of the coup. Because, thanks to the regulations that were made during this process, the judiciary got out of the control of the FETO terror organization and turned into the judiciary of the nation. This was very important.

Today, we determinedly keep removing the members of the same organization from all our institutions including the army and the judiciary, without compromising the state of law. Every step we take is in compliance with our constitution and our laws. Some westerners who seem to be friends ask if this is all in accordance with the law. With all due respect, we understand law as much as they do and we take our steps in accordance with the law, I want to make that clear. The ones who lecture us in law should first look at the period in which East Germany and West Germany got reunited. If they see how many personnel were discharged from duty in all the state institutions at that time, they would've comprehended the intricacy of the situation.

As for the declaration of the state of emergency, they should look at France and see what measures France took against a simple terror act and how it declared a 1 year state of emergency, as 3+3+6. We're not facing a simple terror act; we're facing an act of the destruction of the Republic of Turkey. Could this be resolved with simple measures? The step that needs to be taken is a very important one and it's the very definition of our country's prosperity, its independence struggle and its democracy struggle and we'll take that step. We have no practice in place that is against the examples in the world, including first and foremost the declaration of a state of emergency. As the Republic of Turkey, we're determined to eradicate this terrorist organization which has spread in our state and society like cancer cells.

Dear guests,

The judicial institutions in our country perform the task of dispensing justice independently and impartially. Of course it's very important for our judiciaries to carry out their responsibilities without prejudice and pressure and without following the orders of any opinions, ideologies or power groups. Our struggle against FETO is exactly aimed for this purpose. It's not possible for individuals who get their orders from an organization and not from the law and who shape their conscience according to the instructions of this organization's leader, to establish justice.

Turkey has gone through some very difficult times because of the judicial catastrophes that these organization members caused. For a time, the feeling of trust towards the institution of justice was eroded. In order to correct the sense of justice which caused a wound, and almost

a paralysis in our nation's hearts, it's a must for the ones who caused these catastrophes to be punished in the way they deserve first. We have to continue the ongoing operations in the state, the business world and other fields firmly and determinedly enough so that another coup attempt cannot be dared to be made in Turkey. Take money laundering activities. You can see that this organization is an example of money laundering in the broadest sense in the world. Take illegal overseas money transfers. You can see that this organization did it. When you look at these people who say they carry out educational work and activities in 170 countries, you'd see that that's not what they just do; there are other activities there as well. And this is an organization which spread money laundering all over those countries.

No one should expect this glorious nation and this time-honoured state to show helplessness in the face of terrorist organizations. We expect and we want our judges and prosecutors who are responsible to call the terrorists, coupists and invaders to account, to be as brave as our people who stood up against the weapons on the night of July 15. In case our judicial organization and its members can't instil enough confidence in our nation in this matter, we can't look at our future in confidence. I trust and believe our judges, prosecutors, our judicial organization and all our institutions in this matter. I'd like to take this opportunity to express my gratitude once again to all our friends from your countries whose hearts and prayers were with us during the armed coup attempt of July 15.

Dear guests,

Terrorism has turned into a multidimensional instrument which has different methods and can be disguised in different ways and which unfortunately can be used as a diplomatic tool of pressure by some countries. Turkey is the country which is exposed the most to the attacks of terrorist organizations and which experience the highest casualties. In this regard, our sensitivity against terrorism is different than everyone else's; it's higher than everyone else's.

Right now, we have friends here who constantly live with terrorism; here is Pakistan, here is Afghanistan, here is Iraq, here is Syria, here is Somali... In all these places, we have brothers and sisters who are constantly in close contact with terrorism. It's the same for Libya, the same for Egypt, this geographical area is constantly in close contact with terrorism.

Look, now we have what we're going through with Syria. We've always been patient, rockets were launched at us constantly from Syria, we were hit by mortars, we had hundreds of martyrs. In the end, rather meaningfully, a 14 year old kid who is so well educated and well raised, is put on the jersey of the Argentinean footballer Messi, because he loves Messi so much. And they tie the bomb on him, send him to a henna night and they detonate the bomb. 56 brothers and sisters of ours are martyred there and 100 of our people are wounded. I visited these people at the hospitals; I saw the conditions of those children. One of the kids wasn't even aware that his foot was torn off; he was still smiling, laughing. Now, could you still wait as a person who took on the responsibility of his nation against the world after seeing all this? We said that we won't wait anymore; we'll now enter Syria with moderate opponents, with the Free Syrian Army.

Dear friends,

We have 911 km of borders with Syria. But when those who have nothing to do with Syria enter Syria, it's seen as their right; and when it comes to us it's asked, "The murderer Esad didn't ask for you to come, how could you go there?". With all due respect, we'll go. Because if we're under the threat of terrorism, if that country threats us with mortars and rockets, we'll go. You'd know the legal terms of it much better than me anyway; call it self-defence, or call it whatever you want. So we entered Syria, we first started with Jarabulus. Over 30,000 people of Jarabulus who

had left Jarabulus, started coming back after we eradicated ISIS from Jarabulus. But ISIS left that place. After that we entered Rai, that place was cleared too and ISIS left that place as well. The nation of Rai started settling back there as well. And now as of tonight, thankfully Dabiq is also free of ISIS and the area all the way up to Dabiq is cleared and now the people of those areas are also settling back there. Look, we're not taking people there from Turkey; the people of those areas are settling there, that's our difference.

And of course, here's what we say to the coalition forces, to America especially: Look, you've made a promise at Manbij, we've talked on the phone with the president and he told us that PYD and YPG will certainly not go in there. PYD is a terrorist organization, YPG is a terrorist organization, it's a terrorist organization which is an extension of the PKK in Turkey. If they're not going to go in there, you should keep your promise - 95% of this place consists of Arabs. They didn't keep their promise and they placed PYD and YPG there. Of course when they didn't fulfil their promise we did what we had to do and we still keep doing it. And we're telling them, - look, this is relayed to them even this morning - "Look, you still haven't kept your word, if you don't clear that area of PYD and YPG, we can't act in partnership with you".

I mean, we're allies with the coalition forces in NATO, and first and foremost we and America are two strategic partners and they're not acting with us. So who will they act with? They'll act with the terrorist organization. Could this be explained with common sense and logic? Does this have a place in law? How is it possible? Law is being violated, international law is being disregarded. Because of that, cruelty occurs where there's no justice, so cruelty occurs. We need to handle this, I mean, in my opinion, these matters should be examined in detail during the work that will be done here in 3 days and I think they should be included in the final declaration, this is very important.

Look, now we've started operations in Mosul, it's continuing. What are they saying? "Turkey shouldn't go in Mosul". How could we not? We have 350 km of borders and we're under threat on those borders. 911 km of borders with Syria and 350 km of borders with Iraq... And those who have nothing to do with these countries come and enter these countries. Why? Because Baghdad asked them to come. Why didn't they say no to those who came in to Iran and Iraq when they didn't ask them to come? Did Saddam tell them to come 14, 15 years ago? But they did go in and there has been a terrible blood shed there, over a million people died.

Now, I believe that you as jurists are people who talk with the language of the judicial system, not with the language of the laws and therefore if we keep being people who talk, justice will be served. Because there is a judicial system and it's not written, just like the English have it. But there are also laws which are written by the powerful ones as they see fit, and they move accordingly.

This is very important for us, the steps that we'll take are very important for us. Now the operations in Mosul have begun. We told them and now my chief of general staff has completed his talks with his American counterpart. He and I have talked about an hour ago, while he's still in America and we talked about what steps we're taking, what we're doing and all that. And we told them the same thing: "Look, with all due respect, we're not responsible of the outcomes that may arise from an operation that Turkey isn't a part of". We'll be a part of the operations and we'll be on the table as well, it's not possible for us to stay out of this.

Because a history lies there for us. The gentlemen could read the National Pact if they like and they'd better understand our historical past there. And right now, we have brothers and sisters in Mosul; Arabs, Turkmens and Kurds, we have brothers and sisters there. In the same way, as you

go north, we have relatives there as you get closer to the border. It's absolutely not possible for us to be insensitive here.

They tell us to get out of Bashiqa. No one should expect us to get out of Bashiqa, we are at Bashiqa. We've done all kinds of operations there against the terrorist organization ISIS and we're continuing to do so. We're the ones who are putting up the most honourable fight there against ISIS. If this is an issue of fighting with the terrorist organization, we're the ones who've been putting up this fight since the beginning at Bashiqa Camp. We're the ones who trained our brothers in Mosul at Bashiqa camp so that they could fight with the terrorist organization ISIS. In the same way, we're the ones who trained the Peshmerga there. If all this didn't happen, you wouldn't be able to find a decent team there who would be able to put up this fight against the terrorist organization ISIS now.

One of the points that we put the greatest emphasis on the fight with terrorism is to have a principled approach against all terrorist organizations. We sincerely warn countries which see the terrorist organizations as a convenient tool for their own strategic goals and support them and provide them with political and military support, and we'll keep warning them. We saw that and I'd like to repeat it here once more. Terrorist organizations are like boomerangs, sooner or later they'd hit the ones who use them as well.

The solution of this problem is not possible without a determined and principled cooperation against terrorism in the international arena. Now, it's clear how Somali has suffered over the years because of terrorism, Somali is not able to recover. Look, the embassy buildings of the world's giants don't exist in Somali. But Turkey has one there. Why? We go there with everything we've got and we've also built a magnificent Islamic social complex as part of the embassy there and we went and did its opening. Because the bonds that connect us are different. But I see that the embassy building of America and the embassy building of the UK are in the campus near the airport. We've done all the maintenance, repair and everything else of the airport anyway. Thanks to a Turkish investor, he's operating that place now and he's building a hotel now next to it and with the building of the hotel, it will hopefully become a better place. That's our difference.

Terrorist organizations such as PKK, ISIS and DHKP-C along with FETO are active in and around Turkey. There's almost no day that we're not hurt and we're not bled. So doesn't Turkey have the necessary power to overcome these organizations? We definitely have the power, the resources and the determination. Among these organizations, we've completely eradicated and destroyed PKK who has the longest and bloodiest history of acts, 7 or 8 times in the last 35 years, considering the average number of terrorists it has. But PKK still continues its actions. Because every terrorist that Turkey has inactivated is replaced by new ones from the camps of this organization in Iraq and Syria.

Many countries secretly provide support for this organization. Although it's recognized as a terrorist organization, it can set up tents in European capitals like a legal institution and it can easily collect millions of Euros in many countries. You dear friends know this as well. They have centres in Strasbourg and Brussels which are the centres of the European Council and the European Union and they're easily able to collect benefits in those centres with the pictures of the terrorist leader. I thought the European Union had declared them as a terrorist organization? If it's a terrorist organization, how could they give such an opportunity to this terrorist organization? How could they pave the way for them to collect benefits? But they do. We give them files. With all due respect, I've given 4000 files to the German Chancellor in the G-20 Cannes Summit. When she came to Istanbul 5 or 6 months ago, she and I talked about what happened with those 4000 files. The answer she gave me was rather meaningful. She said, "Those 4000 files have now become

4500 files". If law goes on this way especially against terrorism, it's not possible to overcome it.

Look, in addition to this, we know that the organization called ISIS gathers its members from around the world, there are foreign fighters who come to ISIS all the way from Australia. We send them off when we catch them. We either lock them up in prison here or we extradite them to their countries. Until now, we have deported 3800 foreign terrorists who have come here to join ISIS. And we have given exclusion orders for 52500 people. However, the countries that these people came from almost didn't even lift a finger to prevent the exit of these individuals; such an approach is unacceptable.

As you're also witnessing, Syria and Iraq are unfortunately being subjected to a great destruction by the operations joined by 63 countries, with ISIS being used as an excuse. The number of innocent people who lost their lives in Syria has exceeded 600,000 in 6 years. After we've started the Jarabulus operation, it was seen that it wasn't necessary to burn down Syria to the ground in order to fight this organization. We could've also handled it amongst ourselves.

Of course we know very well that ISIS is only a tool, a Trojan horse and that it can be deactivated in a short amount of time if that's what's desired. On the other hand, if we get together as friends with these countries here, I believe we can make it happen with our own resources, our own very simple resources and precautions, with a cross border operation which isn't even on a large scale we've established that with Jarabulus and Rai.

The reason why our country is insistently being tried to be excluded from the Mosul operation is because it's known that we'll disrupt the sectarian conflict trap there, which is being tried to be set up by using ISIS as an excuse. That's why we're not wanted there. But we told the same thing to them, "We can't say yes to a Sunni-Shiite conflict". Do you know what they told us? They said, "We won't let a Sunni-Shiite conflict happen". OK, but who does the Iraqi army consist of? The overwhelming majority of the Iraqi army consists of the Shia. Who will they fight with when they come to Mosul? They'll fight with the Sunnis. Who are they going to place there? They're going to place Hashdi Shabi. Who are they up against? Hashdi Vatani. Who is Hashdi Vatani? They're the local people of Mosul. Where does Hashdi Shabi come from? They come from outside. With all due respect, we can't say yes to new sectarian conflicts.

PYD and YPG who are the Syrian extensions of PKK are being supported, armed and spoiled with the excuse of the terrorist organization ISIS. We've told this to them time and again, we've made our warnings and where do a part of the weapons given to PYD go? To ISIS. A very important part of it goes to PKK and gets used against us. We catch these weapons. We also see which countries these weapons belong to when we catch them. The objections we make on this issue are not being taken into account literally through lying. DHKP-C and other similar organizations are able to comfortably operate in European countries. The blood shedders of this organization are able to live in Europe freely for years. Now I'm asking you; is it possible to fight with terrorism with this approach?

We as Turkey have demanded the leader of the organization which is the perpetrator of the coup attempt of July 15 from America in accordance with the procedure, according to the agreement we have regarding the extradition of criminals. America on the other hand, isn't fulfilling this demand by putting forward its own legal system, its own judicial system; that's what's upsetting. Could there be a legal system which protects and favours terrorism, terrorist organizations and terrorist organization leaders? Could a terrorist be given a Green Card? He lives comfortably in America with a Green Card. He has a ranch of 400 decares, he lives on that ranch and he commands this activity from there. Who are you fooling?

Weren't there the same legal system and the same judicial system in America, when Al Qaeda engaged in a terrorist act? What was America's basis for all those operations in and out of the country? Pakistan, Afghanistan... Based on which law system did they shoot Osama bin Laden in that region? So when they're hurt, they can go and shoot him even there. If you operate law in this way with double standards, then when you yourself get in trouble at some point, you wouldn't have anything to say to anyone. That's why I once again request all countries to take a principled and consistent stance against terrorism. Every country who approaches terrorism instrumentally should know that they're digging their own graves with their own hands.

We see a similar inconsistency in the refugee problem as well. Currently we have 3 million refugees on our soil. And look, while we're hosting all these people, the European Union would have given 3 billion Euros of support until the month of July for those refugees. They would have given 3 billion Euros more next year and it would've continued like this. See, all this time has passed and the word they gave isn't kept. Our invoiced spending on the other hand has come up to 13 billion dollars so far. Our non-governmental organizations have spent as much as that. We're not waiting for the help that will come from there. We're saying that we should look out for these suffering, oppressed people. And the support that has come so far from the United Nations is 550 million dollars. But we will continue to look after all these refugees whether help comes or not.

Dear brothers and sisters,

All this being said, you see that Europe can't even tolerate a few hundred refugees. While countries with limited resources share all the resources they have with these people, wealthy, prosperous countries on the other hand, use their resources to put up barbed wires on their borders. This situation inflicts deep wounds in humanity's conscience. I ask of you to speak up about these facts in your own countries and on all the international platforms where you have a say and to make an impression on the authorities. I believe that we at least owe that much to the future generations for a more secure and peaceful world.

Dear guests,

The legal order is the most important and oldest tool that provides the balance in the life of the state, society and individual. That's why the topic of justice has an important place in all belief systems. In our holy book, in our gracious book the Quran, it is stated that, "God orders justice, beneficence and helping those close to you". Of course that thin line between justice and cruelty is an issue which makes the establishment of justice incredibly difficult. While you act justly by watering a flower or a tree, it's possible for you to turn to the path of cruelty by giving that same water to a thorn. Confucius must have wanted to emphasize the importance of this matter in human history when he said, "Justice is like the north star which is fixed and all the rest revolve about it".

On the walls of the justice institutions in our country, the sentence, "Justice is the foundation of the state", is written. This saying expresses how important justice is for the stability and continuation of the state. Again, the approach of "Keep a person alive so that the state stays alive" requires a management which has justice in its essence. That's why when we took on the responsibility of governing the country in November 2002, we identified 4 priority areas. The first of those is education, the second is health, the third is justice and the fourth is security-safety.

We have realized the greatest reforms of the Republic's history in every field including the revision of the basic laws, strengthening of the physical infrastructure by building modern court houses with traditional architecture and the establishment of the national judicial network UYAP. The opportunity of individual applications to the constitutional court and the introduction of a

trial system with two levels by the Ombudsman Institution and courts of appeal, are important reforms that have been realized recently. I also hope that the issue of the new constitution which has been our commitment to our nation for years but which couldn't be moved forward with real progress since the required political consensus couldn't be reached, is resolved as soon as possible.

On the other hand, justice, like life itself, is also a field that is dynamic and ever changing and it has to adapt to change. In cases where the classical legal instruments and arguments are insufficient, new solutions must definitely be produced. Reconciliation methods such as arbitration and mediation are increasingly becoming prevalent.

I believe that all these issues will be discussed at length at the congress and that outcomes that will be presented for the benefit of the whole world in light of the country's experiences will be reached.

I once again wish the International Istanbul Law Congress will be beneficial and successful. I'd like to thank everyone who contributed to the organization of the congress and who will contribute to the studies with their presentations and assessments throughout the congress. I salute you all once again with love and respect. I wish you the best.

РЕЧЬ ПРЕЗИДЕНТА ТУРЕЦКОЙ РЕСПУБЛИКИ ГОСПОДИНА РЕДЖЕПА ТАЙИПА ЭРДОГАНА

Уважаемые гости,

Уважаемые представители судебных органов,

Дамы и господа,

Я с любовью и уважением приветствую всех вас.

Нашим гостям, которые, оказав часть нашему Конгрессу, приехали из-за рубежа, я говорю: «Добро пожаловать в Турцию и Стамбул!». Я хочу, чтобы этот Международный правовой конгресс в Стамбуле принес пользу как нашей стране, так и всему миру. Я верю, что данная встреча во вдохновляющей атмосфере этого исторического места и пролива Босфор, разделяющего Европу, на самой окраине которой мы находимся, и Азию друг от друга, будет продуктивной.

От своего имени и от имени всего народа благодарю всех, кто принял участие в организации Конгресса. Я хотел бы, чтобы презентации, научные дебаты и юридические толкования, которые прозвучат на этом Конгрессе, открыли новые горизонты для нашей страны и стран-гостей. Я также надеюсь, что этот Конгресс, который организован сегодня впервые, превратится в глобальную платформу и в будущем будет проводиться с еще большим размахом.

В нашем Конгрессе принимают участие министры юстиции из около 40 стран, председатели Верховных судов и Государственных советов, генеральные прокуроры, а также представители Академии правосудия, главы организаций, как, например, Высший совет судей и прокуроров, ученые и юристы. И я хочу выразить свою особую радость от такого активного участия. То, что после попытки государственного переворота 15 июля, вы приняли наше приглашение и находитесь сегодня здесь вместе с нами, является убедительным посланием путчистам, их разрушительному менталитету, не признающему никаких правил, и силам, стоящим за ними и их действиями. Наш народ, наша страна никогда не забудет этот шаг, сделанный вами в такой ключевой момент, ибо это является важным знаком вашей солидарности с нашей демократией. И за это я хочу вас поблагодарить отдельно.

Уважаемые гости,

Турция пережила переворот, аналог которому сложно найти в мире за последние годы. Событие, произошедшее 15 июля 2016 года, было попыткой государственного переворота, совершенной членами террористической организации «Фетхуллахчи», оказавшимися в рядах нашей армии. В период с 17 по 25 декабря 2013 года имела место другая попытка переворота, совершенная членами судебных и правоохранительных органов, относящимися к той же организации. Прибегнув к сфабрикованным доказательствам, незаконным действиям и постановочным спектаклям, они попытались поставить в безвыходное положение премьер-министра страны, его семью, коллег и бизнесменов, реализующих крупные проекты. Однако мы не позволили членам этой организации, которые решили использовать полномочия, возможности и поддержку, предоставленные им для установления справедливости, обеспечения мира и безопасности в стране, остаться безнаказанными. При поддержке нашего народа, мы дали мощный отпор и быстро осуществили необходимые операции для предотвращения этой попытки переворота в судебной и правоохранительной системе.

Не получив, таким образом, желаемого результата, члены ФЕТО, не найдя другого

выхода, взялись за оружие. 15 июля оказавшиеся в рядах вооруженных сил террористы захватили оружие, доверенное государством для защиты страны, и направили его на народ, обрушив не него шквал огня и крови. Члены ФЕТО в вооруженных силах захотели совершить то, в чем потерпели неудачу представители судебной и правоохранительной систем. Откровенно говоря, мы не допускали возможности такого предательства.

Однако, как уже стало понятно сегодня, в ту ночь путчисты также не ожидали, что наш народ выйдет им навстречу и даст отпор. Сыплющих бомбы военных самолетов, стреляющих вертолетов, проезжающих прямо по ним танков, стреляющего во всех подряд оружия оказалось недостаточно, чтобы напугать наш народ и заставить его отступить. Это также стало важным примером для всего мира. В ту ночь наш народ, среди которого оказалось 2194 героя и 241 погибший, защитил свою независимость, свое будущее и демократию и показал всему миру пример, который войдет в историю. В ночь 15 июля, когда мы плечом к плечу, сердцем к сердцу с народом, разделяя общую судьбу, сорвали планы путчистов, наибольший вклад и поддержку мы получили от представителей судебных и правоохранительных органов.

Нападение, которое в первую очередь ставило своей целью уничтожение меня лично, нашего премьер-министра и различных государственных учреждений, а также захват стратегических мест, представляло собой волну, перед которой неизменно стоял наш народ. Если 17-25 декабря судебная система была орудием в руках тех, кто пытался совершить переворот, то на этот раз она стала самой быстрой и эффективно реагирующей системой, выступившей против переворота, потому что, благодаря проведенным за прошедший период изменениям, судебная система вышла из-под контроля террористической организации «ФЕТО» и превратилась в народный суд. И это было очень важно.

Сегодня мы, не отклоняясь от принципов конституционного государства, решительно удаляем представителей этой террористической организации из всех ведомств и учреждений: от армии до судебной системы. Все наши шаги соответствуют нашей Конституции и законодательству. Некоторые наши западные псевдодрузья спрашивают: «Насколько это оправданно с точки зрения права?» Извините, но мы не меньше вас разбираемся в праве, и действуем исключительно в соответствии с правовыми нормами. И я хочу, чтобы об этом знали. Те, кто пытается учить нас праву, пусть сначала взглянут на период объединения Восточной и Западной Германии, если они вспомнят сколько сотрудников было уволено из государственных учреждений в те времена, то лучше поймут тонкость ситуации.

Что касается объявления чрезвычайного положения, то тут можно привести в пример Францию. То, как поступила Франция после простого террористического акта, объявив о режиме чрезвычайного положения на год (3+3+6). Мы оказались лицом к лицу не с простым террористическим актом, мы столкнулись с попыткой подорвать основы Турецкой Республики. Разве можно разрешить данную ситуацию простыми мерами безопасности? Шаг, который нужно сделать, очень важен. На кону благополучие нашей страны, борьба за свободу и демократию, и мы этот шаг сделаем. Объявление режима чрезвычайного положения, в первую очередь, никоим образом не противоречит существующим в мире аналогичным примерам. Мы решительно настроены искоренить эту террористическую организацию, которая словно раковая опухоль распространилась в нашем государстве и общественной жизни Турции.

Уважаемые гости,

Судебные органы в нашей стране независимо и объективно осуществляют свою функцию отправления правосудия. Несомненно, очень важно, чтобы представители судебной системы исполняли свои обязанности независимо от какого-либо влияния и давления, не подчиняясь каким-либо взглядам, идеологиям или влиятельным группировкам. И наша борьба с ФЕТО

направлена именно на достижение этой цели. Люди, которые руководствуются не правом, а указаниями определенной организации, моральные ориентиры которых формируются в зависимости от указаний главы такой организации, несомненно, не могут вершить правосудие.

Из-за судебных трагедий, причиной которых стали представители этой организации, Турция пережила очень трудные времена. Было время, когда доверие к институту правосудия было подорвано. Для того чтобы залечить эту рану в душе нашего народа, чтобы мысль о правосудии больше не парализовала душу народа, в первую очередь, необходимо по заслугам наказать тех, кто привел к этой катастрофе. Для того чтобы исключить возможность подобных попыток переворота в Турции, мы вынуждены продолжать решительно и жестко проводить операции в общественных организациях, бизнесе и других сферах. Вы ищете отмывание денег? Посмотрите на эту организацию, она для всего мира представляет собой пример отмывания денег в самом широком смысле этого слова. Ищите отток денег за рубеж? Взгляните на них, здесь вы все это найдете. Если вы взглянете на эту организацию, которая утверждает, что осуществляет образовательную деятельность в 170 странах, то увидите, что на этом они не останавливаются, в этих странах у них есть и другая деятельность. Это организация, деятельность по отмыванию денег которой распространилась так далеко.

Пусть никто не ждет, что этот святой народ и исконно существующее государство проявят слабость перед лицом террористической организации. Мы ожидаем и хотим, чтобы наши судьи и прокуроры, которые обязаны от имени турецкого народа призывать к ответу террористов, путчистов и оккупантов, действовали также смело, как наш народ, вышедший навстречу вооруженным путчистам 15 июля. Если наш институт правосудия и его представители не смогут дать нашему народу достаточную веру в этом отношении, то мы не сможем с уверенностью смотреть в будущее. В этом вопросе я полагаюсь и доверяю нашим судьям, прокурорам, институту правосудия и всем соответствующим инстанциям. Пользуясь случаем, я благодарю всех друзей в ваших странах, которые сердцем и молитвами были с нами во время попытки вооруженного переворота, имевшего место 15 июля.

Уважаемые гости,

На сегодняшний день терроризм превратился в инструмент, который использует разноплановые методы, который может принимать различные формы, и который, к сожалению, используется некоторыми странами в качестве дипломатического средства давления. Турция – страна, которая чаще всего в мире становится объектом нападений со стороны террористических организаций, и которая пережила в связи с этим много потерь. Поэтому, по сравнению с другими, мы более чутко реагируем на любые террористические действия.

Сейчас здесь среди наших друзей есть наши братья, которые постоянно сталкиваются лицом к лицу с терроризмом, это Пакистан, это Афганистан, это Ирак, это Сирия, это Сомали... Здесь сегодня есть наши братья, которые каждый миг живут рядом с террором. Это можно увидеть в Ливии, в Египте, повсюду на этой территории люди живут бок о бок с террором.

Посмотрите, что мы пережили в связи с Сирией. Мы постоянно проявляли терпение, с территории Сирии постоянно запускались ракеты, осуществлялся обстрел из артиллерийских орудий, с нашей стороны были сотни погибших. В конце концов, специально подготовленный и натренированный подросток 14-ти лет, что особенно показательно, на которого надели форму любимого им аргентинского футболиста Месси со взрывчатым устройством, взорвал его во время свадебного обряда – ночь хны, в результате чего погибли 56 наших братьев и сестер, и около 100 человек оказались ранены. Когда я навестил этих людей в больнице, то увидел состояние тех детей, увидел, как ребенок, еще не осознавая, что у него оторвана нога, улыбается и смеется. Можете ли вы, будучи человеком, который взял на себя ответственность

за весь народ, который обязался представлять свой народ перед всем миром, увидев все это, сидеть сложа руки? Мы решили, что больше не будем оставаться в стороне, и отныне вместе с умеренной оппозицией, со Свободной сирийской армией, вступим в Сирию.

Дорогие друзья,

Наша граница с Сирией составляет 911 километров. Однако почему-то тем, кто ни близко, ни даже отдаленно не связан с Сирией, вступать на ее территорию можно, в то время как, когда дело касается нас, нам говорят: «Как вы можете туда вступить, ведь вас не звал убийца Асад». Извините, но мы придем. Придем, потому что если для нас существует угроза терроризма, если эта страна угрожает нам артиллерийскими обстрелами, ракетами, то это наше право. Вы лучше меня знаете, как это называется в юриспруденции, хотите называйте это самообороной, хотите другим термином. И мы вступили на территорию Сирии, начав с Джераблуса. Более 30 тысяч жителей Джераблуса, покинувшие город, начали возвращаться в Джераблус, после того как мы очистили его от боевиков ИГИЛ (ДАИШ). Город был очищен от ИГИЛ. Далее мы направились в Аль-Раи, и также освободили его от членов ИГИЛ. Жители Аль-Раи снова начали селиться там. И вот сейчас, этой ночью, слава Богу, у ИГИЛ был отбит Дабик. Таким образом, весь регион до Дабика сейчас очищен от боевиков и местное население начало там заново обживаться. Видите, мы не приводим туда своих людей из Турции, там селится собственное местное население – в этом наше отличие.

Коалиционным силам, и в первую очередь Америке, мы говорим следующее: «В Манбидже нам дали слово, когда мы разговаривали по телефону с уважаемым Президентом, нам сказали, что Демократического союза (PYD) и отрядов народной самообороны (YPG) там ни в коем случае не будет. PYD – это террористическая организация, YPG – это террористическая организация, являющиеся продолжением террористической организации Курдская рабочая партия (РКК) в Турции. Если было сказано, что их тут не будет, то держите свое слово. 95% здесь арабы. Свое слово они не сдержали, позволили PYD и YPG появиться здесь. И мы, естественно, в данной ситуации сделали и делаем то, что необходимо. Мы им объясняем, и даже сегодня утром мы направили им следующее послание: «Вы так и не сдержали свое слово. Если вы не очистите территорию от PYD и YPG, то мы не сможем действовать с вами сообща».

В НАТО Турция и коалиционные силы или, в первую очередь, Америка являются стратегическими партнерами. Если вы не будете действовать заодно с нами, то с кем вы будете действовать сообща? С террористической организацией? Есть ли этому логическое, разумное объяснение? Есть ли подобные прецеденты в юриспруденции? Как такое вообще возможно? Попирается право, топчется международное право. В связи с этим, там, где нет справедливости, существуют притеснения и применяется насилие. Мы должны это уладить. По моему мнению, в ходе трехдневной работы данного Конгресса эти вопросы необходимо всесторонне рассмотреть, и результаты должны быть отражены в итоговом отчете. Это очень важно.

Смотрите, сейчас начались и продолжаются военные операции в Мосуле. Что нам говорят? Пусть Турция не входит в Мосул. Как это возможно? У нас граница длиной в 350 км, и оттуда для нас исходит угроза. 911 км с Сирией, 350 км с Ираком… Те, кто не имеет ни малейшего отношения, приходит и уходит… Почему? Их видите ли позвал Багдад. Почему тогда вы не сказали «нет» тем, кто в свое время вступил в Ирак и Иран без приглашения? Разве 14-15 лет назад Саддам звал их? Но они вступили в Ирак, превратив все в кровавую резню, в ходе которой погибло более миллиона человек.

Я верю в то, что вы, правоведы, – люди, которые говорят не языком законов, а языком права, и что если мы будем продолжать оставаться таковыми, то правосудие всегда найдет

свое место, потому что есть право, которое не кодифицировано, как у англичан, а есть законы, которые сильные мира сего могут писать в соответствии со своими желаниями и, тем самым, иметь полную свободу действий.

Это для нас очень важно. Шаги, которые будут предприняты здесь, очень важны для нас. Вот сейчас, когда начались операции в Мосуле, мы их предупредили. Главнокомандующий вооруженными силами Турции встречался с соответствующими лицами в Америке. Около часа назад я снова разговаривал с ним в Америке, и мы обсудили какие шаги будем предпринимать, что делать, как поступать. Мы их предупредили: «Извините, но мы не отвечаем за последствия, которые могут возникнуть в результате операции, в которой не участвует Турция». Мы будем участвовать в военных операциях и переговорах, мы никак не можем не участвовать.

Ведь это часть нашей истории. Если господа желают, то пусть почитают «Мисаки Милли» (национальный пакт), тогда им станет понятнее наше историческое прошлое, связанное с этим местом. И сейчас в Мосуле находятся наши братья: арабы, туркмены, курды, там наши братья. Точно также на севере, ближе к границе, находятся наши родственники. Мы ни в коем разе не можем в сложившейся ситуации оставаться безучастными.

Нам говорят: «Уходите из Башики». Пусть никто не ждет, что мы оставим Башику, мы. До сегодняшнего дня мы осуществляли и продолжаем осуществлять различные военные операции против находящейся там террористической организации ИГИЛ. Самую достойную борьбу с ИГИЛ ведем там именно мы. Если мы говорим о борьбе с террористической организацией, то с самого начала именно мы ведем эту борьбу в лагере Башики. В лагере Башики мы обучили и подготовили наших братьев из Мосула, чтобы они могли сражаться с террористической организацией ИГИЛ. Мы также подготовили там пешмерга. Если бы мы этого не сделали, то там не было бы никого, кто смог бы бороться с ИГИЛ.

Одним из моментов, на который мы постоянно обращаем внимание в борьбе с терроризмом, является принципиальный подход ко всем террористическим организациям. Мы из самых лучших побуждений всегда предупреждали и продолжаем предупреждать страны, которые, рассматривая террористические организации в качестве подходящего орудия для достижения собственных стратегических целей, оказывают им поддержку, о том, чему сами являемся свидетелями, и то, о чем я еще раз хочу сказать здесь: «Террористические организации как бумеранг, рано или поздно, вернутся и ударят того, кто их использует».

Без решительно настроенного и принципиального сотрудничества, направленного на борьбу с терроризмом в мировом масштабе, эту проблему решить невозможно. Перед вами пример Сомали – страны, которая долгие годы страдала от террора и никак не может прийти в себя. Взгляните, в Сомали нет зданий посольств ведущих стран мира, но тут есть посольство Турции. Почему? Мы возвели там прекрасный посольский комплекс, осуществили его открытие, потому что между нами существуют совершенно другие связи. При этом, я вижу, что здания американского посольства и британского посольства находятся на территории кампуса при аэропорте. Кстати, весь ремонт, техническое обслуживание и все необходимое для аэропорта, сделали мы. Спасибо одному турецкому предпринимателю, который сейчас управляет его деятельностью, строя рядом отель, возведение которого, дай Бог, приведет к позитивным переменам. В этом наше отличие.

Внутри Турции и вокруг нее осуществляют свою деятельность такие террористические организации, как ФЕТО, Курдская рабочая партия (РКК) и ИГИЛ, Революционная народно-освободительная партия-фронт и пр. Нет практически ни дня, чтобы мы не испытывали боль и не проливали кровь. Хватит ли Турции сил, чтобы справиться с этими организациями? Несомненно, у нас достаточно для этого сил, возможностей и решимости. Если сравнить со

средней численностью группировки, то за 35 лет мы не менее 7-8 раз полностью уничтожили РКК, которая имеет самую долгую и кровавую историю деятельности, но РКК все еще продолжает свою деятельность, потому что, вместо каждого террориста, уничтоженного Турцией, появляются новые из лагерей этой организации в Ираке и Сирии.

Многие страны оказывают этой организации скрытую помощь. Когда к террористической организации относятся благосклонно, то она, словно законная организация, имеет свои штабы в европейских столицах и свободно собирает миллионы евро во многих странах. И вы, дорогие друзья, это знаете. Их центры есть в Брюсселе и Страсбурге, в котором заседает Совет Европы, и который является центром ЕС, и в этих центрах с фотографиями лидера террористов они спокойно могут собирать денежную помощь на свою террористическую деятельность. Разве Европейский Союз не объявил о том, что эта организация является террористической? А если это террористическая организация, то как вы можете предоставлять ей подобные возможности? Как можно позволять им собирать денежную помощь для своей деятельности? Но позволяют… Мы им передаем заведенные дела. Извините, но на Саммите «Большой двадцатки» в Каннах я передал канцлеру Германии 4 тысячи дел. При нашей встрече, состоявшейся в Стамбуле 5-6 месяцев назад, в ходе нашего разговора я поинтересовался, что стало с теми делами. Полученный ответ оказался очень показательным: «Те 4 тысячи дел превратились в 4500». Если правосудие будет продолжать действовать против террора так же медленно, то победить его будет невозможно.

Наряду с этим мы также знаем, что члены террористической организации ИГИЛ включают в себя представителей со всех уголков мира, в рядах ИГИЛ есть даже боевики, приехавшие из Австралии. Когда мы их ловим и арестовываем, то сразу же отправляем в тюрьму здесь или экстрадируем в страны, гражданами которых они являются. На сегодняшний мы экстрадировали 3800 террористов-иностранцев, прибывших для пополнения рядов ИГИЛ. 52500 лицам был запрещен въезд на территорию нашей страны. Тогда как страны, из которых эти лица прибыли, практически палец о палец не ударили для того, чтобы воспрепятствовать их выезду из страны. Такой подход не допустим.

Как вы сами видите, в результате военных операций, проводимых с участием 63 стран под предлогом борьбы с ИГИЛ, такие страны, как Сирия и Ирак, к сожалению, столкнулись с сильной разрухой и разорением. За 6 лет число невинных жертв, погибших в Сирии, превысило 600 тысяч человек. После того как мы начали операцию в Джераблусе, стало очевидно, что для борьбы с этой организацией нет необходимости разрушать Сирию. Это можно было уладить между собой.

Конечно же мы очень хорошо знаем, что ИГИЛ – это ни что иное, как орудие, Троянский конь, и что эту организацию при желании можно очень быстро нейтрализовать. С другой стороны, если мы не сможем скооперироваться с этими странами, то я верю, что, используя свои собственные возможности, очень простые возможности, очень простые меры, проводя не такие уж и масштабные операции по ту сторону границы, как это было в Джераблусе, в Аль-Раи, мы можем многое сделать, как видите, это возможно.

То, что нашу страну настойчиво пытаются держать подальше от операции в Мосуле, связано с тем, что они знают, что мы не позволим под предлогом борьбы с ИГИЛ насадить там конфликт между мазхабами (школами шариатского права в исламе). Именно поэтому они не хотят, чтобы мы вмешивались. Но мы им сказали то же самое: «Мы не позволим насаждать конфликт между суннитами и шиитами». И знаете, что они нам ответили? Они говорят: «Мы не допустим конфликта между суннитами и шиитами». Это, конечно, хорошо, но из кого состоит иракская армия? Иракская армия в своем большинстве состоит из шиитов. И когда они вступят в Мосул, то с кем будут сражаться? С суннитами. Кого они туда отправят? Хашди Шаби

(иракское ополчение). И кто окажется против них? Хашди Ватани (суннитские ополченцы). Это местные жители Мосула. Откуда пришли Хашди Шаби? Они пришли извне. Так что пусть нас простят, но мы не позволим начаться новому конфликту между мазхабами.

Вот, например, под предлогом борьбы с ИГИЛ оказывается поддержка, предоставляется вооружение и другие поблажки террористической организации PYD, YPG, являющейся сирийским крылом Курдской рабочей партии (РКК). Мы много раз говорили, предупреждали. Куда идет часть оружия, поставляемого PYD? В ИГИЛ. А значительная часть этого вооружения направляется РКК и используется против нас. Мы задерживаем поставки этого оружия и, когда задерживаем, то видим, каким странам оно принадлежит. Однако в ответ на наши предупреждения по данному вопросу нам лгут, в полном смысле этого слова, и игнорируют. Организации типа Революционной народно-освободительной партии-фронта свободно осуществляют свою деятельность в Европейских странах. Являющиеся членами этой организации убийцы, руки которых запачканы в крови, годами свободно живут в Европе. И сейчас я хочу спросить вас, можно ли, основываясь на таком понимании, бороться с терроризмом?

Основываясь на соглашении о выдаче преступников между нашими странами, мы, согласно имеющейся процедуре, потребовали у США выдать главу организации ответственной за осуществление попытки переворота в Турции 15 июля. Америка же в свою очередь, под предлогом собственной правовой системы, своей судебной системы, не выполняет выдвинутое нами требование. И это огорчает. Как может существовать правовая система, которая защищает и оберегает терроризм, террористические организации и лидеров этих террористических организаций? Как можно выдавать Грин карту террористу? И по этой Грин-карте он живет себе в Америке словно господин в поместье площадью в 400 дунамов и руководит оттуда этой деятельностью. Кого вы пытаетесь обмануть?

Когда Аль-Каида совершила террористический акт в Америке, где была эта правовая, эта судебная система, о которой идет речь? На чем основывалась Америка, когда осуществляла десятки операций в стране и за ее пределами? В Пакистане, Афганистане, когда в этом регионе по Усаме бен Ладену нанесли удар, на какой правовой системе они основывались? Значит, когда вам причинили боль, можно зайти так далеко и нанести удар... Если вы будете так подходить к понятию права и основываться на двойных стандартах, то завтра, когда у вас самих возникнут проблемы, вы никому ничего не сможете сказать. В связи с этим, я здесь еще раз призываю все страны демонстрировать принципиальный и системный подход к терроризму. Страна, которая рассматривает терроризм, как некий инструмент, должна осознавать, что собственными руками роет себе могилу.

Похожую непоследовательность мы видим и в вопросе беженцев. Сегодня на нашей земле находится три миллиона беженцев. И в то время как мы даем приют всем этим людям, посмотрите, Европейский Союз, который обещал нам перечислить до июля месяца на содержание беженцев 3 миллиарда Евро, а в следующем году – еще три миллиарда Евро, и продолжать перечисление подобной помощи в будущем, по прошествии длительного периода времени так и не сдержал свое слово. А наши подтверждаемые счетами затраты на данный момент достигли 13 миллиардов долларов. И не менее того составили затраты наших общественных организаций. Мы не ждем, что нам оттуда придет помощь. Мы считаем необходимым защищать и помогать этим, испытывающим притеснения и несправедливость, людям. В свою очередь помощь, направленная ООН, на сегодняшний день составляет 550 миллионов долларов. Но мы, независимо от того, придет какая-либо помощь или нет, продолжаем заботиться обо всех этих беженцах.

Дорогие братья,

Наряду со всем этим, как вы видите, Европа не может вынести присутствие всего нескольких сотен беженцев. В то время как страны с ограниченными средствами используют все имеющиеся у них возможности, чтобы помочь этим людям, богатые процветающие страны тратят свои деньги на то, чтобы обнести свои границы колючей проволокой. Сложившаяся ситуация серьезно ранит чувство человечности. Я прошу вас заявить об этих фактах в ваших странах и на всех международных платформах где у вас есть право голоса, а также убедить в этом тех, кто за это отвечает. Я считаю, что для создания более безопасного и спокойного мира для будущих поколений, мы обязаны сделать хотя бы это.

Уважаемые гости,

Верховенство права является наиболее важным и древнейшим инструментом, который обеспечивает равновесие в жизни государства, общества и человека. В связи с этим, во всех верованиях тема справедливости занимает важное место. В нашей священной, свято чтимой книге – Священном Коране говорится: «Аллах повелевает блюсти справедливость, делать добро и помогать близким». Конечно, тонкая грань между справедливостью и притеснением очень сильно затрудняет установление справедливости. Если, поливая цветок, дерево, вы действуете во имя справедливости, то, поливая той же водой колючки, вы можете свернуть на путь притеснения. Когда Конфуций сказал: «Справедливость словно полярная звезда пребывает на одном месте, в то время как все остальное вращается вокруг нее», он, по-видимому, хотел подчеркнуть важность этой темы для человеческой истории.

На стенах институтов правосудия в нашей стране есть надпись: «Справедливость – основа собственности». Эти слова указывают на то, насколько справедливость важна для стабильности государства и продолжения его существования. Опять же в основе принципа «позволь жить человеку, чтобы жило государство» лежит управление основанное на справедливости. Именно поэтому в ноябре 2002 года, когда мы возложили на себя ответственность за руководство страной, мы определили четыре приоритетных направления. Первое – это образование, второе – здоровье, третье – справедливость, и четвертое – безопасность.

Мы осуществили самые крупные реформы в истории Республики в различных сферах: от обновления основных законов до упрочнения физической инфраструктуры и современных зданий суда с их традиционной архитектурой, а также создания Национальной судебной системы (UYAP). Среди важных реформ, осуществленных в последнее время, можно назвать появление возможности подачи индивидуальной жалобы в Конституционный суд и переход к двухуровневой судебной системе с институтом омбудсмена и апелляционными инстанциями. Я также надеюсь, что в самое ближайшее время решится вопрос внесение поправок в Конституцию, которые мы давно обещали нашему народу, но которые не были сделаны из-за отсутствия необходимого политического консенсуса.

С другой стороны, правосудие, как и сама жизнь, должно быть динамичным, постоянно меняющимся и адаптирующимся к изменениям. В случаях, когда классические правовые инструменты и аргументы оказываются недостаточны, безусловно, необходимо находить новые пути решения. На сегодняшний день, например, быстро ширится использование таких примирительных процедур, как арбитраж и медиация.

Я верю, что все эти вопросы будут подробно обсуждаться на Конгрессе, и полученные в свете опыта различных стран результаты, будут представлены для блага всего мира.

Еще раз желаю, чтобы Международный правовой конгресс в Стамбуле оказался полезным и успешным. Благодарю всех, кто внес свой вклад в организацию Конгресса, и кто, делая в ходе Конгресса свои доклады и давая свою оценку, осуществит свой вклад в его работу. Я еще раз с любовью и уважением приветствую всех Вас. Желаю Вам всего наилучшего!

كلمات السيد رجب طيب أردوغان رئيس الجمهورية التركية

الضيوف الأعزاء،

ممثلو الهيئات القضائية الأكارم،

السيدات والسادة،

أحييكم جميعاً بالمودة والإحترام،

أقول لضيوفنا من الخارج الذين شرفوا مؤتمرنا أهلاً ومرحباً بكم في تركيا وفي اسطنبول. وأتمنى أن يكون مؤتمر اسطنبول الدولي للقانون مناسبة خير لبلدنا ولكافة بلدان العالم. وأنا واثق أنه سيكون اجتماعاً بنّاءاً في جوٍ ملؤهم في هذا المكان التاريخي المتواجدين فيه الآن على مضيق اسطنبول الذي يفصل أوروبا وآسيا عن بعضهما.

أشكر باسمي وباسم شعبي كل شخص ساهم في تنظيم المؤتمر. وأرجو أن تكون الحوارات القانونية والنقاشات الأكاديمية والمناظرات التي سيتم اجراؤها طوال المؤتمر دافعاً ومحفزّاً لكل من بلدنا وبلدان الضيوف. وأتمنى أن يستمر المؤتمر الذي يتم تنظيمه للمرة الأولى في الإنعقاد بشكل أوسع في السنوات القادمة عبر تحويله إلى منصة عالمية في هذا المجال.

يشارك في مؤتمرنا وزراء عدل، ورؤساء محاكم دستورية، ورؤساء محاكم عليا ومجالس دولة، ومدّعين عامين من حوالي ٤٠ دولة، إلى جانب حقوقيين وعلماء ورؤساء هيئات تعادل هيئات قضائية ونيابة عامة كبرى. وأود أن أشير بشكل خاص إلى سعادتي وامتناني بهذا الحضور الكبير والمتنوع. وعبر اجابتكم لدعوتنا بعد محاولة انقلاب ١٥ تموز وكونكم معنا هنا وبسبب حضوركم، تكونوا قد وجهتم الرسالة الأقوى للإنقلابيين ولعقليتهم المدمرة المتمردة وللقوى التي تقف ورائهم. ولن ينسى شعبنا وبلدنا الخطوة التي قمتم بها بشأن ذلك. لأنكم تضامنتم بشكل جدي مع ديمقراطيتنا، لذلك أشكركم جزيل الشكر أيضاً.

الضيوف الكِرام،

واجهت تركيا في السنوات الأخيرة محاولات انقلاب من أنواع قلّ نظيرها في العالم. والحدث الذي عشناه بتاريخ ١٥ تموز ٢٠١٦ كان عبارة عن محاولة انقلاب مسلحة قام بها أعضاء من منظمة فتح الله الإرهابية داخل الجيش. أما في ١٧-٢٥ كانون الأول ٢٠١٣، تعرضنا لمحاولة انقلاب مختلفة لأعضاء من داخل تشكيلات الأمن والقضاء لنفس المنظمة. حيث حاولوا عبر الأدلة الملفقة والعمليات غير المشروعة ونشر الأخبار الكاذبة التضييق على رئيس الوزراء المنتخَب وعائلته وعلى زملائه، وعلى رجال الأعمال الذين ينفذون المشاريع الكبيرة. ولإقامة العدل وضمان أمن وسلام البلاد نحن لسنا ممتنين أبداً لأعضاء هذه المنظمة الذين حاولوا استخدام سلطاتهم وإمكاناتهم المعطاة لهم والدعم الموفر لهم من أجل محاولة القيام بانقلاب سياسي. هذا الأمن والقضاء بدعم شعبنا قد اتخذ موقفاً قوياً ضد محاولة الإنقلاب، وقمنا باجراء العمليات الضرورية بسرعة.

، التي يبدو أنها لم تحصل على أي نتيجة بهذه الطريقة، لجأت إلى السلاح كملاذ أخير لها. إنFETÖإن منظمة فتح الله الإرهابية الإرهابيين الذين اغتصبوا الأسلحة التي أمنتهم الدولة عليها من أجل حماية البلد وجهوها إلى صدور الشعب ليلة الخامس عشر من الذين أرادوا تحقيق ما فشلوا به داخل القضاء والأمن بتحقيقه على عناصر من داخلFETÖتموز.عصابة منظمة فتح الله الإرهابية الجيش. حيث أننا ببساطة ما كنا لنسمح بحدوث مثل هذه الخيانة.

ولكن في تلك الليلة حدث الآتي، فقد تم وضع الإنقلابيين في مواجهة الشعب، ولم يعطوا لهم أي فرصة لعدم مغادرة الميدان. الطائرات الحربية التي أمطرت الشعب بالقنابل، والهليوكبترات التي أطلقت النار عليهم، والدبابات التي دهستهم جيئةً وذهاباً، والأسلحة التي تم اطلاق الرصاص منها عشوائياً، كل ذلك لم يكن كافياً لإخافة شعبنا ولجعله يتراجع. وهذا في نفس الوقت مثال هام جداً من أجل العالم. شعبنا الذي قدم ٢٤١ شهيد و٢١٩٤ جندي كتب تلك الليلة ملحمةً ستكون مثالاً لجميع العالم في حماية استقلالهم وديمقراطيتهم ومستقبلهم. رأينا ليلة الخامس عشر من تموز تضافر أكبر الجهود من سلك القضاء وقوى الأمن مع شعبنا ووقوفهم معاً صفاً واحداً لإلحاق الهزيمة بالإنقلابيين.

إن الهجوم الذي بدأه الإنقلابيون من أجل التخلص مني شخصياً ومن رئيس وزرائنا، ومن أجل تدمير مؤسسات دولتنا المختلفة، والإستيلاء على الأماكن الإستراتيجية، كان هو الموجة الأولى، ورأينا في نفس الوقت وقوف شعبنا معاً في مواجهة هذه الموجة. سلك القضاء الذي كان هو الوسيلة في محاولة الإنقلاب في ١٧-٢٥ كانون الأول خرج ضد الإنقلاب هذه المرة كمؤسسة استجابت بالشكل الأسرع والأكثر فعالية. لأن القضاء في هذه العملية ومن خلال التنظيمات التي تم اجراؤها خرج من تحت سيطرة وتوجيه ، وعاد مرة أخرى ليصبح للشعب، وهذا كان أمراً هاماً للغاية.FETÖمنظمة فتح الله الإرهابية

واليوم أيضاً نعمل على ابعاد أعضاء نفس المنظمة الإرهابية من جميع مؤسساتنا، من الجيش إلى القضاء، وابعادهم من الدولة بكل حزم، ودون المساس بدولة القانون. كل خطوة نخطوها هي وفقاً لدستورنا ووفقاً لقوانيننا. بعض الأصدقاء في الغرب يقولون ‘ولكن هل هذه الخطوات هي وفقاً للقانون’. حسناً اعذروني، إذا كنتم تفهمون في القانون، فنحن أيضاً نفهم في القانون بقدر ما تفهمون أنتم وربما أكثر، ونحن أيضاً نتخذ خطواتنا بما يتوافق مع القانون، أريد أن يكون ذلك معلوماً. فلينظر هؤلاء الذين يعطونا درساً في القانون إلى الفترة التي اتحدت فيها ألمانيا الشرقية مع ألمانيا الغربية، ولو نظروا إلى عدد الموظفين الذين تم طردهم من وظائفهم في تلك الفترة من جميع مؤسسات الدولة، لأدركوا وقدروا أيضاً نعمة العمل.

اعلان حالة الطوارئ؛ فلينظروا إلى فرنسا، كيف أنها اتخذت موقفاً اتجاه عمل ارهابي واحد بسيط، كيف أنها أعلنت حالة الطوارئ لمدة سنة، على شكل ٦+٣+٣. نحن لسنا في مواجهة مع عمل ارهابي واحد بسيط، نحن في مواجهة حركة هدم لدولة الجمهورية التركية، هل من الممكن التعامل معها بتدابير بسيطة كهذه في مواجهة ذلك؟ الخطوة الواجب اتخاذها هي خطوة هامة للغاية، رخاء بلدنا هذا والكفاح من أجل الحرية هو نفسه الكفاح من أجل الديمقراطية، ونحن نتخذ هذه الخطوة. ونحن لا نطبق أي أمر مخالف للنماذج الموجودة في العالم، بما في ذلك اعلان حالة الطوارئ. ونحن في تركيا عاقدون العزم على اجتثاث هذه المنظمة الإرهابية من جذورها والتي تحيط بدولتنا ومجتمعنا وحياتنا كما الخلية السرطانية.

الضيوف الأعزاء،

إن الهيئات القضائية في بلدنا تؤدي واجبها بتوزيع العدالة بنزاهة واستقلالية. وبالطبع من الأهمية بمكان أن يقوم أعضاء هيئاتنا القضائية بتنفيذ مسؤولياتهم هذه بدون التعرض لأي تأثير أو ضغط من قبل أي رأي أو أيديولوجية أو مركز قوة. وإن محاربتنا هو موجه بالكامل لهذا الغرض. وبالنسبة للأشخاص الذين يأخذون أوامرهم من المنظمة وليس منFETÖلمنظمة فتح الله الإرهابية القانون، والذين تسمح لهم ضمائرهم بتطبيق تعليمات قادمة من رأس الفتنة لهذه المنظمة لن يكون ممكناً لهم تأسيس وتطبيق العدل.

مرت تركيا بفترات مضطربة جداً بسبب الكوارث القضائية التي تسبب بها أعضاء هذه المنظمة. وتضاءلت الثقة بالمؤسسات العدلية لفترة من الزمن. ويجب معاقبة هؤلاء الذين تسببوا بهذه المصائب بالشكل الذي يستحقونه وذلك من أجل امكانية تصحيح مفهوم العدالة الذي أضر بشعبنا وسبب له الأذى. ويجب علينا المضي في العمليات المستمرة في القطاع العام وفي قطاع الأعمال وفي غيرها من القطاعات بحزم وثبات لمنع التجرؤ على القيام بمحاولة انقلاب أخرى في تركيا. هل تبحثون عن غسيل للأموال؟ انظروا إلى هذه المنظمة، فهي أنموذج بكل معنى الكلمة لغسيل الأموال في العالم. هل تبحثون عن تهريب هذه الأموال إلى الخارج؟ انظروا إليهم، تروهم هنا. عندما تلقون نظرة على الذين يقولون أنهم قاموا بنشاطات وأعمال تعليمية في ١٧٠ دولة، هم لم يكتفوا بذلك فحسب، بل هناك نشاطات أخرى. منظمة قامت بغسل الأموال وتوزيعها هناك.

لم يتوقع أحد اظهار هذه الأمة الشامخة وهذه الدولة الراسخة العجز في مواجهة المنظمات الإرهابية. نتوقع ونريد أن يملك قضاتنا ومدّعونا العامّين المكلفين والمحاسَبين باسم الشعب التركي الشجاعة في مواجهة الإرهابيين والإنقلابيين والغزاة بقدر شجاعة شعبنا على الأقل الذي نزل لمواجهة السلاح ليلة ١٥ تموز. إذا كان من غير الممكن لشعبنا الإعتماد على هيئاتنا العدلية وأعضائها في هذا الموضوع بالشكل الكافي، فلن نستطيع التطلع إلى مستقبلنا بثقة. بالنسبة لهذا الموضوع، أنا أؤمن وأثق بقضاتنا وبمدّعينا العامّين وبجميع تشكيلاتنا وهيئاتنا العدلية. وفي هذه المناسبة، أوجه شكري وامتناني مرةً أخرى لكم ولكافة أصدقائنا في بلادكم الذين وقفوا معنا بقلوبهم ودعواتهم أثناء المحاولة الإنقلابية المسلحة يوم ١٥ تموز.

أعزائي الضيوف،

إن الإرهاب يستخدم طرقاً مختلفة بأبعاد كثيرة، ويمكنه التخفي تحت عباءات متنوعة، وقد أضحى للأسف أداة يتم استخدامها كوسيلة ضغط دبلوماسية أيضاً من قبل بعض الدول. إن تركيا هو أكثر بلد تعرّض لهجمات ارهابية في العالم، وأكثر بلد تعرّض للخطر. ولذلك، حساسيتنا وصلابتنا في مواجهة الإرهاب هي مختلفة عن الآخرين، وأعلى من الآخرين.

لدي أخوة وأخوات من بين أصدقائنا هنا الآن الذين هم على تماس مباشر مع الإرهاب، هناك الباكستان، هناك أفغانستان، هناك العراق، هناك سوريا، هناك الصومال ... الجميع اخوة لنا يواجهون الإرهاب الآن في كل لحظة. ليبيا كذلك الأمر، مصر كذلك، كل مكان، في مواجهة مع الإرهاب المستمر.

انظروا، يوجد لدينا من عاش الخطر فيما يتعلق بما يحدث في سوريا. نحن صبرنا بشكل مستمر، وتم اطلاق الصواريخ علينا من طرف سوريا، وقذائف الهاون، واستشهد المئات منا. في النهاية، هذا الأمر له مغزى ومعنى، طفل عمره ١٤ عاماً، تم تربيته وتعليمه هكذا، ولحبه الشديد للاعب الأرجنتيني ميسي، ألبسو الطفل زيّ ميسي. ربطوه بقنبلة، وأرسلوه إلى حفلة عُرس، وفجروه هناك، واستشهد ٥٦ شهيد من اخوتنا وأخواتنا، وجُرح حوالي ١٠٠ انسان. عندما زرت هؤلاء الناس، عندما رأيت حالة هؤلاء الأطفال في المستشفيات، الطفل لم يدرك حتى أن قدمه قد بُترت، ولكنه ما زال يضحك ويبتسم. الآن وبالنظر إلى كامل الصورة، هل تستطيعون التوقف كإنسان أخذ على عاتقه مسؤولية الأمة، وتعهد بتمثيل الأمة أمام العالم؟ قلنا، لن نستطيع التوقف الآن، سندخل إلى سوريا مع حلفائنا المعتدلين ومع الجيش السوري الحرّ.

أيها الأصدقاء الأعزاء،

لدينا حدود بطول ٩١١ كم مع سوريا، لكن هناك من يعتبر تدخل الذين لا علاقة لهم بسوريا لا من قريب ولا من بعيد، حقاً مشروعاً، بينما يُقال لنا: كيف تدخلون هناك فالأسد القاتل لم يوجه دعوة لكم؟. أرجو المعذرة، فإننا ندخل إلى سوريا إذا كنا تحت خطر الإرهاب وقذائف الهاون والقذائف الصاروخية، فأنتم تعرفون المصطلحات القانونية لهذا الأمر أكثر مني، تقولون دفاعاً عن النفس؟ سمّوه ما تشاءون. ودخلنا، وبدأنا أولاً من جرابلس. أكثر من ٣٠ شخص من أهل جرابلس الذين خرجوا من جرابلس، بدأوا بالعودة مرة أخرى إلى جرابلس بعد أن طهّرنا جرابلس من داعش. وداعش رحلت عنها، ودخلنا الراعي من الخلف، وأخليناها أيضاً ورحلت عنها داعش كذلك. وبدأ أيضاً سكان الراعي بالعودة إلى منازلهم. والآن واعتباراً من هذه الليلة تم كذلك تطهير دابق من داعش ولله الحمد، وأثناء تطهير تلك المنطقة وصولاً إلى دابق، بدأت أهالي تلك المناطق بالعودة إلى منازلهم أيضاً. انظروا، نحن لا نجلب الناس إلى هناك من تركيا قسراً، هؤلاء الناس يعودون إلى منازلهم هناك من أنفسهم، هذا هو فرقنا عن غيرنا.

وبالطبع نحن نقول التالي لقوات التحالف، بما فيها أمريكا: انظروا، أنتم قطعتم وعداً في منبج، تحدثنا مع السيد الرئيس، وقالوا: 'لن

إلى هناك بالتأكيد'. حزب الإتحاد الديمقراطيPYD، ووحدات حماية الشعب الكردي YPGتدخل قوات حزب الإتحاد الديمقراطي هي منظمة ارهابية، وامتدادهما في تركيا حزب العمال الكردستانيPYD هو منظمة ارهابية، وحدات حماية الشعب الكردي YPG هو منظمة ارهابية. إذا لم يدخلوا إلى هنا، حافظوا على وعدكم الذي قدمتموه لنا – ٩٥ في المائة من الناس هنا هم عرب – ولمPKK . ونظراً لأنهم أخلفوا بوعدهمYPG وحزب الإتحاد الديمقراطي PYDيفوا بوعدهم. أدخَلوا إلى هنا وحدات حماية الشعب الكردي لنا، لذلك بالطبع قمنا ونقوم بفعل ما يتوجب فعله حيال ذلك. وصباح هذا اليوم أيضاً قمنا بإبلاغ الإدارة الأمريكية بأنها لم تف بوعدها ، سنضطر إلى ايقاف التحالف المشترك معكم.PYD وYPGإلى الآن، إذا لم تقوموا بتطهير تلك المنطقة من

يعني نحن وأمريكا شريكان استراتيجيان مع باقي قوى التحالف في حلف الناتو، وأنتِ لا تريدين التحالف والتحرك معنا. فهل يعقل أن تتعاملين مع تنظيم إرهابي بدل التعاون معنا؟ هل لهذا الأمر مكاناً في القانون، هل يُعقل لأمر كهذا أن يحدث؟ هذا انتهاك للقانون، لا يُلقون بالاً ولا يهتمون بالقانون الدولي. ولذلك يحلّ الظلم والإضطهاد مكان العدل. يجب علينا أن نجد حلاً لهذه المسألة، وبرأيي يجب أن يتم أخذ هذه الأمور بعين الإعتبار في الدراسات والنقاشات التي سيتم اجراؤها هنا على مدى ثلاثة أيام، ويجب أيضاً برأيي أن تدخل هذه المسائل في البيان الختامي للمؤتمر، هذا أمرٌ هامٌ للغاية.

انظروا الآن بدأت الموصل، في هذه الأثناء يتم اجراء عمليات في الموصل. ماذا يقولون؟ 'يطالبون تركيا أن لا تدخل الموصل'، كيف لنا أن لا ندخل؟ يوجد لدينا ٣٥٠ كم من الحدود، ونحن تحت تهديد هذه الحدود. ٩١١ كم من الحدود مع سوريا، ٣٥٠ كم من الحدود مع العراق... نحن ليس لنا علاقة! والذين لا علاقة لهم يأتون ويدخلون، ما هذا؟ بغداد قالت اذهب إليهم، لماذا لم تقولوا لا لهؤلاء الذين أتوا إلى إيران وإلى العراق في حين أنهم لم يقولوا لهم تعالوا؟ قبل ١٤ أو ١٥ سنة هل قال لهم صدام تعالوا؟ لكنهم دخلوا، مات هناك مليون انسان.

الآن أنتم كحقوقيين، أنا أعرف أنكم أناس تتكلمون بلغة القانون، وإذا استمرينا على هذا المنوال، فإن الحق سيجد مكانه. لأن هناك قانون، وهو ليس كما هو مكتوب، لدى الإنجليز مثلاً. لكن هناك قوانين أيضاً، هم يكتبون هذه القوانين كما يريدون، ويتلاعبون بها كما يشاؤون.

بالنسبة لنا هذا الأمر مهم جداً، ومن المهم لنا الخطوات التي سنتخذها هنا. الآن بدأت العمليات في الموصل. قلنا لهم، قام رئيس أركاننا باجراء محادثات مع المسؤولين في أمريكا. قبل ساعة تقريباً تحدثنا معهم من أمريكا، ماهي الخطوات التي سنتخذها، ماذا نفعل، ماذا سنفعل، ناقشنا هذه الأمور. وقلنا لهم بالحرف: 'انظروا، اعذرونا فنحن لسنا مسؤولين عن النتائج التي قد تنجم عن عملية تركيا ليست مشاركة فيها'، نحن سنشارك في العملية، نحن سنكون موجودين على الطاولة، ومن غير الممكن استبعادنا.

لأن لنا تاريخ هنا، اقرأوا ميثاق الأمة أيها السادة إذا أردتم، ستفهون بشكل أفضل ماضينا وتاريخنا هنا. والآن لنا أخوة في الموصل، لدينا أخوة من العرب والتركمان والأكراد. كذلك الأمر إذا اتجهنا نحو الشمال، يوجد هناك أصلاً لنا أقارب في المناطق المتاخمة للحدود. بالتأكيد لن يكون ممكناً أن نبقى مكتوفي الأيدي وبلا احساس حيالهم.

يقولون:'اخرجوا من بعشيقة'. لا ينبغي لأحد أن يقول لنا أن نخرج من بعشيقة، نحن موجودون في بعشيقة. قمنا حتى اليوم هناك بتنفيذ جميع أنواع العمليات ضد تنظيم داعش الإرهابي، ونحن مستمرون بذلك. نحن من قاتل داعش هناك بكل شرف، وإذا كانت المسألة هي قتال منظمة ارهابية، فنحن أول من حارب هؤلاء في معسكر بعشيقة. نحن الذين دربنا اخواننا في الموصل في معسكر بعشيقة، ليتمكنوا من قتال تنظيم داعش الإرهابي، ونحن الذين دربنا البشمركة بنفس الطريقة. لو لم نقم بذلك، فإنكم لن تكونوا قادرين على ايجاد قوات مناسبة باستطاعتها الآن محاربة تنظيم داعش الإرهابي.

إن أحد أهم الأمور التي نؤكد عليها في محاربة الإرهاب هو اظهار نهج مبدأي واحد اتجاه جميع التنظيمات الإرهابية. نحن نحذر وسنستمر بالتحذير بكل صدق الدول التي تدعم الإرهابيين سياسياً وعسكرياً، وتدعم التنظيمات الإرهابية وتستخدمها بشكل واضح كوسيلة من أجل أهدافها الإستراتيجية الخاصة. حيث أننا رأينا ذلك، وأكرر ذلك من هنا. إن التنظيمات الإرهابية هي كالبومرانج (اللعبة الخشبية الملويّة)، عندما ترميها ستعود إليك في النهاية.

ليس من الممكن حلّ هذه المشكلة من دون الإتحاد بشكل مبدأي وحازم على الصعيد العالمي في مواجهة الإرهاب. لم تستطع الصومال التخلص من الإرهاب منذ سنوات، ولم تستطع الصومال العودة إلى سابق عهدها. انظروا، لا يوجد أي سفارة في الصومال لأي دولة كبرى. ولكن تركيا لديها سفارة هناك. لماذا؟ نحن ذهبنا إلى هناك، وأنشأنا مبنى رائعاً لسفارتنا هناك، وذهبنا لإفتتاحها. بسبب الروابط التي تربطنا ببعضنا البعض. ولكني أرى أن مبنى السفارة الأمريكية، ومبنى السفارة البريطانية هناك هما ضمن معسكر المطار. ونحن أصلاً قمنا باجراء كامل عمليات الصيانة والتصليح وقمنا بكل شيء في المطار. هناك أيضاً رجال أعمال أتراك يشتغلون هناك الآن، يبنون حالياً فندقاً بجانب المطار، ومع اكتمال بناء الفندق سيصبح الأمر مختلفاً بإذن الله. هذا فرقنا عن غيرنا.

، وداعش،PKK، وحزب العمال الكردستاني FETÖينشط داخل تركيا وحولها تنظيمات ارهابية مثل منظمة فتح الله الإرهابية . لا يوجد يوم تقريباً لم نتأذى منهم فيه، ويتسببون فيه باراقة دمائنا. حسناً، تركيا تمتلكDHKP-Cوحزب وجبهة التحرير الثوري القوة التي ستمكنها من التخلص من هذه التنظيمات، أليس كذلك؟ بالتأكيد، لدينا القوة والقدرة والحزم. عندما نقيس متوسط عدد ، الذي هو من جملة هذه التنظيمات الأكثر دموية والأطول مدة في الماضي، نرىPKKالإرهابيين لديهم بحزب العمال الكردستاني مازال مستمراً في أفعاله. لأنهم ينشؤون تنظيمات جديدةPKKأننا قضينا عليه تماماً في ٧-٨ مرات على مدار ٣٥ سنة، ولكن الـ لهم من معسكرات متواجدة داخل العراق وداخل سوريا، بدلاً عن تلك التي تم تحييدها في تركيا.

والعديد من الدول تدعم هذا التنظيم بشكل سري. وتستطيع فتح خيَم لها في العواصم الأوروبية وكأنها مؤسسة قانونية على الرغم من أنها منظمة ارهابية، وتستطيع جمع الملايين في الكثير من الدول بكل سهولة. أنتم أيها الأصدقاء الأعزاء تعرفون ذلك. حيث تتواجد

مقراتها في ستارزبورغ وفي بروكسل التي هي مقر الإتحاد الأوروبي. ويستطيعون هؤلاء في هذه المقرات جمع المساعدات بكل سهولة. هل أعلن الإتحاد الأوروبي أن هؤلاء منظمة ارهابية؟ وإذا كانت هذه منظمة إرهابية، كيف تقدمون لها هكذا تسهيلات؟ كيف تفتحون لهؤلاء المجال لجمع المساعدات؟ ولكنهم يفتحون لهم المجال. قدمنا لهم الملفات، قدمتُ للمستشارة الألمانية في قمة العشرين في كان ٤ آلاف ملف. ناقشنا ذلك معهم عندما أتوا إلى اسطنبول قبل ٥-٦ أشهر، ماذا حدث بشأن هذه الملفات. أعطوني جواباً مفيداً جداً: 'هذه الـ ٤ آلاف ملف أصبحت الآن ٤٥٠٠ ملف'. إذا استمر الحال على ما هو عليه في مواجهة الإرهاب وتجاوز القانون، فلن يكون من الممكن القضاء على الإرهاب.

نحن نعلم أن التنظيم الإرهابي الذي يُدعى داعش يستقطب عناصره من كافة أرجاء العالم. يوجد مع داعش مقاتلين أجانب أتوا من أستراليا. ونحن نعرفهم عندما نلقي القبض عليهم. وإما أن نلقي بهم في السجن أو نعيدهم مرة أخرى إلى بلدانهم. حيث أننا قمنا حتى اليوم بترحيل ٣٨٠٠ ارهابي أجنبي أتوا ليشتركوا مع داعش، وحظرنا دخول ٥٢٥٠٠ شخص إلى البلاد. وفي هذا الصدد، فإن الدول التي جاء منها هؤلاء الأشخاص لم تحرك ساكناً لمنع خروجهم من بلدانهم، حيث أنه لا يوجد ادراك لهذا الأمر.

وكما تشهدون جميعاً، تتعرض سوريا والعراق للأسف لعمليات عسكرية ضخمة باشتراك ٦٣ دولة متذرعين بحجة القضاء على داعش. حيث تجاوز عدد المسلمين الذين فقدوا حياتهم في سوريا حاجز ٦٠٠ ألف شخص خلال ٦ سنوات. نحن وبعد اطلاقنا لعملية جرابلس وكما رأيتم لم يتطلب الأمر تدمير سوريا من أجل محاربة هذا التنظيم الإرهابي. نحن استطعنا معالجة هذا الأمر فيما بيننا.

بالطبع نحن نعلم جيداً بأن داعش عبارة عن وسيلة، حصان طروادة، وبأنهم يستطيعون القضاء عليهم خلال فترة قصيرة من الزمن لو أرادوا. ومن جانب آخر، أننا لو لم نتعاون مع الدول الصديقة، فأنا على يقين بأننا بامكانيات بسيطة جداً وبتدابير بسيطة نفذنا عملية خارج الحدود لم تكن كبيرة ولم تتطلب ذلك الجهد الكبير، هنالك جرابلس، هنالك الراعي، أي الأمر قابل للتحقيق.

وإن المحاولات الحثيثة لإبقاء بلدنا خارج عملية الموصل، جاءت لأنهم يدركون أن ذلك من شأنه إغلاق الباب أمام صراع مذهبي يُراد افتعاله بذريعة تنظيم داعش. نحن لم يُطلب منا التدخل من أجل ذلك، ولكننا قلنا لهم نفس الأمر: 'نحن لا يمكن أن نوافق على صراع سني شيعي'، هل تعرفون بماذا أجابونا؟ قالوا: 'نحن لن نسمح بصراع سني شيعي'. حسناً إذن، مِن مَن يتألف الجيش العراقي؟ يتألف الجيش العراقي من الشيعة بأغلبية ساحقة. عندما يذهب هؤلاء إلى الموصل، من سيحاربون؟ سيحاربون السُنة. من سيضعهم هناك؟ الحشد الشعبي. من هناك في مواجهتهم؟ الحشد الوطني. من هو الحشد الوطني؟ هم السكان المحليون لمدينة الموصل. من أين جاء الحشد الشعبي؟ جاءوا من خارج البلاد. فليعذرونا، نحن لا يمكن أن نوافق على صراعات مذهبية جديدة.

، الذراع السوري لحزب العمال الكردستانيYPG، وحزب الإتحاد الديمقراطي PYDيتم دعم وحدات حماية الشعب الكردي ، ويتم مدهم بالسلاح بذريعة داعش. قلنا لهم مراراً، وحذرناهم، إلى أين يذهب جزء من الأسلحة التي تقدموها لوحداتPKK . نحنPKK؟ إلى داعش. يتم استخدام جزء كبير منها ضدنا بتمريرها إلى حزب العمال الكردستاني PYDحماية الشعب الكردي نقوم بضبط هذه الأسلحة، ونرى عندما نضبطها إلى أي من الدول عائدة هذه الأسلحة. لم يقيموا لاعتراضاتنا حول هذا الموضوع وما شابهها منDHKP-Cأي اعتبار وكذبوا علينا بقولهم أنهم يفهمون كلامنا تماماً. منظمات مثل حزب وجبهة التحرير الثوري تنظيمات يستطيعون العمل في الدول الأوروبية بكل راحة. هذه المنظمات استطاعت العيش في أوروبا لسنوات طويلة بكل حرية وأيديها ملطخة بالدماء. الآن أريد أن أسألكم: هل من الممكن مكافحة الإرهاب بهذا النهج؟

تركيا طلبت أصولاً من أمريكا تسليم رأس المنظمة الإرهابية التي قامت بمحاولة انقلاب ١٥ تموز، وذلك وفقاً لاتفاقية تبادل المجرمين فيما بيننا. المحزن أن أمريكا لم تنفذ هذا الطلب مدّعيةً أن لديها نظامها القانوني ونظامها القضائي الخاص. هل يُعقل أن يكون هناك نظام قانوني يحمي الإرهاب والتنظيمات الإرهابية وقياداتها؟ هل يُمكن أن تُعطى الجرين كارد لإرهابي؟ يوجد هناك أشخاص كهؤلاء يعيشون في أمريكا ومعهم جرين كارد. مزرعة مساحتها ٤٠٠ دونم، يقضي حياته في هذه المزرعة، ويدير أعماله ويعطي أوامره من هناك. أنتم تخدعون من؟

ألم يكن لديكم نفس القانون ونفس القضاء عندما نفذت القاعدة عملها الإرهابي في أمريكا؟ استناداً إلى ماذا قامت أمريكا بعشرات العمليات داخل وخارج أمريكا؟ بالإستناد إلى أي نظام قانوني قاموا بضرب باكستان وأفغانستان عندما كانوا يلاحقون أسامة بن لادن في تلك المنطقة؟ إذن هم عندما يتأذون، يستطيعون الذهاب والقصف هناك. إذا كنتم تطبقون القانون بمعايير مزدوجة بهذا الشكل، فلن يقف معكم أحد عندما تقعون في المتاعب غداً. لذلك ومن موقعي هذا أدعو مرة أخرى جميع الدول أن يتخذوا موقفاً مبدئياً وثابتاً اتجاه الإرهاب. يجب على كل دولة تستخدم الإرهاب كأداة أن تعرف بأنها تقوم بحفر قبرها بيدها.

نحن نرى أيضاً تناقضاً مماثلاً فيما يتعلق بمشكلة اللاجئين. يوجد على أرضنا الآن أكثر من ٣ ملايين لاجئ. وقال الإتحاد الأوروبي بأنهم سيقدمون لنا دعماً بثلاثة مليارات يورو حتى شهر تموز لاحتواء هؤلاء اللاجئين، وسيتبعونها بثلاثة مليارات أخرى في السنة القادمة، وبأن الأمر سيستمر على هذا المنوال. انظروا، لقد مر كل ذلك الوقت، ولم ينفذوا ما وعدوا به. لو أردنا حساب نفقاتنا التي صرفناها على هذا الأمر، لوجدنا أنها وصلت الآن إلى ١٣ مليار دولار. هذا ما صرفته منظمات المجتمع المدني عندنا. نحن لا ننتظر المساعدات التي ستأتي من عندهم. ونقول، لنحمي هؤلاء الضحايا والمظلومين ونعتني بهم. وما جاء من مساعدات من الأمم المتحدة حتى اللحظة لم يتخطَ الـ ٥٥٠ مليون دولار. وفي حال أتت مساعدات أم لم تأتِ، نحن سنستمر برعاية كل هؤلاء اللاجئين.

أخواتي وإخوتي الأعزاء،

أنتم ترون كيف أن أوروبا لا تستطيع تحمّل بضع مئات من اللاجئين، وكيف أن الدول محدودة الموارد تشارك جميع امكاناتها مع هؤلاء الناس، في حين أن الدول الغنية والمرفهة تصرف على زرع السياج على حدودها. هذه الحالة تعمّق الجراح في ضمير الإنسانية. عليكم أن تبرزوا هذه الحقائق في بلدانكم وعلى جميع المنصات العالمية وأن تتكلموا عن هذا الأمر، وأن تتبوأوا مسؤلياتكم

حياله. أعتقد هذا أقل ما يمكن أن نقوم به للأجيال القادمة من أجل عالم أكثر أمناً وسلاماً.

الضيوف الكِرام،

إن حُكم القانون هو الوسيلة الأهم والأقدم التي تضمن التوازن في حياة الفرد والمجتمع والدولة. لذلك، العدل يحتل مكانة هامة في جميع الأديان. حيث يقول الله تعالى في كتابه الكريم: «إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى». بالطبع هذا الخط الرفيع ما بين العدل والظلم هو الأمر الذي يصعّب كثيراً تطبيق العدل. حيث أنكم تطبقون العدل عندما تقومون بسقي وردة أو شجرة الماء، ولكن قد تنحرفون إلى طريق الظلم بسقي شوكة بنفس المياه. وما قول كونفوشيوس: « العدل يبقى في مكانه كنجم قطبي، وكل ما عداه يدور في فلكه» إلا تأكيداً على أهمية هذه القضية عبر التاريخ البشري.

كُتب على جدران المؤسسات العدلية في بلدنا «العدل أساس المُلك». هذه الكلمات تدل على مدى أهمية العدل في استمرار واستقرار الدولة. أيضاً إن مفهوم 'إذا حيا الإنسان تحيا الدولة' يتطلب إدارة تقوم على أساس العدل. لذلك قمنا بتحديد أربع أولويات عندما تولينا مسؤولية ادارة البلاد في شهر تشرين الثاني عام ٢٠٠٢. أولها هو التعليم، ثانيها هو الصحة، ثالثها هو العدل، ورابعها هو الأمن والأمان.

وقمناUYAPقمنا بانجاز الإصلاحات الأكبر من نوعها في تاريخ الجمهورية التركية في كل المجالات في هيئة القضاء الوطنية بتجديد القوانين الأساسية، وبتعزيز البنية التحتية للمباني العدلية لتكون مباني حديثة متوافقة مع العمارة التقليدية. إن التحول إلى نظام قضائي من الدرجة الثانية عبر محاكم الإستئناف والهيئات العامة للتفتيش، مع امكانية تقديم الطلبات الفردية للمحكمة الدستورية هي اصلاحات غاية في الأهمية تم تحقيقها في الفترة الأخيرة. لقد التزمنا بمسؤولياتنا أمام شعبنا لسنوات طويلة، ولكن بالنسبة لموضوع الدستور الجديد الذي لم يحرز تقدماً ملموساً بسبب عدم القدرة على الوصول إلى التسوية السياسية اللازمة، فأنا أتمنى أن يتم حلّ هذا الموضوع في أقصر وقت ممكن.

من جانب آخر، فإن العدل هو أحد جوانب الحياة، وهو عبارة عن مجال يجب أن يتوافق مع التغيير بشكل مستمر وديناميكي أيضاً. حيث يجب انتاج طرق وحلول جديدة في الحالات التي لا تكون فيها الوسائل والحجج الكلاسيكية كافية. وأن يتم توسيع طرق التسوية كالتحكيم والوساطة بشكل سريع.

أنا واثق بأنه سيتم مناقشة جميع هذه القضايا بشكل كامل في المؤتمر، وبأنه سيتم الوصول إلى نتائج سيتم عرضها لتستفيد منها جميع دول العالم في ضوء الخبرات العالمية.

أتمنى مرة أخرى بأن يكون مؤتمر اسطنبول الدولي للقانون مناسبة خير وأن يكون مليء بالنجاحات. أشكر كل شخص ساهم في تنظيم المؤتمر، وأشكر كل شخص سيساهم في الدراسات والحوارات والتقييمات على مدار أيام المؤتمر. أحييكم جميعاً مرة ثانية بالمودة والإحترام، ومع خالص تحياتي.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ ADALET BAKANI SAYIN BEKİR BOZDAĞ'IN KONUŞMALARI

Sayın Cumhurbaşkanım,

Uluslararası İstanbul Hukuk Kongresi 48 ayrı ülkeden ve yurt içinden çok saygın ve seçkin yargı mensupları, Adalet Bakanları, hukukçular, akademisyenler ve kıymetli misafirler katılmak suretiyle gerçekleştirilmektedir. Böylesine saygın ve seçkin bir topluluğu İstanbul Hukuk Kongresi vesilesiyle Türkiye'mize ve özellikle dünyanın ve ülkemizin en saygın ve seçkin kültür medeniyet ilim ve tarih merkezlerinin başından gelen İstanbul'da ağırlamaktan ve ev sahipliği yapmaktan büyük bir mutluluk, onur duyuyoruz. Kongreye katılan sayın Adalet bakanlarına, Yüksek mahkemelerin değerli başkan ve vekillerine, başsavcılara, yargı kurumları başkan ve üyelerine hakim ve savcıların eğitimlerini sağlayan eğitim kurumlarının başkan ve temsilcilerine, akademisyenlere, hukukçulara, siyaset adamlarına ve bütün katılımcılara ayrı ayrı teşekkür ediyor şükranlarımı sunuyorum. 3 gün sürecek Kongrede, mültecilerin hukuki sorunları, mağdur hakları, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, savcılık kurumu ve etkin soruşturma gibi başlıklar başta olmak üzere 12 ayrı konuda, konularında uzman ve iyi yetişmiş saygın ve seçkin yargı mensupları ve yine hukukçular vasıtasıyla 3 gün süreyle sunumlar, eleştiriler, müzakereler yapılacaktır. İnanıyorum ki sonuçta bu alanlarda, uluslararası toplumun ve katılımcı herkesin yararına olacak çok önemli görüşler ortaya çıkacak. Hukuk alanında önümüzdeki yıllarda atılacak adımlar bakımından bütün katılımcılara ve bu Kongreye katılmasa dahi takip eden herkese yol gösterici sonuçlar ortaya çıkacak. Bu vesile ile Kongrenin tekrar hayırlı ve başarılı olmasını diliyorum.

Sayın Cumhurbaşkanım, saygıdeğer katılımcılar,

Bu Kongrenin, seçilmiş Cumhurbaşkanını indirmeyi, seçilmiş Hükümeti düşürmeyi, seçilmiş Meclisi kapatmayı hedefleyen, demokratik hukuk devleti ve milli iradeyi yok etmek isteyen başarısız 15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsünden sonra İstanbul'da yapılıyor olması, bu kadar seçkin, saygın konuğun katılmış olması, bizim için son derece önemlidir. 15 Temmuz darbe teşebbüsü sırasında Cumhurbaşkanımız ve ailesine suikast girişimi, Meclisin Cumhurbaşkanlığının güvenlik birimlerinin F-16 savaş uçakları ile bombalanması, helikopterlerle taranması, Halkın üzerine tankların, zırhlı araçların sürülmesi ve otomatik silahlar ile taranması suretiyle gerçekleştirilmeye çalışılmış ve bu süreç içerisinde 241 vatandaşımız hayatını kaybetmiş, 2144 vatandaşımız da yaralanmıştır. Darbe teşebbüsü Cumhurbaşkanımız, Meclisimiz, Hükümetimiz, siyasi partilerimiz, medyamız ve siyasi ve bütün fikri farklılıklarını bir kenara koyup demokrasiye ve hukuk devletine, seçilmiş Cumhurbaşkanı, Hükümet ve Meclisine ölümüne sahip çıkmasıyla ve bu amaçla yaptığı başarılı mücadele ile başarısız kılınmıştır. Halkımız büyük bir demokrasi ve hukuk mücadelesi vermiş ve sonuçta hukukunu da demokrasisini de korumayı başarmış ve buna kast edenler de mağlup olmuştur.

Sayın Cumhurbaşkanım, değerli misafirler,

FETÖ yetiştirdiği insanları orduya, emniyete, diğer kamu kurumlarına yerleştiren, yerleştirdiği kişileri de örgüt elemanı olarak ihtiyaç duyduğu zaman kullanabilen ve bu vesile ile de devletin parasını, silahlarını, malzemelerini, kanunlarını ve diğer bütün imkanlarını örgütün imkanına, malına dönüştüren, devlet içerisinde saklı bir terör örgütü kimliği taşımaktadır. Din ve eğitim gibi herkesin hassas olduğu konular kullanılmak suretiyle toplum içinde ve devlette yer edinmeye çalışan bu yapıyı Türkiye çok acı tecrübeler yaşamak suretiyle yakından tanımıştır. Bu yapının yetiştirdiği kişiler devlette görev aldıktan sonra örgüt liderinin talimatları doğrultusunda

devletin bütün gizli bilgilerini, sırlarını, imkanlarını, kabiliyetlerini örgütün liderine aktarıyor. Örgüt lideri de onun ne derece aktardığını sizlerin değerlendirmesinde fayda mülahaza ediyorum.

Türkiye Genelkurmay Başkanının emir subayı her gün Genelkurmay Başkanının odasına dinleme cihazı koyuyor, akşam bütün konuşmaları kaydediyor ve bunu kendisinin üstü olan örgüt içindeki kişiye teslim ediyor. O da bunları Pensilvanya'ya gönderiyor. Şimdi Türk Genelkurmay Başkanının makamına herhangi bir devlet kendi vatandaşını yerleştirebilir mi? İmkansız. Ama o Türkiye'nin vatandaşını kullanan, o Türkiye içerisinde yerleşik bir örgüt vasıtasıyla oradan her türlü bilgi alınabilir mi? Alınabilir. İşte örnek bu hadisedir.

Onun için FETÖ sadece Türkiye için bir ulusal güvenlik tehdidi değil, bulunduğu bütün ülkeler bakımından da bu anlamda büyük bir ulusal güvenlik tehdididir. Açtığı okullarda din ve eğitim üzerinden verdiği bilgiler ve yaptığı çalışmalar sonucunda buradan yetişenler kamuda yer aldıkları takdirde, mensubu oldukları ülkelerin Anayasa, yasalarından ziyade örgüt liderine ve örgüte sadakati yüksek olduğu için, adeta bu yapıyla o ülkelerin de pek çok gizli kalması gereken bilgilerinin, belgelerinin örgüte geçmesi ve örgüt eliyle başka yerlere aktarılması söz konusudur. Adeta istihbarat okulları gibi bunların faaliyet göstermesi söz konusu. Bu saygın topluluğa buradan bir kez daha hatırlatmak istedim.

Sayın Cumhurbaşkanım, Kongremiz 3 gün sürecek ve 3 gün sonunda da bir sonuç bildirgesi ile sona erecektir. Tekrar teşriflerinizden dolayı teşekkür ediyorum.

THE SPEECH OF THE MINISTER OF JUSTICE OF THE REPUBLIC OF TURKEY, MR. BEKİR BOZDAĞ

Mr. President,

The International Istanbul Law Congress is held with the participation of very esteemed and distinguished members of the judiciary, Ministers of Justice, lawyers, academicians and precious invitees from 48 different countries and from inside the country. Taking such an opportunity as the Istanbul Law Congress, we are very pleased and honored to welcome and host such very esteemed and distinguished audience in Turkey, especially in Istanbul which is one of the most prominent centers of culture, civilization, science and history. I would like to extend my thanks and gratitude separately to the Ministers of Justice, the president and deputy presidents of the supreme courts, the heads and members of the judicial institutions, the president and representatives of the educational institutions which provide the education and training for judges and prosecutors, academicians, lawyers, politicians and all participantsfor attending this congress. In the three-day congress, presentations and criticisms will be made and negotiations will be held by specialists and well-trained esteemed and distinguished members of the judiciary and again lawyers under 12 separate titles, notably legal problems of the refugees, victim rights, alternative dispute resolution methods, prosecution institution and effective investigation. I believe that very significant views will be expressed and will provide benefits to the international community and all participants in these fields. Indicative results will be yielded concerning the steps to be taken in the following years in the field of law and will be presented to all the participants and those who follow this event even though they do not participate in the congress. I take this opportunity to say that I wish this congress will be very beneficial and successful.

Mr. President, Esteemed Participants,

This congress is held in Istanbul following the failed coup attempt on 15 July 2016 which aimed to force the elected President to step down, to overthrow the elected government, to close the elected parliament and to eliminate the democratic state of law and national will. Therefore, this is of utter importance for us that so many esteemed and distinguished invitees attend this congress.

During the 15 July coup attempt, our President and his family were the target of an assassination attempt; the security units of the parliament and the Presidential Complex were bombed by the F16 war crafts and shot by the helicopters; the tanks and armored vehicles were driven towards people and the people were also shot by automatic weapons and 241 citizens lost their life and 2,144 citizens were wounded. The coup attempt failed thanks to our President, parliament, government, political parties and media that protected the democracy and the state of law, the elected president, government and parliament, leaving aside all political views and differences of opinion and due to the successful fight conducted for this purpose. Our people undertook a very important fight for democracy and law and succeeded to protect their law and democracy and those who attempted to stage this coup were defeated.

Mr. President, Distinguished Invitees,

The FETO has an identity of secret terrorist organization which provided for the employment of people it raised in the army, security units and other public institutions, used these people as the members of the delegation when it needed and, by doing so, transformed the money, weapons, materials, laws and other means of state to those of the organization. Turkey got to closely

know this structure, through bitter experience, which tried to attain a presence in the society and the state by using sensitive issues like religion and education. After starting to serve in public office, the people raised by this structure started to convey all the confidential information, secrets, means and capabilities of the state to the leader of the organization under his instructions. I think you had better evaluate to what extent they were all conveyed to the leader of the organization.

The adjutant of the Turkish General Chief of Staff places a bug in the office of the General Chief of Staff every day, records all the conversations in the evening and sends them to the higher-ranked person in the organization. Then, he sends them to Pennsylvania. Can any state place its own citizen to serve in the office of Turkish General Chief of Staff? It is impossible. However, can any kind of information be provided through an established organization in Turkey which uses Turkish citizens? Yes. It is the very example of this situation.

Therefore, the FETO does not only pose threat to Turkish national security but it is also a big threat to national security of all countries where it is present in this sense. If those raised through information and works conducted through religion and education in the opened schools start to serve in public office, it is possible that a lot of classified information and documents will be provided to the organization and transferred to somewhere else through the organization since the members of this organization have a high level of loyalty to the leader of the organization and the organization itself rather than the Constitution and laws of the mentioned country. These organizations act just like intelligence schools. I wanted to remind this esteemed community of this fact one more time.

Mr. President, our congress will last 3 days and will end with a final declaration at the end of three days. I would like to thank you once again for your honoring participation.

РЕЧЬ МИНИСТРА ЮСТИЦИИ ТУРЕЦКОЙ РЕСПУБЛИКИ ГОСПОДИНА БЕКИРА БОЗДАГ

Господин Президент,

Международный стамбульский правовой конгресс проводится при участии самых авторитетных и уважаемых судей органов конституционной юрисдикции и высших судов, сотрудников министерств юстиции, юристов, академиков, правоведов и уважаемых представителей из 48 стран мира и Турции. Мы имеем честь приветствовать вас, членов самого престижного и эксклюзивного сообщества, на Международном стамбульском правовом конгрессе, проводимом в Турции и в частности в городе Стамбул, который является наиглавнейшим, одним из самых почитаемых и избранных центров культуры, цивилизации, науки и истории Турции и всего мира. Выражаю своё почтение и благодарность всем участвующим на Конгрессе министрам юстиций, уважаемым председателям и судьям высших судов, генеральным прокурорам, председателям и членам судебных коллегий, руководителям, главам и представителям высших учебных заведений, обучающих будущих судей и прокуроров, академикам, правоведам, политикам и, каждому в отдельности, всем участникам Конгресса. На трёхдневном Конгрессе, в течение 3 дней, при участии высококвалифицированных экспертов, уважаемых представителей судебной власти, а также правоведов будут представлены презентации и обсуждаться вопросы по 12-ти тематическим направлениям, главнейшими из которых являются правовые проблемы беженцев, права жертв и пострадавших, альтернативные методы разрешения споров, прокурорский надзор и эффективное расследование. Уверен что в результате нашей совместной работы, будут озвучены весьма важные мнения, которые будут полезны и служить интересам всего международного сообщества и всех участников. Будут достигнуты результаты, служащие путеводной звездой для всех участников и даже тем, кто не участвовал на Конгрессе, но следил за его ходом, во время шагов, которые будут предприниматься в ближайшие годы в правовой области. Пользуясь случаем, ещё раз желаю плодотворной работы и успешного проведения Конгресса.

Господин Президент, уважаемые участники конгресса,

Для нас весьма важно, что данный конгресс проводится в Стамбуле, вслед за неудачной попыткой к государственному перевороту, совершенному 15 июля 2016 года, с целью свержения всенародно избранного Президента, роспуска правительства, закрытия избранного народом парламента, в стремлении уничтожить демократическое правовое государство и переломить национальную волу, и то, что на конгрессе участвуют самые избранные и уважаемые гости. Пятнадцатого июля сего года была совершена физическая попытка к госпереворoту, путём попытки убийства нашего Президента и членов его семьи, закидывания истребителями F-16 бомб на службы охраны президента и парламента, стрельбы из военных вертолётов, ведения танков и бронетехники против народа, обстреливания людей, в процессе данной попытки погибло 241 и было ранено 2144 граждан нашей Республики. Попытка к госпереворoту потерпела крах в результате того, что наш народ, Президент, парламент, правительство, политические партии, средства массовой информации, отставив в сторону политические и все другие различия во взглядах, вышли защищать до смерти и успешно отстояли своё демократическое и правовое государство, избранного Президента, свой парламент и правительство. Наш народ проявил большое мужество в борьбе за демократию и главенство права, в результате чего успешно защитил и демократию и право, а те, кто намеревался их уничтожить, были побеждены.

Господин Президент, уважаемые гости,

ФЕТО – это идентифицируемая с террористической, скрывающаяся внутри государственной власти организация, которая размещает обученных ею своих людей в военные структуры, органы безопасности, другие государственные учреждения, ведомства и органы, и затем, при необходимости использует внедрённых ею людей в качестве членов организации. Благодаря чему, данная организация преобразует государственные деньги, оружие, имущество, законы и все возможности государства в возможности и в имущество своей организации. Турция, пережив горький опыт, с очень близкого расстояния познакомилась с этой структурой, пытающейся завладеть местом в обществе и государстве, путём использования самых уязвимых вопросов, таких как вопросы образования и религии. Взращённые и воспитанные данной организацией лица, после получения должности в государственных органах, действуя в соответствии с приказами лидера организации, начинают передавать лидеру организации все государственные тайны, конфиденциальную информацию, сведения о возможностях и мощностных способностях государства. А лидер организации..., судить о том, на сколько, он передавал, считаю целесообразным оставить на ваше высочайшее усмотрение.

Адъютант начальника генерального штаба, ежедневно устанавливал в кабинете Начальника генштаба устройство для прослушивания, вечером записывал все разговоры и передавал их своему личному вышестоящему лицу-члену организации. Он же в свою очередь передавал их в Пенсильванию. А теперь, посудите сами, сможет ли другое государство внедрить в личный кабинет Начальника генерального штаба Турции своего гражданина? Нет, это не возможно. Однако сможет ли оно, посредством расположенной внутри Турции, использующей граждан Турции организации, получать любые сведения? Да, сможет. И вот, данное событие пример этому.

Поэтому ФЕТО является угрозой национальной безопасности не только Турции, она является одной из самых основных угроз для национальной безопасности всех стран, в которых она размещается. Если лица, воспитанные на знаниях и в результате работ, проводимых с использованием религии и посредством обучения в открытых ею учебных заведениях, займут должности в государственных структурах, по той причине, что они, по сравнению с верностью к Конституции и законам государства, гражданином которой они являются, более верны лидеру организации и в целом самой организации, то они вопреки всему будут иметь возможность передавать этой организации самую конфиденциальную для этих стран информацию, сведения и документацию, и далее будет создана возможность передачи организацией таких сведений третьим лицам. Они действуют почти как разведывательные школы. И я желал бы здесь, и сейчас напомнить об этом всему уважаемому сообществу.

Господин Президент, наш конгресс будет проходить три дня, и в итоге трёхдневной работы будет завершён с принятием Итоговой декларации. Позвольте поблагодарить вас ещё раз в связи с присутствием на конгрессе.

كلمات السيد بكر بوزداغ وزير العدل في الجمهورية التركية

السيد رئيس الجمهورية،

يحضر مؤتمر اسطنبول الدولي للقانون السيدات والسادة أعضاء السلطات القضائية، ووزراء العدل، والحقوقيين، والأكاديميين، وضيوفاً أعزاء ومحترمين جداً من داخل تركيا ومن 48 دولة مختلفة. نسعد ونتشرف كثيراً باستضافة حدثاً مميزاً وهاماً كمؤتمر اسطنبول الدولي للقانون ونرحب بضيوفنا الأكارم والمحترمين في بلدنا تركيا وخصوصاً في اسطنبول، المدينة التي تُعتبر من أهم مراكز الثقافة والحضارة والعلم والتاريخ في بلدنا وفي العالم. أود أن أشكر السيدات والسادة المشاركين في المؤتمر، ووزراء العدل، ورؤساء ووكلاء المحاكم العليا الأفاضل، والمدّعين العامّين، ورؤساء وأعضاء الهيئات القضائية، ورؤساء وممثلي الهيئات التعليمية الخاصة بالقضاة والمدّعين العامّين، والسادة الأكاديميين والحقوقيين والسياسيين وجميع الحضور فرداً فرداً. سيتم في المؤتمر الذي سيستمر بعقد حوارات ومناظرات على مدار ثلاثة أيام على 12 موضوع مختلف، يتم القائها من قبل السيدات والسادة أعضاء السلطات القضائية المحترمين والحقوقيين الأكارم المتمرسين والمختصين في هذه المواضيع، على أن تغطي هذه الحوارات والمناظرات عناوين مثل المشاكل القانونية للاجئين، حقوق الضحايا، طرق حلّ نزاعات بديلة، هيئة الإدعاء والتحقيق الفعال. أنا أؤمن بأنه في نهاية المؤتمر سيكون لدينا آراء هامة جداً ستفيد المجتمع الدولي وكل مشارك فيما يتعلق بهذه المجالات. ستظهر هنا نتائج تتعلق بالخطوات التي سيتم اتباعها في مجال القانون في السنوات القادمة تُرشد جميع المشاركين وحتى الأشخاص المتابعين الذين لم يحضروا هذا المؤتمر. أتمنى بهذه المناسبة كل النجاح والتوفيق للمؤتمر.

السيد رئيس الجمهورية، السيدات والسادة الحضور المحترمين،

إنه أمرٌ هامٌ جداً بالنسبة لنا، هذا المؤتمر الذي يتم عقده في اسطنبول، ومشاركة ضيوف متميزين ومحترمين بهذا القدر فيه بعد محاولة الإنقلاب الفاشلة في 15 تموز 2016، هذا الإنقلاب الذي كان يستهدف اسقاط رئيس الجمهورية المنتخَب، وتقويض الحكومة المنتخَبة، واغلاق المجلس المنتخَب، وأراد هدم الإرادة الوطنية ودولة القانون والديمقراطية. عملوا على تنفيذ الإنقلاب عبر محاولة اغتيال رئيسنا وعائلته أثناء محاولة انقلاب 15 تموز، وقصف الوحدات الأمنية للمجلس ولرئاسة الجمهورية بطائرات F-16 الحربية، وتمشيطها بالهليكوبترات، واستخدام الأسلحة الآلية في مواجهة الشعب، ودهس الشعب بالدبابات والعربات المدرّعة، وفي خضم هذه الأحداث فقد 241 مواطن من مواطنينا حياتهم وجُرح 2144 مواطن. رئيس جمهوريتنا، وحكومتنا، وأحزابنا السياسية، واعلامنا والسياسيون، الجميع وضعوا اختلافاتهم الفكرية جانباً، وفشلت محاولة الإنقلاب بتصديهم للإنقلابيين الذين حاولوا اغتيال وقتل الديمقراطية ودولة القانون ورئيس الجمهوية المنتخَب والحكومة والمجلس، وبكفاحهم ونضالهم الناجح لوقف ذلك. وناضل شعبنا نضالاً كبيراً للحفاظ على القانون والديمقراطية، ونجح في النهاية في حماية قانونه وديمقراطيته، وهزيمة الإنقلابيين.

السيد رئيس الجمهورية، الضيوف الأكارم،

إن منظمة فتح الله الإرهابية (FETÖ) هي منظمة ارهابية متغلغلة ضمن الدولة، وضعت الأشخاص الذين دربتهم في الجيش والأمن وغيرهما من المؤسسات العامة، واستخدمت أشخاصها المدربين كأعضاء منظمات عند الحاجة، وحولت بذلك أموال الدولة وأسلحتها ومواردها وقوانينها وغيرها من الإمكانات إلى أموال وامكانات المنظمة. وتركيا خَبرت عن قرب هذا الكيان، الذي عمل على انتزاع موقع له في الدولة وضمن المجتمع عبر استخدام مواضيع حساسة لكل شخص كالدين والتعليم، وعاشت تركيا بسببه تجارب مؤلمة جداً. ويقوم الأشخاص الذين دربهم هذا الكيان ضمن اطار تعليمات قادة التنظيم بعد اسناد مهمات لهم داخل الدولة بنقل جميع المعلومات السرية والأسرار الخاصة بالدولة وامكانياتها وقدراتها إلى قيادات التنظيم. وأنا أقدر الفائدة في تقييم حضراتكم لقادة المنظمة وأهمية ما تم نقله من قبلهم.

وضع نائب رئيس هيئة الأركان التركية جهاز تنصت في غرفة رئيس الأركان وكان يسجل جميع المحادثات التي كانت تدور في غرفته كل يوم، وكان يسلمها إلى شخص أعلى منه رتبةً ضمن المنظمة. وكان بدوره يرسلها إلى بنسلفانيا. الآن، هل تستطيع أي دولة وضع مواطن لها في منصب رئيس هيئة الأركان التركية؟ مستحيل طبعاً. ولكن، هل من الممكن الحصول على جميع أنواع المعلومات من هناك عبر منظمة مزروعة في تركيا وتستخدم مواطناً تركياً لهذا الغرض؟ ممكن جداً. وهذه الحادثة هي مثال على ذلك.

لذلك، فإن منظمة FETÖ هي ليست تهديداً أمنياً ووطنياً بالنسبة لتركيا فحسب، بل هي تهديد أمني ووطني بكل معنى الكلمة بالنسبة لجميع الدول. وفي حال قاموا بتوظيف الذين دربوهم من هنا في المجتمع بنتيجة المعلومات التي قدموها لهم من خلال الدين والتعليم في المدارس التي فتحوها والدراسات التي أجروها، سيكون الهدف هو تمرير قوانين ودساتير الدول التي ينتسب لها هؤلاء فضلاً عن تمرير المعلومات والوثائق التي يجب أن تبقى سرية الخاصة بهذه الدول إلى المنظمة عبر هذا الكيان، ونقلها عبر المنظمة إلى أماكن أخرى، وذلك بسبب ولائهم الكبير للمنظمة وقادة المنظمة. اضافةً إلى نشاطاتهم الأخرى كمدارس الإستخبارات. أردت من هنا تذكير الحضور المحترمين بهذا الأمر مرةً أخرى.

سيستمر مؤتمرنا لثلاثة أيام، وسيتم اختتام مؤتمرنا بكلمة ختامية من رئيس الجمهورية.

AZERBAYCAN ADALET BAKANI SAYIN FİKRET MAMMADOV'UN KONUŞMALARI

Zat-i alileri Sayın Cumhurbaşkanı,

Bayanlar ve Baylar,

Öncelikle oldukça güncel konuya ithaf olmuş bu kongreyi yüksek seviyede organize eden kardeş Türkiye Hükümetine saygılarımı bildirmek isterim.

Biz artık samimi misafirliği gördük ve bu yüzden aziz meslektaşım Adalet Bakanı Bekir Bozdağ'a sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Sanırım tarihi çok eskiye dayanan güzel İstanbul'da olmaktan mutlu olduğumuzu söylesem herkesin kanaatini ifade etmiş olurum. Bu yılın Temmuz ayında Türkiye'de yaşanan ve demokrasi için ciddi önem taşıyan olayları büyük endişe ve rahatsızlıkla izledik. Çok mutluyuz ki kardeş Türkiye bu zor dönemden şerefle çıktı ve askeri darbe girişimi engellendi ve kardeş Türk halkı büyük kahramanlık gösterdi. Sayın Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın etrafında kenetlenerek kendi ülkesinin dayanıklı, güvenli ve demokratik geleceğini temin etti. Azerbaycan, Onun Cumhurbaşkanı ve halkı, bu ağır dönemde kardeş Türk halkını tam desteklemiştir. Müsaadeniz olursa, kongre katılımcılarının geniş coğrafyayı temsil ettiklerini dikkate alarak, İngilizce devam etmek isterim.

Sayın meslektaşlarım,

Güçlü bir demokrasi ve bunun etkin şekilde çalışması bakımından adalet sisteminin çok önemli bir rol üstlendiği belirtilmelidir. Bugün bu kongreye Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı'nın katılması bunun somut bir örneğidir. Atatürk'ün dediği gibi, mahkeme hakkı halkın bağımsızlığının en temel koşullarından biridir.

Bugünlerde bağımsızlığının 25. yıl dönümünü kutlamakta olan Azerbaycan, on yıllar boyunca totaliter rejim altında yaşamıştı, ve bu sebepten başka hiç kimse bu problemin bu kadar farkında olamaz. Yargı mensuplarının ancak bağımsız, şeffaf ve halkın erişimine açık olduğu ve yolsuzluktan uzak olduğu durumlarda, halkın prestijini kazanabileceği ve efektif olabileceği çok iyi bilinmektedir. Bu görüşler Azerbaycan'ın milli lideri Haydar Aliyev tarafından uygulanan ülke içi adalet sisteminin komple yeniden organizasyonunun temelini oluşturmaktadır.

Bugün, adalet sisteminin çağdaş hale getirilmesini amaçlayan büyük ölçekli reformlar Cumhurbaşkanımız İlham Aliyev'in önderliği altında başarılı bir şekilde devam etmektedir. Zamanın kısalığını hesaba katarak, yalnızca ana hatları sizinle paylaşacağım.

Reformumuzun kilit basamaklarından bir tanesi, bağımsız bir adalet kurumu olan Adalet Hukuk Konseyinin kurulması idi. Bu kurum yönetimin üç kolundan çeşitli temsilcileri içerse de, Konsey üyelerinin büyük kısmı hâkimlerden oluşmaktadır. Hâkimlerin yetkileri adaletle ilişkili bütün hususları kapsamaktadır. 10 yıldan fazla süredir faaliyetlerine devam etmekte olan Konsey ile ilgili yasanın, Konseyin yetkilerini daha da genişletmek üzere, neredeyse her yıl değişikliğe uğradığını söylemek zorundayım. Kanunun en son hali, hâkimlerin işlerine dışarıdan müdahalelerin önlenmesi ve finansal bağımsızlığın pekiştirilmesi için yeni efektif mekanizmalar sağlamıştır.

Yargı mensuplarının görevlerini efektif bir şekilde yerine getirmesi bakımından hakimlerin seçilmesi ile ilgili prosedür çok önem taşımaktadır. Bu sebepten hâkimlerin seçimine ilişkin en şeffaf sistemi geliştirdik. Bu yenilikçi prosedür sayesinde, yeni nesil hakimler yarattık.

Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği bu seçimi, en iyi uygulamalara ilişkin ilgi çekici bir model olarak değerlendirdi. Ancak bu seçiminin ardından, hâkimlere verilecek eğitimler gündeme gelmektedir. Dünyaca ünlü uzmanlarla birlikte detaylı bir çalışma yaptık ve yeni bir eğitim konseptini uygulamaya koyduk. Adaylar için yurt dışında da eğitim kursları organize edildi. Burada, Türk meslektaşlarımızın paha biçilemez katkısının da altını çizmek zorundayım. Türkiye Adalet Akademisi, halihazırda yaklaşık 80 yargı mensubu adayının her biri için iki haftalık eğitim organizasyonları yaptı. Bundan dolayı çok müteşekkiriz. Reform sürecinde, e-adalete geçişin sağlanması için, Dünya Bankası ile birlikte, en son ICT donanımı sağlanan kavramsal yeni adalet altyapısı oluşturulmaktadır.

Burada büyük bir üzüntüyle dile getirmek isterim ki, bütün bu reformlar komşu Ermenistan'ın devam eden saldırganlığının getirdiği yavaşlamaya rağmen gerçekleştirilmektedir. Söz konusu saldırganlık sonucunda Azerbaycan topraklarının yüzde 20'si işgal edilmiş olup, mülteci ve ülke içinde yeri değiştirilmiş kişi statüsünde 1 milyon kişi ortaya çıkmıştır.

Sayın meslektaşlarım,

Konuşmamın sonunda, uluslararası pratiklere göre kusursuz hiçbir adalet sisteminin olmadığının altını çizmek isterim. Bütün adalet sistemlerinde çeşitli eksiklikler vardır ve çeşitli problemler yaşanır. Bu sebepten, bu kongreyi tam zamanında düzenlediği için ev sahibi ülkeye çok teşekkür ederim.

Her ikisi de adalet sisteminin işlevselliği üzerine yapılan İstanbul ve İzmir Adalet Bakanları konferanslarında çok faydalı sonuçlar alınmışken, bu kongrenin de başarılı olacağına inanıyorum. Yeni fikir ve pratiklerin değiş tokuş edilmesinin ülkelerimizdeki adalet reformlarına çok önemli katkılar sağlayacağından hiçbir şüphem yok.

Katılımınız için teşekkür ederim.

THE SPEECH OF THE MINISTER OF JUSTICE OF THE REPUBLIC OF AZERBAIJAN, MR. FIKRET MAMMADOV

Dear Honorable President of the Republic,

Ladies and Gentlemen,

First of all, I would like to pay my respects to the fellow Turkish Government, for organizing this high-end congress dedicated to such a current issue.

We have experienced a very sincere hospitality, and for this, I would like thank my beloved colleague, the Minister of Justice, Bekir Bozdağ.

I think I would be speaking for all of us when I say I am delighted to be in Istanbul, this beautiful city with a deep rooted history. In July, we watched the incidents that occurred in Turkey that were quite important in terms of democracy with concern and discomfort. We are glad that fellow country Turkey came out of this difficult situation reputably, the coup attempt has been prevented and the fellow Turkish people showed great heroism. They clamped together around Honorable President of the Republic, Recep Tayyip Erdoğan, and secured the resolute, safe, and democratic future of their own country. Azerbaijan, the President of the Republic of Azerbaijan, and the people of Azerbaijan have supported fellow Turkish people in this troublesome time fully. If you'll excuse me, given the fact that the participants of the congress represent a wide geography, I would like to continue in English.

Dear colleagues,

It should be noted that in the context of a strong democracy and effective functioning of the judicial system place a crucial load. Attendance of this congress today by the President of Turkey is a tangible example of that. As Atatürk said, the right to a court is one of the main conditions of independence of people.

Azerbaijan, which these days is celebrating 25th anniversary of its independence, for many decades before lived under the totalitarian regime, and therefore as no one else, is aware of this problem. It is well known that the judiciary can earn prestige amount of population and be effective only if it is independent, transparent and accessible to the public and it is free of corruption. These ideas form the basis of the complete reorganization of the domestic judicial system implemented by the national leader of Azerbaijan Heydar Aliyev.

Today, large scale reforms aimed at modernization of the judicial system are successfully continued under the patronage of our president Ilham Aliyev. Taking into account the time frame, I will share only some of streamlines.

One of the key stages of the reform was a establishing an independent body of judicial government, the judicial legal council. While it embraces representatives from all 3 branches of government, the vast majority of the council members are judges. The competence of the council includes all the issues related to judiciary, I have to say that the law on the council which has been functioning more than 10 years has been amended almost every year in order to further expand its powers. The latest law provided for new effective mechanisms to prevent external interference in the work of judges and to reinforce the financial independence.

In terms of the effective functioning of the judiciary, the procedure for the selection of judges is very important. Therefore we have developed the most transparent system of selection of

judges. Thanks to this innovative procedure, we have created a new generation of judges.

The council of Europe and the European Union evaluated this selection as an interesting model of best practices. However after that selection, the training of judges comes to the forefront. Together with world famous experts, we have elaborated and implemented a new concept of education. Training courses are organized for the candidates abroad too. Here i must underline the invaluable contribution of our Turkish colleagues. The academy of justice of Turkey has already twice organized two week training for about 80 judicial candidates each. We are very grateful for that. In course of reforms, together with World Bank, the conceptual new judicial infrastructure equipped with the latest ICT is being created to secure the transition to e-justice.

Here with deep regret, i would like to stress that these reforms are carried out against the backdrop of the continued aggression by neighboring Armenia, which resulted in the occupation of 20% of the Azerbaijani lands and the emergence of 1 million refugees and IDPs.

Dear colleagues,

In conclusion, i would like to underline according to the international practice, there is no perfect judicial system. They all suffer from various shortcomings and experience problems. We therefore appreciate very timely initiative of our host to convene this congress.

While recording very well fruitful results of the Istanbul and Izmir justice ministers conferences, both devoted for the functioning of the judiciary, I'm confident in success of this congress. I have no doubt that the exchange of new ideas and practices would make a significant contribution to judiciary reforms in our countries.

Thank you for your attention.

РЕЧЬ МИНИСТРА ЮСТИЦИИ АЗЕРБАЙДЖАНСКОЙ РЕСПУБЛИКИ ОСПОДИНА ФИКРЕТА МАММАДОВА

Следует отметить, что система правосудия играет очень важную роль с точки зрения укрепления и эффективного функционирования демократии. И участие Президента Турецкой Республики сегодня на этом конгрессе конкретный пример этому. Как сказал Ататюрк: «Право наций на правосудие является первым условием их независимости».

Азербайджан, который в эти дни отмечает 25-тилетие своей независимости, в течение многих десятилетий жил в условиях тоталитарного режима и, следовательно, никто другой не может знать эту проблему лучше, чем мы. Хорошо известно, что представители судебной системы могут иметь авторитет перед народом и быть эффективными, только тогда когда они независимы, прозрачны, доступны для общества и не являются коррумпированными. Именно эти убеждения составляют основу комплексной реорганизации внутренней системы правосудия в стране, реализуемой национальным лидером Азербайджана Гейдаром Алиевым.

Сегодня под руководством Президента нашей страны Ильхама Алиева успешно продолжают проводиться масштабные реформы, призванные установить современную систему правосудия. Принимая во внимание, что времени мало, поделюсь с вами только основными принципами реформы.

Одним из ключевых этапов нашей реформы являлось создание независимого судебного органа - Высшего Совета Юстиции. Даже если в данный орган входят разные представители всех трёх ветвей власти, большая часть членов Совета состоит из судей. Полномочия судей охватывают все связанные с правосудием вопросы. Я должен сказать, что закон о функционирующем уже более 10 лет Совете с целью дальнейшего расширения полномочий Совета дополняется почти каждый год. Окончательный вариант закона обеспечивает новые эффективные механизмы для предотвращения вмешательства в работу судей извне и укрепления финансовой независимости.

Порядок отбора судей очень важен с точки зрения эффективного выполнения судьями своих обязанностей. По этой причине мы разработали наиболее прозрачную систему отбора судей. Благодаря этой инновационной процедуре отбора, мы создали новое поколение судей.

Совет Европы и Европейский Союз рассматривают такой порядок отбора как интересную модель для наилучшей практики. Тем не менее, после отбора на повестку дня встаёт вопрос обучения судей. Мы провели детальную работу с всемирно известными экспертами и внедрили в практику новую образовательную концепцию. Для кандидатов были организованы учебные курсы за рубежом. Здесь я должен отметить неоценимый вклад и турецких коллег. Турецкая Академия Правосудия организовала и провела для каждого из примерно 80 членов судейского корпуса двухнедельные учебные программы. Поэтому мы очень благодарны ей за это. В процессе реформ, для перехода к электронной системе правосудия, совместно с Всемирным банком создаётся новая концепция инфраструктуры правосудия, с обеспечением новейшим оборудованием информационно-компьютерной технологии.

Здесь я хотел бы с глубоким прискорбием выразить, что все эти реформы осуществляются несмотря на замедление, вызванное продолжающейся агрессией со стороны соседней Армении. В результате этой агрессии захвачены 20 процентов территории Азербайджана, в стране появилось более одного миллиона людей со статусом беженца или вынужденных переселенцев внутри своей страны.

Уважаемые коллеги,

В конце своего выступления хотел бы подчеркнуть, что в соответствии с международной практикой совершенной системы правосудия не существует. Во всех системах правосудия имеются разные недостатки и переживаются разные проблемы. По этой причине я выражаю огромную благодарность принимающей стране за своевременную организацию данного конгресса.

В то время, как на обеих, посвящённых вопросам функционирования системы правосудия и проведённых в Стамбуле и Измире конференциях министров юстиции, были достигнуты очень полезные результаты, я считаю, что этот конгресс также будет успешным. Я не сомневаюсь в том, что взаимный обмен новыми идеями и практическими внедрениями внесёт весьма существенный вклад в реформы правосудия наших стран.

Благодарю за участие.

كلمات السيد فكرت محمدوف وزير العدل في جمهورية أذربيجان

زملائي الأعزاء،

يجب القول بأن النظام العدلي يلعب دوراً هاماً جداً فيما يتعلق بتطبيق ديمقراطية قوية وتوظيفها على نحو فعّال. اليوم مشاركة رئيس الجمهورية التركية في هذا المؤتمر هو مثال واقعي وحقيقي لهذا الأمر. وكما قال أتاتورك، حق المحكمة هو أحد أهم الشروط الأساسية لاستقلالية الشعب.

إن أذربيجان تحتفل هذه الأيام بالذكرى السنوية الـ 25 لإستقلالها، وهي قد عاشت تحت حكم نظام استبدادي ديكتاتوري لعقود، ولذلك لا يمكن لأحد أن يكون مدركاً لهذه المشكلة مثلنا. وفي الحالات التي يكون فيها أعضاء السلطة القضائية مستقلين ويتمتعون بالشفافية ومنفتحين على الشعب وبعيدين عن الفساد، فمن المؤكد تماماً بأن الشعب سيكون أكثر فعالية وسيستمد الشعب هيبته منهم. ولقد شكلت هذه الرؤى الأساس لمنظومة متكاملة للنظام العدلي داخل الدولة والتي طبقها القائد الوطني لأذربيجان حيدر علييف.

اليوم، يستمر بنجاح اجراء اصلاحات شاملة تهدف لجعل النظام العدلي نظاماً معاصراً تحت قيادة رئيس جمهوريتنا الهام علييف. سأشارك معكم الخطوط الرئيسية فقط نظراً لضيق الوقت.

أحد المراحل الرئيسية لإصلاحاتنا كانت تأسيس مجلس قانوني عدلي كهيئة عدلية مستقلة. ومعظم أعضاء المجلس هم قضاة، على الرغم من أن هذه الهيئة تضم ممثلين مختلفين من الأذرع الثلاثة للسلطة. وتشمل صلاحيات القضاة جميع النقاط والأمور المتعلقة بالعدل. ولا بدّ لي أن أقول بأن التشريع المتعلق بالمجلس، الذي يستمر في نشاطاته منذ عشر سنوات، يطرأ عليه تغييرات كل عام تقريباً، وذلك لتوسيع صلاحياته أكثر. وقد وفرت آخر نسخة من القانون آليات جديدة فعالة من أجل منع التدخل من الخارج في أعمال وشؤون القضاة، وترسيخ الإستقلال المالي.

إن الإجراء المتعلق باختيار القضاة يحمل أهمية كبيرة من أجل أن يقوم أعضاء السلطة القضائية بتنفيذ مهامهم بشكل فعّال. لذلك، قمنا بتطوير أكثر الأنظمة شفافية فيما يتعلق بانتخاب القضاة . وأصبح لدينا جيل جديد من القضاة بفضل هذا الإجراء المبتكر.

المجلس الأوروبي والإتحاد الأوروبي قيّم هذا الإنتخاب كنموذج لافت وواحداً من أفضل الممارسات. ولكن بعد هذا الإنتخاب، تبرز مهمة تدريب هؤلاء القضاة. حيث أجرينا دراسة تفصيلية مع أشهر الخبراء حول العالم، ووضعنا مبدأ تدريبياً جديداً حيز التطبيق. وتم أيضاً تنظيم دورات تدريبية للمرشحين خارج البلاد. وهنا أيضاً يجب أن أنوه إلى مساهمة زملائنا الأتراك التي لا تُقدر بثمن. حيث نظمت أكاديمية العدل في تركيا دورات تدريبية على مدى أسبوعين لـ 80 مرشح تقريباً من مرشحي عضوية السلطة القضائية. لذلك، نحن نشكرهم جزيل الشكر. تم في عملية الإصلاح وبالتعاون مع البنك الدولي تشكيل بنية تحتية عدلية منهجية جديدة مجهزة بأحدث التجهيزات التكنولوجية والمعلوماتية، وذلك من أجل ضمان الإنتقال إلى نظام العدالة الإلكتروني.

أود أن أشير هنا وبحزن شديد، بأن جميع هذه الإصلاحات يتم تحقيقها بالرغم من البطء الناجم عن الإعتداء المستمر من الجارة أرمينيا. ونتيجة لهذا الإعتداء فقد تم احتلال 20% من أراضي أذربيجان، وتم تهجير 1 مليون شخص بين نازح ولاجئ.

السيدات والسادة الزملاء،

في نهاية كلمتي، أود أن أشير إلى أنه لا يوجد هناك أي نظام عدلي كامل وفقاً للممارسات الدولية. يوجد نواقص مختلفة في جميع الأنظمة العدلية، وهي تعاني من مشاكل متنوعة. لهذا السبب، أغتنم هذه الفرصة لأشكر جزيل الشكر الدولة المضيفة لتنظيمها هذا المؤتمر.

أنا أعتقد أن هذا المؤتمر سيكون ناجحاً، والنتائج التي سيتم الحصول عليها في لقاءات وزراء العدل في إزمير واسطنبول ستكون مفيدة للغاية لإثراء النظام العدلي ووظائفه. وليس لدي أي شك بأن تبادل الأفكار والممارسات الجديدة سيكون له أكبر الأثر في المساهمة بالإصلاحات العدلية في بلداننا.

أشكركم على حضوركم.

AFGANİSTAN İSLAM CUMHURİYETİ ADALET BAKANI SAYIN DR. ABDUL BASİR ANWAR'IN KONUŞMALARI

Rahman ve Rahim olan Allah'ın Adıyla,

Allah'a hamd ederiz ve onun seçkin kullarına selam ederiz.

Dost ve kardeş ülke Türkiye'nin Cumhurbaşkanı Sayın Recep Tayyip Erdoğan, Sayın Adalet Bakanı, değerli Adalet Bakanları, dost ve kardeş ülkelerin yüksek hâkimleri ve bizimle bu toplantıya katılan saygıdeğer bilim adamları, Allah'ın selam ve rahmeti sizinle olsun.

Sizi sağlıklı ve başarılı gördüğümden dolayı ve kardeş ülkemiz Türkiye'de demokrasinin devamını gördüğümüzden dolayı Allah'a şükür ediyorum. Lütfen kendi adıma, Yüksek Mahkeme Başkanı Sayed Yousuf Halim, Afganistan İslam Cumhuriyeti Baş Savcısı Ahmad Farid Hamidi, Bağımsız Anayasa Denetim Kurulu Başkanı Mohammad Ghasem Hashemzi, Adalet Bakanı Baş Danışmanı Mohamad Ashraf Rasuli ve bana eşlik eden delegasyon adına bu değerli toplantıya katılım davetiniz için en derin minnet ve teşekkürlerimi iletmeme izin veriniz. Böyle büyük bir toplantı inisiyatifinden dolayı sizleri ve Türkiye Cumhuriyeti'ni de ayrıca tebrik ederim.

Birçok konuda benim ülkemle Türkiye Cumhuriyeti'nin çok sayıda ortak noktası olduğunun bahse değer olduğuna inanıyorum. 1919 yılında Afganistan bağımsızlığını kazandıktan sonra, yeni devlet yapıları oluşturulmuştur ve bu amaçla bir bilim şurası ve adalet şurası şekillendirilmiştir. Yasal mevzuat oluşturma sürecinde, kardeş ülkemiz Türkiye'nin hukuk danışmanları, Bedri bey ve Cemal Paşa'nın liderliği altında danışmanlar ve tercümanlar ülkemize davet edilmiştir. Bu alandaki hizmetlerinden dolayı ülkemiz bu iki büyük adama çok şey borçludur.

Bundan önce, Afganistan yargı sistemi, kardeş ülke Türkiye'de yazılmış olan Mecelle-i Ahkam isimli kanunu Dari diline tercüme ettirmiştir ve bu metin hâkimler, hukuk otoriteleri ve adli kurumlar tarafından halen kullanılmaktadır.

Bu toplantının değerli katılımcıları, bildiğiniz üzere, bu Konferans, her biri kendine göre öneme ve özel bir yere sahip olan, adli konular, adli işlemlerin kolaylaştırılması ve alternatif uyuşmazlık çözümü çerçevesinde organize edilmiştir. Adli işbirliği alanında, bölgesel ve uluslararası organize suçlar her geçen gün artış göstermektedir. Bu artış öyle bir noktaya ulaşmıştır ki, suç bilimciler bu yüzyılı organize suç yüzyılı olarak adlandırmıştır.

Ne yazık ki, bu toplantıda hazır bulunan ülkelerdeki organize suçlar diğer bölgelere göre daha yüksektir. Öyle ki, bu bölge Asya'da organize suçlara ait stratejik bölge olarak adlandırılabilir. Bu sebepten, ve ayrıca ulusal suç politikası organize suç konusu bakımından hiçbir şekilde yeterli olmadığı için ve ayrıca her geçen gün uluslararası ve bölgesel düzeyde suç politikası konusunda işbirliği yapma ihtiyacı artış gösterdiği için bölgesel düzeylerde hukuk konferanslarının düzenlenmesi, bölge ülkeleri arasındaki adli işbirliği düzeyini arttırmak amacı ile kaçınılmaz ve gerekli hale gelmiştir.

Adli işlemlerin oluşturulması alanında, bir tarafta mahkemelerde çok sayıda dava olması ve diğer tarafta adli süreçlerin kolaylaştırılması ve adaletli bir duruşmanın yapılması hususları ülkemin adalet ve hukuk sisteminin meşguliyet konularından birisi olmuştur. Bu sebepten, kısa vadede bile olsa, hukuk uzmanları tarafından kanunlar üzerinde değişiklik ve tadilatlar yapılması tavsiye edilmiştir. Bu bağlamda, Afganistan İslam Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı yasaların düzenlenmesi ve teklif edilmesiyle görevli kurum olarak, yasalardan ve diğer eski yasal belgelerden sorumludur. Bakanlık, iç hukuka uygun olarak düzenli yasal gelişim çerçevesinde olmak üzere birçok kez

yasaları ele almış ve yayınlamıştır; örneğin yeni Ceza Muhakemesi Kanununda tüm ceza normları bir araya toplamış ve tek çatı altında düzenlenmiştir.

Alternatif uyuşmazlık çözümü ile ilgili olarak, tarafların haklarını ve hukuku korunurken, uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması her zaman uluslararası ve ulusal düzeyde ülkeler için en önemli konulardan ve endişelerden birisi olmuştur. Bu hususta, ülkelerin resmi suç politikaları ulusal ve uluslararası düzeyde bazı zorluklarla karşılaşmaktadır. Bu sebepten, anlaşmazlıklar için bir çözüm bulunmasının bölgesel işbirliği düzeyinin geliştirilmesinde ve bunun ardından ulusal ve bölgesel barış ve güvenliğin sağlanmasında çok önemli bir yeri vardır.

Bu bağlamda, Afganistan İslam Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı ulusal ve uluslararası ölçeklerde önemli adımlar atmıştır. Ulusal ölçekte, Bakanlık ülkenin ihtiyaçlarına ve yasal kriterlere dayalı olarak Kurullar ve Topluluklar Kanununu yasalaştırmıştır. Uluslararası düzeyde ise, Afganistan'ın Uluslararası Mahkemeye katılma ihtiyacını tesis etmiş ve bu da Afganistan'ın bu kurumun bir üyesi olmasını sağlamıştır. Diğer taraftan, bu mevzuatta yer alan bütün suçlar Afganistan'ın yeni Ceza Kanunu'na dahil edilmiştir.

Bu sebepten, yukarıda bahsi geçen hususlar hesaba katıldığında, adli konuda bölgesel bir işbirliğinin yapılması kaçınılamaz bir gereksinimdir. Bu nedenle, bölgesel ceza politikasında uyumluluğu sağlamak ve sonuç olarak bölge barış ve güvenliği için hukuk ve ceza konularında sınırlı ulusal ceza politikasından bölgesel ceza politikasına geçmek gerekli hale gelmiştir.

Son olarak, Afganistan'ın Afganistan Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı böyle önemli bir toplantıyı düzenleme inisiyatifinden dolayı Türkiye Cumhuriyeti'ne takdir ve teşekkürlerini sunar. Toplantıya katılan herkese başarılar dileriz ve bölgesel işbirliğine ve amaçlarımıza ulaşma konusunda hazır olduğumuzu belirtiriz.

Allah'ın rahmet ve hikmeti sizinle olsun.

Teşekkürler.

THE SPEECH OF THE MINISTER OF JUSTICE OF THE ISLAMIC REPUBLIC OF AFGHANISTAN, MR. DR. ABDUL BASIR ANWAR

In the name of God,

May praise be to God and greeting be upon His chosen servants.

His Excellency Recep Tayyip Erdogan the President of our friend and brother country, Turkey, His Excellency the Minister of Justice, dear Ministers of Justice, the supreme judges from our friend and brother countries and the honourable scientists who are attending this meeting with us, may God's greetings and blessings be with you.

I'm thankful to God for your health, safety and success and to see that the democracy in our brother country Turkey is continuous and prosperous. Please allow me on my behalf, on behalf of the Chief Justice Mr. Sayed Yousuf Halim, Attorney-General of the Islamic Republic of Afghanistan Mr. Ahmad Farid Hamidi, President of the Independent Constitutional Surveillance Board Dr. Mohammad Ghasem Hashemzi, Chief Advisor of the Ministry of Justice Mr. Mohamad Ashraf Rasuli and the delegation accompanying me, to offer our sincerest thanks and appreciation for the invitation to participate in this great meeting. I also congratulate you and the Republic of Turkey for the initiative to make such a great gathering.

I believe it's worth mentioning that the Republic of Turkey has numerous common points with my country in different aspects. After the independence of Afghanistan in 1919, new state structures were laid down and a scientific committee and judicial committee were formed for this purpose. During the legal regulation period, the legal counsellors of our friend country Turkey were invited together with the consultants and interpreters under the leadership of Bedri Bey and Cemal Pasha. Our country owes much to these two great men for their services in this field.

Prior to this, the Afghanistan judicial system had translated the book Mecelle-i Aḥkām, which was written in our friend country Turkey, into the language of Dari which is used until now by judges, legal authorities and judicial institutions.

Dear participants of this great meeting, as you know, this conference is organized within the framework of judicial issues, facilitating judicial affairs and an alternative disputes resolution, in which each of these has its own importance and special place. In the field of judicial cooperation, regional and transnational organized crimes are growing day by day. This growth is in a way that criminologists named this century as the organized crime century.

Unfortunately, organized crime in the countries present at this meeting is higher than other regions. So much so that this region can be named as the strategic zone for organized crime in Asia. For this reason, holding legal conferences at the regional level has become inevitable and necessary in order to increase the levels of judicial cooperation among the countries of the region and also because the national criminal policy is by no means sufficient in regards to the organized crime issuer and also because the need of cooperation on criminal policy at the international and regional level is increasing day by day.

In the field of forming judicial affairs, a very high number of cases in the courts on one hand and the concern of reaching a fair trial and facilitating the judicial process on the other hand have always been the concern of my country's judicial and legal system. For this reason, changing and developing the laws are advised and recommended by law experts even in the short term. In this context, the Ministry of Justice of the Islamic Republic of Afghanistan, as the organ that is responsible from drafting and proposing the laws, is in charge of the drafted laws and other former

other legislative documents. It has issued and published the laws for many times in compliance with the internal law within the scope of regular improvement in a standard manner; for example, it has combined and organized all criminal law forms in one group within the scope of the new Criminal Procedure Law.

Regarding the alternative disputes resolution, conflict resolution while preserving the parties' rights and justice has always been one of the most important issues and concerns for countries on the international and national level. In this matter, the official criminal policies of countries are faced with challenges on a national and international level. For this reason, finding a solution for disputes has a very important place in raising the level of regional cooperation and in turn ensuring national and regional peace and safety.

In this context, the Ministry of Justice of the Islamic Republic of Afghanistan has taken important steps nationally and internationally. At the national level, the Ministry has regulated the Law on Councils and Communities based on the needs of the country and on legal criteria. At the international level, it ensured the necessity of Afghanistan's participation in the International Court, which led to Afghanistan becoming a member of this institution. On the other hand, all the crimes included in this regulation are included in Afghanistan's new criminal law.

Therefore, regional judicial cooperation is an inevitable necessity when taking into account the above-mentioned subjects. For that reason, it has become necessary shift from the restricted national criminal policy to regional criminal policy in regards to legal and judicial matters in order to ensure the harmonisation of the regional criminal policy and to ensure regional peace and security as a result.

Finally, the Republic of Afghanistan's Ministry of Justice expresses their gratitude and appreciation to the Republic of Turkey for their initiative to hold such an important meeting. We wish for more success for everyone who contributed to the meeting and we express our readiness in achieving regional cooperation and goals.

Peace upon you and God's mercy and blessings.

Thank you.

РЕЧЬ МИНИСТРА ЮСТИЦИИ ИСЛАМСКОЙ РЕСПУБЛИКИ АФГАНИСТАН ГОСПОДИНА Д-р АБДУЛ БАШИР АНВАР

Господин Реджеп Тайип Эрдоган, уважаемый Президент дружественной и братской страны - Турецкой Республики, уважаемый Министр юстиции, уважаемые министры юстиции, верховные судьи дружественных и братских стран и участвующие на этом конгрессе выдающиеся учёные, да пребудет с вами приветствие и благословение Аллаха.

Я благодарю Аллаха, за то, что вижу Вас здоровым и успешным, а также за то, что вижу продолжение демократии и стабильности в братской стране – в Турции. Выражаю вам глубокую признательность за приглашение принять участие на этом величайшем конгрессе от себя лично, совместно с Председателем верховного суда Исламской Республики Афганистан господина Юсева Саида Халима, Генерального прокурора Исламской Республики Афганистан господина Ахмада Фарида Хамди, Председателя совета конституционного надзора доктора науки Мохаммада Гхасема Зи, Главного советника министерства юстиции Мохаммада Ашрафа Расули и сопровождающей меня делегации. Также поздравляю Вас и Турецкую Республику за инициативу проведения такого крупного мероприятия.

Турецкая Республика имеет много общего с моей страной по многочисленным направлениям и на разных уровнях. После обретения независимости в 1919 году в Афганистане был возложен фундамент новых государственных структур и с этой целью были созданы Научный совет и Судебный совет. В период разработки законов нами, в качестве консультантов из дружественной нам Турции были приглашены юристы-консультанты и переводчики во главе с господином Бедри-бей и Джемаль-пашой. Наша страна никогда не забудет вклад этих двух выдающихся личностей в создание законов.

Ещё до этого орган юрисдикции Афганистана перевёл на язык дари разработанную дружественной страной Турцией Маджаллу - крупнейшую кодификацию норм мусульманского права, которая до сих пор применяется судьями, судебными органами и учреждениями.

Уважаемые друзья и участники этого великого конгресса, как вы знаете, данный конгресс посвящён судебно-правовым вопросам, вопросам завершения судебных дел и решения споров, каждый из которых имеет очень большое значение. К вопросу о правовом сотрудничестве, трансграничная и региональная организованная преступность растёт с каждым днём. Растёт так, что эксперты криминологии называют этот век веком организованной преступности.

К сожалению, разнообразие организованной преступности в присутствующих на этом конгрессе стран больше чем в других регионах. Разнообразен настолько, что мы могли бы назвать этот регион стратегическим регионом организованной преступности азиатского контингента. Поэтому проведение региональных правовых конференций является необходимым и чрезвычайно важным с точки зрения повышения уровня правового сотрудничества между странами региона. Потому что национальная уголовно-процессуальная политика самостоятельно ни в коем случае не является достаточной и не может ответить потребностям в борьбе с организованной преступностью, и поэтому изо дня в день увеличивается потребность сотрудничества в области уголовно-исполнительного производства на международном и региональном уровне.

По вопросу судебного разбирательства, с одной стороны многочисленность судебных исков в судах, с другой стороны вопросы доступа к правосудию и облегчения судебных

процедур, всегда были некоторыми из тем беспокойства системы правосудия и судебной системы моей страны. По этой причине эксперты по правовым вопросам рекомендуют и желают изменения и разработки новых законов хотя бы в краткосрочной перспективе. В этой связи Министерство юстиции Исламской Республики Афганистан, как государственный орган, ответственный за разработку и подготовку законов, разработку и внесение новых законов, регулирование и ведение старых законов, действуя в соответствии с нормами внутреннего законодательства многократно, регулярно и в рамках развивающихся событий стандартно разрабатывает и публикует новые законы. К примеру, новый Закон «Об исполнительном производстве» собрал в себе все нормы уголовного законодательства.

По вопросу разрешения споров, защита прав сторон иска на национальном и международном уровне и достижение правосудия было и остаётся одним из наиглавнейших аспектов и предметов беспокойства. В этом контексте официальная уголовно-процессуальная политика стран встречается с проблемами национального и международного уровня. Таким образом, поиск решений для разрешения споров, региональное сотрудничество и обеспечение национального и регионального мира в рамках сотрудничества имеет огромное значение.

В этой связи Министерство юстиции Исламской Республики Афганистан предпринимает важные шаги, как на национальном, так и на международном уровне. На национальном уровне министерством разработан в соответствии с потребностями страны и правовыми критериями Закон «О консультативных советах и обществах». А на международном уровне разработано и введено Положение «О правилах и порядке участия Афганистана на Международном суде», таким образом, обеспечено членство Афганистана в этой организации. Кроме этого все указанные в данном Положении виды преступления урегулированы и в новых законах Афганистана.

Таким образом, принимая во внимание вышеуказанное, региональное сотрудничество в судебно-правовой области является неизбежным. В этой связи становится неизбежным и необходимым выйти за пределы национальной политики уголовного права, переход к региональной политике в области уголовно-процессуального права, сосредоточение на регионально-территориальной юрисдикции во имя обеспечения мира и безопасности.

И напоследок, Министерство юстиции Исламской Республики Афганистан выражает свою признательность Турецкой Республике за инициативу проведения такой масштабной встречи, и, желая высочайших успехов всем, кто внёс свой вклад в её проведение, отмечает свою готовность к региональному сотрудничеству в рамках установленных целей и задач.

Да пребудет с вами приветствие и благословение Аллаха.

الكلمة التي ألقاها وزير العدل لدولة جمهورية أفغانستان السيد دكتور عبد البصير أنور

بسم‌الله الرحمن الرحيم. الحمدالله و كفى و سلام على عباده الذين اصطفى

السيد رجب طيب إردوغان رئيس الجمهورية التركية الشقيقة والصديقة، السيد وزير العدل، السيدات والسادة وزراء العدل، معالي قضاة الدول الشقيقة والصديقة، السيدات والسادة العلماء الذين يحضرون هذا الإجتماع سلام الله عليكم ورحمة منه وبركاته.

أشكر الله تعالى على رؤيتكم بصحة وسلامة، وأيضاً أشكر الله على أنني رأيت الإستقرار ودوام الديمقراطية في الدولة الشقيقة تركيا. باسمي وباسم رئيس المحكمة العليا لجمهورية أفغانستان الإسلامية السيد سيّد يوسف حليم، والمدّعي العام لجمهورية أفغانستان الإسلامية السيد أحمد فريد حمدي، ورئيس مجلس مراقبة الدستور الدكتور محمد قاسم حاسم زي، وكبير مستشاري وزارة العدل المستشار محمد أشرف رسولي، وباسم الوفد المرافق لي نعرب عن عميق شكرنا لدعوتنا للمشاركة في هذا الإجتماع الهام. وأبارك لكم وللجمهورية التركية هذه المبادرة الطيبة لمثل هذا الإجتماع الكبير.

هنالك نقاط مشتركة كثيرة بين بلدي وبين الجمهورية التركية في العديد من المواضيع وعلى مستويات مختلفة. بعدما نالت أفغانستان استقلالها عام ١٩١٩، تم وضع حجر الأساس لتشييد منشآت جديدة للدولة، لذلك تم تأسيس هيئة قضائية وعلمية في ذلك الوقت. وفي الفترة التي تم فيها سنّ القوانين، تم دعوة المستشارين القانونيين للدولة الصديقة تركيا بقيادة بدري بيه وجمال باشا مع عدد من المستشارين والمترجمين. ولن تنسى بلادنا أبداً الخدمات الجليلة في هذا المجال لهذين الرجلين العظيمين.

قبل ذلك أيضاً قامت أفغانستان بترجمة كتاب مجلة الأحكام الذي ألفته اللجنة القضائية في الدولة الصديقة تركيا إلى اللغة الداريّة، ويتم استخدام هذا الكتاب من قبل الهيئات العدلية والسلطات القانونية والقضاة حتى اليوم.

أيها الأخوات والأخوة، حاضرو هذا الإجتماع الكريم، كما تعلمون، إن هذا المؤتمر تم تنظيمه ضمن نطاق انهاء المسائل القضائية وحلّ النزاعات، وكل موضوع من هذه المواضيع يحمل أهمية كبيرة. بالنسبة لمسألة التعاون القضائي، تتطور الجرائم المنظمة اقليمياً وعبر الحدود يوماً بعد يوم، وقد سمّى خبراء وباحثو علم الجريمة هذا القرن بأنه قرن الجرائم المنظمة.

وكم هو أمر مؤسف أن يكون مدى تنوع الجريمة المنظمة في الدول التي تحضر هذا المؤتمر أكثر من المناطق والأقاليم الأخرى. حيث يمكننا تسمية هذ المنطقة بمنطقة الجريمة المنظمة الإستراتجية في قارة آسيا. لذلك، أصبح من الهام والضروري أن تجتمع السلطات القضائية في دول هذه المنطقة وتنظيم مؤتمرات قانونية اقليمية رفيعة المستوى، لأن السياسة الجزائية الوطنية لا تكفي لوحدها اطلاقاً في موضوع الجرائم المنظمة، ولا تستطيع تلبية كافة الإحتياجات، وتزداد الحاجة يوماً بعد يوم للتعاون في موضوع السياسة الجزائية على المستوى الإقليمي والدولي.

بالنسبة لموضوع المعاملات العدلية، فإن وجود الكثير من الدعاوي في المحاكم من جانب، والوصول إلى محاكمة عادلة من جانب آخر، دائماً ما كان تسهيل المعاملات القضائية من اهتمامات النظام العدلي والقضائي في بلادي. لذلك، يوصي الخبراء القانونيين بضرورة تعديل القوانين وتطويرها حتى لو لفترات قصيرة. وفي هذا السياق، يكون وزير العدل في جمهورية أفغانستان الإسلامية كعضو مسؤول عن التحضيرات مسؤولاً عن تنظيم واستحداث التشريعات القانونية وعن التشريعات المستحدثة، وعن الوثائق القانونية القديمة الأخرى، وقد قام في العديد من المرات وضمن اطار التطوير المستمر بتنظيم ونشر التشريعات القانونية بما يتوافق مع القانون الداخلي وبشكل موحد. فمثلاً، فقد تم جمع كافة القوانين الجزائية للقانون التنفيذي الجديد وتنظيمها تحت مظلة واحدة.

بالنسبة لموضوع حلّ النزاعات، فإن تطبيق العدل وحماية حقوق الأطراف على المستوى المحلي والدولي يُعتبر دائماً أحد أهم المواضيع، ويستدعي الإهتمام الدائم به. وبالتالي، تواجه السياسات الجزائية الرسمية للدول المشاكل على الصعيد المحلي والعالمي. لذلك، مسائل ايجاد طريقة لحلّ النزاعات، وضمان السلام الوطني والإقليمي عبر التعاون الإقليمي واستناداً إليه، تحتل مكانة هامة للغاية. لقد اتخذت وزارة العدل في جمهورية أفغانستان الإسلامية خطوات هامة في هذا الصدد على المستوى المحلي والعالمي. فعلى الصعيد المحلي، نظمت هذه الوزارة قانون الهيئات ومجالس الشورى استناداً إلى المعايير القانونية ومتطلبات البلاد. وعلى الصعيد العالمي نظمت الوزارة اللوائح التشريعية لمشاركة أفغانستان في المحكمة الدولية، وضمنت أن تكون أفغانستان عضواً في هذه الهيئة. ومن جانب آخر،كل الجنايات الموجودة في التشريعات في أفغانستان تم شملها في قانون جديد.

بالتالي، التعاون القضائي الإقليمي الذي سيتم تأمينه أمرٌ لا مفر منه بعد أخذ المواضيع الوارد ذكرها أعلاه بعين الإعتبار. إن الذهاب إلى ما وراء السياسة الجزائية الوطنية المحدودة، والتحول إلى سياسة جزائية اقليمية في مواضيع القانون والقضاء، والتركيز على سلطة قضائية اقليمية أصبحت ضرورة وأموراً لا مفر منها لضمان الأمن والسلام.

وختاماً، فإن وزارة العدل في جمهورية أفغانستان تعرب عن جزيل شكرها للجمهورية التركية لإستضافتها مؤتمراً بهذا الحجم، ومع تمنياتها بالنجاح الباهر لكل شخص ساهم في هذا الإجتماع، وتعلن عن استعدادها للتعاون الإقليمي ولتحقيق الأهداف التي تم وضعها.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

بیانیه جناب دوکتور عبدالبصیر انور وزیر عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان

جناب رجب طیب اردوغان رئیس‌جمهور کشور دوست و برادر ترکیه، جناب محترم وزیر عدلیه، وزرای محترم عدلیه، رهبران بزرگ قضات در کشورهای دوست و برادر، دانشمندان بزرگ که در این گردهمایی با ما شریک هستید، السلام علیکم و رحمت‌الله و برکته.

خداوند بزرگ را شکرگزارم که جناب شما را صحت و سلامت و پیروزمند و دموکراسی را در کشور برادر ترکیه، مستمر و کامیاب می‌بینم. اجازه دهید از جانب خودم و جناب سعید یوسف حلیم قاضی‌القضات جمهوری اسلامی افغانستان، جناب احمد فرید حمیدی دادستان کل جمهوری اسلامی افغانستان، دکتر محمد قاسم حاصم زی رئیس کمیسیون مستقل نظارت و تطبیق قانون اساسی، محمد اشرف رسولی مشاور ارشد وزارت عدلیه و هیئت همراهم مراتب شکران و سپاس عمیق خود را از دعوت و اشتراک در این مجلس بزرگ تقدیم نمایم. و ابتکار این گردهمایی بزرگ حقوقی را برای شما و برای جمهوری ترکیه تبریک می‌گویم.

قابل ذکر می‌دانم جمهوری ترکیه با کشور متبوع من دارای مشترکات فراوان در سطوح مختلف می‌باشد. پس از کسب استقلال افغانستان در سال ۱۹۱۹ زمان دولت نوین پایه‌گذاری و به این منظور شورای علوم و محفل قوانین بنا نهاده شد. در سال‌های تدوین قوانین مستشاران حقوقی دولت دوست ترکیه به رهبری بدری بیگ و جمال پاشا به حیث مشاورین و مترجمان برای تحقق این امر دعوت گردیدند. کشور ما مدیون خدمات بی‌شائبه‌ی این دو مرد بزرگ در این عرصه می‌باشد.

قبل از این نیز نظام قضایی افغانستان کتاب فقهی مجله الاحکام که در کشور دوست ترکیه تدوین گردیده بود را در کشور ما به زبان دری ترجمه و تاکنون مورد استفاده‌ی قضات و مراجع حقوقی و عدلی کشور ما قرار داده است.

دوستان محترم شرکت‌کنندگان در این گردهمایی بزرگ، چنان چه مستحضر هستید کنفرانس حاضر حادثه‌ای در حول موضوعات قضایی تحصیل امور قضایی و به دلیل حل منازعات تدوین یافته است؛ که هر کدام از این موارد دارای اهمیت و جایگاه خود می‌باشد. در عرصه‌ی همکاری‌های قضایی جرائم سازمان‌یافته فرا ملی و منطقه‌ای روز به روز در حال توسعه و تحقیق می‌باشد. به طوری که متخصصین جرم شناسی قرن حاضر را به عنوان سده‌ی جرائم سازمان‌یافته نام‌گذاری نموده‌اند.

متأسفانه تنوع جرائم سازمان‌یافته در کشورهای حاضر در این کنفرانس نسبت به سایر مناطق بیشتر می‌باشد. به طوری که این منطقه را می‌توان به عنوان منطقه‌ی استراتژیک جرائم سازمان‌یافته در آسیا نام‌گذاری کرد. از این جهت تدوین کنفرانس‌های حقوقی در سطح منطقه به منظور بالا بردن سطح همکاری‌های قضایی ضرورتی اجتناب‌ناپذیر برای کشورهای منطقه می‌باشد؛ و برای اینکه سیاست جنایی ملی به تنهایی در خصوص جرائم سازمان‌یافته به هیچ عنوان پاسخگو و کافی نمی‌باشد و بیش از پیش نیاز به همکاری‌های نزدیک در سطح سیاست جنایی فرا ملی و منطقه‌ای وجود دارد.

در عرصه‌ی تشکیل امور قضایی، حکم بالای توسعه‌ها در محاکم از یک سو و نگرانی دسترسی به عدالت و تسهیل امور قضایی از سوی دیگر همواره از نگرانی‌های دستگاه عدلی و قضایی در کشور ما است. از این جهت تغیر و تکامل قوانین حتی در بازه‌های زمانی کوتاه از سوی متخصصین حقوق درخواست و توصیه می‌گردد. در این خصوص وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان به عنوان ارگان وظیفه‌ی تهیه و ترتیب مصوبه‌های قوانین، قوانین تقدیمی و سایر اسناد تقدیمی را بر عهده دارد قوانین داخلی برازنده و منظم را در حین تحولات اخیر و به دفعات به صورت منظم و استاندارد تهیه ترتیب و طی مراحل نموده است؛ مانند قانون اجرای جدید که تمام قوانین جزایی را در یک مجموعه تدوین و تنظیم نموده است.

در عرصه‌ی بدیل حل منازعات، حل منازعات هم زمان با حفظ حقوق طرفین و تامین عدالت همواره یکی از مهم‌ترین موضوعات و نگرانی‌ها در سطح ملی و بین‌المللی می‌باشد. در این خصوص سیاست جنایی رسمی کشورها در سطح ملی و بین‌المللی همواره با چالش‌ها مواجه می‌گردد. از این جهت یافتن راه‌حل بدیل حل منازعات نقش سازنده‌ای در بالا آوردن سطح همکاری‌ها منطقه‌ای و به طبع آن تامین صلح و امنیت ملی و منطقه‌ای را حائز می‌باشد.

وزارت عدلیه‌ی جمهوری اسلامی افغانستان در این خصوص در دو سطح ملی و بین‌المللی گام‌های اساسی را برداشته است. چنان که در سطح ملی این وزارت طی قانون شوراها و جرقه‌ها را با توجه به ضرورت این کشور و برداشت معیارها و اصول حقوقی تهیه و تدوین نموده است. همچنین در سطح بین‌المللی طرح پیوستن افغانستان به اساس‌نامه‌ی محکمه‌ی بین‌المللی را تهیه که خوشبختانه منجر به پیوستن افغانستان به این سازمان گردید. از سوی دیگر تمام جرائمی که در این اساسنامه درج گردیده است در سطح جدید قانون افغانستان جا داده شده است.

بنابراین با توجه به موارد فوق همکاری‌های منطقه‌ای قضایی ضرورت اجتناب‌ناپذیر می‌باشد. از این جهت گذر از سیاست جنایی محدود ملی به سوی سیاست جنایی منطقه‌ای در خصوص موضوعات حقوقی و قضایی امری لازم و ضروری در راستای همگرایی قضایی منطقه‌ای و در نتیجه تامین صلح و امنیت پنداشته می شود. در نهایت یک بار دیگر وزارت عدلیه‌ی جمهوری افغانستان با اظهار سپاس و قدردانی از ابتکار دعوت جمهوری ترکیه مبنی بر برگزاری این اجتماع بزرگ خواستار موفقیت‌های مزید برای دست‌اندرکاران آن گردیده، آمادگی خویش را در راستای تامین و تحقق اهداف و همکاری‌های منطقه‌ای اعلام می‌دارم.

الاسلام علیکم و رحمته البرکاته

SOMALİ ADALET BAKANI
SAYIN ABDULLAHI AHMED JAMA'NIN KONUŞMALARI

Sayın Cumhurbaşkanı, Ekselansları, saygıdeğer misafirler, Bayanlar ve Baylar,

Bugün burada bulunma fırsatını yakalamak benim için büyük bir onurdur. Bu fırsatı verdiklerinden dolayı Kongreye ve Yürütme Kurulu'na teşekkür etmek istiyorum. Ayrıca bu kritik dönemde bu Kongreye ev sahipliği yaptığından dolayı Türk kardeşlerimize de teşekkür etmek isterim.

Komitenin teması, yargı mensuplarının görevlerini kolaylaştıracak bir işbirliğine ulaşma seçeneği, alternatif uyuşmazlık çözümüdür. Bu, ülkem için çok kritik bir öneme sahiptir. Bizler bu kurumları daha yeni oluşturuyoruz. Bu konuda yaşadığımız tecrübeler, çatışma durumundaki diğer ülkelerdekilere çok benzer. Türk kardeşlerimiz tarafından Somali adalet sektörüne sağlanan desteklerden dolayı çok müteşekkiriz. Adalet kurumlarımızı oluşturma sürecinde destek almak adına iki taraflı ilişkiler kurmak istiyoruz.

Sürdürülebilir bir gelişim ve ulus inşası için, barış, kararlılık, insan hakları ve hukukun egemenliğine dayalı efektif yönetişim çok önemlidir. Gitgide daha fazla bölünen bir dünyadayız. Bazı kesimler devamlı barışın, emniyetin ve varlığın tadını çıkarırken, diğerleri çatışma ve şiddetten oluşan sonsuz bir döngüye giriyorlar. Bu hiçbir şekilde kaçınılamaz değil ve buna bir çözüm bulunmalı.

Yüksek seviyedeki silahlı çatışmalar ve güvensizlik ortamı, bir ülkenin gelişimi üzerinde yıkıcı etkilere sahiptir ve ekonomik gelişimi etkiler; ve çoğu zaman toplum içerisinde nesiller boyunca sürebilen uzun soluklu şikayetlere yol açar. Cinsel şiddet, suç, sömürü ve işkence de çatışmanın olduğu, yahut hukukun egemen olmadığı yerlerde baskın durumdadır ve ülkeler en riskli veya en hassas kişileri korumak üzere çeşitli önlemler almalıdır.

Ulusların var olması ve gelişimi için hukukun egemenliği çok temel bir öneme sahiptir. Hukukun egemenliği sosyal ve ekonomik adaleti, ve daha spesifik olarak, aşırı yoksulluk ve yoksunluğa karşı mücadeleyi ifade eder ve bir toplumun bunları kavramasını sağlar. Varlığın, kaynakların ve gücün dağılımının çerçevesini çizer. Sonuç olarak, kimlik, hukuki tanınma, katılım ve temsilin sağlanması, ve - ekonomik ve sosyal talepler de dahil olmak üzere - hak ve taleplerin tahsis edilmesi ve uygulanması ile ilişkili hukukun egemenliği ilkeleri, eşitlikçi kalkınma, kamu hizmetlerinin adaletli bir şekilde ulaştırılması ve daha efektif bir dağılım imkanı ile bağlantılıdır.

Adalete ve hukuki yetkilendirme inisiyatiflerine erişim sağlanmasının geçerli yolları ve yöntemleri olduğu ispatlanmıştır. Hukuki yetkiler, fakir ve marjinal insanların sesi ve siyasi etkisi olmak üzere savunmayı ve cezai ehliyeti, toplumun güçlenmesi ve mobilizasyonu ile bir araya getirir. Hukukun egemenliğine ilişkin kurumlara ve hukuki bilgilere erişim sağlanması, fakirlerin ekonomik fırsatlardan pay almalarını ve sömürüye karşı direnmelerini sağlar.

Hanımefendiler ve Beyefendiler,

Adalet bütün toplumların en önemli temel taşlarından biridir ve adaletin olmaması devletin başarısız olduğunu gösteren bir işarettir. Bu sebepten mali kültür, altyapı, ekipman ve eğitim, adalet sektörünün her seviyesindeki hakim ve savcılar bakımından adalet sistemimizi yeniden inşa etmemiz gerekmektedir. Canlı ve yaşayabilir adalet kurumları devletimizin temelini teşkil eder ve dünyadaki bütün ülkelerde kararlı bir sosyal ve ekonomik kalkınma süreci için amaçlar ortaya koyar. Bakanlığın vizyonu, kamuoyunda Somali adalet sistemine karşı güveni teşvik etmek

üzere, ve herkes için eşit adalet sağlamak suretiyle Somali vatandaşlarının adalet ihtiyaçlarına cevap verebilecek sorumluluk almış bir adalet sistemi kurmak adına öncülük yapmaktır. İnsanlar için uygun ve uluslararası standartları karşılayan iyi niyetli, iyi eğitimli ve disiplinli gardiyan güçleri (custodial corps) ve ıslah müesseseleri amaçlanmaktadır. Hukukun egemenliği programı kapsamında Bakanlık adalet kurumlarını oluşturmak ve adalete olan erişimi iyileştirmek üzere gerekli yasal çerçeve için güçlü bir temel oluşturmayı başarmıştır. Ulusal Kalkınma Planı 2017 ile 2019 arasındaki önümüzdeki 3 yıl için bunu tamamlamak yönündedir. Ulusal Kalkınma Planı değişmeyecek; bundan ziyade öncelikleri, kilometre taşlarını ve faaliyetleri uygulayacağız. Adalet; güvenlik ve ekonomik refahın temelidir.

Somali Hükümeti adalet kurumunun yeniden yapılandırılmasına büyük öncelik vermektedir. Bir miktar ilerleme kaydetsek de, ülke içerisinde güvenlikle ilgili sıkıntılar halen devam etmekte ve dolayısıyla adalete erişimdeki farklılıkların yanında, destek sağlanan kişiler için mali kaynaklar çok az olup yeterli değildir. Adalet ve güvenlik konusunda sahada insan kaynağı eksiktir, nitekim 25 yıldan fazla bir süreden bu yana Somali iyi eğitimli bir kadro oluşturmamıştır.

Konuşmamın sonunda, hepinize çok teşekkür etmek isterim. Ve Somali'yi yalnızca bir defa değil; ailesiyle birlikte birkaç defa ziyaret eden Türkiye Cumhuriyeti'nin Cumhurbaşkanı'na güçlü ve cesur duruşundan dolayı özellikle teşekkür etmeyi unutmayacağım. Yalnızca kardeşlerin sergileyeceği bir davranış bu... Somali hükümeti adına, Somali halkı adına Türkiye Cumhurbaşkanı'na teşekkür etmek isterim. Somali'ye gösterdikleri koşulsuz desteklerden dolayı Türkiye Cumhuriyeti halkına ve Türkiye Cumhuriyeti Hükümetine teşekkür ederim. Çok teşekkür ederim.

THE SPEECH OF THE MINISTER OF JUSTICE OF THE REPUBLIC OF SOMALIA, MR. ABDULLAHI AHMED JAMA

Mr. President, Excellencies, distinguished guests, Ladies and Gentlemen,

It is a great honour for me to have the opportunity to be here today. I want to thank the Congress and the Steering Committee for the opportunity to address. I also want to thank our Turkish brothers for hosting this Congress in this crucial time.

The theme of the Congress is the option to reach a cooperation facilitating functions of judicial_and alternative dispute resolution. It is crucial for my country. We're just rebuilding its institutions. Our experience is similar to those other most conflicted countries. We are grateful for the support provided by our Turkish brothers to Somali justice sector. We call on two-party relations to support us build our justice institutions.

Peace, stability, human rights and effective governance based on the rule of law are important conduits for sustainable development and nation building. We are in a world that is increasingly divided. Some regions enjoy sustained levels of peace, security and prosperity, while others fall into seemingly endless cycles of conflict and violence. This is by no means inevitable and must be addressed.

High levels of armed violence and insecurity have a destructive impact on a country's development, affecting economic growth and often resulting in long standing grievances among communities that can last for generations. Sexual violence, crime, exploitation and torture are also prevalent where there is conflict or no rule of law, and countries must take measures to protect those who are most vulnerable and at risk.

The rule of law is of fundamental importance to the existence and development of nations. The rule of law expresses and enables a society's conception of social and economic justice, and more specifically attitudes to extreme poverty and deprivation. It frames wealth, resource and power distribution. Consequently, the elements of the rule of law related to identity, legal recognition, enabling participation and representation, and the allocation and enforcement of claims and rights - including economic and social claims - have been linked to equitable growth, equitable delivery of public services, and the possibility of more effective redistribution.

Access to justice and legal empowerment initiatives have proven to be valuable ways and means to do this. Legal empowerment blends community empowerment and mobilization with legal capacity building and advocacy to build the voice and political impact of the poor and marginalized. Access to legal information and to institutions of the rule of law enables the poor to take advantage of economic opportunities and resist exploitation.

Ladies and Gentlemen,

Justice is one of the core pillars of any society and the lack of justice is a symbol of state failure. Therefore it is necessary to rebuild our justice system in terms of fiscal culture, infrastructure equipment and training, judges and prosecutors at all levels of the justice sector. Vibrant and viable justice institutions are the foundations of our state, building goals and key stable social and economic development in any country in the world. The ministry's vision is leading the way to promote public confidence in Somali justice system and to establish an accountable justice system capable of addressing justice needs of Somali citizens by delivering equal justice for all. Bona fide, well-trained and disciplined custodial corps and corrections institutions suitable for

humans and meeting international standards. Under rule of law program the ministry succeeded in laying down a strong foundation for necessary legal framework to enable the justice institutions and to enhance access to justice. National development plan is to complement for the coming 3 years 2017-2019. NDP will not replace rather than execute on the priorities, milestones and activities. Justice is the foundation of security and economic prosperity.

The government of Somalia places high priority on rebuilding justice institution. While we made some progress, security challenges remain in the country thus in bearing the difference of access to justice, financial resources are very meager on support of those helped but it is not enough. The human resource in the field of justice and security are lacking because of more than quarter of a century Somalia did not produce a well trained cadre.

In conclusion, I would to like to say thank you very much. And I will not forget to say thanks and special thanks to the president of Turkey for his courageous and bold stance by visiting Somalia not once, but several times accompanied by his immediate family. The signature that only brothers give… On behalf of the Somali government, the people of Somalia would like to thank the president of Turkey. Special thanks to the government and the people of turkey for their unconditional support to Somalia. Thank you very much.

РЕЧЬ МИНИСТРА ЮСТИЦИИ РЕСПУБЛИКИ СОМАЛИ ГОСПОДИНА АБДУЛЛАХИ АХМЕД ЖАМА

Для меня является честью иметь возможность присутствовать здесь сегодня. Позвольте выразить мою благодарность Конгрессу и Исполнительному комитету за предоставленную мне возможность. В частности, хочу выразить свою благодарность нашим турецким братьям за организацию и проведение данного Конгресса в столь критический для нас период.

Обращение Комитета, возможность достижения сотрудничества, которое позволит облегчить работу представителей судебно-прокурорской системы, альтернативные методы разрешения споров, все это критически важные аспекты для моей страны. Мы всего лишь находимся на этапе создания этих органов. Переживаемый нами опыт в этой области, во многом схож с опытом других стран, которые также находятся в состоянии вооружённого конфликта. Мы очень благодарны нашим турецким братьям за их вклад в сферу правосудия Сомали. Мы, с целью получения помощи в процессе создания органов правосудия, желаем установить двусторонние отношения.

Мир и стабильность, решительность, права человека, высокоэффективная и основанная на суверенитете работающая система государственного управления являются важными составляющими для устойчивого развития и становления нации. Мы находимся в мире, который с каждым днём все больше разделяется. Тогда как некоторая часть наслаждается постоянным миром, безопасностью и достатком, другая часть находится в бесконечном круговороте, образованном конфликтами и насилием. Это ни в коем случае не является неизбежным и этому необходимо найти решение.

Ожесточённые вооружённые конфликты и отсутствие безопасности имеют разрушительные последствия для развития стран и негативно влияют на экономическое развитие, и в большинстве случаев, ведут к многолетним претензиям в обществе, которые могут длиться в течение нескольких поколений. Сексуальное насилие, преступность, эксплуатация и пытки доминируют в тех местах, где происходят конфликты или же там, где нет верховенства права и закона, и поэтому страны должны принимать различные меры по защите наиболее уязвимых, подверженных риску слоёв населения.

Верховенство права имеет фундаментальное значение для развития и существования наций. Верховенство права означает социально-экономическую справедливость, а более конкретно, борьбу с нищетой и лишениями, и помогает обществу осознать это, подчёркивает рамки распределения доходов, резервов и силы. И наконец, принципы верховенства права, относящиеся к установлению самоличности, юридическому признанию, обеспечению права на участие и представительство интересов, выделение и реализация прав и требований, в том числе экономических и социальных притязаний, связаны с возможностью равноправного развития, справедливого предоставления и более эффективного распределения государственных услуг.

Доказано, что имеются действующие пути и методы обеспечения доступа к правосудию и институтам по правовому санкционированию. Правовые полномочия объединяют защиту, в том числе мнений и политического влияния малоимущих и обездоленных людей, уголовную ответственность с расширением и мобилизацией прав общества. Обеспечение доступа к судебным органам и юридической информации при верховенстве права, позволит обездоленным людям получить долю в экономических возможностях и противостоять эксплуатации.

Дамы и господа,

Справедливость является одним из самых важных составляющих основ любого общества и отсутствие справедливости является признаком того, что государство не является успешным. По этой причине, судьи и прокуроры всех уровней, мы все должны восстановить нашу систему правосудия с точки зрения финансовой культуры, инфраструктуры, оборудования и образования. Функционирующие и жизнеспособные институты правосудия составляют основу наших государств и вырабатывают цели для решительного и стабильного социально-экономического развития во всех странах. Миссией нашего министерства является стать пионером построения берущей ответственность, отвечающей потребностям граждан Сомали системы правосудия, укрепляя доверие мировой общественности к системе правосудия в Сомали, путём обеспечения равного для всех правосудия. Предусматривается служащая народу, отвечающая международным стандартам, действующая с благими намерениями, хорошо образованная и дисциплинированная полиция Сомали и исправительные учреждения. В рамках программы верховенства права нашему министерству удалось создать институты правосудия и необходимую прочную основу для создания правовой базы для улучшения доступа к правосудию. Национальный план развития предусматривает завершить это в ближайшие 3 года в период с 2017 по 2019 годы. Национальный план развития не изменится, скорее всего, мы реализуем приоритеты, основные моменты и мероприятия. Правосудие является основой безопасности и экономического благополучия.

Сомалийское правительство уделяет первоочередное внимание переустройству институтов правосудия. Несмотря на определённый прогресс, в стране по прежнему продолжаются проблемы, связанные с безопасностью и поэтому наряду с неравенством в доступе к правосудию, финансовые ресурсы для обеспечиваемых правовой поддержкой граждан недостаточны, их слишком мало. Имеется нехватка в людях, работающих на местах в области правосудия и безопасности, и в самом деле, на протяжении времени, более 25-ти лет, Сомали не смогла создать хорошо обученные кадры.

В завершение своего выступления, хотел бы поблагодарить всех вас. И не забуду поблагодарить за сильную и мужественную позицию Президента Турецкой Республики, который посетил Сомали не только один раз, а несколько раз и вместе со своей семьёй. Такое отношение могут демонстрировать только братья... Я хотел бы поблагодарить Президента Турции от лица правительства Сомали и народа Сомали. Выражаю благодарность народу Турецкой Республики и правительству Турецкой Республики, в связи с безусловной поддержкой, которую они оказывают Сомали. Большое спасибо.

كلمات السيد عبدالله أحمد جامع وزير العدل في الجمهورية الصومالية

السيد الرئيس، أصحاب السعادة، الضيوف الكرام، السيدات والسادة، إنه لشرف عظيم أن تتاح لي الفرصة لأكون هنا اليوم. وأود أن أشكر المؤتمر وهذه المنظمة على هذه الفرصة. أريد أيضا أن أشكر الإخوة الأتراك لاستضافتهم المؤتمر في هذا الوقت الحرج.

موضوع المؤتمر هو خيار للوصول إلى تيسير التعاون الواقعي أو القضائي و الحلول البديلة لفض النازعات هو أمر حاسم لبلدي، فنحن ما زلنا نعيد بناء مؤسساتها. لدينا تجربة مشابهة لتلك البلدان الأخرى الأكثر صراعًا. ونحن ممتنون للدعم المقدم من قبل الأخوة الأتراك لقطاع العدالة الصومالي. ونحن نناشد العلاقات الثنائية لدعمنا في بناء مؤسسات العدالة لدينا. السلام، الاستقرار، حقوق الإنسان والحكومات الفعالة المبنية على سيادة القانون هي قنوات هامة للتنمية المستدامة وبناء الأمة. نحن في عالم منقسم على نحو متزايد. بعض المناطق تتمتع بمستوى مستدام من السلام والأمن والازدهار، بينما يقع البعض الآخر في سلسلة لا نهاية لها من الصراع والعنف. وهذا امر لا مفر منه و يجب معالجته..

المستويات العالية من العنف المسلح وانعدام الأمن لها تأثير مدمر على التنمية في الدولة، تؤثر على النمو الاقتصادي وغالبا ما تؤدي إلى ايجاد الظلم بين المجتمعات و يمكن أن تستمر لأجيال. كما ينتشر العنف الجنسي، الجريمة، الاستغلال والتعذيب أينما يتواجد الصراع أو تنعدم سيادة القانون، ويجب على الدول أن تتخذ اجراءات لحماية أولئك الذين هم أكثر ضعفا وعرضة للخطر.

سيادة القانون ذات أهمية أساسية لوجود وتطور الأمم. سيادة القانون تعبر عن المجتمع ، تمكنه من قبول العدالة الاجتماعية والاقتصادية و بشكل أكثر تحديدا لمصارعة الفقر والحرمان. وهذا يجلب الثراء و توزيع السلطه، وبالتالي عناصر سيادة القانون المتعلقة بالهوية، الاعتراف القانوني، تمكينها من المشاركة والتمثيل، وتخصيص وتنفيذ المطالب والحقوق بما في ذلك المطالبات الاجتماعية والاقتصادية مرتبطة بالنمو العادل، وتقديم الخدمات العامة وإمكانية إعادة توزيع أكثر فاعلية. وقد أثبت ان الوصول إلى مبادرات التمكين القانوني المماثلة تكون سبل ووسائل ناجحة للقيام بذلك. التمكين القانوني يمزج تمكين المجتمع و حركته مع الأهلية القانونية لبناء القوة والتأثير السياسي للفقراء والمهمشين.

الوصول إلى المعلومات القانونية ومؤسسات سيادة القانون تمكن الفقراء من اخذ جزء بسيط من الفرص الاقتصادية ومقاومة الاستغلال.

السيدات والسادة

العدالة واحدة من الركائز الأساسية في أي مجتمع، وعدم وجود العدالة هو رمز لفشل الدولة. لذلك لا بد من إعادة بناء نظامنا القضائي من حيث الثقافة المالية، ومعدات البنية التحتية والتدريب والقضاة وأعضاء النيابة العامة على جميع المستويات لقطاع العدالة. مؤسسات العدالة الحيوية والنابضة بالحياة هي أسس دولتنا، وأسس لبناء أهداف و أساسيات التنمية الاجتماعية والاقتصادية المستقرة في أي بلد في العالم. رؤية الوزارة تقود الطريق لتعزيز ثقة الشعب في النظام القضائي الصومالي وإنشاء نظام عدالة مسئول قادر على تلبية احتياجات المواطنين الصوماليين من خلال توفير العدالة المتساوية للجميع، وحراس سجون مخلصين و مدربين تدريبا جيدا والمؤسسات الإصلاحية المناسبة للبشر والتي تلبي المعايير الدولية. نجحت الوزارة تحت برنامج سيادة القانون في وضع أساس قوي لإطار العمل القانوني اللازم لتمكين مؤسسات العدالة وتعزيز الوصول إلى العدالة. وخطة التنمية الوطنية هي تكملة مدة الثلاث سنوات القادمة ٢٠١٧-٢٠١٩. الحزب الوطني الديمقراطي لن يستبدل بل سيعمل على تنفيذ الأولويات والمعالم والأنشطة. العدل هو أساس الأمن والرخاء الاقتصادي. وحكومة الصومال تضع أولوية عالية لإعادة بناء مؤسسة العدالة، وفي حين أننا أحرزنا بعض التقدم، لا تزال التحديات الأمنية قائمة في البلاد وبالتالي تحمل فرق الوصول إلى العدالة، الموارد المالية ضئيلة جدا في دعم ذلك، إنها تساعد ولكن ليس بما فيه الكفاية، الموارد البشرية في مجال العدالة والأمن منعدمة وذلك لأن الصومال لأكثر من ربع قرن لم تنتج كادرًا مدربًا بشكل جيد.

في الختام، أود أن أقول شكرا جزيلا لكم ولن أنسى أن أقول شكرا و شكر خاص للرئيس التركي عن موقفه الشجاع والجريء لزيارة الصومال ليس مرة واحدة، ولكن عدة مرات بصحبة أسرته. التوقيع الذي لا يعطيه إلا الإخوة فقط ... وبالنيابة عن الحكومة الصومالية، فأن الشعب الصومالي يود أن يشكر رئيس تركيا، ويشكر حكومتها وشعبها بشكل خاص لدعمهم غير المشروط .للصومال. شكرا جزيلا

ULUSLARARASI İSTANBUL HUKUK KONGRESİ
INTERNATIONAL İSTANBUL LAW CONGRESS
17-19 EKİM 2016
17-19 OCTOBER 2016

BİRİNCİ GÜN
FIRST DAY

ENDERUN SALONU
ENDERUN HALL

Anayasa Yargısı ve Bireysel Başvuru Hakkı - I
Constitutional Justice and the Right to Individual Application - I

ANAYASA YARGISININ YETKİLERİ VE YETKİLERİNİN SINIRI

Sona Salmanova *

Sayın Başkan,

Sayın hanımlar ve beyler,

Sayın kongre katılımcıları.

Modern dünyada tüm katılımcı devletler için güncel ve çok önemli olan bu kongreye davet edildiğimiz için Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı'na, Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi adına teşekkür eder, bu muhteşem etkinliğine katılım gösterdiğim için çok memnun olduğumu belirtmek isterim.

Sayın meslektaşlarım,

Her demokratik devletin Anayasası, o ülkedeki hukuk ve mevzuat sisteminin temelini teşkil eder. Anayasa maddeleri, uygun olarak çeşitli nitelikteki hukuk normlarının, hukukun tüm alanlarını kapsayan normatif düzenlemelerin yapılmasında referans noktasıdır. Temel kanun, vatandaş, toplum ve devlet arasında mevcut sosyal ilişkileri düzenler; sosyal yapının, siyasi sistemin temel ilkelerini, demokratik hukuk devletinin temelini oluşturur, diğer taraftan hukuk düşüncesini belirler ve şekillendirir. Diğer bir deyişle, kurucu özelliğe sahip Anayasa normları bütün hukuk düzenleme sisteminin ve devlet geleneklerinin oluşmasına, gelişmesine ve nihayet hukuk kurallarının korunmasına hizmet eder.

Azerbaycan Cumhuriyeti'nin ilk bağımsız Anayasası, Azerbaycan halkının milli lideri Haydar Aliyev'in doğrudan gözetiminde hazırlanmış ve 1995 yılı 12 Kasım'da halk oylaması yoluyla kabul edilmiştir. Bu tarihi olay ülkemizin hukuki, siyasi, ekonomik ve diğer alanlardaki gelişim yönlerini belirlemiştir. Anayasanın kabulü, devletin insan hak ve özgürlüklerinin korunması meselesine yaklaşım tarzını köklü biçimde değiştirmiştir. Basın özgürlüğü, sansürün iptali, ölüm cezasının kaldırılması, yönetim organlarının kuruluşu gibi yasal reformlar, aynı zamanda ayrı ayrı yargı organları hakkında onaylanan yeni yasalar, kabul edilen Anayasanın hükümlerinden yararlanmıştır. Azerbaycan devletinin bağımsızlığını, egemenliğini ve toprak bütünlüğünü korumak, demokratik yapının teminatı olmak, sivil toplumun kurulmasını sağlamak, halkın iradesinin ifadesi olarak kanunların üstünlüğünü sağlayan hukuki, dünyevi devlet kurmak, adil ekonomik ve sosyal kurallara uygun iyi bir yaşam düzeyini sağlamak, evrensel değerlere bağlı kalarak bütün dünya halkları ile dostluk, barış ve huzur içinde yaşamak gibi ulvi niyetlere ve prensiplere dayanan yeni Anayasamız, hukukun üstünlüğünün tesisi, hukuk kültürünün yaygınlaşması için imkân ve şerait yaratmıştır.

Anayasa sabit bir belge olsa da, toplumun gelişmesi, yeni sosyal ve siyasi ilişkilerin kurulması bu belgede de değişiklikler yapılmasını zorunlu kılar. Azerbaycan'ın sosyo-ekonomik gelişimi, siyasi modernleşmenin kapsamı, demokrasinin gelişmesinde elde edilen başarılar Anayasada bazı maddelerin düzenlenmesini zaruri kılmıştır. Bunun doğrultusunda 24 Ağustos 2002 ve 18 Mart 2009 tarihli referandumlar ile kabul edilmiş değişiklikler Millet Meclisinin faaliyeti ve seçim sisteminin iyileştirilmesi, insan hak ve özgürlüklerinin daha iyi korunması gibi önemli maddelerin daha da zenginleştirilmesi için yeniden düzenlenmesi ile sonuçlanmıştır. Ülke hayatının en çeşitli alanlarında büyük ölçekli reformların uygulanmasına işte bu değişiklikler imkân ve şerait sağlamıştır.

Son referandum ise 26 Eylül 2016 yılında yapılmıştır. Azerbaycan Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Sayın İlham Aliyev'in teşebbüsü ile halk oylamasına sunulmuş değişiklikler yeterince

* Anayasa Mahkemesi Başkan Yardımcısı.

geniş kapsama alanına sahiptir. Bu değişiklikler, insan temel hak ve özgürlüklerinin korunmasının öneminin daha da artırılması ile beraber, ülkemizde sosyal-siyasi istikrarın güçlendirilmesi, sivil toplumun gelişmesi ve aynı zamanda, kamu yönetimi sisteminin daha da geliştirilmesi için yapılmıştır.

Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası'nın Azerbaycan'ın devlet ve hukuk sistemine getirdiği önemli yeniliklerden biri de ülkemizde yargı sistemi için tipik olmayan yeni kurumun, yani anayasa denetim organının oluşturulması ve bu yeni kurulan kurumun devlet hakimiyeti sisteminde yerinin ve rolünün belirlenmesi olmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin üstlenmesi gereken temel görev Anayasa'nın üstünlüğünü temin etmektir. Anayasa Mahkemesi ülkemizde Anayasacılık düşüncelerinin hayata geçirilmesine, hukuk düşüncesinin ve hukuk kültürünün gelişmesine, herkesin Anayasaya ve kanunlara saygılı yaklaşmasına katkıda bulunur.

Bugün Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi modern anayasal denetim organıdır, onun yetkileri doğrudan Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası'nda yer almıştır.

Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi bu yetkiyi Azerbaycan Cumhurbaşkanının, Millet Meclisinin, Bakanlar Kurulunun, Yüksek Yargı Mahkemesi'nin, Cumhuriyet Savcılığının, Nahçıvan Özel Cumhuriyeti Ali Meclisinin, İnsan hakları doğrultusunda müvekkilin talebi üzerine kullanır ve incelenen normun veya belli bir bölümünün Anayasaya, yahut kendisinden üstün hukuki güce sahip kanuna uygun olmadığını belirlediğinde onu yürürlükten kaldırılmış ilan eder.

Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin diğer önemli yetkilerinden biri de Anayasa'nın ve kanunların açıklanmasıdır. Mahkeme tarafından verilen resmi açıklama, Anayasada yazılı olan ilke ve normların pratikte daha iyi uygulanmasına olanak tanır.

Anayasa hükümlerinin ve yasaların yorumu, hem uygun normun açıklanmasını, hem de bu normların anlam ve içeriğinin açıklamasını içerir.

Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan yoruma dayanarak mevzuatta var olan çelişkilerin, aynı zamanda boşlukların giderilmesi, yasama normlarının iç hiyerarşisinin belirlenmesi sağlanır.

Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerinden bahsederken, gerçek ve tüzel kişiler tarafından iletilen kişisel şikayetleri özellikle belirtmek gerekir.

2002 yılında Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası'nda yapılan değişikliklerden sonra Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'ne başvuru hakkına sahip kişilerin kapsamı yeterince genişlemiştir. İlk kez, bireysel anayasa şikayeti enstitüsünün uygulamasına başlanılmış, aynı zamanda Kamu Denetçisine (Ombudsman) başvuruda bulunma, mahkemelere ise Anayasa ve kanunların yorumları ile ilgili Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan başvuru yapma hakkı tanımıştır.

Anayasa Mahkemesi'ne iletilen bireysel şikâyetler insan hak ve özgürlüklerinin korunmasının en faydalı ve verimli devlet mekanizmalarından biridir. Şöyle ki, Anayasada doğrudan belirtilmiştir ki, herkes kendi hak ve özgürlüklerini ihlal eden yasama ve yürütme organlarının normatif düzenlemelerinden dolayı, ve belediye ve mahkemelerin icraatlarından dolayı, kanunla belirlenmiş şekilde Anayasada gösterilen meselelerin çözülmesi için, ihlal edilmiş hak ve özgürlüklerinin yeniden sağlanması amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne şikayet başvurusu yapma hakkına sahiptir.

Dikkate almak gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel şikayet başvurularında değinilen konuların kapsamı yeterince geniştir. Bireysel şikayetlerin büyük çoğunluğu mülkiyet hakkı, hak ve özgürlüklerin mahkeme ile güvence altına alma hakkı, sosyal güvenlik, çalışma, konut vb. gibi hakların ihlali ile ilgilidir.

Belirtmek isterim ki, Azerbaycan Cumhuriyeti'nin "Anayasa Mahkemesi hakkındaki" Kanunu'na göre, Anayasa Mahkemesi'ne iletilecek şikayetler, bir kural olarak, mahkeme kararına itiraz etme hakkını tam olarak kullanıldıktan sonra, son yargı aşamasının kararının (Azerbaycan Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi'nin kararının) yürürlüğe girmesinden itibaren altı ay içinde ya da başvuru sahibinin mahkemeye başvuru hakkının ihlal edildiği andan itibaren üç ay içinde yapılabilir.

Fakat, kanun aynı zamanda, belirli durumlarda şikayet başvurusunun diğer yargı aşamalarını geçmeden doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne yapılma imkanını da öngörmüştür. Şöyle ki, hak ve özgürlüklerin ihlali sonucunda davacının ağır ve giderilmesi mümkün olmayan zararlarının diğer mahkemeler aracılığı ile önlenmesi mümkün değilse, şikayet başvurusu doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne yapılabilir.

Özellikle belirtilmelidir ki, kişisel şikayetler üzerine mahkeme işlemlerinin Anayasaya uygun olup-olmaması araştırılırken, Anayasa Mahkemesi olağanüstü hak savunma sıfatıyla davaya esası bakımından bakmaz ve gerçek durumları araştırmaz. Mahkemenin önündeki temel mesele, Anayasanın üstünlüğünü sağlayarak ihlal edilmiş anayasal hak ve özgürlükleri sahibine geri vermektir.

Bugün Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin bireysel şikayetlerle ilgili vermiş olduğu kararlar, genel yargı mahkemeleri için hukuk uygulama pratiğinde yaygın olarak kullanılmaktadır.

Tecrübeler göstermektedir ki, Ombudsman, mahkemeler ve şahıslar tarafından verilen dilekçe, başvuru ve şikayetler üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmiş kararlar hem teorik, hem de pratik bir önem taşımaktadır ve kişi ve vatandaşların Anayasada yer alan hak ve özgürlüklerinin sağlanmasına hizmet eder.

Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası'nda yukarıda sıralanan yetkilerden başka, Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin yargısı ile ilgili diğer yetkiler de öngörülmüştür. Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, Azerbaycan Cumhuriyeti Millet Meclisi milletvekilli seçimlerinin sonuçlarının doğruluğunu, kanunla belirlenmiş şekilde inceler ve onaylar. Azerbaycan Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı seçim sonuçlarının resmi sonucunu ilan eder; Azerbaycan Cumhuriyeti Millet Meclisi veya Azerbaycan Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Anayasanın metninde değişiklikler teklif edince, önerilen değişikliklere dair kendi düşüncesini açıklar vb.

İstatistiklere baktığımızda görürüz ki, faaliyete başladığı dönemden bugüne kadar Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi kurultayı tarafından toplamda 331 karar, 75 hüküm kabul edilmiş ve bu kararların büyük çoğunluğu doğrudan insan hak ve özgürlüklerinin uygulanması ve korunması ile ilgili olmuştur.

Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilen kararların hukuki gücüne gelince belirtilmelidir ki, Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası'na göre Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin kararları Azerbaycan Cumhuriyeti sınırları içinde bağlayıcı kararlardır ve bu kararlar kayıtsız şartsız yerine getirilmelidir. Belirtmek isterim ki, Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin Kurultay kararlarında uluslararası tecrübeye, aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında belirtilmiş hukuki konuma her zaman önem verilmektedir.

Faaliyeti döneminde mahkememiz aynı zamanda uluslararası ilişkilerin geliştirilmesine, çeşitli bölgesel ve uluslararası kuruluşlar ile işbirliğinin gelişmesine yönelik yeterli çalışmalar yapmıştır. Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi bazı muteber uluslararası kuruluşların, özellikle Dünya Anayasa Yargısı Konferansı'nın, Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı'nın, Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliği'nin tam üyesidir.

İnanıyorum ki, her bir ülkenin Anayasa Mahkemesi, aynı zamanda Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi bundan sonra da üzerine düşen zor ve mesuliyetli görevleri barış ve huzur ortamında yerine getirmeye muvaffak olacaktır.

Son olarak söylemek isterim ki, Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, Türkiye Cumhuriyeti Adalet ve Yargı kurumları ile işbirliğine çok önem vermektedir. Bu işbirliğinin devletlerimizin ve halklarımızın yararına ebedi ve sonsuz olacağını umuyorum.

Bir daha içten teşekkürlerimi iletir, kardeş Türk halkına refah dilerim.

Beni dinlediğiniz için çok teşekkür ederim.

THE AUTHORITIES AND LIMIT OF AUTHORITIES OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION

Sona Salmanova[*]

Dear Mr. President,

Dear ladies and gentlemen,

Dear participants of the congress.

I would like to thank the Ministry of Justice of the Republic of Turkey on behalf of the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan, for inviting us to this congress, which is contemporary and very important to all participating countries of the modern world.

Dear colleagues,

The Constitution of every democratic state forms the basis of the system of law and legislation in that country. Constitutional items are a reference point for the various legal norms and normative acts covering all areas of law to be regulated. The basic law regulates existing social relations between citizens, society and the state; constitutes the basic principles of social structure and the political system, forms the basis of the democratic state of law, and in the meantime determines and shapes the idea of law. In other words, Constitutional norms with constitutive characteristics serve to form, develop and finally protect the law regulation system and state traditions.

The first independent constitution of the Republic of Azerbaijan has been prepared by the direct administration of the national leader of the Azerbaijani people, Haydar Aliyev, and adopted through a referendum on November 12, 1995. This historical event has determined the directions of development of our country in the legal, political, economic aspects and also in other fields. The acceptance of the constitution has radically altered the approach of the state to the protection of human rights and freedoms. Legal reforms such as freedom of the press, anticensorship, abolishment of the death penalty, the establishment of governing bodies, as well as new laws approved separately about judicial bodies have benefited from the provisions of the ratified Constitution. Our Constitution, which is based on divine intentions and principles such as protecting the independence, sovereignty, and territorial integrity of the state of Azerbaijan, ensuring the establishment of a civil society, establishing a legal and secular state that provides the superiority of laws as the expression of the people's will, providing a good life standard in accordance with fair economic and social rules, living in friendship, peace and tranquility with all the peoples of the world by adhering to universal values, has created the possibilities and conditions for the establishment of the rule of law, the dissemination of the law culture.

Although the Constitution is a stationary document, the development of the society and establishment of new social and political relations necessitate changes to be made on this document. The socio-economic development of Azerbaijan, the scope of political modernization, the achievements in the improvement of democracy has made the regulation of some articles imperative. The amendments ratified accordingly through the referendums of August 24, 2002 and March 18, 2009, have resulted in the readjustment of important articles such as the improvement of the activities and electoral system of the National Assembly, and better protection of human

[*] Vice President of the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan.

rights and freedoms. It was these amendments that provided the opportunity and conditions for the large scale reforms in various areas of life in the country.

The last referendum has been held on September 26, 2016. The amendments offered to the vote of the people by President İlham Aliyev of the Republic of Azerbaijan are substantially far-reaching. These amendments are implemented in order to strengthen the social-political stability in our country, develop the civil society and also develop farther the public administration system, as well as to increase the importance of the protection of fundamental human rights and freedoms.

One of the major innovations that the Constitution of the Republic of Azerbaijan brought to the state and legal system of Azerbaijan has been the establishment of a new institution which is not typical for the judicial system in our country, namely the establishment of the constitutional supervision body and the determination of its role and place in the state sovereignty system of this newly established institution. The main task of the Constitutional Court is to ensure the supremacy of the Constitution. The Constitutional Court contributes to the materialization of the Constitutionalism ideas, to the development of the idea and culture of law, to the respectful approach of everyone to the Constitution and laws.

Today, the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan is a modern constitutional supervision body of which the authorities are directly included in the Constitution of the Republic of Azerbaijan

The Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan uses this authority upon the request of the President of the Republic of Azerbaijan, the National Assembly, the Council of Ministers, the Supreme Court of Justice, the Public Prosecutor's Office, the Supreme Assembly of Nakhchivan, and the client, in line with human rights, and declares it abolished when it determines that the examined norm or a certain part thereof is incompliant to the Constitution or a law which is of higher legal power than itself.

Another important authority of the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan is the disclosure of the Constitution and laws. The official statement issued by the Court allows for better implementation of the principles and norms written in the Constitution in practice.

The interpretation of the constitutional provisions and laws includes both explaining the appropriate norm and explaining the meaning and content of these norms.

The determination of the internal hierarchy of legislative norms, at the same time, the elimination of contradictions and loopholes within the legislation is ensured based on the interpretation made by the Constitutional Court.

When mentioning the authorities of the Constitutional Court, it is important to indicate particularly the personal complaints made by real and legal persons.

After the amendments to the Constitution of the Republic of Azerbaijan being made in 2002, the scope of the persons entitled to apply to the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan has expanded sufficiently. For the first time, the application of the individual constitutional complaint institute has been initiated, whereas also the Ombudsman was provided with the right to file a petition, and the courts with the right of directly applying to the Constitutional Courts regarding the interpretation of the Constitution and the laws.

Individual complaints submitted to the Constitutional Court are one of the most useful and efficient state mechanisms for the protection of human rights and freedoms. It is directly stated in the Constitution that everyone is entitled to make an application for complaint to the

Constitutional Court with the purpose of the restoration of its violated rights and freedoms in order for the matters pointed at within the Constitution to be resolved as stated within the law, due to the normative regulations which have violated its rights and freedoms and the actions of municipalities and courts.

It should be noted that the scope of the issues addressed in the individual complaint applications made to the Constitutional Court is sufficiently comprehensive. The vast majority of individual complaints are related to the violation of the right to property, right to secure rights and freedoms by court, social security, work, housing and so on.

I would like to point out that according to the "Law on the Constitutional Court" of the Republic of Azerbaijan, the complaints to be made to the Constitutional Court, as a rule, can be made after the right to object to the court decision is fully used, within six months after the decision of the last stage of the judiciary (the decision of the Supreme Court of the Republic of Azerbaijan) has entered into force, or within three months after the violation of applicant's right to appeal to the court.

However, the law also simultaneously stipulates the opportunity of complaints being made directly to the Constitutional Court, without the other phases of jurisdiction, in certain circumstances. If, as a result of the violation of rights and freedoms, it is impossible for the claimant to avoid the heavy and irrecoverable damages by means of other courts, the complaint can be filed directly with the Constitutional Court.

It should be mentioned in particular that, while investigating whether or not court proceedings on personal complaints are in conformity with the Constitution, the Constitutional Court does not look into the case in terms of its merits in its capacity as extraordinary right protector and does not investigate real situations. The main issue before the Court is to ensure the supremacy of the Constitution and restore the violated constitutional rights and freedoms of the right owner.

Currently, the decisions made by the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan regarding individual complaints are being used commonly within the law enforcement practice for general judicial courts.

Experience shows that the decisions accepted by the Constitutional Court upon the petitions, applications and complaints of Ombudsmen, courts and individuals hold both a theoretical and a practical importance, and serve to ensure the rights and freedoms of all persons and citizens within the Constitution.

The Constitution of the Republic of Azerbaijan also stipulates powers other than those stated above related to the jurisdiction of the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan. The Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan analyzes and approves as determined by law the accuracy of the results of the parliamentary election of the National Assembly of the Republic of Azerbaijan. It announces the official result of the Presidential election of the Republic of Azerbaijan, expresses its own opinion on the suggested changes in times when the National Assembly of the Republic of Azerbaijan or the President of the Republic of Azerbaijan propose amendments within the Constitution text.

Looking at the statistics, we see that 331 decisions and 75 rulings have been accepted in total by the council of the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan since the day on which it started its activities, and a vast majority of these decisions have directly been about the implementation and protection of human rights and freedoms.

In terms of the legal power of the decisions accepted by the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan, it must be indicated that, according to the Constitution of the Republic of Azerbaijan, the decisions of the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan are binding within the borders of the Republic of Azerbaijan, and these decisions are to be fulfilled unquestioningly. I would like to state that international experience, and legal position indicated within the decisions of the European Court of Human Rights are always valued in the council decisions of the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan.

During the course of its activity, our court has also made sufficient efforts to develop international relations and develop cooperation with various regional and international organizations. The Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan is a full member of some notable international organizations, in particular the World Conference on Constitutional Justice, the Conference of European Constitutional Courts, and the Association of Asian Constitutional Courts And Equivalent Institutions.

I believe that the Constitutional Court of each country and the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan will be able to fulfill their share of difficult and demanding future duties in peace and tranquility.

Lastly, I would like to say that the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan attaches great importance to cooperating with the Justice and Judiciary Institutions of the Republic of Turkey. I hope that this cooperation will be eternal and infinite for the benefit of our states and peoples.

I would like to send my thanks in sincerity once again, and I wish welfare for the fellow Turkish community.

Thank you very much for listening to me.

Azərbaycan Respublikası
Konstitusiya Məhkəməsinin
Sədr müavini
xanım Sona Salmanovanın
ÇIXIŞI

KONSTİTUSİYA YURİSDİKSİYASININ SƏLAHİYYƏTLƏRİ VƏ HÜDUDLARI

Hörmətli sədr
Hörmətli xanımlar və cənablar!
Konqress iştirakçıları!

Müasir dövrdə bütün iştirakçı dövlətlər üçün aktual və vacib olan bu tədbirə dəvətə görə Türkiyə Cumhuriyyətinin Ədalət Bakanlığına Azərbaycan Respublikası Konstitusiya Məhkəməsi adından təşəkkür edirəm və belə bir möhtəşəm tədbirdə iştirak etdiyim üçün məmnun olduğumu bildirirəm.

Hörmətli həmkarlar !

Hər bir demokratik dövlətin Konstitusiyası həmin ölkədə hüqüq və qanunvericilik sisteminin əsasını təşkil edir. Konstitusiya müdəaları müvafiq olaraq müxtəlif xarakterli hüquq normalarının, hüququn bütün sahələrini əhatə edən normativ aktların yaranmasında istinad nöqtəsidir. Əsas qanun vətəndaş, cəmiyyət və dövlət arasında mövcud ictimai münasibətləri tənzimləyir, ictimai quruluşun, siyasi sistemin əsas prinsiplərini, demokratik hüquqi dövlətin bünövrəsini təşkil edir, digər tərəfdən hüquq düşüncəsini müəyyənləşdirir və formalaşdırır. Başqa sözlə desək, təsisedici xüsusiyyətə malik Konstitusiya normaları bütün hüquq tənzimetmə sisteminin və dövlətçilik ənənələrinin yaranmasına, formalaşmasına və nəhayət hüquq qaydalarının qorunmasına xidmət edir.

Azərbaycan Respublikasının ilk müstəqil Konstitusiyası, Azəbaycan xalqının ümummilli lideri Heydər Əliyevin bilavasitə rəhbərliyi ilə hazırlanmış və 1995-ci il noyabrın 12-də ümumxalq səsverməsi, referendum yolu ilə qəbul edilmişdir. Bu tarixi

hadisə ölkəmizin hüquqi, siyasi, iqtisadi və digər sahələrində inkişafa doğru istiqamətlərini müəyyənləşdirdi. Konstitusiyanın qəbulu dövlətin, insan hüquq və azadlıqlarının müdafiəsi məsələsinə yanaşma tərzini köklü sürətdə dəyişdi. Mətbuat azadlığı, senzuranın ləğvi, ölüm cəzasının ləğv olunması, özünüidarə orqanlarının təsis olunması kimi hüquqi islahatlar, eləcə də ayrı-ayrı hüquq mühafizə orqanları haqqında qəbul olunmuş yeni qanunlar məhz Konstitusiyanın müddəalarından bəhrələndi. Azərbaycan dövlətinin müstəqilliyini, suverenliyini və ərazi bütövlüyünü qorumaq, demokratik quruluşa təminat vermək, vətəndaş cəmiyyətinin bərqərar edilməsinə nail olmaq, xalqın iradəsinin ifadəsi kimi qanunların aliliyini təmin edən hüquqi, dünyəvi dövlət qurmaq, ədalətli, iqtisadi və sosial qaydalara uyğun layiqli həyat səviyyəsini təmin etmək, ümumbəşəri dəyərlərə sadiq olaraq bütün dünya xalqları ilə dostluq, sülh və əmin-amanlıq şəraitində yaşamaq kimi ülvi niyyətlərə və prinsiplərə əsaslanan yeni Konstitusiyamız hüququn aliliyinin bərqərar edilməsi, hüquq mədəniyyətinin yüksəlməsi üçün imkan və şərait yaratmışdır.

Konstitusiya stabil sənəd olsa da, cəmiyyətin inkişafı, yeni ictimai, siyasi münasibətlərin yaranması bu sənəddə də islahatların aparılmasını zəruri edir. Azərbaycanın sosial-iqtisadi inkişafı, siyasi modernləşmənin vüsəti, demokratiyanın inkişafında əldə olunan uğurlar Konstitusiyada bir sıra müddəaların təkmilləşməsini tarixi zərurətə çevirdi. Bu zəmində 24 avqust 2002-ci il və 18 mart 2009-cu il tarixli referendumlarla qəbul edilmiş dəyişikliklər Milli Məclisin fəaliyyətinin və seçki sisteminin təkmilləşdirilməsi, insan hüquq və azadlıqlarının daha səmərəli müdafiəsi kimi mühüm əhəmiyyətə malik müddəaların zənginləşdirilməsi ilə nəticələndi. Ölkə həyatının ən müxtəlif sahələrində irimiqyaslı islahatların keçirilməsinə məhz bu dəyişikliklər şərait və imkan yaratmışdır.

Son referendum isə 26 sentyabr 2016-cı ildə keçirilmişdir. Azərbaycan Respublikasının Prezidenti cənab İlham Əliyevin təşəbbüsü ilə referenduma çıxarılmış dəyişikliklər kifayət qədər geniş əhatə dairəsinə malikdir. Bu dəyişikliklər insan hüquq və azadlıqlarının qorunmasının səmərəliliyinin daha da artırılması ilə yanaşı, ölkəmizdə ictimai-siyasi sabitliyin möhkəmləndirilməsinə,

vətəndaş cəmiyyətinin inkişafına və eyni zamanda, dövlət idarəçiliyi sisteminin daha da təkmilləşdirilməsinə yönəlmişdir.

Azərbaycan Respublikası Konstitusiyasının Azərbaycanın dövlət və hüquq sisteminə gətirdiyi mühüm yeniliklərdən biri də ölkəmizdə məhkəmə sistemi üçün səciyyəvi olmayan yeni institutun, yəni konstitusiya nəzarəti orqanının yaradılması və bu yeni yaradılmış təsisatın dövlət hakimiyyəti sistemində yerinin və rolunun müəyyənləşdirilməsi olmuşdur.

Konstitusiya Məhkəməsinin qarşısında duran əsas vəzifə Konstitusiyanın aliliyini təmin etməkdir. Konstitusiya Məhkəməsi ölkəmizdə konstitusionalizm ideyalarının həyata keçirilməsinə, hüquq düşüncəsinin və hüquq mədəniyyətinin inkişafına, hər kəsin Konstitusiyaya və qanunlara hörmətlə yanaşmasına öz töhfəsini verir.

Bu gün Azərbaycan Respublikasının Konstitusiya Məhkəməsi müasir konstitusiya nəzarəti orqanıdır, onun səlahiyyətləri birbaşa olaraq Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyasında öz əksini tapmışdır.

Azərbaycan Respublikasının Konstitusiya Məhkəməsi bu səlahiyyəti Azərbaycan Respublikası Prezidentinin, Milli Məclisin, Nazirlər Kabinetinin, Ali Məhkəmənin, Prokurorluğun, Naxçıvan Muxtar Respublikası Ali Məclisinin, İnsan hüquqları üzrə müvəkkilin sorğusu əsasında həyata keçirir və yoxlanılan normanın və ya onun müəyyən bir hissəsinin Konstitusiyaya, yaxud özündən üstün hüquqi qüvvəyə malik akta uyğun olmadığını müəyyənləşdirdikdə onu qüvvədən düşmüş elan edir.

Azərbaycan Respublikası Konstitusiya Məhkəməsinin digər mühüm səlahiyyətlərindən biri də Konstitusiyanın və qanunların şərhidir. Məhkəmə tərəfindən verilən rəsmi şərh Konstitusiyada əks olunan prinsip və normaların təcrübədə daha düzgün tətbiq olunmasına imkan yaradır.

Konstitusiya müddəalarının və qanunların şərhi özündə həm müvafiq normanın aydınlaşdırılmasını, həm də bu normaların məna və məzmununun izahını ehtiva edir.

Konstitusiya Məhkəməsi tərəfindən verilən şərh vasitəsi ilə qanunvericilikdə mövcud olan ziddiyyətlərin, eyni zamanda boşluqların aradan qaldırılması, qanunvericilik normalarının daxili iyerarxiyasının müəyyən edilməsi təmin olunur.

Konstitusiya Məhkəməsinin səlahiyyətlərindən bəhs edərkən, fiziki və hüquqi şəxslər tərəfindən verilən fərdi şikayətləri xüsusilə qeyd etmək lazımdır.

2002-ci ildə Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyasına edilmiş dəyişikliklərdən sonra Azərbaycan Respublikasının Konstitusiya Məhkəməsinə müraciət etmək hüququna malik subyektlərin dairəsi kifayət qədər genişlənmişdir. İlk dəfə olaraq, fərdi konstitusiya şikayəti institutunun tətbiqinə başlanılmış, eləcə də İnsan hüquqları üzrə müvəkkilə (Ombudsman) sorğu vermək, məhkəmələrə isə Konstitusiya və qanunların şərh edilməsi ilə əlaqədar Konstitusiya Məhkəməsinə bilavasitə müraciət etmək imkanı verilmişdir.

Konstitusiya Məhkəməsinə verilən fərdi şikayətlər insan hüquq və azadlıqlarının müdafiəsinin ən faydalı və səmərəli dövlət mexanizmlərindən biridir. Belə ki, Konstitusiyada birbaşa olaraq qeyd edilmişdir ki, hər kəs onun hüquq və azadlıqlarını pozan qanunvericilik və icra hakimiyyəti orqanlarının normativ aktlarından, bələdiyyə və məhkəmə aktlarından qanunla müəyyən edilmiş qaydada Konstitusiyada göstərilən məsələlərin həll edilməsi üçün Konstitusiya Məhkəməsinə pozulmuş hüquq və azadlıqlarının bərpa edilməsi məqsədi ilə şikayət verə bilər.

Nəzərə almaq lazımdır ki, Konstitusiya Məhkəməsinə verilən fərdi şikayətlərdə toxunulan məsələlərin dairəsi kifayət qədər genişdir. Fərdi şikayətlərin böyük əksəriyyəti mülkiyyət hüququ, hüquq və azadlıqların məhkəmə təminatı hüququ, sosial təminat, əmək, mənzil və s. hüquqların pozulması ilə əlaqədardır.

Qeyd edilməlidir ki, "Konstitusiya Məhkəməsi haqqında" Azərbaycan Respublikasının Qanununa əsasən, Konstitusiya Məhkəməsinə şikayət bir qayda olaraq məhkəmə aktından şikayət vermək hüququndan tam istifadə edildikdən sonra axırıncı məhkəmə instansiyasının qərarının (Azərbaycan Respublikası Ali Məhkəməsinin qərarının) qüvvəyə mindiyi andan altı ay və yaxud ərizəçinin məhkəməyə müraciət etmək hüququnun pozulduğu andan üç ay müddətində verilə bilər.

Lakin Qanun eyni zamanda, müəyyən hallarda şikayətin digər məhkəmə instansiyalarını keçmədən birbaşa olaraq Konstitusiya Məhkəməsinə verilmə imkanını da nəzərdə tutmuşdur. Belə ki, hüquq və azadlıqların pozulması nəticəsində ərizəçiyə ağır və bərpaedilməz zərərin vurulmasının digər

məhkəmələr vasitəsi ilə qarşısının alınması mümkün olmadıqda şikayət bilavasitə Konstitusiya Məhkəməsinə verilə bilər.

Xüsusilə qeyd edilməlidir ki, fərdi şikayətlər əsasında məhkəmə aktlarının Konstitusiyaya uyğunluğunu yoxlayarkən, Konstitusiya Məhkəməsi müstəsna hüquq müdafiə vasitəsi qismində çıxış edərək işə mahiyyəti üzrə baxmır və onun faktiki hallarını araşdırmır. Məhkəmənin qarşısında duran əsas məsələ Konstitusiyanın aliliyini təmin edərək pozulmuş konstitusion hüquq və azadlıqları bərpa etməkdir.

Bu gün Azərbaycan Respublikası Konstitusiya Məhkəməsinin fərdi şikayətlərlə bağlı qəbul etdiyi qərarlar ümumi yurisdiksiyalı məhkəmələr üçün hüquq tətbiqetmə praktikasında geniş istifadə olunur.

Təcrübə göstərir ki, Ombudsman, məhkəmələr və şəxslər tərəfindən verilən sorğu, müraciət və şikayətlər əsasında Konstitusiya Məhkəməsi tərəfindən qəbul edilmiş qərarlar həm nəzəri, həm də praktiki əhəmiyyət kəsb edir və Konstitusiyada təsbit olunmuş insan və vətəndaş hüquq və azadlıqlarının təmin edilməsinə xidmət edir.

Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyasında yuxarıda sadalanan səlahiyyətlərdən başqa, Azərbaycan Respublikası Konstitusiya Məhkəməsinin yurisdiksiyasına aid olan digər səlahiyyətlər də nəzərdə tutulmuşdur. Azərbaycan Respublikası Konstitusiya Məhkəməsi Azərbaycan Respublikası Milli Məclisi deputatlarının seçkilərinin nəticələrinin düzgünlüyünü qanunla müəyyən olunmuş qaydada yoxlayır və təsdiq edir. Azərbaycan Respublikası Prezidenti seçkilərinin yekunları haqqında məlumatı rəsmən elan edir; Azərbaycan Respublikasının Milli Məclisi və ya Azərbaycan Respublikasının Prezidenti Konstitusiyanın mətnində dəyişikliklər təklif etdikdə, təklif olunan dəyişikliklərə dair əvvəlcədən rəy verir və s.

Statistikiya nəzər salsaq görərik ki, fəaliyyətə başladığı dövrdən bu günə qədər Azərbaycan Respublikası Konstitusiya Məhkəməsinin Plenumu tərəfindən ümumilikdə 331 qərar, 75 qərardad qəbul edilmiş və bu qərarların böyük əksəriyyəti məhz insan hüquq və azadlıqlarının həyata keçirilməsi və müdafiəsi ilə bağlı olmuşdur.

Azərbaycan Respublikasının Konstitusiya Məhkəməsi tərəfindən qəbul olunan qərarların hüquqi qüvvəsinə gəldikdə isə

qeyd edilməlidir ki, Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyasına görə Konstitusiya Məhkəməsinin qərarları Azərbaycan Respublikasının ərazisində məcburi qüvvəyə malikdir və həmin qərarlar şərtsiz icra olunmalıdır.

Qeyd etmək istərdim ki, Azərbaycan Respublikası Konstitusiya Məhkəməsinin Plenumu qərarlarında beynəlxalq təcrübəyə, o cümlədən İnsan Hüquqları üzrə Avropa Məhkəməsinin qərarlarında formalaşdırılmış hüquqi mövqeyə hər zaman önəm verir.

Fəaliyyəti dövründə Məhkəməmiz həmçinin beynəlxalq əlaqələrin genişləndirilməsi, müxtəlif regional və beynəlxalq təşkilatlarla əməkdaşlığın inkişafına yönələn kifayət qədər işlər görmüşdür. Azərbaycan Respublikasının Konstitusiya Məhkəməsi bir sıra mötəbər beynəlxalq təşkilatların, o cümlədən Konstitusiya Ədalət Mühakiməsi üzrə Dünya Konfransının, Avropa Konstitusiya Məhkəmələri Konfransının, Asiya Konstitusiya Məhkəmələri və Ekvivalent İnstitutlar Assosiasiyasının tamhüquqlü üzvüdür.

İnanıram ki, hər bir ölkənin Konstitusiya Məhkəməsi, o cümlədən Azərbaycan Respublikasının Konstitusiya Məhkəməsi bundan sonra da üzərinə düşən mürəkkəb və məsuliyyətli vəzifələri sülh və əmin-amanlıq şəraitində yerinə yetirməyə müvəffəq olacaqdır.

Sonda qeyd etmək istərdim ki, Azərbaycan Respublikasının Konstitusiya Məhkəməsi Türkiyə Cumhuriyyətinin Ədliyyə və Məhkəmə təsisatları ilə əməkdaşlığa xüsusi diqqət yetirir. Ümidvaram ki, bu əməkdaşlıq dövlətlərimizin və xalqlarımızın mənafeyi naminə əbədi və sonsuz olacaqdır.

Bir daha dərin təşəkkürümü bildirir, qardaş türk xalqına firavanlıq arzulayıram.

Diqqətinizə görə təşəkkür edirəm.

ANAYASA MAHKEMELERİNİN YARGILAMA YETKİLERİ VE KOSOVA ÖRNEĞİ

Dr. Altay Suroy[*]

Giriş

Anayasa yargısını uygulayan ülkeler, anayasa mahkemesinin varlığını ve genel yetkilerini ülke anayasaları ile düzenlerler. Anayasa mahkemelerinde anayasal denetim ve yargılama süreci anayasa, kanun ve anayasa mahkemelerinin kendilerince hazırlanıp yürütülen içtüzükle düzenlenir.

Anayasa mahkemeleri, kanunlar, yasa hükmünde kararnameler, anayasa değiştirgeleri veya bunların belirli madde veya hükümlerinin anayasal denetimi için yetkili taraflarca yapılan başvuruları inceler. Ayrıca anayasayla güvence altına alınmış olan insan hak ve özgürlükleri ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek protokolleri kapsamındaki hak ve özgürlüklerden herhangi birinin kamu kurumları kararlarıyla ihlal edildiği iddialarıyla yapılan başvurularda ilgili kararların Anayasal denetimini yapar. Anayasa mahkemelerine yapılan bireysel başvurularda genelde tüm kanun yollarının tüketilmesi şartı aranmaktadır. Bazı ülkelerde kanunlar hakkında anayasal denetim başvurusu yapma hakkı bireylere de verilmiştir. Her ne kadar anayasa mahkemelerinin yargılama yetkisi belirlenmiş olsa bile bu, kapsamı ucu açık bir yetkidir.

Kosova Anayasa Mahkemesinin Belirli Görev ve Yetkileri

2008 yılında bağımsızlığını ilan eden Kosova Cumhuriyetinde, 20 yıllık aradan sonra Anayasa Mahkemesi ikinci kez kurulmuştur. Bağımsız Kosova Cumhuriyetinde kurulan bu Anayasa Mahkemesi, dünyanın en yeni anayasa mahkemesi sıfatıyla anayasa yargısı alanındaki en yeni gelişmeleri ve bu alandaki en son içtihatları referans alma imkânını yakalamıştır. Kosova Anayasası, Anayasa Mahkemesinin, yasal şekilde sadece yetkili makamlarca açılmış davalar hakkında karar verme yetkisi ile Anayasa Mahkemesinin yargılama yetkileri ve mahkemeye başvurmaya yetkili tarafları belirlemekle sınırlı kalmıştır[1]. Anayasa Mahkemesinin diğer görevleri, teşkilat yapısı işleyişi, karar alma süreçleri, kanun ve Anayasa Mahkemesinin kendisi tarafından çıkartılıp yürütülecek içtüzükle düzenlenmesi öngörülmüştür. Buna göre ayrı bir kanuna gerek olmamasına rağmen çıkartılmış olan Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Kanunu, Mahkemenin teşkilat yapısı ve işleyişini, başvuru şekli ve yollarını, başvuruların incelenme sürecini, üyelerin (hâkimlerin) atanmaları ve görevden alınmalarına ilişkin usul ve esaslarını, Mahkemenin işleyişiyle ilgili diğer konuları düzenlemektedir[2].

Anayasal Denetim Yetkisi

Anayasal uygunluğun korunmasını (anayasal denetimi) sağlayan bağımsız organ olan Anayasa Mahkemesi aynı zamanda Anayasanın nihai yorumunu yapmaktadır. Bu görevleri resen değil, yalnız Anayasa ile belirlenmiş yetkili makamlarca yapılan yazılı başvurular hakkında karar vermek suretiyle yerine getirir.

---

* Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Üyesi.

1 Kosova Cumhuriyeti Anayasası, madde 115.1.

2 Anayasa Mahkemesi Kanunu, No. 03/L-121, 2009.

Anayasanın nihai yorumunu yapma yetkisinin verilmiş olması[3], Anayasa Mahkemesinin sınırsız yetkiye sahip olması anlamına gelmektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesinin anayasaya uygunluk denetimlerine ilişkin kararları kesindir; yargı organları dâhil, tüm bireyler ve kurumlar açısından bağlayıcıdır.

Aldığı kararlar bir daha görüşülmesi mümkün olmayan yasa gücündedir. Anayasa Mahkemesi ayrıca anayasaya aykırılığı iddiasıyla yapılan başvurulara dayanarak kanunları, kanun hükmünde kararnameleri, kamu erki kararlarını iptal etme; anayasa değişiklik önergelerinin anayasayla düzenlenmiş olan insan hak ve özgürlüklerinin kısıtlayıp kısıtlamadığını değerlendirme yetkisine sahiptir[4].

Bunların dışında yasalarla Anayasa Mahkemesine ek görevlerin verilebileceğini de Anayasanın düzenlemesi, mahkeme yetki kapsamının ucu açık olduğunu belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesine ilave yetkilerin de yasalarla verilmesi hususu, Mahkemenin anayasal denetim görevine ters düşmektedir. Anayasa Mahkemesi sadece anayasal denetim yapmaya yetkili olmalıdır. Anayasal denetime tabi tutulmamış bir kanunla düzenlenecek olan ek yetkiler Anayasa Mahkemesinin anayasaya uygunluğu değerlendirme görevine gölge düşürür.

Anayasa Mahkemesinin Olağan Yetkileri

Anayasa Mahkemesi, normların anayasaya uygunluğunun denetimini ve bireysel başvurularla yürütülen usul süresince Anayasa ile güvence altına alınmış insan hak ve özgürlüklerin ihlallerine bakar; kamusal gücün kararları ile ilgili tarafların haklı olup olmadıkları, suç ve ceza hakkında hükmetme konularına bakmaz. Çünkü Anayasa Mahkemesi hukuk yargısı yapan mahkemelerin bir üst derece mahkemesi olmadığını ortaya koymaya gayret etmektedir.

Ülkede üst görevlerde bulunanların görevleri ile ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılama yetkisine sahip veya anayasal denetim sürecinde yargılama yetkisine sahip olan Anayasa Mahkemesi suçlara bakan sıralı mahkeme dışında olmadığı kuşkusunu yaratmaktadır.

Mahkeme dosya üzerinden inceleme yapar ve müzakere sonucunda karar alır. Gerekli gördüğü hallerde tüm tarafların katılımıyla açık duruşma yapar ve sözlü müzakere sonucunda tüm başvurularda olduğu gibi oyçokluğuyla karar alır.

Olağan Yetki Sınırı

Anayasa Mahkemesi başvuruyla sınırlı kalarak yaptığı inceleme neticesinde kabul edilebilirlik veya kabul edilmezlik kararı almaktadır. İnceleme sonucunda Anayasa, Kanun ve İçtüzükte belirlenmiş kriterleri yerine getirmediği tespit edilen başvurunun reddine karar verildiğinde gerekçe açıklamasında kabul edilebilirlik koşullarının yerine getirilmiş olması halinde esastan görüşülmesi neticesinde iddia edilmiş ihlallere ilişkin olarak başvuru hakkında nasıl bir kararın çıkmış olabileceği yorumlarının yer alması düşünülemez[5]. Kosova Cumhuriyeti henüz Avrupa Konseyi üyesi olmadığından dolayı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde taraf olamamaktadır. Buna göre Anayasa mahkemesinin üstünde ayrı bir denetim mercii bulunmadığından Anayasa Mahkemesi üyelerinin, kendi görev ve sorumluluk alanlarıyla ilgili aldıkları karar, kullandıkları oy, beyan ettikleri görüş ve diğer fiillerle ilgili olarak haklarında yasal kovuşturma başlatma, suç

3 Kosova Cumhuriyeti Anayasası, madde 4.6.

4 Kosova Cumhuriyeti Anayasası, madde 144.3.

5 Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Kararı KI.36/11.

duyurusunda bulunma ve görevden alınmaya karşı dokunulmazlıklarının olması[6], kabul edilmezlik kararlarında farklı açıklamalarda bulunmalarına neden olmamalıdır.

Yapılan başvuru talebi dışına çıkılıp anayasal denetim sonucunda karar almakla Anayasa ile güvence altına alınan adil ve tarafsız karar verme hakkını icra etmiştir.

Bu istisnai yetkiler bu topraklarda var olan, şimdi dağılmış Yugoslavya Anayasa Mahkemesinin 1990 yılında aldığı bir karar örnektir[7]. Taşınmazların Alım Satımı Hakkında Kanun Değişikliği ve İlavelerine İlişkin Kanun hakkında yaptığı anayasal denetim başvurusunu inceledikten sonra kabul edilirliğini karara bağlamak suretiyle, mezkûr kanunun Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir. Bu başvurunun incelenmesi süreci devam ettiği müddet içerisinde yeni çıkarılan Taşınmazların Alım Satımının Sınırlandırılması Kanunun da Anayasaya aykırı olduğundan, onun da iptaline karar vermiştir. Bu durumda resen alınan karar bir istisna olmasına rağmen Anayasal düzenin korunması ve Anayasa Mahkemesinin anayasa bekçiliği görevini gördüğünün bir kanıtıdır. Yapılan başvuru üzerinde başlayan anayasal denetim süreci içinde çıkarılan benzer bir kanunu da inceleyip iptal etmekle Anayasa ile güvence altına alınan insan hak ve özgürlüklerini savunmuştur.

İtiraz sonucunda temyiz mahkemesince kesinleşmiş ve icrası mümkün olmuş olan bir kararın, ikinci defa temyiz mahkemesinde görüşülüp yürürlükteki nihai karar bozdurularak davanın yeniden incelenmesi için temel mahkemeye gönderilme kararına karşı Anayasa mahkemesine yapılan başvuruyla anayasal denetimin yapılması istenmiştir. Anayasa Mahkemesi başvuru ve başvuru dosyasını incelerken son karardan bir önceki kararda hatta sürecin tamamında anayasa ihlallerinin bulunduğunu tespit etmiş olup, yalnızca başvuruda anayasal denetimi talep edilen kararın iptalinin adil ve tarafsız olmayacağı ve Anayasa ihlali içeren kararların meşrulaşmasına neden olacağı için başvuru hakkında kabul edilirlik kararı almıştır[8].

Olayların hukuki değerlendirilmesinin hâkimi olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, gerekli görmesi ve ihtiyacın hâsıl olması durumunda, resen, bir bütün olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ışığında olguları inceleme yetkisine sahiptir[9]. Mahkeme bu yetkisini kullanırken, önündeki gerekçelerin ortaya koyduğu olayları, başvurucunun hukuki nitelendirmesinden farklı bir şekilde niteleme serbestîsine sahiptir[10].

Anayasa Mahkemesine başvuran başvuruculardan, karar mercii kamu gücünün (Yüksek Mahkeme) kararına karşı olmalarına rağmen, bu başvurudan haberi olmayan kamu gücünün yürüttüğü süreçte taraf olanları da vardır. Onların da anayasayla güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerine dikkat etmek gerekir. Anayasa, anayasayla güvenceye bağlanan insan temel hak ve özgürlüklerinin yorumlanması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla uyumlu şekilde yapar[11]. Mahkemeye göre bir şikâyet, sadece dayanılan hukuki sebeplere veya kanıtlara göre değil, şikâyetin konusu olaylara göre nitelendirilir[12].

Anayasa Mahkemelerinin esas görevinin insan hak ve özgürlüklerini korumak ve anayasal

6 Kosova Cumhuriyeti Anayasası, madde 117.

7 Yugoslavya Anayasa Mahkemesi kararı , IY-12/1-88, IY-1091/1-89 ve IY-101/2-89, 17 Haziran 1990 Belgrad,YSFC Resmi Gazetesi sayı 55, 28 Eylül 1990 s.1796.

8 Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Kararı KI.132/15.

9 König-Almanya, No 6232/73, 25.06.1978, § 96.

10 Guzzardi-İtalya, No. 7367/76, 06.11.1980, § 63.

11 Kosova Cumhuriyeti Anayasası, madde 53.

12 Scoppola-İtaly (BD), No. 10249/03, 17.09.2009, § 54.

düzeni uygulamak olması önemlidir. Yargılama, ilave bir yetkidir.

Anayasa mahkemelerinin yargılama yetkisi adalet mahkemelerinin alanına girmektedir. Anayasa mahkemeleri ise kanunların, anayasa değişiklik önergelerinin, tüm kamu güçlerine ait kararların anayasaya uygunluğunu denetlemeye yetkili, yargı sistemi dışında bir mahkemedir.

Sonuç

Kosova Anayasa Mahkemesine kimlerin başvurma hakkına sahip olduğu, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri Anayasa veya Kanunla[13] düzenlenmiş olup, Anayasa Mahkemesinin kendisi tarafından çıkarılan İçtüzük ise başvurma hakkı ile mahkemenin görev ve yetkilerini daha ayrıntılı bir şekilde ele almaktadır. İnsan zekâsının çalışma ve hareketlerinin zenginliği kanun hükümlerinde düzenlenemediği için, Mahkemenin yetki kapsamının ucu açık kalmalı. Aksi halde Mahkeme görevsizlik kararı almak zorunda kalır. Oysa Anayasa Mahkemesi, anayasal hakların denetimini ve değerlendirmesini yapan, adalet için başvuru yapılabilecek son mercidir. Bu yüzden Anayasa Mahkemesi, bir yargılama usulünü bir bütün olarak ele alarak incelemeli ve bu incelemede Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde güvence altına alınan bir hakkın ihlal edilip edilmediğini saptamakla yetinmelidir[14].

13 Anayasa Mahkemesi Kanunu, No. 03/L-121, 2009.

14 Khan-Birleşik Krallık, No. 35394/97, s.34, AHİM 2000-V.

THE JURISDICTION OF CONSTITUTIONAL COURTS AND THE EXAMPLE OF KOSOVO

Dr. Altay Suroy[*]

Introduction

Countries which implement constitutional jurisdiction, regulate the existence and general jurisdiction of the constitutional court by country constitutions. Constitutional review and judgment processes in constitutional courts are regulated by the constitution, law and bylaws that are prepared and executed by the constitutional courts themselves.

Constitutional courts examine the applications that are made by authoritative parties, for the laws, statutory decrees, constitutional amendments or the constitutional review of some of their specific items or provisions. In addition, they also conduct the Constitutional review of the decisions related to applications that are made with the claim that any one of the human rights and liberties which are ensured with the constitution, along with the ones which are in the scope of the European Convention of Human Rights and its additional protocols, are violated by decisions of state organizations. Generally, in the individual applications to constitutional courts, it is required that all legal routes are exhausted. In some countries, the right to do constitutional reviews about laws is granted to individuals as well. Even though the jurisdiction of the constitutional courts is defined, the jurisdiction is open ended.

The Specific Duties and Authorities of the Constitutional Court of Kosovo

The Constitutional Court is established for the second time after 20 years of recess in the Republic of Kosovo which declared its independence in the year 2008. This Constitutional Court which is established in the independent Republic of Kosovo has found the opportunity to take the latest developments in the area of constitutional jurisdiction and the latest case laws in this field as reference, being the newest constitutional court in the world. The Constitution of Kosovo has remained limited to only identifying the authority of the Constitutional Court in ruling on lawsuits that are filed by the competent authorities in a legal way along with the jurisdiction of the Constitutional Court and the parties who are authorized to file a lawsuit to the court[1]. It's envisioned that the other duties, organizational structure and functioning, and decision making processes of the Constitutional Court will be regulated by a bylaw which will be issued and executed by law and the Constitutional Court itself. Accordingly, the Law of the Constitutional Court of the Republic of Kosovo which is issued even though there was no need for a separate law, regulates the Court's organizational structure and functioning, application procedure and manners, the examination process of the applications, the rules and procedures with regards to the assignment and dismissal of the members (judges) and the other topics related to the functioning of the Court[2].

Constitutional Review Authority

Constitutional Court which is the independent body that assures the protection of

---

[*] Judge of the Constitutional Court.

1 Constitution of the Republic of Kosovo, Article 115.1.

2 Law of Constitutional Court No. 03/L-121, 2009.

the constitutional compliance (constitutional review) also makes the final interpretation of the Constitution. It performs these duties not on its own motion, but by making decisions about the written applications that are made by the competent authorities who are defined by the Constitution.

The fact that the Constitutional Court is authorized to make the[3] final interpretation of the Constitution means that it has a limitless authority. It's because the decisions of the Constitutional Court regarding the constitutional review are certain; it's binding for all individuals and institutions including the judicial bodies.

The decisions it takes have the power of a law which cannot be discussed again. The Constitutional Court also has the authority to revoke laws, statutory decrees and public power decisions based on applications that are made regarding their unconstitutionality; and assess whether the constitution amendment motions restrict human rights and liberties which are regulated by the constitution[4].

Apart from these, the fact that the Constitution regulates that the Constitutional Court could be given additional duties, signifies that the scope of the court's authorities are open ended.

The issue of additional duties being given to the Constitutional Court by laws, contradicts the constitutional review duty of the Court. The Constitutional Court must only be authorized to do constitutional review. Additional authorities which would be regulated with a law that is not subjected to constitutional review would overshadow the constitutional review duty of the Constitutional Court.

Usual Authorities of the Constitutional Court

The Constitutional Court reviews the compliance of the norms to the constitution and checks whether there are any violations of human rights and liberties which are ensured by the Constitution with regards to the procedure that is executed with individual applications; it doesn't check whether the parties related to the public power decisions are right or not, it also doesn't check issues of ruling on crime and punishment. This is because the Constitutional Court strives to set forth that it's not the superior court of the courts which deal with law judgment.

The Constitutional Court which has the authority to judge individuals with important duties in the country with regards to crimes in their positions, with the title of Supreme Court, or to judge in the process of constitutional review, creates the suspicion that it's not any different from ordinary courts that give judgement on crimes.

The court makes an examination over the file and makes a decision as a result of negotiations. It holds an open court with the participation of all the parties in cases where it's deemed necessary and makes a decision as a result of oral negotiations by a majority vote as is the case in all applications.

Usual Authorization Limit

The Constitutional Court makes a decision of acceptability or unacceptability as a result of the examination it makes solely on the application. When it's decided that the application which is determined to not fulfill the criteria outlined in the Constitution, Law or Bylaw is rejected, it cannot be considered that comments regarding what kind of a decision should be issued about the

3 Constitution Article 4.6.

4 Constitution Article 144.3.

application with regards to the violations that are claimed to take place as a result of the discussion of the grounds in case the acceptability conditions are fulfilled, in the justification statement, are included[5]. The Republic of Kosovo is not able to be a party in the European Court of Human Rights since it's not a member of the European Council yet. Accordingly, since there is no separate review authority over the Constitutional Court, the fact that the members of the Constitutional Court have immunity against starting of legal proceedings, filing of criminal complaints and dismissals related to the decisions they take regarding their own fields of duties and responsibilities, the votes they cast, the opinions they declare[6] or their other acts, shouldn't cause them to make different explanations in unacceptability decisions.

They perform their right of fair and impartial judgement which is ensured by the Constitution by making a decision as a result of the constitutional review by getting beyond the application demand that is made.

These prerogatives are an example of a decision that the Constitutional Court of Yugoslavia which once existed in this land but is now collapsed, has taken in the year 1990[7]. After the court examined the application of a constitutional review about the Amendment of the Law Regarding the Purchase and Sale of Immovable Properties and its Addendums and decided on its acceptability, it decided on its rejection on the grounds that the aforementioned law is unconstitutional. It also decided on the rejection of the Law on the Restriction of the Purchase and Sale of Immovable Properties which was issued during the examination process of the first application, on the grounds that it's unconstitutional. In this case, even though the ex officio decision is an exception, it's a proof that the constitutional order is protected and that the Constitutional Court performs its duty of constitutional guardian. It defended the human rights and liberties which are ensured by the Constitution, by examining and rejecting a similar law which was issued during the process of the constitutional review which started by an application.

The Constitutional Court was requested to make a constitutional review by an application against a decision. This decision was finalized by the court of appeals as a result of an appeal and it became possible to be performed, but it was discussed in the court of appeals a second time and the final decision in effect was reversed and sent to a basic court for the reexamination of the case. The Constitutional Court determined that there were constitutional violations in the decision that came before the last one and in fact in the whole process, while examining the application and the application file. It only took the decision of acceptability about the application because the reversal of the decision which was requested in the application to be constitutionally reviewed, would not be fair and impartial and it would cause decisions which include constitutional violations to become legitimate[8].

The European Court of Human Rights which is the judge of the legal assessment of events, has the authority to examine the facts in light of the European Convention of Human Rights, directly and as a whole, in case they deem it to be necessary or a need arises[9]. When the court exercises this authority, it has the freedom to characterize the events that are put forth by the

5 The decision of the Constitutional Court of the Republic of Kosovo, KI.36/11.

6 Constitution Article 117.

7 The decision of the Constitutional Court of Yugoslavia, IY-12/1-88, IY-1091/1-89 and LY-101/2-89, 17th June 1990 Belgrade Official journal of SFRY number 55/28 September 1990 n.1796.

8 The decision of the Constitutional Court of the Republic of Kosovo KI.132/15.

9 Koenig-Germany, No. 6232/73, 25.06.1978, § 96.

justifications in a way that is different than the legal characterization of the applicant[10].

Among those applicants who apply to the Constitutional Court, there are those who are parties to the process which is performed by the public power who is not aware of the application although they are against the decision of the public power which is the decision maker (Supreme Court). Their rights and liberties which are ensured by the constitution should also be cared for. The constitution makes the interpretation of the basic human rights and liberties which are ensured by the constitution, in compliance with the European Court of Human Rights decisions[11]. According to the court, a complaint is characterized not only by the legal reasons or the evidence that it's based on, but also by the events related to the topic of the complaint[12].

The fact that the main duty of the Constitutional Courts is to protect the human rights and liberties and to implement the constitutional order, is important. Judgement is an additional authority.

The judgment authority of constitutional courts is in the jurisdiction of the courts of justice. Constitutional courts on the other hand, are courts which are authorized to perform constitutional review on the constitutional amendment motions and the decisions that belong to all the public powers. They are outside of the judicial system.

Conclusion

The duties and authorities of the Constitutional Court and the definition of who has the right to apply to the Constitutional Court of Kosovo is[13] regulated by law while the Bylaw that is issued the Constitutional Court itself addresses the right of application and the duties and authorities of the court in more detail. The authority scope of the Court should stay open ended since the richness of the work and actions of the human mind cannot be regulated by act of law. Otherwise, the Court would have to take a decision of lack of jurisdiction. Yet, the Constitutional Court is the final decision maker which makes the review and assessment of the constitutional rights and which can be applied to for justice. That's why the Constitutional Court must examine a legal procedure by approaching it as a whole and must be confined to determining whether a right that is ensured by the European Convention of Human Rights is violated or not, in that examination[14].

10 Guzzardi-Italy, No. 7495/76, 06.11.1980, § 63.

11 Constitution of the Republic of Kosovo, Article 53.

12 Scoppola - Italy (BD), No. 10249/03, 9/17/2009, § 54.

13 Law of Constitutional Court, No. 03/L-121, 2009.

14 Khan-United Kingdom, No. 35394/97, p. 34, ECHR 2000-V.

UKRAYNA ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YETKİLERİ VE ANAYASA HUKUKUNA ULUSAL ERİŞİM ARAÇLARININ ETKİNLİĞİ

Tupitskiy Aleksandr Nikolayeviç[*]

Ukrayna Anayasa Mahkemesi, anayasa hukukunun tek organı olarak yirmi yıl önce oluşturulmuştur. "Ukrayna Anayasa Mahkemesi hakkında" Ukrayna kanunu uyarınca, bu organın görevi, Ukrayna Anayasası'nın, tüm ülkede Temel Yasa olarak, üstünlüğünün sağlanmasıdır.

Bu görevin yerine getirilmesi amacıyla Ukrayna Anayasa Mahkemesi'ne verilen yetkiler aşağıdaki gibidir:

– Ukrayna kanunlarının, parlamentonun diğer yasalarının, Cumhurbaşkanı'nın ve hükûmetin kararlarının, Kırım Özerk Cumhuriyeti'nin temsilci organının yönetmeliklerinin ve eylemlerinin, Ukrayna'da yürürlükte bulunan veya onay bekleyen uluslararası sözleşmelerin, Ukrayna Anayasası'na yapılacak değişiklikler hakkındaki kanun tasarılarının, halk inisiyatifine göre genel referanduma götürülecek konuların Ukrayna Anayasasına uygunluğunun kontrolü;

– Ukrayna Anayasası'nın resmî olarak yorumlanması;

– Ukrayna Cumhurbaşkanı'nın, meclis soruşturması yolu ile (impeachment) görevden alınması hakkındaki incelemenin ve soruşturma prosedürünün anayasaya uygunluğu hakkında raporların verilmesi (bu yetki şimdilik yerine getirilmemiştir).

Bu yıl ülkemizin hukuk sisteminde anayasal bir reform yapılmıştır. Bu reformun sonuçlarından biri, normatif anayasal şikâyet kurumunun kurulmasıdır. Bu sayede herhangi bir gerçek ve/veya tüzel kişi, davası ile ilgili nihai mahkeme kararında uygulanan kanunun (veya kanunun bir hükmünün) anayasaya uygun olup olmadığını kontrol etmek için Ukrayna Anayasa Mahkemesi'ne başvurma hakkına sahiptir. Ukrayna Anayasa Mahkemesi tarafından bir hukuki normun anayasaya uygun olmadığına dair verilen karar peşin hüküm niteliğindedir. Bu hukuki karar, Ukrayna muhakemeler kanunu tarafından, yasal olarak yürürlüğe giren mahkeme kararının yeni ortaya çıkan durumlara göre yeniden görüşülmesi için bir gerekçe olarak öngörülmektedir.

Anayasal temyiz, Ukrayna'da 1 Ocak 1997 tarihinden beri fiilen faal olan Anayasa Mahkemesi'ne başvurunun yerini almıştır. Bu kurum, anayasal temyizin sadece geçici bir çare olduğuna dair görüşe sahipti. Bana göre bu bakış açısı tartışılır.

Ukrayna hukuk biliminin buluşu olan anayasal başvuru, 1947 tarihli İnsan Hakları Beyannamesi, 1950 tarihli "İnsanların Temel Hak Ve Özgürlüklerin Korunması Hakkındaki Anlaşma", 1966 tarihli "Uluslararası Medeni Ve Siyasi Haklar Hakkında Karar", diğer uluslararası yönetmelikler tarafından taahhüt edilen, insanların anayasal hak ve özgürlüklerinin bireysel olarak etkin korunmasının potansiyel bir aracı olabiliyordu. Hakların ve özgürlüklerin Ukrayna Anayasası'nın veya kanunlarının mahkemeler veya diğer devlet yetkili organları tarafından aynen uygulanmadığından dolayı ihlal edildiğini veya edilebileceğini düşünen herhangi gerçek ve/veya tüzel kişi, Anayasal hukukun doğrudan bireysel erişim aracı olarak, Ukrayna Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapabiliyordu. Hukuk uygulama kararlarının kopyaları ile devlet organlarının mevzuatın belirli hükmünü doğru bir şekilde anlamadıkları tasdik edilerek, Ukrayna Anayasa Mahkemesi'nden bu hükmün resmî yorumu alınabiliyordu. Yorumlama esnasında kanunun normu, Ukrayna Anayasanın uygunluğu açısından kontrol ediliyordu. Ukrayna Anayasa Mahkemesi'nin hukuk normlarının resmî yorumlanması hakkındaki kararları, ülkenin tümü için bağlayıcı olup, nihaidir ve temyiz edilemez niteliğindedir. Bu yüzden kanunun hükmü ve resmî yorumlama kararı, yetkili organlar tarafından bir bütün olarak kabul ediliyor ve uygulanıyordu.

Böylelikle, hukuki normları resmî olarak yorumlarken, Ukrayna Anayasa Mahkemesi, hukuki belirsizliğin önlenmesini destekleyerek ve hukukun üstünlüğünü sağlayarak, bu normlar için

[*] Ukrayna Anayasa Mahkemesi Hâkimi.

anayasal uygulama rejimini belirlemiş oluyordu.

Belirtilen resmî yorumlama kararlarının herkes için geçerli olan etkisini *(erga omnes)* dikkate alan anayasal başvuru, hem başvuru sahibi için, hem de açıklanan hukuki normun tüm muhatapları için, öncellikli hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlıyordu. Ancak mahkemenin nihai kararı ile hak ve özgürlüklerin ihlalinin meşrulaştırılması, anayasal başvuruyu bireysel hukuki sonuçlar açısından etkisiz kılıyordu *(inter partes)*. Ukrayna hukuk sistemi, bir kanunun resmî yorumundan farklı olan yorumuna dayanan nihai mahkeme kararının yeniden görüşülmesini sağlamıyordu. Böyle durumlarda Ukrayna Anayasa Mahkemesi'nin kararı, ihlal edilen hakların savunulmasını ve yenilenmesini sağlamak yerine, başvuru sahibini sadece manevi olarak biraz rahatlatan bir yarı-yargı kararı haline geliyordu. Bu nedenle, anayasal başvuru hakkına sahip olan kişiler genelde daha etkili bireysel hukuki savunma aracı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne şikâyette bulunduklarından dolayı Ukrayna'ya karşı iletilen şikâyetler sürekli artış gösteriyordu.

Aynı zamanda 2010 yılında ülkemizde, asliye, temyiz mahkemeleri, Yargıtay ve Yüce Divan olmak üzere dört seviyeli mahkeme sistemi oluşturulmuştur. Hukuki normların Yargıtay tarafından aynı şekilde uygulanmadığına dayanarak, verilen nihai mahkeme kararlarını yeniden görüşme yetkisi bu sistemin en yüksek yargı organı olarak Yüce Divan'a verildi. Yüce Divan'ın böyle yeniden görüşme sonucunda karar alması halinde, bu kararın metninde söz konusu hukuki normların nasıl uygulanacağı konusunda bir rapor bulunmalıdır. Aynı zamanda bu mahkeme organının kararı, ülkemizdeki tüm yürütme organları için bağlayıcıdır. Yüce Divan'a verilen bu yetkiler ve onun kararlarının hukuki özellikleri kamuda, Ukrayna Anayasa Mahkemesi'nin var olmasının ne kadar faydalı olduğu ve bu yargı organlarının ikisinin aynı işlev gördükleri konusundaki tartışmalara neden oldu. Bu tartışmanın sonucunda, doğrudan etkili normlara sahip Ukrayna Anayasası'nda 30 Eylül 2016 tarihinden itibaren değişiklikler yapıldı ve Ukrayna kanunlarını resmî olarak yorumlama yetkisi Ukrayna Anayasa Mahkemesi'nden alınmış ve anayasal başvuru kurumu feshedilmiştir.

Bu bağlamda, anayasal şikâyet incelendiğinde, şikâyet konusu olan hukuki normun değil, onun nihai mahkeme kararındaki yorumunun Ukrayna Anayasası'na aykırı olduğunun tespit edilmesi halinde, Ukrayna Anayasa Mahkemesi'nin nasıl bir hukuki yöntem seçeceği henüz belli değildir. Yapılacak mevzuat iyileştirmelerini, yanlış yargı uygulamalarını değiştirmesi için, gayri-anayasal bir norm olarak mı kabul eder? Yoksa bu normun anayasaya uygun olduğunu tasdik etmekle yetinir mi? Veya kararında bu normun anayasaya uygun uygulama rejimini belirleyerek mahkeme yorumlarının anayasaya uygun olmadığını tespit eder mi, yani fiilen resmî yorum yapar mı? Ancak bu işlevin Ukrayna Anayasa Mahkemesi'nden alınması, yargı sisteminde yapılan anayasal reformun amaçlarından biriydi. Her şeye rağmen Ukrayna Anayasa Mahkemesi'nin son yöntem olan, spesifik bir yorum yapılarak anayasaya uygunluğun temin edilmesini («réserve d'interprétation» veya «verfassungs gemäße Auslegung») seçmesi halinde, bu kararların hukuki özellikleri, özellikle uygulama usulü belli olmadığında, bu kararların sonuçları ne olacak? Daha önce işte bu sorun, anayasal başvuru kurumunun bireysel hukuki koruma aracı olarak etkinliğini engellemiştir. Ukrayna Anayasa Mahkemesi yakın gelecekte bu soruları cevaplamak zorunda kalacaktır.

Tabii ki biz sürekli olarak yabancı meslektaşlarımızın ilgili uygulamalarını incelemekteyiz ve kendi bilimsel-teorik çalışmalarımızı yapmaktayız. Buna rağmen, her hukuki sistem, hukuk bilinci, hukukun kavranması ve hukuk uygulaması ile ilgili unsurlar içerir. Dolayısıyla belirtilen sorulara verilecek cevaplar, çoğunlukla Ukraynalı anayasa hâkimlerinin, kısıtlama ortamı ile aktivizm arasındaki mücadelelerinin sonuçlarına bağlı olacaktır.

Genel olarak, meslektaşlarımın çoğu anayasal yargı reformuna ve özellikle anayasal şikâyetin yürürlüğe konulmasına iyimser yaklaşmıştı. Biz, Ukrayna'nın hukukuna tabi olan her kişinin haklarının ve özgürlüklerinin gerekli şekilde savunulması için yetkilerimiz çerçevesinde elimizden gelen her şeyi yapmaya kararlıyız.

Çağımızın başında Seneca, "Yürüyen yol alır" demiştir. Hak ve adalet üstünlüğüne doğru giden anayasal yargı yolunda biz de durmayıp yürüyeceğiz.

Dinlediğiniz için teşekkür ederim!

POWERS OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE AND THE EFFECTIVENESS OF NATIONAL MEANS OF INDIVIDUAL ACCESS TO CONSTITUTIONAL JUSTICE

Tupitskiy Aleksandr Nikolayeviç[*]

The Constitutional Court of Ukraine was formed twenty years ago as the sole body of constitutional jurisdiction. According to the Law of Ukraine "On the Constitutional Court of Ukraine" the task of this body is to ensure the supremacy of the Constitution of Ukraine as the Fundamental Law throughout the state.

To implement this task, the Constitutional Court of Ukraine was granted the following powers:

– verification of compliance with the Constitution of Ukraine (constitutionality) of the laws of Ukraine, other legal acts of Parliament, acts of the President and the Government, legal acts and actions of the Executive authority of the Autonomous Republic of Crimea, existing international treaties or which are yet to be ratified in Ukraine, draft laws on amendments to the Constitution of Ukraine, issues that are proposed by a public initiative for submission to a national referendum;

– official interpretation of the Constitution of Ukraine;

– giving opinions on compliance with the constitutional procedure of investigation and consideration of the case on dismissal of the President of Ukraine by impeachment (this power is not implemented yet).

This year our government has carried out a constitutional reform on justice. One of its results was introduction of the institute of the standard constitutional complaint. By means of this tool a physical and/or legal person may appeal to the Constitutional Court of Ukraine to check the constitutionality of the law (or its separate provisions) that was applied by the court of general jurisdiction in a final judicial decision on his/her case. The decision to be given by the Constitutional Court of Ukraine on unconstitutionality of a legal norm has a prejudicial nature. The Procedural Codes of Ukraine stipulate such legal act as the basis for revision on the newly revealed circumstances of the judgment which took legal effect.

The constitutional complaint replaced the constitutional appeal, an institution that actually worked in Ukraine since January 1, 1997. It was suggested that this institution was only a palliative of the constitutional complaint. In my opinion, such point of view is debatable.

Potentially the constitutional appeal as an invention of the Ukrainian legal science could be an effective tool for individual protection of constitutional rights and human freedoms similar to those guaranteed by the General Declaration of Human Rights of 1947, the Convention on the protection of the rights and fundamental human freedoms 1950, the International Covenant on civil and political rights 1966 and other international acts. As a means of direct individual access to constitutional justice, the constitutional appeal could be filed to the constitutional Court of Ukraine by any physical and/or legal entity, who believed that his/her rights and freedoms have been violated or can be violated due to unequal application of the Constitution or laws of Ukraine by courts or other public authorities. Having confirmed with copies of law-enforcement acts, the

[*] Judge of the Constitutional Court of Ukraine.

fact of unequal understanding by public authorities of specific provisions of the legislation, it was possible to obtain its official interpretation from the constitutional Court of Ukraine. In the process of interpretation, the provision of the law was checked for compliance with the Constitution of Ukraine. The decision of the constitutional Court of Ukraine on official interpretation of the law are mandatory throughout the state, are final and not subject to appeal. Therefore the provision of the law and the act of its official interpretation were perceived and applied by authorities as normative unity. Thus performing the official interpretation of legal norms, the Constitutional Court of Ukraine has actually established a constitutional regime, helping to overcome legal uncertainties and ensuring the rule of law.

Considering the specified cumulative effect of acts of official interpretation (*erga omnes*), the constitutional appeal promoted ensuring preventive protection of the rights and freedoms for both the applicant, and all addressees of the legal norm. However, if violation of the rights and freedoms was legitimized by the final decision of court of general jurisdiction, then the constitutional appeal had been ineffective regarding individual legal consequences (*inter partes*). The legal system of Ukraine had not provided the revision of final court decisions based on interpretation of law that differs from his subsequent official interpretation. In such cases the decision of the Constitutional Court of Ukraine actually became for the author of the constitutional appeal the act of quasi-justice which gave only some moral satisfaction instead of protection and restoration of the violated rights. For this reason, the subjects of right to constitutional appeal, as a rule, preferred the complaint to the European Court of Human Rights as a more effective remedy of individual legal protection, and for that reason, the number of such complaints against Ukraine constantly grew.

Moreover, in 2010 our government established the four-level system of courts of law which includes courts of the first instance, appeal, cassation instances and the Supreme Court. As the highest judicial authority in this system, the Supreme Court got the authority to reconsider a final judgment, among other things, on the basis of unequal application of legal rules by the court of cassation. In case of decision-making by results of such revision by the Supreme Court, its text shall contain the conclusion concerning how it is necessary to apply this legal norm. Such conclusion of this judicial authority is obligatory for all law enforcement officials in our state. These powers and the specified features of the legal nature of its decisions conferred to the Supreme Court caused the public debate about expediency of further existence of the Constitutional Court of Ukraine in general and about duplication of interpretative functions of these judicial authorities. Deprivation of the Constitutional Court of Ukraine of the power of official interpretation of laws of Ukraine, abolition of the institute of constitutional appeal and introduction of constitutional complaint - as of September 30, 2016, that is from the date of enforcement of changes in the Constitution of Ukraine which standards have direct action became the result of this debate.

In this regard, it is still unknown what legal technique will be chosen by the Constitutional Court of Ukraine when in reviewing considering a constitutional complaint, it is established that the Constitution of Ukraine is contradicted not by the appealed precept of law itself, but by its interpretation in the final judgment. Will the Constitutional Court acknowledge such a norm as unconstitutional, so that the subsequent improvement of the legislation would change the wrong judicial practice? Or will it confine itself only to establishing the constitutionality of this norm? Or will it nevertheless establish the unconstitutionality of its interpretation by courts of general jurisdiction, defining in its decision the constitutional mode of its application, in other words, will it in practice make an official interpretation? And if the constitutional Court of Ukraine will choose the latter of the techniques to ensure constitutionality through a specific interpretation (“réserve d’interprétation “ or “ verfassungs gemäße Auslegung “), then what will be the consequences of such decisions in the absence of a legislative definition of their legal nature, in particular, the order

of their execution? Hence, this problem previously hindered the effectiveness of the Institute of constitutional appeal as a means of individual legal protection. The Constitutional Court of Ukraine should answer these questions in the near future.

Of course, we constantly study the corresponding practice of our foreign colleagues, and also we have our own research and theoretical developments. However, each legal system includes elements of legal consciousness, law understanding and law enforcement. Therefore, the answers to the specified questions in many respects will depend on results of the struggle between restraint and activism among the Ukrainian judges-constitutionalists.

In general most of my colleagues apprehended the constitutional reform of justice and, in particular, introduction of the constitutional complaint with optimism. We are determined within our powers to do everything possible for appropriate protection of the rights and freedoms of each person within the jurisdiction of Ukraine.

At the beginning of our era Seneca said: “The road is made by walking”. We will not stop and we are on the way of the constitutional justice, leading to the rule of law and justice.

Thank you for your attention.

ПОЛНОМОЧИЯ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА УКРАИНЫ И ЭФФЕКТИВНОСТЬ НАЦИОНАЛЬНЫХ СРЕДСТВ ИНДИВИДУАЛЬНОГО ДОСТУПА К КОНСТИТУЦИОННОМУ ПРАВОСУДИЮ

Тупицкого Александра Николаевича*

Конституционный Суд Украины был сформирован двадцать лет назад как единственный орган конституционной юрисдикции. Согласно Закону Украины «О Конституционном Суде Украины» заданием этого органа является обеспечение верховенства Конституции Украины как Основного Закона на всей территории государства.

Для реализации этого задания Конституционному Суду Украины предоставлены следующие полномочия:

– проверка на соответствие Конституции Украины (конституционность) законов Украины, других правовых актов парламента, актов Президента и правительства, правовых актов и действий представительского органа Автономной Республики Крым, международных договоров, действующих в Украине или пребывающих на стадии ратификации, законопроектов о внесении изменений в Конституцию Украины, вопросов, которые предлагаются по народной инициативе для вынесения на общегосударственный референдум;

– осуществление официального толкования Конституции Украины;

– дача заключений о соблюдении конституционности процедуры расследования и рассмотрения дела об отстранении Президента Украины с поста в порядке импичмента (это полномочие пока не реализовывалось).

В нынешнем году в нашем государстве проведена конституционная реформа правосудия. Одним из ее результатов стало введение института нормативной конституционной жалобы. При помощи данного инструмента физическое и/или юридическое лицо может обратиться в Конституционный Суд Украины для проверки конституционности закона (или его отдельного положения), который применен судом общей юрисдикции в окончательном судебном решении по его делу. Решение Конституционного Суда Украины о неконституционности правовой нормы имеет преюдициональный характер. Процессуальные кодексы Украины предусматривают такой юридический акт в качестве основания для пересмотра по нововыявленным обстоятельствам судебного решения, которое вступило в законную силу.

Конституционная жалоба заменила собой конституционное обращение, институт которого фактически действовал в Украине с 1 января 1997 года. Высказывалось мнение, что этот институт был всего лишь паллиативом конституционной жалобы. На мой взгляд, такая точка зрения достаточно дискуссионна.

Потенциально конституционное обращение как изобретение украинской правовой науки могло стать эффективным инструментом индивидуальной защиты конституционных прав и свобод человека, аналогичных тем, что гарантируются Общей декларацией прав человека 1947 года, Конвенцией о защите прав и основных свобод человека 1950 года, Международным пактом о гражданских и политических правах 1966 года, другими международными актами. Как средство прямого индивидуального доступа к конституционному правосудию конституционное обращение могло подаваться в Конституционный Суд Украины любым физическим и/или

* Судьи Конституционного Суда Украины.

юридическим лицом, которое считало, что его права и свободы нарушены или могут быть нарушены вследствие неодинакового применения Конституции или законов Украины судами или другими органами государственной власти. Подтвердив копиями правоприменительных актов факт неодинакового понимания государственными органами конкретного положения законодательства, можно было получить его официальное толкование в Конституционном Суде Украины. В процессе толкования норма закона проверялась на соответствие Конституции Украины. Решения Конституционного Суда Украины об официальном толковании норм права являются обязательными на всей территории государства, окончательными и не подлежат обжалованию. Поэтому положение закона и акт его официального толкования воспринимались и применялись органами власти как нормативное единство. Таким образом, осуществляя официальное толкование правовых норм, Конституционный Суд Украины фактически устанавливал конституционный режим их применения, способствуя преодолению правовой неопределённости и обеспечивая верховенство права.

Учитывая указанный общий эффект актов официальной интерпретации (erga omnes), конституционное обращение способствовало обеспечению превентивной защиты прав и свобод как его автору, так и всем адресатам разъясненной правовой нормы. Однако, если нарушение прав и свобод было легитимизировано окончательным решением суда общей юрисдикции, то конституционное обращение оказывалось неэффективным относительно индивидуальных правовых последствий (inter partes). Правовая система Украины не обеспечивала пересмотра окончательного судебного решения, основанного на интерпретации закона, отличной от его последующего официального толкования. В таких случаях решение Конституционного Суда Украины фактически становилось для автора конституционного обращения актом квазиправосудия, которое давало лишь некоторое моральное удовлетворение вместо защиты и восстановления нарушенных прав. По этой причине субъекты права на конституционное обращение, как правило, отдавали предпочтение жалобе в Европейский суд по правам человека как более эффективному средству индивидуальной правовой защиты, вследствие чего количество таких жалоб против Украины постоянно росло.

К тому же в 2010 году в нашем государстве была создана четырёхуровневая система судов общей юрисдикции, которая включает суды первой, апелляционной, кассационной инстанций и Верховный Суд. Как наивысший судебный орган в этой системе Верховный Суд получил полномочие пересматривать окончательные судебные решения, кроме прочего, на основании неодинакового применения правовой нормы судом кассационной инстанции. В случае принятия решения по результатам такого пересмотра Верховным Судом в его тексте должно содержаться заключение относительно того, каким образом надлежит применять данную правовую норму. И такое заключение этого судебного органа является обязательным для всех правоприменителей в нашем государстве. Предоставленные Верховному Суду данные полномочия и указанные особенности правовой природы его решений вызвали общественную дискуссию о целесообразности дальнейшего существования Конституционного Суда Украины вообще и о дублировании интерпретационных функций этих судебных органов. Результатом данной дискуссии стало лишение Конституционного Суда Украины полномочия официального толкования законов Украины, упразднение института конституционного обращения и введения конституционной жалобы – с 30 сентября 2016 года, то есть со дня введения в действие изменений в Конституцию Украины, нормы которой имеют прямое действие.

В связи с этим пока неизвестно, какую юридическую технику выберет Конституционный Суд Украины, когда при рассмотрении конституционной жалобы будет установлено, что Конституции Украины противоречит не сама обжалуемая правовая норма, а её интерпретация в окончательном судебном решении. Признает ли он такую норму неконституционной, чтобы

последующее усовершенствование законодательства изменило неправильную судебную практику? Ограничится ли констатацией конституционности этой нормы? Или всё же установит неконституционность её интерпретации судами общей юрисдикции, определив в своем решении конституционный режим её применения, то есть фактически осуществит официальное толкование? Но лишение Конституционного Суда Украины этой функции и было одной из целей конституционной реформы правосудия. А если всё же Конституционный Суд Украины выберет последнюю из техник – гарантирование конституционности посредством определённого толкования («réserve d'interprétation» или «verfassungs gemäße Auslegung»), то каковы будут последствия таких решений при отсутствии законодательного определения их юридической природы, в частности, порядка их исполнения? Ведь именно эта проблема ранее воспрепятствовала эффективности института конституционного обращения как средства индивидуальной правовой защиты. На эти вопросы Конституционному Суду Украины предстоит ответить в самом ближайшем будущем.

Конечно же, мы постоянно изучаем соответствующую практику наших зарубежных коллег, а также имеем и собственные научно-теоритические наработки. Тем не менее, каждая правовая система включает в себя элементы правосознания, правопонимания и правоприменения. Поэтому ответы на указанные вопросы во многом будут зависеть от результатов борьбы между сдержанностью и активизмом в среде украинских судей-конституционалистов.

В целом же большинство моих коллег восприняло конституционную реформу правосудия и, в частности, введение конституционной жалобы с оптимизмом. Мы полны решимости в рамках своих полномочий сделать всё возможное для надлежащей защиты прав и свобод каждого лица, пребывающего под юрисдикцией Украины.

В начале нашей эры Сенека сказал: «Идущий осилит путь». Не будем останавливаться и мы на пути конституционного правосудия, ведущему к верховенству права и справедливости.

Благодарю за внимание.

ULUSLARARASI İSTANBUL HUKUK KONGRESİ
INTERNATIONAL İSTANBUL LAW CONGRESS
17-19 EKİM 2016
17-19 OCTOBER 2016

BİRİNCİ GÜN
FIRST DAY

ENDERUN SALONU
ENDERUN HALL

Anayasa Yargısı ve Bireysel Başvuru Hakkı - II
Constitutional Justice and the Right to Individual Application - II

HUKUKUN ANAYASALLIĞININ KONTROLÜ, SORUNUN ANA HATLARI

Prof. Dr. Hab. Viktoriya Serzhanova[*]

Özet

İşbu makale, anayasaya uygunluğun en önemli garantileri olarak, anayasanın korunması kavramı ve kanunların anayasaya uygunluğunun kontrolü kapsamında, ve bunun yanında anayasanın uygulanması için yaygın olarak uygulamaya konulan modeller ışığında, Polonya Anayasa Mahkemesi'nin faaliyetleri ile bağlantılı olan seçilmiş konular üzerinde bazı bilgilerin sunulmasını amaçlamaktadır. Çalışmanın konusu, anayasanın korunması kavramını analiz etmek, bunun kökenini ortaya çıkarmak, mevcut gerçekleştirme modellerini tartışmak ve bunlardan Polonya'da uygulanan bir taslağı incelemektir.

Anahtar sözcükler: kanunların anayasallığının denetlenmesi, anayasanın korunması, anayasal yargı, anayasa mahkemesi.

Giriş

Anayasanın korunması sorunu, modern, demokratik bir hukuk devletinin işleyişi bakımından, çağdaş devletlerin ulaşmaya çalıştıkları en önemli hedeflerden biri olan, yasaların anayasal hükümlerle uyumunu garanti altına almak için önem taşıyan bir alandır. Bu hedefin etkili bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlamak için kurulan mekanizmalar arasında, kanunların anayasaya uygunluğunun güvence altına alınması gelmektedir[1].

Anayasal güvenceler sorunu, pratik açıdan kayda değer bir öneme sahiptir. Bu sorun, temel hukuk metinlerinin içeriğinin uygulanmasını garanti altına almak için hangi sosyal, politik ve yasal belgelerin kullanılacağı sorusu ile bağlantılıdır. Hükümlerini yerine getirmeye hizmet eden faktörlerin ve yasal kurumların tamamı olarak anılan anayasal güvenceler arasında, birinci sırada kurumsal ve hukuki güvenceler, başka bir deyişle özellikle bu amaçla kurulan devlet makamları gelmektedir. Bu faktör esas olarak, örgütsel çerçevelerin oluşturulması ve ilgili devlet makamlarının tayin edilmesi ve anayasal hükümlerin sıradan yasalar içerisindeki normlar okyanusunda 'erimesini' önleyecek kurum ve usullerin oluşturulmasını kapsar. Bu alanda temel öneme sahip çağdaş demokratik ülkelerde, özellikle yasalarda ve yönetmeliklerde yer alan normların bunlarla uygunluğunun incelenmesi suretiyle, anayasal hükümlerin üstünlüğünün korunması maksadıyla kurulmuş olan yarı mahkeme otoriteleri olarak Anayasa Mahkemeleri bulunmaktadır. Burada diğer devlet makamları da önemli bir rol oynamaktadır: örn. Ombudsmanların yanı sıra, örneğin anayasal bir şikâyet ve onun ele alınma usulleri gibi, farklı kurum ve usuller[2].

Elbette, anayasal hak ve özgürlükleri hayata geçirmeyi amaçlayan yasal kurumların bütünlüğü olarak benimsenen, bunlar arasında ilk ve en önemli hukuki güvenceler olan, kişilerin ve vatandaşların hak ve özgürlüklerinin güvencelerinin önemi de hafife alınmamalıdır. Çağdaş bir demokratik devletin karakteristik bir özelliği, ulusal yasaların sağladığı hukuki güvencelerinin yanı sıra, uluslararası türdeki kurumların da önemli bir rol oynamasıdır. Bu güvenceler, kişilerin ve vatandaşların hak ve özgürlüklerini garanti altına alacak ilkeleri ve yasal kurumları içeren önemli kanun normlarından

---

[*] Avrupa Devletlerindeki Yönetim ve Siyaset Bölümü Başkanı, Rzeszow Üniversitesi Hukuk ve İdare Fakültesi.

1 Polonya'nın Anayasa Hukuku doktrininde, kanunların anayasaya uygunluk güvenceleri şu şekilde bölünmüştür: doğrudan, dolaylı, önemli ve usule dayalı güvenceler gibi. Bu konunun ustaca işlenmesi: B. Banaszak, *Prawo Konstytucyjne (Anayasa Hukuku)*, Varşova, 2008, s. 104-105.

2 Daha fazla bilgi için bkz.: A. Redelbach, *Skarga Konstytucyjna w Systemie Ochrony Praw Człowieka w Polsce* (Polonya'daki İnsan Hakları Sisteminde Anayasa ile İlgili bir Şikayet), "Palestra" 1997, No. 11, s. 40 ve sonrası.

oluşur. Ayrıca, diğerlerinin yanı sıra, belirli ilke ve usuller de vardır: yargılamanın açık olması, cezanın kamuya açıklanması, adil yargılanma hakkı, savunma hakkı, vb. ulusal yasada bunlar: mahkemelerin bağımsızlığı ve özerkliği, Ombudsmanın faaliyetleri, seçim protestosu, hukukun anayasallığının kontrolü ve anayasal şikâyet şeklindedir. Ulusal güvencelere ek olarak, yabancı kurumlar ve usuller bulunmaktadır. Bunların arasında uluslarüstü ve uluslararası mahkemeler vardır: Avrupa Birliği Adalet Divanı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Ceza Mahkemesi vb.

Aralarında Polonya Anayasa Mahkemesi'nin de bulunduğu anayasa mahkemelerinin faaliyetleri, yasaların ve diğer hukuki düzenlemelerin anayasa ile uyumluluğuna karar vermeye dayanan, hukukun kesin anayasallığının[3] kontrolü olarak anılan anayasanın korunmasıyla bağlantılıdır. Yukarıda bahsedilenlerin yanı sıra, söz konusu makamların yetkileri genellikle daha geniş belirlenmiştir. Bu nedenle, anayasa mahkemelerinin anayasanın korunması konusundaki geleneksel görevleri de şunlardır: siyasi partilerin tasfiyelerinin kabul edilebilirliğine karar vermek (örneğin Almanya'da) de dahil olmak üzere siyasi partilerin faaliyetlerinin incelenmesi; yüksek devlet makamları, merkezi devlet makamlarının yanı sıra merkezi ve yerel devlet ve özyönetim organları arasındaki yetki anlaşmazlıklarını gidermek; kişi ve vatandaşların anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerini korumak için son derece önemli bir araç olarak, anayasa ile ilgili şikayetleri incelemek. Anayasa mahkemeleri veya benzeri makamlar, referandum denetimi ve bunların sonuçlarını duyurmak, parlamentonun devlet başkanı ve hükümet üyelerine (örneğin İtalya'da) yönelttiği suçlamaları değerlendirmek ve başkanlık seçimlerinin doğru şekilde yürütülmesini (örneğin Fransa'daki Anayasa Konseyi) sağlamak üzere de görevlendirilebilirler.

1. Anayasanın Korunması Fikrinin Özü ve Kökeni

Anayasanın korunması sorunu, normlar hiyerarşisinde anayasal normların önceliğinin tanındığı zamanda ve yerde mevcuttur. Bu koruma, tarihsel olarak, yazılı anayasaların ortaya çıkışı ile bağlantılıdır; çünkü bu tür bir temel yasayı diğer yasal normlarla karşılaştırmak daha kolaydır ve olağan bir prosedürde oluşturulan bir kanundan üstün oluşu yasal sistemin istikrarı hakkında daha geniş bir anlayış oluşturur. Genellikle, anayasanın korunması, yasaların anayasayla ve alt hukuki düzenlemelerin yasalarla uyuşmazlığını gideren yasal düzenlemelerin oluşturulmasını içerir. Anayasanın kesinlikle korunması, ancak bu amaca ulaşmak için özel olarak oluşturulan, parlamenter olmayan bir makam varlığıyla söz konusu olabilir[4].

Anayasayı korumakla görevli kurumların önüne en sık koyulan hedefler arasında; kanun çıkarma ve uygulama sürecinde temel yasanın rolünün güçlendirilmesi, anayasa ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin ve bunların örgütlenmesinin etkili olarak korunması için gayret sarf edilmesi ve yasama ve yürütme yetkileri arasında arzulanan dengenin sağlanması gelmektedir[5].

Anayasa ile sınırlandırılan ve kısıtlanan parlamenter hukuki kanun ilkeleri, 17. Yüzyılda, 1647 İngiltere Halk Mutabakatında[6] ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte, yaygın düşünce, yasaların

3 Kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi konusunda daha fazla bilgi için, bkz. L. Bosek, M. Wild, *Kontrola Konstytucyjności Prawa* (*Hukukun Anayasallığının Kontrolü*), Varşova 2014, muhtelif yerlerde; A. Kustra, *Kontrola Konstytucyjności Całej Ustawy* (*Bütün Anayasallığının Kontrolü*), "Przegląd Sejmowy" 2012, No 2.

4 Anayasa ve anayasa mahkemelerinin korunmasının güçlü bir şekilde tartışılması: B. Banaszak, *Porównawcze Prawo Konstytucyjn Współczesnych Państw Demokratycznych* (Çağdaş Demokratik Devletlerin Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku), ed. 3, Varşova 2012, s. 444 ve sonrası.

5 E. Zwierzchowski, *Europejskie Trybunały Konstytucyjne. Zarys Rozważań Konstytucyjnych* (Avrupa Anayasa Mahkemeleri, Anayasal Müzakerelerin Anahattı), Katowice 1989, s. 19; Daha geniş bir biçimde bkz. Aynı yazar, *Sądownictwo Konstytucyjne* (Anayasal Yargı), Bialystok 1994; B. Banaszak, *Porównawcze Prawo Konstytucyjne* ..., s. 444-445.

6 Halk Hareketi Anlaşması hakkında bkz.: S. R. Gardiner, *History of the Great Civil War*, Cilt. III ve IV, Londra 1889-94; C. Hill, *The World Turned Upside Down*, Londra 1972; A. Sharp, *John Lilburne*, Oxford 2004; E. Vernon, P. Baker, *The History & Historiography of the Agreements of the People*, Palgrave 2012.

anayasaya uygunluğuna ilişkin kontrolün ilk kez 1803 yılında Birleşik Devletler'de getirildiğidir. *Marbury ile Madison*[7] davasında, John Marshall'ın mahkeme başkanı olduğu Yüksek Mahkeme'nin verdiği karar üzerine uygulanmıştır. Aynı zamanda, 1787 ABD Anayasası'nın Yüksek Mahkeme'ye kanunların Anayasa ile uygunluğunu inceleme hakkı vermediğini göz önünde tutmak gerekir. Başka bir deyişle, Yüksek Mahkeme bu emsal kararında 'bu hakkı kendisine vermiştir ve bu şekilde yasal olarak kurumsallaştırmıştır. Söz konusu davada Yüksek Mahkeme, 24 Eylül 1789 tarihli Usul Yasası'nın 13. maddesinin Anayasanın III. Maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasaya aykırı olduğuna ve geçersiz olduğuna karar vermiştir.

Anayasayı korumak için özel olarak oluşturulan bir yargı mercii (Almanca: Staatsgerichtshof) olan Anayasa Mahkemesi'nin kurumsallaşması, 19. yüzyıla dayanmaktadır. Anayasal yargı fikri, ilk defa Georg Jellinek tarafından 1885 yılında yayınlanan *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich* (*Avusturya Anayasa Mahkemesi*)[8] çalışmasında formüle edilmiştir. Jellinek'in fikri yenilikçi olmuştur, çünkü yasaların anayasallığı hakkında karar vermek üzere özel bir mahkeme görevlendirmeye dayanmaktadır. Daha sonra bu fikir, Hans Kelsen tarafından 1920 tarihli Vom *Wesen und Wert der Demokratie (Demokrasinin Özü ve Değeri)*[9] adlı eserinde geliştirilmiştir.

Hans Kelsen, modern demokrasinin büyük ölçüde bütün kontrol kurumlarının sistematik gelişimiyle bağlantılı olduğunu belirtmiştir. Yasa yapıcı olarak parlamentonun kendisinin kanunların anayasaya uygunluğunu garanti edemeyeceğini ifade etmiştir. Pratik fonksiyonlarını yerine getirme aşamasında, yasa yapıcı bir otorite, aslında temelinde yatan fikri takip ediyor olsa da, kendisini anayasaya bağlı ve anayasayı uygulayan bir otorite değil de; serbestçe yasalar yapan bir kurum olduğunu hissetmiştir. Bu sebepten, parlamentonun kendisinin bu fikrin garantisi olduğu düşünülmemelidir. Yalnızca yasa yapıcı otoriteden ayrı, ondan bağımsız ve devlet gücünü elinde tutan diğer her türlü kurumlardan bağımsız bir kuruma, anayasaya uygun olmayan yasal kararları iptal etme yükümlülüğü verilebilecektir. Anayasa Mahkemesi kurumu bu fikirden ortaya çıkmaktadır. Ayrıca Kelsen, anayasanın yalnızca parlamento dışı bir otorite tarafından uygulanabileceğini ve buna benzer bir çözüme güvenilmesine izin veren tek formun, belli bir ölçüde yasalara uygunluğun efektif bir garantisi olabilmesi için, eksik bir kanunun, başka bir otoritenin yaptığı yasalara uygun olmadığını savunurken aynı zamanda bu yasayı yürürlükten kaldırmak için kendi yürürlüğe koyduğu yasayı zorunlu kılması gerekir. Parlamentonun niteliği hesaba katıldığında, efektif bir şekilde parlamentonun böyle bir mecburiyet altına sokulması mümkün olmayacaktır, bu sebepten pratikte buna benzer bir çözüm uygulamaya konulamaz. Bir başka otoritenin anayasaya uygun olmadığını beyan etmesi sebebiyle, kendisi tarafından kabul edilen bir tüzüğü yürürlükten kaldırılması politik olarak hoş olmayan bir hareket olacaktır. Hakimler arasındaki fikir ayrılıkları sebebiyle olağan mahkemeler de bunu gerçekleştiremeyecektir. Bu sebeple, yasaların anayasaya uygunluğunun kontrolü, tek bir merkezi otoriteye - yani Anayasa Mahkemesi'ne -bağlanmalıdır.

Kelsen'in teorisi 1920'de ilk olarak iki adet anayasa Mahkemesi'nin kurulmasına yol açmıştır: Çekoslovakya'da ve Avusturya'da. 1 Ekim 1920 tarihli Avusturya Anayasası'nın yazarı olan Kelsen, metninin VII. Bölümünün D Kısmında, Anayasa Mahkemesi'ni, kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisine sahip bir makam olarak açıklamıştır. Çek Cumhuriyeti'nin ardından, 29 Şubat 1920 Anayasası ile kurulan Anayasa Mahkemesi, Avrupa'daki ikinci Anayasa Mahkemesi olmuştur. Üçüncüsü, 9 Aralık 1931 İspanya Anayasası (1932'de faaliyete geçmiştir) tarafından kurulan Anayasal Güvenceler Mahkemesi (İspanyolca: *Tribunal de Garantías Constitucionales*) olmuştur. Bu kurumun

7 *Marbury ile Madison*, 24 Şubat 1803, 5 ABD 137.

8 G. Jellinek, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Wien Hölder, 1885.

9 H. Kelsen, *Vom Wesen ve Wert der Demokratie*, Tübingen: Mohr 1920, İkincisi, revize edilmiş ve genişletilmiş 1929 baskısı; Yeniden Basım: Aalen, Scientia 1981. İngilizce: *The Essence and Value of Democracy*, ed. N. Urbinati, C. I. Accetti, Çeviri. B. Graf, Rowman ve Littlefield Yayınları, 2013.

dinamik gelişimi II. Dünya Savaşı'ndan sonra gerçekleşmiştir. Günümüzde, çoğu Avrupa ülkesi dâhil olmak üzere birçok ülkenin politik sisteminde anayasa mahkemelerinin varlığı, demokratik bir hukuk devletinin standardı olarak görülmektedir. Bu mahkemeler, İtalya (1947'den beri), Almanya (1949'dan beri), Türkiye (1961'den beri), İspanya (1978'den beri), Portekiz (1982'den beri) ve diğer pek çok ülkede faaliyet göstermektedir. Ayrıca, Fransa'da Anayasal Konseye (Fransızca: *Conseil constitutionnel*), bazı devletler (özellikle Frankofonik Afrika) için bir model haline gelmiş olan farklı bir biçim verilmiştir[10].

Polonya devletinin savaşlar arası dönemde yeniden dirilmesi sırasında (II. Polonya Cumhuriyeti), o zamanlar bağlayıcı olan temel yasalar tarafından; ne siyasi sistemin Fransız Üçüncü Cumhuriyet modeline (Fransızca: *La Troisième République*) dayalı olduğu 17 Mart 1921 Anayasası, ne de 23 Nisan 1935 tarihli otoriter Anayasal Hukuku tarafından, anayasanın korunmasının bu biçimi sağlanmadığı için, Polonya'da Anayasa Mahkemesi'nin geçmişi çok yenidir. Dolayısıyla, resmen kuruluşu Polonya Halk Cumhuriyeti Anayasası Değişikliklerine ilişkin 26 Mart 1982 yasası[11] ve sonradan Anayasa Mahkemesi'ne ilişkin 29 Nisan 1985 yasası ile olmuş ve 1 Ocak 1986'da yürürlüğe girerek, Polonya tarihinde kurulan bu tür ilk kurum olmuştur[12].

2. Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Denetlenmesi Modelleri

Kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi için, Anayasal hukuk doktrininde bilinen iki temel model vardır:

- parlamento içi;
- parlamento dışı kontrol, parlamentoların dışında kalan organlar tarafından, onlardan bağımsız olarak veya doğrudan ortak mahkemeler tarafından uygulanır[13].

Hukukun anayasallığının parlamento içi kontrolü, parlamenter olmayan kontrolün oluşturulup oluşturulmadığına bakılmaksızın her devlette mevcuttur. Tüzük normlarının anayasaya uygunluğunu izleme yükümlülüğü, sadece parlamentonun kendisi tarafından değil, dahili organları, özellikle kanun tasarısını hazırlayan parlamento komisyonlarının yanı sıra bunları başlatmaya yetkili kurumlar tarafından da uygulanır. Bazen, parlamentoların içinde, kendilerine sunulan yasa taslaklarını, anayasaya uyumluluğu açısından incelemeleri için, özel komiteler oluşturulmuştur. Bu kontrol şeklinin karakteristik özelliği, yasanın anayasa ile uyumu konusunda nihai karar verme yetkisine sahip tek makamın parlamento olmasıdır. Kanun, parlamento tarafından kabul edilmişse, başka bir organ tarafından temel yasayla uyumsuz olması nedeniyle sorgulanamaz.

Günümüz dünyasında, parlamento dışı kontrol iki sistemle temsil edilmektedir: Amerikan ve Avrupa.

10 Bkz:L. Garlicki, *Sądownictwo Konstytucyjne w Europie Zachodniej* (Batı Avrupa'da Anayasal Yargı), Varşova 1987, muhtelif yerlerde.

11 1982 Resmi Hukuk Gazetesi 'Dziennik Ustaw', No. 11, madde 83.

12 Polonya'da Anayasa Mahkemesinin kuruluşuna ve ortaya çıkma sürecine dair Bkz: R. Alberski, *Trybunał Konstytucyjny w Polskich Systemach Politycznych* (*Polonya Siyasi Sistemlerinde Anayasal Mahkemesi*), Wrocław 2010, muhtelif yerlerde; Ayrıca B. Szmulik, *Sądownictwo Konstytucyjne– Ochrona Konstytucyjno ści Prawa w Polsc* (*Anayasal Yargı - Polonyada Anayasa Mahkemesinin Korunması*), Lublin 2001, muhtelif yerlerde; Z. Czeszejko-Sochacki, *Przebieg Prac nad Utworzeniem Polskiego Trybunału Konstytucyjnego (1981–1985)* (Polonya Anayasa Mahkemesinin Kurulmasına Dair İşlerin Süreci (1981-1985), "Przegląd Sejmowy" 1994, No.3, s. 22 ve devamı; aynı yazar, *Sądownictwo Konstytucyjne. (Tradycja a Współczesność) (Anayasal Yargı (Gelenek ve Çağdaşlık))*, Państwo i Prawo" 2001, No. 6,*passim*; *Trybunał Konstytucyjny (The Constitutional Tribunal)*, ed. J. Trzciński, Wrocław 1987, muhtelif yerlerde; *Zagadnienia sądownictwa Konstytucyjnego. O Istocie Państwa w 90 Rocznicę Ustanowienia Konstytucji Marcowej (Anayasal Yargı Meseleleri, Mart Anayasasının Kabul Edilmesinin 90. Yıldönümünde Devletin Özü Üzerine)*, Varşova. 2014, muhtelif yerlerde.

13 Boguslaw Banaszak, bu ikisinin yanı sıra soyut ve somut kontrolü de belirler. Daha derin olarak tüm bu türler onun tarafından *Porównawcze Prawo Konstytucyjne* adlı eserinde karakterize edilmiştir. s. 448-449.

Amerikan sisteminde kanunların anayasaya uygunluk denetimi ilk derece mahkemeleri tarafından yapılır. Bu mahkemeler, bir hükmün verilmesinin beklendiği bir gerekçeye dayanarak, yasanın anayasa'ya uygun olmadığını kabul etmeyen tarafların söz konusu olduğu özel bir davada karar verirken, bir tüzüğün temel yasaya uygun olduğu yönünde karar verirler. Bu model yalnızca ABD'de değil, aynı zamanda sıradan yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyen makamların görevinin, ilk derece mahkemeleri, yani ceza hukuku ve hukuk davalarını inceleyen mahkemeler tarafından icra edildiği ve anayasallık konusundaki nihai kararların Yüksek Mahkeme tarafından alındığı, İsviçre, Kuzey Avrupa ülkeleri ve Japonya'da da kullanılmaktadır. Bir dava başlatma ve anayasaya aykırılığı önleme konusundaki sorular burada farklı şekilde sunulmaktadır. Çoğu devlette böyle bir dava, yalnızca mahkeme önünde işlem görmekte olan bir hukuk davası ya da ceza davası ile bağlantılı olarak başlatılabilmektedir. Dava incelenirken, tarafların her biri, davanın çözülmesinin amaçlandığı yasanın (ABD, Avustralya) anayasaya aykırılığını önleyebilir.

Avrupa sisteminin özü, kanunların anayasaya uygunluğu ve geçerliliği konusunda yetkili bir şekilde karar verme yetkisine sahip özel bir ayrı organ kurmaktır. Böyle bir kontrol önleyici bir nitelikte olabilir, örneğin, anayasaya aykırılık kusurunun bulunduğu, ya da baskıcı bir niteliğe sahip bir kanunun ilan edilmesini önlemek, örneğin yürürlüğe girdikten hemen sonra yasayı yürürlükten kaldırmak gibi.

Sıradan yasaların temel yasalara uygunluğunun kontrol işlevini yerine getirirken, yetkili makamlar sık sık önceden kontrol uygularlar, çünkü meclis tarafından henüz kabul edilmeyen yasa tasarıları hakkında fikir sahibi olurlar. Bu tür bir çözüm, örneğin Fransa ve İrlanda'da uygulanmıştır. Diğer devletlerde, parlamento tarafından hâlihazırda kabul edilmiş yasaların kararlaştırıldığı, ardışık denetimden oluşan bir çözüm getirilmiştir. Böyle bir sistem örneğin Almanya, İsviçre, Hindistan'da bulunur ve sıkça görülür. Almanya ve İtalya'da, somut bir dava genel mahkeme tarafından incelendiğinde, vatandaşlar belirli bir yasanın anayasaya aykırılığını önleme hakkına sahiptir. Diğer devletlerde, kanunun anayasaya aykırılığından ötürü bir talepte bulunma prosedürü çok daha karmaşıktır ve böyle bir suçlamayı önlemeye belirli vatandaşlar değil, sadece belirlenen devlet makamları yetkilidir. Örneğin, İrlanda'da böyle bir talep Cumhurbaşkanı tarafından, Almanya ve İtalya'da ise belirli bir grup milletvekilince parlamentoya sunulabilir; bu yerel bir öz-yönetim makamı (örneğin, İtalya'da Bölgesel Konsey), bir federasyon nesnesi (örneğin, Almanya'da toprak hükümeti), Yüksek Mahkeme veya İdare Mahkeme (örneğin Avusturya'da) de olabilir.

Anayasaya aykırı olduğuna karar verilen veya yasaya göre iptal edilen veya kusurları gidermek için parlamento harekete geçinceye kadar yürürlüğe girmekten alıkonulan veya resmi olarak bağlayıcı yasal düzen içerisinde kalmaya devam eden kanunlar, genellikle idari ve adli makamlar tarafından uygulanmayabilir.

3. Polonya'da Uygulanan Anayasaya Uygunluk Denetimi Modeli

Polonya'da, Anayasa Mahkemesi tarafından kanunların anayasaya uygunluğunun parlamento dışı kontrolüne ilişkin Avrupa modeli uygulanmaktadır. Bunun özü, yasaların anayasaya uygunluğu ve geçerliliği üzerine güvenilir bir şekilde karar verme yetkisine sahip, özel olarak ayrılmış bir makamın varlığına dayanmaktadır[14]. Bu kontrol, örneğin, anayasa aykırılığı tespit edilen yasa metninin duyurulmasını önlemek gibi önleyici bir nitelik taşıyabilir veya kabul edilmesinden hemen sonra hatalı yasaları yürürlükten kaldırmak gibi baskıcı bir niteliği de olabilir.

14 Anayasa Mahkemesinin kararlarının kavramı, sınıflandırılması ve yasal sonuçları ustaca tartışılmıştır: Z. Czeszejko-Sochacki, *Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego: Pojęcie, Klasyfikacja i Skutki Prawne* (*Anayasa Mahkemesinin Kararları: Kavram, Sınıflandırma ve Yasal Etkileri*), "Państwo i Prawo "2000, No.12. Mahkeme yargısı hakkında daha fazla bilgi için, Bkz.: M. Florczak-Wątor, *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich Skutki Prawne (Anayasa Mahkemesinin Kararları ve Hukuki Etkileri*), Poznań, 2006.

Polonya Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşunun, organizasyonunun ve işleyişinin hukuki gerekçeleri: 2 Nisan 1997 tarihli Polonya Cumhuriyeti Anayasası'nın[15] 173, 174 ve 188-197. Maddelerinin, 22 Temmuz 2016 tarihli Anayasa Mahkemesi'nin[16] ve 15 Eylül 2015 tarihli Anayasa Mahkemesi Hâkimleri Genel Kurulu'nun[17], Anayasa Mahkemesi'nin Usul Kuralları hakkındaki tezkeresinin hükümleriyle oluşturulmuştur.

Anayasa Mahkemesi, Sejm parlamentosu alt meclisi tarafından dokuz yıllık dönem için atanan on beş hâkimden oluşur. Seçimler ayrı olarak yapılır. Mahkeme hakimi olmak için bir adayın, Yüksek Mahkeme ya da Yüksek İdare Mahkemesi hakimi pozisyonu için talep edilen şartları yerine getirmesi ve istenen niteliklere sahip olması gerekir. Adaylar, en az elli milletvekili veya Sejm Başbakanlık Heyeti tarafından sunulur ve yargıçlar, milletvekillerinin genel sayısının en az yarısının huzurunda oyların salt çoğunluğuyla seçilir. Mahkeme hâkimi Cumhurbaşkanı önünde yemin eder. Yemin etmeyi reddetmek, görevden istifa etmek demektir[18].

Hâkimler görevlerini yerine getirirken bağımsız ve özerk konumdadırlar ve yalnızca Polonya Cumhuriyeti Anayasası'na ve yasalara tabidir. Dokunulmazlık ile korunurlar ve siyasi partilere, sendikalara üye olmaları ya da hâkimlerin bağımsızlık ve özerklik ilkeleri ile bağdaşmayacak herhangi bir kamu faaliyeti yürütmeleri yasaktır.

Temel yasanın hükümlerine göre Anayasa Mahkemesi, adli gücün bir bölümünü oluşturmaktadır. Polonya Cumhuriyeti Anayasası'nın 173. (Bölüm c) maddesi, mahkemelerin diğerlerinden bağımsız, ayrı bir güç olduğunu belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi, her şeyden önce, yasaların Anayasa ile uyumluluğunun, özellikle de yasaların ve uluslararası sözleşmelerin Anayasa ile uyumluluğunun, onaylanması için bir kanun içerisinde önceden izin verilmesini gerektiren, onaylanmış uluslararası sözleşmelerle yasaların uyumluluğunun, merkezi devlet makamları tarafından çıkarılan yasal hükümlerin Anayasa ile uyumluluğunun, onaylanmış uluslararası anlaşmaların ve yasaların uygunluğunun denetimini sağlamak için kurulmuştur. Ayrıca, Polonya Anayasa Mahkemesi, anayasa mahkemeleri için, doğrudan anayasanın korunmasıyla bağlantılı başka görevler de icra etmektedir, bunlar: anayasa ile ilgili şikayetlerin incelenmesi[19], hedeflerinin ve faaliyetlerinin anayasaya uygunluğu konusunda siyasi partilerin gözetimi ve merkezi devlet makamları arasındaki yetki anlaşmazlıklarının giderilmesidir. Polonya doktrini başka bir işleve daha sahiptir; bu belirginleştirici, veya başka bir deyişle bilgilendirici ve belirginleştirici, bir doktrindir[20]. Anayasa Mahkemesi'nin, Sejm'e ve yasa yapan diğer

15 Resmi Hukuk Gazetesi 'Dziennik Ustaw' No. 78, madde 483, değişiklikleri içerir.

16 Resmi Hukuk Gazetesi 'Dziennik Ustaw' 1 Ağustos 2016, madde 1157 - 7 Kasım 2016 tarihli şartlara göre. Geçtiğimiz yılda, Anayasa Mahkemesine ilişkin çeşitli kanunlar kabul edilmiştir. Şu anda, parlamentoda başka bir tanesi görüşülmektedir - Anayasa Mahkemesinde Usul Organizasyonu ve Kurallarına Dair 26 Ekim 2016 tarih ve 963 Sayılı Milletvekilleri Taslağı, 4 Kasım 2016'da yapılan ilk okumadan geçmiştir. Ne yazık ki, birkaç ayda bir yeni yasaların uygulanması, en üst düzeyde ve en yüksek değerde olan anayasal istikrara katkıda bulunmamakta ve anayasal krizin üstesinden gelmeye yardımcı olmamaktadır.

17 Resmi Hukuk Gazetesi "Monitor Polski," 21 Eylül 2015, madde 823 - 25 Haziran 2015 tarihli ilgili daha önce bağlayıcı olan, Anayasa Mahkemesi ile yasaya dayanılarak kabul edilmiştir, ancak bu yılda, en yenisi yürürlüğe girmiştir.

18 Anayasa Mahkemesi hâkimlerinin yasal Statüsü etraflıca tartışılmıştır, M. Zubik, *Status Prawny Sędziego Trybunału Konstytucyjnego* (*Anayasa Mahkemesi Hakimlerinin Yasal Statüsü*), Varşova, 2011, muhtelif yerlerde.

19 Polonya doktrinindeki anayasa ile ilgili şikâyetler için Bkz.: B. Banaszak, *Skarga Konstytucyjna* (Anayasa İle İlgili Bir Şikayet), "Państwo i Prawo" 1995, No.1; A. Bisztyga,*Polska Skarga Konstytucyjna a Skarga Europejskiego Trybunału Praw Człowieka* (*Polonya Anayasası İle İlgili Bir Şikayete Karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İle İlgili Bir Şikayet*), "Acta Universitatis Vratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji "2000, No. 44; L. Jamróz,*Skarga Konstytucyjna. Wstępne Rozpoznanie (Anayasa İle İlgili Bir Şikayet, Ön İnceleme*), Białystok, 2011.

20 Belirginleştirici işlevi üzerine ilginç görüşmeler sunulmuştur: P. Kuczma, *Konstytucjonalizacja Funkcji Sygnalizacyjnej Trybunału Konstytucyjnej (Anayasa Mahkemesinin Belirginleştirici İşlevini Anayasallaştırma*), [in]: *Aktualne Problemy Reform Konstytucyjnych (Anayasal Reformların Mevcut Sorunları*), ed. S. Bożyk, Bialystok 2013, s. 235 ve sonrası; Ayrıca, J. Repel, *Funkcja Sygnalizacyjna Trybunału Konstytucyjnago (Anayasa Mahkemesinin Belirginleştirici İşlevi*), "Nowe Prawo," 1989, No. 1.

makamlara, giderilmesi gereken yasal kusurları ve boşlukları gösterme yükümlülüğünü içermektedir. Bu hak, eğer doğru kullanılırsa, yasal sistemin iyileştirilmesine esas olarak etki edebilir. Dahası, bu işlev Mahkemeye, Anayasanın korunması ve yasal sistemin geliştirilmesi sürecinde, dağıtılması önemli bir unsur olan, yargı düzenini toplama yükümlülüğünü de getirir[21].

Anayasa Mahkemesi önünde bir dava açılmasına takrir verme yetkisine sahip birimler: Cumhurbaşkanı, hem alt hem de üst odaların konuşmacıları - Sejm ve Senato Marshalları, Bakanlar Konseyi Başkanı (hükümet başkanı), en az elli milletvekili veya otuz senatör, Yüksek Mahkemenin Birinci Başkanı, Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı, Başsavcı, Yüksek Denetleme Bölümü Başkanı, Ombudsman ve ayrıca yetkileri kapsamında: Ulusal Yargı Konseyi, yerel öz-yönetim makamları, ulusal sendika organları, işverenlerin ve meslek kuruluşlarının ülke çapında yetkilileri, Kiliseler ve diğer dini cemaatler.

Sonuç

Günümüzde anayasanın korunması sorunu, özellikle de demokratik olarak algılanmak isteyen ve aynı zamanda uzun ve istikrarlı bir demokrasi geçmişine sahip olmayan devletler için güncelliğini korumaktadır. Kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi altında yatan temel fikir, yasal kaynaklar hiyerarşisinin en üstünde, yüce güç parlamentosunun yazılı kanunu olarak algılanan, diğer bütün normlara hakim ve egemen olan anayasanın bulunduğu hukuk sistemlerinde ortaya çıkmaktadır. Böyle bir kontrolün temel unsuru, hiyerarşideki alt kanunların, daha üst konumda olanlarla ve sonuçta temel hukukla uygunluğunu takip etmektir.

Çağdaş dünyada hukukun anayasallığını kontrol altına almak için iki temel model geliştirilmiştir: Yüksek Mahkemenin başkanlığında müşterek mahkemeler tarafından yürütülen ve genellikle anayasa mahkemesi (mahkeme) olarak anılan bir özel mahkeme tarafından veya bir yarı-yargı makamı tarafından yürütülen model. Hukukun anayasallığının kontrolünün ilk derece mahkemelerince yapıldığı devletler genellikle, bu işlevi yerine getiren başlıca makamlar olan, dolayısıyla güçlerinin kapsamı ve burada oynadıkları rol çok daha önemli ve olgun olan parlamentolarının bu alandaki güçlü konumu ile karakterize edilirler. Diğer çözümü uygulayan, Kelsen'in modelini izleyen devletler, geçmişte, gelen hükümetlerdeki ve onların politikalarındaki ani ve radikal değişikliklerle dolu siyasi tarihlerinde, sıklıkla daha az istikrarlı bir manzara sergilemişlerdir. Bu nedenle, anayasalarının koruyucusu olmak üzere yargı yetkisi içinde hareket eden ayrı, bağımsız ve özerk yüksek bir devlet otoritesine kesinlikle ihtiyaç duymaktadırlar.

Bu, Polonya'da uygulanmakta olan modeldir. Anayasa Mahkemesi, Polonya politik sisteminin temel değişikliklerinden hemen önce 1980'lerin başında kurulmuştur. Kelsen'in modeli üzerine şekillenmiştir ve temel görevleri, Anayasa'nın kapsamlı olarak korunmasıyla bağlantılıdır. Yetkileri arasında, hukuki işlemlerin anayasaya uygunluğunun denetlenmesi, anayasal bir şikâyetin incelenmesi, siyasi partilerin faaliyetlerinin denetlenmesi ve merkezi devlet makamları arasındaki yetkinlik anlaşmazlıklarının çözümlenmesi bulunmaktadır. Polonya Anayasa Mahkemesi, mahkemeler tarafından uygulanan, ikili olarak inşa edilmiş adli gücün bir parçasıdır, ancak kesin olarak kavranmış bir adalet makamı olarak düşünülmemektedir. Polonya geleneğine göre hâlâ oldukça genç bir organdır ve bu nedenle çok sayıda problemle mücadele etmesi doğaldır. Otuz yılı aşkın geçmişi çok yüksek seviyede olağanüstü faaliyetlerle dolu olmasına rağmen, siyasi kargaşadan tamamen korunamamaktadır. Aslında bu, Mahkemeyi özerkliği, bağımsızlığı ve siyasi tarafsızlığı sonucu ortaya çıkan ikilemlere karşı korumak için, bütün mekanizmaların doğru bir şekilde kurulmadığı anlamına gelmektedir.

21 Bkz: W. Mojski, *Kilka Uwag o Przedmiocie i Funkcjach Kontroli Konstytucyjno ciś Prawa w Polsce* (*Polonya'da Hukukun Anayasallığının Kontrolünün Konusu ve İşlevleri Üzerine Çeşitli Yansımalar*), "Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2010, No. 2-3, s. 281 ve sonrası.

CONTROL OF THE CONSTITUTIONALITY OF LAW, THE OUTLINE OF THE PROBLEM

*Prof. Dr. Hab. Viktoriya Serzhanova**

Abstract

The hereby paper aims at presenting some reflections over the selected issues connected with the activity of the Polish Constitutional Tribunal in the context of the concept of protecting the constitution and control of the constitutionality of law as the most important guarantees of its observance, as well as in the lights of the models commonly implemented in order to exercise it. The subject of the work covers the analysis of the notion of protecting the constitution, deriving its origin, discussing the existing models of its realization and reviewing the outline of one of them which has been implemented on the Polish ground.

Keywords: control of the constitutionality of law, protecting the constitution, constitutional justice, constitutional court.

Introduction

The problem of protecting the constitution is a considerably essential area of a modern democratic legal state's functioning, for guaranteeing conformity of the binding laws with the constitutional provisions is one of the most important objectives which contemporary states endeavour to reach. Among the mechanisms provided to ensure the effective realization of this goal are the guarantees of the conformity of laws with the constitution[1].

The problem of constitutional guarantees has a significant practical relevance. It is connected with the question of what social, political and legal instruments are to be used in order to guarantee the implementation of the content of the basic law text. Among the constitutional guarantees, comprehended as the entirety of factors and legal institutions serving to materialize its provisions, the first place is occupied by the institutional and legal guarantees, in other words, state authorities created especially for this purpose. This factor mainly consists in creating organizational frames, appointing relative state authorities and constructing institutions and procedures which are supposed to prevent 'melting' of the constitutional provisions in the ocean of norms contained in ordinary laws. In contemporary democratic states of fundamental significance in this field are constitutional courts, being quasi-court authorities created particularly for the purpose of preserving the supremacy of the constitutional provisions by way of examining the compatibility of the norms contained in laws and under-law legal acts with them. An essential part is also played here by other state authorities: e.g. Ombudsmen, as well as different institutions and procedures, like for instance a constitutional complaint and the proceedings of its considering[2].

One cannot also underestimate the significance of the guarantees of rights and freedoms of men and citizens, comprehended as the entirety of legal institutions aiming at materializing

* Head of the Chair of Government and Politics of the European States Faculty of Law and Administration, University of Rzeszow.

1 In the Polish Constitutional Law doctrine the guarantees of the conformity of laws with the constitution are divided into: direct, indirect, substantial, procedural, etc. This substance is competently analysed by B. Banaszak, *Prawo Konstytucyjne* (*Constitutional Law*), Warszawa, 2008, p. 104 -105.

2 For more see: A. Redelbach, *Skarga Konstytucyjna w Systemie Ochrony Praw Człowieka w Polsce (A Consitutional Complaint in the System of Human Rights in Poland)*, Palestra" 1997, No. 11, p. 40 & the following.

constitutional rights and freedoms, first and foremost legal guarantees among them, of course. A characteristic feature of a contemporary democratic state is that, besides the institutional legal guarantees of the national law, an essential part is also played by the ones of the international and supranational kind. These guarantees consist of the substantial law norms, containing both principles and legal institutions which are to ensure rights and freedoms of men and citizens. There are also certain principles and procedures, among others: openness of the proceedings, public pronouncing of a sentence, the right to a fair trial, the right of defence, etc. In the national law they are: independency and autonomy of courts, the Ombudsman's activity, electoral protest, as well as control of the constitutionality of law and a constitutional complaint. Supplemental to the national guarantees are foreign institutions and procedures. Among them there are supranational and international courts: the Court of Justice of the European Union, the European Court of Human Rights, the International Criminal Court, etc.

The activity of constitutional courts, with the Polish Constitutional Tribunal among them, is connected with the protection of the constitution, strictly comprehended as the control of the constitutionality of law[3], which consists in adjudicating on the conformity of laws and other legal acts with the constitution. Besides the abovementioned, the competences of the discussed authorities are usually determined much wider. Therefore, traditional tasks of the constitutional courts in the scope of preserving the constitution are also: supervision of the activities of political parties, with judging on the admissibility of their dissolution (e.g. in Germany); settling the competency disputes between the supreme state authorities, the central state authorities, as well as between the central and local state and self-government bodies; examining constitutional complaints, being an extremely essential instrument of preserving the fundamental rights and freedoms of men and citizens guaranteed in the constitution. The constitutional courts or similar authorities can also be empowered to exercise a function of referenda supervision and announcing their results, to guard the correct running of the presidential elections (e.g. the Constitutional Council in France), to consider the charges put by the parliament towards the head of state and members of the government (e.g. in Italy).

1. The Essence and Genesis of the Idea of Protecting the Constitution

The problem of protecting the constitution exists there and then, where and when the primacy of the constitutional norms in the system of legal sources is recognized. Historically it is connected with the appearance of written constitutions, because it is easier to confront such a basic law with other legal norms, it gives a larger sense of its dominance over the law created in a usual procedure, as well as the stability of the whole legal system. Generally saying, protection of the constitution consists in creating legal mechanisms removing the incompatibility of laws with the constitution and of lower legal acts with laws. Strictly understood protection of the constitution can be considered only when there exists a non-parliamentarian authority created specially in order to realize this objective[4].

Among the objectives most frequently put in front of the institutions appointed to protect the constitution there are: strengthening the role of the basic law in the process of law enactment and application, endeavouring to the effective preservation of the constitutionally guaranteed rights

3 Extendedly on the control of the constitutionality of law see: L. Bosek, M. Wild, *Kontrola Konstytucyjno ści Prawa (Control of the Constitutionality of Law)*, Warszawa, 2014, *passim*; A. Kustra, *Kontrola Konstytucyjno ści Całej Ustawy (Control of the Constitutionality of the Whole Law)*, Przegląd Sejmowy" 2012, No. 2.

4 Protection of the constitution and constitutional courts are acutely discussed by B. Banaszak, *Porównawcze Prawo Konstytucyjne Współczesnych Państw Demokratycznych (Comparative Constitutional Law of the Contemporary Democratic States)*, ed. 3, Warszawa, 2012, p. 444 & the following.

and freedoms and their organization, as well as ensuring a desired balance between the legislative and executive powers[5].

The principle of parliamentary legal acts being bound and restricted by the constitution appeared in 17th century in the English Agreement of the People of 1647[6]. However, the control over the conformity of laws with the constitution is commonly considered to have been introduced for the first time in the United States in 1803. It was applied in the decision of the Supreme Court with John Marshall as the Chief Justice in the case of *Marbury v. Madison*[7]. At the same time it is necessary to notice that the Constitution of the USA of 1787 did not provide the right of the Supreme Court to examine the conformity of laws with the Constitution. In other words, the Supreme Court 'granted this right to itself' in this precedent decision and by this way legally institutionalized it. In the discussed case the Supreme Court adjudged Section 13 of the Judiciary Act of 24 September 1789 to violate Article III of the Constitution, regarding it unconstitutional and thus invalid.

An institution of the constitutional court, being a judicial authority specially created in order to protect the constitution (German: *Staatsgerichtshof*) comes from 19th century. The idea of constitutional judiciary was formulated for the first time by Georg Jellinek in his work *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich* (*The Constitutional Court of Austria*) published in 1885[8]. Jellinek's idea was innovative because it consisted in appointing a special court to adjudge on the constitutionality of laws. Later the idea was developed by Hans Kelsen in his work *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (*The Essence and Value of Democracy*) of 1920[9].

Hans Kelsen stated that the lot of modern democracy to a large extent depended on the systematic development of all the control institutions. He considered that being the legislator, the parliament itself was not able to be the guarantee of its constitutionality. In its practical functioning a legislative authority felt itself a free creator of law, not an authority applying it, bound by the constitution, although it was indeed, following the idea lying in its basis. Therefore, the parliament itself ought not to have been regarded the guarantee of that idea. Only a separate from the legislator authority, independent from it and any other keeper of the state power could be appointed to annul incompatible with the constitution legal acts. That was what the institution of the constitutional court consisted in. Moreover, he promoted a thesis that it could be exercised only by a non-parliamentary authority, for the only form allowing to regard such a solution to be an effective to a certain extent guarantee of legality would have been adjudicating unconformity of a defective act with the law by another authority, along with simultaneous obliging the one which had enacted it to repeal it. On account of the parliament's nature it was not able to be effectively obliged, therefore in practice such a solution could not be implemented. Expecting that it would repeal an adopted by it statute because of its unconstitutionality stated by another authority would be politically naive. Common courts would also not be able to materialize that because of their judicature divergence.

5 E. Zwierzchowski, *Europejskie Trybunały Konstytucyjne. Zarys Rozwa żań Konstytucyjnych (European Constitutional Courts. An Outline of Constitutional Deliberations)*, Katowice 1989, p. 19; more extendedly also see idem *Sądownictwo Konstytucyjne (Constitutional Judiciary)*, Bialystok 1994; B. Banaszak, *Porównawcze Prawo Ponstytucyjne*…, p. 444-445.

6 About the Agreement of the People act see: S. R. Gardiner, *History of the Great Civil War,* vols. III & IV, London 1889-94; C. Hill, *The World Turned Upside Down*, London 1972; A. Sharp, *John Lilburne*, Oxford 2004; E. Vernon, P. Baker, *The History & Historiography of the Agreements of the People*, Palgrave 2012.

7 *Marbury v. Madison*, 24 February 1803, 5 U.S. 137.

8 G. Jellinek, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Wien Hölder, 1885.

9 H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen: Mohr 1920, second, revised and enlarged edition 1929; reprinted: Aalen, Scientia 1981. In English: *The Essence and Value of Democracy*, ed. N. Urbinati, C. I. Accetti, transl. B. Graf, Rowman & Littlefield Publishers, 2013.

Therefore, control of the constitutionality of law ought to have been entrusted to one central authority the constitutional court.

Kelsen's theory led to establishing two first constitutional courts in 1920: in Czechoslovakia and Austria. Being the author of the Austrian Constitution of 1 October 1920, Kelsen introduced the Constitutional Court to be an authority empowered to control the constitutionality of law into Section D of chapter VII of its text. It was the second in Europe Constitutional Court, after the Czechoslovak one, established by the Constitution of 29 February 1920. The third one was the Tribunal of the Constitutional Guarantees (Spanish: *Tribunal de Garantías Constitucionales*) established by the Constitution of Spain of 9 December 1931 (started its functioning in 1932). Dynamic development of this institution came after World War II. Nowadays, the existence of constitutional courts in the political systems of most of the European countries, and not only, is regarded to be a standard of a democratic legal state. They have been functioning in: Italy (since 1947), Germany (since 1949), Turkey (since 1961), Spain (since 1978), Portugal (since 1982) and many others. Another, diverse form is bestowed to the Constitutional Council in France (French: *Conseil constitutionnel*), which has become a model for some states (especially of Francophonic Africa)[10].

In Poland the tradition of the Constitutional Tribunal is rather young, for during the resurgent of the Polish state in the inter-wars period (the II Republic of Poland) this form of the protection of the constitution was not provided by the then binding basic laws: either by the Constitution of 17 March 1921, according to which the political system was based on the French Third Republic model (French: *La Troisième République*), or by the authoritarian Constitutional Law of 23 April 1935. Therefore, formally established by the law of 26 March 1982 on the Amendments of the Constitution of the Polish People's Republic[11] and by the later law of 29 April 1985 on the Constitutional Tribunal, starting its functioning on 1 January 1986, it was the first such type of institution in the history of Poland[12].

2. Models of the Control of the Constitutionality Law

There are two basic models of the control of the constitutionality of law known in the constitutional law doctrine:

- intra-parliamentary;
- non-parliamentarian control exercised by the bodies situated outside the parliaments, being independent from them, or directly by the common courts[13].

The intra-parliamentary control of the constitutionality of laws exists in every state,

10 See: L. Garlicki, *Sądownictwo Konstytucyjne w Europie Zachodniej (Constitutional Judiciary in Western Europe)*, Warszawa, 1987, *passim*.

11 Official Law Gazette 'Dziennik Ustaw' of 1982, No. 11, item 83.

12 On the origin and the process of establishing the Constitutional Tribunal in Poland see: R. Alberski, *Trybunał Konstytucyjny w Polskich Pystemach Politycznych (The Constitutional Tribunal in the Polish Political Systems)*, Wrocław 2010, *passim*; also B. Szmulik, *Sądownictwo Konstytucyjne – Kchrona Konstytucyjności Krawa w Polsce (Constitutional Judiciary – Protection of the Law Constitutionality in Poland)*, Lublin, 2001, *passim*; Z. Czeszejko-Sochacki, *Przebieg prac nad Utworzeniem Polskiego Trybunału Konstytucyjnego (1981–1985) (The Process of Works over the Establishment of the Polish Constitutional Tribunal (1981–1985)*, Przegląd Sejmowy" 1994, No. 3, p. 22 & the following; idem *Sądownictwo Konstytucyjne.(Tradycja a Współczesność) (Constitutional Judiciary (Tradition and Contemporaneity)*, Państwo i Prawo" , 2001, No. 6, *passim*; *Trybunał Konstytucyjny (The Constitutional Tribunal)*, ed. J. Trzciński, Wrocław 1987, *passim*; *Zagadnienia Sądownictwa Konstytucyjnego. O Istocie Państwa w 90 Rocznicę Ustanowienia Konstytucji Marcowej (Issues of the Constitutional Judiciary. On the Essence of the State in 90th Anniversary of Adopting the March Constitution)*, Warszawa, 2014, *passim*

13 Boguslaw Banaszak, besides these two, also determines abstract and concrete control. More deeply all these types are characterized by him in *Porównawcze prawo konstytucyjne* …, p. 448-449.

independently from the fact if the non-parliamentarian control is established or not. The obligation to watch the conformity of the statute norms with the constitution is performed not only by the parliament itself, but also by its internal bodies, especially by the parliamentarian committees which prepare the draft laws, as well as by the entities empowered to initiate them. Sometimes there are created special committees inside the parliaments, which task is to examine the draft laws lodged to them from the perspective of their compatibility with the constitution. The characteristic feature of this form of control is that the parliament is the only authority to finally decide upon the conformity of the law with the constitution. If it is adopted by the parliament it cannot be questioned by any other organ because of its incompatibility with the basic law.

In the present world the non-parliamentarian control is represented by two systems: American and European.

In the American system the control of the constitutionality of laws is performed by common courts. They adjudge on the conformity of a statute with the basic law while deciding a particular case, in which the parties bar the unconstitutionality of the law on the basis of which the judgment is supposed to be made. This model is used not only in the USA, but also in Switzerland, Nordic states and Japan, where the function of the authorities controlling the ordinary laws' conformity with the constitution is exercised by common courts, i.e. those which examine criminal and civil cases, and the final decisions in the matters of constitutionality are taken by the Supreme Court. The questions of starting a case and barring unconstitutionality are presented differently here. In many states such a case may be initiated only in connection with a civil or criminal case already being processed before the court. While the case is being examined, each of the parties may bar unconstitutionality of the law, on the basis of which the litigation is intended to be solved (the USA, Australia).

The essence of the European system is establishing a special separate body, empowered to authoritatively adjudge on the constitutionality and validity of laws. Such control may be of a preventive character, i.e. averting announcing the law touched by the defect of unconstitutionality, or of a repressive nature, i.e. annulling the law already after its enforcement.

While performing the controlling function over the conformity of ordinary laws with the basic ones the empowered authorities frequently exercise prior control, because they make opinions on the draft laws which are not adopted by the parliament yet. Such a solution has been implemented for instance in France and Ireland. In other states there has been introduced a solution consisting in the consecutive control, i.e. the laws already adopted by the parliament are adjudged. Such a system exists for instance in Germany, Switzerland, India and occurs the most frequently. In Germany and Italy citizens have the right to bar unconstitutionality of a certain law with the constitution on the occasion when a concrete case is examined by the common court. In other states the procedure of lodging a claim with charge of inconformity of the law with the constitution is much more complicated and only the determined state authorities, not particular citizens, are empowered to bar such an accusation. For instance in Ireland such a claim may be submitted by the President of the Republic, in Germany and Italy – by a certain group of the deputies to the parliament, it may also be a local self-government authority (e.g. the Regional Council in Italy), a federation subject (e.g. the land's government in Germany), the Supreme Court or Administrative Court (e.g. in Austria).

The laws which have been adjudicated unconstitutional or annulled by virtue of law, or which enforcement has been withheld until the parliament takes up relative actions in order to remove the defects, or which are still formally remained within the binding legal order, may usually not be applied by the administrative and judicial authorities.

3. A Model of the Constitutionality Control Implemented in Poland

In Poland the most commonly applied in this part of the world, European model of non-parliamentarian control of the constitutionality of law performed by the Constitutional Tribunal has been implemented. Its essence is based on the existence of a specially separated authority empowered to authoritatively adjudicate on the constitutionality and validity of laws[14]. Such control may be of a preventive character, i.e. avert the announcement of the text of the law touched by the unconstitutionality defect, or it may also have a repressive nature, annulling the false laws already after their being adopted.

Presently, the legal grounds of the establishment, as well as the organization and functioning of the Constitutional Tribunal in Poland are constituted by the provisions of: art. 173, 174 and 188–197 of the Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997[15], the law of 22 July 2016 on the Constitutional Tribunal[16] and the resolution of the General Assembly of the Judges of the Constitutional Tribunal of 15 September 2015 on the Rules of Procedure of the Constitutional Tribunal[17].

The Constitutional Tribunal is composed of fifteen judges appointed by the lower chamber of the parliament Sejm for the period of the nine-years term. The election is made individually. In order to become a Tribunal judge a candidate needs to meet the requirements and possess the qualifications demanded for the position of a judge of the Supreme Court or the Supreme Administrative Court. The candidates are submitted by the group of at least fifty deputies or the Presidium of the Sejm, which elects the judges by the absolute majority of votes in the presence of at least half the general number of the deputies. The Tribunal judge takes an oath in front of the President of the Republic. Refusal to take the oath means resignation from the position.

The judges are independent and autonomous in the performance of their functions and are subject only to the Constitution of the Republic of Poland and the laws. They are protected by the immunity and prohibited to belong to political parties, trade unions or conduct any public activity which cannot be reconciled with the principles of the judges' independence and autonomy[18].

According to the provisions of the basic law the Constitutional Tribunal composes a part of the judicial power, for art. 173 (chapter VIII) of the Constitution of the Republic of Poland states that courts and tribunals are a separate power, independent from other ones. The Constitutional Tribunal is established, first and foremost, to exercise control over the conformity of laws with

14 The notion, classification and legal effects of the Constitutional Tribunal's judgements are competently discussed by: Z. Czeszejko-Sochacki, *Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego: Pojęcie, Klasyfikacja i Skutki Prawne (Judgements of the Constitutional Tribunal: the Concept, Classification and Legal Effects)*, Państwo i Prawo" 2000, No. 12. More about the Tribunal judicature may be found in: M. Florczak-Wątor, *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i Ich Skutki Prawne (The Judgements of the Constitutional Tribunal and their Legal Effects)*, Poznań, 2006.

15 The Offical Law Gazzete 'Dziennik Ustaw' No 78, item 483 with amendments.

16 The Offical Law Gazzete 'Dziennik Ustaw'of 1 August 2016, item 1157 – according to the condition of 7 November 2016. During the last year there were adopted several laws on the Constitutional Tribunal. At present another is being proceeded in the parliament – the Deputies' draft No. 963 of 26 October 2016 of the Law on the Organization and Rules of Procedure before the Constitutional Tribunal came through the first reading on 4 November 2016. Unfortunately implementing new laws every several months does not contribute to the constitutional stability which is an utmost and supreme value, nor does it help to get over the constitutional crisis.

17 The Offical Law Gazzete 'Monitor Polski' of 21 September 2015, item 823 – adopted on the basis of the previously binding Law on the Constitutional Tribunal of 25 June 2015, though this year another, the newest one so far, came into force.

18 The legal status of the judges of the Constitutional Tribunal are extendedly discussed by M. Zubik, *Status Prawny Sędziego Trybunału Konstytucyjnego (The Legal Status of the Judges of the Constitutional Tribunal)*, Warszawa, 2011, *passim*.

the Constitution, in particular: the compatibility of laws and international agreements with the Constitution, the conformity of laws with the ratified international agreements, the ratification of which demands the prior consent expressed in a law, as well as the conformity of legal provisions enacted by the central state authorities with the Constitution, ratified international agreements and laws. Moreover, the Polish Constitutional Tribunal also performs other competences characteristic for the constitutional courts, directly connected with the protection of the Constitution, which are: examining of constitutional complaints[19], exercising supervision over political parties in the scope of the conformity of their objectives and activities with the Constitution, and settling the competency disputes between the central state authorities. The Polish doctrine also derives another function: a signalizing or, in other words, an informational and signalizing one[20]. It consists in the obligation of the Constitutional Tribunal to present Sejm and other authorities creating law the legal defects and gaps, the removal of which is necessary. This right, if properly used, may essentially influence the improvement of the legal system. Moreover, this function also obliges the Tribunal to issue the collection of its judicature, the diffusion of which also constitutes an important element in the process of preserving the Constitution and improvement of the legal system[21].

The subjects empowered to submit motions initiating a proceedings before the Constitutional Tribunal are: the President of the Republic, the speakers of both the lower and the upper chambers – the Marshalls of the Sejm and Senate, the President of the Council of Ministers (the head of the government), at least fifty deputies or thirty senators, the First President of the Supreme Court, the President of the Supreme Administrative Court, the General Prosecutor, the President of the Supreme Chamber of Control, the Ombudsman, as well as – in the scope of their competences: the National Judicial Council, local self-government authorities, national trade union bodies, nation-wide authorities of the employers' and professional organizations, Churches and other religious communities.

Conclusions

Nowadays the problem of protecting the constitution still seems to remain current, especially for those states which aspire for being perceived to be democratic and at the same time do not have any long and stable traditions of democracy. The basic idea of the control of the constitutionality of law appears in those legal systems in which the top place of the legal sources hierarchy is occupied by the constitution, comprehended as the written act of parliament of the supreme force, prevailing and dominating over all the other norms. The main element of such a control is watching the conformity of the lower legal acts with the higher ones in the hierarchy and, in consequence, with the basic law.

In the contemporary world there have been developed two basic models of controlling the constitutionality of law: the one exercised by common courts with the Supreme Court as the head

19 About the constitutional complaint in the Polish doctrine see.: B. Banaszak, *Skarga Konstytucyjna (A Constitutional Complaint)*, „Państwo i Prawo" 1995, No. 1; A. Bisztyga, *Polska Skarga Konstytucyjna a Skarga do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (A Polish Constitutional Complaint vs. a Complaint to the European Court of Human Rights)*, „Acta Universitatis Vratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji" 2000, no 44; L. Jamróz, *Skarga konstytucyjna. Wstępne rozpoznanie (A Constitutional Complaint. Preliminary Examination)*, Białystok 2011.

20 Interesting deliberations on the signalizing function are presented by P. Kuczma, *Konstytucjonalizacja funkcji sygnalizacyjnej Trybunału Konstytucyjnego (Constitutionalizing of the Signalizing Function of the Constitutional Tribunal)*, [in]: *Aktualne Problemy Reform Konstytucyjnych (Current Problems of the Constitutional Reforms)* ed. S. Bożyk, Bialystok 2013, p. 235 & the following; also J. Repel, *Funkcja Sygnalizacyjna Trybunału Konstytucyjnego (The Signalizing Function of the Constitutional Tribunal)*, Nowe Prawo" 1989, No. 1.

21 See: W. Mojski , *Kilka Uwag o Przedmiocie i Funkcjach Kontroli Konstytucyjno ści Prawa w Polsce (Several Reflections about the Subject and Functions of the Control of the Constitutionality of Law in Poland)*, Przegląd Prawa Konstytucyjnego", 2010, No. 2–3, p. 281 & further.

and the one performed by a special court, or a quasi-court authority, usually called a constitutional court (tribunal). The states in which the control of the constitutionality of law is exercised by common courts are usually characterized by a strong position of parliaments in this field, which are the main authorities performing this function, therefore the scope of their power and the role they play here is much more important and mature. The states which have implemented the other solution, following Kelsen's model, are frequently seen to have been less stable in their political history in the past, full of sudden and radical changes in introduced government and politics. Therefore they have appeared to strongly need a separate, independent and autonomous supreme state authority acting within the judicial power to be the guard of their constitutions.

This is the model having been applied in Poland. The Constitutional Tribunal was established in the early 1980-s, just before the cardinal changes of the Polish political system. Being patterned on the Kelsen's model, its main tasks are connected with the widely comprehended protection of the Constitution. Among its competences there are: control of the constitutionality of legal acts, examining a constitutional complaint, supervising the activities of political parties and settling competency disputes between the central state authorities. The Polish Constitutional Tribunal is a part of the dually constructed judicial power exercised by court and tribunals, though it is not considered to be a strictly understood justice authority. It is still a rather young organ in the Polish tradition, therefore it is natural that it wrestles a large number of problems. Though its over thirty years' history has been full of outstanding activity which seemed to be on a very high level, it cannot be totally secured from political maelstroms. This means in fact, that not all the mechanisms have occurred to work properly to protect the Tribunal itself against the dilemmas following from its autonomy, independence and political indifference.

MOĞOLİSTAN ANAYASA İNCELEMESİ: TEMEL İNSAN HAKLARI VE BİREYSEL BAŞVURU HAKKI

Nanzaddorj Lundendorj[*]
Mandakh Tsogtsaikhan[**]

I. Giriş

Bu makale, temel insan haklarının korunması için Moğolistan'da mevcut yargı mekanizmalarının yeterliliğini ve Moğolistan'ın bu hakların korunmasını daha iyi sağlamak için atabileceği adımları ele almaktadır. İlk olarak, uluslararası insan hakları sözleşmelerinin Moğolistan Anayasası çerçevesinde kendiliğinden uygulanan sözleşmeler olup olmadıkları ve Moğolistan mahkemelerinde nasıl uygulanmakta olduklarını değerlendirmektedir. Daha sonra, Anayasa Mahkemeleri'nin kurulması ve yargı yetkisi ve münferit Moğol vatandaşlarının, bireylerin Anayasa Mahkemeleri'ne erişim sınırlamaları da dâhil olmak üzere mahkemede insan haklarını uygulama kabiliyetlerini değerlendirir. Moğol vatandaşlarının insan haklarının ihlaline ilişkin şikâyette bulunmak isteyen kişilere sunulan uluslararası mekanizmaları göz önüne alarak yerel mahkemelerin ötesinde insan haklarının uygulanması konusunda mevcut seçeneklerini incelemektedir. Son olarak, Moğolistan kanun yapıcılarının, bireylerin insan haklarını daha iyi şekilde korumak adına uygulamaya geçirebilecekleri reform önerilerinde bulunmaktadır.

II. Kendiliğinden Uygulanan Haklar

İnsan hakları hukuku bağlamında, kendiliğinden uygulanan sözleşmeler, kanun yapıcıların bu sözleşmeleri uygulamaya koyan mevzuatlar çıkarmasına gerek kalmaksızın, bireylerin ulusal mahkemelerde doğrudan kullanabileceği hak ve yükümlülükler yaratır[1]. Bir sözleşmenin kendiliğinden uygulanan sözleşme olarak tanımlanabilmesi için öncelikle ulusal hukuk bünyesine dâhil edilmiş olması ayrıca hâkim tarafından uygulanabilecek şekilde açık ve eksiksiz olması gerekmektedir[2]. Bahsi geçen ilk faktör, genellikle Devlet'in Anayasasının uluslararası sözleşmelerin doğrudan uygulanmasına olanak sağlaması ile gerçekleşir.

Sözleşmelerin doğrudan uygulandığı Anayasa örneğine Rusya'da rastlamak mümkündür. 1993 yılında kabul edilen Rusya anayasası, hem uluslararası sözleşmelerin, hem de uluslararası hukuk kapsamında genel anlamda kabul gören ilke ve normların, Rusya hukuk sisteminin ayrılmaz bir parçasını oluşturmasını öngörmektedir[3]. 1993 Anayasası öncesinde Rusya, insan hakları üzerine sözleşmeler dâhil olmak üzere uluslararası sözleşmeleri imzalayabilmekte ve bu sözleşmeler tarafından ortaya konulan hak ve yükümlülükleri iç hukuk sistemine dâhil etmeme yoluna gidebilmekteydi[4]. Bu durum artık geçerli değildir.

Bunun aksine, Hindistan Anayasası kapsamında uluslararası sözleşmeler doğrudan uygulanır

---

* Sc. D, Ph.D., Moğolistan Hâkimler Yüksek Kurulu Başkanı.

** Moğolistan Hakimler Yüksek Kurulu Adli Araştırma, Bilgi ve Eğitim Enstitüsü Müdürü.

1 Carlos Manuel Vazquez, *The Four Doctrines of Self-Executing Treaties*, 89 Am. J. Int'L L. 695 -723 (1995), s. 695.

2 Marc J Bossuyt, *The Direct Applicability of International Instruments on Human Rights*, 15 Rev. BDI 317 (1980), s. 318.

3 Rusya Federasyonu 1993 Anayasası, madde 15(4).

4 Dr. G. Danilenko, *Implementation of International Law in Russia and other CIS States,* 1998, s. 3.

nitelikte değildir[5]. Hindistan Anayasası'nın 51. maddesi, Devletin, 'organize uluslar arasında uluslararası hukuk ve antlaşma yükümlülüklerinde birbirlerine karşı saygıyı teşvik etmeye' gayret göstereceğini öngörmekteyken; 253. madde ise Parlamento'ya uluslararası sözleşmeleri yürürlüğe koyan yasaları yapma yetkisini vermektedir. Bireylerin ulusal sözleşmelerle oluşturulan hakların ihlallerinden dolayı ulusal mahkemelerde tazmin talebinde bulunabilmesi için Hint Parlamentosu'nun uluslararası sözleşmelerin ulusal sözleşmeler kapsamına alınmasını içeren bir yasal düzenleme yapması gereklidir.

Moğolistan Anayasası'nın 10. maddesi, Moğolistan'ın taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin, onaylanmaları ve kabul edilmelerinin ardından yürürlüğe girmeleriyle birlikte, yerel mevzuat olarak etkili olmalarını öngörmektedir. Dolayısıyla, uluslararası sözleşmeler genellikle Moğolistan'da doğrudan uygulanmaktadır. Ancak, aşağıda da bahsedildiği üzere, uluslararası sözleşmelerin Moğolistan'da teorik olarak kanun şeklinde uygulanması yeterli değildir. Temel hakların yeterince korunması gerekiyorsa, bu hakları koruyan adli yapılar da olmalıdır. Bu, insan hakları ihlali iddiasında bulunan kişilerin şu anda anayasa mahkemesinde tazminat talep edemediği Moğolistan'da güncel bir problemdir. Dolayısıyla, temel haklar Moğolistan'da yeterince korunmamaktadır ve adli yapılar onları koruyacak bir konumda değildir. Bu nedenle, bu haklar yargı korumasının dışında kalmaktadır.

A. Moğolistan'ın temel hakları ile ilgili bazı hususlar

Sözleşmeler, Anayasa kapsamında ulusal hukuka dâhil edilebiliyor olsa da, bu sözleşmelerin aynı zamanda kendiliğinden uygulanan sözleşmelerin bir diğer kriteri olan, hukuken uygulanabilir olacak düzeyde açık olma kriterini de karşılamaları gerekmektedir. Moğolistan Anayasası'nda insan hakları üzerine oluşturulmuş olan bölüm üzerinde yapılan bir çalışma, Moğolistan'ın Anayasası'na, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin yanı sıra Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'ni de dâhil etmiştir. Bu uluslararası sözleşmeler kapsamındaki tüm haklar kendiliğinden uygulanan haklar niteliğinde değildir. Devlet otoritesinin siyasal gücünü fiilen sınırlamak şeklinde faaliyet göstermelidirler[6].

Örneğin, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeden uyarlanan haklar, kendiliğinden uygulanan hak taşımaz, çünkü bunlar yargıyla uygulanabilmek için yeterince açık değildir. Bu haklar kanun yapıcıların, yargı bunları uygulamaya koymadan önce mevzuat oluşturmalarını gerektirmektedir. Moğolistan Anayasası, sağlıklı ve güvenli çevre hakkı[7], çalışma koşullarının sağlanması hakkı[8], ve sağlığın korunması hakkını[9], temel haklar olarak öngörmektedir. Bu haklar Anayasada, Anayasa mahkemesi tarafından doğrudan uygulanamayacak ve korunamayacak kadar soyut, geniş kapsamlı ilke önermeleri olarak açıklanmaktadır. Bu nedenle bir mevzuat gereklidir. Moğolistan Anayasası'nın 19 (1) sayılı Maddesi, Devletin, insan hak ve özgürlüklerini garanti altına almak adına ekonomik, sosyal, hukuki ve diğer güvencelerin oluşturulmasında vatandaşlara karşı sorumlu olduğunu ve insan hakları ihlalleriyle mücadele edeceğini ve bu kapsamda ihlal edilen hakların kullanılması için bunları iade edeceğini öngörmektedir.

Bu nedenle, doğrudan uygulanabilir olmayan hakların korunması adına gerekli hukuki güvencelerin sağlanması, Devletin görevidir[10].

5 Dr. Brahm A. Agrawal, *Enforcement of International Legal Obligations in a National Jurisdiction*, s. 17.

6 Unurbayar Ch, "Development of Constitutionalism and its Trend", Ulaanbaatar, 2014. s. 153.

7 Moğolistan Anayasası, madde 16.2.

8 A.g.e., madde 16.4.

9 A.g.e., madde 16.6.

10 Unurbayar Ch, 2014. s.154.

III. Moğolistan'da Temel Hakların Korunması

A. Anayasa Mahkemelerinin Kurulması

Moğolistan'da anayasacılık nispeten gençtir. Ülke, 1990 yılında ilk demokratik seçimini gerçekleştirerek, sosyalist rejimden demokratik serbest piyasaya geçişi başlattı. İki yıl sonra, 1992'de, mevcut Moğolistan Anayasası kabul edildi. Anayasa, yukarıda belirtildiği üzere, bireylere birtakım temel haklar tanımaktadır: örneğin, yaşam hakkı, eğitim hakkı, kişisel özgürlük hakkı ve güvenlik hakkı[11]. Moğolistan'ın taraf olduğu uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan insan hakları, yukarıda açıklanan 10. madde uyarınca Anayasa ile de korunmaktadır. Anayasa, ayrı bir anayasa mahkemesi olan Anayasa Mahkemelerini de kurmaktadır.

1992 Anayasası'nın kabul edilmesinden önce, hükümetin kanunlarla uyumlu hareket edip etmediğini belirleyen hiçbir sistem mevcut değildi[12]. Anayasal çerçeveleyiciler, 1992 Anayasası'na bir anayasal gözden geçirme mekanizması eklenmesinin gerekip gerekmeyeceğini değerlendirdiler; birçoğu hukukun üstünlüğünü sağlayacağı için ve temel hakların parlamento tarafından istismar edilmesine karşı önlem olarak gözden geçirme mekanizması gerekliliğini savunuyordu. Bu tip bir mekanizmanın nasıl işleyeceğinin belirlenmesinde, Anayasal çerçeveleyiciler denizaşırı ülkelerde halihazırda oluşturulmuş olan anayasa gözden geçirme modellerini değerlendirdiler: bilhassa Sovyet, Amerikan ve Avrupa modellerini. Moğolistan'ın koşullarına en uygun düşecek modelin hangisi olduğunu belirleme sürecinde Anayasanın çerçevesini hazırlayanlar, Moğolistan'ın medeni hukuk geçmişini, halkın eski yargı sistemine olan güvensizliğini, mevcut yargı sisteminin yapısını ve devletin yasama, yürütme ve yargı organlarında güçler ayrılığı ilkesinin korunması gerekliliğini göz önünde bulundurdular[13].

En nihayetinde, Anayasa taslağına dâhil edilen anayasal gözden geçirme mekanizması Avrupa yaklaşımı üzerinden modellenmiştir. Bu modelleme, mevcut mahkemelerin anayasal gözden geçirme yetkilerini kullanması ya da mahkeme yerine bir anayasal istişare kurulunun oluşturulmasındansa, yeni bir anayasa mahkemesinin kurulması kararını getirmiştir[14]. Bunun sonucu olarak Anayasa Mahkemeleri kurulmuştur. Bu kurum, Anayasanın 64(1). maddesinde, *"Anayasanın uygulanması üzerine üst düzey denetimi gerçekleştiren, hükümlerinin ihlal edildiğine ilişkin yargıda bulunan ve anayasal çekişmeleri çözümlendiren"* organ olarak tanımlanmaktadır.

Anayasa Mahkemeleri ve üyeleri, devletin diğer organlarından bağımsız[15] olup, Büyük Hural (Moğolistan tek meclisli parlamentosu), Cumhurbaşkanı, Başbakan, Yargıtay, ve Başsavcı'nın talebi üzerine, ya da vatandaşlardan gelen dilekçeler ve bilgilendirme sonucu kendi iradesini kullanarak çekişmeleri inceleme ve bu çekişmeler üzerinde yargıya varma yetkisine sahiptir[16].

Anayasa Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi kapsamında Anayasa Mahkemeleri, 'Anayasanın uygulanmasına ilişkin üst düzey denetimleri gerçekleştirme, hükümlerinin ihlali üzerine karar verme, anayasal çekişmeler hakkında karar verme yetkisi bulunan ve Anayasanın kesin olarak

11 Moğolistan Anayasası, madde 16 (1), (7), (13).

12 Munkhsaikhan Odonkhuu, "Towards Better Protection of Fundamental Rights in Mongolia: Constitutional Review and Interpretation" Center for Asian Legal Exchange & Graduate School of Law Nagoya University, 2014, s. 66.

13 Munkhsaikhan Odonkhuu, s. 74-78.

14 A.g.e., s. 74.

15 Moğolistan Anayasası, madde 64 (2), (3).

16 Moğolistan Anayasası, madde 66 (1).

gözetilmesini güvence altına alan organ' olarak tanımlanmaktadır. Belirli koşullarda bir çekişme tamamen Anayasa Mahkemeleri tarafından gözden geçirilebilir olmakla birlikte[17] mağdur bireyin başvurabileceği daha üst bir mahkeme bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemeleri, 9 üyeden oluşur. Bu üyeler, üçü Büyük Hural, üçü Cumhurbaşkanı ve kalan üçü da Yargıtay tarafından aday gösterilmelerinin ardından, altı yıllık bir dönem için Büyük Hural tarafından atanırlar[18]. 6 yıllık görev süresi, yalnızca bir kez yenilenebilir. Bu kısa süre, bu Mahkemelerin tutarlı bir muhakeme düzeni oturtması ya da anayasal bütünlüğü güçlendirmesi için yeterli bir süre olmadığı fikrinde olan Moğol aydınlar tarafından eleştirilmiştir[19].

B. İnsan Hakları İhlallerine İlişkin Bireysel İstemler – Mevcut Durum

Moğolistan, 30'dan fazla uluslararası insan hakları sözleşmesini onaylamıştır[20]. Anayasanın 10. maddesi ışığında bu sözleşmeler, bir kısım Moğolistan iç kanunlarını oluşturmaktadır. Dahası, Anayasanın 16 (14). maddesi, *Moğolistan vatandaşlarının, şu hak ve özgürlükler teminat altına alınmıştır: (...)Moğolistan kanunları ya da ihlal edilen bir uluslararası sözleşme kapsamında kendisine verilen hak ve özgürlükleri korumak adına mahkemeye başvurma hakkı(...)*

Buna ek olarak, Medeni Usul Kanunu'nun 3.1 maddesinde:

Moğolistan mevzuatı ve Moğolistan'ın taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde yer alan insan hakları, özgürlükleri ve yasal olarak korunan çıkarlarının ihlal edilmiş sayıldığı her kişi, bu Kanun kapsamındaki prosedürlere uygun olarak, haklarının korunması adına, istem, talep ya da şikâyet aracılığı ile Mahkemeye başvurma hakkına sahip olacaktır.

Anayasa Mahkemesi'ne hukukun egemenliğini üstün kılma ve temel insan haklarını koruma görevi verilmiştir. Ancak, genel bir kural olarak, bir birey, hükümetin eylemlerinin Anayasa yahut bir uluslararası anlaşma kapsamında o bireyin haklarını ihlal ettiği yönünde bir şikâyette bulunmak isterse, mahkemeler yoluyla bir çözüm bulamayacaktır. Mahkemelerinin yargı yetkileri sınırlıdır. Moğolistan Anayasası'nın 66(2) sayılı maddesi ve Anayasa Mahkemeleri Kanunu'nun 8 (2) sayılı maddesi uyarınca, Mahkemeler:

1) Devletin Büyük Huralı'nın kanunlarının ve diğer kararlarının
2) Cumhurbaşkanının kararnamelerinin ve diğer kararlarının;
3) Hükümetin kararnamelerinin ve diğer kararlarının;
4) Moğolistan tarafından imza edilen uluslararası antlaşmaların;
5) Referandum ile ilgili olarak Merkezi Seçim Kurulu'nun kararlarının, Anayasaya uygunluğu ile ilgili uyuşmazlıkları değerlendirebilir.

Bazı koşullarda, yukarıdaki kategoriler ile bir bireyin haklarının ihlali iç içe geçmiş olabilir. Durumun böyle olmadığı yerlerde, bireysel şikâyetler Moğolistan Yargıtay'ına yapılır. Yargıtay hukukun egemenliğine ve insan haklarının korunmasına ilişkin olarak mahkemeler tarafından veya Genel Baş Savcı tarafından kendisine iletilen hususlarda hüküm verme yetkisine sahiptir[21].

17 Moğolistan Mahkemeleri ile ilgili Kanun, madde 29.

18 Moğolistan Anayasası, madde 65 (1).

19 A.g.e, s. 80-81.

20 Munkhsaikhan Odonkhuu, s. 25.

21 Moğolistan Mahkemeleri ile ilgili Kanun, madde 17.3.4.

Önemli bir husus olarak, Yargıtay'ın kararları[22] ne Anayasa Mahkemeleri tarafından ne de herhangi bir bölgesel İnsan Hakları Mahkemesi tarafından adli yeniden-incelemeye tabi tutulabilir. Temyiz seçeneğinin olmaması Yargıtay'ın temel haklara çok az önem verdiğini düşünen insan hakları aktivistlerinden eleştiriler almıştır[23]. 2011 yılında, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Moğolistan'ın, uluslararası insan hakları anlaşmaları konusunda hâkim ve avukatlara zorunlu eğitim verilmesi de dâhil olmak üzere, ülke içindeki mahkemeler nezdinde Uluslararası Sivil ve Siyasi Haklar Anlaşması'nın efektif bir şekilde uygulanmasını teşvik etmek üzere Moğolistan'ın adımlar atmasını tavsiye etmiştir[24]. Eleştirilerle, aynı zamanda normal mahkemelerin Anayasa hükümlerine aykırı olan kararlar verebileceği ve Anayasa Mahkemelerinin bu kararları yeniden-inceleme ve düzeltme yetkisinin sınırlı olduğu yönünde endişeler dile getirilmiştir[25].

C. Mahkemelere Bireylerin Erişimi: Başvuru ve Bilgilendirme

Genellikle bireyler mahkemeler nezdinde bireysel taleplerde bulunamasa da, mahkemelere erişim de yasaklanmış değildir. Anayasa, mahkemelere, vatandaşlardan alınan dilekçe ve bilgiler temelinde kendi inisiyatifinde hareket etme yetkisi vermiştir[26]. Vatandaşların kendi haklarının ihlal edildiğini ispat etmesi gerekmez. Söz konusu dilekçeler mahkemeye yapılmış başvurular değildir; bundan ziyade bilgi sağlama amacı güder. Vatandaşlar, anlaşmazlığın bir tarafı olmaktan ziyade *amicus curiae*[27], olarak hareket etmektedir. Anayasal dilekçe mekanizması açıkça belli bir ölçüye kadar kullanılmaktadır, 1992 ile 2007 arasında vatandaşlar bireysel olarak 1000'den fazla anayasal dilekçe vermiştir[28]. Ancak, mevcut sisteminin yetersiz olduğu eleştirilmektedir. Nitekim normal mahkemelerin ve idari organların kararı ile bu bireylerin temel insan hakları ihlal edildiği durumlarda, bu bireyler mahkemelere itiraz hakkını kullanamamaktadır[29].

Bu durum Türkiye'deki durumun tersi olabilir, nitekim 2010 yılında Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 148 numaralı maddesi üzerinde yapılan değişiklikle, bireylere temel haklarına ilişkin kararlar konusunda Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'ne temyiz başvurusunda bulunma olanağı tanınmıştır. Madde şöyle demektedir:

Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır[30].

Türkiye Cumhuriyeti daha sonra Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu

22 Yargıtay'ın verdiği karar adli bakımdan kesin karar olacaktır ve bütün mahkemeler ve diğer kişiler üzerinde bağlayıcı olacaktır.

23 Munkhsaikhan Odonkhuu, s. 89.

24 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Anlaşma'nın 40 numaralı maddesi kapsamında taraf devletlerce sunulan raporlarının değerlendirilmesi, CCPR/C//MGB/CO/5, s. 2.

25 Hukuk ve İnsan Hakları Merkezi, insan haklarının korunması ve belge altına alınması STK koalisyonu, Coalition "July 1", *"July 1" and Human Rights Violation Mongolia – Stakeholders Submission to ONCHR for UPR*

26 Article 66(1).

27 Amicus curiae, bir davanın tarafı olmamasına rağmen ve davadaki taraflardan herhangi biri tarafından çağrılmamasına rağmen, dava konusunda bilgi sahibi olan ve mahkemeye yardımcı olan kişidir.

28 Munkhsaikhan Odonkhuu, s. 90.

29 A.g.e, s. 94.

30 Anayasanın bazı maddeleri üzerinde değişiklik yapılmasına ilişkin 5983 sayılı Kanun, 7 Temmuz 2010.

ve Usul Kurallarına ilişkin yasayı kabul etmiştir[31]. Kanunun 45. maddesinde, kamu yetkilerinin kendisinin Anayasada güvence altına alınan ve Türkiye'nin de bir taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Anlaşmasının ve ek protokollerinin kapsamına giren temel hak ve özgürlüklerinden herhangi birinin ihlal edildiği iddiasıyla, herkes Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapabilir.

Moğolistan'dan, bireylerin Anayasa Mahkemelerine başvuru yapmasına izin verilmesi hususunu değerlendirmeye alması istenmiştir. Kasım 2010'da Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi tarafından gerçekleştirilen Evrensel Periyodik Gözden Geçirmede, Konseyin tavsiyesiyle, Moğolistan'dan Anayasa güvencesi altında bulunan bireysel hak ve özgürlüklerin ihlali durumlarında Anayasa Mahkemesi'nin adım atmasını zorunlu kılması talep edilmiştir[32]. Bu tavsiye 2010 yılında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi'nin vermiş olduğu tavsiyeler içerisinden, Moğolistan'ın kabul etmediği ender tavsiyelerden biri olmuştur. Moğolistan penceresinden bunun gerekçesi aşağıdaki gibidir:

"(…) *Hükümet, Anayasanın uygulanması üzerinde yüksek denetim gerçekleştiren Anayasa Mahkemesi'ne, Anayasal hak ve özgürlüklerin ihlaline ilişkin her bir bireysel şikâyeti kabul edip değerlendirmek zorunda bırakmanın pratik olmayacağını tespit etmiştir. Nitekim Anayasa; Anayasa Mahkemesi'nin Parlamentonun, Cumhurbaşkanı'nın, Başbakanın, Yargıtay'ın veya Genel Başsavcının talebi üzerine ve/veya vatandaşlardan alınan dilekçelere ve bilgilere dayalı olarak kendi inisiyatifiyle, anlaşmazlıkları değerlendireceğini ve bu anlaşmazlıklar konusunda hüküm bulunacağını ön görmüştür. Ayrıca sivil ve idari davalar konusunda uzmanlaşmış olan mahkemeler yukarıda bahsi geçen davalarla ilgilenmek için gerekli donanımlara sahiptir*[33]*."*

D. Bireysel Anlaşmazlıkların Hükme Bağlanması Konusunda Mahkemelerin Yetkileri

Anayasal yeniden-inceleme sisteminin var olduğu birçok ülkede, temel anayasal haklarının adli, idari veya resmi idarelerinin bir kararı ile ihlal edilmiş olduğunu düşünen bir vatandaşın haklarını Anayasal yeniden-inceleme ile (Anayasa seviyesinde) geri kazanmak için başvuru yapması mümkündür. Temel hakların Anayasanın en önemli bileşeni olduğu düşünülmektedir, ve bazı Anayasa Mahkemelerinde, bireysel başvuru üzerine Anayasal yeniden-inceleme sisteminin bulunduğu ülkelerde şikâyetlerin ortalama yaklaşık yüzde 95'ini buna benzer şikâyetler oluşturmaktadır[34]. Anayasa Mahkemelerinde bireysel başvurular görüşülmediği için, bunların diğer Anayasa Mahkemelerine kıyasla an itibariyle yaklaşık yüzde 5 kapasite ile çalıştığı iddia edilebilir[35].

Moğolistan Anayasası'na göre, anayasal inceleme kapsamı çok sınırlıdır, ve temel haklar inceleme konularının listesinde yer almamaktadır. Bu sebepten, Anayasa'nın İnsan Hak ve Özgürlükleri isimli bölümünün gerçekten uygulanması ihmal edilmiştir, yani bu bölümde yer alan haklar yeterince güvence altına alınmamıştır[36]. Bununla birlikte, teorik olarak, mahkemelerin kendi anayasal uyuşmazlık yargı kapsamı içerisinde bireysel hakların ihlaline ilişkin incelemeleri yorumlamalarının da mümkün olduğu iddia edilebilir. Mahkemelerin bunu yapacağı teorik gerekçeler aşağıdaki gibidir:

31 30 Mart 2011'de kabul edilen 6216 sayılı Kanun.

32 Moğolistan Evrensel Periyodik Gözden Geçirmenin (Kasım 2010) dokuzuncu oturumunda sunum yapmıştır: http://www.upr-epu.com/ENG/country.php?id=201

33 Bununla birlikte, hükümet bu öneriyi daha derinlemesine incelemeyi taahhüt ettiğini belirtmiştir. Bulunabileceği yer: http://www.upr-epu.com/ENG/country.php?id=201

34 http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2015/gb2015/A-I-1.pdf?__blob=publicationFile&v=1 Verfassungsbeschwerden: 212.827 (96,58%), abstrakte und konkrete Normenkontrollverfahren: 3.790 (1,72%) andere Verfahren, z.B. Bund-, Länderstreitigkeiten, Organ- und andere Verfassungsstreitigkeiten in Bund und Ländern: 3.702 (1,68%)....

35 Batsuuri M., Unurbayar Ch, "Rule of Law", Ulaanbaatar, 2010, s. 61.

36 Sarantuya Ts., "Constitutional Process: Basic Concepts, Issues", Ulaanbaatar, 2005.

Birincisi, Anayasa kapsamında, Anayasanın atıfta bulunduğu temel haklar kendinden uygulanan, doğrudan hizmet eden haklardır. Bu sebepten, yasa yapıcının bu yasayı temel hakların güvencesini uygulamak üzere yapmış olup olmadığına bakılmaksızın, mahkemelerin bu hakları kanun olarak yorumlayıp uygulama hakkı bulunmaktadır. Bunun için Mahkemelerin söz konusu hakların hukuka doğrudan uygulanabilecek kadar yeterince açık olduğunu düşünmesi gerekecektir.

İkincisi, Anayasa, hükümetin ve resmi yetkililerin, usulüne uygun bir hukuk süreci olmaksızın, bir kişinin yaşam, özgürlük veya emlak edinme ile ilgili temel haklarını elinden alamayacağını garanti eder[37].

Üçüncüsü, Anayasanın 66 (1) sayılı maddesi uyarınca, Anayasa Mahkemeleri vatandaşlardan alınan dilekçelere ve bilgilere dayalı olarak kendi inisiyatifiyle uyuşmazlıkları gözden geçirecek ve bu konuda hüküm verecektir. Bu sebepten, Anayasa Mahkemeleri bu uyuşmazlıkları vatandaşlardan alınan dilekçelere ve bilgilere dayalı olarak gözden geçirip geçirmeme konusunda karar verme hakkına sahiptir. Böylece, Anayasa Mahkemeleri vasıtası ile vatandaşlardan alınan dilekçelere dayalı olarak temel hakların sağlanması mümkündür[38].

Yukarıda bahsi geçtiği üzere, an itibariyle Moğolistan Anayasa Mahkemelerinin yüzde 5 kapasite ile çalıştığı iddia edilmektedir. Moğolistan'da insan haklarının daha iyi korunması için, Moğolistan'ın Anayasa Mahkemelerinin, temel hakların kendiliğinden uygulanması yönündeki hukukun egemenliği ilkesini kabul etmesinin zamanı gelmiştir[39].

E. Uluslararası Koruma Önlemleri

Türkiye'de, mağdur bireyler, sıkıntılarını Anayasa Mahkemesi'ne iletebilmektedir. Ancak, Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) yargı yetkisini de tanıyarak bir adım daha ileri gitmiştir. Eğer bir birey Anayasa Mahkemesi'nin kararlarından memnun olmazsa, bunun bir duruşmanın yapılmasının reddedilmesine ilişkin bir karar, yahut bir duruşmanın yapılmasının ardından verilen karar olup olmadığına bakılmaksızın, bazı koşullarda, bu bireyin İnsan Hakları Mahkemesi'ne temyiz başvurusunda bulunma yolu açıktır. Temiz başvurusunda bulunabilmek için, bu karar İnsan Haklarının Ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Anlaşma kapsamında güvence altına alınan haklardan bir tanesini ilgilendirmelidir. Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yargı yetkisini tanıdığından bu yana, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye Cumhuriyeti'ne ilişkin olarak alınan başvurularla ilgili 3182 hükümde bulunmuştur[40].

Moğolistan'da, temel insan haklarına ilişkin mahkeme kararlarından memnun olmayan bireylerin benzer bölgesel insan hakları mahkemelerine başvuru hakkı bulunmamaktadır. Bu kişiler Moğolistan Ulusal İnsan Hakları Komisyonu'na (NHCR) veya Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'na veya İnsan Hakları Konseyi'ne başvuruda bulunabilirler.

i. Moğolistan Ulusal İnsan Hakları Komisyonu

NHCR, 2000 tarihli Moğolistan Ulusal İnsan Hakları Komisyonu Anlaşması (Anlaşma)[41] kapsamında kurulmuştur ve faaliyetlerine 1 Şubat 2001 tarihinde başlamıştır. Bu Anlaşmanın

37 Moğolistan Anayasası'nın 16 (14) sayılı maddesi: "Eğer bir kişi Moğolistan yasalarında veya bir uluslararası anlaşmada belirtilen hak veya özgürlüklerinin ihlal edildiğini düşünüyorsa, bu hakkını korumak üzere mahkemeye temyiz başvurusunda bulunma hakkı; başkalarının yasadışı şekilde sebep olduğu zararlardan dolayı tazminat alma hakkı."

38 Eğer temel hakları ihlal edilmişse bu durumda vatandaş dilekçe ile başvuru yapar, eğer yetkililerin kararları Anayasayı ihlal etmişse, bu durumda vatandaş bilgi verir.

39 Lundendorj N., "Transitional Period: Political and Legal Issues", Ulaanbaatar, 2010, s. 158.

40 http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2015_ENG.pdf

41 *Bu kanunun amacı Moğolistan Ulusal İnsan Hakları Komisyonu'nun hukuki dayanağını ve çalışma prensiplerini tespit etmek ve bu Komisyonun yetkilerini uygulamasından dolayı ortaya çıkacak ilişkileri düzenlemektir.*

3.1 numaralı maddesi uyarınca, Komisyon, Moğolistan Anayasası'nda, Moğolistan yasalarında ve Moğolistan'ın taraf olduğu uluslararası anlaşmalarda sağlanan insan hak ve özgürlüklerinin korunması ve teşvik edilmesi ile görevlendirilmiş bir kurumdur. NHCR, Moğolistan Anayasası'nda, kanunlarında ve Moğolistan'ın uluslararası anlaşmalarında güvence altına alınan insan hak ve özgürlüklerinin ihlaline ilişkin şikâyetleri değerlendirir.

Bu Anlaşma ile Komiserlerin sahip olacağı yetkiler ortaya konulmuştur. Bu yetkiler arasında, insan hak ve özgürlüklerinin ihlaline ilişkin olarak mahkemelerde dava açma yetkisi, ve bunun yanında Komiserin, insan hakları ve özgürlüklerini ihlal ettiğini düşündüğü resmi görevliler üzerinde idari yaptırımlar uygulanmasına ilişkin olarak, yetkili organlar veya görevlilere yönelik taleplerde bulunma yetkisi yer almaktadır[42]. NHCR'nin talepleri yürürlüğe konulabilir nitelikte değildir. Yetkililer buna benzer bir talebe uygun olarak hareket etme kararı verebilir, fakat yetkililerin bu tavsiyeleri kolayca görmezden gelme yolu da açıktır. NHCR yılda yaklaşık olarak 280 şikâyet dilekçesini kabul etmekte ve bunlara çözüm bulmaktadır[43]. Ancak, Anlaşma içerisinde, NHCR'ye başvuru yapan bir kişinin aynı zamanda Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapmasına engel teşkil edecek hiçbir husus bulunmamaktadır.

ii. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu

İnsanlar uluslararası düzeyde haklarını savunmak için her geçen gün daha fazla yola sahip olmaktadır. 1970'li yılların başından bu yana, uluslararası şikâyet mekanizmaları süratli şekilde gelişmiş olup, bireyler artık aşağıda "kilit" insan hakları anlaşmaları olarak adlandırılan anlaşmalar içerisinde yer alan haklarının ihlaline ilişkin olarak Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'na (Komisyon) başvuru yapabilmektedir[44].

- Sivil ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Anlaşma.
- Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Anlaşma.
- İşkence ve Diğer İnsanlık Dışı, Zalimce veya İnsan Onurunu Zedeleyecek Davranış veya Cezalara İlişkin Anlaşma.
- Her Türlü Etnik Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Anlaşma;
- Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Anlaşma.
- Tüm İnsanların Cebri Kaybolmadan Korunması Uluslararası Sözleşmesi.
- Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Anlaşma.
- Çocuk Haklarına İlişkin Anlaşma ve Opsiyonel Protokolleri.

Moğolistan'ın yerel mahkemelerinde bir karar verilmiş olup olmadığına bakılmaksızın, buna benzer bir şikâyette bulunulabilir. Moğolistan yukarıda bahsi geçen anlaşmaların hepsine taraftır ve Tüm İnsanların Cebri Kaybolmadan Korunması Uluslararası Sözleşmesi haricinde hepsi için bireysel şikâyet prosedürlerini kabul etmiştir. Bu, anlaşmaların hükümlerinin ihlal edilmesi konusunda herhangi bir kişinin Moğolistan aleyhinde şikâyette bulunabileceği anlamına gelmektedir[45]. Meslek dışındaki bireyler için de kolayca erişilebilir olması amaçlansa da, Birleşmiş Milletler şikâyet prosedüründe Moğol vatandaşlar için bazı zorluklar bulunmaktadır; nitekim

42 *Moğolistan Ulusal İnsan Hakları Komisyonu Anlaşması, madde* 17.1.1 & 17.1.2.

43 *NHCR, şikayetlerin çözülmesi prosedürü, bulunduğu yer:* http://mn-nhrc.org/eng/main/1/eng/38/41/eng/38/40/

44 *Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği*, "Individual Complaint Procedures under the United Nations Human Rights Treaties" Fact Sheet No. 7/Rev.2, United Nations, 2013.

45 http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/IndividualCommunications.aspx#proceduregenerale

şikâyetler Birleşmiş Milletler'in dillerinden bir tanesinde (yani Arapça, Çince, İngilizce, Fransızca, Rusça veya İspanyolca) hazırlanmalıdır.

iii. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi

Alternatif olarak, bireyler eğer söz konusu ihlalin kurbanı olduklarını veya bu ihlali doğrudan ve güvenilir kaynaklarla bildiklerini iddia ederlerse, insan hakları ihlallerini İnsan Hakları Konseyi'ne şikâyet edebilir[46]. İnsan Hakları Konseyi'nin değerlendirmesinin sonuçları hukuki olarak bağlayıcı olmasa da durumun düzeltilmesi için siyasi bir baskı yaratabilir.

Sonuç

An itibariyle sivil ve idari davalarda uzmanlaşmış olan mahkemeler insan hakları davaları ile ilgilenmektedir, ancak Yargıtay kararları için bir hukuki inceleme sürecinin olmaması endişe vericidir. Moğolistan, hem vatandaşları hem de Moğolistan sınırları içerisinde yaşamakta ve çalışmakta olan yabancı vatandaşlar için, temel insan haklarını daha iyi güvence altına alma kapasitesine sahiptir. Potansiyel olarak bu amaca ulaşmanın birçok yolu olsa da, Moğolistan'ın; Anayasa Mahkemelerinin yargılama yetkisi, NHCR'nin yetkileri ve uluslararası yeniden-inceleme seçeneklerinin kullanılabilirliği ile ilgili olarak yapması gereken 3 adet kilit değişiklik bulunmaktadır. Aşağıda da tartışıldığı üzere, bu değişikliklerin her birinin tek başına yapılması elbette faydalı olacaktır, fakat hep beraber yapıldığı zaman Moğolistan'da insan haklarının korunmasına ilişkin çok daha güçlü bir yapı ortaya çıkacaktır.

Öncelikle, Moğolistan'da insan haklarının daha iyi korunması amacıyla, Moğolistan'ın Anayasa Mahkemelerinin, temel hakların kendiliğinden uygulanması yönündeki hukukun egemenliği ilkesini kabul etmesinin zamanı gelmiştir. Eğer temel haklar yeterince korunacaksa, aynı zamanda bu hakları koruyan adli yapıların da bulunması gerekmektedir. Bu sebepten, Moğolistan Anayasa Mahkemelerinin yüzde 5 üzerinde bir kapasitede çalışan daha geniş bir yargı yetkisini tanıması gerekmektedir. Anayasa Mahkemeleri Anayasa yetki alanına dayalı olarak temel hakların ihlaline ilişkin bireysel başvuruları kabul etmeyi reddetmemelidir; nitekim bu haklar kendiliğinden uygulanan haklardır. Anayasanın yorumlanması vasıtası ile bunu yapmanın mümkün olacağı durumlar olsa da, Moğolistan, temel hakların ihlaline ilişkin bireysel başvuruları açıkça kabul edecek şekilde Anayasa Mahkemeleri Kanunu ve Anayasa Mahkemelerinin Prosedürleri ile ilgili kanunu reforme ederek, hizmet kalitesini çok daha arttırabilecektir. Moğolistan, Anayasa kapsamında güvence altına alınan bireysel hak ve özgürlüklerin ihlali söz konusu olduğunda, Anayasa Mahkemelerinin adım atmasını zorunlu kılmalıdır. Bunu yapmadan önce, kanun değişikliği gibi hukuki sonuçlar üzerinde daha derinlemesine çalışmalar yapılmalıdır ve eğer buna benzer bir değişiklik uygulanacaksa gerekli mahkeme kaynakları gibi pratik ihtiyaçlar da değerlendirmeye alınmalıdır. Olumlu bir gelişme olarak, hükümet Evrensel Periyodik Gözden Geçirmenin dokuzuncu oturumu esnasında bu teklifi daha derinlemesine inceleyeceğini taahhüt ettiğini belirtmiştir. Bizim bildiğimiz kadarıyla bugüne kadar bu yönde herhangi bir çalışma bulunmamaktadır.

İkincisi, NHCR'nin yetkinliği (yetkileri) daha bağlayıcı bir hukuki etkiye sahip olmalıdır. Bunun nasıl yapılabileceği ile ilgili hususlar daha derinlemesine bir çalışmanın konusu olmalıdır, ancak değişiklikler arasında, NHCR'nin taleplerinin neden reddedildiği konusunda resmi yetkililerin kamuya açık bir rapor yazmasının gerekli tutulması yer alabilir. Ancak, NHCR'nin hak ve yükümlülüklerinin hukuki açıdan daha bağlayıcı yapılmasının önemine rağmen, NHCR Moğolistan'da bir mahkeme olarak değerlendirilmediği için, temel insan haklarının adli yollarla korunması çok daha hayati öneme sahiptir. Bu sebepten, NHCR'nin daha çok eğitim ve bilinç

46 http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/ComplaintProcedure/Pages/HRCComplaintProcedureIndex.aspx

oluşturma rolü üstlenmesi ve bu esnada mahkemelerin temel insan haklarının korunması konusunda başrol oynaması daha uygun olacaktır.

Üçüncüsü, Moğolistan, uluslararası şikâyet mekanizmalarının ve koruma önlemlerinin bireylerin erişimine sunulması için uluslararası insan hakları organları ile birlikte çalışmalıdır. Türkiye'de, insan hakları ihlal edilen taraflar nihai olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru yapabilmektedir. Asya'da bölgesel insan hakları mahkemesi mevcut değildir. Ancak insan hakları ihlalleri ile ilgili olarak bireylerin veya grupların endişelerine çözüm getirmek üzere Birleşmiş Milletler şikâyet mekanizmaları mevcuttur. Hem Moğolistan hükümetinin insanların Birleşmiş Milletler şikâyet mekanizmalarına efektif şekilde erişim sağlamasını temin etmesi, hem de bu mekanizmalar vasıtası ile iletilen şikâyetlere hızlı ve uygun şekilde cevaplar vermesi önem taşımaktadır. Son bir öneri olarak, bölgesel bir insan hakları mahkemesi veya komisyonu kurmak üzere Asya veya Orta Asya'daki diğer devletlerle birlikte çalışılması da düşünülebilir.

Son olarak, Moğolistan'daki temel hakların, ancak Anayasa Mahkemeleri bu hakları yeniden incelemeye başladığı zaman kendiliğinden uygulanan nitelikte olması gerekse de, hukuki gelişimin şu anki durumunun buna benzer bir taahhüt için hazır olup olmadığının incelenmesi mümkün olacaktır.

CONSTITUTIONAL REVIEW IN MONGOLIA: FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS AND THE RIGHT TO INDIVIDUAL APPLICATION

Nanzaddorj Lundendorj[*]
Mandakh Tsogtsaikhan[**]

I. Introduction

This paper considers the adequacy of existing judicial mechanisms in Mongolia for the protection of fundamental human rights and the steps which Mongolia might take to better ensure the protection of such rights. It first considers whether international human rights treaties are self-executing under the Constitution of Mongolia, and how they are applied in Mongolian courts. It then considers the creation and jurisdiction of the Constitutional Court and thea bility of individual Mongolian citizens to enforce their human rights in court, including the limitations on individuals to access the Constitutional Court. It examines the options available to Mongolian citizens for enforcing human rights beyond domestic courts, considering the international mechanisms available to individuals who wish to complaint about a violation of their human rights. Finally, it makes some suggestions for reforms which Mongolia's legislature could implement to better protect the human rights of individuals.

II. Self-Executing Rights

In the context of human rights law, self-executing treaties create rights and obligations that individuals can enforce directly in national courts, without the need for the legislature to create legislation implementing those treaties[1]. To be properly described as self-executing, such treaties must firstly be incorporated into national law, and secondly, be sufficiently clear and complete that they can be applied by a judge[2]. The first factor is usually satisfied where the State's constitution provides that international treaties can be directly invoked.

An example of a constitution under which treaties are self-executing can be found in Russia. The Russian Constitution, as adopted in 1993, provides that both international treaties and the generally recognised principles and norms of international law shall constitute an integral part of Russia's legal system[3]. Prior to the 1993 Constitution, Russia was able to sign international treaties, including treaties on human rights, and avoid incorporating the rights and obligations created by those treaties into its domestic legal system[4]. This is no longer the case.

By contrast, under the Constitution of India, international treaties are not self-executing[5]. Article 51 of the Indian Constitution provides that the State shall endeavour to 'foster respect for international law and treaty obligations in the dealings of organised peoples with one another',

---

* Chairman of the Judicial General Council of Mongolia.

** Director of the Judicial Research, Information and Training Institute under the Judicial General Council of Mongolia.

1 Carlos Manuel Vazquez, *The Four Doctrines of Self-Executing Treaties*, 89 Am. J. Int'L L. 695 -723 (1995), p. 695.

2 Marc J Bossuyt, *The Direct Applicability of International Instruments on Human Rights*, 15 Rev. BDI 317 (1980), p. 318.

3 Constitution of the Russian Federation 1993, Article 15(4).

4 Dr. G. Danilenko, *Implementation of International Law in Russia and other CIS States,* 1998, p. 3.

5 Dr. Brahm A. Agrawal, *Enforcement of International Legal Obligations in a National Jurisdiction*, p. 17.

while article 253 gives Parliament the power to make laws implementing international treaties. It is necessary for the Indian Parliament to enact legislation incorporating international treaties into national law if individuals are to be able to seek redress for violations of the rights created by those treaties in their national courts.

In Mongolia, article 10 of the Constitution of Mongolia provides that international treaties to which Mongolia is a party shall become effective as domestic legislation upon the entry into force of the laws on their ratification or accession. Thus international treaties are generally self-executing in Mongolia. However, as discussed below, it is not enough that international treaties apply, in theory, as law in Mongolia. If fundamental rights are to be adequately protected, there must also be judicial structures which protect those rights. This is a live issue in Mongolia, where individuals claiming human rights violations are currently unable to seek redress in Mongolia's constitutional court. Consequently, the fundamental rights are not adequately protected in Mongolia and the judicial structures are not in a position to protect them. Therefore, these rights remain outside of the judicial protection.

A. Some Issues on the Fundamental Rights of Mongolia

Although treaties may be incorporated into national law under the Constitution, they must also satisfy the second criteria of a self-executing treaty, that is, they must be sufficiently clear as to be judicially applicable. A study of the Mongolian Constitution's chapter on the human rights and freedoms shows that Mongolia has adopted into its Constitution the Universal Declaration of Human Rights together with the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Not all rights under these international treaties are self-executing. They must operate to actually limit the political power of government authority[6].

For example, the rights which are adapted from the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights are not self-executive because they are not sufficiently clear as to be judicially enforceable. Such rights require legislators to enact legislation before the judiciary can apply them. The Mongolian Constitution provides that the right to healthy and safe environment[7], the right to be provided with the enabling conditions to labor[8], and the right to the health protection[9], are fundamental rights. These rights are expressed in the Constitution as broad statements of principle, too abstract for the Constitutional court to be able to directly apply and protect them. Legislation is thus required. Article 19(1) of the Constitution of Mongolia stipulates that the State shall be accountable to the citizens for the creation of economic, social, legal and other guarantees for ensuring the human rights and freedoms, and shall fight the violations of the human rights and freedoms, and shall restore such infringed rights for their exercise. Therefore it is incumbent upon the State to provide legal guarantees to ensure the protection of non self-executing rights[10].

III. Protecting Fundamental Rights in Mongolia

A. Establishing the Constitutional Court

Constitutionalism in Mongolia is relatively young. The country held its first democratic election in 1990, commencing the transition from socialist regime to a democratic free-market.

6 Unurbayar Ch, "Development of Constitutionalism and its Trend", Ulaanbaatar, 2014, p. 153.

7 Constitution of Mongolia, Article 16.2.

8 Ibid, Article 16.4.

9 Ibid, Article 16.6.

10 Unurbayar Ch, p. 154.

Two years later, in 1992, the current Constitution of Mongolia was adopted. As noted above, the Constitution guarantees individuals a number of fundamental rights: for example, the right to life, to education, to personal liberty and safety[11]. Human rights guaranteed under international treaties to which Mongolia is a party are also protected under the Constitution in accordance with article 10, described above. The Constitution also establishes the Constitutional Court, a separate constitutional court.

Prior to the adoption of the 1992 Constitution, there was no established system of determining whether government acts were consistent with the law[12]. Constitutional framers considered whether to include a constitutional review mechanism into the 1992 Constitution, many advocating for a review mechanism because it would establish the rule of law, and because it would protect fundamental rights from abuse by parliament. In determining how such a mechanism would operate, the Constitution framers considered models of constitutional review already established overseas: most particularly, Soviet, American and European models of constitutional review. To determine which model would most appropriately be adapted to the Mongolian situation, Constitution framers considered Mongolia's civil law history, the population's distrust of the old judiciary, the structure of the existing judicial system and the need for maintenance of separation of powers between the legislative, executive and judicial arms of government[13].

Ultimately, the constitutional review mechanism included in the draft Constitution was modelled on the European approach. This involved establishing a new constitutional court, rather than either allowing existing courts to exercise constitutional review powers or establishing a constitutional advisory council instead of a court[14]. As a result, the Constitutional Court was established. It is described in article 64(1) of the Constitution as the organ *'exercising supreme supervision over the implementation of the Constitution, making judgement on the violation of its provision and resolving constitutional disputes'*.

The Constitutional Court and its members is independent of the other arms of government[15], and is empowered to review and make judgment on disputes at the request of the State Great Khural (the unicameral parliament of Mongolia), the President, the Prime Minister, the Supreme Court and the Prosecutor General, and/or on its own initiative on the basis of petitions and information received from citizens[16].

Under Article 1 of the *Law on the Constitutional Court,* the Constitutional Court is 'the body which has full powers to exercise supreme supervision over the implementation of the Constitution, to render decisions on the infringements of its provisions, to settle constitutional disputes, and is the guarantor for the Constitution to be strictly observed'. While under certain circumstances a dispute may be completely reconsidered by the Constitutional Court[17], there is no higher court to whom an aggrieved individual can appeal.

11 Constitution of Mongolia, Articles 16(1),(7),(13).

12 Munkhsaikhan Odonkhuu, "Towards Better Protection of Fundamental Rights in Mongolia: Constitutional Review and Interpretation" Center for Asian Legal Exchange & Graduate School of Law Nagoya University, 2014, p 66.

13 Munkhsaikhan Odonkhuu, "Towards Better Protection of Fundamental Rights in Mongolia: Constitutional Review and Interpretation" Center for Asian Legal Exchange & Graduate School of Law Nagoya University, 2014, p 74-78.

14 Ibid, p. 74.

15 The Constitution of Mongolia, Article 64(2),(3)

16 The Constitution of Mongolia, Article 66(1)

17 *Law on the Constitutional Court Procedure*, Article 29.

The Constitutional Court shall consist of 9 members. Members are appointed by the State Great Khural for a term of six years upon the nomination of three of them by the State Great Khural, three by the President and the remaining three by the Supreme Court[18]. The 6 year term of appointment is renewable once. This short duration has attracted the criticism of Mongolian scholars, who argue that it is not long enough for the Court to have consistent reasoning or strengthen constitutional integrity[19].

B. Individual Claims for Human Rights Violations – the Current Situation

Mongolia has ratified more than 30 international human rights treaties[20]. In light of article 10 of the Constitution, these form part of the domestic laws of Mongolia. Further, article 16(14) of the Constitution provides that, *the citizens of Mongolia are guaranteed to enjoy the following rights and freedoms: … the right to appeal to the court to protect his/her rights or freedoms as spelt out by the Mongolian law or an international treaty that have been violated…*

In addition, article 3.1 of the *Civil Procedure Code* provides:

> *Any person, whose human rights, freedom and legally protected interests provided by legislation of Mongolia and international treaties to which Mongolia is a party, are considered to be violated, is entitled to apply to the Court for the protection of the rights, in accordance with the procedures provided by this Law and in the form of claim, request or complaint*.

The Constitutional Court is tasked with upholding the rule of law and protecting fundamental human rights. However, as a general rule an individual who wishes to complain that the government's actions are in breach of that individual's rights under the Constitution or an international treaty is unable to seek redress through the Court. Jurisdiction of the Court is limited. Under article 66(2) of *the Constitution of Mongolia* and article 8(2) of the *Law on the Constitutional Court*, the Court can consider disputes about the conformity to the Constitution of:

6) Laws and other decisions of the State Great Khural

7) Decrees and other decisions of the President;

8) Resolutions and other decisions of the Government;

9) International treaties, concluded by Mongolia;

10) Decisions of the central electoral body concerning referendum.

In some circumstances, there may be overlap between the above categories and the violation of an individual's rights. Where this is not the case, individual complaints are brought in the Supreme Court of Mongolia. The Supreme Court has the power to adjudicate matters concerning the rule of law and protection of human rights transferred to it by the Court or by the Prosecutor-General[21]. Importantly, there is no judicial review available for the decisions of the Supreme Court[22], either by the Constitutional Court or by a regional human rights court. This lack of appeal options has attracted particular criticism from human rights activists who see the Supreme Court

18 The Constitution of Mongolia, Article 65 (1).

19 Ibid, p. 80-81.

20 Munkhsaikhan Odonkhuu, p. 25.

21 *Law on Courts of Mongolia*, Article 17.3.4.

22 The decision made by the Supreme Court shall be a final judiciary decision and shall be binding upon all courts and other persons.

as paying too little attention to fundamental rights[23]. In 2011, the UN Human Rights Committee recommended that Mongolia take steps to promote effective application of the *International Covenant on Civil and Political Rights* before domestic courts, including through compulsory training for judges and lawyers on international human rights treaties[24]. Critics have also raised concerns that ordinary courts can issue decisions which are contradictory to Constitutional provisions, and the Constitutional Court have limited authority to review and correct these decisions[25].

C. Individuals Access to the Court : Applications vs Information

Although individuals cannot generally bring individual claims before the Court, they are not without access to it. The Constitution empowers the Court to act on its own initiative on the basis of petitions and information received from citizens[26]. Citizens do not need to show that their own rights have been violated. Such petitions are not applications to the court, but rather involve the provision of information. Citizens are acting as *amicus curiae*[27], rather than as a party to a dispute. The constitutional petition mechanism is clearly being used to some extent, with individual citizens filing over 1000 constitutional petitions between 1992 and 2007[28]. However, the existing system has been criticised as insufficient because individuals cannot challenge in the Court when the decisions of ordinary courts and administrative organs violate their fundamental human right[29].

This situation may be contrasted with that in Turkey, where the 2010 amendment to article 148 of the Turkish Constitutions specifically allows individuals to appeal decisions concerning their fundamental rights to the Constitutional Court of Turkey (**CCT**), stating:

> *Everyone may apply to the Constitutional Court on the grounds that one of the fundamental rights and freedoms within the scope of the European Convention on Human Rights which are guaranteed by the Constitution has been violated by public authorities. In order to make an application, ordinary legal remedies must be exhausted.*[30],

Turkey subsequently enacted the *Law on the establishment and rules of procedure of the Constitutional Court of Turkey*[31]. Article 45 states that every person may apply to the Constitutional Court alleging that the public power has violated any one of his/her fundamental rights and freedoms secured under the Constitution which falls into the scope of the European Convention on Human Rights and supplementary protocols thereto, which Turkey is a party to.

23 Munkhsaikhan Odonkhuu p. 89.

24 United Nations Human Rights Committee, *Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant*, CCPR/C//MGB/CO/5, p. 2.

25 Centre for Law and Human Rights, NGO Coaliion for docuemantion and protection of human rights, Coalition "July 1", *"July 1" and Human Rights Violation Mongolia – Stakeholders Submission to ONCHR for UPR*

26 Article 66 (1)

27 An amicus curiae is someone who although not a party to a case and unsolicited by any of the parties in the case, to assist the court in the case offers information that bears on the case.

28 Munkhsaikhan Odonkhuu, p. 90.

29 Ibid, p. 94.

30 Law No. 5983, Amending Certain Provisions of the Constitution, 7 July 2010.

31 Law No. 6216, adopted 30 March 2011.

Mongolia has been asked to give consideration to allowing individuals to make applications to the Constitutional Court. In the November 2010 Universal Periodic Review conducted by UN Human Rights Council, Mongolia was asked about the council recommendation that it mandate the Constitutional Court to act upon violations of the individual rights and freedoms guaranteed under the Constitution[32]. This was one of the few 2010 UN Human Rights Council recommendations which Mongolia did not accept, on the basis that:

> "*… the government found it impractical to mandate the Constitutional Court, which carried supreme supervision over the implementation of the Constitution, to receive and address every individual complaint regarding the breach of constitutional rights and freedoms as the Constitution stipulated that the Constitutional Court should review and make judgment on the disputes at the request of the Parliament, the President, the Prime Minster, the Supreme Court or the Prosecutor General and/or on its own initiative on the basis of petitions and information received from citizens. Furthermore, specialized courts on civil and administrative cases functioned to deal with above mentioned cases*[33]."

D. Capacity for Court to Adjudicate Individual Disputes

In many constitutional review system countries, it is possible for a citizen who considers that their fundamental, constitutional rights have been violated by a decision of the legislature, executive or judicial authorities, to seek to have their rights reinstated through constitutional review (at the constitutional level). It is considered that fundamental rights are the most important component of the constitution, and in some constitutional courts such complaints represent approximately 95% of the average complaints in those countries where a system of constitutional review upon individual application exists[34]. Because the Court do not hear individual applications, arguably they are currently working at only 5% capacity in comparison with other constitutional courts[35].

According to the Constitution of Mongolia, the scope of constitutional review is very limited, and fundamental rights are not in the list of the review objects. Therefore the actual implementation of the Chapter Human Rights and Freedoms of the Constitution has been neglected, meaning the rights set out in that chapter are insufficiently guaranteed[36]. Nevertheless, theoretically, it is arguably possible for the Court to interpret review of violations of individual rights as being within their constitutional dispute jurisdiction. The theoretical bases upon which the Court might do this are as follows:

First, under the Constitution, the fundamental rights it refers to are self-executing, direct serving rights. Therefore regardless whether the legislator has enacted legislation to implement the guarantees of the fundamental rights, it is open to the Court to interpret and apply these rights as law. The Court would need to consider such rights to be sufficiently clear as to be directly judicially applicable.

Second, the Constitution guarantees that the government and its officials cannot take away

32 Mongolia presented itself at the 9th session of the Universal Periodic Review (November 2010), Available at: http://www.upr-epu.com/ENG/country.php?id=201

33 Nevertheless, the government expressed its commitment to further study the proposal, Available at: http://www.upr-epu.com/ENG/country.php?id=201

34 http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2015/gb2015/A-I-1.pdf?__blob=publicationFile&v=1 Verfassungsbeschwerden: 212.827 (96,58%), abstrakte und konkrete Normenkontrollverfahren: 3.790 (1,72%) andere Verfahren, z.B. Bund-, Länderstreitigkeiten, Organ- und andere Verfassungsstreitigkeiten in Bund und Ländern: 3.702 (1,68%)....

35 Batsuuri M., Unurbayar Ch., "Rule of Law", Ulaanbaatar, 2010, p. 61.

36 Sarantuya Ts, "Constitutional Process: Basic Concepts, Issues", Ulaanbaatar, 2005.

a person's basic rights to life, liberty or property, without due process of law[37].

Third, according to article 66(1) of the Constitution, the Constitutional Court shall review and make judgment on its own initiative on the basis of petitions and information received from citizens. Therefore the Constitutional Court has the right to decide whether to review disputes on the basis of petitions and information received from citizens. Thus through the Constitutional Court it is possible to reinstate fundamental rights on the basis of the basis of petitions received from citizens[38].

As mentioned above, currently, the Mongolian Constitutional Court are arguably working at 5% capacity. To better protect human rights in Mongolia, it is time for Mongolia's Constitutional Court to accept the principle of the rule of law that fundamental rights are self-executing[39].

E. International protections

In Turkey, aggrieved individuals are able to bring matters before the CCT. However, Turkey has gone a step further, by recognising the jurisdiction of the European Court of Human Rights (the ECHR). If an individual is unhappy with the decision of the CCT, whether that is a decision to refuse to hear a case or a decision following hearing, in some circumstances it may be open to the party to appeal to the ECHR. To be appealable, the decision must concern one of the rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Since Turkey recognised its jurisdiction, the ECHR has issued 3182 judgments in relation to applications received concerning Turkey[40].

In Mongolia, individuals who are dissatisfied with court decisions concerning their fundamental human rights do not have access to a similar regional human rights court. They may lodge complaints with the National Human Rights Commission of Mongolia (the NHRC), or with the United Nations Human Rights Commission or Human Rights Council.

i. The National Human Rights Commission of Mongolia

The NHRC was established under the *National Human Rights Commission of Mongolia Act 2000* (the Act)[41] and commenced operations on 1 February 2001. According to article 3.1 of the Act, the Commission is an institution mandated with the promotion and protection of human rights and freedoms, provided for in the Constitution of Mongolia, Mongolian laws, and international treaties to which Mongolia is a party. The NHRC considers complaints regarding the violation of human rights and freedoms guaranteed in the Constitution of Mongolia, laws and international treaties of Mongolia.

The Act sets out the powers that Commissioners have. This includes the power to submit claims to the Courts with regards to issues of violations of human rights and freedoms, as well as to put forward requests to competent authorities or officials with regard to imposing administrative sanctions on officials who the Commissioner considers have violated human rights and freedoms[42]. The NHRC's requests are unenforceable. Authorities may decide to act in response to such a

37 Article 16(14) of the Constitution of Mongolia: "right to: appeal to the court to protect his/her right if he/she considers that the rights or freedoms as spelt out by the Mongolian law or an international treaty have been violated; be compensated for the damage illegally caused by others;".

38 If the fundamental rights are violated then the citizen submits the petitions, if the authorities decisions infringed the Constitution then the citizen submits (informs) the information.

39 Lundendorj N., "Transitional Period: Political and Legal Issues", Ulaanbaatar, 2010, p. 158.

40 http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2015_ENG.pdf

41 The purpose of this Law shall be to determine legal basis and operational principles of, and to regulate the relations arising out of the exercise of powers by the National Human Rights Commission of Mongolia.

42 *National Human Rights Commission of Mongolia Act,* Article 17.1.1 & 17.1.2.

request, but it is open to the authorities to simply ignore them. The NHRC receives and resolves around 280 complaints a year[43].

However, there is nothing in the Act which precludes a person who complains to the NHRC from also filing a petition with the Constitutional Court.

ii. The United Nations Human Rights Commission

Individuals have increasingly acquired the means to vindicate their rights at the international level. Since the early 1970s international complaint mechanisms have developed apace, and individuals can now bring claims to the United Nations Human Rights Commission (the Commission) concerning violations of their rights contained in the below so-called "core" human rights treaties[44].

- The International Covenant on Civil and Political Rights;
- Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women;
- Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment;
- The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination;
- Convention on the Rights of Persons with Disabilities;
- The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance;
- The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.
- The Convention on the Rights of the Child and its Optional Protocols.

Such a complaint can be made regardless of whether a court decision has been made in Mongolia's domestic courts. Mongolia is a party to all of the above treaties and has accepted the individual complaint procedures for all except the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance. This means that anyone can bring a complaint against Mongolia for violation of the terms of those treaties[45]. Although meant to be easily accessible for the lay person, the UN complaints procedure presents some difficulty for Mongolians as complaints must be written in one of the UN's language (i.e Arabic, Chinese, English, French, Russian or Spanish).

iii. The United Nations Human Rights Council

Alternatively, individuals can bring human rights violations to the attention of the Human Rights Council complaint if they claim to be the victims of these or to have direct, reliable knowledge of such violations[46]. The outcome of consideration by the Human Rights Council will not be legally binding, although it may create political pressure to rectify a situation.

IV. Conclusion

Currently specialized courts on civil and administrative cases deal with human rights cases,

43 NHRC, *Procedure of Resolving Complaints*, available at: http://mn-nhrc.org/eng/main/1/eng/38/41/eng/38/40/

44 UN Human Rights Office of the High Commissioner, "Individual Complaint Procedures under the United Nations Human Rights Treaties," Fact Sheet No. 7/Rev.2, United Nations, 2013.

45 http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/IndividualCommunications.aspx#proceduregenerale

46 http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/ComplaintProcedure/Pages/HRCComplaintProcedureIndex.aspx

however the lack of judicial review available for the decisions of the Supreme Court is concerning. Mongolia has the capacity to better secure fundamental human rights for both its citizens and foreign nationals living and working within its borders. While there are potentially many ways of achieving this goal, there are three key changes which Mongolia should make, in relation to: the jurisdiction of the Constitutional Court, the powers of the NHRC, and the availability of international review options. Discussed below, each of these changes alone would be beneficial, but in concert would provide a far more powerful regime for protection of human rights in Mongolia.

Firstly, in order to better protect human rights in Mongolia, it is time for Mongolia's Constitutional Court to accept the principle of the rule of law that fundamental rights are self-executing. If fundamental rights are to be adequately protected, there must also be judicial structures which protect those rights. Therefore the Mongolian Constitutional Court need to recognize a broader jurisdiction, working at greater than 5% capacity. Constitutional Court should not refuse to accept individual applications concerning the violation of fundamental rights based on the constitutional jurisdiction as these rights are self-executing. Although there is some scope to do this through constitutional interpretation, Mongolia would be better served by reforming the *Law on the Constitutional Court* and *Law on the Constitutional Court Procedure* to explicitly accept individual applications concerning the violation of fundamental rights. Mongolia should mandate the Constitutional Court to act upon violations of the individual rights and freedoms guaranteed under the Constitution. Before doing so, further study must be made of the legal ramifications of such an amendment, and consideration given to practicalities such as court resourcing required if such a change is to be implemented. Fortunately the government expressed its commitment to further study the proposal during the 9th session of the Universal Periodic Review. As far as we know, there is a lack of such studies to date.

Secondly, the NHRC's competence (powers) should have more binding legal effect. Consideration to how this can be done must be the subject of further study, however change could include requiring government officials to publically report on why the NHRC's requests have been refused. However, because the NHRC is not considered to be a court in Mongolia despite the importance of making the NHRC's rights and obligations more legally binding, it is more vital to protect the fundamental human rights through judicial means. Therefore, it is more appropriate for the NHRC to be accorded more of an educational and awareness raising role, while the courts should play the main role in protecting the fundamental human rights.

Thirdly, Mongolia should work with international human rights bodies to make international complaints mechanisms and protections readily accessible to individuals. In Turkey, parties whose human rights have been violated can ultimately appeal to the European Court of Human Rights. In Asia there is no regional human rights court. However UN complaints mechanisms are available to address the concerns of groups and individuals about human rights violations. It is essential both that the Mongolian government ensures that people are able to effectively access UN complaint mechanisms, and that it responds quickly and appropriately to complaints made through those mechanisms. As a final suggestion, further consideration could also be given to working with other States in Asia or Central Asia to establish a regional human rights court or commission.

Lastly, even though the fundamental rights in Mongolia should be self-executing only when the Constitutional Court starts to review these rights it would be possible to examine if the current state of legal development is ready for such undertaking.

ULUSLARARASI İSTANBUL HUKUK KONGRESİ
INTERNATIONAL İSTANBUL LAW CONGRESS
17-19 EKİM 2016
17-19 OCTOBER 2016

BİRİNCİ GÜN
FIRST DAY

ENDERUN SALONU
ENDERUN HALL

Tahkim - I
Arbitration - I

TAHKİM ODAKLI ALTERNATİF YARGI ARAÇLARININ ELE ALINMASI

Prof. Haidar Ahmed Dafallah[*]

Rahman ve Rahim Olan Allah'ın Adıyla,

Yargıya başvurmak, her bireyin anayasal bir hakkıdır. Bu anayasal hakka hiç kimse engel olamaz. Bu hak, normal mahkemeler önünde kullanılır. Normal mahkemeler, insanların kabul ettiği kanunları kullanırlar. Kanun koyucular, yargılamaların normal mahkemelerde yapılmasına özen gösterseler de, adaletin tesis edilmesi için hâkimlere davaları, tahkim, sulh, uzlaşma ve duruma göre diğer alternatif yargı araçlarına götürme imkânı verilmiştir. Kimilerine göre anlaşmazlıkların mahkemelerde çözülmesinin, davalar üzerinde bazı olumsuz yönleri vardır. Bu olumsuzluklar ise, davanın değeri, yargılama işlemleri ve anlaşmazlık konusunun gizliğine etki edebilecek yargılamanın çerçevesi, uzunluk süresi ve derecesi gibi hususlarda ortaya çıkar.

Alternatif Yargı Araçlarının Mahiyeti

Alternatif yargı araçları, anlaşmazlıkların çözümüne dair istisnai yöntemlerdir. Bu yöntemlerin dayanağı ise, normal yargılamanın dışına çıkmaktır. Bu yöntemler, Dünya'nın tüm ülkelerinde mevcuttur. Uzlaştırma, arabuluculuk ve sulh gibi alternatif araçlar; kabile liderleri, rahipler ve din adamları vasıtası ile gerçekleşir. Bu yöntemlerin en meşhuru tahkimdir. (Tahkim, insanların gerek bireysel gerekse toplu şekildeki anlaşmazlıklarını çözmek için başvurdukları en eski barışçıl araç olma özelliğine sahiptir. Belki de bu aracın var olmaya ve gelişmeye devam etmesi, tahkimin insan ilişkilerinin her seviyesi için zorunlu bir gereksinim oluşturduğunu göstermektedir.) Alternatif yargı araçlarını kısaca ele alacağız.

Tahkim

Kişilerin, anlaşmazlığın çözümü için gerekli masrafları karşılamaları ile birlikte tahkim kararının bağlayıcı olduğu bilinci içerisinde anlaşmazlığı çözmek için tahkim heyeti tayin ederek aralarındaki anlaşmazlığı çözmektir. (Tahkim, anlaşmazlık taraflarının anlaşması uyarınca görev verilen bir ya da birkaç kişi aracılığı ile iki ya da daha fazla taraf arasındaki yasal anlaşmazlık hususunda bağlayıcı karar ile çözümü gerçekleştiren hukuki bir sistemdir).

Sulh

Sulh, sözleşmeli taraflar arasındaki anlaşmazlığı ve husumeti karşılıklı rıza ile ortadan kaldıran bir sözleşmedir. Bununla birlikte sulh için uyulması gereken şartlar, 1984 yılı Sudan muamelat kanununda belirtilmiştir. Sulh yapan tarafların sulh sözleşmesinin kapsadığı haklar karşılığında tasarrufta bulunma ehliyetine sahip olmaları ve sulh sözleşmesinde bazı haklardan feragat edilecekse bağışta bulunma ehliyetine sahip olmaları bu şartlardan bazılarıdır. Yine bu kanunda reşit olmayan çocukların sulh yapıp yapamayacakları konusu ile ilgili olarak özel bir bölüm tahsis edilmiş ve yaptıkları sulhun geçerli olması için sulhun somut bir zarara neden olmaması şart koşulmuştur. Veli ve vasilerin sulhu de böyledir. Bu kişilerin sulhu için bazı şartlar belirlenmiştir. Bu şartlardan birisi, istenilen şeyin karşılığında bedel alınabilecek ve teslim alınmaya gerek duyulması halinde bu bedelin belli olmasıdır. Sulh bedeli, başkasına ait ayni bir hak veya menfaat ise, sulh sözleşmesi bu kişinin iznine bağlıdır. Bu kanunun bazı maddelerinde alacaklar üzerinde sulh yapılması ele alın-

[*] Yargı Başkanı, Yargıtay Mahkemesi Başkanı, Yargı Hizmeti Ulusal Müzakere Başkanı.

mıştır. Davalı taraf kabul etsin ya da etmesin veya sessiz kalsın ya da kalmasın, alacaklar üzerinde sulh yapılması geçerli kabul edilmiştir.

Sulhun Hükmü

Sulh, sulhu kabul eden tarafın ödeyeceği belli bir bedelin kabul edilmesi üzerinde yapılmışsa satış hükmündedir. Menfaat üzerinde yapılmışsa kiralama hükmündedir. İnkar ve sukut üzerine yapılmışsa davacı için takas, davalı için yemin etmek ve husumeti ortadan kaldırmak hükmündedir. Fakat bir kimse, başka birindeki bazı ayni alacakları veya alacak miktarı üzerinde sulh yapmışsa geri kalan alacaklarını talep etme hakkını kaybetmiş olur. İki kişi, ayni hakkı elinde tutmak için karşılıklı ayni hak iddiasında bulunurlarsa bu, takas hükmünde sulh sayılır ve sulhun geçerliliği, bedelin bilinmesine bağlı değildir. Geçerlilik ve sonuçları bakımından sulhe daha çok benzeyen sözleşme hükümleri, sulh için de geçerlidir.

Uzlaşma

Uzlaşma kelimesi, bir sonuca ulaşmak için iki bakış açısını birbirine yakınlaştırmaktır. Bu tür bir anlaşma, sulhun manası kapsamına girer, sulhun şart ve sonuçları bu tür bir anlaşma için de geçerlidir. Uzlaşmanın anlamı, tahkimde bulunması gereken taraf, şahit ve bilirkişileri dinlemek gibi prosedürlere bağlı kalmadan sulh yapmaktır. Uzlaşmada tarafların uzlaşmayı kabul etmesi ve buna rıza göstermeleri gerekir. Aksi takdirde uzlaşma, bağlayıcı olmayan bir sulh sözleşmesinden ibaret olur. Mahkemede dava açılması halinde hâkim, ya aynı mahkemenin ya da tarafların talebi üzerine davayı uzlaşmaya götürür. Davanın uzlaşmaya götürülmesi için tahkimde olduğu gibi başvurunun yazılı olmasına gerek yoktur. Arap Ülkeleri Arap Sermayesi Yatırım Birliği Sözleşmesi ekinin birinci maddesinde şu ifade geçmiştir: (Uzlaşma: Anlaşmazlık taraflarının uzlaşma üzerinde anlaşmaları halinde anlaşmada anlaşmazlığın, tarafların talepleri, seçilen arabulucunun adı ve ücreti belirtilmelidir. Anlaşmazlık tarafları, Arap Birliği Genel Sekreteri'nden aralarını uzlaştıracak kişiyi seçmelerini talep edebilir ve Genel Sekreter, uzlaşma anlaşmasının bir nüshasını arabulucuya iletir ve görevine başlamasını talep eder.)

Arabulucunun görevi, farklı bakış açılarını birbirine yakınlaştırmaktan ibarettir. Arabulucu, tarafların kabul edeceği alternatif uzlaşma önerileri sunabilir. Taraflar, görevini yapmasına yardımcı olacak belge ve bilgileri arabulucuya temin etmelidirler. Arabulucu, Komisyona bir rapor sunar ve raporunda anlaşmazlık noktalarını, uzlaşı ile ilgili önerilerini ve tarafların kabul edebileceği çözümleri özet halde belirtir. Tebligat tarihinden itibaren iki hafta içinde bu raporun taraflara iletilmesi gerekir.

Tahkim, Sulh ve Uzlaşma Arasındaki Fark

Tahkim, sulh demek değildir. Çünkü tahkim yoluyla sulh olmak anlaşmazlığı hemen ortadan kaldırır ve sulh kararı verilir verilmez uygulanması gerekir. Oysa tahkimde taraflar, daha sonra mahkemeye başvurabilirler ve mahkeme kararı olmadıkça kararın uygulanması zorunlu değildir. Sudan mahkemeleri, şöyle bir ilke koymuştur: (Uzlaşma, bir sonuca ulaşmak için anlaşmazlık taraflarının bakış açılarını birbirine yakınlaştırmaktır. Bu tür bir anlaşma, sulhun manası kapsamına girer ve 1984 yılı usul muhakemeleri kanunun 286 ve devamı maddelerinde belirtilen sulhun şart ve sonuçları bu anlaşma için de geçerlidir. Uzlaşma gerçekleştikten sonra mahkeme, tarafların vardığı anlaşmayı tescil eder ve yargı, uzlaşmanın kesinlik kazanması için karar verir.)

Tahkim ve Arabuluculuk Arasındaki Fark

Arabuluculuk, tahkimden farklıdır. Arabuluculuk, belli bir meselede belli bir tarafı ikna etmeden, belli bir kişi ya da grup için söz konusudur. Taraflar, anlaşmazlığı barışçıl yolla çözemedikleri zaman tahkime başvururlar. Hakem, arabulucu veya başka birisi, alternatif tüm araçla-

rı kullanmasına rağmen anlaşmazlığı çözemezse yasal olarak belirtilen yetkiye göre mahkemeye başvurulur. Mahkeme, buna göre yetkisini kullanır. 2016 yılı tahkim kanununun (mahkeme ile işbirliği) 28/M no'lu fıkrasına göre tahkim kararlarına itirazı düzenleyen fıkralar bunun en bariz delilidir. Bu maddeye göre tahkim heyeti, adil bir çözüm için gerek duyduğu şahit ve diğer kişileri ilan etmek için mahkeme ile işbirliği yapabilir.

Tahkim Kararlarına İtiraz

Tahkim kararlarında asıl olan kesin ve taraflar için bağlayıcı olmasıdır. Fakat kararın düzeltilmesi, gözden geçirilmesi veya iptal edilmesi mümkündür.

Birincisi: Düzeltme

Tarafların veya mahkemenin otomatikman kendi talebi üzerine karar tarihinden itibaren bir ay içinde hesaplama veya yazım hatalarının düzeltilmesi için başvuruda bulunulur. Bu husus, 2016 yılı Sudan tahkim kanununun 39/M no'lu fıkrasında belirtilmiştir.

İkincisi: Gözden Geçirme

Tahkim heyetine sunulan ve karara bağlanmayan bir konuyu karara bağlamak için karar tarihinden itibaren bir ay içinde başvuruda bulunulur.

Bu husus, 2016 tahkim kanununun 40/M no'lu fıkrasında belirtilmiştir.

Üçüncüsü: İptal

Tahkim kanununun 43/M no'lu fıkrası uyarınca kararın açıklanma tarihinden itibaren iki hafta içinde yetkili mahkemeye iptal başvurusunda bulunulur. İptal gerekçeleri, 2016 yılı tahkim kanununun 42/M no'lu fıkrasında açıklanmıştır. İptal davası, hukuk davası olarak ele alınır. (İptal davası, usul muhakemeleri kanununda belirtilen hususların intibak ettiği ayrı bir dava değildir. Çünkü tahkim işlemlerinin amacı, yargılama süresini kısaltmak ve alanını daraltmaktır.)

Alternatif Yargı Araçlarının Verdiği Kararların Uygulanması

Alternatif yargı araçlarının amacı, mahkemeye başvurmanın önüne geçmektir. Fakat alternatif yargı araçlarının verdiği kararlar, uygulanması hususunda kamu engellerine takılabilir. Bu konu, pratik açıdan en sakıncalı sorunlardan biridir. Çünkü alternatif yargı aracının bir davada kişinin lehine karar vermesi demek, kişinin bu davayı kesin olarak kazanması anlamına gelmez. Karar gönüllü şekilde uygulanmadığında sorun çıkmaktadır. Böylece davanın kazananı, kararın zorla uygulanması için yargıya başvurur. Bu ise, 1983 usul muhakemeleri kanununda belirtilen yetki kuralları uyarınca yetkili mahkemeye yapılan başvuru ile gerçekleşir. Çünkü usul muhakemeleri kanunu, tahkim kanununu tamamlayan kanun veya usul muhakemeleri kanununda sulhu düzenleyen maddeler olarak değerlendirilir. Uygulanmak istenen karar, yabancı tahkim heyetinin kararıysa mahkeme, kararın şekline, koşuluna ve sınırlı anlaşmalara itimat eder. Ardından kararı uygular. Yabancı tahkim heyetinin verdiği kararın uygulanmasının kabul şartları, ülke mahkemelerine göre farklılık gösterir. Bu durum, birçok ülkenin uluslararası ve bölgesel tahkim kararlarının uygulanması için modeller sunmak amacıyla ikili veya çoklu sözleşmeler yapmıştır.

Yabancı Tahkim Heyetlerinin Kararlarını Düzenleyen Sözleşmeler

Sözleşme (Convention), (Bu terim, teknik ve mesleki faktörden ortaya çıkan teknik yönleri ele alan sözleşmeler için kullanılan uluslararası bir örftür. Bazı uluslararası belgelerde sözleşme ile anlaşma arasında ayrım yapılmamıştır. Bu sözleşmelerde özel olarak sosyal, ekonomik, ticari ve konsolosluk gibi teknik konular ele alınmaktadır.. Bu sözleşmeleri imzalayan ülkeler, bu sözleşmelere bağlı kalma ve uygulama sözü vermiştir.) Kanunlar arasında anlaşmazlık çıkması durumunda

uluslararası ilişkilerde bu sözleşmelerin uygulanması zorunludur. (Uluslararası hukuk ve iç hukuk, birbirinden bağımsız farklı iki sistemi oluşturur. Bu nedenle iç hukukta uluslararası kuralın uygulanmasını zorunlu kılan bir kural olmadıkça, uluslararası hukukun iç hukukla muhatap olan kişilere otomatik olarak uygulanması mümkün değildir.) Sözleşmenin bir ülkede uygulanması için o ülkenin sözleşemeye taraf ülke olması gerekir. Çünkü sözleşme, anlaşmalı taraflara uygulanmaktadır. Sudan, diğer ülkeler gibi birçok sözleşmeye dahil olmuştur. (Sudan, tahkimle ilgili birçok sözleşme ve anlaşmaya dahil olmuştur. Merkezi Washington'da bulunan 1965 tarihli Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi -ICSID- Sözleşmesi, 1987 tarihli Amman Ticari Tahkim Sözleşmesi ve 1984 tarihli Riyad Arap Yargı İşbirliği Sözleşmesi bunlardan bazılarıdır.) En meşhur tahkim sözleşmelerinden bazıları şunlardır:

Birincisi: New York Sözleşmesi

Bu sözleşme, yabancı tahkim kararlarının tanınması ve uygulanması sözleşmesi olarak adlandırılır (1958 New York). Bu sözleşme, 07 Haziran 1959 tarihinde yürürlüğe girmiş ve Cenevre sözleşmesini geçersiz kılmıştır. (Anlaşmalı ülkeler, mümkün mertebe bu sözleşmeye bağlı kalır kalmaz 1923 yılı tahkim şartları ile ilgili Cenevre Protokolü ve 1927 tarihli yabancı tahkim kararlarının uygulanması ile ilgili Cenevre Sözleşmesi yürürlükten kalkmıştır.) Sözleşmenin amacı, tahkim sözleşmelerinin tanınması hususunda ortak yasama kriterleri oluşturmaya çalışmak, mahkemelerin yerel olmayan yabancı tahkim kararlarını tanımasını ve uygulamasını sağlamaktır. Görünen o ki, bu metindeki "yerel olmayan" ifadesi, tahkim kararı, kararı uygulayan ülkede verilse dahi tahkim kararlarını içermektedir. İşlemlerde yabancı unsuru bulunması nedeniyle ülkenin hukuku gereğince bu kararlar, "yabancı" kararlar olarak kabul edilir. Birleşmiş Milletlere üye ülkeler, Birleşmiş Milletler Örgütü'ne bağlı ajanslara üye ülkeler veya Uluslararası Adalet Divanı ana tüzüğüne taraf olan ülkeler bu sözleşmeye katılabilir.

İkincisi: Riyad Sözleşmesi

Bu sözleşme, 1983 Riyad Arap Yargı İşbirliği Sözleşmesi olarak adlandırılır. Riyad Sözleşmesi, 14-16 Aralık 1988 tarihleri arasında Fas Krallığı'nın başkenti Rabat'ta düzenlenen Birinci Arap Adalet Bakanları Konferansı tarafından yayınlanan bildirgenin uygulanmasıdır. Riyad Sözleşmesi, 1952 tarihli yabancı kararların uygulanması ile ilgili Arap Birliği Sözleşmesini ilga etmiştir. (Sözleşmeye hakim olan kuralların, bazı küçük değişiklikler yapılmakla birlikte Uluslararası Uncitral Ticaret Tahkim Kurallarının kopyası olduğunu görürüz. Bu kurallar, Kahire Ticari Tahkim Merkezi Kuralları ve diğer kurallar, Kuala Lumpur Ticari Tahkim Merkezi Kuralları olarak isimlendirilmiştir.) Riyad Sözleşmesi, kararı veren tarafın uyruğuna bakılmaksızın anlaşmalı ülkede verilen tahkim kararlarına uygulanma özelliği kazandırılmasına vurgu yapmıştır. Böylece Sudan'da Amerikalı bir kişinin lehine verilen tahkim hükmü veya kararı, Sudan'daki bir mahkeme tarafından verilmiş olmasından hareketle Kuveyt'te uygulanabilir hale gelmiştir. Sudan, bu sözleşmeyi imzalayan ülkelerdendir.

Üçüncüsü: 2001 Tarihli Arap Ülkeleri Yatırım Anlaşmazlıklarını Çözme Sözleşmesi

Bu sözleşmenin amacı, yatırıma ev sahipliği yapan Arap ülkeleri, bu ülkelerin kamu kurum ve kuruluşlarından, şirketlerinden veya vatandaşlarından biri ile diğer Arap ülkelerinin kamu kurum ve kuruluşlarından, şirketlerinden veya vatandaşlarından biri arasındaki yatırımlardan birinden doğrudan doğan anlaşmazlıkları çözmektir. Böylece Arap ülkelerinde yatırımların artmasına teşvik edecek uygun bir iklim oluşmasını sağlamaktır. Bu maddedeki vatandaşlar kelimesinin kapsamına, taraf ülkenin vatandaşlığını alan tüzel ve gerçek kişiler girer.

Dördüncüsü: Amman Sözleşmesi

1978 tarihli Amman Arap Ticari Tahkim Sözleşmesi, 11-14.04.1987 tarihleri arasında Ürdün – Amman'da düzenlenen Arap Adalet Bakanları Konseyi'nin beşinci döneminde imzalanmıştır. Bu sözleşme, 42 madde ve 6 fasıldan oluşur. (Genel hükümler, Arap Ticari Tahkim Merkezi, tahkim heyeti, tahkim işlemleri, tahkim kararı ve sonuç hükümleri.) Amman Sözleşmesi, Arap ülkelerine ait uluslararası ve bölgesel bir sözleşmedir. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Kanunu Komisyonu tarafından 21.07.1985 tarihinde kabul edilen uluslararası ticaret tahkimi model kanun ile hem fikirdir.

Beşincisi: 2005 Tarihli Sudan ve Birleşik Arap Emirlikleri Sözleşmesi

Bu sözleşme, hakemlerin 69/M no'lu kararlarını uygulama kurallarını kapsamaktadır. (Aşağıdaki koşulların bulunması koşulu ile başka bir ülkede tanınan ve geçerli olan, iki ülkenin herhangi bir bölgesinde verilen tahkim kararları:

- Taraflar arasında yazılı tahkim sözleşmesinin onaylı bir nüshasının teslim edilmesi.
- Kararın uygulanmak istendiği ülkenin kanunlarına göre tahkimin mümkün olduğu bir konu hakkında tahkim kararının verilmesi.
- Tahkim kararı veya kararın uygulanmasının tanınması ile kararın uygulanmak istendiği ülkenin kamu düzeni arasında çelişki olmaması.

Altıncısı: Uncitral Model Tahkim Kanunu

1958 tarihli Uncitral Uluslararası Model Ticari Tahkim Kanunu, bazı değişikliklerle birlikte 2006 yalında onaylanmıştır.

Bu model kanunun amacı, uluslararası tahkimin özellik ve gereksinimlerini dikkate almak için tahkim işlemleri ile ilgili kanunlarını iyileştirmeleri ve güncellemeleri hususunda ülkelere yardımcı olmaktır. Bu kanun, tahkim sürecinin tüm aşamalarını ele almaktadır.

Anlaşmazlıkları Çözme Organı

Bu organ, genel sözleşmenin 22 ve 23/M no'lu maddesinde belirtilen uluslararası ticaret örgütü mekanizmaları kapsamına girer. (Dünya Ticaret Örgütü'ndeki anlaşmazlıkları çözme organı, anlaşmazlıkların çözümünü belirleyen kural ve işlemlerle ilgili mutabakat zaptının ikinci maddesi uyarınca oluşturulmuştur.) Organ, örgüte üye ülkeler arasında çıkan tüm sorunlara bakmaktadır. (Uluslararası ilişkiler, karşılıklı çıkar düşüncesine dayanır. Bu ise değişken bir özelliğe sahiptir. Dolayısıyla birçok gerilim ve sorun ile karşılaşmakta, tarafları arasında ihtilaf veya anlaşmazlık çıkmaktadır. Bu konu, uluslararası hukuk adamlarının arasındaki ilişkileri düzenleyen ve uluslararası olarak kabul edilen kurallara başvurarak anlaşmazlıkları çözmeye başlar.) Organ, ülkeler arası sorunları ele almaktadır. Tüzel ve gerçek kişiler, davalarının ele alınması için kendi ülkelerini davalarını sahiplenmeye ikna etmekle yükümlüdürler. (Bu organa şikâyette bulunma hakkı, sadece ülkelerle sınırlıdır. Alacakları etkilenecek olan birey ve kişilerin, şikâyetlerini dikkate alması ve karşı devlet aleyhine anlaşmazlıkları çözme organına götürebilmesi için kendi ülkelerine başvurmaktan başka çareleri yoktur.)

Bu hususta uluslararası hukuk kuralları uygulanır. (Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmazlıkları Çözme Sistemi, bağımsız şekilde çalışmaz. Çünkü bu sistem, uluslararası genel hukuk kurallarının bir parçasıdır. Dolayısıyla uluslararası genel hukuk ilkelerinin bu sistemde uygulanması zorunludur.)

İkinci Bölüm

Anlaşmazlıkları Çözme Aşamaları

Birincisi: İkili Görüşmeler: İkili müzakerelere girerek tarafları memnun edecek bir çözüme ulaşmak için başvuru tesliminden itibaren en fazla 30 gün içinde karşılıklı müzekkere ve cevap paylaşımında bulunulur. Karşı taraf, belirlenen sürede cevap vermezse müşteki, anlaşmazlığın çözümü için bir ekip oluşturulmasını talep eder ve gerekli yasal işlemlerin yapılabilmesi için sonuç ne olursa olsun anlaşmazlıkları çözme organına bildirilir.

İkincisi: Siyasi Araçlar: Anlaşmazlık ülkeleri için isteğe bağlı araçlar olup, verimli çaba üretme, uzlaştırma ve arabuluculuk siyasi araçların kapsamına girer. Siyasi araçların amacı, arabulucu aracılığı ile bakış açılarını birbirine yakınlaştırmaktır. Genellikle üçüncü taraf (Dünya Ticaret Örgütü Genel Direktörüdür WTO).

Üçüncüsü: Özel Tahkim Ekipleri: Bu ekiplerin amacı, uluslararası ticaret anlaşmazlıklarını çözmek, anlaşmazlığın çözümü için verilen önceki çabaların ve şikayetin özeti ile birlikte tahkim heyetini seçecek anlaşmazlıkları çözme organına tahkim başvurusunda bulunmaktır. Tahkim ekipleri, üçüncü taraf olarak çıkar sahibi herhangi bir tarafı ekibe dahil edebilir. Tahkim ekiplerinin vereceği karar, Anlaşmazlıkları Çözme Organı'nın belirleyeceği komisyonda temyiz edilir, bu komisyonun kararı belirlenen başka bir komisyon aracılığı ile gözden geçirilir, ardından karar delil özelliği kazandıktan sonra öneriler uygulanır.

Dünya Ticaret Örgütü, gelişmekte ve az gelişmekte olan ülkelere kendisi ile istişarede bulunma ve çözüm işlemi yollarını seçme hakkı vermiştir.

Sonuç

Anlaşmazlıkları çözme aracı olarak alternatif yargı araçlarına yönelik eleştiriler yapılmış olsa da pratik vakıa, uluslararası sözleşmelerde bu araçlara başvuruların arttığını açıkça göstermektedir. Hatta bu sözleşmelerden doğan anlaşmazlıkların çözüm temelinin tahkim ve uzlaşı olduğunu söyleyebiliriz. Yargıya başvurmak, istisnai bir durumdur. Bundan dolayı farklı ülkelerde alternatif yargı araçlarına ilgi artmıştır. Bu durum, bu alternatif araçların yöntemlerini denetleme yollarını geliştirmek ve önündeki engelleri kaldırmak için ciddi şekilde düşünmemizi ve çalışmamızı gerektirmektedir. Ülkeler, ulusal mahkemelerdeki yabancı ülkelerin verdiği kararları uygulayabilirler. Çünkü bu kararların uygulanması, uluslararası yatırımların cazibe aracı haline gelmiştir.

Öneriler

(1) Hükümetleri tahkim yasalarına ilgi göstermeye, geliştirmeye, tahkim alanında ikili uluslararası sözleşmeler yapmaya ve tahkim heyetlerinin, gerekli koşullara göre verdiği kararları, uluslararası ve bölgesel alanda uygulamaya ve delil olarak kabul etmeye teşvik etmek.

(2) Gelişmiş ülkelerin ve Birleşmiş Milletlerin az gelişmiş ülkelerin tahkim alanındaki eğitim çabalarını desteklemeye yardımcı olmalarının zorunlu olduğunu vurgulamak.

(3) Özellikle başta bu konferans olmak üzere kurs, kitap ve mahkeme dergileri gibi farklı araçlarla tahkim hakkında bilinç oluşturmaya çalışmak.

Konuşmama son vermeden önce bu başarılı konferans çalışmalarını organize edenleri, özellikle Sayın Tük Adalet Bakanı, yardımcıları ve Sayın Türkiye Devleti Yargıtay Mahkemesi Başkanına teşekkür ederim. Saygılarımla.

ADDRESSING ARBITRATION ORIENTED ALTERNATIVE JUDICIAL INSTRUMENTS

Prof. Haidar Ahmed Dafallah[*]

In the Name of Allah, the Beneficent, the Merciful,

Resorting to the jurisdiction is the constitutional right of every individual. Nobody can prevent this constitutional right. This right is used before ordinary courts. Ordinary courts use the laws accepted by all. Although lawmakers try to make sure trials are held in ordinary courts, judges have been permitted to take the cases to arbitration, compromise, reconciliation and other alternative judicial tools according to the circumstance in order for justice to be served. According to some, the settlement of disputes in courts has some negative effects on the cases. These negativities arise in matters such as the scope of the proceedings, the duration and the degree of the trial, which may affect the value of the case, the proceedings and the confidentiality of the subject of dispute.

The Nature of Alternative Judicial Instruments

Alternative judicial instruments are exceptional methods related to the settlement of disputes. The baseline of these methods is to go beyond ordinary hearings. These methods exist in all countries of the world. Alternative methods such as reconciliation, mediation and compromise are done through tribe leaders, priests and reverends. The most well-known one among these methods is arbitration. (Arbitration is the oldest peaceful instrument that people resort to in solving their individual and collective disputes. Perhaps, the existence of this instrument and its continuation of development show that it is a crucial requirement for all levels of human relations.) We will be looking into the alternative judicial instruments shortly.

Arbitration

Arbitration, of which the necessary expenses are met by parties, is the settlement of the dispute between the parties, by appointing an arbitration committee to resolve the dispute with the consciousness that the arbitration decision is binding. (Arbitration is a legal system in which a legal dispute between two or more parties is resolved through a binding decision by one person or more who are to be assigned as per the convention between the parties that are parts of the dispute).

Compromise

Compromise is a convention that annihilates the dispute and hostility between the contracting parties by mutual consent. Having said that, the terms of compromise has been indicated within the Contracts Law of Sudan of 1984. Some of these terms are that the compromising parties shall have the qualification to dispose in exchange for the rights covered by the compromise convention, and the qualification to donate if some rights within the compromise convention are to be waived of. Again in this law, a special section has been allocated on the subject of whether or not underaged children will be able to engage in compromise processes, and it is stipulated that in order for the compromise the aforementioned is involved in to be valid, the compromise in question should cause no substantial damage. This is the case for the compromise of parents and guardians as well. There are some restrictions for the compromise of these persons. One of these restrictions is that if there is a price receivable in exchange of what is being requested, and there

[*] Chief Justice, President of the Supreme Court, Chief of the National Judicial Service Negotiations.

is a necessity for its delivery, this amount must be clear. If the price of compromise is the right or benefit that belongs to someone else, the compromise convention shall depend on the consent of the person in question. Compromise on receivables is addressed within some articles of this law. Compromise on receivables has been deemed valid whether or not the defendant accepts it or not, and even if said person stays quiet on the matter.

The Ruling of the Compromise

If the compromise is performed after a certain amount to be paid by the party accepting the compromise has been accepted, the compromise shall have a sales ruling. If the compromise in on benefits, it shall have a rental ruling. If the compromise was done on disaffirmation and foreclosure, it shall have the ruling of barter for the claimant, an oath for the defendant, and to reconcile. However, if a person has compromised on certain real receivables or an amount of receivables of theirs, that person shall deemed to have lost the right to claim their remaining receivables. If two people claim real rights in order to hold the real right, this shall be deemed to be a bartering compromise and the validity of the compromise shall not be dependent on the certainty of the price. The provisions of conventions that are similar to compromise in terms of validity and results are also valid for compromise.

Reconciliation

The word reconciliation means to approximate two points of view in order to reach a result. A convention of this kind falls within the scope of the meaning of compromise, the terms and results of compromise also apply to such a convention. The meaning of reconciliation is to compromise without being dependent on procedures such as listening to the party to arbitrate, witnesses and experts. In reconciliation, parties must accept and consent to it. Otherwise the reconciliation will become a non-binding compromise convention. In the event of a lawsuit being filed, the judge takes the case to reconciliation upon the request of either the same court or the parties. The application does not need to be in written as it is in arbitration in order to be taken to reconciliation. Article 1 of the annex of the Unified Convention for the Investment of Arab Capital in the Arab States states as follows: (Reconciliation: In the event that the parties of the dispute agree on reconciliation, the convention shall indicate the dispute, the requests of the parties, the name and fee of the chosen mediator. The parties of the dispute may request from the Arab League Secretary General to choose the person to perform the reconciliation between them and the Secretary General sends a copy of the reconciliation convention to the mediator, and invoke for them to start their duty.)

The duty of the mediator is merely to approximate the different points of view towards each other. The mediator may provide alternative reconciliation suggestions the parties may accept. Parties must provide the mediator with the documents and information that will help them perform their duties. The mediator will submit a report to the Commission and summarize the points of dispute, suggestions on reconciliation, and the solutions that may be accepted by the parties within the report. This report must be sent to parties within two weeks after the date of notification.

The Difference between Arbitration, Compromise and Reconciliation

Arbitration does not mean compromise. Because compromising through arbitration eliminates the dispute right away and the decision of compromise must be put into practice immediately after it is made. However in arbitration, parties may later on file to the court and the implementation of the decision is not obligatory unless there is a court order. The courts of Sudan have established the following principle: (Reconciliation is to approximate the points of view of

the parties of the dispute in order to reach a result. This type of convention falls within the scope of the meaning of compromise and the terms and results of compromise stated within Article 286 and onwards of the Code of Civil Procedure of 1984 also apply to this convention. After the reconciliation is achieved, the court shall record the convention of the parties and rules on the finalization of the reconciliation.)

The Difference between Arbitration and Mediation

Mediation differs from arbitration. Mediation applies to a certain person or group in a certain matter without convincing a certain party. Parties apply for arbitration when they are unable to resolve the dispute amicably. If the arbitrator, mediator or another person is unable to resolve the dispute despite having used all alternative instruments, parties litigate in with respect to the legally indicated authority. The court uses its authority accordingly. Paragraphs that regulate the objection to the arbitration ruling according to Paragraph 28/M of the 2016 Arbitration Law (cooperation with the court) are the most obvious evidence of this. This article indicates that the arbitration commission may cooperate with the court in order to declare the witnesses it needs or other persons in order to reach a just resolution.

Objection to Arbitration Awards

The essence of arbitration awards is that these are definite and binding for the parties. However, it is possible to amend, revise or annul the award.

First: Amendment

An application for the correction of calculation or spelling errors can be made within one month after the award upon the demand of parties or the court itself. This aspect has been indicated within paragraph 39/M of the 2016 Arbitration Law of Sudan.

Second: Revision

An application is filed within a month after the date of ruling in order to conclude an issue which has been submitted to the arbitration commission and has not been finalized.

This aspect has been indicated within paragraph 40/M of the 2016 Arbitration Law.

Third: Annulment

An application for annulment is filed to the authorized court within two weeks after the declaration date of the award as per paragraph 43/M of the Arbitration Law. The justifications for annulment are stated within paragraph 42/M of the 2016 Arbitration Law. The annulment suit shall be addressed to as a civil case. (The annulment suit is not a separate lawsuit adapted by the aspects indicated within the Code of Civil Procedure. Because the purpose of arbitration procedures is to shorten the judgement time and limit the scope.)

The Implementation of the Judgements Made by Alternative Judicial Instruments

The purpose of alternative judicial instruments is to forestall litigation. However, the decisions made by alternative judicial instruments may face some civil obstacles in their implementation. This issue is one of the most practically inconvenient problems. Hence the decision of an alternative judicial instrument in favor of a person does not mean the definite victory of said person for the case. Problems arise when the decision is not implemented loverly. Thus the winner of the case applies to the court in order for the decision to be put into practice by force. This is done through litigation as per the rules of authority stated within the 1983 Code of Civil Procedure. This is because the code of civil procedure is regarded as the law that complements

the arbitration law or articles that regulate compromise within the code of civil procedure. If the decision wished to be implemented is one of a foreign arbitration commission, the court relies on the form and requirements of the decision and the restricted conventions. Then, it implements the decision. The acceptance conditions for the foreign arbitration commission to be implemented differ according to the judgement of different countries. Many bilateral and multilateral conventions have been made in order to provide models for the international and regional arbitration awards of many countries to be implemented.

Conventions that Regulate the Arbitration Awards of Foreign Arbitration Commissions

Convention, (This term is an international usage for agreements that address the technicalities that arise from technical and occupational factors. In some international documents, conventions have been put on par with agreements. Social, economic, commercial, consulate and other technical issues are addressed in these conventions. Signatory states of these conventions have committed to adhere to and implement the convention.) In the event of a conflict arising between laws, it is mandatory to implement these conventions. (International law and internal law constitute two different and independent systems. Thus, unless there is a provision within the internal law that obliges the international rule to apply, it is not possible for the international law to automatically apply to persons dealing with the internal law.)

In order for a convention to be implemented in a state, the state in question must be a party to the convention. Hence, the convention applies to signatory parties. Like many other countries, Sudan has become part of many conventions. (Sudan has been part of many conventions and agreements related to arbitration. Some of these are the 1965 ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes) Convention, the 1987 Amman Arab Convention on Commercial Arbitration, and the 1984 Riyadh Arab Agreement for Judicial Cooperation.) Some of the most famous arbitration conventions are as follows:

The First: The New York Convention

The name of this convention is the convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards (1958, New York). The convention has entered into force on June 7, 1959 and rendered the Geneva Convention voidable. (The Geneva Convention of 1927, related to the implementation of foreign arbitration awards and the Geneva Protocol related to the provisions of arbitration have been abolished immediately after the agreement countries adhered to this convention.) The purpose of the convention is to endeavor to create common legislation criteria on the recognition of arbitration conventions, and to have the courts recognize and enforce nonlocal, foreign arbitration awards. Seemingly, the term "nonlocal" within the text includes arbitration awards even if the award has been granted in the country enforcing it. Due to foreign elements being present within the proceedings, as per the law of the country, these awards are deemed "foreign" awards. Member states of the UN, member states of agencies of the United Nations Organization, or parties of the charter of the International Court of Justice may be part of this convention.

The Second: The Riyadh Convention

This convention is called the 1983 Riyadh Agreement for Arab Judicial Cooperation. The Riyadh Convention is the implementation of the charter issued by the First Arab Conference of Ministers of Justice, held in Rabat, the capital of the Kingdom of Morocco between December 14-16,1988. The Riyadh Convention has superseded the Arab League Convention on the enforcement of foreign awards of 1952. (We can see that the provisions dominating the convention are copies of the International UNCITRAL Commercial Arbitration Rules with some small changes. These

rules, the rules of The Cairo Regional Center for International Commercial Arbitration, and other rules have been titled the Rules of Kuala Lumpur Regional Center for Arbitration.) The Riyadh Convention has emphasized that regardless of the nationality of the decision-maker, the awards granted within an agreement country must be implemented. Thus, an arbitration award or ruling granted in Sudan in favor of an American person has become practicable in Kuwait, with reference to the decision having been made by a court in Sudan. Sudan is one of the countries which have signed the convention.

The Third: The 2001 Convention on the Resolution of Investment Agreements of Arab Countries

The purpose of this convention is to resolve disputes that arise directly from the investments between Arab countries which host the investment, one of the public institutions and organizations, companies, citizens of these countries, and the public institutions and organizations, companies or citizens of other Arab countries. Thus, to ensure an appropriate climate that will motivate the increase of investments in Arab countries. The scope of the term citizen within this article includes legal and natural entities that has become a citizen of the state parties.

The Fourth: The Amman Convention

The 1978 Amman Arab Convention on Commercial Arbitration has been signed in the fifth period of the Council of Arab Ministers of Justice held in Jordan – Amman between April 11-14, 1987. This convention consists of 42 articles and six sections. (General provisions, the Arab Commercial Arbitration Center, arbitration commission, arbitration processes, arbitration award and concluding provisions.) The Amman Convention is an international and regional convention that belongs to the Arab countries. It agrees with the international commercial arbitration model law adopted on July 21, 1985 by the United Nations Commission on International Trade Law.

The Fifth: The 2005 Convention of Sudan and the United Arab Emirates

This convention includes the rules of enforcement of the decision no. 69/M of the arbitrators. (The arbitration awards granted in any region of the two countries that are recognized and valid in a different country provided that the following conditions are present:

- The delivery of an approved copy of the written arbitration agreement between parties.
- An arbitration award being granted regarding an issue for which arbitration is possible in accordance with the law of the country in which the decision is to be implemented.
- No conflict being present between the public order of the country in which the decision is to be implemented and the arbitration award and the recognition of the implementation of the award.

The Sixth: The Uncitral Model Arbitration Law

The 1958 Uncitral International Model Commercial Arbitration Law has been adopted in 2006 with some changes.

The purpose of this model law is to help states with the improvement and update of laws related to arbitration processes in order to address the characteristics and requirements of international arbitration. This law addresses all stages of the arbitration process.

The Dispute Settlement Body

This body falls within the scope of World Trade Organization mechanisms indicated within Articles 22 and 23/M of the general convention. (The dispute settlement body in the World

Trade Organization has been constituted as per article two of the memorandum of understanding related to rules and processes that determine the settlement of disputes.) The body deals with all disputes between the members states of the union. (International relations are based on the idea of mutual interest. This idea is of variable nature. Thus, frustration and problems arise, leading to controversy and disputes. The body settles the disputes by applying to the internationally accepted rules that regulate the relations between international legal experts and resolves disputes.) It tackles intercountry problems. Legal and natural entities are obliged to lay claims to their country's case in order for these to be addressed. (The right to complain to this body is limited to countries. Persons and individuals whose receivables will be affected have no other choice than to apply to their own countries in order for the countries to take the complaint into consideration and take the issue to the dispute settlement body against the opposing state.)

In this respect, international rules of law apply. (The World Trade Organization Dispute Settlement System does not work independently, in that the system is a part of international common rules of law. Thus, it is obligatory for the international common principles of law to be implemented within the system.)

Part Two

The Stages of Dispute Settlement

The First stage: Bilateral discussions: In order to reach a solution that satisfies the parties by entering into bilateral negotiations, mutual warrants and answers are shared within maximum 30 days from the submission of the application. If the counterparty does not respond within the specified time, the entity requests the creation of a team for the settlement of the dispute and in order for necessary legal action to be taken informs the dispute settlement body of the dispute regardless from the result.

The second stage: Political Tools: These include productive efforts, reconciliation and mediation, and are optional tools for the parties of the dispute. The purpose of political tools is to approximate points of view through a mediator. Usually the third party is the (World Trade Organization – WTO).

The Third Stage: Special Arbitration Teams: The aim of these teams is to resolve international trade disputes, and to apply for an arbitration with summaries of past efforts for settlement and the complaint to the dispute settlement body which will elect the arbitration commission. Arbitration teams may include any party with interest as a third party in the team. The decision to be made by the arbitration teams is appealed within the commission determined by the Dispute Settlement Body, the decision of this commission is revised by another commission, and then suggestions are implemented after the decision has become evidence.

The World Trade Organization has given developing and underdeveloped countries the right to consult with them and to choose the method of resolution.

Conclusion

Even though alternative judicial instruments as dispute settlement tools have been criticized, practical facts show that these instruments are being resorted to more and more within international conventions. We can even say that the resolution basis of disputes arising from these conventions is arbitration and reconciliation. Litigation is exceptional. Therefore, interest in alternative judicial instruments has increased in different countries. This requires that we think about and work hard on developing auditing methods for and eliminating the barriers in front of these alternative means. Countries may enforce the decisions of foreign countries in

national courts. Hence, the implementation of these decisions has become a means of attracting international investments.

Suggestions

(1) Encouraging governments to show interest in and develop arbitration laws, conclude international bilateral agreements on arbitration, and to implement the awards of arbitration commissions granted with respect to the necessary conditions on the international and regional level and to accept these awards as evidence.

(2) Emphasizing that large countries and the United Nations must help support the educational efforts in the field of arbitration of underdeveloped countries.

(3) Trying to raise consciousness about arbitration through different tools such as courses, books and court magazines, and especially this conference.

I would like to thank those who organize these successful conferences, especially the Turkish Minister of Justice, his deputies and the President of the Supreme Court of the Republic of Turkey. Sincerely.

بسم الله الرحمن الرحيم

جمهورية السودان

السلطة القضائية

دراسة في الوسائل البديلة للقضاء
بالتركيز على التحكيم

ورقة علمية مقدمة من صاحب السعادة/
بروفيسور/ حيدر أحمد دفع الله
رئيس القضاء

مؤتمر القانون الدولي – تركيا – استطنبول

أكتوبر ▪ ٢٠١٦م

بسم الله الرحمن الرحيم

جمهورية السودان
السلطة القضائية

اللجوء للقضاء حق دستوري لا تملك أي سلطة حرمان أحد منه وتتم ممارسة هذا الحق أمام المحاكم الطبيعية وهي تستخدم قوانين تعارف عليها الناس، وعلي الرغم من حرص المشرع أن تتم المحاكمات في محاكم طبيعية مهيأة لذلك إلا أنه أتاح للقضاة إحالة أي مسألة للتحكيم أو الصلح أو التوفيق وغيرها من الوسائل البديلة حسب الحال، سعياً وراء تحقيق العدالة، كما أن البعض يري أن فصل النزاع أمام المحاكم له سلبيات في مجال التقاضي تتمثل في الرسم وطول أمد التقاضي ودرجاته الذي قد يؤثر في قيمة الدعوي، وإجراءات المحاكمة وتأثيره علي سرية الحق المتنازع فيه، لكل ذلك قد يلجأ الأطراف للطرق البديلة

ماهية الوسائل البديلة للقضاء:

بدائل القضاء هي طرق استثنائية لفض المنازعات قوامها الخروج عن طريق التقاضي العادي، وهي موجودة في كل دول العالم، وكانت تتم بواسطة شيوخ القبائل، والكهنة، ورجال الدين، من أمثلتها التوفيق والوساطة والتسوية والمصالحة وأشهرها التحكيم (يتميز التحكيم بأنه من أقدم الوسائل السلمية التي لجأ إليها البشر لحل خلافاتهم، سواء أكانت هذه الخلافات علي مستوي الأفراد أم علي مستوي الجماعات، ولعل ديمومة هذه الوسيلة وتطورها، ما يدل علي أن التحكيم يشكل حاجة ملازمة لعلاقات البشر علي كل المستويات) ونتعرض لها بصورة مختصرة حتى ننفذ لدور التفتيش فيها.

التحكيم:

هو تسوية النزاع بين الأشخاص عن طريق تعيينهم لهيئة تحكيم للقيام بواجب الفصل في النزاع، وشعورهم بإلزامية قرارها مع تكفلهم بكل الرسوم التي يتطلبها

فصل النزاع (نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع).

الصلح:

الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتعاقدين بالتراضى، هذا وقد حدد قانون المعاملات السودانية لسنة ١٩٨٤م شروطاً للصلح ينبغي التقيد بها منها أن يكون طرفا الصلح أهلاً للتصرف بعوض فى الحقوق التى يشملها عقد الصلح، وأن يكون له أهلية التبرع إذا تضمن الصلح إسقاط شئ من الحقوق، كما أفردت نصوص لصلح الصبى المميز والمعتوه المأذونين، واشترط لصحة صلحهم ألا يكون منه ضرر بين وكذا الحكم فى صلح الأولياء والأوصياء والقوام، ووضعت بعض الشروط في المصالحة منها أن يكون المصالح عنه مما يجوز أخذ البدل فى مقابله وأن يكون معلوماً فيما يحتاج إلى القبض والتسليم. وكذلك في بدل الصلح حيث اشترط أن يكون بدل الصلح معلوماً إن كان يحتاج إلى القبض والتسليم. واذا كان بدل الصلح عيناً أو منفعة مملوكة للغير فإن عقد الصلح يتوقف على إجازة ذلك الغير وتناولت بعض المواد الصلح عن الحقوق واعتبرتها صحيحة سواء أقر بها المدعى عليه أو أنكرها أو سكت عنها ولم يبد فيها إقراراً ولا إنكاراً.

حكم الصلح

إذا وقع الصلح فى حالة الإقرار على بدل معين يدفعه المقر فهو حكم البيع وإن كان على المنفعة فهو حكم الإجارة. وإذا وقع الصلح عن إنكار وسكوت فهو في حق المدعى معاوضة وفى حق المدعى عليه افتداء لليمين وقطع للخصومة. أما إذا صالح شخص على بعض العين المدعى بها أو على مقدار مما يدعيه في ذمة الآخر فقد أسقط حق ادعائه في الباقي. وإذا تصالح شخصان يدعى كل منهما عيناً فى يد الآخر على أن يحتفظ كل واحد بالعين في يده جرى على الصلح حكم المقايضة ولا تتوقف صحته على العلم بالعوضين. وتسرى على الصلح أحكام العقد الأكثر شبهاً به من حيث صحته والآثار التي تترتب عليه.

التوفيق:

لفظ التوفيق هو تقريب وجهتي النظر للوصول إلي نتيجة، وهذا الاتفاق يندرج في معني الصلح وتنطبق عليه شروط الصلح وآثاره) والتوفيق مفاده المصالحة دون التقيَد بالإجراءات التي يتطلبها التحكيم من سماع للأ طراف والشهود والخبراء وهو مجرد عقد مصالحة يتعين قبول الأطراف بها ورضاؤهم عليها وإلا فإنهم غير ملزمين بذلك التوفيق، وفي حالة قيام دعوي أمام المحكمة يقوم القاضي بإحالة الأمر للتوفيق إما من تلقاء نفس المحكمة أو بناء علي طلب الأطراف، ولا يستوجب أن يكون طلب الإحالة للتوفيق كتابة كما هو الحال بالنسبة للتحكيم، وجاء في ملحق الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية المادة الأولي (التوفيق: في حالة إتفاق المتنازعين علي التوفيق يجب أن يتضمن الإتفاق وصفا للنزاع ولمطالبة الأطراف فيه، واسم الموفق الذي اختاراه والأتعاب التي قرراها له، ويجوز للمتنازعين أن يطلبا من الأمين العام لجامعة الدول العربية اختيار من يتولي التوفيق بينهما، وتقوم الأمانة العامة للجامعة بتبليغ الموفق نسخة من اتفاق التوفيق ويطلب إليه مباشرة مهمته).

تقتصر مهمة الموفق علي التقريب بين وجهات النظر المختلفة ويكون له حق إبداء المقترحات الكفيلة بحل يرتضيه الأطراف، وعلي الأطراف تزويده بالبيانات والوثائق التي تساعده علي النهوض بمهمته، وعلي الموفق أن يقدم تقريراً إلي المجلس يتضمن تلخيصاً لأوجه الخلاف ومقترحاته بشأن تسويتها وما يكون الأطراف قد قبلوه من حلول ويجب تبليغ الأطراف بهذا التقرير خلال أسبوعين من تاريخ التبليغ.

الفرق بين التحكيم والصلح والتوفيق:

التحكيم لا يعني الصلح لأن الصلح به يرفع النزاع في الحال، وواجب النفاذ فور صدوره، بينما التحكيم قد يلجأ الأطراف بعده للمحكمة، ولا يصبح حكماً واجب النفاذ إلاّ بقرار المحكمة، وأرست المحاكم السودانية مبدأ (التوفيق هو تقريب

وجهتي النظر بين الأطراف المتنازعة للوصول إلى نتيجة، وهذا الاتفاق يندرج في معنى الصلح وتنطبق عليه شروط الصلح وآثاره المنصوص عليها في المادة ٢٨٦ وما بعدها من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م، وبعد أن يتم التوفيق تسجل المحكمة ما وصل إليه الأطراف من اتفاق وتصدر حكماً قضائياً لإكسابه القوة التنفيذية القضائية).

الفرق بين التحكيم والوساطة :

الوساطة تختلف عن التحكيم، ففيها يكون لشخص محدد أو مجموعة محدده دور إقناع طرف معين في مسالة معينة، وقد يلجأ إليه الأطراف في حالة الفشل في إيجاد حل للمنازعات بالطريق السلمي، وعند ممارسة كل الوسائل البديلة عند إخفاق المحكم أو الموفق وغيرهم يتم اللجوء للمحكمة حسب الاختصاص المنصوص عليه قانوناً وهي تمارس سلطاتها وفقا لذلك النحو وخير مثال النصوص التي تنظم الطعن في قرارات التحكيم، حسب نص م/٢٨ من قانون التحكيم ٢٠١٦م (الاستعانة بالمحكمة) فجوزت هذه المادة لهيئة التحكيم الاستعانة بالمحكمة لإعلان الشهود وغيرها مما يحتاجه التحكيم للفصل العادل.

الطعن في قرارات التحكيم:

الأصل نهائية قرار التحكيم، وإلزاميته للأطراف، ولكن يجوز تصحيحه أو مراجعته، أو إلغاؤه.

أولاً: التصحيح:

يقدم خلال شهر من تاريخ الحكم، بهدف تصحيح الأخطاء الحسابية أو الكتابية، بناء علي طلب الأطراف، أو المحكمة من تلقاء نفسها ونص علي ذلك قانون التحكيم السوداني ٢٠١٦م في م/٣٩.

ثانياً: المراجعة:

يقدم خلال شهر من تاريخ الحكم، بهدف الفصل في مسألة مقدمة لم تفصل فيها هيئة التحكيم للفصل فيها، ونص علي ذلك قانون التحكيم ٢٠١٦م في م/٤٠

ثالثاً: البطلان:

يقدم طلب الإلغاء للمحكمة المختصة خلال أسبوعين من تاريخ النطق بالحكم وفقاً لنص م/٤٣ ووضحت م/٤٢ من قانون التحكيم لسنة ٢٠١٦م، أسباب البطلان، ودعوي البطلان تسمع كدعوي مدنية (دعوى البطلان ليست دعوى منفصلة ينطبق عليها كل ما ذكر في قانون الإجراءات المدنية وذلك لأن إجراءات التحكيم قصد بها تقصير زمن التقاضي ومجالاته).

تنفيذ قرارات الوسائل البديلة للقضاء:

الهدف من الوسائل البديلة عدم اللجوء للمحكمة، ولكن قراراتها بعد صدورها قد تصطدم بعقبة عامة وهي تنفيذها وتعتبر هذه المسألة من أكثر المشاكل خطورة من الناحية العملية فرابح الدعوي لا يعنيه كسبها لمجرد الكسب بقدر ما يعنيه الحصول علي ما حكمت به الجهة البديلة للقضاء لصالحه، وتثور المشكلة عند عدم التنفيذ الطوعي مما يلجأ للقضاء للتنفيذ الجبري، ويكون ذلك بطلب يقدم للمحكمة المختصة وفقا لقواعد الاختصاص المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية ١٩٨٣م، بحسب أنه القانون المكمل لقانون التحكيم أو المواد التي تنظم الصلح في قانون المعاملات المدنية، وإذا كان القرار المراد تنفيذه قرار تحكيم أجنبي تطمئن المحكمة لشكل القرار وشروطه والاتفاقيات المقيدة ومن ثم يتم التنفيذ، ومحاكم الدول تختلف في شروط قبول تنفيذ قرار التحكيم الخارجي داخلياً، مما جعل كثيراً من الدول تقيم اتفاقيات ثنائية أو متعددة لطرح أنموذج لتنفيذ قرارات التحكيم منها العالمية والإقليمية.

الاتفاقيات التي تنظم قرارات التحكيم الأجنبية:

الاتفاقية (Convention) (يستعمل هذا المصطلح للاتفاقيات التي تتناول نواحي فنية تنتج عن مؤثر فني مهني وهو عرف وتقليد دولي، وبعض الوثائق الدولية لم تميز بينها وبين المعاهدة، وهي تتناول بشكل خاص القضايا الفنية كالشؤون الاجتماعية، الاقتصادية، التجارية، القنصلية...الخ، تتعهد الدول الموقعة

علي احترامها ورعايتها) تكون واجبة التطبيق في العلاقات الدولية في حالة التنازع بين القوانين (القانون الدولي والقانون الداخلي يشكلان نظامين مختلفين يستقل أحدهما عن الآخر ولذلك فالقانون الدولي لا يمكن أن يطبق تلقائيا علي الأشخاص المخاطبين بالقانون الداخلي إلا بوجود قاعدة في هذا القانون تلزم بتطبيق القاعدة الدولية) يتطلب التطبيق أن تكون الدولة طرفاً بالاتفاقية لأنها تطبق على الأطراف المتعاقدة والسودان كغيره من الدول انضم لعدة اتفاقيات (السودان انضم للعديد من المعاهدات والاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم، منها اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول الأخرى لسنة ١٩٦٥م –ICSID– واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة ١٩٨٧م، واتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة ١٩٨٤م) ومن أشهر اتفاقيات التحكيم:

أولاً: اتفاقية نيويورك:

تسمي اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك ١٩٥٨) وبدأ سريان الاتفاقية في ٧ حزيران/يونيه ١٩٥٩م وصدورها ألغي اتفاقية جنيف (ينتهي العمل ببروتوكول جنيف المتعلق بالشروط التحكيمية لعام ١٩٢٣م وباتفاقية جنيف المتعلقة بتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية لعام ١٩٢٧م فيما بين الدول المتعاقدة بمجرد أن تصبح هذه الدول ملتزمة بهذه الاتفاقية وبقدر التزامها بها)، ومن أهداف الاتفاقية أن تسعى إلى توفير معايير تشريعية مشتركة بشأن الاعتراف باتفاقات التحكيم وكذلك اعتراف المحاكم بقرارات التحكيم الأجنبية وغير المحلّية وإنفاذها، ويبدو أن التعبير "غير المحلّية" يتضمّن قرارات التحكيم التي وإن كانت قد صدرت في دولة الإنفاذ فهي تُعامل باعتبارها قرارات "أجنبية" بمقتضى قانون تلك الدولة وذلك بسبب وجود عنصر أجنبيّ ما في الإجراءات، الانضمام إلى الاتفاقية مفتوح أمام أي دولة عضو في الأمم المتحدة، أي دولة أخرى عضو في أي وكالة متخصّصة في منظومة الأمم المتحدة، أو طرف في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

ثانياً: اتفاقية الرياض:

تسمي اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي ١٩٨٣م وهي تنفيذ للإعلان الصادر عن المؤتمر العربي الأول لوزراء العدل المنعقد في الرباط عاصمة المملكة المغربية في الفترة من ١٤-١٦ ديسمبر/ كانون أول ١٩٧٧، ألغت اتفاقية الرياض اتفاقية جامعة الدول العربية الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية لسنة ١٩٥٢م (القواعد التي تحكمها يلاحظ الباحث أنها نسخت من قواعد اليونسترال للتحكيم التجاري الدولي مع بعض التعديلات الخفيفة وسميت قواعد مركز القاهرة للتحكيم التجاري والأخرى سميت بقواعد تحكيم مركز كوالالمبور للتحكيم التجاري) واتفاقية الرياض تؤكد علي إضفاء الصفة التنفيذية للقرارات التحكيمية الصادرة في دولة متعاقدة بغض النظر عن جنسية من صدرت لمصلحته وبذلك فإن أي حكم أو قرار تحكيمي صادر في السودان لمصلحة شخص أمريكي يصبح قابلا لتنفيذ في الكويت انطلاقا من كونه قد صدر عن محكمة سودانية، والسودان من الموقعين علي هذه الاتفاقية

ثالثاً:اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية لسنة ٢٠٠١م:

تهدف الاتفاقية إلى حل أي نزاع ينشا مباشرة عن أحد الاستثمارات بين الدول العربية الأطراف المضيفة للاستثمار أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة أو الشركات التابعة لها أو مواطنيها وبين إحدى الدول العربية الأخرى الأطراف أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة أو الشركات التابعة لها أو مواطنيها بما يضمن إيجاد مناخ ملائم يسهم في تشجيع قيام الاستثمارات العربية بصورة متزايدة داخل الدول العربية، ويدخل في مفهوم المواطنين في هذه المادة الأشخاص الطبيعيون والأشخاص الاعتباريون الحاصلون على جنسية الدولة الطرف .

رابعاً: اتفاقية عمّان:

اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري ١٩٨٧م تم التوقيع عليها خلال الدورة الخامسة لمجلس وزراء العدل العرب التي عقدت في عمان – الأردن خلال الفترة من ١١-١٤/٤/١٩٨٧م وتتكون الاتفاقية من ٤٢ مادة موزعة علي ستة فصول

(الأحكام العامة، المركز العربي للتحكيم التجاري، هيئة التحكيم، إجراءات التحكيم، قرار التحكيم، إحكام ختامية) وهي اتفاقية دولية إقليمية خاصة بالدول العربية، وتتفق مع القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي تم إقراره من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في ١٩٨٥/٧/٢١م

خامساً: اتفاقية السودان ودولة الإمارات العربية المتحدة لسنة ٢٠٠٥م، اشتملت الاتفاقية علي قواعد تنفيذ قرارات المحكمين في م/ ٦٩ (قرارات التحكيم الصادرة في إقليم أي من الدولتين نافذة ومعترف بها في الدولة الأخرى إذا توافرت لها الشروط الآتية:

- إيداع نسخة مصدقة عليها من اتفاق التحكيم المكتوب بين الأطراف.
- صدور قرار التحكيم في مسألة يجوز فيها التحكيم وفقا لقوانين الدولة المطلوب التنفيذ بها.
- ألا يتعارض الاعتراف بقرار التحكيم أو تنفيذه مع النظام العام للدولة المطلوب التنفيذ لديها

سادساً: قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم:

قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985)مع التعديلات التي اعتُمدت في عام 2006:

يهدف هذا القانون النموذجي إلى مساعدة الدول على إصلاح وتحديث قوانينها المتعلقة بإجراءات التحكيم لمراعاة السمات والاحتياجات الخاصة للتحكيم التجاري الدولي. ويتناول القانون جميع مراحل عملية التحكيم.

جهاز تسوية المنازعات:

يعتبر ضمن آليات منظمة التجارة العالمية، ونص عليها في م/٢٢، ٢٣ من الاتفاق العام (أنشئ جهاز تسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية بموجب المادة الثانية من مذكرة التفاهم بشأن القواعد والإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات)، وتقوم بنظر كافة القضايا التي تنشأ بين الدول الأعضاء في المنظمة،

(العلاقات الدولية تقوم علي فكرة المصالح المتبادلة وهي ذات طبيعة غير ثابتة، وبالتالي فهي كثيرا ما تتعرض للتوتر والاهتزاز ويحدث خلاف أو نزاع بين أطرافها، وهذا البحث يبدأ في حل للنزاعات بالرجوع إلي القواعد المتعارف عليها دوليا والتي تنظم العلاقات بين أشخاص القانون الدولي)، وينظر القضايا بين الدول وعلي الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين إقناع دولهم بتبني دعواهم حتى يتم نظرها، (حق الشكوى أمام هذا الجهاز مقصور علي الدول فقط، ولا يكون أمام الأفراد والشركات التي تتأثر حقوقهم سوي اللجوء إلي دولتهم حتى تتبني شكواهم وتقدمها إلي جهاز تسوية المنازعات ضد الدولة المخالفة)

تطبق قواعد القانون الدولي (نظام تسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية لا يعمل من فراغ، فهو جزء من قواعد القانون الدولي العام، لذلك فإن مبادئ القانون الدولي العام واجبة التطبيق في ذلك النظام).

الفرع الثاني

مراحل تسوية المنازعات

أولاً: المشاورات الثنائية: يكون بتبادل المذكرات والرد في فترة لا تتجاوز ٣٠ يوماً من تسليمه الطلب، بغرض الوصول لحل مرضٍ للطرفين، بالجلوس في مفاوضات ثنائية، وإذا لم يستجب الطرف الآخر في الفترة المحددة، جاز للشاكي أن يطلب إنشاء فريق لحسم النزاع، مع إخطار جهاز فض المنازعات بالنتائج أيا كانت، حتى يمكن اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة

ثانياً: الوسائل السياسية: وهي وسائل اختيارية للدول المتنازعة، وتتضمن المساعي الحميدة، والتوفيق والوساطة، تهدف لتقريب وجهات النظر بواسطة وسيط وفي الغالب طرف ثالث (المدير العام لمنظمة WTO)، وقد تكون سرية وفي أي وقت.

ثالثاً: فرق التحكيم الخاصة: تهدف لتسوية منازعات التجارة الدولية، ويقدم الطلب بالتحكيم مشفوع بملخص للجهود السابقة لحسم النزاع وملخص للشكوى،

لجهاز تسوية المنازعات الذي يقوم باختيار هيئة التحكيم، ويحق له إدخال أي طرف ذي مصلحة كطرف ثالث، والقرار الذي تصدره فرق التحكيم، يستأنف في اللجنة المحددة من قبل جهاز تسوية المنازعات، ويراجع قرارها بواسطة لجنة أخري محددة ثم تنفيذ التوصيات بعد نيل الحجية للقرار.

وأعطت منظمة التجارة العالمية خصوصية للدول النامية، والأقل نمواً، بتقديم المشورة لها، واختيارها لطرق إجراء التسوية.

الخاتمة

علي الرغم من الانتقادات الموجهة للوسائل البديلة للقضاء كوسيلة لتسوية المنازعات، إلا أن الواقع العملي يدل بشكل واضح علي ازدياد اللجوء إليها في العقود الدولية حتى يمكن القول أن الأصل في تسوية المنازعات الناشئة عن هذه العقود هو التحكيم والتسوية وأن اللجوء للقضاء هو الاستثناء ومن هنا ازداد الاهتمام بالوسائل البديلة للقضاء في مختلف الدول، مما يدعونا إلي التفكير والعمل جدياً علي تنمية طرق المراقبة لهذه الوسائل البديلة وتطويرها وإزالة العقبات التي تعترض مسيرتها للأمام، ومقدرة الدول في تنفيذ القرارات التي تصدر من الدول الأجنبية في المحاكم الوطنية لأنها أصبحت من أدوات الجذب للاستثمارات الدولية،

التوصيات:

(١) تشجيع حكومات العالم للإهتمام بالتشريعات الخاصة بالتحكيم وتطويرها وتشجيع إبرام اتفاقيات دولية وثنائية في مجال التحكيم ومنح الحكم التحكيمي المستوفي لشروطه قوة النفاذ الدولي والاحتجاج به على مستوى القضاء الوطني للدول المختلفة.

(٢) ضرورة مساهمة الدول الكبرى والأمم المتحدة في دعم جهود التدريب في مجال التحكيم للدول الأقل نموءاً .

(٣) العمل على نشر الوعي المعرفي التحكيمي بالوسائل المختلفة منها بلا شك هذا المؤتمر المهم ومن خلال الدوريات والكتب والمجلات المحكمة.

قبل أن أغادر مقامي هذا أتقدم بالشكر للقائمين على تنظيم أعمال هذا المؤتمر الناجح؛ أخص منهم السيد/ وزير العدل التركي ومعاونيه ... والسيد/ رئيس المحكمة العليا لدولة تركيا الشقيقة.

والسلام عليكم ورحمة الله،،،

بروفيسور/ حيدر أحمد دفع الله
رئيس القضاء
رئيس المحكمة القومية العليا
رئيس المفوضية القومية للخدمة القضائية

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİM TECRÜBESİNDE UYGULANAN HUKUK

Doç. Dr. Alizada Mammadov[*]

Son zamanlarda uluslararası alanda ticari-ekonomik ilişkilerin yoğunlaşması, bu ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların da oluşumunu beraberinde getirmektedir. Özel hukuki nitelikli bu uyuşmazlıkların çözümünde farklı yöntemlere başvurulmakla birlikte bunlar arasında öngörülen mekanizmalar arasında etkinliği açısından Milletlerarası Ticari Tahkim (MTT) büyük öneme sahiptir. Günümüzde Milletlerarası Ticari Tahkim uluslararası ticari ilişkilerde bağımsız bir unsur oluşturmaktadır. Uyuşmazlığın çözümü prosedürünün saklı tutulması, uyuşmazlığın kısa zamanda çözümü, yurtdışında kabul edilmiş kararların onaylanması ve uygulanması için uluslararası güvence sisteminin olması (bu sistem 1958 tarihli Nyu York Konvansiyonu'na dayanmaktadır), tahkim yerinin, uygulanacak kuralların ve kullanılacak dilin belirlenmesinde irade özgürlüğü vs. tahkim prosedürünün taraflar için etkin olmasını öngörmektedir. Bahsedilen etkinlik tarafları karşılıklı anlaşmayla milletlerarası tahkime başvurmaya sevketmektedir. Azerbaycan Cumhuriyeti'nde (AC) buna ilişkin ilgili ulusal ve uluslararası hukuki esaslar mevcuttur. AC Medeni Usul hakkında Kanunun 29. maddesi uyarınca yargıya ilişkin uyuşmazlıklar yasayla, uluslararası sözleşmelerle veya tarafların anlaşmasıyla öngörülen hallerde, uyuşmazlık taraflarının yazılı anlaşmasıyla tahkim (hakem) mahkemesinin çözümüne gidilebilmektedir.

Buradaki "yasa" kavramıyla farklı yasalar kastedilmektedir. Örneğin, 1992 tarihli Yabancı Yatırımların Korunmasına ilişkin AC Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca, AC'de yabancı yatırımcılar ve yabancı yatırımlı işletmelerin AC'nin devlet kurumları, işletmeleri, kamu kuruluşları ve başka tüzel kişileri arasındaki uyuşmazlıklara, yabancı yatırımlı işletmelerin üyeleri arasındaki uyuşmazlıklara, ayrıca yabancı yatırımlı işletmenin katılımcıları ile işletmeler arasındaki uyuşmazlıklara mahkemelerde, ya da tarafların anlaşmasıyla tahkim (hakem) mahkemesi, aynı zamanda, yurtdışındaki tahkim mahkemelerinde bakılacaktır.

Uyuşmazlığın milletlerarası ticari tahkim usulü ile çözülmesi AC'nin imzaladığı "Yatırımların teşviki ve karşılıklı korunması"na ilişkin iki taraflı anlaşmalarda da öngörülmektedir. Örneğin, Türkiye ile imzalanmış aynı Anlaşmanın 7. maddesi uyarınca taraflar, aralarındaki uyuşmazlıkları aşağıdaki tahkim mahkemelerine götürebilmektedir 1) Yatırım Uyuşmazlıklarının Uluslararası Çözümü Merkezi (International Center for the Settlement of Investment Disputes –ICSID); 2) Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi; 3) UNCİTRAL'ın Tahkim prosedür kurallarına göre oluşturulan özel (ad hoc) tahkim mahkemesi. Benzer hükümler AC'nin Bulgaristan'la (2004), Yunanistan'la (2004) vb. ülkelerle imzalanan aynı adlı sözleşmelerde öngörülmektedir.

Uyuşmazlığın tahkim usulü ile çözümü uluslararası sözleşmelerle de öngörülmüştür. Örneğin, ekonomik faaliyetten doğan uyuşmazlıkların çözümü hakkında 1992 tarihli Bağımsız Devletler Topluluğu (MDB) Anlaşması'nın (AC 2002'den itibaren Anlaşmaya taraftır) 3. maddesi uyarınca, taraf devletlerin üyeleri hiçbir engel olmaksızın üye devletlerin arazisinde bulunan tahkim (hakem) mahkemelerine başvurabilmektedirler.

[*] Bakü Devlet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Özel Hukuk ve Avrupa Hukuku Anabilim Dalı Başkanı. (E-mail: elizade.memmedov@mail.ru)

Milletlerarsı ticari tahkimin üç türü vardır: 1) Ad hoc tahkim; 2) Sürekli faaliyette bulunan tahkim: 1) Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi (Paris); 2) Azerbaycan Uluslararası Tahkim Mahkemesi; 3) Stokolm Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi; 4) Rusya Ticari Sanayi Odası Milletlerarası Tahkim Mahkemesi; 3) Özel amaçlı tahkim (örneğin, 1965 tarihli "Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasında Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Hakkında Vaşington Sözleşmesi" çerçevesinde oluşturulan ICSID).

Milletlerarası ticari tahkimin kendine özgü yapısı onların hukuk uygulama alanını da etkilemektedir. Doktrinde milletlerarası ticari tahkimin hukuki altyapısına ilişkin dört farklı teori bulunmaktadır: sözleşmesel (konsensual), uygulamalı, kendine özgü (sui generis) ve bağımsız tahkim. İlk üç (sözleşmesel, uygulamalı ve kendine özgü tahkim) teoriyi savunanlar milletlerarası ticari tahkimi iç hukukun medeni ve medeni usul hakkında kanunlarına göre değerlendirmeye gayret etmektedir. Bu yaklaşım milletlerarası ticari tahkimin niteliğine, uygulama mekanizmasına, oluşturulma gereğine aykırıdır. Hukuki niteliği belirlenirken, tarafların irade özgürlüğü, uygulanacak hukuk ve ilke şekli, nihayet uyuşmazlığın uluslararası yapısı dikkate alınmalıdır. Milletlerarası ticari ilişkilerin dinamik gelişimi entegre süreçleri vs. milletlerarası ticari tahkimin lex arbitrinin mevcut olmadığının veya milletlerarası lex arbitrinin milletlerarası ticaret hukukuna uygun gelişmeli olmasının kanıtıdır. Oysa ki bu milletlerarası ticari tahkimi arazisinde tahkim kararı kabul edilmiş devletin ulusal hukuk sisteminin milletlerarası özel hukukundan ve genel kurallarından ayrı tutmamaktadır.

Milletlerarası ticari tahkim uygulamasında somut durum için uygulanacak hukuku belirlemek açısından beş yaklaşım mevcuttur. İlk yaklaşıma göre, uygulanacak hukuk tahkim yeri mevzuatına (lex loci arbitri) uygun belirlense de, bu mevzuata uygunluğun kendisi de kesin değildir. AC'nin Uluslararası Tahkim Kanunu'nun 28. maddesinin 2. fıkrası gereğince, "Taraflar herhangi bir beyanda bulunmadıkları sürece hakem mahkemesi, uygulanmasını doğru bulduğu kanunlar ihtilâfı kurallarına göre belirlenmiş hukuku uygular." hükmünden tahkim yeri kuralının uygulanacağı durumu çıkarılabilir. İkinci yaklaşıma göre, hakemler, farklı hukuk sistemleri için genel olan ilkeleri esas alır. Onu da belirtelim ki, farklı hukuk sistemleri için genel olan ilkeler AC'nin devlet kontratları için de geçerlidir. Örneğin, AC Pirsaat petrol yatağını da içeren bloğun araştırılması, işlenmesi ve pay dağılımına ilişkin SOCAR, SENQLİ, OYLFİLD SENQ DA QRUP KOMPANİ ve SOCAR'ın ortak petrol şirketi arasındaki Sözleşme'nin 26. maddesinde belirtildiği gibi, uygulanacak hukuk hükmüne uygun olarak taraflar arasındaki uyuşmazlığa Azerbaycan Cumhuriyeti ve İngiltere hukuku için genel olan hukuk ilkelerine göre uygulanır ve yorumlanır, genel hukuk ilkeleri bulunmadığında ise Kanada'nın Alberta ayaletinin genel hukuk ilkeleri uygulanır.

Üçüncü yaklaşıma göre, milletlerarası ticari tahkim kararında hiçbir şekilde ulusal hukuka atıf yapılmamalıdır. Sadece uluslararası alanda bütün hukuk sistemleri tarafından kabul edilen veya uluslararası özel hukuk ilkelerine dayanmalıdır. Bu ilkelere örnek olarak irade özgürlüğü gösterilebilir. AC'nin Yunanistan'la imzaladığı 2004 tarihli Yatırımların Karşılıklı Korunması Hakkında Sözleşme'nin 10. maddesinin 4. fıkrasında, tahkim mahkemesinin uyuşmazlığı Sözleşme hükümlerine ve uluslararası hukukun uygulanan kural ve ilkelerine uygun çözeceği belirtilmiştir. AC'nin imzaladığı petrol sözleşmelerinde, örneğin AC'nin *SHENGLİ Lİ OYLFİLD SHENG DA GRUP KOMPANİ* ile imzaladığı Sözleşme'nin 26/1. maddesinde, bu sözleşmenin aynı zamanda ahde feva (pacta sunt servanda) ilkesine tabi tutulacağı belirtilmiştir.

Dördüncü yaklaşıma göre, uygulanacak hukuk kanunlar ihtilafi kurallarına atıf yapılmadan belirlenmektedir. Burada tahkim doğrudan uluslararası sözleşmenin hukuk normlarına veya devletlerarası mekanizmalara başvurulmasıyla gerçekleşmektedir. Zira uluslararası ticaret hacmi

uzlaşılmış uluslararası sözleşme hükümleri ile düzenlenmeli veya hakemlerin gayri-devlet usulu düzenlemelerine, aynı zamanda, *Lex mercatorianın* uygulanmasına olanak tanınmalıdır. Son zamanlarda bir çok devletin (Ukrayna, Rusya vb.) milletlerarası özel hukuka ilişkin mevzuatında uluslararası sözleşmelerdeki hukuk kurallarının mevcutluğunun kanunlar ihtilafi hükmünü istisna edeceği göz önünde bulunmaktadır. Böyle bir hüküm, ne AC'nin Milletlerarası Özel Hukuk hakkında Kanunu'nda, ne de Milletlerarası Tahkim hakkında Kanunu'da belirtilmiştir. Bahsedilen Kanun'un 28. maddesinin 2. fıkrası sadece tahkimin uygulanmasını öngördüğü kanunlar ihtilafı kurallarına uygun belirlenmiş hukukun uygulanabileceğinden bahsetmektedir.

Nihayet beşinci yaklaşıma göre, tahkim mahkemesi, ya tarafların seçimi üzerine, ya da kendisinin makul gördüğü kanunlar ihtilafi hükmüne göre ulusal hukuk kurallarını uygulayacaktır. Örneğin, Azerbaycan'ın Milletlerarası tahkim uygulamasında bu yaklaşım kullanılmaktadır. Nitekim mahkeme tecrübesinde 4 uyuşmazlık çözülmüş ve bu zaman tarafların anlaşması üzerine devletlerin ulusal hukuk kuralları uygulanmıştır.

Mevcut hukuki esasların incelenmesinden hareketle söylenebilir ki, Miletlerarası Ticari Tahkim'de uyuşmazlığın niteliğine göre hukukun uygulanması iki türlü gerçekleşir. Birinci tür, uyuşmazlığın çözümü taraflarının karşılıklı rızasına uygun gerçekleşmektedir. Milletlerarası özel hukukun önemli ilkelerinde olan irade özgürlüğüne dayanan bu şekil ister ulusal mevzuatta (Milletlerarası özel hukuk hakkında kanunun 1. maddesi; Milletlerarası tahkim hakkında kanunun 28. maddesi), isterse de, uluslararası sözleşmelerde (Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin 1961 tarihli Avrupa Konvansiyonu, madde 7; 1965 Vaşington Konvansiyonu, madde 42) ve tavsiye niteliğindeki belgelerde (UNCİTRAL'in 1976 tarihli Tahkim Yönergesi, madde 33; UNCİTRAL'ın 1985 tarihli Örnek Yasası, madde 28) düzenlenmiştir. Bu türün niteliği gereği tahkim mahkemesi uyuşmazlıkları tarafların rızası ile seçtiği hukuk kuralları ile çözmektedir. AC Yasası'nın 28. maddesinde belirtilen bu hükmü geniş yorumladığımızda şu kanaata varılabilir ki, taraflar hem bu veya diğer devletin hukukunu, hem de uluslararası hukuk normlarını ve üçüncü hukuk sistemine ait normları uygulanacak hukuk olarak seçebilrler. Örneğin, İCSİD Tahkim Mahkemesi Azpetrol Şirketi ve AC arasındaki uyuşmazlığın çözümünde Vaşington Konvansiyon'nun 42. maddesi uyarınca tarafların rızası ile ingilis hukukunu uygulamıştır (İCSİD Case No. ARB/06/15). Ayrıca, Azerbaycan Uluslararası Tahkim Mahkemesi Yönetmeliği'nin 15. maddesi uyarınca taraflar arasındaki uyuşmazlığa Rusya ve Azerbaycan şirketlerinin karşılıklı rızasıyla Rusya hukuku uygulanmıştır. Belirtmek gerekir ki, MTT seçilmiş ulusal hukukun kanunlar ihtilafi kuralları istisna olmakla, sadece hukuk normlarını uygulamaktadır.

Bazen uygulamada uygulanacak hukukla ilgili belirttiğimiz hüküm sınırlayıcı yorumlanır ve tarafların seçim imkanlarını da sınırlandırır. Bu, bir durumda uyuşmazlıkla sıkı-sıkıya bağlı olan ulusal hukukun seçilebilmesi gibi, diğer durumlarda ise sadece bu veya başka devletin hukukunun seçilebilmesi gibi gerçekleşir. AC kanunlarında ilk duruma ilişkin sınırlama öngörülmemektedir, fakat seçilmiş ulusal hukuk sözleşmeyle sıkı-sıkıya bağlı olan devletin hukukunun emredici kurallarına aykırı olmamalıdır (MÖHK, madde 24).

İkinci duruma bakıldığında ise, Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 24. Maddesi, 1. maddenin hükümlerini sınırlandırır. Şöyle ki, 24. maddede öngörülen "... tarafların rızasıyla seçilen ülke hukuku ile düzenlenir" ibaresi, 1. maddenin 2. fıkrasında belirtilen "uygulanmalı hukuk (...) ayrıca tarafların rızasıyla belirlenir" hükmünün uygulama alanını daraltır. Aynı zamanda bu, AC'deki kontrat uygulaması için de karakterik değildir. Gerçi, bu uygulama devletin katıldığı kontratlar için karakteriktir. Nitekim bu tür sözleşmelerde devletin millileştirme hukukuna eşdeğer hukuki koruma sistemi oluşturmak, aynı zamanda sözleşmede hem hukuk, hem de usul mekanizmaları kabul eden devletin hukukuna değil, tarafsız devlet hukukuna tabi ettirmek

isteği ile hükümetlerarası şirketler lex mercatorianın, ulusal hukuk sistemleri için genel olan veya uluslararası hukuk prensiblerinin seçilmesini tercih etmektedirler. Bu tecrübenin geliştirilmesi amacıyla Milletlerarası Tahkim hakkında Kanun'un 28. maddesi hükümü hakem tarafından geniş yorumlanmalıdır. Uyuşmazlık taraflarının seçimine ilişkin belirtilenler, böyle bir seçim yapılmadığı takdirde uygulanacak hukukun tahkimce belirlenmesi için de geçerlidir. Yukarıda belirtdiğimiz yasal düzenlemeler, tahkimi, onun gerçekleştiği yer hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarına doğrudan tabi tutmasa da, genel anlamda uygulanacak hukukun bütün durumlarda kanunlar ihtilafı hükmüne bağlı olduğunu gösterir. Fikrimizce, yukarıda belirtdiğimiz nedenlerden dolayı bu tür yaklaşım hakemin uygulanacak hukuku belirleme olanağını sınırlamaktadır. Bundan dolayı 28. maddenin 2. fıkrasında belirtilen "tahkim mahkemesi uygulanmasını olası gördüğü kanunlar ihtilafı hükümlerine uygun belirlenmiş hukuku uygular" ibaresi "tahkim mahkemesi makul saydığı hukuku uygular" şeklinde *de lege lata* yorumlarsa veya *de lege ferenda* şeklinde mevzuata değişiklik edilirse, uygulama açısında daha doğru olacaktır. Ayrıca bu, aynı maddenin 3. fıkrasında belirtilen "bütün durumlarda tahkim mahkemesi sözleşme şartlarına uygun olarak ve bu sözleşmelere uygulanan ticari örf ve adet kurallarını dikkate alarak karar kabul eder" hükmüne de uygun olurdu. Belirtilen hükm, bir taraftan tahkim olanağını ortaya koymakta, diğer taraftan ise tahkim tarafından farklı hukuk kurallarının paralel uygulanabilmesini gösterir. Sonda belirtelim ki, hukuk literatüründe mevcut teorilerin delilleri asılsız değildir. Aslında milletlerarası özel hukuk alanında kişisel hakların korunmasının prosedür biçimi gibi görev yapan Milletlerarası Ticari Tahkim milletlerarası özel hukuk sisteminin bir unsurudur. Bu açıdan bütünlükle sistem için karakterik olan karmaşıklık, sistemin bir unsuru gibi görev yapan tahkim kurumu için de geçerlidir. Düşünülebilir ki, savunmanın usul biçiminde olması onun usule ilişkin olması, sadece tarafların rızasına dayanması onun sözleşme esaslı olması, bir anlamda bağımsızlığı ise uyuşmazlığın uluslararası nitelikte olması ile ilgilidir. Devletlerin ulusal hukuk sisteminden ayrı faaliyet göstermesi ise geçici niteliktedir. Çünkü tahkimin kabul ettiği kararların yerine getirilmesi bu veya başka devletin ulusal hukuk sistemi çerçevesinde gerçekleşir. Bu anlamda tahkim yerinin kanunlar ihtilafı hükümlerine atıf yapılmaması o devletin genel kurallarının (order public) veya emredici hükümlerinin dikkate alınmaması manası çıkarılamaz. Diğer taraftan tahkimin gerçekleştiği yerin kanunlar ihtilafı hükümlerine atıf yapılmaması milletlerarası özel hukuka tabi olmama gibi de değerlendirilmemelidir. Öncelikle, kanunlar ihtilafı hükümleri teriminin milletlerarası özel hukuk kavramıyla eşleşdirilmesi doğru değildir. İkincisi, uygulanacak hukuk belirlenirken tahkimin dayandığı irade özgürlüğü, sıkı-sıkıya bağlılık vd. ilkeler özellikle milletlerarası özel hukukun ilkeleridir.

Kaynakça

1. Vidadi Mirkamal, Beynəlxalq Arbitraj Prosesi, Baku, 2011.

2. Uluslararası Ticari Tahkim, Hazırlayan Hakim Azizov, Ankara, 2004.

3. Брунцева Е.В. Международный коммерческий арбитраж. СПБ, 2001.

4. Мосс Д.К. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража. М. Норск-Гидро 1996.

5. Муранов А.И. Применение международным коммерческим арбитражем конкретных норм Российского права и публичный порядок России: Ошибки судебной практики // Московский журнал международного права, 2003, No. 2.

6. Садыгов А.И. Международные нефтяные контракты Азербайджанской Республики в системе международного энергетического права. Автореферат. Баку, 2003.

7. International Contracts: Aspects of Jurisdiction, Arbitration and Private International Law, M. Koppenol-La Force (ed.) First edition, London, Sweet and Maxwell, 1996.

LAW APPLIED IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION EXPERIENCE

Assoc. Prof. Dr. Alizada MAMMADOV[*]

Lately, the intensification of commercial-economic relations in the international arena, brings about the occurrence of disputes which emanate from these relations. Different methods are referred to in the resolution of these disputes which have special legal characteristics. However, among the mechanisms that are set forth for these methods, the International Commercial Arbitration (ICA) is of great importance with regards to its effectiveness. Today, the International Commercial Arbitration constitutes an independent element in international commercial relations. The procedure of the dispute resolution being kept hidden, the resolution of the dispute in a short period of time, the existence of an international guarantee system for the approval and application of the decisions that are taken abroad (this system is based on the New York Convention dated 1958), free discretion on the location of the arbitration and on the determination of the rules that will be applied and the language that will be used, etc. assures that the arbitration procedure is effective for the parties. The mentioned effectiveness leads parties to apply to international arbitration with mutual agreement. The related national and international legal principles regarding this are present in the Republic of Azerbaijan (RA). As per the 29th article of RA's Law on Civil Procedure, disputes regarding judgement can be resolved via law, international agreements or in cases where parties agree, via arbitration court with the written agreement of the disputing parties.

The "law" concept here implies different laws. For example, as per the 42nd article of the RA Law on the Protection of Foreign Investments, the disputes between, foreign investors and businesses with foreign investments, and the RA's state organizations, businesses, public institutions and other legal people, and the disputes between the members of the businesses with foreign investments, along with the disputes between the participants of the businesses with foreign investments and the businesses, will be dealt with in courts or in arbitration courts with the agreement of the parties, or in arbitration courts abroad.

The resolution of the dispute via the method of international commercial arbitration is also set forth in the bilateral agreements regarding the "Promotion and mutual protection of investments" which are signed by RA. For example, as per the 7th article of the same agreement signed with Turkey, the parties can take the disputes between them to the following arbitration courts. 1) International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID); 2) Arbitration Court of International Chamber of Commerce; 3) The ad hoc arbitration court of UNCITRAL which is created according to the Arbitration procedure rules. Similar provisions are also set forth in agreements that the RA signed with Bulgaria (2004), Greece (2004) and other countries, with the same name.

The resolution of disputes with the method of arbitration is also set forth in international agreements. For example, as per the 3rd article of the Commonwealth of Independent States (CIS) Agreement (RA has been a party to the Agreement since 2002) dated 1992 regarding the resolution of disputes arising from economic activities, members of the state parties are able to apply to the arbitration courts that are in the land of the member states without any obstacles.

[*] Baku State University, Faculty of Law, President of International Private Law and European Law Department. (E-mail: elizade.memmedov@mail.ru)

There are three types of international commercial arbitration: 1) Ad hoc arbitration; 2) Arbitration which is always operational: 1) Arbitration Court of International Chamber of Commerce (Paris); 2) Azerbaijan International Arbitration Court; 3) Arbitration Court of Stockholm International Chamber of Commerce ; 4) International Arbitration Court of Russia Commercial Industry Chamber; 3) Arbitration with a special purpose (for example, ICSID which is created within the framework of the "Washington Agreement regarding the Resolution of Investment Disputes between States and the Citizens of Other States" dated 1965.

The idiosyncratic structure of international commercial arbitration also affects its field of legal application. There are four different theories regarding the legal structure of the international commercial arbitration in the doctrine: consensual, practical, idiosyncratic (sui generis) and independent arbitration. Defenders of the first three theories (consensual, practical and idiosyncratic arbitration) strive to assess the international commercial arbitration according to the domestic law's laws regarding civil and civil procedure. This approach is contradictory to the characteristics, implementation mechanism and creation requirement of the international commercial arbitration. The freedom of will of the parties, the law that will be applied, the manner of principle and finally the international structure of the dispute should be taken into account while its legal characteristics is identified. The dynamic development, integrated processes and other factors of international commercial relations prove that the lex arbitri of international commercial arbitration doesn't exist or that the international lex arbitri develops according to the international commercial law. Yet, this doesn't set the national law system of the state whose arbitration decision is accepted in the international commercial arbitration land, apart from the international private law and general rules.

There are five approaches available to determine the law for the concrete situation in the implementation of the international commercial arbitration. According to the first approach, even though the law that will applied is determined in accordance with the law arbitration location legislation (lex loci arbitri), the compliance with the legislation itself is not certain. As per the 2nd clause of the 28th article of the RA's International Arbitration Law, "as long as the parties don't make any statements, the arbitration court implements the law that it deems right to be implemented which is determined according to the rules of law dispute. It can be deduced from this provision that the arbitration location rule will be applied. According to the second approach, arbitrators base their decisions on principles that are general for different legal systems. We should also note that principles that are general for different legal systems are also valid for RA's state contracts. For example, as stated in the 26th article of the Agreement between SOCAR, SENQLİ, OYLFİLD SENQ DA QRUP KOMPANİ and SOCAR's partner oil company, regarding the exploration, processing and share distribution of the block including the RA oil field, any dispute between the parties would be processed and interpreted according to the law principles that are general for the law of Republic of Azerbaijan and the UK, in a way which complies with the legal provisions that will be applied, and when general law principles don't exist the general law principles of Canada's Alberta state is applied.

According to the third approach, the national law shouldn't be referred to in any way in the international commercial arbitration decision. It must only be based on law principles which are accepted by all law systems in the international field or on international private law principles. Freedom of will can be shown as an example to these principles. In the 4th clause of the 10th article of the Agreement regarding the mutual protection of investments that the RA signed with Greece in 2004, it is stated that the arbitration court will resolve the disputes in accordance with the Agreement provisions and the applied rules and principles of international law. In the oil agreements that the RA signed, for example *in article 26.1. of the Agreement that the RA signed* with SHENGLİ Lİ

OYLFİLD SHENG DA GRUP KOMPANİ, it's stated that this agreement will also be subjected to the principle of pacta sunt servanda. According to the fourth approach, the legal law dispute that will be implemented is determined without referring to the rules. Here, arbitration occurs via referral to the legal norms of the international agreement or to interstate mechanisms. This is because the international trade volume must be regulated with international agreement provisions that are agreed upon or the non-state style regulations of arbitrators as well as *the Lex mercatoria* implementation must be enabled. Recently, it can be seen clearly that the existence of the law rules of the international agreements in the legislation of many states (Ukraine, Russia etc.) regarding the international private law, will exempt the law dispute provision. Such a provision is stated neither in RA's Law on International Private Law, nor in its Law on International Arbitration. The 2nd clause of the 28th article of the mentioned Law states that only law that is identified in compliance with the law dispute rules that the arbitration set forth to be implemented.

Finally, according to the fifth approach, the arbitration court should implement the national law rules upon the selection of the parties or according to the law dispute provision that itself sees fit. For instance, this approach is used in the international arbitration implementation of Azerbaijan. Hence, 4 disputes were resolved in the court experience and upon the reconciliation of the parties at this time; the national law rules of states are implemented.

Based on the examination of the current legal principles it can be said that the implementation of law at the International Commercial Arbitration, according to the nature of the dispute occurs in two ways. In the first way, the resolution of the dispute occurs in accordance with the mutual assent of the parties. This way, which is based on freedom of will which is one of the important principles of international private law, is regulated in national legislation, (1st article of the Law on international private law; 28th article of the Law on international arbitration), in international agreements (Article 7 of the European Convention on International Commercial Arbitration dated 1961; Article 42 of the Washington Convention dated 1965) and in advisory documents (Article 33 of UNCITRAL's Arbitration Rules dated 1976; Article 28 of UNCITRAL's Model Law dated 1985). As required by the nature of this type, the arbitration court disputes are resolved by the law rules that the parties select with their own consent. It's possible to reach to following conclusion when we interpret this provision that is stated in the 28th article of the law of RA in a broad way. The parties can select both this law and the other state's law as well as the international norms of law and the norms that belong to the third party law systems, as law that will be implemented. For example, the Arbitration Court of ICSID has implemented the English law with the consent of the parties, as per the 42nd article of the Washington Convention, in the resolution of the dispute between the Azpetrol Corporation and RA. (ICSID Case No. ARB/06/15). In addition, as per the 15th article of the Azerbaijan International Arbitration Court Directive, the Russian law is implemented on the dispute between the parties with the mutual assent of the Russian and Azerbaijani companies. It should be mentioned that the ICA only implements the norms of law with the exception of the law dispute rules of the selected national law. Sometimes, the provision that we stated related to the law that will be implemented in practice is interpreted in a limited way and the choice possibility of the parties are limited as well. This occurs as the possibility of selection of the national law which is tightly connected to the dispute in one case, and as the possibility of selection of the law of this state or other state in other cases. Limitation regarding the first case is not set forth in RA laws. However, the selected national law should not be contradictory to the compulsory legal rules of the state which is tightly connected to the agreement (LIPL, article 24).

When the second case is reviewed, it can be seen that the 24th article of the Law on International Private Law limits the provisions of the 1st article. As such, the statement of "(...) regulated by the law of the country that is selected by the consent of the parties" which is set forth

in the 24th article, limits the field of application of the provision; "law which is implemented... is also determined with the consent of the parties" which is stated in the 2nd clause of the 1st article. At the same time, this also not characteristic for the contract implementation in the RA. This implementation is characteristic for the contracts that the state participates in, though. Hence, intergovernmental companies prefer lex mercatoria's general principles of national law systems or its international law principles to be selected in these kinds of agreements in order to create a legal protection system that is equivalent to the state's nationalization law and with the desire to subject both the law and the method mechanisms not to the law of the agreeing state but to the law of the impartial state, at the same time. The 28th article of the Law on International Arbitration must be interpreted broadly by the arbitrator for the purpose of this experience to be improved. What is stated with regards to the selection of the dispute parties is also valid for the determination of the law that will be implemented by the arbitration in case such a selection is not made. Although the legal regulations that we've outlined above don't directly subject the arbitration to the law dispute rules of the location it occurs, they demonstrate that the law that will be implemented in the general sense depends on the law dispute provisions in all cases. In our opinion, this kind of an approach limits the arbitrator's ability to determine the law that will be implemented because of the reasons we've outlined above. Because of that, if the statement of "the court of arbitration implements the law that it deems possible to be implemented, which is determined in accordance with the law dispute provisions" is interpreted de lege lata as "the *court of* arbitration implements *the law that* it deems reasonable" or if the legislation is changed in a de lege ferenda way, it would be more accurate in terms of implementation. Besides, this would also be fitting with the provision "the court of arbitration accepts decisions in accordance with the agreement terms and by taking into account the commercial rules of customs and traditions that are applied to these agreements, in all cases" which is stated in the 3rd clause of the same article. The provision that is stated puts forward the possibility of arbitration on one hand, and demonstrates the ability of different law rules being implemented by the arbitration, on the other hand. Finally, we should note that the evidence of current theories is not unfounded in the law literature. Actually, the International Commercial Arbitration which performs as the procedural form of the protection of personal rights in the area of international private law is an element of the international private law system. From this perspective, the complexity which is characteristic for the system as a whole is also valid for the institution of arbitration which functions as an element of the system. It can be considered that, the fact that the defence takes place in the form of a method, that it's in regards to the method, and the fact that it only depends on the parties' consent and that it's contract based and it's independent in a sense, is related to the fact that the dispute has an international characteristic. The fact that states function separately from the national law system on the other hand is a temporary characteristic. Because the fulfilment of the decisions that the arbitration accepted occurs within the framework of the national law system of this state or the other state. In that sense, the fact that the law dispute provisions of the arbitration location are not referred to, doesn't mean that, that state's general rules (order public) or its mandatory rules shouldn't be taken into account. On the other hand, the fact that the law dispute provisions of the location where the arbitration takes place, are not referred to, should also not be assessed as if there is no subjection to international private law. First of all, the matching up of the term of law dispute provisions with the concept of international private law is not correct. Secondly, principles such as freedom of will and tight connection which the arbitration relies on while the law that will be implemented is determined are particularly principles of the international private law.

Bibliography

1. Vidadi Mirkamal, Beynəlxalq Arbitraj Prosesi, Baku,2011.
2. International Commercial Arbitration, Prepared by Hakim Azizov, Ankara, 2004.
3. Брунцева Е.В. Международный коммерческий арбитраж. СПБ, 2001.
4. Мосс Д.К. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража. М. Норск-Гидро 1996.
5. Муранов А.И. Применение международным коммерческим арбитражем конкретных норм Российского права и публичный порядок России: Ошибки судебной практики // Московский журнал международного права, 2003, No. 2
6. Садыгов А.И. Международные нефтяные контракты Азербайджанской Республики в системе международного энергетического права. Автореферат. Баку, 2003.
7. International Contracts: Aspects of Jurisdiction, Arbitration and Private International Law, M. Koppenol-La Force (ed.) First edition, London, Sweet and Maxwell, 1996.

ULUSLARARASI İSTANBUL HUKUK KONGRESİ
INTERNATIONAL İSTANBUL LAW CONGRESS
17-19 EKİM 2016
17-19 OCTOBER 2016

BİRİNCİ GÜN
FIRST DAY

ŞİMAL SALONU
ŞİMAL HALL

Arabuluculuk
Mediation

ARNAVUTLUK'TA TAHKİM VE DİĞER ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ BİÇİMLERİ

Prof. Dr. Xhezair Zaganjori[*]

Değerli meslektaşlarım ve katılımcılar,

Pek çok ülkeden hâkimler, savcılar ve avukatlardan oluşan bu Kongre'ye seslenmekten büyük bir mutluluk duyuyorum ve böyle bir organizasyon gerçekleştirdikleri ve bize deneyimlerimizi tartışıp paylaşmamız ve ülkelerimiz için pratik açıdan büyük ilgi çeken çok önemli adli konular üzerinde görüşlerimizi yansıtmamız için bir araya gelme fırsatı verdikleri için Türk yetkililere teşekkür ediyorum.

Sunumumda, (Alternatif Uyuşmazlık Çözümü) AUÇ biçimlerine, adaletin uygulanmasındaki rollerine ve önemlerine ve Arnavutluk'ta uygulanma yollarına odaklanacağım.

Günümüzde AUÇ mekanizmaları bir ülkenin toplumunun gelişimi üzerinde önemli bir etkiye sahiptir. AUÇ biçimlerinin uygulanmasına ilişkin gereklilik, adli işlemler için daha etkili ve verimli alternatifler bulma çabaları nedeniyle artmaya başlamıştır. Günümüzde özel tahkim, arabuluculuk ve AUÇ'nün diğer biçimleri dikkat çekici şekilde giderek daha fazla kullanılmaktadır. AUÇ hizmetleri sunan kurumların sayısı gittikçe artmaktadır. AUÇ'nün yoğun şekilde uygulamasını önemli ölçüde etkileyen başlıca etkenler; entegrasyon, küreselleşme, uluslararası ticaret hacminin artması, teknolojinin gelişmesi, ticari anlaşmazlıkların hızla çözümlenmesi ihtiyacı vb. olarak düşünülmektedir. Belirli teknik, bilimsel veya karmaşık anlaşmazlıklara odaklanan özelleşmiş AUÇ programlarının daha etkili olduğu değerlendirilmektedir. Devlet mahkemelerine göre daha elverişli çözümler sağlamaktadırlar. Devlet mahkemeleri, doğru kararı elde etmek için her zaman yeterli uzmanlığa sahip olmayabilmektedir.

AUÇ biçimleri, adalet yönetiminin geliştirilmesi, ticarette ve yabancı yatırımlarda karşılaşılan risklerin azaltılması, işletme maliyetlerinin azaltılması ve toplumsal gerilimlerin ve çatışmaların daha iyi yönetilmesi gibi farklı sosyal hedeflerin gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir.

Bu sebeple, uluslararası toplum ve birçok devlet, AUÇ biçimlerini kurumsallaştırmak ve faaliyetlerini katı yasal dayanaklarla düzenlemek için tedbirler almayı taahhüt etmişlerdir.

I. Tahkim

AUÇ mekanizmalarından biri olarak tahkim, aslında uluslararası hukuksal bir gerçek meydana getirmektedir. Ekonomik açıdan küreselleşme, ticari engellerin kaldırılması ve malların ve sermayelerin serbest dolaşımı ile karakterize edilen bu çağda, tahkim usulü, ticari uyuşmazlıkların çözümünde esaslı bir rol oynamaktadır. Tahkim, iktisadi operatörler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde küresel düzeyde hakim olan bir usul olarak görülmektedir. Yüksek meblağlı karmaşık ticari uyuşmazlıklar, tüm dünyada tahkim mahkemeleri tarafından çözümlenmektedir.

Tahkim, devlet mahkemelerine kıyasla birçok avantaj sağlamaktadır ve bu amaçla anlaşmazlıkları çözmede tahkim mahkemeleri her daim giderek daha fazla talep görmekte ve başvurulmaktadır. Tahkimin başlıca avantajları şunlardır: işlemlerde hız, esneklik ve basitlik, hakemlerin yüksek profesyonelliği (uzmanlığı), tarafların hakemi kendileri seçebilme imkânı, davanın yürütülmesinde gizlilik, vb.

---

[*] Yüksek Mahkeme Başkanı, Arnavutluk.

Uluslararası ticari tahkim, uluslararası ticari anlaşmazlıkların çözümünde bir araç olarak, sürekli önemi artan bir rol oynamaktadır. Bu rol, bu alanda ortak kuralların getirilmesini ve bu kuralların küresel olarak birleştirilmesini gerektirmektedir.

Uluslararası ticarette, hukuki kesinlik sağlayacak, ulusal engelleri kaldıracak ve tahkim haklarının uluslararası dolaşımını kolaylaştıracak nitelikte, muntazam ve güvenilir bir hukuk rejiminin oluşturulması günümüzde çok önemlidir. Böyle bir önem göz önüne alındığında, devletler ve uluslararası toplum, tahkim haklarının tanınmasına ve tenfizine ilişkin konuları yasal olarak ele almıştır. Bu amaca uygun olarak, bu usulün uyumlaştırılmasını amaçlayan uluslararası hukuk araçlarında, tahkim haklarının tanınması ve tenfizi usulü düzenlenmiştir. Bu durumda tahkim, işlemleri adil ve hızlı gerçekleştirmenin temelini oluşturarak ve uluslararası kabul gören normlara uygun olarak uyuşmazlıkları çözmek için tasarlanmış etkin bir mahkeme dışı mekanizmaya dönüşmüştür.

Günümüzde hakemler, vatandaşların ve ticari şirketlerin mülkiyet haklarının tanınmasına ve korunmasına yönelik olarak ticari anlaşmazlıkların çözümünde oynadıkları rol nedeniyle, dünyada çok önemli bir konuma sahiptir. Hukuki niteliği göz önüne alındığında tahkim, yasalar ile düzenlenen bir usul oluşturmaktadır. Taraflar arasındaki anlaşmazlığı gidermek için, olağan hukuk mahkemelerinde tanınan ve uygulanabilir olan tüm usul garantilerini benimseyerek, belirli bir davada hukukun objektif olarak uygulanmasını amaçlar.

Belirli bir davada uygulanabilir normun araştırılması ve yorumlanması konusunda, tahkim mahkemesi devletin yargı makamlarından farklı değildir. Hakemler tarafından yasanın uygulanmasına ilişkin olarak gerçekleştirilen bir faaliyeti temel alarak, İtalyan Anayasa Mahkemesi 376/2001 no.lu kararında, kararları yargı makamlarınca ikame edilmesi muhtemel olan hakemlerin, yasaların anayasaya uygunluğu sorununu yeri geldiğinde sorgulama hakları olduğunu kabul etmiştir. İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin kararı, dikkate alınması ve diğer birçok devlet tarafından uygulanması gereken bir emsal ve önemli bir deneyim olarak görülebilir.

Bilindiği gibi günümüzde, hakemlik tanınması ve uygulanması alanındaki başlıca uluslararası belgeler arasında aşağıdakiler bulunmaktadır:

- 156 Devlet tarafından onaylanan, Yabancı Hakem Haklarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin BM Sözleşmesi (1958 tarihli New York Sözleşmesi);
- Uluslararası Ticari Tahkime İlişkin Avrupa Sözleşmesi (1961 tarihli Cenevre Sözleşmesi);
- Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlenmesi Hakkında Sözleşme, (1965 tarihli Washington Sözleşmesi);
- Tahkim usulüne ilişkin ulusal yasanın uyumlaştırılması ve iyileştirilmesi için yeterli hukuki temeli oluşturan Uluslararası tahkime ilişkin UNICITRAL model kanunu.

Arnavutluk'taki Yasal ve Adli Çerçeve

Arnavutluk Cumhuriyeti, yukarıda sözü edilen üç sözleşmeye (sırasıyla New York Sözleşmesi'ne 2000 yılında, Cenevre Sözleşmesi'ne 2000 yılında ve Washington Sözleşmesi'ne 1991 yılında) taraf olmuştur.

Arnavutluk Devleti tarafından onaylanan uluslararası anlaşmalar Anayasaya göre iç hukuk düzeninde daha yüksek bir konumda yer almaktadır. Yasayla onaylanan uluslararası bir anlaşma, ülkenin bununla uyumlu olmayan iç yasalarına göre öncelikli olup tek başına icrai kabiliyeti bulunmaması ve uygulanmasının bir kanunla kabul edilmesini gerektirmesi halleri dışında doğrudan geçerlidir. Bu koşullarda, dava konusu olarak yabancı tahkim hakkının tanınması ve tenfizine yönelik talepleri inceleyen Arnavut mahkemeleri tarafından yukarıda sözü edilen sözleşmeler uygulanabilir.

Tahkim işlemleri ile ilgili hükümler sadece, 1996 yılında onaylanarak yürürlüğe giren ve İtalyan yasalarına dayanan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda belirtilmiştir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 400-438. maddeleri, davanın tarafları Arnavutluk'ta ikamet ettikleri ve tahkim yargılaması kendi topraklarında olduğu durumlarda, iç tahkim yargılama usulünü öngörmektedir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 399. maddesi, yabancı bir devletin kesinleşmiş bir tahkim kararının tanınmasının, yabancı kararların tanınmasını ve tenfizini düzenleyen aynı kurallara göre gerçekleştirileceğini belirtmektedir (Madde 393-398). Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 439. maddesi, uluslararası tahkimin özel bir kanunla düzenlenmesini öngörmektedir, ancak böyle bir kanun henüz kabul edilmemiştir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yabancı tahkim kararlarının tanınmasına ilişkin hükümleri iki yönlü bir karaktere sahiptir. Bir yandan, yabancı tahkim kararlarının Arnavutluk'ta tanınması ve tenfizi için koşulları öngördükleri ve diğer yandan bunların tanınması için mahkemeler tarafından izlenecek usule ilişkin kuralları sağladıkları için, bu hükümler önemli ve usule ilişkin kuralları içerirler.

Yabancı bir tahkim kararı, taraflar arasında göreceli olarak *kesin hüküm (res judicata)* gücüne sahiptir. Bununla birlikte, bu karar icrai bir karar teşkil etmez ve dolayısıyla ilgili tarafça Arnavutluk'ta doğrudan uygulanamaz. Yabancı tahkim kararı ancak, ilgili tarafın isteği üzerine Yüksek Mahkeme tarafından yayınlanan bir *tenfiz (exequatur)* kararından sonra uygulanabilir hale gelir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 398. maddesi uyarınca, Yüksek Mahkemenin tahkim kararına icrai bir kuvvet verme yetkisi bulunmaktadır.

Bununla birlikte, *tenfiz* işlemlerinin yürütülmesi esnasında, Yüksek Mahkemenin davanın esasını incelemediği, kendisini yalnızca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 394. ve 396. maddeleri, New York Sözleşmesinin 4. ve 5. maddeleri veya incelemeye konu davaya uygulanabilen, tahkim kararının Arnavutluk'ta yürürlüğe girmesini onaylayan veya kısıtlayan diğer özel kanunlar veya uluslararası hukuka ilişkin kanunlarda belirtilen hukuki engellerin varlığını ya da yokluğunu denetlemekle sınırlandırdığı vurgulanmalıdır. Yabancı tahkim kararının tanınmasını ve uygulanabilirliğini ifade eden *tenfiz* kararı ancak, bu kararın tesliminden sonra geçerli hale gelir ve Arnavutluk Cumhuriyeti'nde bağlayıcı etkilere sahip olur.

Arnavutluk mahkeme içtihatları vasıtasıyla, tahkim usullerini düzenleyen yasa hükümleri hali hazırda yorumlamış bulunmaktadır.

Bu bağlamda alınan en önemli karar arasında, Yüksek Mahkemenin Ortak Dairelerinin alt mahkemelerde görülen hukuki farklılıklardan kaçınmak amaçlı 6/2011 nolu İçtihadı Birleştirme Kararının, *tenfiz* usulünün getirdiği bazı usul yönlerine değindiğini söylemekte fayda vardır. Yüksek Mahkeme, kararında diğer hususların yanı sıra, bu usulün çekişmeli bir nitelikte olduğu ve yabancı tahkim kararının tanınmasına yönelik bir başvurunun incelenmesi sırasında, temyiz mahkemesinin, kendisine karşı tenfiz talep edilen tarafı iddialarını dinlemek için mahkemeye çağırmak zorunda olduğu sonucuna varmıştır.

Yüksek Mahkemenin Hukuk Dairesi, 02.03.2010 tarih ve 425 nolu karar, 19.01.2011 tarih ve 47 nolu karar, 02.03.2010 tarih ve 425 nolu karar gibi bazı kararlarında, geçerli bir tahkim sözleşmesinin, tarafların geçici önlem talep etmek için yetkili bir adli makama başvurmasını engellemediğini ve böyle bir talebin sunulmasının tahkim sözleşmesiyle uyumsuzluk ya da davanın esasına ilişkin bir değerlendirme olarak sayılamayacağı şeklinde sabit bir görüş benimsemiştir.

Yüksek Mahkeme ayrıca konusu normal mahkemeler veya tahkim mahkemeleri arasındaki yargı yetkisinin belirlenmesini ilgilendiren davaları da tarafların anlaşması ve uyuşmazlığın niteliğine göre, uyuşmazlığın görülmesi için hangi mahkemenin yetkili olduğuna karar vererek

incelemektedir.

II. Arabuluculuk

Mahkeme dışı bir faaliyet olarak arabuluculuk, kural koyma veya taraflara empoze etme yetkisine sahip olmayan üçüncü bir kişinin yardımıyla taraflarca müzakere etmek ve uygun ve kabul edilebilir bir çözüm bulmak için daha fazla fırsat sunan uyuşmazlıkların çözümüne yönelik yapılandırılmış bir biçimdir. Sorumluluğu adli meseleleri yorumlamak ve karar vermek olan hâkime kıyasla, arabulucunun görevi, tarafların kendilerinin anlaşmazlık konusunda adil ve kabul edilebilir bir çözüm bulmalarına yardım etmektir.

Arabuluculuk, işlemlerin hızlı olması, düşük maliyetler, arabulucuların tarafsızlığı ve güvenilirliği, usul kurallarının olmaması, tarafların çözüm üzerinde kontrolü, işlemlerin gizliliği, taraflar arasındaki sosyal ilişkilerin korunması ve devam etmesi, tarafların vardığı sözleşmenin uygulanabilirliği vb. gibi katılımcı taraflar için bir dizi avantaj sunar.

Yasal Çerçeve

Arnavutluk'ta AUÇ'nün bir biçimi olarak arabuluculuk, günümüzde tahkim konusunda daha fazla zemin kazanmaya başlamıştır. "Hukuki ve ticari konulardaki arabuluculuğun bazı yönleri hakkındaki" AB yönergesine yaklaşan, 24.02.2011 tarihli ve 10385 sayılı "Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk" hakkındaki yeni yasanın kabulü, büyük bir etki yapmış ve arabuluculuğun, uyuşmazlık çözümünün bir biçimi olarak uygulanmasını arttırmıştır. Bu nedenle arabuluculuk, bu uyuşmazlıkların hızlı bir şekilde mahkeme dışı çözümlenmesi için ve eşzamanlı olarak mahkemelerin birikiminin azaltılması için etkili bir araç haline gelmektedir.

Önceki yasayla karşılaştırıldığında, yeni yasa özellikle arabuluculuk konusu olabilecek davalar kategorisinin genişletilmesi açısından önemli yenilikler içermektedir. Kanun uyarınca, medeni hukuk, ticaret hukuku, iş hukuku ve aile hukuku alanlarındaki tüm uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk uygulanırken, cezai işlemlerde, mahkeme tarafından şikâyetçi veya zarar gören tarafın talebi üzerine yargılanan uyuşmazlıklarda ve her hâlükârda, özel bir kanun izin verdiği zaman uygulanır. Ceza davalarında arabuluculuk, hüküm giyen kişi ile mağdur arasındaki ilişkileri yeniden kurmak ve normalleştirmek için, onarıcı adalet kavramını benimsemektedir. Bu bağlamda hâkimin rolü, arabuluculuğun daha geniş uygulamaları açısından daha fazla güç verilerek yeniden şekillendirilir. Kanunlar uyarınca, hâkim hukuk, ceza ve aile davalarının belirli kategorileri için, yargılama sürecinin başlamasından önce, mutlaka tarafları uyuşmazlıkları arabuluculuk yoluyla çözmeye davet eder ve taraflar buna karar verirse duruşmayı askıya alır ve uyuşmazlığın niteliğine uygun olarak taraflar için bir son tarih belirler.

Taraflar bir anlaşmaya varırsa, hâkimin anlaşmanın geçersiz olduğuna karar vermesi dışında, hâkim davaya göre, hukuk davasının çözümlenmesinin dostça onaylanmasına veya ceza davasının reddine veya cezai takibata son verilmesine karar verir. Taraflarca varılan anlaşma bir icrai karar teşkil eder ve tahkim kararı ile aynı seviyede bağlayıcı ve geçerli niteliktedir. Ancak arabulucu mahkemeye, arabuluculuk işlemlerinin taraflar arasında anlaşma sağlanmadan sona erdiğini bildirirse, mahkeme davanın duruşmasına devam eder.

Lisans alındıktan ve arabulucular siciline kayıt yaptırıldıktan sonra, Arabuluculuk Hizmeti gerçek veya tüzel kişiler tarafından sağlanabilmektedir. Kanun, arabuluculuk faaliyetinin uygulanması ile ilgili konularda lisans verilmesinden sorumlu olan ve Adalet Bakanlığında bir makam olan Lisans Komisyonunun kurulmasını öngörmektedir. Arabulucular, faaliyetini devletten bağımsız olarak yürüten bir tüzel kişilik olan Ulusal Arabulucular Odası içerisinde teşkilatlanmışlardır. Odanın birincil vazifesi, arabuluculuk faaliyetinin güçlendirilmesini ve geliştirilmesini amaçlayan politikaların hazırlanmasını ve uygulanmasını sağlamaktadır.

III. Tahkim ve Arabuluculuk ile İlgili Mevcut Durum

Arnavutluk halkı, arabulucular ve hakemler gibi bazı serbest mesleklerin varlığı ve faaliyetlerinin avantajları hakkında çok az bilgiye sahiptir. Bu durum, uyuşmazlıkların çözümünde AUÇ hizmetlerinin sağladığı kitlesel ve sistematik kullanımdan ve değerlerden ve önceliklerden yoksun olunmasına neden olmaktadır.

Komünist rejim sırasında sadece devlet tahkimi vardı ve sadece devlet teşebbüsleri arasındaki ticari uyuşmazlıkları çözmek için uygulanırdı. O zamanlarda, uluslararası düzeyde, Arnavutluk devleti ile yabancı ekonomik operatörler arasındaki uyuşmazlıkların uluslararası tahkimle sona erdiği çok az sayıda dava vardı. Arnavutluk devletinden bir miktar şeker ithal etmekle ilgili bilinen bir dava vardır. Zamanın Arnavutluk hükümeti taşıma için anlaşma yaptığı bir geminin izini kaybetmiş ve dolayısıyla mallar teslim edilememişti. Uyuşmazlığı değerlendirmek üzere atanan uluslararası tahkim mahkemesinde Arnavutluk davayı kaybetmiş ve mallar ya da kıymetler asla telafi edilmemiştir.

Arnavutluk'taki tahkim usullerinin bir dereceye kadar bilinmesine rağmen, bugün bile ekonomik işletmeciler tarafından çok fazla başvurulmamaktadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun yerli tahkim ile ilgili yasal hükümleri güncel olmasına ve tahkim usulünü sağlayabilmesine rağmen, AUÇ'nün etkin bir biçimi olarak tahkimin kendisi, ticari uyuşmazlıkların çözümündeki önemli rolünün çok gerisindedir.

Arnavutluk'taki mevcut durumu etkileyen başlıca faktörler olarak şunları söyleyebiliriz:

- Ülkenin 50 yıl boyunca izole olması;
- Hakemlik konusunda uzun ve konsolide bir geleneğin olmaması;
- Bu prosedür hakkında gerekli bilginin eksikliği;
- Uyuşmazlıkları yalnızca devletin yargısal makamlarının müdahalesinin çözebileceği kültürünün ve zihniyetinin varlığı; bu kendi tarafında, tahkim mahkemelerine karşı normal mahkemelere güvenin yaygınlaşmasına ve dolayısıyla tarafların tahkime başvurma konusunda isteksiz davranmasına sebep olmuştur;
- Tahkim mahkemesinin normal mahkemeye göre sunduğu avantaj ve kolaylıklar hakkında yasal ve ticari toplulukların yeterli farkındalığının olmaması.

Tahkim ile ilgili yasal referanslar sadece, uluslararası tahkim karalarının tanınmasını ve tenfizini ele alan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda ve New York Sözleşmesinde bulunur. Bu bağlamda, uluslararası tahkim hakkındaki yasanın kabul edilmesi ülkemiz için acil bir ihtiyaç teşkil etmektedir.

Arnavutluk'ta, imtiyazlar veya kamu-özel ortaklıkları ya da özel yatırımlar şeklindeki yabancı yatırımlar sonucunda, yabancı ve yerli ekonomi operatörlerinin Arnavutluk ile bir uyuşmazlık halinde tahkim başvurusunda bulunma eğiliminin arttığı görülmektedir Ancak, kamu yönetimindeki kişilerin tahkim alanındaki uzmanlık kapasitesinin tatmin edici seviyede olmaması, Arnavutluk'taki mevcut durumu etkileyen olumsuz bir faktördür. Halen, ticari uyuşmazlıklarda, Arnavutluk devletini uluslararası mahkemelerde ve uluslararası tahkimde Temsilciliği aracılığıyla temsil eden kurum Devlet Savcılığı'dır. Fakat insan kaynakları açısından, Devlet Savcılığı ve genel olarak kamu yönetimi ve hukuk camiası, uluslararası tahkim konusunda uzmanlaşmış az sayıda avukata sahiptir.

Arnavutluk'ta 2002 yılından bu yana görev yapan tek forum, özel ve bağımsız bir kuruluş olan Arnavutluk Arabuluculuk ve Tahkim Merkezi'dir (veya MEDART). Kar Amacı Gütmeyen Kuruluşlar Yasası uyarınca kurulmuş ve çalışmaktadır. Temel amacı, arabuluculuk ve tahkim yoluyla alternatif hukuki ve ticari uyuşmazlıkların çözülmesini sağlamaktır, ancak söz konusu faktörlere atıfta

bulunarak, tahkim mahkemesi olarak bu merkez tarafından incelenen dava sayısı azdır.

Arabuluculuk yapılabilecek davalarla ilgili olarak adli makamların ve genel halkın artan bir itici gücü olması nedeniyle, arabuluculuk hizmeti ile ilgili durumun iyiye gittiği gözükmektedir. Bu durum, Arnavutluk'taki pek çok davada arabuluculuğun toplumsal çatışmaları yönetmede oynadığı önemli rolün zaten bilindiği gerçeğinden etkilenmektedir.

Son yıllarda, AUÇ prosedürlerini teşvik etme konusundaki kurumsal ve akademik ilgi genel olarak artmıştır. Bu ilginin göstergeleri şöyledir:

- 2011 yılında "Arabuluculuk" hakkındaki yeni yasanın kabul edilmesi;
- AUÇ konusunun (tahkim ve arabuluculuk) Hukuk Fakültesi ve Hâkimler Okulu müfredatına dahil edilmesi;
- UNCITRAL model kanununa göre "Uluslararası Tahkim " hakkındaki yasanın kabul edilmesi beklentisi;
- AUÇ ile ilgili yasal literatürün yayınlanması;
- Halkın, özellikle arabuluculuk konusunda bilinçlendirilmesi kampanyasının gerçekleştirilmesi;
- AUÇ vb. tanıtımı için uluslararası yardım içeren projelerin başarısı.

Ayrıca, Arnavutluk'taki arabulucuların rolünü ve mesleki kapasitelerini arttırmak için kurumsal adımlar atılmıştır ve bu, arabuluculuk hizmeti üzerinde büyük etkiler yapmış ve böylece AUÇ'nün geniş çapta yayılmasına ve kullanılmasına ve hâkimlerin hızlı ve etkili bir yargı yönetimi yapmasına katkıda bulunmuştur.

Bu bağlamda, Çek Cumhuriyeti Denetimli Serbestlik ve Arabuluculuk Servisi ile ortaklaşa ve Adalet Bakanlığı, Ulusal Arabuluculuk Kurumu, Finlandiya Sağlık ve Refah Ulusal Enstitüsü ile işbirliği içinde, Ulusal Arabuluculuk Kurumu ve arabuluculuk mesleğinin kapasitelerini arttırmaya odaklanan "*Arnavutluk'taki Alternatif Uyuşmazlıkların Çözülmesine Destek*" başlıklı bir twining projesinin başlatılmasından söz etmek gerekmektedir.

Ayrıca, Durres ve Korça bölge mahkemelerinde, uluslararası ortaklar yardımıyla, mahkeme süreçlerinde arabuluculuk hizmetinin geliştirilmesini ve kolaylaştırılmasını amaçlayan hâkim ve dava grupları ile pilot arabuluculuk projeleri gerçekleştirilmiştir.

Yukarıdaki değerlendirmeye dayanarak, tahkim ve AUÇ'nin Arnavutluk'un ticaret ortamında ve bölgesel ve uluslararası alanda kendilerine ait yere gelmeleri ve rollerini oynamaları için yapılması gereken daha çok iş vardır.

İş dünyasının tahkim mahkemelerine başvurma konusundaki farkındalığının artırılmasında daha büyük rol, görevi diğerlerinin yanı sıra "Hukuki ve ticari uyuşmazlıkları arabuluculuk ve tahkim yoluyla çözme konusunda oda üyelerini teşvik etmek ve yardımcı olmak" olan Ticaret ve Sanayi Odasına düşmektedir.

Buna ek olarak, tahkim mahkemelerinin düzenli ve sistemli bir şekilde işlev görmesini sağlayacak, güvenli ve konsolide bir hukuki ve kurumsal ortam oluşturmak üzere, politikalar oluşturmak ve uygun çözümler bulmak için, devlet organları, hukuk camiası ve akademik dünya arasındaki işbirliğinin yollarını ve araçlarını araştırmaya yönelik daha fazla çaba sarf edilmesi gerekmektedir.

İlginiz için teşekkür ederim.

ARBITRATION AND OTHER FORMS OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN ALBANIA

Prof. Dr. Xhezair Zaganjori[*]

Dear colleagues and participants,

It is a great pleasure for me to address this Congress composed of judges, prosecutors and lawyers from many countries, and I would like to thank the Turkish authorities for organizing such an event and giving us the opportunity to get together with the view to discussing, sharing experiences and reflecting on very important legal issues of great practical interest for our countries.

In my presentation, I will focus on ADR (Alternative Dispute Resolution) forms, their role and importance in the administration of justice and the way they are implemented in Albania.

In our days the mechanisms of ADR have an important impact on the development of the society of a country. The necessity for the implementation of the forms of ADR has begun to increase due to the efforts to find more efficient and effective alternatives to the judicial proceedings. Nowadays the private arbitration, mediation, and other forms of ADR have been used increasingly in a considerable manner. They go along with a growing number of the institutions providing ADR services. The main factors that have significantly affected the massive application of ADR are considered to be: integration, globalization, increase of international trade volume, development of technology, the need for rapid settlements of commercial disputes, etc. Specialized ADR programs, which are focused on particular types of technical, scientific, or complex disputes, are considered more effective. They ensure more favorable solution than the state courts. The latter may not always possess the sufficient expertise in order to attain the right decision.

The ADR forms serve to the fulfillment of different social goals, such as the improvement of justice administration, mitigation of the risks in the commercial trade and foreign investments and the decreasing of the business costs and also in the better management of social tensions or conflicts in the community.

For this reason the international community and many states have been committed to take measures to institutionalize the forms of ADR and to establish their activity in solid legal basis.

I. Arbitration

Arbitration, as one of the ADR mechanisms, actually constitutes an international juridical reality. In the actual era, which in the economic aspect is characterized by globalization, removal of trade barriers, free movement of goods and capitals, the arbitration procedure plays a pivotal role in the settlement of commercial disputes. Arbitration is seen as a procedure which is dominating globally the settlement of disputes between the economic operators. The complex commercial disputes with huge amount of money involved are already settled by the arbitration courts all around the world.

The advantages of the arbitration in comparison with state courts are numerous and for this purpose arbitration courts are becoming always more and more requested and engaged in resolving disputes. Among the main advantages of the arbitration are: expedition, flexibility and simplicity of the proceedings, high professionalism (expertise) of the arbitrators, possibility in

[*] President of the Supreme Court, Albania.

choosing the arbitrators by the parties themselves, confidentiality in conducting the proceedings, etc.

The international commercial arbitration plays an important role, which is persistently increasing, as a mean for the resolution of international commercial disputes. This role requires to approximate common rules in this field and to unify such rules globally.

The establishment of a uniform and reliable legal regime in the international trade, which is capable of providing the legal certainty, the removal of national barriers and the facilitation of international circulation of the arbitral awards, is very important nowadays. Given such importance, the states and the international community have addressed legally the issues concerning the recognition and the enforcement of arbitral awards. To this purpose, the procedure of recognition and enforcement of arbitral awards has been regulated in the international legal instruments, aiming at ensuring harmonization of this procedure. In this situation, the arbitration has evolved into an effective non-judicial mechanism designed to solve the disputes in compliance with the internationally recognized norms, by establishing the basis to achieve the fair and rapid proceedings.

Nowadays the arbitrators have a very important position in the world, due to the activity they perform towards the settlement of the commercial disputes, which has as its purpose the recognition and the protection of propriety rights of the citizens and trade companies. Considering its juridical nature, the arbitration constitutes a proceeding which is regulated by statutory acts. It aims at the objective application of the law in a specific case, in order to settle the dispute between the parties, adopting all the procedural guaranties which are recognized and are applicable in the ordinary civil courts.

As to the research and interpretation of the applicable norm in a particular case, the arbitration court does not differ from the state judicial authorities. It is worthy to mention that based precisely on the activity carried out by the arbitrators, regarding the application of the law, the Italian Constitutional Court in its decision no. 376/2001, has recognized the right of the arbitrators, whose judgment is potentially fungible to the judicial authorities to challenge incidentally the issue of constitutionality of the statutes. The decision of the Italian Constitutional Court could be considered as precedent and a significant experience to be taken into consideration and to be applied by many other States.

As it is already known, nowadays among main international instruments in the field of recognition and enforcement of arbitral awards are the following:

- UN Convention on recognition and enforcement of foreign arbitral awards (New York Convention of 1958) which has been ratified by 156 States;
- Euro pean Convention on International Commercial Arbitration (Geneva Convention of 1961);
- Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, (Washington Convention of 1965);
- UNICITRAL model law on international arbitration, which constitutes an adequate legal basis for the harmonization and the improvement of the national law regarding the arbitration procedure.

Legal and Judicial Framework in Albania

The Republic of Albania has adhered to the three abovementioned conventions

(respectively, to the New York Convention in 2000; to the Geneva Convention in 2000; and to the Washington Convention in 1991).

The international agreements ratified by the Albanian State, pursuant to the Constitution, have a higher position in the internal legal order. An international agreement ratified by law has priority over the laws of the country that are incompatible with it, and it is directly applicable, except when it is not self-executing and its application requires the adoption of a law. In these conditions, the abovementioned conventions are directly applicable by the Albanian courts when they examine requests that have as a subject-matter the recognition and the enforcement of foreign arbitral award.

The provisions regarding the arbitral proceedings are stated only in the Civil Procedure Code, which was approved and entered into force in 1996 and have relied on the Italian law. Articles 400-438 of Civil Procedure Code envisage the adjudication procedure of internal arbitration when the parties of the proceedings have their residence or domicile in the Republic of Albania and the place of arbitration proceedings is located in its territory. Article 399 of Civil Procedure Code states that the recognition of a final arbitral award of a foreign state is carried out according to the same rules governing the recognition and enforcement of foreign judgments (Articles 393-398). Article 439 of Civil Procedure Code provides for that international arbitration shall be regulated by a special law, but such law has not yet been adopted.

The provisions of the Civil Procedure Code related to the recognition of foreign awards have a twofold character. They contain rules of substantial and procedural nature, due to the fact that on the one hand they envisage the circumstances on the basis of which a foreign arbitral award can be recognized and enforced in Albania, and on the other hand they provide for the procedural rules to be followed by the courts for its recognition.

A foreign arbitral award has the relative authority of *res judicata* between the parties. Nevertheless, this decision does not constitute an executive title and as such, it is not directly enforceable in Albania by the interested party. The foreign arbitral award becomes enforceable, only after an *exequatur* decision, issued, on the basis of a request of the interested party, by the Court of Appeal. The latter pursuant to Article 398 of the Civil Procedure Code, has the jurisdiction to give executive force to the arbitral award.

However, it should be emphasized that during the conduction of *exequatur* proceedings, the Court of Appeal does not examine the merits of the case, but it only limits itself in exercising the control over the existence or not of the legal impediments as are provided for in Article 394 and 396 of the Civil Procedure Code, Article 4 and 5 of the New York Convention, or contained in other special acts or international law acts applicable to the case under the examination, which, accordingly, permit or prohibit the enforcement of the foreign arbitral award in Albania. Only after the delivery of the *exequatur* decision, which recognizes and declares the enforceability of the foreign arbitral award, the latter becomes enforceable and has binding effects in the Republic of Albania.

The Albanian jurisprudence has already interpreted through its decisions, the legal provisions which regulate the arbitration proceedings.

Among the most important decisions taken in this regard, it is worth mentioning the Unifying Decision no. 6/2011 of Joint Chambers of the Supreme Court, which in order to avoid jurisprudential disparities that were observed in lower court, addressed some procedural aspects that come with *exequatuar* procedure. In its decision, the Supreme Court, where, among other things, concluded that this procedure is of a contentious nature and during the review of an

application for recognition of foreign arbitral award, the appellate court must summon the party against whom enforcement is invoked, in order to hear its claims.

The Civil Chamber of the Supreme Court, in some of its decisions, such as decision no. 425, dated 02.03.2010, decision no. 47, dated 19.01.2011, decision no. 47, dated 19.01.2011, decision no. 425, dated 02.03.2010, has held a constant view that a valid arbitration agreement does not prevent the parties to address a competent judicial authority, for requesting interim measures, and that the submission of such a request cannot be considered as incompatible with the arbitration agreement, or as a review of the merits of the case.

The Supreme Court has also reviewed cases whose subject-matter dealt with the determination of the jurisdiction between the ordinary courts or arbitration courts, deciding which is the competent court for hearing a dispute, according to the agreement of the parties and the nature of the dispute?

II. Mediation

Mediation, as an extra-judicial activity, is a structured form for the settlement of disputes, offering more opportunities to negotiate and find a suitable and acceptable solution by the parties, through the assistance of a third person, who does not have competencies to establish rules or to impose to the parties. Compared to the judge whose responsibility is to interpret and decide on the legal issues, the task of the mediator is to assist the parties in finding a fair and acceptable settlement to the dispute by themselves.

Mediation presents a series of advantages for the participating parties such as rapidity of the proceedings, low costs, impartiality and credibility of mediators, lack of procedural rules, control of the parties over the settlement, confidentiality of the proceedings, the preservation and continuation of social relations between the parties, high enforceability of the agreement reached by the parties, etc.

The Legal Framework

Mediation in Albania as a form of ADR has recently begun to gain more ground in relation to the arbitration. The Adoption of the new law no. 10385 dated 24.02.2011 "*On mediation in disputes resolution*", which approximated the EU directive "*On certain aspects of mediation in civil and commercial matters*", had a great impact and increased the application of the mediation as a form of the dispute resolutions. Therefore, the mediation is becoming an effective tool for the fast extra-judicial resolution of these disputes and simultaneously for the reduction of courts backlog.

Compared with the previous law, the new law contains important novelties, particularly in terms of expanding the category of cases which may become the subject of mediation. According to the law, mediation is applied for the resolution of all disputes in the field of civil, commercial, labor and family law, whereas in criminal proceedings it is applied to disputes tried by the court at the request of the complainant or injured party, and in any case when a special law allows it. The mediation in criminal cases enshrined the concept of restorative justice as a means to re-establish and normalize the relations between the sentenced person and the victim. In this context, the role of the judge is reshaped, giving him/her more powers in terms of larger application of mediation. Under the law, the judge for certain categories of civil, criminal and family cases, prior to the beginning of the judicial proceedings, necessarily invites the parties to resolve the disputes through mediation, and when the parties agree to this, he suspends the trial, and sets a deadline to the parties in accordance with the nature of the dispute.

If the parties reach an agreement, the judge, according to the case, decides the friendly

approval of the settlement of the civil case or dismissal of the criminal case or discontinuing criminal proceeding, except when the judge concludes that the agreement is invalid. The agreement reached by the parties constitutes an executive title and is binding and enforceable on the same level as the decisions of the arbitration. But in case the mediator informs the court that the mediation proceedings are terminated without parties reaching an agreement, then the court continues the hearing of the case.

Mediation Service may be provided by physical or legal persons after being licensed and registered in the Register of Mediators. The law provides for the establishment of Licensing Commission, which is an authority at the Ministry of Justice, in charge of licensing interested subjects for the exercise of the mediation activity. Mediators are organized in the National Chamber of Mediators, which is a legal entity that carries out its activity independently from the state. The Chamber has as its primary mission the drafting and implementation of policies, aiming at the strengthening and development of the activity of mediation.

III. The Current Situation Regarding Arbitration and Mediation

Albanian public has little knowledge of the existence of some free professions such as mediators and arbitrators and of the advantages of their activities. This situation has brought consequently to the lack of the massive and systematic use and of the values and priorities that the services of ADR provide for in disputes resolution.

During the communist regime only the state arbitration did existed, and it was applied to resolving commercial disputes only among the state enterprises. At that time, on international level, there were very few cases in which disputes between the Albanian state and foreign economic operators have ended in the international arbitration. There has been a known case related to the importation of a quantity of sugar from the Albanian state. For its transportation the Albanian state of the time contracted a ship, whose traces were lost and consequently the goods were not delivered. In the court of international arbitration, which was appointed to review the dispute, Albania lost the case and either the goods or its value were never recovered.

Although the arbitration procedures in Albania are known to some extent, even today, they do not apply too much by economic operators. Even though the legal provisions in the Civil Procedure Code regarding the domestic arbitration are up to date and are able to ensure the arbitration procedure, the arbitration itself as an efficient form of ADR, is far from its important role in commercial dispute resolution.

As the main factors that have influenced the current situation in Albania, we can mention:

- isolation of the country during 50 years;
- lack of a long and consolidated tradition regarding arbitration;
- lack of the necessary information about this procedure;
- the existence of culture and mentality that only the intervention of state judicial authorities can settle disputes, which from its side has created the prevalence of the trust in the ordinary courts against the arbitration courts and therefore a reluctance of the parties to address to the arbitration;
- lack of sufficient awareness of legal and business community regarding the advantages and facilities offered by the arbitration court against the ordinary court.

Arbitration-related legal references are only found in Code of Civil Procedure and the Convention of New York, which deal with the recognition and enforcement of international

arbitral awards. In this context the adoption of the law on international arbitration constitutes an urgent need for our country.

In Albania, as a result of foreign investments, being those in the form of concessions or public-private partnerships or in the form of private investments, it is observed a growing tendency that the foreign and domestic economic operators have taken recourse to arbitration in case of dispute with the Albanian state. But the lack of human capacities in the public administration with a satisfactory level, regarding the expertise in the field of arbitration, is a negative factor that influences the current situation in Albania. Currently, the State Attorney's Office is the body charged exclusively with representing Albanian state in commercial disputes through its Representation Office in the international courts and international arbitration. But in terms of human resources, the State Attorney's Office and generally, public administration and the legal community, have a small number of lawyers specialized in international arbitration.

The only forum of arbitration acting since 2002 in Albania is Albanian Center for Mediation and Arbitration (or MEDART) which is a private and independent institution. It was set up and runs in accordance to the Non-profit Organizations Act. Its main aim is to provide alternative civil and commercial disputes resolution through mediation and arbitration, but referring to the aforementioned factors, the number of cases examined by it as an arbitration court is small.

The situation regarding the service of mediation appears to be better, due to the fact that there is a growing impetus of the judicial authorities and the public at large relating to the cases which can be mediated. Such situation is influenced by the fact that it is already known the important role the mediation has played in managing the social conflicts in many cases in Albania.

In recent years there has been an increase of the institutional and academic interest to promote ADR procedures in general. As indicators of this interest are:

- adoption in 2011 of the new act "On mediation";
- inclusion of the subject of the ADR (arbitration and mediation) in curriculum of the Faculty of Law and the School of Magistrates;
- Expected adoption of the Law "On International Arbitration" according to the UNCITRAL model act;
- publication of legal literature regarding ADR;
- realization of awareness campaign for the general public, especially regarding the mediation;
- Achievement of projects with international assistance for the promotion of ADR, etc.

Also, institutional steps have been undertaken in order to enhance the role and professional capacities of mediators in Albania, which have had a great impact on mediation service and contributing thus to the massive diffusion and utilization of ADR and assisting judges in a fast and efficient administration of justice.

In this regard, is to be mentioned the launching of a twining project entitled "*Support for the development of Alternative Disputes Resolution in Albania*", which consists in the cooperation of Ministry of Justice, the National Chamber of Mediation, National Institute for Health and Welfare in Finland, in partnership with Probation and Mediation Service of Czech Republic, with focus the enhancing the capacities National Chamber of Mediation and the profession of mediator.

Also in Durres and Korça district courts, through assistance of international partners, there were implemented pilot mediation projects with judges and litigious parties, whose objective was

to improve and facilitate the use of mediation service in court proceedings.

Based on the above overview, there is still more work to be done in order that arbitration and ADR get the position and play the role that should belong to them in the Albanian business environment and in regional and international one, as well.

A greater role in increasing further the awareness of the business community to address the arbitration courts should be played by the Chamber of Commerce and Industry, whose mission, among others, is to "promote and assist the members of the Chamber in civil and commercial disputes resolution through mediation and arbitration."

In addition, the greater efforts are necessary to be made towards the exploration of ways and means for cooperation between the state bodies, the legal community and the academic world, in order to draw policies and to find proper solutions, aiming at the establishment of a secure and consolidated legal and institutional situation, which will enable the arbitration courts to function regularly and systematically.

Thank you for your attention.

UKRAYNA EKONOMİ MAHKEMELERİ TARAFINDAN GÖRÜLEN DAVALARDA ARABULUCULUK UYGULAMALARI HAKKINDAKİ GÜNCEL SORULAR

Sergiy Mogyl[*]

İyi günler, saygıdeğer kongre katılımcıları,

İnsan hakları beyannamesi, kişinin hak ve özgürlükleri, şeref ve haysiyetinin dokunulmazlığı ve bunun yanında yüksek sosyal değerlerinin güvence altında olması konusunda kişiye ve vatandaşlara ait toplumsal çıkarların korunması için etken bir koruma mekanizmasının, tüm idari kanadın görevlerini yerine getirmesini sağlayacak kesin bir hak ve hukuk sisteminin oluşturmasını devletten talep etmektedir.

Ukrayna Devlet Anayasası ve Ekonomi Kanunu, iktisadi faaliyetlerin, bu faaliyetin kendisi ve diğer mülkiyet haklarının iktisadi ve sosyo-iktisadi açıdan devlet tarafından güvence altında tutulmasını amaç edinen temel prensipleri göz önüne alarak toplum ve kişilere zarar verecek faaliyetlere müsaade edilmemesini temin etmektedir.

Bu noktada en önemli harekât tarzlarından birisi, toplumda çıkar çatışması ya da diğer sebeplerden ortaya çıkan ve çözüm esnasında belirli bir yasal güç ve kesin organizasyon gerektiren farklı uyuşmazlık konularının devlet içerisinde etkin bir biçimde ikaz ve çözüme kavuşturma mekanizmalarının oluşturulmasıdır

Ukrayna Devlet Anayasası'nın 124. maddesi uyarınca, tüm uyuşmazlıklar mevzuat temelinde mahkemeler tarafından çözüme kavuşturulacaktır.

Mahkemelerce bu şekilde ortaya koyulmuş olan geniş tanımlar, hakların korunmasına ilişkin maddî hukuk kuralları ile beraber yorumlanmaktadır. (*Madde 8, 55*). Bu hususlar, insan haklarının korunması alanındaki Avrupa standartlarına göre şekillenmektedir. Daha doğrusu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde yer alan hakkaniyete uygun ve adil yargılanmanın yasaların belirlemiş olduğu makûl süreler çerçevesinde gerçekleştirilmesi esası benimsenmektedir.

Bunun yanında, ulusal ve uluslararası bağlamda yargı güvenliğinin sağlanması, bu davalarda alternatif ve ulusal olmayan diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanması önünde bir engel değildir. Ayrıca uyuşmazlıkların yargı makamlarına taşınmadan arabululuculuk yöntemleriyle çözüme kavuşturulmasını da engellememektedir. Bu imkânlar, uyuşmazlıkların mahkemeler haricinde çözüme kavuşturulması olanakları ile sınırlı değildir.

Kişisel haklar üzerinde devletin doğrudan etkisini azaltan küresel eğilim dikkate alındığında, özellikle Ukrayna sınırları dâhilinde var olan bu sistemin iyileştirilmesi, bunun haricinde iktisadi (girişimcilik) alanda da olmak üzere ortaya çıkan uyuşmazlıkların mahkemeye taşınmadan çözüme kavuşturulması yönünde etkin bir mekanizmanın yasal dayanağının oluşturulması hedef alınmaktadır.

Ukrayna'da yürürlükteki kamu hukuku kuralları dikkate alındığında, davaların ya da uyuşmazlıkların mahkemeye taşınmadan hakkında çözüm aranmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Yukarıda bahsi geçen uygulamalar, ortaya çıkan hal üzerine farklılık gösterebilirler. Burada asıl olan, çözüm yolunun yasalarla ters düşecek nitelikte olmamasıdır. Örnek verecek olursak, ortaya çıkacak uyuşmazlık konusunda kişiler kendi aralarında yasalarda ya

[*] Yüksek Ekonomi Mahkemesi Başkan Yardımcısı, Ukrayna.

da mevzuatlarda doğrudan belirtilmemiş bir protokol düzenleyebilirler. (*Ukrayna Medeni Kanunu Madde 6*) Bunun haricinde davanın görülmesi esnasında, dava kararının infazı esnasında, davacının şikâyeti geri çekmesi ya da davalının durumu kabul etmesi gibi durumlarda uygulanabilmektedir.

Alternatif sulh yollarının uygulamaya konulması, mahkemenin yönlendirmesiyle yakından ilgilidir. Esasen, bazı durumlarda bu işlemler mahkemenin devam ettiği esnada ve kontrolü altında sürdürülmektedir. Elbette ki genel mahkemeler bu kurumun uygulamaları ve hukukî ilkelerinde belli bir tarafın yanında yer alamazlar.

Şunu ayrıca belirtmek gerekir ki; mahkemeler, diğer bütün unsurlardan ayrı olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve bunların teşviki açısından bir çalışma ortaya koymaktadır. Sonuç olarak, iktisadi ve sosyal uyuşmazlıkların mahkeme aracılığı ile değil de alternatif yöntemlerle çözüme kavuşturulması mahkemeler üzerindeki iş yükünü hafifletecektir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin mahkemelerin aşırı iş yükünü önleyici ve azaltıcı tedbirler hakkında üye devletlere yönelik R (86) 12 sayılı tavsiye kararına istinaden alternatif sulh imkânlarının ortaya konması maksadıyla gerekli çalışmaların ortaya konması gerekmektedir. Yukarıda bahsi geçen yöntem ve önlemler arasında sıralayabileceğim hususlardan bir tanesi mahkemenin görev alanında bulunan bir uyuşmazlığın ilgili başka organların görevlendirilerek çözülmesi yoluna gidilmesidir. Burada uyuşmazlığın çözümünde görev alacak görevli organlar yargı sistemi içinde bulunmayan ve insanların uyuşmazlıkların çözümü için başvurabileceği arabuluculuk sistemleridir.

Günümüzde uyuşmazlıkların ve hakların korunmasının mahkeme yoluyla çözümü haricinde benimsenen yöntemler arasında iç tahkim, uluslararası tahkim ve kişisel hakların korunması işleminin arabulucu tarafından gerçekleştirilmesi sayılabilir.

Özellikle iktisadi ilişkilerin düzenlenmesinde alternatif çözüm süreçlerinin uygulanmasına ait bir mekanizma Ukrayna'da bulunmaktadır. Bizdeki tahkim ve iktisadi mevzuatların hayata geçirilmesinde uyuşmazlıkların mahkemeye taşınmadan çözümüne teşvik edecek bir dizi usul ile karşılaşmaktayız.

Bu vesileyle söylemek gerekir ki iktisadî hayatımız içerisinde mahkeme yoluna gidilmeden arabuluculuk faaliyetleriyle uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulduğunu sıklıkla görmekteyiz. Esasen bazı durumlarda geçerli olmak üzere, kimi iktisadî uyuşmazlıkların çözümünde yargılama öncesinde kusurlu tarafa yazılı olarak uyarı yapılarak yargılamaya gidilmeden çözüme kavuşturma yönünde talepte bulunulmaktaydı. Fakat 2002 yılında bu yaklaşımın anayasaya aykırı olduğu kabul edildi. Ukrayna Anayasa Mahkemesinin almış olduğu karara göre (*09.07.2002 tarih ve 15 RP/2002 sayılı uyuşmazlıkların yargılama öncesinde çözüme kavuşturulması kararı*), dava dilekçelerinin mahkeme tarafından kişisel hakların ve yasaların korunması bakımından incelenmesi imkânını ortadan kaldıran, yargılama yoluna gidilmeden sorunların çözülmesi zorunluluğu, anayasaya aykırıdır.

Hâlihazırda, yargılama yoluna varmadan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması hususunu revize etme çalışmalarını yürütmekteyiz. Bu bağlamda Ukrayna Anayasası'nın 124. maddesinin değiştirilip 30.09.2016 tarihinde yürürlüğe girmesi neticesinde yargılama yoluna gidilmeden uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin düzenlemeler, anayasal platformda pozisyonunu güçlendirmiştir.

Özellikle iflas davalarında ele alınmak üzere iktisadi alanda ortaya çıkan uyuşmazlıkların alternatif çözümlerinde bu farklı yöntemlerin uygulanması mümkündür. Ukrayna Parlamentosu tarafından 2011 yılında kabul edilen borçlu kişinin borçlarının yapılandırılması ya da iflasına karar verilmesi konulu kanun hükümlerine borçlu tarafın iflas hükümleri ve uyuşmazlıkların yargı yoluna varılmadan çözüme kavuşturulması konusunda uyarılması hükümleri eklenmiştir. Bu

önlemler içinde sıralayabileceğimiz bir diğer husus ise borçlu tarafa finansal destek sağlanması yolunda imkân sağlanmasıdır. Bunun yanında iflas kararının verilmesinden önce tarafa borçlarının yapılandırılması maksadıyla destek de sağlanmaktadır.

Böylece ulusal yasalar çerçevesinde Ukrayna için, yargı yoluna gidilmeden borcun yapılandırılmasına ilişkin prosedürler kabul edilmiştir. Burada ortaya konan amaç borçlu ile alacaklı arasındaki maddi ilişkinin gönüllü olarak çözüme kavuşturulmasını sağlamaktır. Burada karşılıklı olarak çıkarların zarar görmeden işlemin tamamlanması esas alınır. Bu işlemin gerçekleştirilmesi esnasında taraflara maddi külfet yüklenilmeyecek, taraflar arasında adalet temin edilecek, kanunların çizdiği sınırların dışına çıkılmayacak ve kişilere ait iktisadi faaliyeti bozmayacak bir yol benimsenecektir.

Ukrayna'da yargılama yoluna gidilmeden uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasına ilişkin prosedürler, ekonomi mahkemelerinin denetimi altında borçlunun ikamet ettiği yerde yürütülmektedir. Bu mahkemeler bu yapılandırma planlarının ortaya konmasında yetkili konumdadır. Ukrayna parlamentosunda kabul edilen, borçlu kişinin borçlarının yapılandırılması ve iflas kararının verilmesi hakkındaki kanun hükmüne göre, 2013 yılında Ukrayna Yüksek Ekonomi Mahkemesi yargı yoluna gidilmeden borçlunun borcunun yapılandırılması konulu bir düzenleme yapmıştır. (*17.12.2013 tarih ve 15 sayılı kararı*) Bu karar uyarınca ekonomi mahkemesinin katılımcıları ve mahkemenin uygulamaları düzenleme altına alınmaktadır.

Günümüz itibariyle uyuşmazlıkların yargılama yoluna gidilmeden çözümlenmesi çalışmalarını yürüten enstitü Ukrayna için yeni bir oluşum olarak kabul edilmektedir. Bu husus dikkate alındığında çalışmaları hakkında yorum yapmak ya da sonuç çıkarmak için acele etmemek gerekmektedir. Bu kurumun yasal dayanağı oturmamasına rağmen hali hazırda borçlu ve alacaklı arasında uyuşmazlıkların çözümlenmesinde rol almaya başlamıştır. Gelecekte bu yapının elden geçirilmesiyle ve pratik hayatta daha fazla kullanılmasıyla iktisadi hayatta yaygınlaşacağına inanıyorum. Bu vesile ile borçlu tarafın ödeme durumunu düzeltmesi ve iflastan kurtulması için ek bir imkân sağlanmış olacaktır.

Buna ek olarak bu yıl Ukrayna Parlamentosu ' finansal yeniden yapılanma' konulu bir kanun çıkarmıştır. Bu yasa hükümlerine göre borçlu taraf gönüllü olarak bu mali yapılanma hükümlerinin sağladığı imkânlardan faydalanacaktır. Burada sağlanan imkanlar arasında finansal yapılandırma çerçevesinde moratoryum uygulamalarına yer verilebilmektedir. Tarafsız bir finans uzmanı görevlendirilmek koşuluyla borçlu tarafın finansal gücü ve durumu değerlendirme altına alınır ve mali yapılandırma planı ortaya konur. Bugünkü ele aldığımız konuda asıl üzerinde durmamız gereken uyuşmazlıkların tarafları olan borçlu ve alacaklı için yasal platformların daha da genişletilmiş olmasıdır. Bunun sebebi ise herhangi bir dava süreci yürütmek zorunda kalmadan karşılıklı çıkarların korunması temelinde ortak noktanın bulunmasının mümkün olmasıdır.

Elbette ki aradaki uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması mekanizmasının borçlu ve alacaklı adına başarılı bir biçimde yürütüldüğünü söylemek için biraz erkendir. (Kanun 19.10.2016 tarihinde yürürlüğe girmektedir.) Fakat şundan emin olunmalıdır ki borçlu ve alacaklı tarafın arasındaki uyuşmazlıkların iflas kararı için mahkemeye taşınmadan çözüme kavuşturulması tercih edilmesi gereken bir husustur. İflas konusunun başlı başına mülk sahibi, onun idarecileri ve yatırımcılar açısından endişe verici bir durum olduğu herkes tarafından bilinen bir husustur. Her halükarda uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması; tarafların müzakereye hazır olmalarına ve ortak karar alma yolunda karşılıklı çözüm bulma arzusu içinde olmalarına bağlıdır. Uyuşmazlıkların çözümünde alternatif yolların kullanılması yeni yöntemlerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Burada altı çizilmesi gereken konu, kullanılan yollar üzerinde tarafların ortak mutabakatının zorunlu olduğudur.

Elbette ki yargıya taşınmadan bu biçimde bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasında kilit yöntemlerin kullanılmasına tüm tarafların rıza göstereceğine inanıyorum. Bu biçimdeki alternatif mekanizmalar, hızlı tarafsız ve yetkin bir biçimde uygulama alanı bulmak zorundadır.

Ukrayna yasal mevzuat uygulamalarına baktığımızda, iktisadi ilişkilerin düzenlenmesinde ve uyuşmazlıkların giderilmesinde, yargı yoluna gidilmeden sorunların çözümlenmesine yönelik ve bunların uygulanması için yeni yollar aranması için bir talebin olduğu aşikârdır.

Gelişmiş ülkelerin tecrübeleri göstermektedir ki, uyuşmazlıklarda mahkeme yoluna gidilmesi sadece diğer hukuki yolların tüketilmesinden sonra başvurulabilecek bir yoldur.

Bilindiği üzere dünyanın birçok ülkesinde ve özellikle Avrupa Birliği ülkelerinde değişik nedenlerden ötürü ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması için kullanılan yargılama harici yöntemler arasında en fazla tercih edileni arabuluculuk sistemidir. Arabuluculuk işlemleri bunun yanında iktisadi alanında tarafların arasında meydana gelen ticarî anlaşmazlıkların çözümünde de sıklıkla kullanılmaktadır. Özellikle etkin arabuluculuk çalışmalarının kullanım alanları kurumsal düzeydeki uyuşmazlıklar, sektörel düzeyde olanlar, telif ve fikri mülkiyet haklarının düzenlenmesi gibi hususlarda karşımıza çıkmaktadır. Ortaya çıkan uyuşmazlıkların arabuluculuk hizmetleri vasıtasıyla çözüme kavuşturulması gerçekten olumlu sonuçlar vermektedir. Özellikle uyuşmazlığın tarafları arasında iktisadî faaliyetin ve ilişkinin bozulmaması ve uzun ömürlü olması açısından önemli bir faktördür.

Avrupa Konseyi, Ekim 1999'da, uyuşmazlıkların yargı yolu haricinde başka bir yolla çözüme kavuşturulmasına ilişkin yolların düzenlenmesi konusunda bazı direktifler getirmiştir. Avrupa Birliği'nin, belirli medenî ve ticarî uyuşmazlıklarda arabuluculuğa ilişkin 2008/52/AT sayılı direktifi 2008 tarihinde kabul edilmiştir. Burada Avrupa Birliği hak ve özgürlükleri kapsamında taraflar için bir özgürlük ve koruma alanının meydana getirilmesinin önü açılmış olmaktadır. Bu adalet unsuru yargı yoluyla kazanılabildiği gibi adı geçen yöntemle de kazanılmalıdır. Arabuluculuk müessesesi, tarafların zaman kaybından arındırılmış bir biçimde masraf açısından da aşırıya gitmeden ticarî ve sosyal hayatı ilgilendiren uyuşmazlıkları tarafların talebine uygun bir vaziyette çözme imkânı vermektedir. Burada önemli unsurlardan birisi de tarafların mahkeme yoluna gitmeden ortak yolla uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmaları, arada dargınlıkların ortaya çıkmaması ve ticari ilişkilerin uzun ömürlü hale gelmesidir.

Burada arabuluculuk müessesesinin mahkeme ve tahkimden farkını ortaya koyacak olursak, mahkeme ya da tahkim kurulları belli kararlar ortaya koymaktadırlar. Arabulucu ise tarafların aralarında bulunan uyuşmazlığın yine tarafların elinden düzeltilmesi için ortam ve yol göstermektedir. Kısacası arabuluculukta esas unsur tarafların kendi aralarında mutabakata varmalarıdır.

Dünyanın birçok ülkesinde ticari uyuşmazlıkların bu yolla çözüme kavuşturulması diğer yöntemlerle karşılaştırıldığında büyük üstünlük sağlamaktadır. Özellikle:

Arabuluculuk uygulaması uzun mahkeme süreçlerinin önüne geçilmesi için fırsat teşkil etmektedir. Ortaya çıkan uyuşmazlıklar belki bir kaç hafta içerisinde çözüme kavuşturulabilmektedir. Mahkeme süresinde olduğu gibi yıllarca sürmemektedir. Taraflar için belli bir duruşma tarihi zorlaması olmadan, serbest bir takvimde sorunun çözümü sağlanmaktadır.

Arabuluculuk gizli olarak yürütülen bir hususdur ama mahkemeler genelde umuma açık vaziyette ve şeffaf olarak yürütülmek zorundadır.

Yapılandırma uygulamasının ortaya konulmasında kayıp ihtimali oldukça düşüktür. Çünkü taraflar kendi aralarında bunun düzenlemesini ve kararını vermektedirler.

Arabuluculuk hizmetleri maddi açıdan tasarruf edilmesine yardımcı olacaktır. Mahkemelere harcanan giderlerden kaçınılmış olunacaktır.

Yukarıdaki unsurların haricinde arabuluculuk hizmetinden faydalanan taraflar aralarındaki dostluk ilişkilerini kaybetmeyeceklerdir.

Arabuluculuk hizmetlerinin mahkemeden en önemli farkı uyuşmazlığın muhatabı olan tüm tarafların isteklerinin yerine getirilmesi, daha doğrusu ortak bir noktada buluşma imkânının kendilerine sağlanmış olmasıdır.

Günümüz dünya ekonomisi dinamiklerine, küresel eğilimlere, yapılandırma süreçlerine, serbest piyasa unsurlarına bakıldığında, Ukrayna'nın açık bir piyasa ekonomisine doğru hareket etme çabasını görmekteyiz. Burada piyasanın bu yenilikleri kaldırması ve gelişmesi için iktisadi hayatta meydana gelen uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında yeni ve etkin yöntemlerin daha fazla kullanılması talep edilmektedir. Bu metotların uyuşmazlıkların çözümünde düşük maliyet ve hız faktörünü ortaya koyduğunu bilmekteyiz. Bunun yanında en önemli unsurlardan biri ise ikili ilişkilerin yara almamasında etken rol oynamasıdır.

Arabuluculuk mekanizmasının yasal mevzuatların içine dâhil edilmesi elbette ki Ukrayna açısından tarafların meşru çıkarlarının muhafaza edilmesinin yanında, diğer mekanizmaların gelişmesinde de lokomotif görevi görecektir.

Ukrayna'da arabuluculuk hizmetlerinin uygulanması mahkemelerin yükünü hafifleteceği için, popüler olma yolunda büyük adımlar atılacaktır. Çünkü ortaya çıkan uyuşmazlıkların büyük bir çoğunluğu arabulucu aracılığı ile çözüme kavuşturulacak, böylelikle mahkeme sürecinde tarafların karşılaştıkları yasal prosedürler ortaya çıkmayacaktır.

Umarım arabuluculuk müessesesi iktisadî hayatın öğeleri arasındaki iletişimi düzenleyen yeni bir hukuk kültürü halini alacaktır. Arabuluculuk hizmetleri sayesinde taraflar birbirlerine taleplerini tam olarak anlatabilme imkânına kavuşmaktadırlar. Bu sebepten ötürü taraflardan her birisi kendi çıkarlarının korunmasını arzu ettiğinden, bunun sağlanması adına elbette ki yeni yolların ortaya konması zaruri hale gelmektedir. Bu durumda memlekette ticari iklimin daha iyi bir seviyeye gelmesi sağlanacaktır.

Arabuluculuk - aynı zamanda ayrı bir meslektir. Bu meslek belli bir hukuki, ekonomik ya da psikolojik bağlılık olmadan yürütülmektedir. Tamamıyla farklı bir mantığı ve temeli bulunmaktadır. Arabulucu taraf belli bir kanun maddesine bağlı olarak hareket etmez, belli kalıpların içine kendini hapsetmez, yaptığı işten dolayı hesap vereceği bir makam bulunmamaktadır. Arabulucu bu faaliyetini gerçekleştirdiği esnada tarafların görüşlerini dinleyip durumu anlayarak hareket etmektedir. Arabuluculuk müessesinin ortaya çıkma sebebi tarafların çıkarlarının birbiri ile örtüşmemesi fakat birbirini tamamlayıcı nitelikte olmasıdır. Uyuşmazlığın tarafı olanlar, çözüm bulmak için ellerinde bulunan seçeneklerin az olduğunu görürler. Arabulucu ise bu noktada devreye girerek tarafların önündeki seçenekleri arttırır ve çözüm bulmak için tarafların ufuklarını genişletir.

Arabulucu görevi yerine getirmesi esnasında bağımsızlığını muhafaza etmeli, önyargısız olmalı, tarafları yanlış yönlendirmekten kaçınmalı ve tarafların etkin bir biçimde anlaşmalarını temin etmelidir.

Ukrayna toplumu için arabuluculuk müessesinin daha sık kullanılması ve egzotik bir yapıdan çıkması için şu önlemlerin uygulanması gerekmektedir:

Arabuluculuğun hayat bulabilmesi için yasal altyapının düzenlenmesi gerekmektedir. Bunun yanında uygulama hukukunda gerekli düzenlemeler ortaya konarak gerekli zemin

hazırlanmalıdır.

Toplum içinde ya da ticari hayatta meydana gelen uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması maksadıyla en etkin yolun arabuluculuk sistemi olduğu toplum önünde izah edilmelidir. Bununla ilgili tanıtıcı çalışmalar yürütülmelidir.

Hukuk eğitimi veren yükseköğrenim kurumlarında arabuluculuk konusunda eğitimler verilmelidir.

Arabuluculuk kurumu her ne kadar ulusal kanunlarla yasal bir platforma oturtulmuş olmasa da bu yargılama sürecinin herhangi bir aşamasında sulh yolunun temin edilmesi maksadıyla dava sonucunun infazı esnasında da olmak üzere kendisine uygulama alanı bulabilmektedir.

Örneğin Ukrayna Ekonomi Usulleri Kanunu (madde 78) uyarınca uyuşmazlık dava aşamasında görülmekteyken tarafların kendi aralarında anlaşma mutabakatı düzenlemelerine izin vermektedir. Böyle bir protokolün düzenlenmesinden sonra tarafların arasında bulunan uyuşmazlıklar ikili mutabakat çerçevesinde kısmen ya da tamamen çözüme kavuşturulabilmektedir. Taraflar kendi aralarında bir sulh protokolü düzenlerken mahkeme masrafları ve avukatlık ücretlerini de hesabın içine dâhil edebilirler.

Ukrayna yasaları bunun yanında mahkeme aracılığı ile tarafların aralarında düzenlemiş olduğu sulh protokolünü açıklamalarını talep edebilmektedir. Eğer tarafların kendi aralarında düzenlemiş olduğu sulh protokolü mahkeme tarafından kabul edilirse söz konusu dava kapanacaktır. Yasalar gereğince açılan dava ile tekrar bir şikâyete izin verilmeyecektir. Yani daha ayrıntılı açıklamak gerekirse, eğer bir şikayet davası sulh protokolü ile sonlandırılmış ise taraflarca aynı esaslara dayandırılarak yeniden dava açılmasının önüne geçilmiştir. (*Kanun Maddesi 78,80*).

Buna ek olarak mahkemede sulh protokolünü düzenleyen kişilerin bu hususta yetkilerinin olup olmadığı mahkeme tarafından denetim altında tutulmalıdır. Bazı durumlarda kişinin elinde vekâletname olmasına rağmen bu şekilde bir yetki kendisine verilmemiş olabilmektedir. Vekâlet üzerinde bu husus özellikle ifade edilmelidir. Mahkeme, bu belgeyi düzenleyen kişinin hukuki yetkinliğini sorgulamak zorundadır.

Bizim kanunlarımız bunun yanında, dava hususunda düzenlenmiş olan ve sadece dava taraflarını ilgilendiren sulh protokolünde kesin (emir verici) hükümlerin var olmasını talep etmektedir. Bu durum tamamen mantığa uygundur. Sonuç itibariyle bu uzlaşma konusu tamamıyla bu tarafları ilgilendirmektedir. Üçüncü kişilerin bu hususta bir bağlantıları bulunmamaktadır. Onların hak ve yükümlülüklerini ele almaktadır. Buna ek olarak, uyuşmazlığın konusundan ötürü ortaya çıkan, davacı ve davalı ortasında mevcut bulunan bir borç alacak ilişkisi bulunmaktadır. Bununla ilgili olarak ekonomi mahkemesi bir karar ortaya koymak zorundadır. Kısacası eğer taraflar aralarında bir sulh protokolü düzenleyeceklerse, şikâyet esasından hareketle bunu yapmak zorundadırlar.

Eğer taraflar gerekli tüm esasları yerine getirmezlerse, mahkeme bu protokolü tanımama hakkına sahiptir. (*Ukrayna Yüksek Ekonomi Mahkemesi'nin 26.12.2011 tarih ve 18 sayılı düzenlemesi*).

Ayrıca şunu belirtmek gerekir ki, Ukrayna sınırları dâhilinde arabuluculuk hizmetini veren bir dizi kurum varlığını sürdürmektedir. Bunlar ekonomik faaliyetlerini yürütmek maksadıyla ortaklık içine girmektedirler. Bu kuruluş faaliyet alanı olarak iki yönde hareket etmektedir. Bunlardan bir tanesi; arabuluculuk hizmetlerinin verilmesi için eğitim hizmetleri sağlanması, diğeri de bu faaliyetin kendisinin ortaya konmasıdır. Fakat inanıyorum ki yakın gelecekte bu kuruluşların fonksiyonları uyuşmazlıkların çözümü konusunda bu faaliyet alanının ne kadar etkili olduğunun geniş bir biçimde ifade edecek ve bunu da başarılı uygulamalar ve tecrübeleri ile ortaya

koyacaklardır.

Tabi ki arabuluculuk faaliyetlerinin tam manasıyla yerine getirilmesi için uygun yasal bir çerçevenin varlığı zorunludur. Bu konuyla alakalı yasal düzenlemeler dikkatli bir biçimde incelenmeli ve hukuk otoritelerinin sıkı denetiminden geçmelidir. Bu durum ortaya çıkabilecek kötü niyetli uygulamaların önüne geçmek maksadıyla çok önemlidir.

Günümüzde ülkemiz yasal anlamda Arabuluculuk Kurumunu bu sistem içine dâhil etme çalışmalarını sürdürmektedir. Bu maksatla arabuluculuk anlamında dünya ve Avrupa standartlarının yakalanmasına yönelik çabalar sürmektedir.

Ukrayna Parlamentosunda arabuluculuk konusunda iki tane kanun tasarısı bulunmaktadır. Bu kanun tasarıları Ukrayna için nispeten yeni olan Arabuluculuk Kurumu ile ilgilidir. Bu kanun tasarılarının ana maksadı arabuluculuk kurumunu toplumun hizmetine kazandırarak, meslek ilkelerine uygun olarak barışçıl ve uyum standartlarına uygun bir mutabakat sistemini, yargı sisteminin çizdiği sınırlar aşılmamak kaydıyla ve sistemle işbirliği içinde, hayata geçirmektir.

Kuşkusuz ki Arabuluculuk Kurumu hayata geçtiği zaman etkin çalışma açısından usul mevzuatlarının yanında Ekonomi Usulleri Kanununun da yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. 21 Mayıs 2008 tarihinde kabul edilen, belirli medeni ve ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğa ilişkin Avrupa Birliği 2008/52/AT sayılı direktifin ve UNCITRAL model kanununun hükümlerine uygun bir uluslararası standart taşımak zorundadır.

Benim görüşüme göre, uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında bu mekanizmanın yargılama haricinde kullanılmasının yanında, davanın görülmesi esnasında bu mekanizma yardımcı unsur olarak görev yapabilmektedir. Bu süreçleri takip eden kurumun sisteme dâhil edilmesi için Ekonomi Usulleri Kanununun normları uyarınca dava dilekçesinin kabul edilmesinden sonra mahkeme taraflara belli bir süre vererek arabulucu aracılığı ile sorunun çözümü için direktif verebilmektedir.

Yukarıda anlatılanların tamamını gözden geçirecek olursak, uyuşmazlıkların yargı yoluna başvurmadan çözüme kavuşturulmasında büyük bir avantaj ortaya çıkmaktadır. En önemli artılarına gelecek olursak, tarafların ekonomik ve sosyal haklarının korunması için etkin bir yol olduğu görülür. Bunun haricinde devletin yükünü hafifletme görevi vardır. Mahkemelerin iş yükü çok fazladır ve bu vesile ile yükün hafiflemesine yardımcı olunur. Bu kanun tasarısı şu anda Ukrayna Yüksek Konseyine sunulmuş durumdadır.

Yargılama haricinde alternatif çözüm yolları arasında, arabuluculuk müessesesinin üstünlüğü tartışılmaz bir konudur. Fakat bu uygulamanın vatandaşlar ve tüzel kişiler tarafından rahatça kullanılabilmesi için arabuluculuk kurumu için ilgili yasal düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Bu vesile ile kurum gerekli statüye resmen kavuşmuş olacaktır. Ancak bu vesileyle uyuşmazlığın çözümünü arayan taraflar alınan kararın mahkeme kararı gibi net ve resmi nitelik taşıdığına ikna olabileceklerdir.

İşte bu nedenle Ukrayna devleti sosyal ve iktisadi hayatı ilgilendiren uyuşmazlıkların çözümünde gerekli normların kapsamının genişletilebilmesi maksadıyla gerekli hukuk altyapısını oluşturmak zorundadır. Ümit ediyoruz ki bu konuyla ilgilenenler adına bu yolu çabuk bir şekilde kat etme şansımız olur.

İlginiz için teşekkür ederim.

CURRENT ISSUES CONCERNING THE APPLICATION OF MEDIATION IN THE REVIEW OF CASES BY THE ECONOMIC COURTS IN UKRAINE

Sergiy Mogyl[*]

Good day, honourable participants of the congress,

The declaration of human rights requests from the government that an effective protection mechanism for the protection of social interests of the individual and citizens on the issue of securing of the rights and freedoms, the inviolability of honour and dignity and high social values of the individual, and a precise rights and legal system to ensure the administrative wing in its entirety to perform its duty be formed.

The Ukrainian State Constitution and the Economic Code of Ukraine, taking into account the fundamental principles that aspire to have the economic activities; the activity itself and other proprietary rights kept under guarantee by the state economically and socio-economically, warrants that no activity that will harm the society and individuals is allowed.

One of the most important courses of action at this point is to efficiently create monition and solution mechanisms within the state for matters of dispute that emerge from the conflict of interests or other reasons within the society and those that require a certain legal power and precise organization during the solution.

According to Article 124 of the Ukrainian State Constitution, all disputes that arise shall be resolved by courts and on the basis of the legislation.

The broad definitions that the courts put forward in this manner are interpreted in conjunction with the substantive law articles relating to the protection of rights directly by the court. (Article 8, 55). These aspects are shaped by the European standards for protecting human rights. More precisely, it is adopted that the principle that the righteous and fair trial stated within Article 6 of the European Convention on Human Rights should be carried out within reasonable periods of time, which have been set by law.

The warrant of judicial security in the national and international context, on the other hand, does not constitute an obstacle in the application of alternative and non-national dispute resolution methods in these cases. It also does not prevent the disputes to be resolved by mediation without being carried to judicial authorities. These possibilities are not limited to the potentiality of resolving disputes through methods other than trial.

Considering the global trends in the world that reduce the direct effects of the state on personal rights, the improvement of this system that exists especially within Ukrainian borders and, apart from this, the creation of the legal basis for an effective mechanism for resolving disputes that arise, including those in the economic (entrepreneurship) field, without being brought to trial are aimed at.

Examining the public law in force in Ukraine, there are no obstacles in seeking solutions in cases or disputes without these being brought to trial. The applications mentioned above may differ depending on the circumstance that has emerged. The important point here is that the solution in question should not be in law-contradicting nature. To exemplify, persons may draft a

[*] Vice President of the High Economic Court, Ukraine.

protocol among themselves that hasn't been directly indicated within the law or legislation on the dispute to arise. (*Ukrainian Civil Law, Article 6*). Apart from this, it can be applied during the review of the case, the execution of court sentence, and in cases where the claimant withdraws the case or defendant accepts the situation.

The introduction of alternative methods of peace is closely related to the guidance of the court. In fact in some situations, these processes are conducted during the progress of the trial and again under the control of the court. Of course, general courts cannot take sides in the applications and legal principles of this institute.

It should also be noted that the courts, apart from all other elements, present a study on alternative dispute resolution methods and their incentives. As a result, ensuring that economic and social disputes are resolved by alternative means rather than through courts will ease the burden on the courts.

In relation to the advisory jurisdiction no. R (86) 12 of the Committee of Ministers of the Council of Europe, directed at member states on court work overload preventing and mitigating measures, necessary studies need to be conducted in order for alternative peace opportunities to be set forth. One aspect I can list among the methods and measures mentioned above is that a dispute within the area of duty of the court to be taken to another organ for resolution. The organs that will take part in the resolution of the dispute at this point are the mediation systems which are not included within the judicial system and to which persons may apply for their disputes.

Domestic arbitration, international arbitration and mediation for the protection of personal rights may be listed as some of the methods currently adopted for the resolution of disputes and protection of rights apart from trial.

Especially in the regulation of economic relations, Ukraine has a mechanism for the implementation of alternative resolution processes. We are confronted with a series of procedures that will encourage the resolution of disputes in the realization of settlement and the economic legislation without these being brought to trial.

It is hereby necessary to indicate that we often see within our economic life that disputes are being resolved without being brought to trial through mediation activities. In fact, in some situations, a written warning would be issued to the faulty party prior to the trial in order to request a resolution without trial for the resolution of some financial disputes. However in 2002, this approach was accepted to be unconstitutional. According to the decision made by the Ukrainian Constitutional Court *(ruling no. 15 RP/2002 dated 09.07.2002, on the resolution of disputes prior to trial),* the obligation of resolving disputes without trial that annihilates the possibility of the lawsuit petition to be reviewed by the court in terms of the protection of individual rights and laws is unconstitutional.

We are currently in the process of revising the issue of dispute resolution before we reach the stage of trial. In this context, in the wake of Article 124 of the Constitution of Ukraine being amended and entering into force on 30.09.2016, the regulation for the settlement of disputes without going to trial proceeded to strengthen its position on the constitutional platform.

It is possible to apply these different methods in the alternative resolution of disputes that arise in the economic field, especially in bankruptcy cases. Provisions on the indebted party being warned about resolving bankruptcy provisions and disputes without trial have been added to the already existing provisions of the law on the configuration of the debt, or bankruptcy of the indebted, adopted by the Ukrainian Parliament in 2011. Another point that we can list within these measures is the possibility of providing financial support to the indebted party. In addition

to this, before the decision of bankruptcy is made, the indebted party is provided with support for the configuration of its debts.

Thus, within the framework of national laws, procedures related to the configuration of debt without resorting to jurisdiction have been approved for Ukraine. The purpose set forth at this point is to resolve the financial dispute between the debtor and debtee voluntarily. Here, it is important that the process is completed without harming any party's interests. No financial burden will be imposed on parties, justice will be served between the parties, the lines drawn by the law will not be crossed and a method that will not disrupt the economic activities of persons will be adopted during this process.

The procedures in Ukraine aimed at the resolution of disputes without trial are conducted at the venues where the debtor dwells, and under the supervision of economic courts. These courts are authorized in establishing these configuration plans. According to the provision of the law on the configuration of the debt of the indebted and the order of bankruptcy, which has been approved within the Ukrainian parliament, the Supreme Economic Court of Ukraine has made a regulation on the configuration of the debt of the indebted without trial (*Decision no. 15 dated 17.12.2013*). The participants of the economic court and the implementations of the court are regulated as per this decision.

As of today, the institution which conducts the operations on the resolution of disputes without trial is being accepted as a new entity for Ukraine. Considering this effect, it is necessary to avoid rushing into commenting on or drawing conclusions from its work. Despite the fact that the base of this institution has not yet been settled legally, it has already started playing its part in the resolution of disputes between the debtor and the debtee. I believe that in the future, with this structure being revised and used in the daily life more and more, it will become common within the world of economy. The indebted party will have been given another chance to straighten its payment situation and avoid bankruptcy on this opportunity.

Additionally, the Ukrainian Parliament has issued a law themed 'financial reconfiguration' this year. According to the provisions of this law, the indebted party will voluntarily benefit from the opportunities provided by the provisions of this financial configuration. Moratorium applications can be included within the framework of financial configuration, among the opportunities provided herewith. The financial power and situation of the indebted is taken under review and a financial configuration plan is created by means of employing an unbiased financier. The main aspect we need to emphasize in today's topic is that the legal platforms for the debtor and debtee, the parties of disputes, have been broadened further. The reason for this is the possibility of striking a balance on the basis of protecting mutual interests without being compelled to carry out any lawsuit process.

Of course it is somewhat early to say that the dispute resolution mechanism operates successfully in favour of the debtor and the debtee (The law has entered into force on 19.10.2016). However, one must be sure that resolution of disputes between the debtor and debtee without being brought to trial for the order of bankruptcy is a method that must be preferred. A fact known to everyone is that bankruptcy is a worrisome situation on its own for property owner, its administrators and investors. Either way, the resolution of disputes depends on parties being ready for negotiation and having the desire to mutually find a solution on the track of reaching a consensus. The usage of alternative methods in the resolution of disputes causes new methods to come forward. The issue to underline at this point is that it is obligatory for the parties to mutually agree on the methods to be used.

Of course, I believe that all parties will consent to the usage of key methods in resolving a

dispute of this kind, without any trials. Alternative mechanisms of this kind are compelled to find an application area in a fast, unbiased and competent manner.

Examining the legislation applications of Ukraine, it is obvious that there exists a demand for seeking new ways for resolving problems without trial and implementing said ways in regulating financial relations and settling disputes.

The experiences of developed countries demonstrate that in times of dispute, a trial is a way to go only after other legal remedies have been depleted.

As is known, the most commonly preferred one among the extrajudicial methods for resolution of disputes that arise due to various reasons is the mediation system implementation in many countries of the world and especially in member states of the European Union. The mediation processes are also often used in the resolution of commercial disputes that arise between parties in the economic field. The area of use of effective mediation efforts are disputes such as those at a corporate level, disputes at a sectoral level, and regulation of royalty and intellectual property rights. Resolution of disputes that arise through mediation services brings successful conclusions. It is an important factor particularly in terms of the preservation and longevity of the economic activity and relation between the parties of the dispute.

The Council of Europe has imposed some directives on the regulation of methods for resolution of disputes extrajudicially in October 1999. The European Union directive no. 2008/52/AT regarding mediation in certain civil and commercial disputes, has been approved in 2008. Hereby, the way for creating an area of liberty and protection for parties within the context of the rights and freedoms in the European Union has been paved. While this element of justice may be earned by trial, it must also be earned through the said method. The institution of mediation provides an opportunity to resolve the disputes concerning commercial and social life in a way that suits the requests of parties while also avoiding exorbitant expenses and wasting of time. One of the important points here is that parties resolving their disputes without trial will assist avoiding resentment between them and also the longevity of commercial relations.

We can indicate the difference of the institution of mediation from trial and arbitration as the fact that trial and arbitration commissions put forth certain decisions. A mediator, on the other hand, provides a way and setting for the dispute between parties to be resolved again by the parties themselves. In a nutshell, the base element in mediation is the parties coming to a mutual understanding on their own.

In many countries worldwide, the resolution of commercial disputes through this method provides a big advantage. In particular:

The mediation method provides an opportunity to obviate lengthy judicial processes. The disputes that arise can thus be resolved maybe within a few weeks. This method does not last for years as trials do. The problem is provided with a solution without a hearing date constraint and on a free schedule.

Mediation is a confidential process, whereas trials are public operations that must be carried out transparently.

The probability of loss in the performance of the configuration practice is quite low. This is because parties regulate and decide on the issue among themselves.

Mediation services will also help save on expenses. The costs that arise in trials will be avoided.

Apart from the facts stated above, the parties that benefit from the mediation service will also avoid losing the friendly relationship between them.

The most important difference of mediation from trial is that all parties that are part of the dispute will have their wish, or rather will be provided with an opportunity to strike a balance.

Looking at the dynamics of the world economy, global trends, configuration processes, free market elements of today, we see the attempt of Ukraine at moving towards an open market economy. Here it is requested that new and effective methods are used more commonly in the resolution of disputes that arise in commercial life in order for the market to be open to these innovations and develop. We know that these methods provide the low cost and speed factors in the resolution of disputes. Along with these, the most important point is that they have a big part in preserving the bilateral relations.

The including of the mediation mechanism in the legislation will of course act as a locomotive with regard to Ukraine in the development of other mechanisms as well as the protection of legitimate interests of parties.

Due to the fact that the implementation of mediation in Ukraine will lighten the burden of courts, big steps will be taken for its popularity to spread, because a majority of the disputes that arise will be resolved through a mediator, thus the legal procedures parties face during a trial will not come to light.

Hopefully, the institution of mediation will become a new legal culture that regulates the communication between the elements of commercial life. Thanks to mediation services, each party attains the opportunity of expressing their requests in their entirety. For this reason, in the name of preserving the interests of each party as they wish, of course, new ways to be put forth become indispensable. At that rate, the commercial climate in the country will be brought to a better level.

Mediation - is also a separate occupation. This occupation is executed without a certain legal, economic or psychological dependence. It has a completely different logic and foundation. The mediator party does not act upon a certain article of law, confine itself in certain stereotypes, and there is no office to which it will answer regarding its implementations of duty. The mediator listens to and understands the views of the parties as it carries out its duty and acts accordingly. The reason for the institution of mediation to emerge is that the interests of the parties do not coincide, but do complete each other. The parties of the dispute see that the choices at hand for resolving the dispute are scarce. The mediator comes into play at this point and helps increase the options for parties and broaden the horizons for resolution.

The mediator must preserve its independency while performing its duty, stay unbiased, avoid misguiding parties and make sure parties compromise effectively.

The following measures need to be taken for the institution of mediation to become non-exotic and used more often within the Ukrainian society:

The legal basis is necessary to be regulated in order for mediation to strengthen. Additionally, the necessary regulations in implementation law must be made and the essential basis must be formed.

The elucidation that the most effective way of resolving disputes that arise among the society or within commercial life is mediation must be made before the society. Introductory activities must be carried out.

Trainings on mediation should be provided in higher education institutions providing legal education.

Although the institution of mediation is not established on a legal basis by the national law, it can find its own application area, even during the execution of the case, in order to ensure the peace process at any stage of this proceeding.

For example, as per the Economic Code of Ukraine (Article 78), parties are allowed to regulate an agreement among themselves while the dispute is being considered in court. After the arrangement of such a protocol, the disputes between the parties can be partially or completely resolved within the framework of a bilateral agreement. Parties may also include court fees and attorneys' fees in their accounts when they establish a peace protocol among themselves.

Ukrainian law can also require the parties to clarify the peace protocol concluded between them through courts. If the court approves the settlement protocol between the parties, the case in question will be closed. A lawsuit filed pursuant to the law will not be allowed to be filed again. In other words, if a complaint is terminated by a peace protocol, the parties are prevented from re-filing the case on the same grounds. (*Law Article 78, 80*).

In addition, the courts must ensure that persons who have drawn up the peace protocol in the court have the authority to exercise the peace protocol. In some cases, even though the person has the power of attorney, this type of authority may not have been given to them. This fact should be expressed on the power of attorney in particular. The court is compelled to question the legal competence of the person issuing this document.

Our laws require that there be precise (commanding) provisions within the peace protocol regulated on the case concerning only the parties of the case. This situation is completely logical. In conclusion, this subject of consensus fully concerns these parties. Third parties have no connection to this issue. The protocol deals with their rights and obligations. In addition, there is a debt-receivables relationship that exists between the claimant and defendant arising out of the dispute. The economic court has to make a decision in respect to this. In short, if the parties are to organize a peace protocol among themselves, they are required to do it based on the motive of complaint.

If parties fail to meet all necessary requirements, the court is entitled to the non-acknowledgement of said protocol. (*Regulation no. 18 of the Supreme Court of Ukraine, dated 26.12.2011*).

It is also necessary to state that, a number of institutions provide the mediation service within the borders of Ukraine. These go into partnership with the purpose of conducting their economic activities. This establishment moves in two directions as an area of activity. One of these is providing educational services in order for the mediation services to be provided, and the other is the execution of the activity itself. However, I believe that in the near future the functions of these establishments will widely express how effective this field of activity is and demonstrate it through successful practices and experience.

Of course, in order for mediation activities to be performed to the full extent, the presence of an appropriate legal framework is obligatory. The legal regulations related to this subject must be closely examined and inspected by legal authorities. This is quite important for the purpose of preventing malevolent practices that may come to light.

Our country is currently carrying on its works to include the Institution of Mediation into this system legally. Efforts to reach the world and European standards in terms of mediation are in progress.

There are two draft laws on mediation at the Ukrainian Parliament. These draft laws are about the Institution of Mediation, which is relatively new to Ukraine. The main purpose of these draft laws is to bring the institution of mediation into community service, and put in practice an amicable conformity system that is compliant to adaptation standards in a way that suits occupational practices, in cooperation with the system and on condition that no lines drawn by the judicial system are crossed.

Undoubtedly, the Economic Code of Ukraine must also be remodelled along with procedural legislations for an effective endeavour when the Institution of Mediation is carried into effect. It must be of an international standard that complies with the European Union directive no. 2008/52/AT approved on May 21, 2008, regarding mediation in certain civil and commercial disputes, and the provisions of the UNCITRAL model law.

From my point of view, along with the usage of this mechanism instead of trials in the resolution of disputes, this mechanism may also serve as an auxiliary element as the case is reviewed in the court. In order for the institution following these processes to be included in the system, after the admittance of the lawsuit petition as per the norms of the Economic Code, the court may order the resolution of the dispute by mediation by giving a certain amount of time to the parties.

To go over all of the stated above, a great advantage arises in resolving disputes without resorting to judicial proceedings. To mention the most important pros, the method is seen to be an effective way for the protection of the economic and social rights of the parties. In addition, it plays the part of lightening the burden of the state. The workload of the courts is very large and the method helps to lighten the burden. The draft law is now presented to the Supreme Council of Ukraine.

Among the alternative ways of resolution apart from trial, the superiority of the institution of mediation is an indisputable issue. However, in order for this practice to be used by citizens and legal entities smoothly, the relevant legal regulations must be made for the institution of mediation. On this occasion the institution will have officially attained the necessary status. The parties seeking a settlement to the dispute will only then be convinced that the decision made is of a clear and formal nature in the same way as a court ruling.

For this reason, the Ukrainian state has to establish the necessary legal infrastructure in order to expand the scope of the necessary norms in the resolution of disputes concerning social and economic life. We hope that we will have a chance to quickly cover the distance on behalf of those interested.

Thank you for your attention.

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ВНЕДРЕНИЯ ИНСТИТУТА МЕДИАЦИИ ПРИ РАССМОТРЕНИИ СПОРОВ ХОЗЯЙСТВЕННЫМИ СУДАМИ УКРАИНЫ

Сергей Mogyl*

Добрый день, уважаемые участники конгресса,

Провозглашение человека, его прав и свобод, чести и достоинства, неприкосновенности и безопасности наивысшей социальной ценностью требует от государства создания эффективного механизма защиты общественных интересов человека и гражданина, четкой правовой системы и надлежащего функционирования всех ветвей власти, в том числе судебной.

Конституция и Хозяйственный кодекс Украины среди фундаментальных принципов правопорядка в сфере экономической деятельности предусматривают обеспечение государством защиты прав всех субъектов права собственности и хозяйствования, социальную направленность экономики, недопущение использования собственности во вред человеку и обществу.

Одним из важных направлений на пути к этому является налаживание в государстве эффективных механизмов по предупреждению и решению различных конфликтов, возникающих в обществе по поводу тех или иных благ или являющихся следствием противоречия интересов, урегулирование которых требует определенных правовых условий и четкой организации.

Согласно положениям статьи 124 Конституции Украины любой спор может быть разрешен судом в установленном законом порядке.

Такое широкое определение юрисдикции судов корреспондируется с другими нормами Основного Закона, которыми гарантировано право каждого на обращение непосредственно в суд за защитой своих прав (статьи 8, 55). Они, в свою очередь, основываются на международных и европейских стандартах в сфере защиты прав человека, в частности, на статье 6 Конвенции о защите прав человека и основополагающих свобод, предусматривающей право каждого на справедливое и публичное рассмотрение его дела в течение разумного срока независимым и беспристрастным судом, установленным законом.

В то же время гарантированная национальными и международными нормами судебная защита не исключает возможности использования механизмов негосударственного рассмотрения споров в качестве альтернативы государственному судопроизводству и, соответственно, не лишает субъектов общественных правоотношений возможности досудебного урегулирования споров. И такие возможности, что важно, не ограничены существующими формами внесудебного разрешения споров.

Учитывая современную мировую тенденцию к уменьшению влияния государства на общественные отношения посредством прямого регулирования и усиления роли частного права, в настоящее время в Украине актуализирован процесс как по усовершенствованию существующих, так и по поиску и законодательному закреплению адекватных правовых механизмов альтернативного (внесудебного) разрешения частноправовых споров, включая сферу экономической (предпринимательской) деятельности.

Действующим национальным законодательством Украины субъекты общественных

---

* Заместитель Председатель Украинского Высшего Хозяйственного Суда.

правоотношений не ограничены в поисках и использовании альтернативных способов разрешения споров. Они могут применять по своему усмотрению различные способы примирения, не запрещенные законодательством, которые могут реализовываться, например, путем заключения соответствующих гражданских соглашений, прямо не предусмотренных актами гражданского законодательства (статья 6 Гражданского кодекса Украины), заключения мирового соглашения как в ходе судебного рассмотрения дела, так и на стадии исполнительного производства, отказа истца от иска, признания иска ответчиком и т. п.

В силу того, что применение альтернативных способов разрешения споров тесно связано с отправлением правосудия, а в некоторых случаях осуществляется под контролем суда или в ходе судебного рассмотрения спора, суды общей юрисдикции, конечно, не могут стоять в стороне при решении вопросов определения основных направлений развития и принципов правового регулирования таких институтов.

Хотелось бы отметить, что суды, как никто иной, заинтересованы в развитии и стимулировании использования альтернативных способов разрешения споров. Ведь наличие разветвленной системы средств внесудебного урегулирования споров разгружает судебные органы в части рассмотрения гражданских и хозяйственных дел.

В связи с этим в Рекомендации R (86) 12 Комитета Министров Совета Европы 1986 года относительно мер по предупреждению и уменьшению чрезмерной рабочей нагрузки в судах рекомендовано государствам в целях сокращения излишней нагрузки на суды принимать возможные меры по развитию альтернативных способов решения вопросов правового характера. Среди таких мер – ограничение не имеющих отношения к судебному разбирательству задач, возложенных на судей, поручая такие задачи другим органам или должностным лицам; содействие примирению сторон спора или иным способам урегулирования споров вне суда; определение органов, не входящих в судебную систему, в которые стороны могут обращаться за разрешением споров.

В настоящее время основными неюрисдикционными способами защиты прав являются, в первую очередь, третейское рассмотрение споров (внутренний арбитраж), международный коммерческий арбитраж, претензионный порядок урегулирования споров, а также защита прав при помощи посредника – медиация.

В Украине существуют также механизмы альтернативного разрешения споров, присущие именно хозяйственным правоотношениям. Наше арбитражное (хозяйственное) процессуальное законодательство содержало и содержит ряд норм, имеющих целью стимулировать стороны к внесудебному разрешению спора.

Так, в отечественной коммерческой практике субъектами хозяйствования часто используется досудебное урегулирование спора. В свое время закон требовал даже обязательного досудебного урегулирования некоторых категорий хозяйственных споров путем обращения к нарушителю с письменной претензией. Однако такой подход в 2002 году был признан неконституционным. В обоснование своей позиции Конституционный Суд Украины (решение от 09.07.2002 № 15-рп/2002 по делу о досудебном урегулировании споров) указал, что обязательное досудебное урегулирование споров, исключающее возможность принятия искового заявления к рассмотрению и осуществления по нему правосудия, нарушает конституционное право лица на судебную защиту.

В настоящее время Украина пересмотрела свои позиции в данном вопросе в пользу развития досудебных способов разрешения споров и изменениями в статью 124 Конституции Украины, вступившими в силу 30.09.2016, закрепила конституционную возможность

определения законом досудебного порядка урегулирования спора.

К свойственным именно хозяйственным спорам способам альтернативного решения конфликтов можно отнести и способы, применяемые в отдельных категориях дел, в частности в процедурах банкротства. Так, одной из новелл действующей редакции Закона Украины «О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом», принятой парламентом в 2011 году, было включение в данный Закон положений, определяющих меры по предупреждению банкротства должника и соответствующие внесудебные процедуры. К таким мерам относятся, в частности, предоставление финансовой помощи должнику, а также процедура санации должника до возбуждения производства по делу о банкротстве.

Тем самым в национальном законодательстве была введена новая для Украины процедура досудебной санации должника. Целью ее является добровольное урегулирование вопросов погашения задолженности между кредиторами и должником, между самими кредиторами; достижение взаимовыгодных (паритетных) условий по урегулированию задолженности; использование недорогой процедуры урегулирования задолженности; обеспечение справедливого удовлетворения требований кредиторов и предотвращение нарушений прав кредиторов при погашении их денежных требований; сохранение хозяйствующего субъекта и его хозяйственной деятельности.

Процедура досудебной санации в Украине проводится под контролем хозяйственного суда по местонахождению должника, на которого возлагаются полномочия по утверждению плана досудебной санации. Во исполнение требований Закона Украины «О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом» пленум Высшего хозяйственного суда Украины в 2013 году утвердил Положение о порядке проведения санации до возбуждения производства по делу о банкротстве (постановление от 17.12.2013 № 15), в котором определены конкретные действия, осуществляемые хозяйственным судом и участниками при проведении досудебной санации.

На сегодняшний день, учитывая, что этот институт досудебной санации сравнительно новый для Украины, подводить итоги его применения и делать какие-либо однозначные выводы преждевременно. Хотя, несмотря на определенное несовершенство законодательного урегулирования данного института, его положения уже начали применяться должниками и кредиторами. В дальнейшем с наработкой практики досудебной санации, думаю, эта процедура будет совершенствоваться и получать распространение, что позволит предоставить дополнительные возможности должнику восстановить свою платежеспособность и избежать банкротства.

Кроме того, в июне этого года украинский парламент принял Закон Украины «О финансовой реструктуризации». Данный Закон определил условия и порядок проведения процедуры добровольной финансовой реструктуризации должника с принятием предусмотренных этим Законом мер. Среди позитивов – введение моратория на удовлетворение требований кредиторов с начала процедуры финансовой реструктуризации, привлечение независимого эксперта для анализа финансово-хозяйственной деятельности должника и плана реструктуризации. Что особенно важно в контексте темы сегодняшнего доклада, это то, что данным Законом значительно расширены правовые механизмы нахождения сторонами (кредиторами, должниками и кредиторами) общих взаимовыгодных решений и фиксирования договоренностей сторон без возбуждения судебного производства.

Хотя говорить о практических достижениях применения нового досудебного механизма разрешения споров между кредиторами и должником, конечно, еще преждевременно (Закон вступает в силу 19.10.2016), однако, убежден, что любая возможность

урегулировать правовыми средствами спор между кредиторами и должником без обращения в суд за открытием дела о банкротстве должна приветствоваться. Ведь банкротство само по себе настораживает и собственников, и их администраторов, и инвесторов. В любом случае все зависит, прежде всего, от способности и готовности сторон договариваться между собой, идти друг другу на уступки, находить общие взаимовыгодные решения. Альтернативный порядок разрешения споров дает возможность их урегулирования с применением новых методов и способов, однако при условии (и это принципиально важно) согласия всех сторон спора на такой порядок его рассмотрения.

Думаю, каждый согласится, что это – ключевые подходы для эффективности любых внесудебных способов разрешения споров. Такие альтернативные механизмы должны обеспечивать оперативное, объективное и компетентное разрешение споров и разногласий, возникающих в частноправовых отношениях.

Как видно из приведенных новаций украинского законодательства, в нашем обществе, в бизнес-среде существует четкий запрос на более широкое применение внесудебных методов урегулирования споров, а также на дальнейшее их усовершенствование и поиск новых форм.

Опыт развитых стран свидетельствует, что дело должно доводиться до судебного разбирательства по исчерпании других, внесудебных способов решения разногласий правового характера.

Как известно, во многих странах мира, в частности в государствах Европейского Союза, среди внесудебных способов разрешения споров, возникающих в результате тех или иных правоотношений, медиация применяется намного чаще по сравнению с другими альтернативными способами урегулирования споров. Также медиация широко используется для урегулирования конфликтов, возникающих в хозяйственных правоотношениях (в бизнес-конфликтах). Особенно эффективно медиация себя зарекомендовала, в частности, при решении корпоративных споров, споров в банковской и страховой сферах, споров, связанных с авторским правом или интеллектуальной собственностью. Опыт досудебного урегулирования спора путем медиации демонстрирует действительно положительные результаты как для самих участников конфликта, так и в целом для сохранения долгосрочных хозяйственных связей между субъектами предпринимательской деятельности.

Европейский Совет еще в октябре 1999 года призвал государства создать альтернативные внесудебные процедуры. В Директиве 2008/52/ЕС «О некоторых аспектах медиации в гражданских и коммерческих делах» 2008 года указывается, что выполнение задачи по обеспечению лучшего доступа к правосудию как части политики Европейского Союза по созданию пространства свободы, безопасности и справедливости должно включать в себя доступ как к судебным, так и к внесудебным методам урегулирования споров. Медиация может обеспечить эффективное по затратам и быстрое внесудебное разрешение споров по гражданским и коммерческим делам посредством процедур, отвечающих потребностям сторон. Существует большая вероятность, что договоренности, достигнутые в результате медиации, будут добровольно соблюдаться, а между сторонами сохранятся дружеские и длительные отношения.

Как известно, основная отличительная черта процедуры медиации от государственного судопроизводства и третейского рассмотрения состоит в том, что медиатор только содействует сторонам в разрешении ими же самими спора, не принимая никаких решений, а результатом медиации является соглашение сторон об урегулировании спора.

Популяризация во многих государствах такого метода решения бизнес-конфликтов

связана с его значительными преимуществами по сравнению с другими способами, в частности:

медиация дает возможность избежать затяжных судебных процедур, позволяет разрешить конфликт за несколько недель, а не лет, в соответствии с расписанием, удобным для сторон, и независимо от дат, назначенных судом;

медиация носит конфиденциальный характер, а судебное разбирательство в большинстве случаев должно быть открытым и прозрачным;

при конструктивном разрешении конфликта маловероятна возможность проигрыша, поскольку участники самостоятельно разрабатывают и согласовывают необходимые им решения;

медиация позволяет значительно сэкономить финансы, поскольку отпадает необходимость в оплате судебных издержек;

и, главное, использование медиативних принципов при решении бизнес-конфликтов позволяет сохранить хорошие партнерские отношения между конфликтующими сторонами.

Положительным в применении медиации для разрешения спора по сравнению с судебным разбирательством является и ее цель – достичь решения, которое бы удовлетворило все конфликтующие стороны.

Современные мировые тенденции динамики экономических отношений, стремление Украины к развитию свободного рынка и ускорению процесса перестройки экономики все больше требуют новых, более прогрессивных методов разрешения правовых споров – таких методов, которые бы позволили разрешить конфликт быстро и с минимальными финансовыми затратами, методов, ориентированных не только на устранение конфликта, но и на сохранение хороших отношений с бизнес-партнерами.

Внедрение на законодательном уровне процедур медиации, безусловно, будет способствовать усовершенствованию в Украине механизмов защиты прав и законных интересов субъектов правоотношений, а также соблюдению интересов государства в целом.

Популяризация в украинском обществе медиации и ее законодательное урегулирование будет способствовать уменьшению нагрузки на судебные органы, поскольку большинство конфликтов (споров), к которым применяется медиация, будут разрешаться без судебного производства путем переговоров и поиска компромиссного взаимовыгодного решения для его участников.

Надеюсь, что медиация может стать путем к формированию новой правовой культуры общения между субъектами хозяйствования. Благодаря медиации у сторон спорных отношений должна появиться возможность быть услышанными и слышать настоящие потребности друг друга. Поэтому сегодня, когда каждый желает защищать свои интересы, безотлагательно нужен новый способ разрешения хозяйственных споров, который будет способствовать наведению порядка в рыночных отношениях, улучшать бизнес-климат в государстве.

Медиаторство – это также и отдельная профессия. Это не часть юридической, экономической или психологической профессии, у нее другая цель и другой инструментарий. Медиатор не трактует закон, не квалифицирует тот или иной факт с позиции права, не проводит расчеты, не дает правовые оценки чьим-либо действиям. Он работает с сознанием участников спорных отношений и их пониманием произошедшего. Медиация исходит из того, что у каждой из сторон есть свои интересы, которые либо не пересекаются, либо дополняют друг друга. Каждая из конфликтующих сторон видит ограниченные варианты разрешения своего

спора, и задача медиатора – помочь сторонам расширить, так сказать, их горизонты, увидеть другие пути решения разногласий.

Медиатор обязан быть независимым и соблюдать нейтралитет, ориентировать стороны на достижение конкретных целей, избегать открытого влияния на стороны конфликта, настраивать стороны на эффективные переговоры.

Для того чтобы медиация перестала быть экзотической для украинского общества да и не только, стала чаще использоваться субъектами хозяйствования при разрешении споров, необходимо предпринять определенные шаги, в частности:

создать необходимую правовую базу для медиации, то есть принять соответствующий профильный закон, а также внести изменения в процессуальное законодательство;

проводить в обществе соответствующую разъяснительную работу с целью восприятия самими сторонами спорных отношений процедуры примирения как эффективного пути преодоления конфликта;

осуществлять подготовку специалистов медиации в юридических вузах и особенно в тех учебных заведениях, которые готовят специалистов экономического направления.

Вместе с тем на данный момент, несмотря на то, что непосредственно институт медиации в национальном законодательстве Украины еще не закреплен, опосредованно он может быть применен при судебном рассмотрении дела путем заключения сторонами мирового соглашения на любой стадии хозяйственного процесса и при исполнении судебного решения.

Например, Хозяйственный процессуальный кодекс Украины закрепляет возможность сторон (статья 78 Кодекса) урегулировать спор на стадии его судебного разбирательства путем заключения мирового соглашения. Такое соглашение является двухсторонним волеизъявлением, направленным на урегулирование спора путем взаимных уступок, вследствие которых возможно разрешить спор полностью или частично. В случае заключения мирового соглашения стороны могут также предусмотреть порядок распределения судебных издержек, расходов на оплату услуг адвоката и т.д.

Украинское законодательство обязывает при этом суд до заключения мирового соглашения сторонами разъяснить им последствия соответствующих процессуальных действий. Это важно, так как если мировое соглашение будет утверждено судом, судебное производство по данному делу будет прекращено и закон не допускает предъявления тождественного иска в будущем. То есть, по украинскому законодательству в случае заключения сторонами мирового соглашения вторичное обращение в суд по спору между теми самыми сторонами, о том же самом предмете и по тем же самым основаниям не допускается (статьи 78, 80 Кодекса).

Кроме того, закон возлагает на суд обязанность проверить полномочия представителей сторон на осуществление соответствующих действий (в частности на заключение мирового соглашения), поскольку в доверенностях представителей сторон не всегда могут быть предусмотрены такие полномочия. Требуется специальные на то указания. И суд обязан убедиться в правомочности представителя.

Также нашим законодательством установлены императивные требования относительно содержания мирового соглашения, которое может касаться только прав и обязанностей сторон относительно предмета иска. Это целиком логично. Ведь примирение является решением именно данных сторон, а не третьих лиц, и соответственно касается только их прав и обязанностей. К тому же предметом иска есть материально-определенное требование истца к ответчику, которое возникло из спорных правоотношений и относительно

которого хозяйственный суд должен принять решение по делу. То есть, заключения мировое соглашение в суде, стороны должны прийти к согласию исключительно, исходя из предмета иска.

Если сторонами не будут соблюдены все приведенные законодательные требования, хозяйственный суд вправе не принять такое соглашение и отказать в его утверждении (пункт 3.19 постановления ВХСУ от 26.12.2011 № 18).

Следует также отметить, что на сегодняшний день в Украине уже действует ряд организаций медиаторов, которые объединяются между собой и создают соответствующие ассоциации для сотрудничества. Такие организации действуют в двух направлениях: обучение медиаторов (образовательная сфера) и предоставление услуг независимыми медиаторами. Но главная их задача на ближайшую перспективу, я считаю, – довести до сведения широкой общественности информацию о медиации как об эффективном инструменте разрешения конфликтов и продемонстрировать успешный опыт ее применения.

Конечно, полноценное применение медиационных процедур требует соответствующей законодательной базы. Такие законодательные инициативы должны быть взвешенными, а к их обсуждению следует привлекать широкий круг экспертов, в том числе представителей судебной власти. Это поможет предотвратить возможные злоупотребления и возникновение неодинаковой практики.

Сегодня наше государство находится в процессе внедрения на законодательном уровне института медиации путем поиска и имплементации лучших европейских и мировых стандартов медиации.

На рассмотрении в парламенте Украины находятся два законопроекта о медиации, призванные урегулировать этот относительно новый для Украины институт. Целью законопроектов является внедрение института медиации в обществе, определение правовых основ предоставления услуг медиации на профессиональных принципах, распространение практики мирного разрешения споров внесудебными методами и обеспечение сбалансированных взаимоотношений между институтом медиации и судебной системой.

Бесспорно, урегулирование института медиации в украинском законодательстве должно происходить с внесением соответствующих изменений в процессуальное законодательство, включая Хозяйственный процессуальный кодекс Украины. Это обеспечит единство подходов к институту медиации и применение международных стандартов, изложенных, в частности, в Модельном Законе ЮНСИТРАЛ о международной примирительной процедуре 2002 года, Директиве ЕС 2008/52/ЕС «О некоторых аспектах медиации в гражданских и коммерческих делах» 2008 года.

Приемлемым и положительным, по моему мнению, представляется установление в национальном законодательстве возможности применения медиации не только как досудебной процедуры урегулирования спора, но и на этапе рассмотрения спора судом с закреплением результатов такой процедуры в виде соответствующего судебного решения. Для внедрения в Украине данного процессуального института процессуальные нормы, в частности Хозяйственного процессуального кодекса Украины, могут предусматривать обязанность судьи после принятия искового заявления предложить сторонам урегулировать спор с помощью посредника (медиатора), определить сроки такого урегулирования.

Подводя итог всему вышесказанному, хочу сделать общий вывод, что внедрение и применение альтернативных способов разрешения споров, безусловно, имеет много преимуществ как для защиты прав, свобод и законных интересов граждан, субъектов

хозяйствования, так и для интересов государства в целом, в частности и для судебной власти, поскольку снизит загруженность судов и даст им возможность сконцентрироваться на более сложных делах, и, как результат, будет способствовать повышению авторитета судебной ветви власти в обществе. Тем более что соответствующий законопроект уже внесён в Верховный Совет Украины.

Среди альтернативных способов разрешения споров преимущества медиации очевидны, однако, чтобы обращение граждан и юридических лиц за помощью к медиатору стало нормой жизни в Украине, необходимо закрепление данного государственного института на законодательном уровне с четким регламентированием полномочий медиатора и обеспечением его определенным статусом. Только в таком случае конфликтующие стороны будут уверены, что их соглашение будет иметь такую же юридическую силу, как и решение суда.

Поэтому Украина должна создать соответствующую правовую систему стимулов, при которых будет поощряться избрание физическими и юридическими лицами внесудебных форм разрешения споров гражданской и хозяйственной юрисдикции. Надеюсь, общими усилиями заинтересованных сторон мы пройдем этот путь в кратчайший срок.

Благодарю за внимание.

TÜRKİYE'DEKİ ARABULUCULUK UYGULAMALARI

Hakan Öztatar[*]

Herkese iyi günler. Herkese saygılarımı sunuyor, çok teşekkür ediyorum. Bugün burada olmaktan çok mutlu olduğumu ifade etmek istiyorum. Konumuz tabii güncel gelişmeler olunca son gelişmeler konusunda biraz bilgi vererek başlayalım. Tabii şuradan başlamamız gerekiyor, her gün her an bir hukuki uyuşmazlıkla karşı karşıya geliyoruz. Hukuki uyuşmazlıkla karşı karşıya geldiğimizde ilk sorduğumuz soru doğal olarak bu uyuşmazlığı nasıl çözebiliriz oluyor. Bir uyuşmazlık karşımıza geldiğinde bunu nasıl çözebiliriz sorusunun cevabına klasik anlamda baktığımızda, Türkiye'de 100 yıla yakın olan Cumhuriyet tarihimizde, mutlaka uyuşmazlığı çözmek için mahkemeye gitmek bir hâkime başvurmak, uyuşmazlığı dava yoluyla çözmek geleneksel davranışımızdır. Ama 2013 yılında Arabuluculuk Kanununun ve arabuluculuğun sisteme girmesiyle birlikte artık bu geleneksel davranışımızı terk etmeye başlıyoruz. Yani bize bir hukuki uyuşmazlık geldiğinde artık bu uyuşmazlığın tek çözüm yolunun mahkeme olmadığını rahatlıkla söyleyebiliyoruz. Bu çok önemli bir değişim aslında, çünkü 2013 öncesinde bir avukata gidip benim bir hukuki uyuşmazlığım var dediğinizde "tamam, hiç kaygılanma, bilgileri bana ver, yarın gidelim davanı açalım" diyor. Ama artık 2013 tarihi itibariyle, mutlaka dava açmak zorunda değilsiniz, artık bir alternatifimiz var diyoruz.

Nedir bu alternatifimiz? Arabuluculuk, bir alternatif çözüm yöntemi, aslında ilginç bir şekilde dünyada alternatif çözüm yöntemlerini bırakmaya başlamış, yani bizim henüz geçtiğimiz alternatif çözüm yöntemlerini, onlar bunu da bırakmışlar, uygun çözüm yöntemine geçmişler. İşte hukuk fakültesindeyiz. Burada belki 4. sınıftan arkadaşlarımız var, belki 3. sınıftan da var, avukat arkadaşlarımız var, size bir uyuşmazlık geldiğinde artık düşünmeniz gereken şu, "acaba bu uyuşmazlığa uygun olan çözüm yöntemi hangisidir"? Böyle bakmamız gerek, eğer bu uyuşmazlığa uygun olan çözüm yöntemi dava ise elbette davayı açacağız mahkemeye, ama bu uyuşmazlığa uygun olan çözüm yöntemi arabuluculuksa müvekkilimizi arabuluculuğa, tahkimse tahkime, sulh ise sulhe veya bilmediğimiz başka çözüm yöntemiyse o çözüm yöntemine yönlendirmeliyiz. Yani hukukçuların artık burada bir değerlendirme yapması gerek. "*Bu uyuşmazlığa acaba uygun olan çözüm yöntemi nedir*?"i tespit edip müvekkiline sunması gerektiğini söylüyoruz. İşte bu, aslında hukuki anlamdaki bir farklılığı, bir değişimi ortaya çıkarmış durumda. Ve diyoruz ki her sorunu dava çözemez, artık bunu söylememiz gerekiyor. Yani şimdiye dek inancımız neydi? Bir sorunun mu var, orada bir hakim var, ben de bir hakim olarak söylüyorum, biz her sorunu çözebilen bir mekanizma değiliz, her sorunun çözümü de mutlaka dava değil. O zaman her sorunu dava çözemezse sorunu başka bir şekilde çözmenin yollarının da olduğuna artık zihinsel olarak hazır hale gelmemiz lazım. Hem hukuk fakülteleri, hem hakimler, hem de avukatlar olarak. O zaman bir başka şey söylüyoruz. Yine sloganik anlamda söylüyoruz bunu diyoruz ki; "*son çare davadır*". Bakın burada farklı bir şey var. Nedir peki? Bir uyuşmazlık karşısına çıktığında dünya ilk önce arabuluculuk sürecini deniyor, arabuluculukta çözülmezse tahkimi deniyor, en son dava yoluna gidiyor. Biz eskiden ilk çare davadır diyorduk. Şimdi diyoruz ki en son çare davadır. Neden? Arabuluculuk sürecini tahkim sürecinden de, dava sürecinden de önemli kılan fark; arabuluculuk sürecinde tarafların çözümü kendilerinin bulmaları ve ihtilaf konusunda kararı kendilerinin vermelidir, bu çok önemlidir. İşte arabuluculuğun önemi burada ortaya çıkmaktadır. Neden? Çok klasik birkaç soruyla başlayalım.

[*] Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Arabuluculuk Daire Başkanı.

Bir uyuşmazlığa düştüğünüzde bu uyuşmazlığı en iyi kim bilebilir? Taraflar bilebilir değil mi? Peki bu uyuşmazlık konusunda en çok kimin söz hakkı olması gerekir? Tarafların. Peki sizce bu uyuşmazlığın en iyi çözümünü, her iki tarafı da tatmin edecek çözümü kim bulabilir? Tarafları bulabilir. O zaman bir uyuşmazlık konusunda tarafların böyle bir iradeleri varken, 3. bir kişi olan hakem veya hakimin o tarafların uyuşmazlık konusunda karar vermesi mi sizce daha adil ve daha iyidir, tarafların kendi kararlarını kendi vermesi mi daha adil ve daha tatmin edicidir. Elbette ki tarafların kendi kararlarını kendi vermeleri. Niçin? Şimdi ben 10 yıldır kürsüde tahmin ediyorum ki iş yoğunluğundan dolayı 5000'den daha fazla belki 10000'e yakın karar verdim. Ama verdiğim hiçbir karardan sonra şu olmadı. Davacı ve davalı "Hakim Bey süper bir karar verdiniz çok teşekkür ederiz, gel kardeşim bir kucaklaşalım bu sorun burada bitti" diyeni falan ben görmedim. Peki ne oluyor, "bu iş burada bitmedi daha Yargıtay aşaması var". Peki Yargıtay'da karar verildikten sonra ne oluyor. Mutlu oluyorlar mı? Huzurlu oluyorlar mı? Hayır sorun bitmiyor. O zaman buradaki şey ne? Benim hâkim olarak vereceğim 3 tane karar var. Biliyorsunuz. Davayı kabul edebilirim, o zaman kim bundan memnun olmuyor, davalı. Reddedebilirim. Davayı kısmen kabul edebilirim, dava süreci kaybet kaybet veya kaybet-kazan prensibiyle çalışıyor. Arabuluculuk süreci kazan-kazan prensibiyle çalışıyor. Yani her iki tarafında menfaatleri gereğince ortak bir karar vermelerini sağlıyor. O zaman ne oluyor arabuluculuk sürecinde, her iki taraf da, "teşekkür ederiz arabulucu bey" diyerek kucaklaşıyor, ilişkileri devam edecek bir duruma geliyor.

Fransa'ya bir çalışma ziyareti gerçekleştirdik, Fransa'ya ziyaret amacımız idare hukukuydu. Fransa idare hukukunda önemli bir ülke, acaba idare hukukunda arabuluculukta ne yaptılar diye gittik. Bu sene 2016 yılında bir kanun tasarısı hazırlamışlar, tasarı gizliydi ama içeriğini bizimle paylaştılar. Kanunun adı şu arkadaşlar, çok ilginç: "21. Yy'da Adalet". İşte hukuk fakültesindeyiz, işin felsefesi, hukuku okutuluyor. 21. Yy'daki Adalet acaba hangi adalettir. Peki bunun adını niye böyle koydunuz diye sorduğumda "İşte bu tarafların adaleti, yani her iki tarafında kendi kararını kendisi vererek bu adaleti sağlaması, bence 21. Yy'daki adalet kavramı buraya doğru evrilmektedir", dedi. Ben de aynı görüşteyim. Yani eğer sorunu biz kendi aramızda çözemiyorsak, taraflar kendi kararlarını kendi veremiyorsa mahkemeye giderler, hâkim karşısına çıkarlar, hâkim bir karar verir, kaybet-kaybet veya kaybet-kazana göre adaleti sağlamaya çalışır ama esas adalet tarafların kendi sorunlarını kendilerinin çözmesi suretiyle yaptıklarıdır. Ve ilginç bir şey söylendi, idare hukukundaki davalar 6 ayda bitiyormuş Fransa'da, güzel. Hatta başvuru harcı da yokmuş, ücretsizmiş, devlete karşı bir dava açacaksanız, bu ücretsiz. O zaman hâkim olarak sordum, niye bu kanunu getiriyorsunuz ki? Cevap olarak, "mahkeme sürecinde iki Fransız vatandaşından birisi üzülüyor, kaybet veya kazan, oysa arabuluculukta her iki Fransız vatandaşı seviniyor, neden bir Fransız vatandaşını üzelim ki" dedi. Yani her iki Fransız vatandaşının sevineceği bir sistem varken, iki tarafın da kazanacağı, iki tane şirket, iki Türk şirketinin, iki Türk insanının, iki komşunun, 2 esnafın, 2 iş adamının kazanacağı bir sistem varken neden birini üzecek sisteme onları yönlendirelim ki? Önce arabuluculuk sistemine yönlendirelim. Bu sistem içinde sorun çözülemiyorsa elbette dava yolu açıktır.

Bu gelişmelerin, hukuk dünyamızda çok ciddi etkiler yaratması gerektiğini düşünüyorum. Hukuk fakültelerimizde de artık yavaş yavaş bu sisteme geçmemiz gerekiyor, neden? Çünkü biz de hukuk fakültesinde okurken hep tek taraflı bir eğitim aldığımızın şimdi farkına varıyoruz. Çatışma çözümünün eğitimini almadan sorun çözmemiz bekleniyor. Yani hep anlatılan; tez, antitez, hâkim ne yapacak sentez. Yani iki taraf çarpışsın ki, dava dilekçesi, cevap dilekçesi, deliller birbiriyle vuruşsunlar ki, hâkim doğruyu bulsunu öğreniyoruz. Oysa arabuluculuk sürecinin gelmesiyle birlikte artık diyoruz ki, mutlaka çatışarak sorun çözmek zorunda değilsiniz. Uzlaşarak da sorunlar çözümlenebilir. , Arabuluculuk bize, bir arabulucu yardımıyla bir masanın etrafında toplanarak sorun çözmeyi öğretmiş oldu. O zaman öncelikle hukuk fakültelerinden başlamak gerek, hukuk

fakültelerinde çatışarak sorun çözmenin yanında, uzlaşarak da sorunların çözülebileceği ders olarak okutulmalı. Hukuk fakültelerin de buna yönelik eğitimleri mutlaka vermemiz gerekiyor.

Farklı ülkelere, mesela İngiltere'ye gittiğinizde alternatif çözüm yöntemleri dediğimiz bu yöntemlerin, %98 oranında bütün yargı sistemi içinde uygulandığını görüyoruz. Adalet Bakanlığı temsilcisi 1,5 milyona yakın uyuşmazlık olduğunu ve bunun %98'inin tahkim, sulh, arabuluculuk gibi yöntemlerle çözüldüğünü, sadece ve sadece %2'sininmahkeme sürecinde çözüldüğünü ifade etti. Yani yaklaşık 30.000 dosyayı hâkimler görüyor. . İngiltere Çok farklı bir sisteme geçmiş, İngiltere'de, hâkimler de arabuluculuk yapabiliyor, neden hâkim arabuluculuk yapıyor? Çünkü sonuçta hâkim o dosyayı 1-2 senede bitiremiyor. Ama uyuşmazlık arabuluculuk sürecinde çok daha kısa sürede çözümleniyor. Bugüne kadar bize ulaşan 4.500'e yakın arabuluculuk çözüm tutanağında uyuşmazlığın %87'sinin bir günde veya bir günden daha az bir zamanda çözümlendiğini görüyoruz. Şimdi size sormak istiyorum hangi uyuşmazlığı dava yoluyla bir günde çözebilirsiniz? Hadi bir gün olmasın bir hafta olsun. Ben bir hâkim olarak açıkça söyleyeyim ki, bir haftada tensibi yapamam. Şimdi bir günde sorun çözebilecek bir yöntem varken, bir avukat olarak müvekkillerinizi, ortalama bir iki yıllık süreçlere sokuyorsanız acaba müvekkilin lehine mi davranmış oluyorsunuz?

Belki daha önce duyanlar olmuştur, İngiltere'deki olayı. Bir müvekkil vekilini şikâyet ediyor, diyor ki "avukatım bana arabuluculuk anlatmadı, yeni duyuyorum bu arabuluculuğu, ben davaya gittim, dava süreci iki yıl sürdü ve davayı da kazandım". Dikkatinizi çekmek istiyorum, davayı kazanmış olduğu halde şikâyet ediyor. "ben iki yılda çok yıprandım, davaya gittim, psikolojim bozuldu, maddi-manevi olarak çok yıprandım" diyor. Oysa bakın çok daha kısa sürede daha ekonomik bir sistem varmış. Bu sistemi bana anlatmayan avukat arkadaştan ben şikâyetçiyim diyor. Ve İngiliz temyiz mahkemesi, "avukatın müvekkiline bilgi verme yükümlülüğü vardır, arabuluculuk daha ucuz, hızlı, iki tarafın karar verdiği bir sistemdir" diyor ve bu sistemi anlatmayan avukatı tazminata mahkûm ediyor.

Aynı mantıkla baktığımızda tüm avukat arkadaşların müvekkillerini arabuluculuk hakkında bilgilendirme yükümlülüğü altında olduklarına inanıyorum? Ülkemizde arabuluculuk yoluyla 4.500'ün üzerinde uyuşmazlığın, %87'si bir günde veya bir günden az bir zamanda çözüldüğü biliniyorsa, mutlaka müvekkili bilgilendirmek gerekir. Daha geçen gün ziyaretime gelen bir arabulucumuz "3 yıldır devam eden bir iş davamız vardı, arabuluculuğu duyduktan sonra işveren ve işçiyi ikna ettik, arabuluculuğa gittik, 3 yıldır devam eden davamızda, 3 saatte, işçi ve işveren anlaştı, işçi alacağına kavuştu ve sorun çözümlendi" dedi. Dikkatinizi devam eden bir dava süreci olduğuna çekmek istiyorum. Güzel örnekler gelmeye devam ediyor. Samsun'da 75 ve 72 yaşlarında iki kardeş kavga etmişler, 5 yıldır konuşmuyorlar, kâgir bir evleri var, anlaşamıyorlar ve arabulucumuz devreye giriyor, iki günde kardeşlerin kagir evle ilgili anlaşmazlığı çözüldüğü gibi iki kardeş barışıyor ve görüşmeye başlıyorlar. Ama işin daha ilginç yanı ne biliyor musunuz? O kardeşlerden birinin kızı avukat ve arabulucu olmaya karar veriyor. Sınav için geldiğinde anlattığında duydum ve şoke oldum. Sınav sırasında bana "başkanım hani şu Samsun'da çözülen uyuşmazlık vardı ya, ben o uyuşmazlıktaki taraflardan birinin kızıyım, yıllardır amcamla babamı barıştırmaya çalıştım, başaramadım ama bir arabulucu Samsun'da bunu başardı, bunun üzerine ben de arabulucu olmaya karar verdim" dedi. Çok güzel bir örnektir.

Isparta'da iki işveren bir davada birbirlerini suçluyorlar, biri diğerine "sen beni kandırdın, 300.000 lira alacak çıkarıyorsun, oysa bu kadar masrafın yok 100.000" diyor. Diğer taraf "hayır benim masrafım 300.000 lira" diyor. Arabulucuya geliyorlar. Arabulucu bir yazı tahtasına iki tarafında isimlerini yazıyor ve şu masrafların üzerinden bir geçelim diyor. Her iki tarafında kabul edip etmemesine göre, bir inşaat masrafı çıkarıyor. Örneğin 50.000 lira, her iki tarafa da "kabul ediyor musun" diye soruyor, A ve B kabul ediyorsa, artı artı koyuyor. Kabul edip etmediğine

göre artı eksi koyarak devam ediyor. İki tarafında artı dediği miktar 270.000 TL yapıyor. Öyle olunca, bir tarafa "hani sen 300.000 diyordun bak, senin de kabul ettiğin miktar 270", diğer tarafa da "hani sen 100.000 diyordun, senin kabul ettiğin miktar 270" diyor. Anlaşmazlık çözülüyor ve davadan vazgeçip birlikte iş yapmaya devam ediyorlar. Peki mahkemeye gitselerdi ne olurdu? Nasıl konuşacaklardı mahkemede. Dava dilekçesi, cevap dilekçesi, cevaba cevap dilekçesi değil mi? Hâkimler olarak bir özeleştiri yaptığımızda; biz hâkimler taraflara çok fazla söz hakkı veremiyoruz. Çünkü günde yaklaşık 60 - 70 dosyayla ilgilenmek zorundayız.

İngiltere'ye gittik bir eşya mahkemesi hâkimini ziyaret ettik. İş yoğunluğunun çok olduğunu söyledi. İşiniz ne kadar diye, sorduk, "bir günde 3 dosyaya çıkıyorum, bir günde 3 dosya biter mi" dedi. Şaşırdık, çünkü biz günde 60 - 70 dosyaya çıkıyoruz.

Biz adliyeler içerisinde arabuluculuk büroları kurduk. Şu anda 59 tane arabuluculuk büromuz var. Birisi de Ankara'da, İstanbul ve Ankara'da listeye kayıtlı olan her arabulucu bir uyuşmazlık dosyasında görevlendirildi ve liste tekrar başa döndü ve ikinci görevlendirmeler başladı.

Arabuluculuğun reklamı yapıldıkça talep artıyor. Bu bağlamda dava şartlı arabuluculuk sistemine geçiyoruz. Müsteşar beyin ifadesi ile; kısa süre içerisinde bireysel iş uyuşmazlıklarında dava şartlı arabuluculuk kanunu yasalaşacak. Bu da yaklaşık olarak 400.000'e yakın dosyanın önce arabulucular marifetiyle çözümlenmesi, çözümlenemediği durumda dava yoluna gidilmesini gerektiriyor. Bu da çok önemli bir iş yükünün azaltmasını sağlıyor. Biz altyapıyı hazırladık, son sınavla birlikte 11.000'e yakın arabulucumuz sistemde olacak. Her ilimizde arabulucumuz var. Arabuluculuğun bu sisteme girmesi için bizce bir engel kalmadı.

Toparlamak gerekirse; burada hukuk fakültesi öğrencilerimiz de var. Onlar yarın bu mesleği seçmek ihtiyacı da duyacaklar, belki bu mesleği seçecekler, çünkü gerçekten çok güzel bir meslek olduğunu düşünüyorum. Her iki tarafın da kazandığı, her iki tarafın da mutlu olduğu ve sorunların barışçıl şeklinde çözümlendiği bir sistem. Çoğu zaman ceza dosyalarına baktığımızda esasında altında bir hukuki uyuşmazlık olduğunu görürüz. Karşılaşmışsınızdır "yan baktı diye adamı öldürdü" haberlerine. Yok öyle bir şey, yan bakmanın altında çok husumetler var. Komşular arası uyuşmazlıklarda, akrabalar arasındaki sorunlarda vs. Çoğu kan davasına baktığınızda esas sorunun bir sınır uyuşmazlığı, bir tarla uyuşmazlığı, bir su uyuşmazlığı olduğunu görürsünüz. Birçok uyuşmazlık aslında insanlar arasındaki iletişim eksikliğinden kaynaklanmaktadır. Esasında biz hukuk uyuşmazlıklarını barışçıl bir şekilde çözümlediğimizde ceza davalarını da azaltmış olacağız. Ve insanlar arasındaki barış kültürünün yaygınlaşmasına katkı sağlayacağız. Bugün avukatlar burada, onların elbette ki birinci önceliği adaleti sağlamaktır. İşte tarafların adaleti sağlaması ve her iki tarafında %100 tatmin olarak ve teşekkür ederek masadan ayrılmasını sağlamak için önceliği arabuluculuğa verelim. Avukat arkadaşlardan öncelikle ricamız ticari ve tüketici sözleşmelerine arabuluculuk şartını koyalım. Diyelim ki; taraflar arasında bir uyuşmazlık çıktığında uyuşmazlık önce arabuluculukla çözülecektir. Arabuluculukla çözülemezse mahkeme yoluna başvurulacaktır şeklinde şartlar koyalım. İhtilaf çıktığında sözleşme gereğince arabuluculuğa gidelim. Evet, arabuluculuk konusunda konuşulacak daha çok şey var.

Beni sabırla dinlediğiniz için hepinize çok teşekkür ediyor, saygılar sunuyorum.

MEDIATION PRACTICES IN TURKEY

Hakan Öztatar[*]

Good day to you all. I would like to offer my respect to and thank everyone here. I would also like to say that I am glad to be here today. As our topic is current affairs, let's start out by giving a little information about the recent events. We need to start by saying that, every day and every minute we face legal disputes. Naturally, when we do, the first question that pops into our heads is, "How can we resolve this dispute?" Looking at the answer of this question we ask in times of dispute in a classic sense, we see that in our history of Republic which is nearly 100 years old now, it is out traditional behavior to go to court in order to resolve the dispute and settle it through lawsuits. However, with the concept of mediation, and the Mediation Law coming into the system as of 2013, we have started to abandon this traditional behavioral pattern. Namely, when we encounter a dispute, now we can easily say that courts aren't the only way to resolve it. This is actually a quite important change, because when you would go to an attorney and tell them you have a legal dispute at your hands before 2013, they would reply with an "okay, don't worry, give me all the information and tomorrow we'll file a lawsuit". Nevertheless, as of 2013, we say you don't necessarily have to file a lawsuit, you have an alternative now.

So what is the alternative? Mediation, an alternative method of settlement, which has actually started to be revolted from worldwide, meaning they have left behind alternative settlement methods which we are just discovering, and moved on to the proper settlement method. Here we are at the Faculty of Law. We have students here who are maybe seniors here, juniors, we have some actual attorneys. When you are faced with a dispute, you now need to think, "What is the method of settlement suitable for this dispute?" This here, should be the perspective, if a lawsuit is what the dispute calls for, then of course we'll file one, but if the appropriate method of settlement is mediation, arbitration, compromise, or any other, we should direct our client against whichever is the right method. In other words, legal experts must make an assessment at this point. What we're saying is, they must determine the answer to the question "*Which is the most appropriate settlement method in this dispute*?" and let the client know. This here, has actually revealed a difference, a change in the intendment of law. And we're saying that not every problem can be solved with a lawsuit, we are required to say this now. What was our belief until now? You have a problem, there's a judge here. And as a judge I tell you, we are not a mechanism that is able to solve all problems, and not all problems are required to be solved by court. So if lawsuits are unable to solve all problems, we now have to become mentally prepared to the fact that there are other ways to solve these. As faculties of law, as judges and as attorneys. So we're saying something different. We're uttering it like a slogan, the slogan is "*Lawsuits are the last resort."* You see there is something different here. What is it? When there is a dispute, the world tries mediation first, if mediation doesn't work, they try arbitration, and then fall back on lawsuits. We used to say that the first way to go was the court. Now we're saying it's the last. Why? The distinction which makes the mediation process more important than both the arbitration and lawsuit processes are the fact that parties find their own solutions and make the decision on the dispute on their own, this is quite important. This is where mediation reveals its importance. Why? Let's start out with a few classic questions. When you get involved in a dispute, who knows the most about it? Parties, right? So who should have a say in it the most? Parties. Who do you think is able to find the best solution to the dispute that will satisfy both

[*] Republic of Turkey Ministry of Justice, Head of the Mediation Department.

parties? Parties. So, if parties have this type of will regarding the dispute, which do you think is fair, and more satisfying, parties making a decision about the dispute on their own or a third person, an arbitrator or judge making one? Of course parties making their own decisions is better. And why is that? Now I reckon that during my 10 years behind the bench, considering my workload, I have made more than 5000, maybe 10 000 decisions. However, what I never experienced after a decision is, a claimant or defendant saying "Your honor, that was a very good decision, thank you so much, bring it in, this dispute has been settled" or such thing. What really happens is this, "This isn't over, we're taking this to the Supreme Court." Then what happens when the Supreme Court makes a decision? Are they happy? Are they at peace? No, the problem does not end. So what is the situation here? As a judge, I have 3 decisions I can make. You know these. I can accept the lawsuit, which ends with the dissatisfaction of who? The defendant. I can dismiss it. I can partially accept it. The process of lawsuits runs on a "lose-lose" or "win-lose" principle. The mediation process runs on a win-win principle. It enables both sides to reach a mutual decision in accordance with the interests of both. So what happens during a mediation process is this, both sides embrace saying "Thank you Mr. Mediator", and their relationship become resumable.

We did a study visit to France, our purpose was administrative law. France is an important country in administrative law, we went there wondering what point they were at in mediation in administrative law. This year, in 2016, they prepared a law draft, it was confidential but they shared the context with us. Interestingly enough, the title of the law is: "Justice in the 21st Century". Here we are at the faculty of law, where the philosophy and order of the matter is taught. I wonder which justice is the Justice in the 21st Century. When I asked them the incentive behind this title, they said: "This here is the justice of parties, namely, parties securing the justice by making their own decision, is what I think the concept of justice is evolving towards in the 21st century." I agree. If we cannot solve the problem within ourselves, if parties are unable to make their own decisions, they'll go to court and stand trial. The judge makes a decision, tries to secure justice according to the "lose-lose" or "win-lose" principle but real justice is what parties do on their own by solving their own problems. And something interesting was said, that lawsuits in the administrative law in France are concluded within 6 months, great. As a matter of fact, there is said to be no application fee, it's free, if you are to file a lawsuit against the state, it's free. So as a judge I asked them why they're imposing this law. The answer was: "In lawsuits, one of two French citizens get upset, it's win or lose, but in mediation two French citizens are happy at the same time, why would we upset a French citizen?" In other words, why would we direct two companies, two Turkish companies, two Turkish citizens, two neighbors, 2 tradesmen, 2 businessmen towards a system that will upset one of the two, when there exists a system where both parties can be happy? We need to direct them towards mediation first. If the problem cannot be solved this way, of course, the option of a lawsuit is available.

I have the opinion that these developments need to seriously affect our law system. We need to adopt this system also at our faculties of law, why? Because we are also just realizing that as we studied in the faculty of law, we always received a one-sided type of education. We are expected to solve problems without being trained in conflict resolution. So what is taught here is thesis, anti-thesis, while the judge's duty is to synthesize. Two parties are to collide, and the lawsuit petition, rebuttal petition, evidence are to battle each other so that the judge can find a right way, this is what we've learned. However, now with the mediation process, we're saying that you don't have to solve problems by clashing. Problems can also be solved by compromise. Mediation has taught us to solve a problem by sitting at a table with the help of a mediator. So the first places to start are the faculties of law, the faculties of law must teach that problems can also be solved by compromising. We must provide the relevant type of education in faculties of law to teach this.

If you go to different countries, for example England, you'll see that these methods which we call alternative settlement methods are implemented within the entire judicial system with a ratio of 98%. The representative of the Ministry of Justice indicated that there are nearly 1, 5 million disputes and 98% of these are solved through methods such as arbitration, compromise, and mediation, and that only 2% of the disputes are solved in court.

That means that judges hear 30.000 case files. England has moved on to a quite distinctive system, in England, judges are also able to mediate. Why do judges mediate? Because in the end, the judge cannot complete the case file in 1-2 years. But the dispute will be resolved in a much shorter time through mediation. To this day, we see in the 4.500 mediation resolution reports we have received that 87% of all disputes have been solved in a day or sooner. Now what I would like to ask you is, what dispute can you solve through lawsuit in a day? Let's give it a week even. As a judge, I can say that I cannot conclude the approbation within a week. Now if you're putting your clients through a process of 1-2 years as an attorney, when there's a method that can solve their problems within a day, are you acting in your clients' favor?

Maybe some of you have heard about the incident in England. A client complains about their attorney, saying "My attorney didn't tell me about mediation, I've just heard of it, I went to court which lasted two years and I won." I want to direct your attention to the fact that the client is complaining despite winning the lawsuit. "These two years have worn me out, I went to hearings, I became depressed, I'm exhausted both morally and materially" they said, "When as there is a more economical system that takes less time. I would like to file a complaint against my attorney who hasn't told me about this system." The English Supreme Court said "An attorney has the obligation of informing their client, and mediation is a cheaper, faster system in which both parties have a say in the decision" and sentences condemn the attorney who hasn't informed their client to pay a compensation penalty.

With the same opinion, I believe that all attorneys are obliged to inform their clients on mediation. If it is a known fact that 87% of more than 4.500 disputes have been resolved within a day in our country, then it is a requirement to inform the client. A mediator who visited me the other day told me, "We had a business case going on for 3 years, after they heard about mediation, the employer and employee reached an agreement within 3 hours, the employee got their receivables and the problem was solved". I would like to point out that this is an ongoing case. We continue to hear about pleasant examples of this. Two siblings of ages 75 and 72 got in a fight in Samsun, they hadn't spoken to each other in 5 years, they have a masonry apartment on which they cannot agree. Our mediator came part which resulted in the resolution of dispute about the house, and in the two making up and starting to speak to each other again. Do you know what the interesting part is? The daughter of one of the siblings is an attorney, and she decides to become a mediator. I heard about this when she came to take the exam and I was shocked. During the exam she told me, "I'm the daughter of one of siblings involved in the dispute in Samsun that was later resolved, I've tried for my uncle and father to make peace for years, but a mediator did it in Samsun, so I decided to become a mediator." This is a quite good example.

In Isparta, two employers blame each other in a case, one telling the other, "You deceived me, and you've come up with 300.000 lira of debt, when it's only 100.000". The other says, "No, I've spent 300.000 lira". They come to the mediator. The mediator writes their names on a board and offers to go over the expenditure. They come up with an amount of the construction expenses, with regard to parties agreeing. For example, 50.000 lira, mediator asks both parties if they accept the expense. If A and B both accept it, puts two plus signs. The amount accepted by both parties equals to 270.000 TL. One side asks the other, "You were saying the debt was 300.000 while

you accepted 270.000". The other party says, "You were saying the debt was 100.000 while you just accepted 270.000". The dispute is then resolved, parties continue to do business together, withdrawing the lawsuit. But what would happen if they were to go to court? How would they communicate? Through lawsuit petitions, rebuttal petitions, rebuttal to rebuttal petitions, right? When we self-criticize as judges, we could say that we don't give sides a chance to talk. That's because we have to take care of around 60-70 cases in one day.

We went to England and visited a judge of the court of commodity. The judge told us there was a lot of workload. How much, we asked, to which the judge replied with, "3 cases a day, how can you do 3 cases a day?" We were surprised because we deal with 60-70 cases a day.

We've established mediation offices within courthouses. Right now we have 59 mediation offices. One is in Ankara. Each mediator registered in Istanbul and Ankara were assigned to a dispute. Now, the list is completed and the second assignments have begun.

The more mediation is promoted, the more it is demanded. In this sense, we're moving on to the mediation with a cause of action system. In the words of Mr. Counselor, the mediation system with a cause of action in individual disputes will pass into law in a short time. This requires nearly 400.000 cases to be resolved by mediators primarily, and to go to court if mediation is unsuccessful. This helps the workload burden to be lightened. We2ve prepare the infrastructure, with this last exam, we will have nearly 11.000 mediators in the system. We have mediators in every city. As far as we're concerned, there are no obstacles in mediators entering the system.

To sum up, we have students of the faculty of law here. They will feel the need to choose this profession in the future, maybe they will choose this profession, because I feel it is a really good one. A system in which both sides win, both sides are happy, and a system in which problems are solved in a peaceful way. Most of the time when we look into the criminal files we see that underneath it all there is a legal dispute. You've probably seen the "killed a man because he leered at him" news. There's no leering, there's actually a lot of bad blood behind the leer. In disputes between neighbors, problems between relatives, etc. When you look into most blood feuds, you'll see that actually it's a matter of boundaries, croplands, or water incompatibility. A lot of disputes are actually the result of a lack of communication between people. The truth is that when we resolve legal disputes in a peaceful manner, we will also help decrease the number of criminal cases, and contribute to the proliferation of a culture of peace among people.

Today we have attorneys here, of whom the first priority is to secure justice. So, in order to ensure that justice is served, and to ensure both parties leave the table 100% satisfied, and thankful, let's give primacy to mediators. Our request from fellow attorneys is to stipulate mediation in commercial and consumer contracts. Please include the articles such as "in times of dispute between parties, the said dispute shall primarily be resolved by mediation. Parties shall go to court if the dispute is unable to be resolved by means of mediation" in these contracts. In times of dispute, resort to mediation as per the contract. Yes, there is a lot more to talk about regarding mediation.

Thank you all very much for patiently listening me, I pay my respects.

ULUSLARARASI İSTANBUL HUKUK KONGRESİ
INTERNATIONAL İSTANBUL LAW CONGRESS
17-19 EKİM 2016
17-19 OCTOBER 2016

BİRİNCİ GÜN
FIRST DAY

ŞİMAL SALONU
ŞİMAL HALL

Savcılık Kurumu ve Etkin Soruşturma
Structure of Prosecutor's Office and Effective Investigation

Daha Yetkin Bir Ceza Adalet Sistemi İçin Güçlendirilmiş Savcılık Modeli

Dr. Hakan A. Yavuz *

Giriş

Bu tebliğde, ceza adalet sisteminin yetkinliğinin[1] sağlanması ve yükünün azaltılması amacı bağlamında savcılık kurumuna ilişkin aşağıdaki başlıklar çerçevesinde değerlendirme ve öneriler yapılacaktır.

- Ceza adalet sisteminin etkinliği ve savcılık kurumunun rolü.
- Ceza adalet politikası.
- Savcılık kurumunun ceza adalet sistemi içerisindeki yeri ve rolü.
- Türk ceza adalet sisteminin yetkinliğini artırmak için yapılabilecekler.

Değerlendirme yapılırken konu; Türk hukuk sisteminin esasları ve uygulamaları ile karşılaştırmalı hukuk ve uygulamaları, bazı sayısal veriler de dikkate alınmak suretiyle tartışılacaktır.

I. Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği ve Savcılık Kurumunun Rolü

Ceza adalet sistemi (*criminal justice system*) kavramı son yıllarda ülkemizde yaygın olarak kullanılmaya başlanan bir kavram olup, içerik itibariyle ceza ve ceza muhakemesi hukuku kavramlarından daha geniş bir çerçeveye sahiptir. Hukuk sözlüğüne göre ceza adalet sistemi; bir suçun işlenmesiyle başlayan, araştırma, soruşturma, itham, yargılama, infaz ve infaz sonrası tedbirlere ilişkin süreçleri kapsayan, temel olarak kolluk, savcılık, mahkeme, denetimli serbestlik kurumu ve infaz kurumlarının rol aldığı bir sistemdir.[2]

Savcılık kurumunun ceza adalet sistemlerindeki rolü ile ilgili, editörlüğü Erik Luna ve Marianne L. Vade tarafından yapılmış olan *"The Prosecutor in Transnational Perspective* (Uluslarötesi Perspektiften Savcı)" isimli kitabın, aynı yazarlar tarafından yazılan önsöz bölümü şu çarpıcı cümle ile başlamaktadır:

"The American Prosecutor rules the criminal justice system", yani *"Amerikan savcısı, ceza adalet sistemini yönetir"*.[3]

Çalışmanın devamında yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, özellikle Anglo-Sakson hukuk anlayışının hâkim olduğu Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere'nin yanı sıra birçok Avrupa ülkesinde savcılık kurumunun ceza adalet sistemlerindeki rolünün giderek arttığı görülmektedir.[4]

---

*Lahey (Hollanda) Adalet Müşaviri

[1] Çalışmanın başlığında, "etkin" kelimesi yerine "yetkin" kelimesinin kullanılması bilinçli bir tercihtir. Zira etkin bir uygulamaya varılması, yetkin bir sistemin inşasına bağlı bulunmaktadır.

[2] Brayn A. Garner, ***Black's Law Dictionary,*** 7th Edition, St. Paul - Minnesota, 1999, s. 381.

[3] Erik Luna/Marianne Wade (Edited by), ***The Prosecutor in Transnational Perspective***, New York 2012, s. xi.

[4] Ayrıntılı bilgi için bkz: Erik Luna/Marianne Wade, "Prosecutors as Judges", **67 *Wash. & Lee L. Rev.***, 2010, s. 1413-1532; Peter J. P. Tak, ***The Dutch Criminal Justice System*****,** Nijmegen 2008; Marc Groenhuijsen/Tijs Kooijmans (Edited by), ***The Reform of the Dutch Code of Criminal Prosedure in Comparative Perspective*****,**

"Ülkemizde ceza adalet sistemi kim tarafından yönetilmektedir?" sorusuna, tatmin edici bir cevap vermek mümkün görünmemektedir. Türk hukuk doktrini incelediğinde, konuyla ilgili tartışmaların savcılık kurumuna ilişkin "bağımsızlık" konusu gibi belirli bazı konularla sınırlı kaldığı ve kurumun bir bütün olarak ceza adalet sisteminin yetkinliğiyle ilgili rolü üzerinde durulmadığı görülmektedir.

Bununla birlikte ülkemizde, alternatif çözüm yöntemleri, onarıcı adalet, uzlaştırma, alternatif yaptırımlar, infaz hukuku, denetimli serbestlik, mağdur hakları gibi konular bakımından, gerek mevzuat ve gerekse uygulama alanında bir türlü üstesinden gelemediğimiz sorunların büyük ölçüde ceza adalet politikasının belirsizliği ve savcılık kurumunun bu politikanın belirlenmesi ve hayata geçirilmesine ilişkin rolündeki sorunlardan kaynaklandığı anlaşılmaktadır.[5]

II. Ceza Adalet Politikası (*Criminal Justice Policy*)

Çok aktörlü bir alan olan ceza adalet sisteminin verimliliği ve etkinliği, bu aktörlerin birbirileriyle uyumlu bir şekilde çalışmalarını gerektirmektedir. Bununla birlikte bu uyumun sağlanabilmesinin ön şartı, birbirlerinden ayrı olarak kendi otonomilerine sahip olan kurumların uygulamalarını belirleyen genel bir politikanın bulunmasıdır. Bu politika, kurumların kendi öncelikleri ve hassasiyetlerine göre belirlenmiş politikaların toplamından ziyade, genel bir çerçeve olarak, öncelikleri ve uygulamaya ilişkin yöntemleri tüm aktörlerin sistem içerisindeki özel rolleri dikkate alınarak belirlenen bir "çatı politika" şeklinde kurgulanmalıdır. Bu çalışmada ceza adalet politikası kavramı, ceza adalet sisteminin birbirlerinden bağımsız olarak düşünülmemesi gereken beş temel politika bileşeni olan; suç politikası, önleme politikası, yaptırım (ceza) politikası, infaz politikası ve mağdur politikasının bir bütün olarak ele alındığı bir çatı politika olarak ele alınmaktadır. (Bkz. Görsel 1)

Peki, bu politikaların ve genel olarak ceza adalet politikasının belirleyicisi ve uygulayıcısı kim (ler) dir, kim (ler) olmalıdır ve savcılık kurumunun bu alandaki rolü ne olmalıdır?

Görsel 1: *Ceza adalet politikası ve temel bileşenleri*

Leiden-Boston 2012; Jörg-Martin Jehle/Marianne Wade (Edited by), ***Coping with Overloaded Criminal Justice System***, Berlin-Heidelberg 2006; Gwladys Gillieron, ***Public Prosecutors in the United States and Europe***, Heidelberg 2013.

[5] Ceza adalet politikasının belirleyicisinin kim olduğu ve belirlenen politikanın hangi kurumlar eliyle hayata geçirileceği, uygulamanın kim tarafından denetleneceği ve ortaya çıkan sorunlardan hukuki ve siyasi olarak kimin sorumlu tutulacağı konuları ülkemizde henüz ciddi olarak tartışılmamış konulardır. Cumhuriyet tarihimiz boyunca ortaya çıkan tablo ve günümüzde yaşanmakta olan problemler, ceza adalet sistemimizin başından beri ciddi bir "politikasızlık" sorunuyla malul olduğunu göstermektedir. Savcılık kurumunun rolü dışında başka birçok yönü de bulunan ceza adalet sisteminin politikasızlık sorunu daha detaylı bir çalışmayı gerektirdiğinden, bu çalışmada konuya yüzeysel olarak değinilmekle yetinilecektir.

III. Savcılık Kurumunun Ceza Adalet Sistemi İçerisindeki Yeri ve Rolü

Savcılık kurumunun, yargının bir parçası mı, yoksa yürütmenin bir parçası mı olduğu sorusuna verilecek cevap, kurumun ceza adalet politikası bakımından oynadığı rolünün belirleyicisi olacaktır.

A. Konumu Bakımından

1. Türkiye'deki Durum[6]:

1982 tarihli Anayasa metninde konuyla ilgili aşağıda sırlanan şu önemli düzenlemelerle karşılaşmaktayız:

IX. Yargı yetkisi

MADDE 9- Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.

B. Hâkimlik ve savcılık teminatı

MADDE 139- Hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz.

Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır.

C. Hâkimlik ve savcılık mesleği

MADDE 140- Hâkimler ve savcılar adlî ve idarî yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar. Bu görevler meslekten hâkim ve savcılar eliyle yürütülür.

Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler.

Hâkim ve savcıların nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.

---

6 Ayrıntılı bilgi için bkz: Ekrem Çetintürk, "Cumhuriyet Savcısının Statüsünün ve Savcılık Teşkilatının Kurumsal Yapısının, Savcılık Faaliyetinin Etkinliğine ve Kalitesine Etkisi", ***Ceza Hukuku Dergisi***, S. 29, Aralık 2015, s. 133-146; Vahit Bıçak, ***Suç Muhakemesi Hukuku***, 2. Bası, Seçkin Y., Ankara 2011, s. 124vd.; Nur Centel/Hamide Zafer, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 9. Bası, Beta Y., İstanbul 2012, s. 107vd.; Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, ***Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku***, 17. Bası, İstanbul 2009, s. 305vd.; Yener Ünver/Hakan Hakeri, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 5. Bası, Adalet Y., Ankara 2012, s. 34vd.; Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, Savaş Y., Ankara 2012, s. 115vd.; Bahri Öztürk/Mustafa R. Erdem, ***Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku***, 12. Bası, Seçkin Y., Ankara 2008, s. 297vd.; Mustafa Saldırım, ***Özel Hukukta Cumhuriyet Savcısının Görevleri,*** Turhan Y., Ankara 2005, s. 20vd.

Hâkimler ve savcılar altmışbeş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler; askerî hâkimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunda gösterilir.

Hâkimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmî ve özel hiçbir görev alamazlar.

Hâkimler ve savcılar idarî görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdırlar.

Hâkim ve savcı olup da adalet hizmetindeki idarî görevlerde çalışanlar, hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümlere tâbidirler. Bunlar, hâkimler ve savcılara ait esaslar dairesinde sınıflandırılır ve derecelendirilirler, hâkimlere ve savcılara tanınan her türlü haklardan yararlanırlar.

G. Adalet hizmetlerinin denetimi

MADDE 144 – (Değişik: 12/9/2010-5982/14 md.)

Adalet hizmetleri ile savcıların idarî görevleri yönünden Adalet Bakanlığınca denetimi, adalet müfettişleri ile hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçiler; araştırma, inceleme ve soruşturma işlemleri ise adalet müfettişleri eliyle yapılır. Buna ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.

III. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu

MADDE 159- (Değişik: 12/9/2010-5982/22 md.)

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar.

. . .

Kurul, adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar; Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin kaldırılması veya yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar; ayrıca, Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir.

Hâkim ve savcıların görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri, ilgili dairenin teklifi ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanının oluru ile Kurul müfettişlerine yaptırılır. Soruşturma ve inceleme işlemleri, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırılabilir.

Savcılık mesleğine ilişkin yukarıdaki anayasal hükümler her ne kadar hâkimlik mesleğiyle birlikte düzenlenmiş ise de; Cumhuriyet savcıları için *"Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler*" şeklinde bir hükmün öngörülmediği; bununla birlikte, savcıların yürütmeye (Adalet Bakanına) bağlı olduğuna ilişkin de açık bir hüküm bulunmadığı görülmektedir.

Anayasa ve diğer mevzuat hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, sistemimizde savcılık mesleğinin ***"yürütmeye dâhil", "teminatlı" ancak "bağımsız olmayan" bir meslek*** olduğunu söylemek mümkün bulunmaktadır.[7]

[7] Aynı yöndeki görüşler için bkz: Çetintürk, age, s. 133-146; Bıçak, age, s. 124; Centel/Zafer, age, s. 107; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, age, s. 305; Ünver/Hakeri, age, s. 34; Toroslu/Feyzioğlu, age, s. 115.

Buna karşın doktrinde, özellikle 5271 Sayılı CMK'da, Adalet Bakanının savcılara kamu davası açılması konusunda emir verme yetkisinin tanınmaması nedeniyle, savcıların artık yargının içinde bağımsız bir kamu görevlisi olduğunu savunanlar da bulunmaktadır.[8]

2. Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum[9]*:*

Savcılık kurumunun anayasada *düzenlendiği* bazı ülkeler: Avusturya, İspanya, Belçika, İtalya, Portekiz.

Savcılık kurumunun anayasada *düzenlenmediği* bazı ülkeler: Hollanda, Danimarka, Almanya, Fransa, İrlanda.

İstisnai bazı ülkeler dışındaki tüm Avrupa ülkelerinde ve Amerika Birleşik Devletleri'nde savcılık kurumu, yürütmeye dâhil ve bir şekilde Adalet Bakanlığına bağlı veya Bakanlıkla sıkı irtibatlı, yasama erkine karşı sorumlu, kendine özgü bir yapı olarak konumlandırılmıştır.

B. Yetkileri Bakımından

1. *Türkiye'deki Durum:*

Anayasa'nın 9. maddesindeki, yargı yetkisinin ancak bağımsız mahkemelerce kullanılabileceğine ilişkin hükmün gayet sarih olmasına karşın, savcılık kurumu tarafından kullanılan bazı yetkilerin yargı yetkisi dâhilinde olup olmadığına ilişkin doktrinde bir fikir birliği bulunmamaktadır.[10]

Kanımızca, yukarıda aktarılan Anayasa hükümleri ve ilgili mevzuat hükümleri incelendiğinde; savcılık tarafından kullanılan yetkinin ***esas itibariyle idari, yani yürütmeye ilişkin bir yetki olduğunu, bu yetkiye dayalı olarak ceza muhakemesinin (criminal procedure) veya yargısal mekanizmanın (judicial machinery)***[11] ***bir öznesi (süje-subject) olarak yaptığı işlemlerin ise aynen savunma makamının işlemleri gibi "adli" işlemler olduğunu ancak "yargısal" işlemler olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını*** ifade etmek gerekmektedir.

2. Suç Dosyalarına İlişkin Muhakeme Dışı Çözüm Yöntemleri Bağlamında Savcılık Kurumunun Yetkileri:

Ceza muhakemesi sistemlerine hâkim olan üç farklı model bulunmaktadır: Mücadeleci (*adversarial - accusatorial*) sistem, soruşturmacı (*inquisitorial*) ve işbirliği *(collaboration)* sistemi modeli.[12]

Soruşturmaya ilişkin savcılık yetkileri bakımından ise iki farklı temel ilke bulunmaktadır: Mecburilik (*legality*) ilkesi, takdirilik/maslahata uygunluk (*opportunity/expediency*) ilkesi.[13]

Türk ceza muhakemesi sistemi temel olarak ***işbirliği*** modeline göre kurgulanmış olup[14], soruşturmaya ilişkin savcılık yetkileri bakımından ise kural olarak ***mecburilik*** (soruşturma ve kovuşturma

[8] Bkz: Öztürk/Erdem, age, s. 297; Saldırım, age, s. 20.
[9] Ayrıntılı bilgi için bkz: Çetintürk, age, s. 146-177; Jehle/Wade, age,, s.151-285; Gillieran, age, s. 313-331; Luna/Wade (2012), age, s. 1-67.
[10] Tartışmalar için bkz: Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, age, s. 302; Çetintürk, age, s. 144; Süleyman Özar, "İddianamenin İadesi: Tespitler, Sorunlar ve Öneriler", ***Adalet Dergisi,*** S. 28, Mayıs 2007, s. 332; ENCJ 2015 Raporu (ENCJ Project on Independence and Accountability 2014-2015-adopted The Hague, 05.06.2015,) s. 78.
[11] Bkz: AİHM Kararları: Lešník/Slovakia, § 54, 11.03.2003, 35640/97; Błaja News sp. Zo.o./Poland, § 60, 23.11.2013.
[12] Ayrıntılı bilgi için bkz: Luna/Wade (2012), age, s. 177-279; Mehmet Arıcan, ***Ceza Adaleti,*** Seçkin Y., Ankara 2009, s. 52-70.
[13] Ayrıntılı bilgi için bkz: Luna/Wade (2012), age, s. 177-279.
[14] Tartışmalar için bkz: Metin Feyzioğlu, ***Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat***, Yetkin Y., Ankara 2002, s. 57-67.

mecburiyeti, CMK m. 160, 170) ilkesi kabul edilmiştir. Bununla birlikte istisnai olarak takdirilik ilkesinin (CMK m. 171) uygulanmasına da izin verilmiştir.

Muhakeme dışı çözüm yöntemleri bağlamında savcılık kurumunun yetkilerinin karşılaştırmalı hukuk örneklerinde nasıl düzenlendiğine geçmeden önce, 1925'den bu yana yukarıdaki şekilde dizayn edilmiş olan Türk Ceza Adalet sisteminde savcıların rolünün, sistemin etkinliğine katkılarıyla ilgili olarak son 10 yıla ilişkin bazı temel göstergeler üzerinden kısa bir değerlendirme yapmakta fayda bulunmaktadır.

3. Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğine İlişkin Temel Göstergeler

Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün 2015 yılında hazırladığı rapora[15] göre:

Cumhuriyet savcılıkları bakımından:

Cumhuriyet başsavcılıklarının son 10 yıllık çalışma eğilimine bakıldığında; gelen dosya sayısında artış olduğu görülmektedir. 2006 yılında başsavcılıklara gelen dosya sayısı (geçen yıldan devir, yıl içinde gelen toplam dosya sayısı) 4.982.248 iken, 2015 yılında % 44.2' lik bir artış oranı ile sayı 7.183.574 olmuştur.

Öte yandan bu süreçte başsavcılıklara infaz için gelen ilamlar, yani infaz dosyaları % 179.8 artmıştır.

2005 yılı itibariyle ilk derece adliyelerindeki Cumhuriyet savcısı sayısı 2.964 iken, 2015 yılında bu sayı 4.622'ye ulaşmıştır. Savcı başına düşen yıllık dosya sayısı ortalama 1.554'tür.

Ceza mahkemeleri bakımından:

2006 yılında ceza mahkemelerindeki dava sayısı (geçen yıldan devir, yıl içinde açılan ve bozularak gelen toplam dava sayısı) 2.709.769 iken, 2015 yılında % 5.7'lik azalış oranı ile sayı 2.556.185 olmuştur.

Yukarıdaki verilere göre, 2015 yılı itibariyle savcılıklarca yapılan soruşturmaların % 36'sı davaya dönüşmektedir.

2005 yılında ceza mevzuatı tümüyle yenilenerek bir reform yapılmış olmasına karşın, temel göstergelerde de net bir şekilde görüldüğü üzere, suç işleme oranlarına paralel olarak savcılık soruşturma dosya sayıları, cezaevi nüfusu ve denetimli serbestlik dosya sayılarında ciddi ve kaygı verici bir artış meydana gelmiştir. (Bkz: Görsel 2)

2005 yılında yapılan reformla, temel ceza hukuku mevzuatımız bütünüyle yenilenmiştir. Bu yenilemeyle birlikte hırsızlık, dolandırıcılık, yaralama, cinsel istismar, uyuşturucu suçları gibi yaygın olarak işlenen bazı suçlar için kanunda öngörülen ceza miktarları artırılmış, kovuşturma ve ceza zamanaşımı süreleri ile koşullu salıverilmeden yararlanma süreleri uzatılmıştır (1/3'den 2/3'e). Bu değişiklikler, yeni mevzuatın "daha fazla cezalandırıcı" bir görünüme sahip olmasına, ceza infaz kurumları ve denetimli serbestlik sisteminin yoğunluğunun ciddi ölçüde artmasına neden olmuştur.[16]

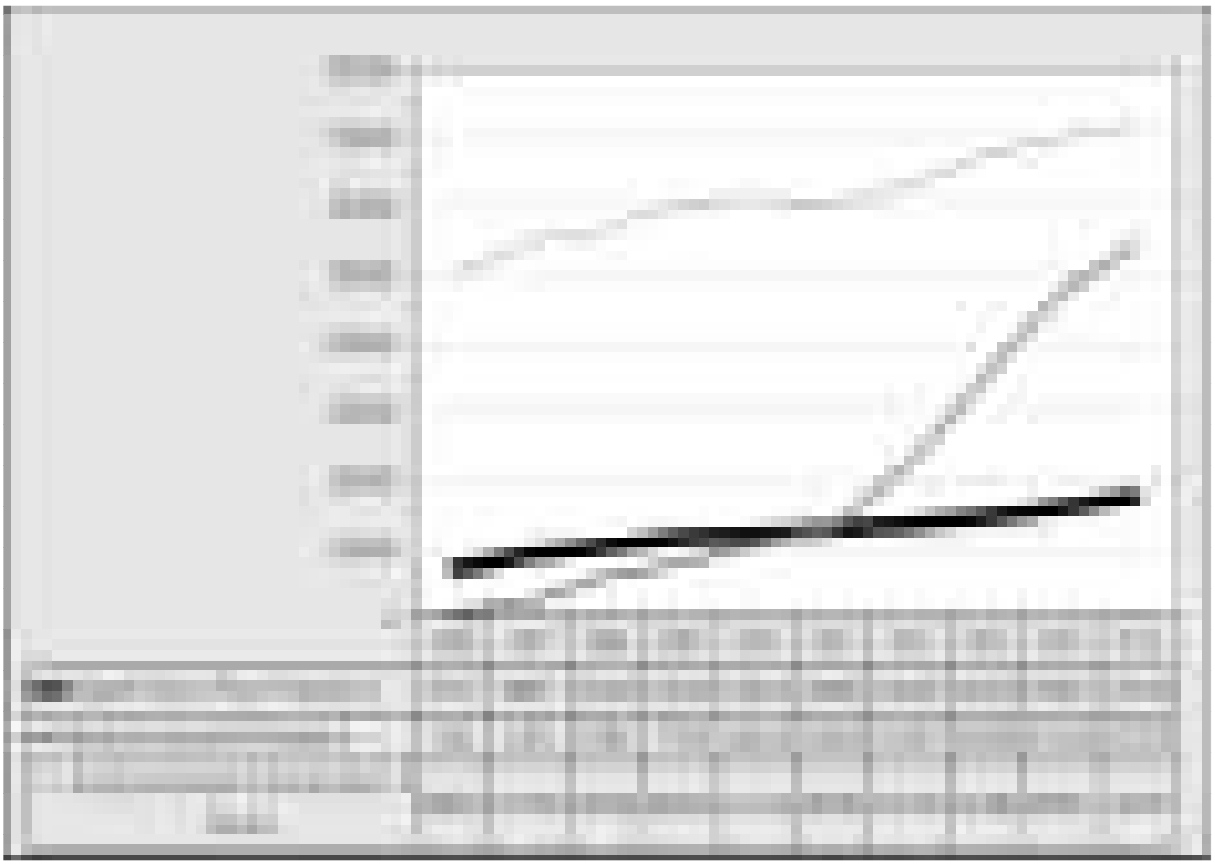
2005 reformu sonrasında da ceza adalet sisteminin sorunlarıyla baş etmek için eski yöntemlere başvurulmaya devam edilmiştir. Kanun koyucu ve politika belirleyiciler, suç işleme sebeplerinin

---

[15] http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/pdf/Bulten_2015.pdf, 04.05.2016, s. 1-2; http://www.cte-ds.adalet.gov.tr; http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/PERSONEL%20SAYILARI/3.pdf; http://www.hsyk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/a4741446-474d-4c81-a611-65c5357e252a.pdf.

[16] Hakan A. Yavuz, "Türkiye'de Denetimli Serbestlik Mümkün müdür? Dünü, Bugünü ve Yarınıyla Türk Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik", ***Türkiye'de Denetimli Serbestlik 10. Yıl Uluslararası Yaklaşımlar Sempozyumu (08-10 Aralık 2015, İstanbul), Bildiri Kitabı,*** Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara 2016, s. 16-17.

tespiti ve buna yönelik (sosyal ve önleyici kolluk temelli) önlemlerin alınması ya da muhakeme dışı çözüm yöntemlerinin geliştirilmesi yerine, özellikle toplumda infial yaratan suç eylemlerinin ardından her defasında kanundaki ceza miktarlarının artırılmasını isteyen kamuoyu baskısına nasıl bir karşılık verilmeli ve aşırı kalabalıklaşan ve kalabalıklaştıkça insan haklarına aykırı şart ve uygulamaların arttığı cezaevi sistemiyle nasıl baş edilmeli gibi sorulara cevap aramışlardır. Bu arayış, siyasi iktidarları, bir taraftan kamuoyunda yüksek sesli tepkiye neden olan belirli suçlar için kanunda öngörülen ceza miktarlarını artıran ve aynı zamanda cezaevlerine gönderilen kişi sayısının artmasına neden olan değişiklikler yapmak (*penal populism*[17]), bir taraftan da sık sık infaz şartları ve sürelerinde af benzeri sonuçları olan değişiklikler yaparak cezaevlerindeki kişi sayısını azaltmak çelişkisine itmiştir.[18]



Görsel 2: *Temel göstergeler (Resmi veriler için bkz: http://www.cte-ds.adalet.gov.tr; http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/pdf/Bulten_2015.pdf)*

Savcılık kurumunun ceza adalet sistemimizin yukarıda kabaca özetlenen mevcut sorunlarındaki payını değerlendirdiğimizde yeni mevzuat kapsamında savcılara, mecburilik ilkesi uyarınca kamu davası açma zorunluluğuna çok sınırlı ölçüde getirilen;

- *Takdirilik ilkesi bağlamında çok çok sınırlı ölçüde takipsizlik kararı verme imkânı,*
- *Çok sınırlı bir alanda kamu davasının açılmasının ertelenmesi imkânı,*
- *Uzlaştırma yapmak suretiyle soruşturmayı sonlandırma imkânı,*

[17] Kavram için bkz: J. V. Roberts/L.J. Stalans/D. Indermaur/M. Hough, ***Penal Populism and Public Opinion: Lessons From Five Countries***, Oxford Unv. Press, New York 2003.
[18] Yavuz, age, s. 16.

şeklindeki imkanların yukarıda aktardığımız veriler esas alındığında, ceza mahkemelerini ancak % 5.7 oranında rahatlattığını görmekteyiz.

IV. Türk Ceza Adalet Sisteminin Yetkinliğini Artırmak İçin Neler Yapılabilir?

A. Savcılık Kurumunun Konumu ve Yetkileri Güçlendirilmelidir

Öncelikle savcılık kurumunun, ceza adalet politikasının belirlenmesi ve politikanın sağlıklı bir şekilde uygulanmasına katkı sağlayabilmesi için sistem içerisindeki yerinin netleştirilerek güçlendirilmesi gerekmektedir. Bu güçlendirmeyle birlikte, savcılık kurumunun, ceza adalet sistemine ilişkin politika belirleyici ve politikanın başat uygulayıcısı sıfatıyla yürütmeyle birlikte parlamentoya karşı hukuki ve siyasi olarak belirli ölçüde "sorumluluk" yüklenmesi gerekmektedir.

Günümüzde birçok ülkede savcılar için "*prosecutor as a judge*" ya da "*judge before the judge*", yani "hâkim yetkisinde savcı" veya "hâkimden önceki hâkim" tabiri kullanılmaktadır.[19] Bu bağlamda, Kıta Avrupa'sı hukuk sistemine dâhil karşılaştırmalı hukuk örnekleri dikkate alınarak "mecburilik" ilkesi yumuşatılmalı, "takdirilik" ilkesinin çerçevesi genişletilmeli ve "hibrit (*hybrid*)" bir uygulamaya geçilmelidir.

Bu kapsamda iki temel değişime ihtiyaç bulunmaktadır:

- Takipsizlik gerekçeleri, takdirilik ilkesi uyarınca artırılmalıdır.
- Savcılık ceza kararnamesi (*punishment/penal order*) düzenlemesiyle alt sınır olarak, belirli bir yıla kadar (5 yıl olabilir) hapis cezası öngörülen suçlar bakımından savcının, hapis cezası dışındaki yaptırımlara karar vermek suretiyle soruşturmayı sonlandırabilmesine imkân verilmelidir. Bu yeni durum zorunlu olarak, kanunda öngörülen yaptırım biçimlerinin çeşitlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

1926 yılından beri takdirilik ilkesinin benimsendiği Hollanda'da, suç soruşturması dosyalarının ancak %10 kadarı mahkemelere dava olarak intikal etmektedir. Kalan kısmın yarısı kadarı, teknik nedenler yanında, "kamu yararı" gözetilerek takdirlik ilkesi çerçevesinde bazıları aşağıda sırlanan sebeplerle verilebilen takipsizlik kararlarıyla sonuçlandırılmaktadır:[20]

- Suçun düşük öneme sahip olması.
- Şüphelinin suça katkısının düşük olması.
- Suçun az cezayı gerektirmesi.
- Suç tarihinin eski olması.
- Şüphelinin çok genç veya çok yaşlı olması.
- Şüphelinin yakınlarda başka bir suçtan dolayı mahkûm edilmiş olması.
- Suçun şüphelinin kendisini de olumsuz etkilemiş bulunması (kendisinin de suçtan zarar görmesi gibi).
- Şüphelinin rehabilite edilmesi beklentisinin yüksek olması.
- Tüzel kişiliğin de cezai sorumluluğunun bulunması.
- Haksızlık içeren davranışı yönlendiren kişinin soruşturulmuş bulunması.
- Şüphelinin tazminat ödemiş bulunması.
- Mağdurun suça katkıda bulunmuş olması.

---

[19] Ayrıntılı bilgi için bkz: Luna/Wade (2010), age, s. 1429 vd.; Jehle/Wade, age, s. 27vd.; Thomas Weigend, ***"A Judge by Another Name? Comparative Perspectives on the Role of the Public Prosecutor"*** içinde: Luna/Wade (2012), age, 377-392; E. T. Luining, ***The Dutch Punishment Order: Contorversry, Comparison and Compromise***, Master Thesis, Leiden Unv., 2014, s. 6vd.

[20] Ayrıntılı bilgi için bkz: Peter J. P. Tak (2008), s. 84-91; Peter J. P. Tak, ***"The Dutch Prosecutor: A Prosecuting and Sentencing Officer",*** içinde: Luna/Wade (2012), age, s. 135-155. Makalenin Türkçe tercümesi için ayrıca bkz: "Hollandalı Savcı: Bir Soruşturan ve Ceza Veren Görevli", Tercüme: Mahmut Erdemli, Küresel Bakış Dergisi, Y. 4, S. 12, Ocak 2014, s. 41-67.

- Şüpheli ile mağdur arasında yakın bir ilişki bulunması ve soruşturmanın mağdurun yararlarına aykırı bulunması.
- Şüphelinin sağlık durumunun çok olumsuz olması.

Peki, bu kadar esnek ve savcıya geniş yetkiler verilen bir sistemde, takdir yetkisi suistimal edilmez mi? Suistimali ve keyfiliği engellemek için Hollanda örneğinde de gördüğümüz aşağıdaki tedbirlerin alınması gerekmektedir:

- Savcılık kurumunun yeniden organizasyonu yapılmalıdır.
- Savcıların, bu yetkilerini kullanırken uymaları gereken "bağlayıcı kılavuz ilkeler" belirlenmelidir.
- Kılavuz ilkelere uyulup uyulmadığını savcılık hiyerarşisi içerişinde denetleyen bir mekanizma kurulmalıdır.
- Takipsizlik kararlarına karşı etkin bir itiraz yolu geliştirilmelidir.

Hollanda'da ceza adalet politikasının belirlenmesi ve gereklerinin uygulanmasında çok önemli bir görev üstelenen Savcılar Kurulu (*Het Parket Generaal - Board of Prosecutors General*) tarafından, takdir yetkisinin kullanımıyla ilgili çok ayrıntılı ve bağlayıcı kılavuz ilkeler bulunmaktadır.

B. Savcının Ceza Muhakemesine Gerek Olmaksızın Yaptırım Kararı Verme Yetkisi (Extrajudicial Disposal - Prosecutorial Discretion) Artırılmaldır

Karşılaştırmalı hukukta uzun zamandan beri, belirli suç tiplerine ilişkin soruşturmaların muhakeme konusu edilmeden sistem dışına çıkartılmasına yönelik uygulamalar bulunmaktadır. Avrupa Konseyi'nin 1987 tarihli "Ceza Adaletinin Sadeleştirilmesi Hakkında Üye Devletlere Yönelik R(87) 18 Sayılı Tavsiye Kararı" konuyla ilgili olarak önemli tespitler içermektedir ve birçok Avrupa ülkesi, bu tespit ve tavsiyeler doğrusunda sistemlerini geliştirmişlerdir.[21]

Bu kapsamda en yaygın uygulama "ceza kararnamesi" olarak tercüme edebileceğimiz "*penal/punishment order*" isimli yöntemdir.[22]

Ceza kararnamesinin temel özelliği, belirli bazı suçlara veya belirli bir süre sınırında para veya hapis cezası öngörülen suçlara ilişkin soruşturmaların, ceza muhakemesine sevk edilmeksizin, savcılığın takdir yetkisi kapsamında belirli yaptırım veya tedbirlerin uygulanması suretiyle sonlandırılmasıdır.

Hollanda ceza kanunlarına göre ceza kararnamesi ile aşağıdaki yaptırımlar öngörülebilir:

- 180 saat ücretsiz çalışma cezası veya bir eğitim kursuna zorunlu katılım.
- Para cezası.
- El konulan objelerin dağıtımından geri durma.
- Hazineye, mağdura yararlı olması için bir miktar para ödeme.
- Altı aya kadar sürücü belgesinin geri alınması.

Kararname, ayrıca şüphelinin dini ve kişisel özgürlüklerini kısıtlamadığı sürece uyması gereken talimat ve şartları da içerebilir. Bu talimatlar aşağıdaki gereklilikleri içerebilir:

- Zoralım kabiliyeti bulunan eşyanın teslimi.
- Suçtan kaynaklı haksız kazanç değerindeki paranın hazineye ödenmesi.
- Suç mağdurlarını destekleyen kamu fonlarına bir miktar paranın ödenmesi (ancak bu miktar suç için öngörülen en yüksek adli para cezasından fazla olamaz).
- Bir yıllık denetim süresi boyunca özel olarak belirlenen talimatlara uyulması.

---

[21] Tavsiye kararının Türkçe metni için bkz: http://www.hsyk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/54370cd3-0c43-4bd5-93b6-36ac3095473d.pdf, 11.09.2016.

[22] Ayrıntılı bilgi için bkz: Luining, age, s. 21-66; T. Kooijmans, ***"The Extrajudicial Disposal of Criminal Cases***", içinde: Groenhuijsen/Kooijmans, age, s. 81-106.

Hollanda Kraliyet Anayasasının 113. maddesine göre savcı tarafından özgürlüğü kısıtlayacak bir cezaya hükmolunamaz. Dolayısıyla ceza kararnamesiyle hapis cezası verilememektedir.

Hollanda'da, 6 yıl hapis cezası sınırına (Hollanda Ceza Kanununda suçlara ilişkin hapis cezasının alt sınırı belirlenmemiştir) kadarki tüm suçlarda ceza kararnamesi uygulanabilmektedir. Tüm soruşturmaların % 30 kadarı bu yöntemle sonlandırılmaktadır.

Diğer karşılaştırmalı hukuk örnekleri incelendiğinde[23];

Almanya'da, basit yaralama suçları, malvarlığına karşı işlenen basit suçlar ve trafik suçları hakkında ceza kararnamesi uygulanabilmektedir. Tüm soruşturmaların % 15'i bu yöntemle sonlandırılmaktadır.

İsviçre'de, basit yaralama suçları, malvarlığına karşı işlenen basit suçlar ve trafik suçları hakkında ceza kararnamesi uygulanabilmektedir. Tüm soruşturmaların % 85-90'i bu yöntemle sonlandırılmaktadır.

Fransa'da, basit suçlar ve trafik suçları gibi suçlar hakkında ceza kararnamesi uygulanabilmektedir. Tüm soruşturmaların % 85-90'i bu yöntemle sonlandırılmaktadır. İlk derece genel mahkemelerinin (*tribunal correctional*) yetki alanına giren tüm suçların %25, polis mahkemeleri (*tribunal de police*) yetki alanına giren tüm suçların ise %55i bu yöntemle sonuçlandırılmaktadır.

C. Savcı Takdir Yetkisini Kullanırken Yapayalnız Olmamalıdır

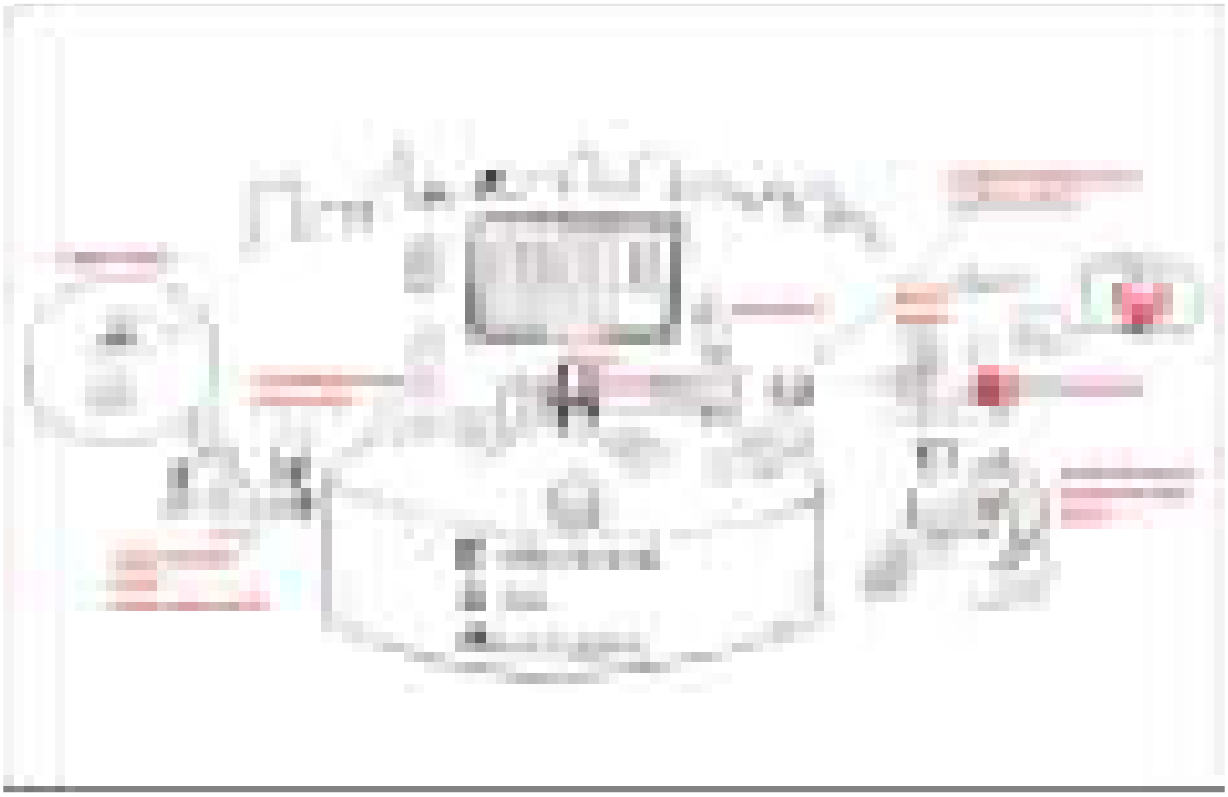
Hollanda gibi geniş takdir yetkisiyle donatılan savcılık kurumu, soruşturma dosyalarında tasarrufta bulunurken yalnız değildir. Şüphelinin kişisel durumu, suçun niteliği ve işlenme şekli, zararın miktarı, mağdurum durumu gibi hususların net olarak tespit edilmesi ve uygulanacak yöntem veya yaptırımın tüm bu hususların değerlendirilmesi sonucunda belirlenmesi, işlemin sıhhati için çok önemlidir.

Bu kapsamda savcılık bürolarında çalışan savcı dışındaki uzman personelin yanında, kolluk, denetimli serbestlik ve mağdur hizmetleri başta olmak üzere, çocuk koruma hizmetleri, sosyal yardım hizmetleri, adli tıp, maliye gibi birimlerin temsilcilerince sağlanan bilgilerle desteklenen savcı en doğru karara ulaşabilmektedir.

Hollanda'da 2011 yılında bir pilot proje olarak kurgulanan ve 2013 yılında tüm ülke çapında kurulumu tamamlanan ZSM isimli 11 merkez hayata geçirilmiştir. ZSM, "*as soon as possible*", yani "mümkün olduğu kadar çabuk" anlamına gelen Hollandaca kelime grubundan (*zorgvuldig, slachtoffergericht, maatwerk*) yola çıkılarak isimlendirilmiş özgün bir model olarak kurgulanmıştır.[24]

[23] Ayrıntılı bilgi için bkz: Luining, age, s. 47-58.

[24] Ayrıntılı bilgi için bkz: Pauline Jakobs/Petra van Kampen, ***"Dutch 'ZSM Settlements' in the Face of Procedural Justice: The Sooner the Better?"***, Utrecht Law Review, Volume 10, Issue 4 (November) 2014, s. 73-85.



Görsel 3: *ZSM merkezinde görev yapan kişiler ve rolleri*[25]

ZSM merkezleri, genellikle merkez polis ofislerinde yerleşik olup, günde 16 saat ve 7 gün esasıyla hizmet vermektedir. Savcının, en kısa sürede en doğru kararı verebilmesi için ceza adalet sisteminde rol oynayan diğer tüm aktörlerin destek ve tavsiyeleriyle soruşturmalar tamamlanmaktadır. (Bkz. Görsel 3)

Faaliyete geçtiğinden beri, yıllık ortalama 200.000 soruşturma dosyası ZSM'lerde sonuçlandırılmaktadır. Soruşturmaların % 56'sı aynı gün karara bağlanmaktadır.[26]

Sonuç ve Öneriler

Ceza adalet sisteminin etkinliği bağlamında savcılık kurumunun rolü ile ilgili olarak yukarıda bazı temel hususlara değinmeye çalıştığımız tebliğde, uygulamanın etkinliğinin artırılması ve yetkin bir sistemin inşası için aşağıdaki tedbirlerin alınması gerektiğini düşünmekteyiz:

- Savcılık kurumu, ceza adalet politikasının belirlenmesinde etkili ve politikanın yürütücüsü olarak Adalet Bakanı'na bağlı, bu nedenle belirli ölçüde hukuki ve siyasi olarak sorumlu ancak teminatlı bir kurum olarak kurgulanmalıdır. Bunun için Anayasa değişikliğine ihtiyaç bulunmamaktadır.

- Uygulamanın yeknesaklığı ve soruşturmaların hukuki sıhhati için Türkiye Cumhuriyeti Başsavcılığı veya Ülke Cumhuriyet Başsavcılığı şeklinde isimlendirilebilecek merkezi bir otorite kurulmalıdır ve ülkenin coğrafi bölge sayısınca belirlenecek bölgesel birimler oluşturulmalıdır. 2000'li yılların ortalarında önerilen Yargıtay Başsavcılığının Türkiye Başsavcılığına dönüştürülmesi fikri, çalışmada izah edilen amaçların gerçekleştirilmesi bakımından uygun görünmemektedir.[27]

[25] ZSM sistemiyle ilgili olarak, görsele de kaynaklık teşkil eden tanıtım videosu için bkz: https://www.youtube.com/watch?v=riT00mjPV2o, 08.08.2016.
[26] https://www.om.nl/vaste-nderdelen/zoeken/@24445/factsheet-zsm, 10.09.2016.
[27] Konuyla ilgili öneri ve tartışmalar için bkz: ***"Bir Adli Organ Olarak Savcılık",*** Sempozyum (7-9 Temmuz 2006 - Ankara) Kitabı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, Ekim 2006.

- Merkezi başsavcılık birimi, bazı soruşturmaların yürütülmesinde ülke çapında yetkili olmasından ziyade, ceza adalet politikasının yukarıda bahsedilen beş bileşenine ilişkin gerekliliklerin sağlıklı olarak yürütülmesi ve savcıların yetkilerini hukuka uygun ve yeknesak bir şekilde kullanmalarını teminen belirleyeceği bağlayıcı ilkeler ve icra edeceği denetim fonksiyonu bakımından önem arz etmektedir.

- Savcılık kurumunun ve Adalet Bakanlığının dışında, ceza adalet sistemini dışarıdan bir gözle değerlendirip, uygulamanın verimliliği ve hukuka uygunluğuna ilişkin periyodik raporlama hazırlayıp yürütmeyle ve gerekirse yasama ile paylaşacak özerk bir yapı kurulması gerekmektedir.

- Savcılık bürolarında, özellikle büyük şehirlerde, savcıların yanında mutlak surette hukuk, kriminoloji, penoloji, sosyoloji, muhasebe ve adli bilimler gibi alanlarda eğitim almış uzman yardımcı personel istihdamı gerekmektedir.

- Adalet Bakanlığı veya merkezi savcılık biriminde, uygulamanın çıktıları üzerinde değerlendirme yapıp, yeni stratejiler belirlenmesi için çalışma yapacak bir "Ceza Adaleti Araştırmaları Merkezi" kurulmalıdır.

- Savcıların, suç soruşturmalarını takdirilik ilkesi uyarınca sonlandırabilme, yargı dışı yollarla çözebilme veya bu yollara yönlendirebilme yetkilerinin genişletilmesi gerekmektedir.

- Tüm illerde ve çok büyük ilçelerde Hollanda'daki ZSM modeline benzer merkezler kurularak, özellikle basit suçlara ilişkin soruşturmaların hızlı ve etkin bir şekilde sonuçlandırılması sağlanmalıdır.

- Ceza adalet sisteminin ve soruşturmanın yürütücüsü (patronu, imparatoru!) olan savcılık kurumunun üzerindeki, adliye yönetimi, cezaevi ve denetimli serbestlik müdürlüğünün organik bağlantısı, noter ile yazı işleri ve icra müdürlüklerinin mali denetimi gibi yüklerin kaldırılması gerekmektedir.

Kaynaklar

ARICAN, Mehmet, Ceza Adaleti, Seçkin Y., Ankara 2009.

"Bir Adli Organ Olarak Savcılık", Sempozyum (7-9 Temmuz 2006 - Ankara) Kitabı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, Ekim 2006.

BIÇAK, Vahit, *Suç Muhakemesi Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Y., Ankara 2011.
CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Bası, Beta Y., İstanbul 2012.
ÇETİNTÜRK, Ekrem, "Cumhuriyet Savcısının Statüsünün ve Savcılık Teşkilatının Kurumsal Yapısının, Savcılık Faaliyetinin Etkinliğine ve Kalitesine Etkisi", *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 29, Aralık 2015, s. 125-205.
FEYZİOĞLU, Metin, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Yetkin Y., Ankara 2002.
GARNER, Brayn A., *Black's Law Dictionary,* 7th Edition, St. Paul - Minnesota, 1999.
GILLIERON, Gwladys, *Public Prosecutors in the United States and Europe*, Heidelberg 2013.
GROENHUIJSEN, Marc/KOOIJMANS, Tijs (Edited by), *The Reform of the Dutch Code of Criminal Prosedure in Comparative Perspective*, Leiden-Boston 2012.
JAKOBS, Pauline/KAMPEN, Petra van, *"Dutch 'ZSM Settlements' in the Face of Procedural Justice: The Sooner the Better?"*, Utrecht Law Review, Volume 10, Issue 4 (November) 2014, s. 73-85.

JEHLE, Jörg-Martin/WADE, Marianne (Edited by), *Coping with Overloaded Criminal Justice System*, Berlin-Heidelberg 2006.
KOOIJMANS, T., *"The Extrajudicial Disposal of Criminal Cases*", içinde: GROENHUIJSEN, Marc/KOOIJMANS, Tijs (Edited by), *The Reform of the Dutch Code of Criminal Prosedure in Comparative Perspective*, Leiden-Boston 2012, s. 81-106.
KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Bası, İstanbul 2009.
LUINING, E. T., *The Dutch Punishment Order: Contorversıy, Comparison and Compromise*, Master Thesis, Leiden Unv., 2014.
LUNA, Erik/WADE, Marianne (Edited by), *The Prosecutor in Transnational Perspective*, New York 2012.
LUNA, Erik/WADE, Marianne "Prosecutors as Judges", 67 *Wash. & Lee L. Rev*., 2010, s. 1413-1532.
ÖZAR, Süleyman, "İddianamenin İadesi: Tespitler, Sorunlar ve Öneriler", *Adalet Dergisi,* S. 28, Mayıs 2007, s. 323-334.
ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa R., *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Bası, Seçkin Y., Ankara 2008.
ROBERTS, J. V./STALANS, L.J./INDERMAUR, D./HOUGH, M., *Penal Populism and Public Opinion: Lessons From Five Countries*, Oxford Unv. Press, New York 2003.
SALDIRIM, Mustafa, *Özel Hukukta Cumhuriyet Savcısının Görevleri,* Turhan Y., Ankara 2005.
TAK, Peter J. P., *"The Dutch Prosecutor: A Prosecuting and Sentencing Officer",* içinde: LUNA, Erik/WADE, Marianne (Edited by), *The Prosecutor in Transnational Perspective*, New York 2012, s. 135-155. Makalenin Türkçe tercümesi için ayrıca bkz: "Hollandalı Savcı: Bir Soruşturan ve Ceza Veren Görevli", Tercüme: Mahmut Erdemli, Küresel Bakış Dergisi, Y. 4, S. 12, Ocak 2014, s. 41-67.
TAK, Peter J. P., *The Dutch Criminal Justice System*, Nijmegen 2008.
TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Y., Ankara 2012.
ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Bası, Adalet Y., Ankara 2012.
WEIGEND, Thomas, *"A Judge by Another Name? Comparative Perspectives on the Role of the Public Prosecutor"* içinde: LUNA, Erik/WADE, Marianne (Edited by), *The Prosecutor in Transnational Perspective*, New York 2012, s. 377-392.
YAVUZ, Hakan A., "Türkiye'de Denetimli Serbestlik Mümkün müdür? Dünü, Bugünü ve Yarınıyla Türk Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik", *Türkiye'de Denetimli Serbestlik 10. Yıl Uluslararası Yaklaşımlar Sempozyumu (08-10 Aralık 2015, İstanbul), Bildiri Kitabı,* Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara 2016, s. 15-23.

Strengthened Prosecution Service Model for More Competent Criminal Justice System

Dr. Hakan A. Yavuz *

Introduction

In this presentation, assessments and recommendations shall be made within the framework of the following titles related to the prosecution service in the context of the provision of the competence[1] of the criminal justice system and the reduction of its burden.

- The effectiveness of the criminal justice system and the role of the public prosecution service.
- Criminal justice policy.
- The role and status of the public prosecution service in the criminal justice system.
- What can be done to improve the competence of the Turkish criminal justice system?

While making the evaluation, the subject will be discussed taking into account the principles, national practices and comparative law with some statistical data.

I. The Effectiveness of the Criminal Justice System and the Role of the Public Prosecution Service

The concept of "criminal justice system" is begun to widely used in Turkey in the recent years, with a wider framework than the criminal law and criminal procedure law. The criminal justice system according to the legal dictionary; is a system mainly consisting of law enforcement services, prosecution service, court, probation agency and penal execution institutions, which covers processes related to research, investigation, prosecution, trial, execution and post-execution measures, which begin with the crime being committed.[2]

The preface of the book edited by Erik Luna and Marianne L. Vade on the role of the prosecution service within criminal justice systems, *"The Prosecutor in Transnational Perspective"*, written by the same authors, starts with this striking sentence:

"The American Prosecutor rules the criminal justice system".[3]

---

* Judicial&Legal Counsellor of Turkish Embassy in the Hague-the Netherlands, https://independent.academia.edu/HakanYavuz.

[1] The use of the word "competent" in the beginning of the study instead of "effective" is a conscious choice, because an effective implementation depends on the construction of a competent system.

[2] Brayn A. Garner, ***Black's Law Dictionary,*** 7th Edt, St. Paul - Minnesota, 1999, p. 381.

[3] Erik Luna/Marianne Wade (Edited by), ***The Prosecutor in Transnational Perspective***, New York 2012, p. xi.

As is also comprehensible from the sequential pats in the study, beside with the United States and England where an Anglo-Saxon perception of law predominates, in many European Countries, the role of the prosecution service in criminal justice systems is seen to have been gradually increasing.[4]

Giving a satisfying answer to the question: *"By whom is the criminal justice system administered in Turkey?"* does not seem possible. When examining the Turkish doctrine, it appears that the discussions on the subject were confined to certain issues such as independence of the prosecutors and the role of the service in relation to the competence of the criminal justice system is not considered.

However in Turkey, in terms of alternative resolution methods, restorative justice, restorative justice, alternative punishments and measures, penal execution practice, probation, and victim rights, it is understood that the problems in the field of both legislation and implementation that we cannot overcome, mostly result from the ambiguity of the criminal justice policy and the problems in the role of the prosecution service related to the determination and actualization of this policy.[5]

II. Criminal Justice Policy

The efficiency and effectiveness of the criminal justice system, which is a field with many actors, requires these actors to work compatibly with each other. Nonetheless, the precondition of ensuring this compatibility is to find a general policy that determines the applications of the establishments that have their own autonomy apart from each other. This policy, rather than policies determined according to the priorities and sensitivities of the institutions, should be built as a "roof policy", of which the methods of implementation are determined considering the specific roles of all actors within the system. In this study the criminal justice policy concept is approached as a roof policy in which the five basic policy components of the criminal justice system that shouldn't be perceived as independent of one another; the crime policy, prevention policy, penal policy, execution/correction policy and victim policy. (See Figure 1)

So, who is/are or should be the determinant and implementer of these policies and the criminal justice policy in general and what should be the role of the prosecution service be in this field?

---

[4] For detailed information, see: Erik Luna/Marianne Wade, "Prosecutors as Judges", ***67 Wash. & Lee L. Rev.,*** 2010, p. 1413-1532; Peter J. P. Tak, ***The Dutch Criminal Justice System*****,** Nijmegen 2008; Marc Groenhuijsen/Tijs Kooijmans (Edited by), ***The Reform of the Dutch Code of Criminal Prosedure in Comparative Perspective*****,** Leiden-Boston 2012; Jörg-Martin Jehle/Marianne Wade (Edited by), ***Coping with Overloaded Criminal Justice System***, Berlin-Heidelberg 2006; Gwladys Gillieron, ***Public Prosecutors in the United States and Europe***, Heidelberg 2013.

[5] The issues such as who the determinant of the criminal justice policy is, and by which institutions the determined policy will be actualized, by whom the implementations will be audited, and who will be legally and politically responsible for the problems that arise, are issues that haven't been discussed deeply in Turkey. The picture that emerged during republican history of Turkey and the problems that we experience today suggest that the criminal justice system has been disabled with a "policylessness" problem since the beginning. Due to the fact that the policylessness problem of the criminal justice system, which has many other aspects besides the role of the prosecution service, requires a more detailed study, this study will be contented with superficially addressing the issue.

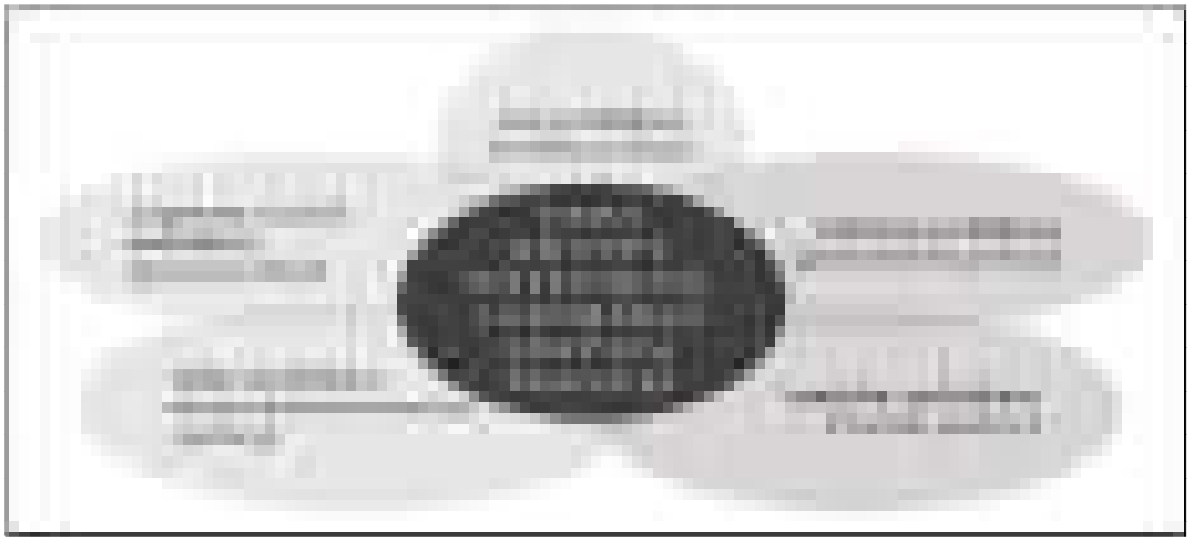


Figure 1: *The criminal justice policy and its basic components*

III. The Status and Role of the Prosecution Service in the Criminal Justice System

The answer to the question of whether the prosecution service is a part of the judicial power or the executive power body will be the determinant of the role played by the service in terms of the criminal justice policy.

A. In Terms of the Status

1. In Turkey[6]:

In the Turkish Constitution text[7], we come across the following provisions on the subject:

IX. Judicial Power

Article 9- Judicial power shall be exercised by independent courts on behalf of the Turkish Nation.

B. Security of Tenure of Judges and Public Prosecutors

Article 139 - Judges and public prosecutors shall not be dismissed, or unless they request, shall not be retired before the age prescribed by the Constitution; nor shall they be deprived of their salaries, allowances or other rights relating to their status, even as a result of the abolition of a court or a post. Exceptions indicated in law relating to those convicted for an offence requiring dismissal from the

[6] For detailed information, see: Ekrem Çetintürk, "Cumhuriyet Savcısının Statüsünün ve Savcılık Teşkilatının Kurumsal Yapısının, Savcılık Faaliyetinin Etkinliğine ve Kalitesine Etkisi", ***Ceza Hukuku Dergisi***, p. 29, December 2015, p. 133-146; Vahit Bıçak, ***Suç Muhakemesi Hukuku***, 2. Edt, Seçkin P., Ankara 2011, p. 124vd.; Nur Centel/Hamide Zafer, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 9. Edt, Beta P., İstanbul 2012, p. 107; Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, ***Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku***, İstanbul 2009, p. 305; Yener Ünver/Hakan Hakeri, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, Adalet Y., Ankara 2012, p. 34; Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, Savaş P., Ankara 2012, p. 115vd.; Bahri Öztürk/Mustafa R. Erdem, ***Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku***, Seçkin P., Ankara 2008, p. 297vd.; Mustafa Saldırım, ***Özel Hukukta Cumhuriyet Savcısının Görevleri,*** Turhan P., Ankara 2005, p. 20.

[7] For official translation of the Constitution, see: https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf

profession, those who are definitely established as unable to perform their duties because of illhealth, or those determined as unsuitable to remain in the profession, are reserved.

C. Judges and Public Prosecutors

Article 140 - Judges and public prosecutors shall serve as judges and public prosecutors of civil and administrative judiciary. These duties shall be carried out by professional judges and public prosecutors.

Judges shall discharge their duties in accordance with the principles of the independence of the courts and the security of the tenure of judges.

The qualifications, appointment, rights and duties, salaries and allowances of judges and public prosecutors, their promotion, temporary or permanent change in their posts or place of duties, the initiation of disciplinary proceedings against them and the imposition of disciplinary penalties, the conduct of investigation concerning them and the subsequent decision to prosecute them on account of offences committed in connection with, or in the course of, their duties, the conviction for offences or instances of incompetence requiring their dismissal from the profession, their in-service training, and other matters relating to their personnel status shall be regulated by law in accordance with the principles of the independence of the courts and the security of tenure of judges.

Judges and public prosecutors shall serve until they are over the age of sixty-five. The mandatory retirement age, promotion and retirement of military judges shall be prescribed by law. Judges and public prosecutors shall not assume any official or private occupation other than those prescribed by law. Judges and public prosecutors shall be attached to the Ministry
of Justice with respect to their administrative functions. Those judges and public prosecutors working in administrative posts of judicial services shall be subject to the same provisions as
other judges and public prosecutors. Their categories and grades shall be determined according to the principles applying to judges and public prosecutors, and they shall enjoy all the rights accorded to judges and public prosecutors.

G. Supervision of Judicial Services

Article 144 - Supervision of judicial services and public prosecutors with regard to their administrative duties shall be carried out by the Ministry of Justice through judiciary inspectors and internal auditors who are from the profession of judge and public prosecutor, and inquiry, inspection and investigation proceedings through judiciary inspectors. Relating procedures and principles shall be regulated by law.

III. High Council of Judges and Prosecutors

Article 159 - The High Council of Judges and Prosecutors shall be established and shall exercise its functions in accordance with the principles of the independence of the courts and the security of the tenure of judges.
...

The Council shall make the proceedings regarding the admission of judges and public prosecutors of civil and administrative courts into the profession, appointment, transfer to other posts, the delegation of temporary powers, promotion, and promotion to the first category, decision concerning those whose continuation in the profession is found to be unsuitable, the imposition of disciplinary penalties and removal from office; it shall take final decisions on proposals by the Ministry of Justice concerning the abolition of a court, or changes in the territorial jurisdiction of a court; it shall also exercise the other functions given to it by the Constitution and laws.

Supervision of judges and public prosecutors with regard to the performance of their duties in accordance with laws, regulations, by-laws and circulars (administrative circulars, in the case of judges); investigation into whether they have committed offences in connection with, or in the course of their duties, whether their behaviour and conduct are in conformity with requirement of their status and duties and if necessary, inquiries and investigations concerning them shall be carried out by the Council's inspectors, upon the proposal of the related chambers and with the permission of the President of the High Council of Judges and Prosecutors. The inquiries and investigations may also be carried out by a judge or public prosecutor who is senior to the judge or public prosecutor to be investigated.

Although the above given constitutional provisions regarding the prosecution profession are regulated in conjunction with the judicature, it is seen that no provision such as *"Judges shall discharge their duties in accordance with the principles of the independence of the courts and the security of the tenure of judges."* is stipulated for public prosecutors, while there is also no clear provision regarding the prosecutors being affiliated with the executive body (Ministry of Justice).

When the constitution and other legislation provisions are taken together, it is possible to say that the profession of prosecution in Turkish system is ***"a part of execution body", "tenured"*** however ***"nonindependent"***.[8]

On the other hand, in the doctrine there are some scholarships who argue that the public prosecutors are now independent more than before due to the Minister of Justice does not have the authority to order to the prosecutors according to the new Code of Criminal Procedure.[9]

2. In Comparative Law[10]*:*

Some countries where the prosecution service is *regulated* in the constitution: Austria, Spain, Belgium, Italy, Portugal.

Some countries where the prosecution service is *not regulated* in the constitution: Netherlands, Denmark, Germany, France, and Ireland.

The prosecution services are positioned as a distinctive structure included within the executive body, in some way affiliated with the Ministry of Justice or in close relations with the Ministry, and responsible in the presence of the legislative power in the United States of America and most of the European countries.

B. In Terms of the Power

1. In Turkey:

There is no consensus in the doctrine regarding whether or not some powers used by the prosecution service are within the judicial power, although the provision related to the judicial

[8] For views of the same point of view, see: Çetintürk, p. 133-146; Bıçak, p. 124; Centel/Zafer, p. 107; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, p. 305; Ünver/Hakeri, p. 34; Toroslu/Feyzioğlu, p. 115.
[9] See: Öztürk/Erdem, p. 297; Saldırım, p. 20.
[10] For detailed information, see: Çetintürk, p. 146-177; Jehle/Wade, p. 151-285; Gillieran, p. 313-331; Luna/Wade (2012), p. 1-67.

power being only useable by independent courts (judges) in Article 9 of the Constitution is very clear.[11]

In my opinion, when the provisions of the Constitution stated above and the related legislation provisions are examined, it is necessary to express that ***the authority used by the prosecution is mainly administrative, namely an authority related to execution, and the procedures it conducts as a subject of the criminal procedure (judicial machinery)[12] predicated on this authority are "administrative" actions like the actions of the defense, however these are not possible to be deemed "judicatory" actions***.

2. The Authority of the Prosecution Service In Terms of Extrajudicial Methods

There are three different models ruling the criminal procedure systems: The adversarial (accusatorial) system, the inquisitorial system and collaboration system.[13]

On the other hand, in terms of the prosecution's authority related to inquiries, there are two different basic principles: The legality principle and the opportunity (expediency) principle.[14]

The Turkish criminal procedure system is built basically in accordance with the ***collaboration*** model[15] and the ***principle of legality*** (the legality of investigations and proceedings, Code of Criminal Procedure, Art. 160, 170) has been adopted in terms of the prosecution authority regarding investigation. However, exceptionally, the implementation of the opportunity principle (Code of Criminal Procedure, Article 171) is also allowed.

Before we move on to how the authorities of the prosecution service in the context of extrajudicial methods are regulated, it will be beneficial to make a quick assessment on the contributions of the role of prosecutors in the Turkish criminal justice system designed as given above since 1925 through some basic indicators of the last decade.

3. Basic Indicators Regarding the Effectiveness of the Turkish Criminal Justice System

According to the report published for 2015 by the Ministry of Justice[16] :

In terms of public prosecution services:

Looking at the workload of the public prosecution services for the last decade, the number of incoming files are seen to increase. While the number of files that have been received by the prosecution services in 2006 (total number transferred from the previous year and received

---

[11] For discussions, see: Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, p. 302; Çetintürk, p. 144; Süleyman Özar, "İddianamenin İadesi: Tespitler, Sorunlar ve Öneriler", ***Adalet Dergisi,*** p. 28, May 2007, p. 332; ENCJ 2015 Report (ENCJ Project on Independence and Accountability 2014-2015-adopted The Hague, 05.06.2015), p. 78.

[12] See: ECHR Decisions: Lešník/Slovakia, § 54, 11.03.2003, 35640/97; Błaja News sp. Zo.o./Poland, § 60, 23.11.2013.

[13] For detailed information, see: Luna/Wade (2012), p. 177-279; Mehmet Arıcan, ***Ceza Adaleti***, Seçkin P., Ankara 2009, p. 52-70.

[14] For detailed information, see: Luna/Wade (2012), p. 177-279.

[15] For discussions, see: Metin Feyzioğlu, ***Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat***, Yetkin Y., Ankara 2002, p. 57-67.

[16] http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/pdf/Bulten_2015.pdf, 04.05.2016, p. 1-2; http://www.cte-ds.adalet.gov.tr;04.05.2016; http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/PERSONEL%20SAYILARI/3.pdf, 04.05.2016; http://www.hsyk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/a4741446-474d-4c81-a611-65c5357e252a.pdf. 04.05.2016.

within the year) is 4.982.248, the number has risen to become 7.183.574 with an increase of 44.2% in 2015.

On the other hand, the number of execution files increased by 179.8%.

The number of public prosecutors was 2.964 in 2005. The number is 4.622 in 2015. The average number of files per prosecutor for a year is 1.554.

In terms of criminal courts:

While the number of case files in criminal courts in 2006 was 2.709.769, this number with a decrease of 5.7% has become 2.556.185 in 2015.

Although penal legislation has been completely renewed with a reform in 2005, there has been a serious and worrisome increase in the numbers of crime investigation files, prison populations and probation files parallel to the crime processing rates, as clearly shown in the main indicators. (See Figure 2)

With the reform of 2005, criminal law legislation has been renewed completely. With this renewal, the amount of punishment stipulated in the law for some common crimes such as theft, fraud, bribery, sexual abuse, drug offenses, periods of prosecution expiration and conditional release have been extended (1/3 to 2/3). These changes have led to the significant increase in the density of the criminal enforcement agencies and the probation system, with new legislation having "more punitive" look. [17]

After the 2005 reform, the old methods continued to be used to deal with the problems of the criminal justice system. Lawmakers and politicians, instead of determining the reasons of committing crimes and taking (social and preventive police based) precautions against these or developing extrajudicial resolution methods, have searched for answers to the questions such as how to respond to the pressure of the public opinion that asks for an increment in the amount of penalty each time after criminal activities that cause public unrest, and how to deal with the overcrowding penal institution system where conditions and implementations that contradict human rights as the overcrowding continues. This search has pushed the politicians powers into the discrepancy of making changes that increment the amount of penalty stipulated in the law for certain crimes that cause a reaction by the public (penal populism[18]), causing the number of people sent to penal institutions to increase, and decreasing the number of people in penal institutions at the same time by making changes in the enforcement conditions and durations that has results such as amnesty.[19]

[17] Hakan A. Yavuz, "Is Probation possible in Turkey? The Past, Today and Future of Probation in Turkish Criminal Justice System", International 10th Anniversary Symposium of Turkish Probation, 8-10 December 2015, İstanbul/Turkey, ***Presenation Book,*** Adalet Bakanlığı P., Ankara 2016, p. 16-17.
[18] For the concept see: J. V. Roberts/L.J. Stalans/D. Indermaur/M. Hough, ***Penal Populism and Public Opinion: Lessons From Five Countries***, Oxford Unv. Press, New York 2003.
[19] Yavuz, s. 16.

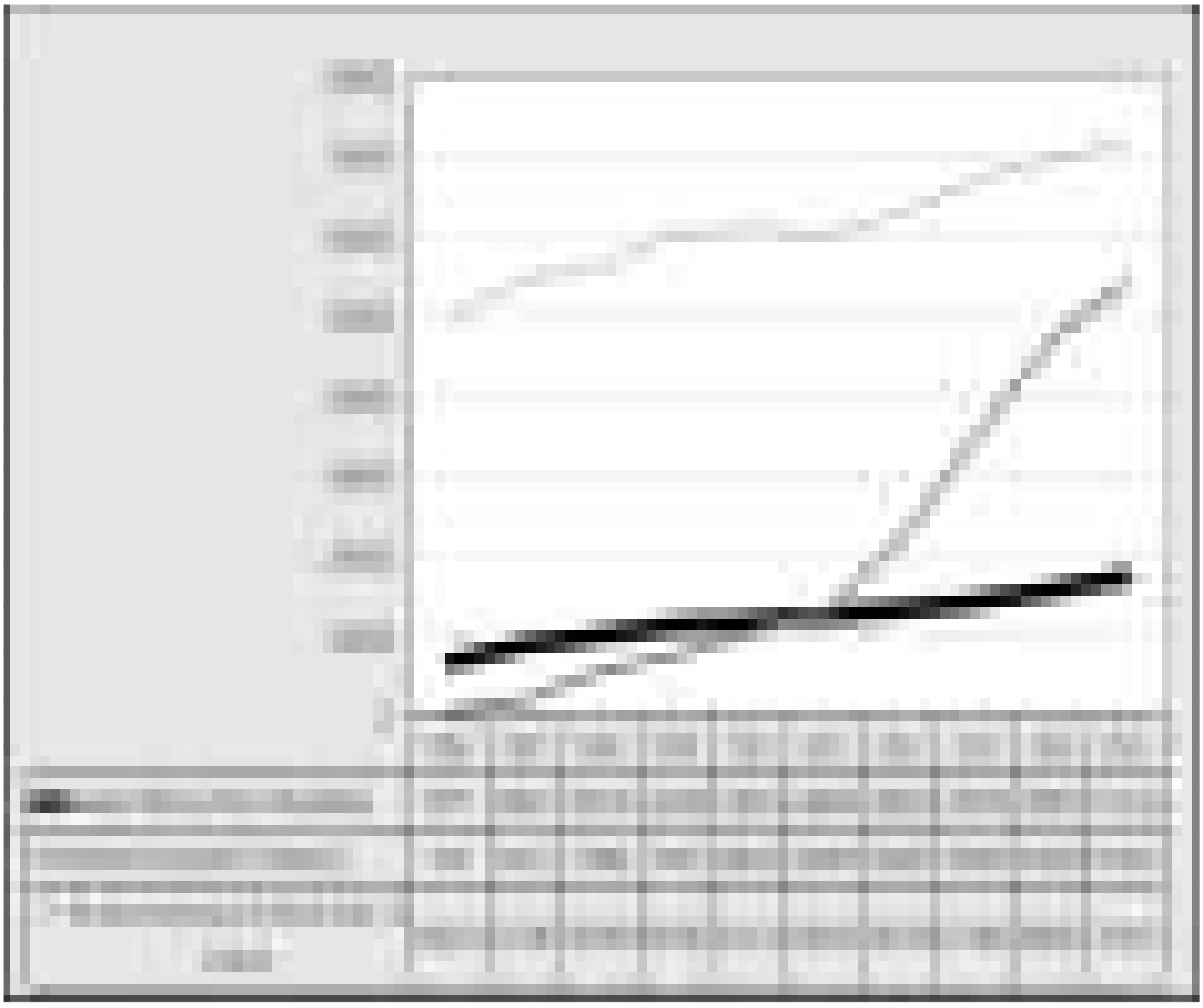


Figure 2: *Basic indicators (For official data, see: http://www.cte-ds.adalet.gov.tr; http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/pdf/Bulten_2015.pdf)*

When we evaluate the share of the prosecution service in the current problems of criminal justice system outlined above, we can see that:

- The possibility of making a decision of the dismissal of charges in a very limited manner in the context of the opportunity principle,

- The possibility of postponing of the prosecution in a very limited area,

- The possibility of terminating the investigation by victim-offender mediation.

IV. What Can Be Done to Increase the Competency of the Turkish Criminal Justice System?

A. The Position and Authority of the Prosecution Service Should be Strengthened

Preemptively, in order for the prosecution service to contribute in the criminal justice policy to be determined and implemented in a reliable manner, its position within the system must be

clarified and strengthened. With this strengthening, the prosecution service is required to undertake a certain amount of "responsibility" at the parliament in the legal and political sense, along with the executive body in its capacity as the policy determinant regarding the criminal justice system and the dominant implementer of the said policy.

Today, the terms "prosecutor as a judge" or "judge before the judge" are used for prosecutors in many countries.[20] In this sense, the "legality" principle must be intenerated, the scope of the "opportunity" principle must be extended and a "hybrid" implementation must be adopted by the comparative law taken into consideration.

In this framework, two basic changes are needed:

-The reasons for the dismissal of the prosecution should be increased due to the opportunity principle.

-The prosecution service should be allowed to terminate the investigation by deciding punishment/penal order for the offenses for which the prison sentence is foreseen as a lower limit, up to a certain number of years (maybe 5 years). This new situation necessarily requires the diversification of sanctions provided for in the law.

In the Netherlands, where the opportunity principle has been adopted since 1926, only 10% of all crime cases devolve to courts. Half of the remaining results in a decision of dismissal of charges related to reasons some of which are given below, within the scope of the opportunity principle and by minding "public interest".[21]

- The crime being of low importance.
- The suspect having little contribution in the crime.
- The crime requiring little penalty.
- The crime being committed before a certain time period.
- The suspect being too young or too old.
- The suspect having been convicted of another crime more recently.
- The crime having affected the suspect themselves in a negative way (the suspect having suffered from the crime).
- The expectation of the suspect's rehabilitation being high.
- The legal entity also having criminal liability.
- The person who motivates the unjust behaviour having been investigated.
- The suspect having paid damages.
- The victim having had contributed in the crime.
- The suspect and victim having a close relationship, and the investigation being found against the interest of the victim.
- The suspect's health condition being very poor.

[20] For detailed information, see: Luna/Wade (2010), p. 1429; Jehle/Wade, p. 27vd.; Thomas Weigend, ***"A Judge by Another Name? Comparative Perspectives on the Role of the Public Prosecutor"*** : Luna/Wade (2012), 377-392; E. T. Luining, ***The Dutch Punishment Order: Contorversry, Comparison and Compromise***, Master Thesis, Leiden Unv., 2014, p. 6.

[21] For detailed information, see: Peter J. P. Tak (2008), s. 84-91; Peter J. P. Tak, ***"The Dutch Prosecutor: A Prosecuting and Sentencing Officer"***; Luna/Wade (2012), p. 135-155. For the Turkish translation, see: "Hollandalı Savcı: Bir Soruşturan ve Ceza Veren Görevli", Translation: Mahmut Erdemli, Küresel Bakış Dergisi, Y. 4, p. 12, Ocak 2014, p. 41-67.

So, in a system so flexible, and one that provides the prosecution with broad authority, can't the power of discretion be abused? In order to prevent abuse and arbitrariness, the following precautions which are also seen in the Netherlands example should be taken:

- The prosecution service should be reorganized.
- Prosecutors should have established "binding guidelines" that they should comply with when using these powers.
- A mechanism should be established to audit within the prosecution hierarchy whether or not the guidelines are abided by.
- An effective way of appeal against dismissal of prosecution should be developed.

In the Netherlands, there are very detailed and binding guidelines regarding the use of the power of discretion by the Board of Prosecutors General (Het Parket Generaal), which undertakes a quite important duty in the determination of the criminal justice policy and the implementation of its requirements.

B. The Prosecutor's Authority on Extrajudicial Disposal/Prosecutorial Discretion Should Be Expanded

For a long time in comparative law, there have been practices prosecutorial discretion related to certain types of crime without being subjected to criminal procedure. "The Recommendation of of the Committee of Ministers to member States concerning the simplification of criminal justice" dated 1987 contains important fixations on the issue and many European countries have developed their systems in line with these fixations and recommendations.[22]

In this context, the most common practice is the method called "penal/punishment order".[23]

The key feature of the penal/punishment order is the termination of investigations regarding certain crimes by means of implementing certain sanctions or measures within the power of discretion of the prosecution.

As an example, according to the Dutch Penal Code the following sanctions can be stipulated with the penal order:

- 180 hours of community work or compulsory participation in a training course.
- Judicial fine.
- Withdrawal from the distribution of confiscated objects.
- Payment of a certain amount of money to the treasury for the benefit of the victim.
- Retrieving the driver's license for up to six months.

The order also may contain the instructions and terms the suspect must abide by as long as these do not limit the suspect's religion or personal liberty.

These instructions may include the following requirements:

- The delivery of the belonging able to be confiscated.
- The payment of the money, the unlawful gain, resulting from the crime to the treasury.

[22] For the original text of the recommendation, see: https://rm.coe.int/16804e19f8, 11.09.2016.
[23] For detailed information, see: Luining, s. 21-66; T. Kooijmans, ***"The Extrajudicial Disposal of Criminal Cases***": Groenhuijsen/Kooijmans, p. 81-106.

- Payment of a certain amount of money to public funds that support victims of crime (but this cannot be higher than the maximum foreseen criminal penalty).
- Compliance with the specially designed instructions during the one year probation period.

According to Article 113 of the Dutch Constitution, the prosecutor cannot impose imprisonment.

The penal/punishment order may be applied in all crimes so far as the 6 year imprisonment limit (the lower limit of the imprisonment sentences related to crimes are not determined within the Dutch Criminal Code) in the Netherlands. Around 30% of all investigations are finalized by this method.

Other comparative law examples[24];

In Germany, the penal order can be applied for actual bodily harm offenses, simple crimes against property and traffic offenses. 15% of all investigations are finalized by this method.

In Sweden, the penal order can be applied for actual bodily harm offenses, simple crimes against property and traffic offenses. 85-90% of all investigations are finalized by this method.

In France, the penal order can be applied for actual bodily harm offenses and traffic offenses. 85-90% of all investigations are finalized by this method. 25% of the crimes within the span of authority of first instance general courts (tribunal correctional), and 55% of the crimes within the span of authority of police courts (tribunal de police) are finalized by this method.

C. Prosecutor Must Not be Alone While Using the Power of Discretion

Prosecution services granted a broad power of discretion such as those in the Netherlands, are not alone during the disposal in investigation files. It is important for the reliable of the procedure for aspects such as the personal state of the suspect, the nature and way of commission of the offense, the amount of damage, the state of the victim to be determined clearly and the method or sanction to apply to be determined in the wake of the evaluation of the aforementioned aspects.

In this context, the prosecutor who is supported with the information provided by particularly law enforcement forces, probation and victim services, child protection services, social welfare services, forensics, besides the qualified officer working in the prosecution services other than the prosecutors, is able to reach the best decision.

11 stations named ZSM, which was built in the Netherlands as a pilot project in 2011 and the establishment of which was completed nationwide in 2013, have been created. ZSM was built as a unique model based on the group of words in Dutch (zorgvuldig, slachoffergericht, maatwerk) that translate to “as soon as possible”. [25]

[24] For detailed information, see: Luining, p. 47-58.
[25] For detailed information, see: Pauline Jakobs/Petra van Kampen, “Dutch ‘ZSM Settlements’ in the Face of Procedural Justice: The Sooner the Better?”, ***Utrecht Law Review,*** Volume 10, Issue 4 (November) 2014, p. 73-85.

Figure 3: *People working at the ZSM station and their roles*[26]

ZSM stations are generally located within central police services and serve based on the 16 hours a day/7 days a week principle. Investigations are finalized with the support and recommendations of all other actors playing the role within the criminal justice system in order for the prosecutor to make the best decision within the shortest time (See Figure 3)

From the day they entered into service, an average of 200.000 investigation files a year are finalized in ZSMs. 56% of all investigations are settled within the same day.[27]

[26] For the introductory video the visual was derived from, related to the ZSM system, see: https://www.youtube.com/watch?v=riT00mjPV2o, 08.08.2016.
[27] https://www.om.nl/vaste-nderdelen/zoeken/@24445/factsheet-zsm, 10.09.2016.

Conclusion and Recommendations

In the presentation with which I have mentioned some basic aspects regarding the role of the prosecution service in the context of the effectiveness of the criminal justice system, the following measures should be taken in order to increase the effectiveness of the practice and build a competent system:

- Prosecution should be established as an institution that is relatively affiliated with the Ministry of Justice, which is effective in the determination of the criminal justice policy and the executive of the said, and thus to a certain point is legally and politically responsible, but also tenured. There is no need for a change in the Constitution for this.

- For the consistency of the practice and the legal reliable of the investigations, a central authority with a name such as the Turkish Chief Prosecution Office or National Chief Public Prosecution Office must be established, and regional units, of which the quantity is determined by the number of geographic regions in the country, should be created. The idea of transforming the Supreme Court's Prosecution Office into the Turkish Chief Prosecution Office, which was recommended during the mid-2000s, does not seem suitable in terms of the purposes set out within the study being actualized.[28]

- The central prosecution unit, rather than being a nationwide authority in the execution of some investigations, is important in respect to conducting reliable requirements related to the five components of the criminal justice policy stated above, and binding principles to be determined in order for the legal and consistent usage of authorities by the prosecutors, and the audit function to be performed.

- There is necessity of establishing an autonomous structure other than prosecution and the Ministry of Justice that will evaluate the criminal justice system as an outsider, prepare periodical reports regarding the effectiveness of the application and its compliance with the law, and share with the executive power body, and if necessary, with the legislative power.

- In prosecution offices, especially in big cities, the recruitment of qualified auxiliary staffs trained in fields such as law, criminology, penology, sociology, accounting and forensic sciences, along with prosecutors are necessary.

[28] For recommendations and discussions on the issue, see: ***"Bir Adli Organ Olarak Savcılık",*** Symposium Book, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, Ekim 2006.

- In the Ministry of Justice or central prosecution unit, a research center should be established to make assessments on the outcomes of the implications and conduct studies in order for new strategies to be determined.

- The power of prosecutors to finalize criminal investigations as per the opportunity principle, disposing the cases through extrajudicial methods and directing the cases to alternative methods should be expanded.

- Investigations related to especially petty crimes should be finalized in a quick and effective way by ensuring that centres similar to the ZSM model in the Netherlands are established in all cities.

- The burdens such as courthouse administration, organic connection between the penal institution and probation services, financial auditing of the notary, should be removed off from the responsibility of the prosecution services.

MALEZYA'DA SAVCILIK KURUMUNUN YAPISI VE EFEKTİF SORUŞTURMA

Datin Paduka Zauyah Be T. Loth Khan[*]

"Kamusal ve ulusal çıkarların en önemli konu olduğunu unutmadan, Federal Anayasa'ya ve ülkenin kanunlarına uygun olarak, adil ve doğru bir şekilde ceza soruşturmaları yürütme ve kaliteli hukuki tavsiyelerde bulunma taahhüdü içerisindeyiz".

Savcılık Bölümü Müvekkil Tüzüğü, Başsavcılık Odaları

1. Malezya'daki Ceza Adaleti Sistemine Giriş

Malezya'daki ceza adaleti sisteminin altında yatan temel ilkeye göre, kendisine suç isnat edilen bir kişi, suçluluğu kanıtlanana kadar masumdur. Malezya'da yargının yönetimi söz konusu olduğunda sistem iki çatallıdır. Suç soruşturmasını infaz organları (örneğin, Malezya Kraliyet Polisi ve Malezya Yolsuzlukla Mücadele Komisyonu) üstlenirken, soruşturma yetkisi yalnızca Başsavcıya verilmiştir.

Malezya Federal Anayasasının 145(3) sayılı Maddesi, Başsavcıya cezai kovuşturmalarla ilgili olarak tam bir anayasal takdir yetkisi tanır. Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 376(1) sayılı Bölümü, Başsavcının tüm cezai kovuşturmaları kontrol eden ve yöneten Cumhuriyet Savcısı (CS) olduğunu belirtir.

Cumhuriyet Savcısı, uygun kişileri Cumhuriyet Savcısı Yardımcısı olarak atayabilir; bu kişiler, Savcılığın genel kontrolü ve yönetimi altında olacaktır ve, Cumhuriyet Savcısı tarafından şahsen uygulanabileceği açıkça belirtilen her türlü yetki ve hak haricinde, Ceza Usul Kanunu yahut yazılı başka bir kanun kapsamında kalan, veya Cumhuriyet Savcılarına verilen veya Cumhuriyet Savcıları tarafından uygulanabilecek olan her türlü hak ve yetkiyi kullanabilir. Günümüzde Malezya genelinde 480'den fazla Cumhuriyet Savcısı Yardımcısı bulunmaktadır ve çeşitli Eyaletlerde, Bakanlıklarda ve İcra Ofislerinde görev yapmaktadırlar. Malezya'daki Savcılık Dairesinin örgütsel yapısı (1 Ekim 2016'da olduğu gibi) bu yazıya eklenmiştir.

2. Başsavcının Soruşturma Fonksiyonu

Malezya Federal Anayasasının 145(3) sayılı maddesinde, savcılık işlevleri konusunda Başsavcının yetkisi şu sözlerle ifade edilmektedir:

"Başsavcı, bir Şeriat mahkemesi, bir yerel mahkeme veya askeri mahkeme nezdindeki işlemler dışında, bir suçla ilgili herhangi bir kovuşturma başlatmak, yürütmek ya da durdurmak için, kendi takdirine bağlı olarak kullanılabilecek bir yetkiye sahip olacaktır."

Cumhuriyet Savcısının bir kişiyi suçlama ya da suçlamama konusundaki, ya da neyle suçlayacağı konusundaki takdir yetkisi mahkemelerce uzun süreden bu yana kabul edilmektedir. Federal Mahkemedeki **Long bin Samat ve Ors ile CS** [1974] davası, 2 MLJ 152 sayfa 158'de Suffian LP şu gözlemde bulunmuştur -

"Görüşümüze göre, ana yasadaki bu madde, Başsavcıya, tüm cezai kovuşturmaların kontrolü ve yönlendirilmesi konusunda çok geniş bir takdir yetkisi vermektedir. Savcı yalnızca bir suçla ilgili herhangi bir kovuşturma başlatmak ve yürütmekle kalmayıp, aynı zamanda kendi başlattığı ceza soruşturmalarını

---

[*] İkinci Başsavcı Yardımcısı, Malezya.

da durdurabilir ve mahkemeler kendisini, başlatmak istemediği herhangi bir ceza soruşturmasını başlatma konusunda ya da durdurmaya karar verdiği herhangi bir ceza soruşturmasını devam ettirme konusunda zorlayamaz... Hele de, daha az ciddi nitelikteki bir suçla devam etmekle yetindiğinde, mahkeme onu, suçun isnadını genişletmeye zorlama yetkisine zaten sahip değildir"

Lord Hazretleri, ayrımcılık konusu gündeme geldiğinde itiraz eden kişiye karşı ifade edilen uygun suçlamalar hakkında **Johnson Tan Hang Seng ile CS** [1977] 2MLJ 66 davasında da benzer bir görüş ortaya atmıştır.

"Burada, başka bir soru belirlememiz isteniyor, yani, Başsavcı verilen örnekte üç kişi arasında ayrım yapabilir mi yoksa üç kişiyi de aynı tüzük uyarınca suçlamalı mı? *Ben, Madde 8'e ters düşmeden ayrım yapabileceğini düşünüyorum... Buradaki durumun İngiltere'deki durumla aynı olduğunu ve ayrıca bir sanık hakkındaki cezaya karar verirken Başsavcımızın kamu menfaatini dikkate almasına izin verildiğini düşünüyorum."*

CS ile Teh Cheng Poh [1979] 1 MLJ 50 Danışma Meclisi davasında, Lord Diplock şu gözlemde bulunmuştur:

"... Cezai adalet idaresinin örf ve adet hukuk sistemi uyarınca, bir kovuşturma makamı kovuşturma başlatılıp başlatılmayacağına ve eğer başlatılacaksa sanığın hangi suçla suçlanacağına karar verme hakkına sahiptir. Böyle bir takdir yetkisi, Anayasanın 145 (3) Maddesi uyarınca Malezya Başsavcısına verilmiştir...

Bir kişiyi suçlayıp suçlamayacağına ilişkin takdir yetkisini kullanırken veya elindeki bilgi daha büyük veya daha küçük bir suç söz konusu olduğunu gösterdiği zaman, sanığı hangisiyle suçlayacağına karar verirken, bir kovuşturma makamının uygun şekilde göz önünde bulundurması gereken birçok faktör vardır. Savcılık makamının dikkate alması gereken faktörlerin varlığı ve bunların her birine verilmesi gereken göreli ağırlık, bir davadan diğerine çok fazla değişiklik gösterebilir. Yasalar önündeki bu eşitlik gereğince, cezai suçlamalarla ilgili tüm olası sanıkların kovuşturma makamı tarafından tarafsız bir şekilde değerlendirilmeli ve belirli bir suçtan dolayı belirli bir davada kovuşturma yapılıp yapılmayacağına ilişkin kararların bazı alakasız konular sebebiyle dikte edilmemelidir..."

Başsavcı, Parlamentonun bir üyesi değildir ve Parlamentoya hesap vermez. **Repco Holdings Bhd. İle CS** [1997] 3 MLJ 681 davası sayfa 689'da Yargıç Gopal Sri Ram şöyle belirtmiştir "... Başsavcının kendi takdirini Madde 145 (3) uyarınca herhangi bir şekilde kullanması, temyiz başvurusu, beyan veya diğer adli soruşturma işlemleri yoluyla mahkemelerde sorgulanamaz."

David Chang ile OCPD Penampang, Kota Kinabalu ve 2 Ors (K25-31-2005) davasında, davacı adli inceleme için başvuruda bulunmuştur; ve gerekçelerinden biri olarak, diğerlerinin yanında, Başsavcılığın, davacının oğlunun şüphelisi veya şüphelileri aleyhinde, bir suçla ilgili herhangi bir cezai işlem başlatmamasının veya bunu ihmal etmesinin veya reddetmesinin makul olmadığı ve savcının takdir yetkisinin kötüye kullanıldığı iddia edilmiştir. Şu şekilde ifade edilmiştir –

"Her iki avukat tarafından davacı için itiraz edilemeyen, geri kalan diğer konu, Başsavcının anayasal konumudur. *"Başsavcıya verilen takdir hakkı sınırsızdır ve mahkemelerin takdir hakkı ile engellenemez ve değiştirilemez" demek için çok uzun bir yetki listesi vardır. Böyle bir ihtilafın arkasındaki gerekçe ve mantık,* ***CS ile Lee Tin Bau*** *[1985] 1 MLJ 388, (yukarıda geçen)* ***Long bin Samat & Ors ile CS, CS ile Datuk Harun bin Haji Idris ve Ors*** *[1976] 2 MLJ 116 ve* ***Poh Cho Ching ile CS [1982] 1 MLJ 86 - Abdul Hamid LP, Karpal Singh ile CS*** *[1991] 2 MLJ 544 s. 548G davalarında açıkça gösterilmiştir."*

Bir kişiyi suçlama ya da suçlamama konusunda veya hangi suçla suçlanacağı konusunda karar verilmesi Cumhuriyet Savcısının görevlerinin en merkezinde olmaya devam etmektedir ve

bu da, her zaman sağduyulu şekilde verilen takdir yetkisinin bir uygulamasıdır.

3. Şeffaflık ve Hesap Verebilirlik

Malezya'da şeffaflık ve hesap verebilirlik sağlayan yasal bir hüküm bulunmamasına rağmen, Savcılık, soruşturma işlevlerini aşağıdaki ilkeler ışığında yürütür:

"Ceza gerektiren suç şüphelerinin otomatik olarak soruşturmanın konusu olması gerektiği yönünde bir kural hiç olmamıştır. *Cumhuriyet Savcısı, suçun ya da işleniş koşullarının kamu yararı için bir kovuşturma yapılmasını gerektirecek nitelikte olduğu hallerde kovuşturma yapar. Hâlâ hakim olan husus budur. Bununla birlikte, Cumhuriyet Savcısı, hangi şekilde olursa olsun yanlış kararın yalnızca şüpheliyi değil belli koşullarda tüm toplumu etkileyen felaket sonuçlara yol açabileceğini her zaman akılda tutmalıdır. Ayrıca, suçlu bir kişi için kovuşturma yapılmazsa, daha fazla zarar vermeye devam edebilir; ancak suçsuz bir kişi için soruşturma yapılırsa, suç nispeten hafif bile olsa ve sonunda beraat etse bile, kendisi ve ailesi ciddi şekilde etkilenebilir".*

Bu makalenin başında belirtildiği gibi, Savcılık Makamı'na, Müvekkil Tüzüğü de rehberlik etmektedir.

"Kamusal ve ulusal çıkarların en önemli konu olduğunu unutmadan, Federal Anayasa'ya ve ülkenin kanunlarına uygun olarak, adil ve doğru bir şekilde ceza soruşturmaları yürütme ve kaliteli hukuki tavsiyelerde bulunma taahhüdü içerisindeyiz".

Kamu yararı, kamuoyu hassasiyeti kavramından ayırt edilmelidir. İkincisi genellikle medya tarafından kontrol edilir ve kamu yararı üstün tutulmazsa korkunç sonuçlar doğurabilir. Bu sebeple, kovuşturmanın kamu morali ve düzeni üzerinde yapacağı etkinin yanı sıra kamu politikasını etkileyen diğer hususlar da dikkate alınmalıdır. Suçun daha ağır olduğu hallerde, kamu yararı normalde bir kovuşturma gerektirecektir. Bir suçlamada bulunduktan sonra kovuşturmayı bırakma kararı için konunun daha da derinlemesine incelenmesi gerekir. Eğer ceza kapsamında kimliği tanımlanabilir bir mağdur varsa, savcı, tercihen kararın verildiğine dair kamuoyuna açıklama yapmadan önce, mağdurun kararın gerekçelerinden haberdar edilmesini sağlamalıdır. Tehdit, yaralanma veya maddi zararın mağduru etkileme derecesi ne kadar yüksekse, savcının mağduru bilgilendirme zorunluluğu o kadar ağırdır.

Bir şüpheliye karşı suçlamada bulunulup bulunulmayacağı değerlendirilirken, diğer önemli husus da mevcut delillerin değerlendirilmesidir. Mevcut deliller konuyla alakalı, kabul edilebilir, güvenilir, çapraz soruşturmaya dayanacak kadar güçlü olmalıdır. Kovuşturma kararı, gereksiz ve derme çatma mülahazalar içermemelidir.

Şeffaflık konusuna gelince, soruşturma politikalarının, taktiklerinin ve stratejilerinin tüm yönleri kamusal alanda açıkça yer alamaz, çünkü bunları kamusal hale getirmek asıl amaçlarına zarar verebilir. Bununla birlikte, takdir yetkilerinin sorun yaratacak şekilde ya da hukukun üstünlüğünü zayıflatacak şekilde ve böylece hukuk sisteminin meşruiyetini zayıf düşürecek şekillerde kötüye kullanılmasına karşı bir çare olması bakımından belirli düzeyde bir şeffaflık söz konusu olması gerektiği kabul edilmiştir.

Hukukun üstünlüğü ilkelerine uygun olarak, savunma kararlarının potansiyel eksikliklerini ortaya çıkarmak ve hafifletmek için savcılık kararlarında şeffaflık gereklidir. Burada, adil, doğru ve güvenilir kovuşturma uygulamalarının Savcılık Bölümü ve buradaki savcılar tarafından usulüne uygun olarak benimsendiği vurgulanmalıdır. Bu durum, soruşturma evraklarının dikkatlice incelenmesinden sonra, yazılı görüşlerin suçlama kararlarına eşlik ettiği, sıkı sıkıya bağlı kalınan kontrollerden ve dengelerden anlaşılmaktadır. Bunlar, duruma göre Kovuşturma Bölümünün üst yönetimine ve eğer gerekiyorsa Cumhuriyet Savcısı'na bilgi verecek olan ilgili Birlik Başkanlarına

veya Devlet Kovuşturma Başkanlarına veya Bakanlıkların / Birimlerin Kovuşturma Başkanlarına yönlendirilecektir.

4. Sonuç – Bekleyen Zorluklar

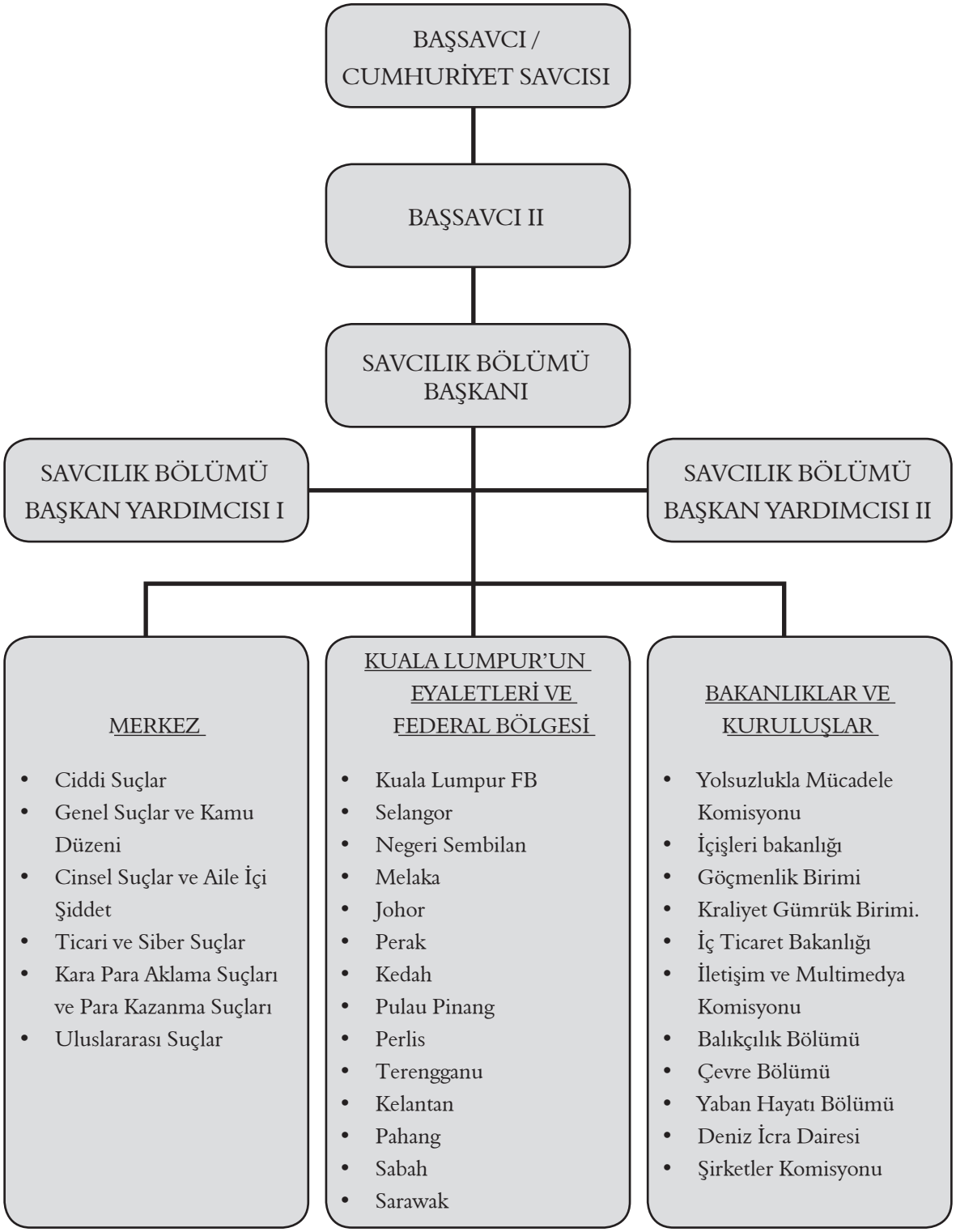
Savcılar olarak, ceza soruşturmalarının gittikçe daha karmaşık ve sofistike hale geldiğini kabul etmeliyiz. Modern teknoloji, daha fazla suçun işlenmesine yol açtığı gibi, bu suçların tespit edilmesine ve yargılanmasına da olanak sağlamıştır. Duruşmalar genellikle daha uzun sürmektedir ve sadece savcılar değil aynı zamanda mükellefler için de daha külfetlidir. Mevzuatta reform yapmak yerine, ceza yargılamalarını hızlandırmak için de kurallar getirilebilir. Resmi konuların daraltılması veya özellikle ticari dolandırıcılık davaları için pek tartışılmayan, yönetim kurulu toplantı tutanakları ve şirket kararları gibi tartışılmaz kesin belgelerin resmi kanıtlarının muaf tutulması bunların başında gelebilir. Bu belgelerin yeminli ifadeler yoluyla sunulması da zamandan tasarruf sağlar. Gerekmesi durumunda bu tür belgeler üzerindeki çapraz inceleme, mahkemeye ve karşı tarafa haber vermek suretiyle yapılabilir.

Soruşturmaların karmaşıklığı ve kanun uygulama birimlerinin eksiklikleri, özellikle daha fazla delilin toplanması gerekliliğinin açık olduğu durumlarda, savcıların soruşturmalarda daha ilgili ve ciddi bir rol oynamalarını gerektirmektedir. Savcıların rolü değişiklik yaşamıştır. Savcılar zihniyetlerini değiştirmeli ve bilgisayar bilimi uzmanları ve DNA uzmanları gibi diğer disiplinlerden uzmanlarla birlikte, disiplinler arası ekiplerin 'üyeleri' haline gelmelidir. Kısacası, çok-disiplinli olmayı öğrenmelidirler. Savcılık ve savunma becerileri konusunda uzman olmanın dışında, dünyadaki gelişmeler konusunda donanımlı hale gelmeleri için ICT'den daha fazla beceri edinmeleri ve daha fazla okumaları gereklidir.

Sınırsız bir dünyada küreselleşme ile birlikte teknolojide kaydedilen ilerleme, özellikle kara para aklama, siber suçlar ve terörizm gibi ulus ötesi suçlarla uğraşan suçluların da lehine olmuştur. Suçluların iadesi ve karşılıklı yardım konuları giderek önem kazanmaktadır.

Dolayısıyla, artık suçların yalnızca geleneksel mahkemelerde kovuşturulduğu düşünülmemelidir. Bu hususta, savcılara bu konularda uygun eğitim verilmesi sadece hayati değil, aynı zamanda mecburidir. Malezya Başsavcı Odaları bir öğretim kuruluşu olup, savcılara eğitim vermeye büyük önem vermektedir. Günümüzde medya, mahkeme davalarını ve savcılık meselelerini ön plana çıkararak kamuya daha açık bir rol oynamaktadır. Kamuoyu yasal konuların ve hakların eşit derecede farkındadır. Tıpkı diğer ülkelerde olduğu gibi, savcıların eylemleri veya ihmalleri çoğu kez hemen medyada bildirilir. Suçların kurbanları da kurtarılamamıştır ve basının yapacağı olumsuz tanıtım onları sadece soruşturmanın şahitleri olarak utandırıp kaçırabilir. Dolayısıyla, savcılar, şahitlerin medyada boy göstermesinin olumsuz taraflarından korumak için daha aktif ve koruyucu bir rol oynamak zorunda kalabilir. Bununla birlikte temel ilke, Savcının rolünün, kanıta bakılmaksızın doğrudan mahkum etmek değil, adaletin yerine getirilmesini ve yerine getirildiğinin anlaşılmasını sağlamak olmaya devam etmektedir.

MALEZYA'DA SAVCILIK DAİRESİNİN ÖRGÜTSEL YAPISI



STRUCTURE OF PROSECUTOR'S OFFICE AND EFFECTIVE INVESTIGATION IN MALAYSIA

Datin Paduka Zauyah Be T. Loth Khan[*]

"We are committed to conduct criminal prosecutions in a fair and just manner and to render quality legal advice in accordance with the Federal Constitution and the laws of the country with public and national interest as the foremost considerations"

Clients Charter of the Prosecution Division, Attorney General's Chambers

1. Introduction to the Criminal Justice System in Malaysia

The fundamental principle underlying the criminal justice system in Malaysia is that an accused person is innocent until proven guilty. In the realm of the administration of justice in Malaysia, the system is two-pronged. The investigation of crimes is undertaken by enforcement agencies (such as the Royal Malaysia Police and Malaysian Anti-Corruption Commission) while the power of prosecution is conferred solely upon the Attorney General.

Article 145(3) of the Malaysian Federal Constitution bestows upon the Attorney General a complete constitutional discretionary power in relation to criminal proceedings. Section 376(1) of the Criminal Procedure Code (CPC) categorically provides that the Attorney General shall be the Public Prosecutor (PP) who shall have control and direction of all criminal prosecutions.

The Public Prosecutor may appoint fit and proper persons to be Deputy Public Prosecutors who shall be under the general control and direction of the Public Prosecutor and may exercise all or any of the rights and powers vested in or exercisable by the Public Prosecutor by or under the Criminal Procedure Code or any other written law except any rights or powers expressed to be exercisable by the Public Prosecutor personally. At present there are over 480 Deputy Public Prosecutors throughout Malaysia and are posted at the various States, Ministries and Enforcement Agencies. The organizational structure of the Prosecutors' office in Malaysia (as at 1 October 2016) is appended to this paper.

2. The Prosecutorial Function of the Attorney General

Article 145(3) of the Malaysian Federal Constitution spells out the power of the Attorney General in matters of prosecutorial functions in these words:

"*The Attorney General shall have power, exercisable at his discretion, to institute, conduct or discontinue any proceedings for an offence, other than proceedings before a Syariah court, a native court or a court-martial*."

The discretionary powers of the PP to charge or not to charge a person and for what offence has long been recognized by the courts. In the Federal Court case of ***Long bin Samat & Ors v. PP*** [1974] 2 MLJ 152 at page 158 Suffian LP made these observations

"*In our view, this clause from the supreme law clearly gives the Attorney- General very wide discretion over the control and direction of all criminal prosecutions. Not only may he institute and conduct any proceedings for an offence, he may also discontinue criminal proceedings that he has instituted, and the courts cannot compel him to institute any criminal proceedings which he does not wish to institute or to go on with any criminal proceedings which he has decided to discontinue…Still less then would the court have power to compel him to enhance a charge when he is content to go on with a charge of a less serious nature.*"

---

[*] Structure of Prosecutor's Office and Effective Investigation in Malaysia.

His Lordship resounded a similar view in the case of ***Johnson Tan Hang Seng v. PP*** [1977] 2MLJ 66 on the issue of appropriate charges brought against the appellant when the issue of discrimination was raised –

"*Here we are asked to determine a different question, namely whether the Attorney General may discriminate as between the three persons in the example given, or must he charge all three persons under the same statute. I am of the opinion that he may discriminate without contravening Article 8… I am of the opinion that the position here is the same as in England, and further that our Attorney-General is permitted to take into account the public interest when deciding what charge or charges to prefer against an accused.*"

In the Privy Council case of ***PP v. Teh Cheng Poh*** [1979] 1 MLJ 50 Lord Diplock made the following observation –

"…Under the common law system of administration of criminal justice a prosecuting authority has a discretion whether to institute proceedings at all and, if so, with what offence to charge the accused. Such a discretion is conferred upon the Attorney-General of Malaysia by Article 145 (3) of the Constitution…

There are many factors which a prosecuting authority may properly take into account in exercising its discretion as to whether to charge a person at all, or, where the information available to it discloses the ingredients of a greater as well as a lesser charge, as to whether to charge the accused with the greater or the lesser. The existence of those factors to which the prosecuting authority may properly have regard and the relative weight to be attached to each of them may vary enormously between one case and another. All that equality before the law requires, is that the cases of all potential defendants to criminal charges shall be given unbiased consideration by the prosecuting authority and that decisions whether or not to prosecute in a particular case for a particular offence should not be dictated by some irrelevant consideration…"

The Attorney General is not a Member of Parliament and he does not answer to Parliament. As Justice Gopal Sri Ram in ***Repco Holdings Bhd. V. PP*** [1997] 3 MLJ 681 at page 689 had held "…the exercise by the Attorney General of his discretion, in one way or another, under Article 145(3), cannot be questioned in the courts by way of certiorari, declaration or other judicial review proceedings."

In the case of ***David Chang v. OCPD Penampang, Kota Kinabalu and 2 Ors (K25-31-2005)*** the applicant applied for leave for judicial review, one of his grounds inter alia where it was alleged that the conduct of the Attorney General in failing or neglecting or refusing to institute any criminal proceedings for an offence against the main suspect or suspects of the applicant's son was unreasonable and there was an abuse of prosecutorial discretion. It was held –

"*The other remaining issue that was left unchallenged by both learned counsel for the applicant is the Attorney General's constitutional position. There is a long list of authorities to suggest that "the discretion vested in the Attorney General is unfettered and cannot be challenged and substituted by that of the courts." The reasoning and logic behind such contention is well illustrated in the cases of* ***PP v. Lee Tin Bau*** *[1985] 1 MLJ 388,* ***Long bin Samat & Ors v. PP*** *(supra),* ***PP v. Datuk Harun bin Haji Idris and Ors*** *[1976] 2 MLJ 116 and* ***Poh Cho Ching v. PP*** *[1982] 1 MLJ 86 per Abdul Hamid LP in* ***Karpal Singh v. Public Prosecutor*** *[1991] 2 MLJ 544 at p548G.*"

It is trite that the decision to charge or not to charge a person and for what offence remains the central aspect of the Public Prosecutor's functions and it is an exercise of discretion which has always been dispensed judiciously.

3. Transparency and Accountability

Notwithstanding that there is no legislative provision in Malaysia providing for transparency and accountability, the Prosecution Division is guided by the following principles in

undertaking prosecutorial functions –

"*It has never been the rule, that suspected criminal offences must automatically be the subject matter of prosecution. The Public Prosecutor prosecutes wherever it appears that the offence or the circumstances of its commission is or are of such a character that a prosecution in respect thereof is required in the public interest. This is still the dominant consideration. However the Public Prosecutor must at all times bear in mind that wrong decision either way can have disastrous consequences affecting not only the suspect but, in certain circumstances, the whole community. Further, if a guilty man is not prosecuted, he may go on to cause untold further harm; yet if an innocent man is prosecuted, he and his family may be seriously affected even if the offence is comparatively minor and he is ultimately acquitted*."

As stated at the outset of this paper, the Prosecution Division is also guided by its Clients' Charter –

"We are committed to conduct criminal prosecutions in a fair and just manner and to render quality legal advice in accordance with the Federal Constitution and the laws of the country with public and national interest as the foremost considerations"

Public interest must be distinguished from the notion of public sentiment. The latter is usually media driven and can lead to dire consequences if public interest is not the dominant consideration. Therefore, regard must be had to the impact of the prosecution it would have upon public morale and order as well as any other considerations affecting public policy. Wherever the offence is graver, public interest will normally demand a prosecution. The decision to discontinue prosecution after a charge has been preferred requires additional consideration. If the charge involves an identifiable victim, the prosecutor has the duty to ensure that the victim is made aware of the reasons for the decision, preferably before any public revelation of the decision is made. The greater the degree of threat, injury or financial loss to the victim, the heavier is the obligation of the prosecutor to keep the victim informed.

In considering whether to prefer a charge against a suspect, the other important aspect is to evaluate the evidence available. The evidence available must be relevant, admissible and credible, and strong enough to withstand cross examination. The decision to prosecute should not be laced with unnecessary and flimsy considerations.

With regards to the issue of transparency, all aspects of prosecutorial policies, tactics and strategies clearly cannot be placed in the public domain because publicity may defeat their original purpose. It is conceded, however, that there should be a certain level of transparency which will certainly be an antidote to the misuse of discretionary powers in ways that are problematic or weaken the principles of the rule of law and thereby undermine the legitimacy of the legal system.

Transparency in prosecutorial decision-making, consistent with the principles of the rule of law, is necessary to reveal and mitigate the potential shortcomings of prosecutorial decisions. It should be emphasized here that fair, just and credible prosecution practices have been duly adopted by the Prosecution Division and its prosecutors. This is apparent from the checks and balances that are stringently adhered to whereby decisions to charge are accompanied by written opinions after investigation papers are perused. These will be channeled to the respective Heads of Units or State Directors of Prosecution or Ministries/Agencies' Director for Prosecutions, as the case may be, who will brief the upper management of the Prosecution Division, and if so requires, the Public Prosecutor.

4. Conclusion – Challenges Ahead

As prosecutors it must be acknowledged that criminal trials are getting more complex and

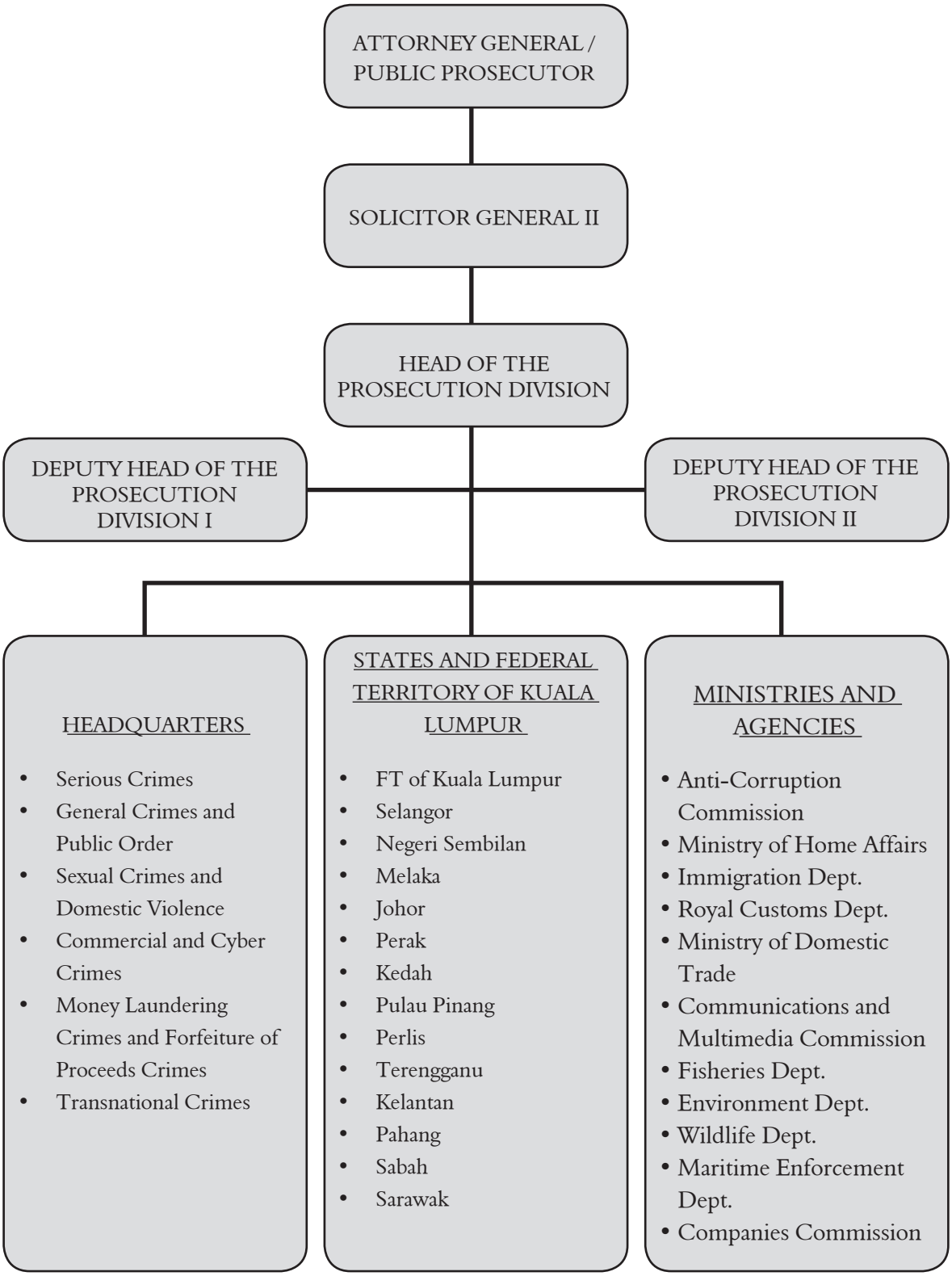
sophisticated. Modern technology has led to more crimes being committed just as it has enabled those offences to be detected and brought to trial. Trials are often longer and become not only more taxing on prosecutors but also the taxpayers. Instead of reforming the legislation, rules can also be laid down to expedite criminal proceedings. Foremost among them could be through the narrowing down of formal issues or dispensation of formal proof of certain undisputed documents such as minutes of board meetings and company resolutions which are hardly disputed particularly for commercial fraud cases. Tendering of such documents by way of affidavits is also time saving. Cross examination of such documents should it be required can be reconciled by way of notice to the court and opponent.

Complexity of investigations and shortcomings of law enforcement agencies demand that prosecutors play a more engaging and serious role in investigations especially if it is clear more evidence should be gathered. The role has evolved for prosecutors. They have to change their mindsets and become 'members' of inter-disciplinary teams alongside with specialists from other disciplines such as computer forensics' experts and DNA experts. In short, they have to learn to be multi-disciplined. They should acquire more skills in ICT and read more to equip themselves with what goes round the globe apart from being experts in prosecutorial and advocacy skills.

The advancement in technology coupled with globalization in a borderless world have also tilted in favor of criminals especially those involved in transnational crimes such as money laundering, cybercrimes and terrorism. Extradition and mutual assistance matters are becoming increasingly important.

Hence, crimes can no longer be perceived merely being prosecuted in conventional courtrooms. In this aspect, appropriate training for prosecutors in such matters is not only vital but pressing. The Attorney General's Chambers of Malaysia is a learning organization and places a heavy emphasis in training prosecutors. The media now plays a more publicly visible role by highlighting court cases and prosecutorial issues. Members of the public are equally more aware of legal issues and rights. Just as in any other country, the action, or omission, of prosecutors are often almost instantly reported in the media. Victims of crimes have not been spared either and the adverse publicity given by the press may just make them shy away as prosecution witnesses. Hence, prosecutors may have to play a more active and protective role in shielding their witnesses from adverse publicity. Notwithstanding, the underlying principle remains that the role of the Prosecutor is not to single-mindedly seek a conviction regardless of the evidence but to ensure that justice is done and seen to be done.

ORGANIZATIONAL STRUCTURE OF THE PROSECUTORS' OFFICE IN MALAYSIA



ULUSLARARASI İSTANBUL HUKUK KONGRESİ
INTERNATIONAL İSTANBUL LAW CONGRESS
17-19 EKİM 2016
17-19 OCTOBER 2016

BİRİNCİ GÜN
FIRST DAY

MABEYN SALONU
MABEYN HALL

Yargılamanın Hızlandırılması ve Yargıda Eğitim - I
Acceleration of Trial Process and Training of Judiciary - I

AZERBAYCAN CUMHURİYETİ'NDE HÂKİMLERİN MESLEK ÖNCESİ VE MESLEK İÇİ EĞİTİMİNİN DURUMU

Doç. Dr. Elçin Halefov[*]

Sayın Başkan, saygıdeğer konferans katılımcıları,

Sizi, Azerbaycan Adalet Akademisi adına sevgi ve saygılarımla selamlıyor, konferansın başarılı geçmesini diliyorum!

Öncelikle, beni bu konferansa davet ettiği için Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığına ve Türkiye Adalet Akademisine teşekkür ediyorum. Düşünüyorum ki, bu konferansın düzenlenmesi Türk halkının demokratik değerlerin savunulması doğrultusunda verdiyi bu mücadele döneminde hukuk devleti kuruculuğu ilkesine biz hukukçuların katkısı olarak değerlendirilmelidir.

Saygıdeğer konferans katılımcıları, benim sunumum Azerbaycan Cumhuriyetinde hâkimlerin meslek öncesi ve meslek içi eğitimlerinin durumunu kapsayacaktır.

İlk önce genel olarak belirtilmeliyim ki, Azerbaycanda hâkimlerin ve hâkim adaylarının eğitimini Adalet Akademisi, Mahkeme Hukuk Şurası, ona bağlı Hâkimlerin ve Savcıların eğitim birimi ve Hâkimlerin Seçimi Kurulu gerçekleştiriyor.

Bu kuruluşların görev ve yetkileri şunlardır:

Adalet Bakanlığı`nın Adalet Akademisi eğitim alanında büyük yetkilere sahiptir. Hâkim adaylarının ilk uzun süreli meslek öncesi eğitimlerinin ve hâkimlerin sürekli meslekiçi eğitimlerinin Mahkeme Hukuk Şurası ve Hâkimlerin Seçimi Kuruluyla koordinasyon içinde yapılmasını sağlamaktadır.

Mahkeme Hukuk Şurası hâkimlerin mesleki düzeyinin artırılması amacıyla hâkim adaylarının ve hakimlerin eğitimini çeşitli eğitim kurumlarında gerçekleştirmek yetkisine sahiptir.

Mahkeme Hukuk Şurasına bağlı Hâkimlerin ve Savcıların Eğitimi Birimi hâkimlerin mesleki düzeylerinin artırılması amacıyla Adalet Akademisi`nde bilgilendirici meslek içi kursları düzenlenmesi, seminerler yapılması, açık hakim pozisyonu için adayların Adalet Akademisi`nde ilk uzun süreli meslek öncesi kursların düzenlenmesi yetkilerine sahiptir. Ayrıca, söz konusu kursların programlarının hazırlanmasını da gerçekleştirmektedir.

Eğitim Birimi kamusal düzeyde faaliyet göstermektedir. Birim'de yer alan Yüksek Mahkeme hâkimleri, Bakü Temyiz Mahkemesinin hâkim ve savcılarından oluşmaktadır.

Birim hâkimleri, hâkim ve savcı adaylarının (Cumhuriyet Başsavcılığıyla işbirliği içerisinde) eğitimlerinin düzenlenmesi kapsamında yetkilere sahiptirler.

Hâkimlerin Seçimi Kurulu, Adalet Akademisiyle birlikte hâkim pozisyonu adayları için eğitim programları hazırlamakta ve onaylamaktadır.

Kanaatimce, Azerbaycan'da hâkim adaylarının meslek öncesi ve hâkimlerin meslek içi eğitimlerinin teşkilinin kanunla düzenlenmesi çok önemlidir. "Mahkemeler ve Hâkimler" kanunundaki gerekliliklere uygun olarak sınavları başarıyla geçmiş hâkim adayları uzun süreli

---

[*] Azerbaycan Adalet Akademisi Rektör Vekili.

meslek öncesi eğitime tabi tutulmaktadırlar. İlk defa hâkim görevine atananlar 3 yıl boyunca yılda en az bir kere olmak üzere kurslarda eğitime tabi tutulmaktadırlar. Böylelikle, mevcut yasalar, hakim adayların ilk uzun süreli eğitim kurslarına (Asliye ve Temyiz düzeyinde mahkemelerin hâkimleri için) ve meslek içi kurslara (sürekli eğitim) tabi tutulmalarını sağlamaktadır.

Eğitimin Süresi

• Hâkimler bir haftalık meslek içi eğitim kurslarına ve bir ya da iki günlük belirli konulara yönelik eğitim kurslarına tabi tutulmaktadırlar.

• 2005 senesinde ülkemizde hâkim adayların seçilmesi için yeni kurallar belirlendikten sonra hâkim adayları için ilk uzun süreli eğitim iki aşamada gerçekleştirilmiştir. Eğitimler teorik amfi derslerinden ve mahkemelerde yapılan stajdan oluşmaktadır. Bu eğitimlerde 2006 senesinde 55 hakim adayı 4 ay süreyle (2 ay amfi dersleri, 2 ay mahkemelerde staj), 2007 senesinde 102 hakim adayı 6 ay süreyle (3 ay amfi dersleri, 3 ay mahkemelerde staj), 2009-2010 senelerinde 80 hakim adayı 8 ay süreyle (4 ay amfi dersleri, 4 ay staj), 2012-2013 senelerinde 76 hakim adayı 10 ay süreyle (4 ay amfi dersleri, 6 ay mahkemelerde staj) eğitime tabi tutulmuşlardır. Son üç dönemde, Azerbaycan hakim adaylarından toplam 258 kişi Türkiye Adalet Akademisimde hakim meslekine ayit çeşitli konularda eğitim görmüşlerdir. Bu nedenle, Türk hükümetine ve Türkiye Adalet Akademisine teşekkür etmek istiyoruz.

Eğitim Programlarının Hazırlanması

• Hakimlik görevine adaylar için eğitim programlarını Hakimlerin Seçimi Kurulu ve Adalet Akademisi hazırlıyor, Mahkeme Hukuk Şurasıyla anlaşma kapsamında program Kurul tarafından onaylanıyor.

• Hakimler için sürekli eğitim kurslarının programlarını Mahkeme Hukuk Şurası (Eğitim birimi) ve Adalet Akademisi düzenliyor. Eğitim programları hakimlerin ihtiyaçları dikkate alınarak düzenleniyor. Şöyle ki, sürekli eğitim kurslarının programları hazırlandığında hakimlerle anket yapılıyor, onların eğitime ihtiyaç duyduğu alanlar ve mevzular öğrenilir ve çeşitli alanlar üzerine hazırlanan programlar bu ihtiyaçlar doğrultusunda düzenleniyor. Hakimlerin eğitimi isteğe bağlı olarak gerçekleştiriliyor, ayrıca hakimler katılmak istedikleri sürekli eğitim kursunun programını da takvim planına uygun biçimde kendileri seçiyorlar. Yapılacak kursların takvim planını Mahkeme Hukuk Şurası sene başında hakimlere sunuyor.

Önceki senelerden farklı olarak çeşitli hukuk alanlarının sorunlarını bir program çerçevesinde kapsamak deneyiminden vazgeçilerek belirli konularla ilgili tartışmaların gerçekleştirilmesine yönelik programların (problemler, davalar) uygulanması tercih ediliyor. Bu ilerici deneyim 2016 senesinde uygulanmaya konulmuş ve hakimlerin kendi tercih ve ihtiyaçlarına uygun uzmanlıklarının artırılması ve işlerinin planlaştırmalarını pozitif yönde etkilemiştir.

Eğitim programı hazırlandığı zaman hükümetin, Mahkeme Hukuk Şurasının, bazı uluslararası teşkilatların belli konuların hakimlerin eğitimi programına eklenmesi ile ilgili tavsiyeleri de dikkate alınıyor.

Eğitim yöntemleri

Hakimlerin ve hakim adaylarının eğitiminde geleneksel olarak pasif (konferans), aktif ve interaktif (Sokrat diyaloğu, beyin fırtınası, sahneleştirilmiş mahkeme – mute court) yöntemleri kullanılmaktadır.

Sahneleştirilmiş mahkeme formatında eğitimin adalet muhakemesi standartlarının öğreniminde ve uygulanmasında önemini dikkate alarak Mahkeme Hukuk Şurası, Başsavcılık, Baro ve Avrupa Konseyi`nin verimli işbirliği sonucunda 2013-2016 senelerinde bir dizi kurslar yapılmıştır.

Bu maksatla Mahkeme Hukuk Şurası`nda derslerin yapılması için Mahkeme Hukuk Şurası`nın binasında mahkeme oturumu salonu onarılarak araç gereçlerle donatılmıştır. Sahneleştirilmiş mahkeme yöntemi (mute court) 2010 senesinde ilk kez hakim adaylarının eğitiminde yerli eğitici hakimler tarafından uygulanmış ve Mahkeme Hukuk Şurası`nın hakim adayları arasında yaptığı ankete göre en verimli ve ilginç yöntem olarak değerlendirilmiştir.

Eğitim Ekibi ve Hazırlığı

Eğitim sürecinde profesyonel eğitimci ekibinin hazırlanması en önemli işlerden birisidir. Bu alana özel bir önem verilerek, eğitici ekibi için bilgi yenileme etkinlikleri, tecrübe alışverişi sağlanmaktadır. Avrupa Konseyi`nin desteğiyle 2008 senesinde uluslararası uzmanlarla yapılan "İnteraktif Eğitim Kurslarının Organizasyonuna İlişkin Kurallar" konusunda seminerler yapıldığını özellikle belirtilmek isterim.

Uluslararası örgütlerle işbirliği kapsamında "Eğiticilerin Eğitimi" kursu yapılmıştır. Eğitim kursu sonucunda 30`dan fazla eğitici hakim hazırlanmıştır. Adalet Akademisinin potansiyelinin artırılması amacıyla eğiticiler için Avrupa Konseyi, Almanya Uluslararası İşbirliği Örgütü (GİZ), UNİCEF teşkilatlarıyla özel projeler uygulanması konusu tartışılmıştır. Özel hukuk ve idare hukuku alanlarında eğiticilerin hazırlanması için Almanya Uluslararası İşbirliği Örgütüyle (GTZ) bir proje gerçekleştirilmiştir.

Ayrıca Avrupa Konsey`nin 2014-2016 seneleri Azerbaycan için Eylem Planının bir parçası olan "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatının uygulaması" adlı projenin gerçekleştirilmesi sonucunda 60 katılımcı arasından 40 kişi eğitici seçilmiştir. Seçilmiş eğiticiler için Mayıs ve Ekim aylarında 4 seminer yapılmıştır. Avrupa Konseyi uzmanları, eğiticilerle birlikte sahneleştirilmiş mahkeme oturumu (mute court) düzenlemişlerdir. Sahneleştirilmiş mahkeme oturumunda eğiticiler hakim, devlet ve davacı tarafını temsil etmişlerdir. Eğiticiler arasından seçilmiş kişilerin katılımıyla AİHS`nin 3. maddesiyle ilgili bir davada ihlal durumunun olup olmamasının görsel biçimde canlandırılması amacıyla karakter oyunu yapılmıştır. Seminerlerde eğiticiler "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" alanında bilgilerini ve ayrıca pedagojik alanda tecrübelerini artırmışlardır.

Proje kapsamında AİHS`nin 5. maddesi çerçevesindeki müfredatın hazırlanmasına dair çalışma grubu oluşturulmuştur.

Dikkatiniz için teşekkür ederim.

THE CONDITION OF THE PREVOCATIONAL AND VOCATIONAL TRAINING OF JUDGES IN THE REPUBLIC OF AZERBAIJAN

Elçin Halefov[*]

Dear President, and distinguished conference participants,

I salute you with love and respect from the Azerbaijan Academy of Justice and wish success for this conference!

First, I'd like to thank the Ministry of Justice of the Republic of Turkey and the Academy of Justice. In my opinion this conference should be considered as a contribution to the principle of the establishment of the legal state, during this period in which the Turkish nation strives to protect the democratic values.

Distinguished conference participants, my presentation will involve the condition of the prevocational and vocational training of judges in the Republic of Azerbaijan.

First of all, it must be mentioned that the training of the judges and the prospective judges in Azerbaijan are performed by the Academy of Justice, the Court of Law Council, the unit of the training of Judges and Prosecutors which report to the Court of Law Council and the Board of Judge Selection.

The duties and authorities of these institutions are as follows:

The Academy of Justice of the Ministry of Justice holds a great deal of authority in the field of training. It ensures that the first long term training of prospective judges and the continuing vocational training of judges are performed in coordination with the Court of Law Council and the Board of Judge Selection.

The Court of Law Council has the authority to perform the training of prospective judges and judges in various educational institutions for the purpose of increasing the professional level of judges.

The unit of the training of Judges and Prosecutors which reports to the Court of Law Council has the authority to perform informational vocational courses at the Academy of Justice, hold seminars and to organize the first long term prevocational training at the Academy of Justice for candidates for the vacant judge positions. It also performs the preparation of the programs of those courses.

The Training Unit operates at a state level. The Supreme Court judges of the unit consist of the judges of the Baku Court of Appeals and prosecutors.

The unit judges have authorities that involve the organization of training for prospective judges and prosecutors (in cooperation with the Chief Public Prosecutor's office).

The Board of Judge Selection, along with the Academy of Justice, prepares and approves of training programs for candidates of judge position.

In my opinion the organization of the prevocational training of prospective judges and the vocational training of judges in Azerbaijan by law, is very important. Prospective judges who

---

[*] Deputy Rector of the Azerbaijan Academy of Justice.

successfully passed the exam according to the requirements of the law of "Courts and Judges" are subjected to long term prevocational training. The ones who are assigned as judges for the first time for 3 years are subjected to training at least once a year during that time period. Therefore, the current laws ensure that the prospective judges receive their first long term training courses (for the judges of Court of First Instance and Court of Appeals) and vocational courses (continuing training).

Duration of the Training

• Judges are subjected to one week long vocational training courses and one or two days of educational courses involving specific topics.

• The first long term training for prospective judges in our country was performed in two stages, after new rules were identified for the selection of prospective judges in 2005. The trainings consist of theoretical lecture hall lessons and internships in courts. In these trainings, 55 prospective judges are subjected to training for 4 months (2 months in lecture halls and 2 months in courts) in 2006, 102 prospective judges are subjected to training for 6 months (3 months in lecture halls and 3 months in courts) in 2007, 80 prospective judges are subjected to training for 8 months (4 months in lecture halls and 4 months in courts) in the years of 2012 and 2013 and 76 prospective judges are subjected to training for 10 months (4 months in lecture halls and 6 months in courts). A total of 258 Azerbaijani prospective judges of the last three terms have received training on various topics regarding the profession of judgeship in the Turkish Academy of Justice and we'd like to thank the Turkish government and the Turkish Academy of Justice for that.

Preparation of the Training Programs

• The training programs for prospective judges are prepared by the Board of Judge Selection and the Academy of Justice and the program is approved by the Board with regards to the agreement with the Court of Law Council.

• The continuing training program for judges is performed by the Court of Law Council (the Training Unit) and the Academy of Justice. The training programs are organized taking into account the needs of the judges. That is, while the programs of the continuing training courses are prepared, surveys are held with judges, the fields and topics on which they need training are discovered and the programs that are prepared on various topics are implemented according to these needs. The training of judges is performed on demand. In addition, judges select the program of the continuing training course that they'd like to attend, on their own, according to the schedule plan. The Court of Law Council presents the schedule plan of the courses to the judges at the beginning of the year.

Unlike previous years, programs which involve discussion on specific topics (problems, cases) are preferred to be implemented, rather than the experience of covering the problems of various fields of law within the framework of a program. This progressive implementation is put into practice in 2016 and it has a positive effect on the increase of the expertise level of judges in fields that are appropriate for their own preferences and requirements and the planning of their work.

While the training program is prepared, the advice of the government, the Court of Law Council and some international organizations are also taken into account in terms of the addition of certain topics to the training program of judges.

Training Methods

Traditional passive (conference), active and interactive (Socrates dialogue, brainstorming, court scenes - mute court) methods are used during the training of judges and prospective judges.

A series of courses were performed with the cooperation of the Court of Law Council, the Chief Public Prosecutor's Office, the Barr and the European Council in 2013-2016, taking into account the importance of the training in the court scene format in the learning and application of the standards of judgement in law.

For this purpose, the court session hall in the Court of Law Council is renovated and equipped with tools and supplies, so that the lessons can be held in the Court of Law Council. The court scenes method (mute court) was applied by the local trainer judges in 2010 for the first time in the training of prospective judges and it was assessed to be the most efficient and interesting method according to the survey held by the Court of Law Council among prospective judges.

Training Team and Preparation

The preparation of the professional trainer team is one of the most important tasks in the training process. A great deal of importance is placed on this area in relation with the subject and information renewal activities and sharing of experiences are provided for the trainer team. The seminars that are held on the topic of "The rules of the organization of interactive training courses" in the year 2008, with the support of the European Council must especially be pointed out.

The course of "Training of the trainer" is performed within the scope of the cooperation with the international organizations. More than 30 trainer judges were prepared as a result of the training course. The implementation of a special project for trainers is discussed with the institutions of European Council, Germany International Alliance Organization (GIZ) and UNICEF, for the purpose of increasing the potential of the Academy of Justice. The project regarding the preparation of the trainers on areas of Civil and Administrative law, was implemented with the Germany International Alliance Organization (GIZ).

In addition, 40 people were selected as trainers out of 60 participants as a result of the implementation of the project named "European Convention on Human Rights (ECHR) and the application of the ruling case of the European Court of Human Rights", which is part of the European Council's Action Plan for Azerbaijan for 2014-2016. 4 seminars were held between May and October for selected trainers. The European Council experts performed a court scene session (mute court) with the trainers. The trainers represented the judge, the state and the group of plaintiffs in the court scene session. Role playing was performed with the participation of people who are selected from the trainers, in order to visually re-enact whether there was a case of violation or not in the lawsuit regarding the 3rd article of the ECHR. The trainers increased their knowledge on the area of "European Convention of Human Rights", along with their pedagogic experience as a result of the seminars.

A work group was created for the preparation of the curriculum within the framework of the 5th article of the ECHR, within the scope of the project.

Thank you for your attention.

AZƏRBAYCAN RESPUBLİKASINDA HAKİMLƏRİN PEŞƏDƏN ƏVVƏLKİ VƏ PEŞƏ DAXİLİ TƏHSİLİNİN VƏZİYYƏTİ

Assoc. Prof. Elçin Halefov[*]

Sayın Başkan, sayın koferans katılımcıları!

Sizi Azerbaycan Adelet Akademisiadından sevgi və saygılarla semalıyor, konferansın işine başarılar diliyorum!

İlk önce beni bu konferansa davet ettiği için Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı və Adalet Akademisine təşəkkürümü ediyorum. Düşünüyorum ki, şu konferansın düzenlenmesi Türk halkının demokratik değerlerin savunulması doğrultusunda verdiyi bu mücadele döneminde hukuki devlet quruculuğu ilkesine biz hukukçuların katkısı olarakdeğerlendirilmeli.

Sayın konferans katılımcıları, benim sunumum Azerbaycan Cumhuriyetinde hakimlerin meslek öncesi ve meslek içi eğitiminin durumunu kapsayacaktır.

Ilk önce genel olarak belirtilmeli ki, Azerbaycanda hakimlerin ve hakim adaylarının eğitimini Adalet Akademisi, Mahkeme Hukuk Şurası, ona bağlı Hakimlerin ve Savcıların eğitim birimi ve Hakimlerin Seçimi Kurulu gerçekleştiriyor.

Bu kuruluşların görev ve yetkileri şunlardır:

Adalet Bakanlığı`nın Adalet Akademisi eğitim alanında büyük yetlilere malikdir. Hakim görevine aday olanların ilk uzun süreli meslek öncesi eğitiminin ve hakimlerin sürekli meslekiçi eğitiminin Mahkeme Hukuk Şurası ve Hakimleri Seçimi Kuruluyla koordinasiyon içinde yapılmasını sağlayır.

Mahkeme Hukuk Şurası hakimlerin mesleki düzeyinin artırılması amacıyla hakim adaylarının ve hakimlerin eğitimini çeşitli eğitim kurumlarında gerçekleştirmek yetkisine malikdir.

Mahkeme Hukuk Şurasıbağlı Hakimlerin ve Savcıların Eğitimi Birimihakimlerin mesleki düzeyinin artırılması amacıyla Adalet Akademisinde bilgi meslek içi kursları, seminer yapılması, açık hakim pozisiyonu için adayların Adalet Akademisinde ilk uzun süreli mesleköncesi kursların düzenlenmesi yetkilerine sahipdir, aynı kursların programlarının hazırlanmasını gerçekleşdiriyor.

Eğitim Birimi kamu bazında faaliyet gösteriyor. Birim yargıtay hakimleri, Bakü Temyiz Mahkemesinin hakimi ve savcıdan oluşuyor.

Birim hakimlerin, hakim adayların ve savcıların (Cumhuriyet Baş Savcılığıyla işbirliği kapsamında) eğitiminin düzenlenmesi kapsamında yetkilere sahiptir.

Hakimlerin Seçimi Kurulu Adalet Akademisiyle birlikte hakim görevine adaylar için eğitim programları hazırlıyor ve onaylıyor.

Azerbaycanda hakim adayların mesleköncesi ve hakimlerin meslekiçi eğitiminin teşkilinin kanula düzenlenmesi kaanımca çok önemlidir. "Mahkemeler ve hakimler" yasasının talebine uygun olarak sınavları başarıyla geçmiş hakim adaylar uzun süreli meslek öncesi eğitime tabi tutuluyorlar. İlk kez 3 sene boyunca hakim görevine atananlar aynı süre zarfında senede en az bir kere olmakla kurslarda eğitime tabi tutulurlar. Böylece yürürlükte olan yasalar, hakim adayların ilk uzun süreli eğitim kurslarına, (Asliye ve Temyiz düzeyinde mahkemelerin hakimleri için) meslek içi kurslara

[*] Azerbaycan Adalet Akademisi Rektör Vekili.

(sürekli eğitim) tabi tutulmasını sağlıyor.

Eğitimin Süresi

• Hakimler bir haftalık meslek içi eğitim kurslarına ve bir ya da iki günlük belirli konulara yönelik eğitim kurslarına tabi tutulurlar.

• 2005 senesinde ülkemizde hakim adayların seçilmesi için yeni kurallar belirlendikten sonra hakim adayları için ilk uzun süreli eğitim iki aşamada gerçekleşdirildi. Eğitimler teorik amfi derslerinden ve mahkemelerde yapılan stajdan oluşuyor. Bu eğitimlerde 2006 senesinde 55 hakim adayı 4 ay süreyle (2 ay amfi dersleri, 2 ay mahkemelerde staj), 2007 senesinde 102 hakim adayı 6 ay süreyle (3 ay amfi derskeri, 3 ay staj), 2009-2010 senelerinde 80 hakim adayı 8 ay süreyle (4 ay amfi dersleri, 4 ay staj), 2012-2013 senelerinde 76 hakim adayı 10 ay süreyle (4 ay amfi dersleri, 6 ay mahkemelerde staj) eğitime tabi tutulmuşlar. Son üç dönem Azerbaycan hakim adayları toplam 258 kişi Türkiye Adalet Akademisimde hakim meslekine ayit çeşitli konularda eğinim görmüşler ve buna göre biz Türkiye hükumetine ve Türkiye Adalet akedemisine teşekkürümüzü bildiririk.

Eğitim Programlarının Hazırlanması

• Hakimlik görevine adaylar için eğitim programlarını Hakimleri Seçimi Kurulu ve Adalet Akademisi hazırlıyor, Mahkeme Hukuk Şurasıyla anlaşma kapsamında program Kurul tarafından onaylanıyor.

• Hakimler için sürekli eğitim kurslarının programlarını Mahkeme Hukuk Şurası (Eğitim birimi) ve Adalet Akademisi düzenliyor. Eğitim programları hakimlerin ihtiyacları dikkate alınarak düzenleniyor. Şöyle ki, sürekli eğitim kurslarının programları hazırlandığında hakimlerle anket yapılıyor, onların eğitime ihtiyaç duyduğu alanlar ve mevzular öğrenilir ve çeşitli alanlar üzerine hazırlanan programlar bu ihtiyaçlar doğrultusunda düzenleniyor. Hakimlerin eğitimi isteğe bağlı olarak gerçekleştiriliyor, ayrıca hakimler katılmak istedikleri sürekli eğitim kursunun programını da takvim planına uygun biçimde kendileri seçiyorlar. Yapılacak kursların takvim planını Mahkeme Hukuk Şurası sene başında hakimlere sunuyor.

Önceki senelerden farklı olarak çeşitli hukuk alanlarının sorunlarını bir program çerçevesinde kapsamak deneyiminden vazgeçilerek belirli konularla ilgili tartışmaların gerçekleştirilmesine yönelik programların (problemler, davalar) uygulanması tercih ediliyor. Bu ilerici deneyim 2016 senesinden uygulanmaya konulmuş ve hakimlerin kendi tercih ve ihtiyaçlarına uygun uzmanlıklarının artırılması ve işlerinin planlaştırmalarını pozitiv etkiliyor.

Eğitim programı hazırlandığı zaman hükümetin, Mahkeme Hukuk Şurasının, bazı uluslararası teşkilatların belli konuların hakimlerin eğitimi programına eklenmesi ile ilgili tavsiyeleri de dikkate alınıyor.

Eğitim Yöntemleri

Hakimlerinvehakim adaylarının eğitimi zamanı geleneksel passif (konferans), aktif ve interaktif (Sokratdialogu, beyin fırtınası, sahneleştirilmiş mahkeme – mut kort) yöntemleri kullanılmaktadır.

Sahneleştirilmiş mahkeme formatında eğitimin adalet mühakemesi standartlarının öğrenimide ve uygulanmasında önemini dikkate alarak Mahkeme Hukuk Şurası, Başsavcılık, Baro ve Avropa Konseyi`nin verimli işbirliği sonucunda 2013-2016 senelerinde dizi kurslar yapılmıştır.

Bu maksatla Mahkeme Hukuk Şurasında derslerin yapılması için Mahkeme Hukuk Şurasının binasında mahkeme oturumu salonu onarılarak araç gereçlerle donatılmıştır. Sahneleştirilmiş mahkeme yöntemi (mut kort) 2010 senesinde ilk kez hakim adaylarının eğitiminde yerli eğitici-hakimler tarafından uygulanmış ve Mahkeme Hukuk Şurası`nın hakim adayları arasında yaptığı ankete göre en verimli ve ilginç yöntem olarak değerlendirilmiştir.

Eğitim Ekibi ve Hazırlığı

Eğitim sürecinde profesyonel eğitimci ekibinin hazırlanması en önemli işlerden biridir. Konuyla ilgili olarak bu alanamahsusi dikkat yetirilir, eğitici ekibi için bilgi yenileme etkinlikleri, deneyim alışverişi sağlanıyor. Avrupa Konseyi`nin desteğiyle 2008 senesinde uluslararası eksperlerle yapılan "İnteraktif eğitim kursunun organizesi kuralları" konusunda seminerler özellikle belirtilmelidir.

Uluslararası örgütlerle işbirliği kapsamında "Eğiticilerin eğitimi" kursu yapılmıştır. Eğitim kursu sonucunda 30`dan fazla eğitici hakim hazırlanmıştır. Adalet Akademisinin potansiyelinin artırılması amacıyla eğiticiler için Avrupa Konseyi, Almanya Uluslararası İşbirliği Örgütü (GİZ), UNİCEF teşkilatlarıyla özel projenin uygulanması tartışılmıştır. Sivil ve İdari hukuk alanları yönünde eğiticilerin hazırlanması için proje Almanya Uluslararası İşbirliği Örgütüyle (GTZ) gerçekleştirilir.

Ayrıca Avrupa Konseynin 2014-2016 seneleri Azerbaycan için Eylem Planının bir parçası olan "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatının uygulaması" adlı projenin gerçekleştirilmesi sonucunda 60 katılımcı arasından 40 kişi eğitmen seçilmiştir. Seçilmiş eğitmenler için mayıs ekim aylarında 4 seminer yapılmıştır. Avrupa Konseyi eksperleri eğitmenlerle sahneleştirilmiş mahkeme oturumu (mut kort) düzenlediler. Sahneleştirilmiş mahkeme oturumunda eğitmenler hakim, devlet və davacı grubunu temsil ettiler. Eğitimciler arasından seçilmiş kişilerin katılımıyla AİHS`nin 3. maddesiyle ilgili davada ihlal durumunun olup olmamasının görsel biçimde canlandırılması amacıyla karakter oyunu yapıldı. Seminerlerde eğitmenler "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" alanında bilgilerini, ayrıca pedagojik deneyimlerini artırmışlar.

Proje kapsamında AİHS`nin 5. maddesi çerçevesindeki müfredatın hazırlanmasına dair çalışma grubu oluşturuldu.

Dikkatiniz için teşekkürler.

UKRAYNA'DA YARGI EĞİTİMİ

Mykola Onishchuk[*]

Ukrayna'daki Yargı Eğitimi Reformu

I. Hukuk sisteminde yargı eğitimleri için özel kurumlarının kurulması.

II. Yargı eğitiminin yeni konsepti , beceri, bilgi ve yetenek kazandırma amaçlı eğitimler.

III. Standartlaştırılmış eğitim kurs ve programlarının uygulanması.

IV. Meslek öncesi ve meslek içi eğitim programlarının başlatılması.

V. Ukrayna Ulusal Hâkimler Okulu'nda 12 aylık meslek öncesi eğitim.

I. Hukuk Sisteminde Yargı Eğitimi İçin Özel Kurumlarının Kurulması

Ukrayna Ulusal Hâkimler Okulu (NSJU), yargı içerisinde yüksek nitelikli personele eğitim vermek ve bu alanda çalışmalar yürütmek üzere kurulan, özel statüye sahip, yargısal sistem içerisinde yer alan bir devlet kurumudur. Yüksek Eğitim Hukuku NSJU için geçerli değildir. NSJU, Uluslararası Yargı Eğitimi Örgütünün (IOJT) ve Avrupa Konseyi Lizbon Ağının bir üyesidir.

Ukrayna Ulusal Hâkimler Okulu'nun Amaçları

- Hâkim adaylarına meslek öncesi eğitimi vermek;
- Hâkimlere ve mahkemelerde idari pozisyonlarda görevlendirilmiş hâkimlere meslek içi eğitim vermek;
- Profesyonel becerilerini iyileştirmek üzere hâkimlere meslek içi eğitim vermek;
- Yargı yönetiminden uzaklaştırılmış olan hâkimlerin mesleki becerilerini iyileştirmek üzere bir disiplin organı tarafından belirlenen eğitim kurslarını sunmak;
- Mesleki becerilerini iyileştirmek üzere mahkeme personeline eğitim vermek;
- Araştırmalar yapmak.

NSJU, Kiev'de bulunmaktadır ve Odesa, Lviv, Chernivtsi, Dnipropetrovsk ve Kharkiv şehirlerinde **5 Bölgesel Şubesi** mevcuttur.

II. Yargı Eğitiminin Yeni Konsepti - Beceri, Bilgi ve Yetenek Kazandırma Amaçlı Eğitimler

NSJU, *Yargı Eğitimi Ulusal Standartları Konsept Belgesine* bağlı hareket eder. Bu belgede, yargı eğitiminin; hâkimlerin beceri ve yeteneklerinin geliştirilmesini amaçlayan interaktif eğitim metotlarını içeren eğitim programları şeklinde gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmektedir.

III. Standartlaştırılmış Eğitim Kurs ve Programlarının Uygulanması

- Hâkimler için standartlaştırılmış interaktif eğitim kursları geliştirilmekte ve uygulanmaktadır;
- Hâkim ve hâkim adaylarına yönelik psikolojik eğitimler uygulanmıştır. Psikologlar

[*] Ukrayna Ulusal Hâkimler Okulu Rektörü, Hukuk Doktoru, Ukrayna Şeref Avukatı.

ofisi açılmıştır;

➢ "E-Okul" bilgi ve iletişim sistemi geliştirilmektedir.

Tecrübeli hâkimler, sahada görev yapan avukatlar, akademisyenler ve uzmanlar NSJU'nun eğiticileri olarak katılım sağlamaktadır.

NSJU, stajyer hâkimlere başlangıç eğitimi vermektedir. Her yıl aşağıdaki kişiler eğitim faaliyetlerine katılmaktadır:

➢ 300 hâkim;

➢ 170 sahada görev yapan avukat, akademisyen ve uzman.

IV. Meslek Öncesi ve Meslek İçi Eğitim Programlarının Başlatılması

Hâkim, her 3 yılda en az bir kez eğitimden geçmek ile mükelleftir. Bu eğitimin süresi 40 ders saatinden az olamaz.

Bu eğitim hâkimlerin bireysel ihtiyaçlarını dikkate alan zorunlu bir eğitim şeklindedir:

➢ Beceri ve yetenek geliştirme ihtiyacına bağlı olarak.

➢ Mahkemenin tecrübesine ve uzmanlığına bağlı olarak.

Hâkimler ve mahkeme personeli için uzaktan eğitim kursları başlatılmıştır.

2015 yılında, 7984 hâkim meslek içi eğitimden geçmiştir.

2016 yılının ilk yarısı boyunca, 4735 hâkim meslek içi eğitimden geçmiştir.

V. Ukrayna Ulusal Hâkimler Okulundaki Meslek Öncesi Eğitim

Meslek öncesi eğitiminin amacı, hâkim olarak görev yapabilmek için gerekli olan mesleki beceri ve nitelikleri oluşturmaktır.

Meslek öncesi eğitimi:

➢ 12 ay sürer.

➢ tam zamanlı eğitim şeklinde gerçekleştirilir.

➢ Devlet tarafından finanse edilir.

2013 yılında NSJU 630 hâkim adayına meslek öncesi eğitimi vermiştir.

3 yıldır görev yapan ve hâkim olmak isteyen hâkim yardımcılarının meslek öncesi eğitiminin süresi 3 aya kadar ulaşmaktadır.

*2016 - 2017 yılında hâkim pozisyonuna aday durumdaki **400** hâkim yardımcısı için meslek öncesi eğitimi gerçekleştirilmesi planlanmaktadır.*

Mahkeme personeli arasından hâkim adaylarının seçimi Ukrayna Hâkimler Yüksek Nitelik Komisyonu tarafından yapılmaktadır.

Meslek öncesi eğitimi aşağıdakilerden oluşmaktadır:

➢ Stajyerlik - %45, çalışma ziyaretleri dâhil - %7

➢ Teorik ve pratik dersler - %40

➢ Bireysel çalışmalar - %5

➢ Testler - %3

Araştırma ve Geliştirme Faaliyetleri

- Eğitim sürecine bilimsel ve metodolojik destek;
- Hâkim ve mahkeme personeli için eğitim kurslarının tasarlanması;
- Hâkim adaylarının ve hâkimlerin niteliklerinin değerlendirilmesi amacıyla test materyalleri ve vaka çalışmaları detaylandırılmaktadır;
- "Ukrayna Ulusal Hâkimler Okulu Dünyası" ("World of National School of Judges of Ukraine") isimli araştırma ve uygulama dergisi basılmaktadır.

Uluslararası Teknik Destek Projeleri ile İşbirliği

- Kanada Ulusal Yargı Enstitüsü ile işbirliği içerisinde, Ukrayna Kanada ortaklığında "Ekonomik Kalkınma İçin Yargı Eğitimi" projesi;
- USAID "Adil Yargı" projesi;
- Kanada Hükümeti tarafından desteklenen OSCE "Mahkemeler Yoluyla İnsan Haklarının Korunması" projesi;
- OSCE "Yargı Eğitimi İçin Standartlaştırılmış Programların Geliştirilmesi" projesi;
- EU-CoE "Ukrayna'da Avrupa İnsan Hakları Standartlarının Uygulamasının Güçlendirilmesi" projesi;
- EU-CoE "Ukrayna'da Yargı Sektörü Politikalarının Geliştirilmesinin Güçlendirilmesi" projesi;
- EU-CoE "Doğu Ortaklığı Ülkelerinde Kadınların Adalete Erişiminin Geliştirilmesi" Projesi;
- CoE "Ukrayna'da Yargı Reformun Uygulanmasına Destek" projesi.

JUDICIAL EDUCATION IN UKRAINE

Mykola Onishchuk[*]

Reforming Judicial Education in Ukraine

I. Establishment in judicial system special institution for judicial training.

II. New concept of judicial education – training aimed at skills, knowledge and abilities gaining.

III. Implementation of standardized training courses and programmes.

IV. Introduction of training programmes for initial and in-service training.

V. 12 months initial training in National School of Judges of Ukraine.

I. Establishment in Judicial System Special Institution for Judicial Training

National Schoolof Judges of Ukraine (NSJU) is a state institution in judicial system with the special status that ensures training of highly-qualified personnel for the judiciary and conducts researches. Law on Higher Education doesn't apply to the NSJU. NSJU is a member of the International Organization for Judicial Training (IOJT) and the Lisbon Network of the Council of Europe.

Objectives of the National School of Judges of Ukraine:

- ➢ provide initial training of judicial candidates;
- ➢ provide in-service training of judges and judges appointed to administrative positions in courts;
- ➢ provide is-service training of judges to improve their professional skills;
- ➢ deliver training courses as determined by a disciplinary body to improve professional skills of judges suspended from administration of justice;
- ➢ provide training of court staff personnel to improve their professional skills;
- ➢ conduct researches.

NSJU is located in Kyiv and has 5 Regional Branches in Odesa, Lviv, Chernivtsi, Dnipropetrovsk and Kharkiv.

II. New Concept of Judicial Education – Training Aimed at Skills, Knowledge and Abilities Gaining

NSJU relies on the *Concept Paper of the National Standards of Judicial Education*, which determines that judicial training shall be conducted in the form of *training programs* with the involvement of *interactive training methods* aimed at development of abilities and skills of judges.

III. Implementation of Standardized Training Courses and Programmes

- ➢ Standardized interactive training courses for judges are being developed and implemented;
- ➢ Psychological training of judges and judicial candidates have been implemented.

---

[*] Rector of the National School of Judges of Ukraine, Doctor of Law, Honored Lawyer of Ukraine.

Psychologists office was opened;

- Information and communication system "E-School" is being developed.

Experienced judges, practicing lawyers, academics and experts are involved to be trainers of the NSJU.

NSJU provide initial training of judges-trainers. Every year for training activities are involved:

- **300** judges;
- **170** practicing lawyers, academics and experts.

IV. Introduction of Training Programmes for Initail and in-Service Training

Judge is obliged to undergo training not less than once per three years. The duration of this training can not be less than 40 academic hours.

This training takes form of compulsory training based on individual needs of judges:

- according to the necessity of abilities and skills improvement;
- according to the experience and specialization of the court.

Distance learning courses for judges and court personnel have been introduced.

In 2015, 7984 judges passed in-service training

During the first half of 2016, 4735 judges passed in-service training.

V. Initial Training in National School of Judges of Ukraine

The objective of the initial training is to develop professional abilities and skills required to serve as judges.

Initial training:

- lasts 12 months;
- is carried out by full-time education;
- is funded by the State.

In 2013 NSJU provided initial training to 630 judici*al candidates.*

The duration of initial training for judicial assistants who occupy the position for 3 years and would like to become judges is up to 3 months.

*It is planned in 2016-2017 to conduct initial trainin*g of 400 judicia*l assistants, who are candidates for the position of judge.*

Selection of judicial candidates from the court staff is determined by the High Qualification Commission of Judges of Ukraine.

Initial Training consists of:

- Internship - 45%, including study visits - 7%
- Theoretical and practical classes - 40%
- Individual work - 5%
- Testing - 3%

Research and Development Activities

- Scientific and methodological support of training process;
- Designing training courses for judges and court personnel;
- Testing materials and case studies are being elaborated aimed at qualification assessment of judicial candidates and judges;
- Publication of research & practice magazine "World of National School of Judges of Ukraine" is being printed.

Cooperation with International Technical Assistance Projects

- Ukrainian-Canadian "Judicial Education for Economic Growth" project in cooperation with the National Judicial Institute of Canada;
- USAID "Fair Justice" project;
- OSCE "Safeguarding Human Rights through Court" project supported by the Government of Canada;
- OSCE "Development of Standartised Programmes for Judicial Training" project;
- EU-CoE "Strengthening the implementation of European Human Rights Standards in Ukraine" project;
- EU-CoE "Consolidation of Justice Sector Policy Development in Ukraine" project;
- EU-CoE "Improving Women's Access to Justice in Eastern Partnership Countries" project;
- CoE "Support to the implementation of the judicial reform in Ukraine" project.

ULUSLARARASI İSTANBUL HUKUK KONGRESİ
INTERNATIONAL İSTANBUL LAW CONGRESS
17-19 EKİM 2016
17-19 OCTOBER 2016

BİRİNCİ GÜN
FIRST DAY

MABEYN SALONU
MABEYN HALL

Yargılamanın Hızlandırılması ve Yargıda Eğitim - II
Acceleration of Trial Process and Training of Judiciary - II

ADLİ İŞBİRLİĞİNDE TEKNOLOJİNİN KULLANILMASI

Dr. İlhame Gadimova[*]

Günümüz dünyasında temel bir kaç hukuk sisteminin olduğu kabul edilse de bütün devletlerin kendine özgü ulusal bir hukuk düzeni ve bir dizi özel hukuk kuralları vardır. Bu kuralların ülkeden ülkeye farklılık arz etmesi kimi zaman hukuki güvenliğin, çoğu zaman ise toplumsal farklılığın gerekleri olarak kabul edilmiştir. Ama kabul etmek gerekir ki, bu durum beraberinde insanlar için sorunları da getirmiştir. Şöyle ki, uluslararası ilişkilerin, uluslararası nüfus hareketlerinin ve uluslararası ticaretin artışı ile seyahat eden, ikamet yerlerini bir ülkeden başka ülkeye değişen kişiler için bu durum sorunlar oluşturmaya başlamıştır. Bildiğimiz gibi, uluslararası özel hukuk bu takım sorunların çözümü ile uğraşan hukuk dallarından biridir ve uluslararası özel hukuk sorunlarının azaltılması için iç hukuk ve uluslararası özel hukuk sistemlerinin yakınlaştırılması ve birleştirilmesi amacıyla uluslararası düzeyde adli işbirliği ve mahkeme kararlarının tanınması ile bağlı çok sayıda sözleşme imzalanmıştır.

Adli işbirliği nedir? Klasik anlamda uluslararası adli işbirliği cezai konularda bir devletin adli makamının (mahkeme, hâkimlik, savcılık ve diğer) diğer bir devletin adlî makamı adına yerine getirdiği işlemleri ifade eder[1].

Devletler uluslararası sözleşmeler aracılığıyla karşılıklı olarak mahkeme kararlarının tanınması ve usul hareketlerinin (evrakların teslimi, delillerin toplanması, diğer ülkelerde verilen dokümanların legalizasyonu) işbirliği içinde yürütülmesini sağlamışlardır. Sadece günümüzde artık adli işbirliğinin sadece cezai konularda değil özel hukuk konularında da söz konusu olabileceği kabul edilmektedir.

Adli işbirliği hem ceza, hem de özel hukuk konularında mümkündür. Genellikle ceza soruşturmasına konu olan sanıkların dindirilmesi, delillerin toplanması, mahkeme kararlarının tanınması, mahkeme kararlarının diğer ülkede icrası, evlatlık edinme hareketleri, suçluların iadesi ve diğer cezai konularda karşımıza çıkmaktadır.

Cezai konularda yapılacak adli işbirliği konularında önemli düzenlemelerin yasalaştığını görüyoruz. Türkiye Cumhuriyetinde Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan ve TBMM Genel Kurulunda kabul edilerek yasalaşan "Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu" bu konuda düzenlemelere bir örnektir[2]. Uluslararası hukukta devletlerin egemenliği esas iken, günümüz devletleri arasında işbirliğinin daha çok önem kazanması tabii ki takdir edilecek haldir. Yasa ile bu alanda teknolojinin kullanımının da benimsendiğini görüyoruz. Şöyle ki, adli yardımlaşma talebinin yerine getirilmesinde görüntülü ve seri iletişim tekniğinin kullanılması olanaklı kılınmıştır. Tabii ki, milletlerarası anlaşmalarda hüküm bulunması kaydıyla işleme söz konusu teknolojinin kullanılması mümkün olacak.

Adli işbirliğinin özel hukukta uygulanması ve bu uygulamanın daha modern usullerle yani teknoloji kullanılmakla geliştirilmesi mevzularına değinmeden önce konunun günümüze kadar gelişimine kısaca değinelim. Avrupa Ekonomik Topluluğunu kuran 25 mart 1957 Roma Antlaşması özel hukuk konularının harmonizasyonu veya birleştirilmesi, uluslararası özel hukuk konularına pek temas etmemekteydi. Sadece Antlaşmanın 220. maddesi (yeni 293) üye

[*] Azerbaycan Devlet İktisat Üniversitesi.

1 http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/cezaikonulardauluslararasiadliisbiligikanunutasarisi.pdf

2 http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/05/20160505-20.htm

ülkelerin özel hukuk konularında işbirliği yapması konusuna atıfta bulunmaktaydı. Antlaşma üye ülkelerin vatandaşlarının menfaatlerini kollamak düşüncesiyle "gerekli olduğu ölçüde" karşılıklı olarak mahkeme veya hakem kararlarının tanınması veya tenfizine ilişkin hükümlerinin basitleştirilmesine ilişkin düzenlemeler yapma yükümlülüğünü getirmekteydi. Özel hukukta bu konunun ekonomik entegrasyonun sağlanması açısından etkili olacağı ifade edilmekteydi[3]. Her ne kadar Avrupa Topluluğunun (AT) kurulması ile bu maddenin 4 üncü fıkrasının çıkarılması akla gelse de maddenin sadece özel hukukta değil ceza, vergi ve idare hukuku alanında verilen kararları kapsaması dolayısıyla bırakılması mümkün görülmemiştir.

Bu konuda ilk uluslararası anlaşma "Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Brüksel Sözleşmesi" 27 Eylül 1968 tarihinde imzalanmış ve 1973 yılında yürürlüğe girmiştir. Daha sonra imzalanan Lugano antlaşması ise Norveç, İzlanda ve İsviçre'yi kapsama alanına almakla birlikte AT veya EFTA üyesi olmayan ülkelerin de katılımının ortak kararla mümkünlüğünü benimsemişti.

Yine Topluluk hukukunda uluslararası özel hukuk kurallarının birleştirilmesi çabalarına devam etme arzusuna 19 Haziran 1980 tarihinde imzalanan "Akdi İlişkilerden doğan Yükümlülüklere Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Sözleşmesi"nde yeniden şahit oluyoruz.

Maalesef ki, geleneksel hükümetler arası sözleşmeler yoluyla uluslararası özel hukuk ve kanunlar ihtilafı kurallarını birleştirme çabaları bir çok sebepten yavaş ve sorunlu bir uğraş haline gelmiştir. Örneğin, her bir yeni üyenin katılımı ile daha önce imzalanmış olan Sözleşmelerin yeniden uyarlanması ve bütün akit devletler tarafından tekrardan onaylanması gerekmektedir[4].

Özellikle 1991 de Maastrichte imzalanan Avrupa Birliği Antlaşmasıyla uluslararası özel hukuk kurallarının harmonizasyonu konusunun Antlaşmanın VI. Başlığı altında Adalet ve İçişlerinde İşbirliği kapsamında yürütülmesi mümkün hale gelmiştir. Sözleşmenin K.1(6) maddesinde "özel hukukta adli işbirliği" konusuna üye devletlerin ortak çıkarını ilgilendiren bir konu olarak üçüncü sütunda yer verilmiştir. Ayrıca Konsey tarafından bu çerçevede hazırlanan sözleşmelerin üye devletlere tavsiye edilerek üye devletlerin anayasal kuralları çerçevesinde kabul edilmesi mümkündür. (Madde K.3(2)(C)). Söz konusu antlaşmayı değiştiren 2 Ekim 1997 Amsterdam antlaşması bu konuda da yenilik öngörüyor ve Adalet ve İçişlerinde işbirliği konusu üçüncü sütundan birinci sütuna transfer oluyor ve Avrupa Parlamentosu ve Adalet Divanı bu konular üzerinde yetki sahibi oluyor. Antlaşmanın 1999 yılında yürürlüğe girmesi ile konu VI. başlıktan çıkarılarak IV. Başlık içinde "Vizeler, Sığınma, Göç ve Kişilerin Serbest Dolaşımına İlişkin Diğer Politika Alanları" olarak düzenleniyor. Yenilik daha bir anlam taşıyor. Şöyle ki, özel hukukta adli işbirliği konusu doğrudan kişilerin serbest dolaşımı ile ilgilendiriliyor. Nitekim kişilerin ülkelerarası dolaşımı zamanı ulusal hukukların ülke dışına taşması söz konusu oluyor, diğer yandan bu alanda hukuki düzenlemelerin olması kişilerin serbest dolaşımına olanak sağlıyor.

AT Antlaşmasının 65. Maddesi uyarınca "67. Madde hükmü gereğince ve iç pazarın düzgün bir şekilde işleyişini sağlamak için sınır aşan etkilere (cross border implications) sahip özel hukukta adli işbirliği konularında alınacak tedbirler gerekli olduğu ölçüde şu hususları içerir:

Mahkemelerce ve mahkeme dışı organlarca verilen dokümanların sınır ötesi tebliğine ilişkin sistemin, delillerin alınması konusunda işbirliğinin, mahkeme dışı davalarda verilen kararlar dâhil özel hukuk ve ticaret hukuku davalarında verilen kararların tanınması ve tenfizinin geliştirilmesi ve basitleştirilmesi;

Kanunlar ihtilafı ve mahkemelerin milletlerarası yetkisi konusunda üye devletlerde

3 Çiçekli, Bülent, Avrupa Birliğinde Özel Hukukta Adli İşbirliği ve Mahkeme Kararlarının Kerbest Dolaşımı, MHB, Yıl 2003, s. 182.

4 Çiçekli, s. 184.

uygulanan kuralların uyumunun artırılması, özel hukuk yargılamasının iyi bir şekilde işlev görmesi önündeki engellerin, eğer gerekiyorsa üye devletlerde uygulanan medeni usul kurallarının uyumunun artırılması yoluyla kaldırılması"[5].

Avrupa Topluluğu bu düzenlemelere iç pazarın köşe taşlarından olan kişilerin serbest dolaşımının sağlanması uygulamasından gelmiştir. Kabul edilmelidir ki, dokümanların sınır aşan tebliği, delil toplanması, mahkemelerin milletlerarası yetkisi ve mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi, kanunlar ihtilafı ve hatta medeni usul yargılamasına ilişkin kurallar kişilerin serbest dolaşımı üzerinde etkilidir.

Peki, Avrupa Topluluğu haricinde adli işbirliği konusu nasıl gelişmekte ve işlenmektedir? Burada karşımıza daha çok devletler ve ya hükümetler arası sözleşmeler çıkmaktadır. Bu tarz sözleşmelerin ne denli çok olduğunu tahmin etmek zor değil. O zaman sadece AB gibi topluluklar değil tüm dünyada insanların serbest dolaşımını kolaylaştıracak uygulamalar, uluslararası kurallar ve ya yapıla geliş kuralları oluşturmak mümkün değil mi? Günümüz dünyasında yer alan devletler kendi bağımsızlık ve yüksek otoritelerine o denli düşkünler ki, insanların hayatlarını kolaylaştıracak yasal uygulamaların benimsenmesi olanaklı görünmüyor? Hatta Avrupa Birliği içinde Birleşik Krallık, İrlanda ve Danimarka adli işbirliği konularının kapsamından hariç tutulmuştur. Şöyle ki, belge, sözleşme ve mahkeme kararları ile ilgili bu devletler Topluluk hukukunun bir parçasını oluşturmuyorlar[6].

Kullanılan evrakların serbest dolaşımı konusuna değinecek olursak hepimizin de bildiği gibi 5 Ekim 1961 yılında Lahey Konvansiyonu ile kuralları tespit edilen apostil şu anda kullanılan en yaygın sistemdir. Apostil kuralları yalnızca Lahey Konferansı'na üye veya taraf devletlerarasında geçerlidir. Bu belge onay sistemiyle ilgili üye veya taraf devlet tarafından saptanan yerel bir merci, bakanlık, vb. bir kuruluş, belgenin gerçek olduğunu onaylayarak, başka bir üye veya taraf ülkede 6 Ekim 1961 tarihli Lahey Konvansiyonunda belirlenen kurallar çerçevesinde kullanılması için yasal hale getirirler. Apostil tasdiki gerçekleştirilen belge, Lahey Konferansının tüm üye ve taraf devletlerinde geçerli bir belge olarak kabul edilir. Yine de bu durum yetkili yerel mercinin bulunmasında, merciye ulaşılmasında, uygulanan ücretler nedeni ile şikâyetlerin önüne geçemiyor. Aynı zamanda evrakta sahtecilik yapan bireylerin apostil mührünün de sahtesini yapmasına engel olan hiçbir şey yoktur.

Bu nedenle bu alanda önerim teknolojinin kullanımı ve hem bireyleri, hem devletleri memnun edecek bir ortak yolun bulunması arayışı içinde olmamızdır.

Diğer yandan çözümlerin, yeni uygulamaların önerilmesi, hatta kabul görerek uygulana bilmesi büyük oranda çözümün ne kadarlık bir kitleye hitap ettiği ile mutlaka alakalıdır. Çünkü çözümler daha büyük sorunların, daha çok insanın sorunlarını kolay yoldan az masrafla ve uzun vadede hallediyorsa çözüm olarak kabul ediliyor.

Özel hukukta adli işbirliğinin benimsenmesi ve yeni usullerin uygulanması suçlu camiasına kıyasla hukuki evrakları kullanan, ülkeden ülkeye taşıyan insan sayısının ne kadar çok olduğu düşünülürse daha kolay kabul edilir, gerekliliği ortaya çıkar. Kitlenin büyüklüğü ile birlikte adli işbirliği konusunda ortak uygulamalar ve düzenlemelerin kanunlar ihtilafı kurallarının uyumlaştırılması, kararların tek düze hale gelmesi, hukuki güvenliğin sağlanması ve temel özgürlüklerin daha etkin kullanılmasına katkıda bulunacağını kabul etmek gerekiyor.

Peki, nedir bu çözüm önerisi?

5 Çiçekli, s. 188.

6 Çiçekli, s. 191.

Bulut bilişimin kullanılması ve seyahat eden insanlara onlar hakkında olan mahkeme kararları, resmi evrakların diğer ülkelerde geçerli kılacak, kullanılabilecek hale getiren bir sistemin kurulması. İnsanların serbest dolaşımı ile birlikte evrakların serbest dolaşımının sağlanması. Bulut bilişim ortaya yeni çıkmakta olan bir teknoloji olarak, nasıl ki, şirketlerin ve bireylerin iş yapmasına, kaynak ve sermayelerinin korunması, saklanması alanlarına yeni boyutlar getiriyor, hatta dünya çapında ticareti ve ticari işletmeleri tekrar şekillendirecek araçlardan biri olarak karşımıza çıkıyor[7], seyahat eden bireylerle ilgili evrakların saklanması ve istenilen noktadan kullanımı için de kullanılabilir.

Yine bu kısımda parantez açarak Avrupa Birliğinin bu konuda geldiği nokta ve gelişmelerden kısaca bahsedelim. Şöyle ki, bahsettiğim konularla bağlı Birlik Komisyonunca Avrupa Adalet Atlası adı altında bütün üye devlet dillerinde hazırlanan bir veri tabanı ile İnternet üzerinden özel hukukta adli işbirliği konularında bilgi edinilmesi planlanmıştır. Atlas sayesinde gerek vatandaşlar, gerekse profesyoneller yetkili mahkemenin tespiti, dokümanların tebliği, delil toplama, kararların icrası ve diğer konularda yetkili makamların kim olduğunu kolaylıkla tespit edebileceklerdir. Sözleşmeler kapsamında üye devlet mahkemelerinde verilen karar ve hükümler bir araya getirilerek bir veri tabanı oluşturulmuştur. Toplanan bilgiler halka ve hukukçulara, yetkili makamlara online bilgi sağlamakta[8] ve tekdüze uygulama ile her kese kolaylıklar sağlamaktadır. Ocak 2011'den bu yana sivil ve ticari konularda hukukçular Avrupa Adalet Atlasının bir parçası olmuştur[9].

Peki, bu noktaya, bu çözüme nasıl gelindi? Şöyle ki, başka bir Birlik ülkesinde yaşayan kişi bir haktan yararlanmak istedikçe ya da bir yükümlülük yerine getirdikçe resmi bir evrak sunmak zorunda kalır. Örneğin, kişi başka Birlik ülkesinde evlenmek için yetkili makamlara doğum belgesi ve ya bir iş başvurusunda bulunmak için suç kaydının bulunmadığı ile bağlı evrak, miras meselelerinin çözümü için ise ölüm belgesi sunmalıdır. Birlik vatandaşları çoğu zaman bir ülkeden diğer ülkeye taşıyacakları evrakların alınması ve apostil edilmesi prosedürleri ve masrafları ile bağlı şikâyet etmekteler[10]. Bu sebepten de Avrupa Parlamentosu ve Konsey arasındaki karmaşık müzakerelerden sonra, 9 Haziran 2016 tarihinde Avrupa Parlamentosu, Üye Devletlerarasındaki resmi belgelerin dolaşımını kolaylaştıracak bir Yönetmelik kabul etmiştir. Yönetmelik bir Birlik ülkesinde yayımlanan belgenin başka bir Birlik ülkesinde kolay kullanımını ve vatandaşların bu konuda yaşadıkları bürokrasi ve maliyetlerin azaltılmasını amaçlamaktadır[11].

Yönetmelik sertifikalar, noter eylemleri, yargı ve bazı alanlarda konsolosluk belgeleri gibi resmi belgeleri kapsamaktadır. Yönetmelik, kamu belgelerinin içeriğinin ve etkinliğinin onaylanması ile değil gerçekliği - hakikiliği ile ilgilenir. Evrakların aslı verildikçe onaylı kopyasının veya onaylı kopyası verildikçe aslının takdimine ihtiyaç olmayacaktır. Çeviriler ile ilgili zorlukların önüne geçmek için ise çok dilli standart formların kullanımına karar verilmiştir. Birçok alanda kullanılan standart evrakların (ölüm, doğum, suçlu kaydı vs.) standart çok dilli formları tüm birlik ülkelerinde geçerli olacaktır[12].

Son olarak, Yönetmelik sahte resmi belgelere karşı savaşmak için bir mekanizma ortaya koymaktadır. Bu mekanizma vatandaşlar tarafından sunulan evrakın sıhhati konusunda ciddi bir

7 J. Bughin, M. Chuive J. Manyika, "Clouds, Big Data and Smart Assest Ten Tech-Enabled Business Trends to Watch", McKinsey Quarterly, C. 56, S. 1, s. 75-86, 2010.

8 Çiçekli, s. 202.

9 http://ec.europa.eu/home-affairs/doc_centre/docs/hague_programme_en.pdf

10 http://ec.europa.eu/home-affairs/doc_centre/docs/hague_programme_en.pdf

11 http://ec.europa.eu/home-affairs/doc_centre/docs/hague_programme_en.pdf

12 http://ec.europa.eu/home-affairs/doc_centre/docs/hague_programme_en.pdf

şüphe yaratırsa alıcı Birlik ülke yetkilileri ile evrakı veren Birlik ülke yetkililerinin konuşmasına olanak sağlayan bir BT (Bulut Teknoloji) sisteminin kurulmasına dayalıdır (İç Pazar Bilgi Sistemi veya IMI). Tüm bunlar Avrupa Adalet Atlası aracılığı ile yapılacak ve şu anda iki yıllık hazırlık süreci artık başlamıştır[13].

Bahsettiğim Avrupa Birliğinin benimsediği çözüm yolu, peki başka çözüm yolu yok mu? Çünkü topluluk oluşturmayan devletler için bahsedilen çözüm yolunu benimsemek o kadar kolay olmasa gerek. Diğer yandan bugün yurtdışına seyahat eden her kes "çipli pasaport" "biyometrik pasaport" ya da "elektronik pasaport" olarak da bilinen e-pasaportlar kullanıyor. Neden çünkü 190'ın üzerinde üyesi bulunan Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü İCAO tarafından alınan tavsiye kararı uyarınca Makinede Okunabilir Pasaport kullanımına geçilmiş ve diğerlerinin yürürlükten kaldırılmasına karar verilmiştir. Pasaportlar arasında fark olarak kimlik sayfasının alt kısmında her biri 44 karakterden oluşan ve özel okuyucu cihazlarla okunabilen iki satırlık bir alan bulunmaktadır. Bilgilerin bu alanda olması kâğıt üzerinde değiştirilmesini ve dolayısıyla sahteciliği önlemiş oluyor. Peki, böyle bir uygulamanın diğer resmi evraklar için kullanımı düşünüle bilir mi? Evet böyle bir uygulama mahkeme kararlarının karşılıklı tanınmasına karar vermiş ülkeler arasında söz konusu karar ve ilgili evrakların dolaşımı açısından söz konusu ola bilir.

Göründüğü gibi Avrupa Birliği ülkesi olmasa bile diğer devletler için de çözüm o kadar da uzakta değil. Nasıl ki, devletler 1961 de Lahey Konvansiyonu ile apostil kurumunu kabul ede biliyor ve bugün başarıyla uyguluyor, nasıl ki, günümüzde İCAO sistemini kabul ederek vatandaşlarına ortak özellikli pasaportlar kullandırabiliyor bireylerin hayatını kolaylaştırmak için bir adım daha atıla bilir. Unutmamak gerekir ki, artık teknoloji çağı olduğunu hepimiz kabul ediyor ve hatta hayatımızdan teknolojiyi çıkaramıyorsak uluslararası antlaşmalarla kurduğumuz bazı sistemleri de teknolojiyi kullanarak geliştirmeli ve günümüze uygun hale getirmeliyiz.

Adli İşbirliğinde Teknolojinin Kullanılması

Bu makalede, "adli işbirliği" kavramı ele alınmış ve ayrıca modern dünyada bu algıya yönelik daha kapsamlı bir yaklaşım gerektiren nesnel gerçeklikler de tartışılmıştır. Makalede, temel belgeler, özellikle de Avrupa Birliği ülkeleri tarafından imzalanan çok uluslu sözleşmeler adli işbirliği çerçevesinde incelenmiştir. Avrupa Birliği Antlaşması, temel düzeyde AB ülkeleri arasında adli işbirliği içeren önemli bir belge olarak vurgulanmıştır. AB ülkeleri arasında bazı belgelerin dolaşımının düzenlenmesi, bu alandaki pozitif bir tecrübe olarak ortaya konulmuştur. Ancak, sahtecilik olasılığı gibi eksik yönler de tartışılmıştır.

Son olarak, teknoloji kullanımı, ülkeler arasındaki adli işbirliği sürecinde yaşanan mevcut problemlere yönelik modern bir çözüm olarak tartışılmıştır. Örneğin, yönetim düzeyindeki işbirliği sürecinde Bulut Teknolojisinin kullanımı ve e-pasaportlar, önemli adımlar olarak gösterilmiştir. Adli işbirliğinde daha yenilikçi teknolojilerin kullanımının önemi ve faydaları bu makalede ortaya konmuştur. Özetlemek gerekirse, tüm dünyada adli işbirliğinde teknolojinin kullanımı, inkâr edilemez bir ihtiyaç ve büyük bir fırsattır.

13 http://ec.europa.eu/home-affairs/doc_centre/docs/hague_programme_en.pdf

USE OF TECHNOLOGY IN JUDICIAL COOPERATION

Dr. Ilhame Gadimova[*]

In today's world, even though it's accepted that there are a few basic law systems, all states have a unique national law order and a set of special law rules. The fact that these rules vary from country to country is sometimes accepted as the requirement of legal security, while it's mostly accepted as the requirement of societal differences. But it must be admitted that this situation also brought about problems for people. That is, as the international relations, international population movements and international trade increased, this situation has started to create problems for people who travel and change their places of residency from one country to another. As we know, international private law is one of the branches of law which deals with the solution of such problems and many agreements related to judicial cooperation on an international level and the recognition of court orders have been signed with the purpose of approximating and combining domestic law and international private law systems, in order to decrease international private law problems.

What is judicial cooperation? In the classic sense, international judicial cooperation refers to the transactions that the judicial authority of a state (court, judgeship, prosecution and others) performs on behalf of another state's judicial authority in criminal matters[1].

States have enabled the mutual recognition of court orders and the execution of procedural actions (delivery of documents, collection of evidence, the legalization of the documents that are submitted in other countries) in cooperation, by way of international agreements. However today, it is accepted that judicial cooperation can be considered not only in criminal matters but also in private law matters.

Judicial cooperation is possible in both criminal and private law matters. Usually, these criminal law matters appear to be matters such as the interrogation of defendants, collection of evidence, recognition of court orders, execution of court orders in the other country, adoption movements, extradition of criminals and other criminal matters.

We see that important regulations on matters of judicial cooperation in criminal matters have been passed into law."The Law on International Judicial Cooperation in Criminal Matters" which is prepared by the Ministry of Justice of the Republic of Turkey and have been passed into law after being accepted at the General Assembly of the Turkish Grand National Assembly, is an example of the regulations on this issue[2]. It is of course admirable that the cooperation between today's states gain more importance, while the sovereignty of the states is the basis in international law. We see that the use of technology in this field is also adopted by law.That is, the use of video and serial communication techniques is enabled in the fulfillment of the demand for judicial cooperation. Of course, the use of the technology in question will be possible with the condition that there's the required provision in the international agreements.

We'll briefly mention how the topic improved until today, before addressing the application of judicial cooperation in private law and the improvement of this application with modern methods, meaning the use of technology. The Treaty of Rome dated 25 March 1957, which

* Azerbaijan State University of Economics.

1 http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/cezaikonulardauluslararasiadliisbiligikanunutasarisi.pdf

2 http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/05/20160505-20.htm

established the European Economic Community, didn't really touch on the harmonization or consolidation of private law matters or the international private law matters. Only the 220th article (293 in the new one) referred to the issue of member countries' cooperation in matters of private law. The treaty brought about the liability of making regulations regarding the simplification of provisions related to the mutual recognition or approval of court or judge orders "at the extent that is required", with the consideration of protecting the interests of the citizens of the member countries.In private law, it was stated that this issue would be effective in terms of the provision of the economic integration[3]. Although the removal of the 4th clause of this article came to mind with the establishment of the European Union (EU), its abandonment was not deemed possible since it covered not only the decisions given in private law but also in criminal, tax and administrative law fields.

The first international agreement on this topic is the "Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters" which is signed on 27 September 1968 and entered into force in 1973. Even though the Lugano convention which was signed later on included Norway, Iceland and Switzerland in the coverage zone, it had adopted the possibility of the participation of the countries which are not members of the EU or EFTA, with joint resolution.

We witness the desire to continue the efforts to combine the international private law rules in the Union law once again, with the "Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations" which is signed on 19 June 1980.

Unfortunately, the efforts to combine international private law and conflict of laws rules by way of traditional intergovernmental agreements have become a slow and troubled engagement because of several reasons. For example, with the participation of each new member, the agreements signed earlier must be adapted again and be approved again by all contracting states[4].

The execution of the issue of the harmonization of international private law has become possible especially within the scope of the Cooperation in Justice and Internal Affairs section under the VI title of the Treaty on European Union which is signed in 1991 in Maastricht.The topic of "judicial cooperation in private law" is included in the third column of the treaty's K.1(6) article, as a topic which concerns the common interest of member states. In addition, the recommendation of agreements which are prepared within this framework by the Council, to the member states and their acceptance within the framework of the constitutional rules of the member states is possible (Article K.3(2)(C)). The Amsterdam Treaty dated 2 October 1997, which changed the treaty in question, also sets forth an innovation on this topic and the topic of Cooperation in Justice and Internal Affairs is transferred to the first column from the third column and the European Parliament and Court of Justice gain authority on these topics. With the treaty going into effect in the year 1999, the topic is removed from title VI and is regulated in title IV as "Other Political Areas regarding Visas, Asylum, Immigration and the Free Movement of People". Innovation has more meaning. That is, the issue of judicial cooperation in private law is directly made to be directly related to the free movement of people. Hence, when people move across countries, the issue of national law spreading out of the country comes into question. On the other hand, the existence of legal regulations in this area gives way to the free movement of people.

As per the 65th article of the EU Treaty, "As per the 67th article, and in order to enable the

3 Çiçekli, Bülent, Judicial Cooperation in Private Law in the European Union and the Free Movement of Court Orders, MHB, Year 2003, p. 182.

4 Çiçekli, p. 184.

proper functioning of the internal market, precautions that will be taken in private law which has cross border implications, include the following elements at the extent that is required:

The improvement and simplification of the system regarding the cross border notification of the documents that are given by courts and bodies other than courts, and the recognition and approval of decisions made in private law and commercial law including decisions given in trials that took place out of courts;

The increase of the harmonization of rules that are applied in member states regarding conflict of laws and the international authorities of courts, removal of the obstacles that prevent the functioning of private law judgement in a good way, by increasing the harmony of the civil procedure rules that are applied in the member states, if necessary"[5].

The European Union has reached these regulations via the practice of free movement of people, which is one of the corner stones of the domestic market. It must be recognized that the cross border notification of documents, collection of evidence, the international authorities of courts and the recognition and approval of court decisions, conflict of laws and even rules regarding civil procedure judgement, is effective on the free movement of people.

So how does the issue of judicial cooperation improve and how is it processed out of the European Union? Here, we mostly come across states or intergovernmental agreements. It's not hard to guess that there are so many of such agreements. Then isn't it possible to establish practices, international rules or precedent rules that will simplify the free movement of people not only in organizations such as the EU but in the whole world? States in today's world are so fond of their own independence and strong authorities that the adoption of legal applications which will make people's lives easier doesn't seem to be possible. In fact, United Kingdom, Ireland and Denmark are kept exempt from the scope of judicial cooperation issues in the European Union. That is, these states don't constitute a part of the Union law when it comes to documents, agreements and court orders[6].

If we were to refer to the issue of the free movement of the documents that are used, we'd see that the apostille whose rules were determined with the Hague Convention in October 5, 1961 is the most prevalent system that is used right now. Apostille rules are only valid for the states that are either a member or a contracting party of the Hague Convention. A local authority, ministry or other similar institution which is determined by the member or contracting state regarding this document approval system enables the document to become legal within the framework of rules that are determined at another member or contracting state at the Hague Convention dated October 6, 1961. The document whose apostille confirmation is realized, is accepted as a valid document in all the member and contracting states of the Hague Convention. Nevertheless, this condition is not able to avert complaints because of the fees that are applied in locating and contacting the local authority in charge. At the same time, there's no obstacle at all for individuals who forge documents to forge the apostille seal as well.

For that reason, my suggestion in this area would be the use of technology and for us to be in search of a common ground which will satisfy both individuals and states.

On the other hand, the suggestion of new practices, and even their acceptance and their possibility to be applied is certainly related to a great extent to how much of a population the solution caters to.Because solutions are only accepted as solutions if they solve bigger problems,

5 Çiçekli, p. 188.

6 Çiçekli, p. 191.

the problems of more people in an easy way, with low costs and in the long run.

The adoption of judicial cooperation and the application of new procedures in private law would be more easily accepted, and its necessity would be recognized when it's considered how many people there are who use legal documents and who carry them from country to country. It must be accepted that common practices in judicial cooperation and the harmonization of the conflict of law rules of regulations and the decisions becoming routine, along with the largeness of the population, would contribute to the provision of legal security and the more effective use of fundamental freedoms.

So what's this solution suggestion?

The use of cloud computing and the establishment of a system which will validate and enable the use of court orders and official documents about people who travel, in other countries. The provision of the free movement of people along with the free movement of documents. As cloud computing brings new dimensions to the way companies and individuals do business and to the fields of protection and preservation of resources and capital as an emerging technology, and as it even comes across as one of the tools which will reshape commerce and the commercial businesses around the world[7], it can also be used for the preservation and use of documents related to travelling individuals from any desired point.

Again, at this point, we should briefly mention the point that the European Union reached and the developments.That is, it is planned that information is received on the issues of judicial cooperation in private law over the internet through a database called European Judicial Atlas which is prepared in all the languages of the member states, regarding the topics I mentioned. Thanks to the Atlas, citizens as well as professionals will easily be able to determine which authorities are in charge on the determination of the authorized court, the notification of documents, evidence collection, execution of orders and other issues. A database is set up by bringing together the decisions and provisions which are ruled in the courts of member states within the framework of agreements. The collected information provide online information to the public and to law professionals and the competent authorities[8] and it provides convenience to everyone with routinepractice. Law professionals have been a part of the European Judicial Atlas on civilian and commercial issues since January 2011[9].

So how was this point and this solution reached? That is, when a person who lives in another Union country wants to benefit from a right or when he fulfills an obligation, he would have to present an official document. For example, the person must present a birth certificate to the competent authorities in order to get married in another Union country, or documents proving that that he doesn't have a criminal record in order to apply for a job, and a death certificate for the resolution of heritage issues. Union citizens complain most of the time about the procedures and expenses related to the retrieval and apostillation of the documents that they will carry from one country to another[10]. Because of that reason, after complicated negotiations between the European Parliament and the Council, the European Parliament accepted a Regulation which would facilitate the movement of official documents between Member States, on June 9, 2016.The regulation aims for the easy use of a document that is issued in a Union country, in another Union country and the

7 J. Bughin, M.Chui and J.Manyika, "Clouds, Big Data and Smart Assets Ten Eech-Enabled Business Trends to Watch", McKinsey Quarterly, Volume 56, No. 1, p. 75-86, 2010.

8 Çiçekli, p. 202.

9 http://ec.europa.eu/home-affairs/doc_centre/docs/hague_programme_en.pdf

10 http://ec.europa.eu/home-affairs/doc_centre/docs/hague_programme_en.pdf

decrease of the bureaucracy and costs that the citizens experience on this issue[11].

The regulation covers official documents such as certificates, notary actions, and consulate documents in judgement and other areas. The regulation is concerned not with the approval of the contents and effectiveness of the public documents but their realness and authenticity. The presentation of an approved copy of the document won't be required when its original is submitted just like its original won't be required when its approved copy is submitted. In order to alleviate the difficulties regarding translations, it is decided that multi lingual standard forms will be used. The standard multi lingual versions of standard documents that are used in many areas (death, birth, criminal record, etc.), will be valid in all union countries[12].

Finally, the Regulation puts forward a mechanism to fight against counterfeit official documents. This mechanism is based on the establishment of a CT (Cloud Technology) system (Domestic Market Information System or IMI) which will enable the receiver Union country officials and the Union country officials who gave the document to communicate, in case a serious doubt ensues regarding the authenticity of the documents that are provided by citizens. All of this will be done through the European Judicial Atlas and the 2 year preparation process has started at the moment[13].

What I mentioned is the solution that the European Union adopted, so isn't there another solution? Because it shouldn't be so easy to adopt the mentioned solution for states which didn't form a union. On the other hand, anyone who travels abroad today uses e-passports which are also known as "chipped passports", "biometric passports" or "electronic passports". Why? Because as per the recommendation of the International Civil Aviation Organization (ICAO) who has over 190 members, the use of Machine Readable Passports has begun and it's decided that the others should be abolished. The difference between the passports is that there is a field of two lines each of which consists of 44 characters and can be read with special reader devices, under the lower section of the identity page. The fact that the information is in this field prevents them to be changed on paper and hence forgery. So, can the use of this application be considered for other official documents? Yes, such an application can be possible between countries who decided to mutually recognize court orders, in terms of the orders in question and the movement of the related documents.

As it can be seen, solution for other countries are not so far off, even though they're not members of the European Union. Since states are able to accept the institution of apostille via the Hague Convention in 1961 and are able to implement it with success today and since they are able to make their citizens use passports with common features today by accepting the ICAO system, another step can be taken to make the lives of individuals easier. It shouldn't be forgotten that, since we all agree that this is the age of technology and that in fact we can't take technology out of our lives, we must improve some systems that we established with international agreements, with technology and make them more appropriate for our time.

The use of Technology in Judicial Cooperation

In the article "judicial cooperation" as a notion was discussed and also objective realities that demand more comprehensive approach to that perception in modern world were mentioned. In the paper existing cornerstone documents, especially multinational contracts signed by European

11 http://ec.europa.eu/home-affairs/doc_centre/docs/hague_programme_en.pdf

12 http://ec.europa.eu/home-affairs/doc_centre/docs/hague_programme_en.pdf

13 http://ec.europa.eu/home-affairs/doc_centre/docs/hague_programme_en.pdf

Union countries were analyzed from the judicial cooperation perspective. Treaty on European Union (TEU) was highlighted as a more substantial document that contains judicial cooperation in basic level among EU countries. Regulating circulation of several documents among EU countries was emphasized as a positive experience in this field. However, shortcomings, such as possibilities of forgery were also discussed.

Finally, possibilities of utilization of technology were argued as a modern solution to the current problems in the judicial cooperation process among the countries. For example, use of Cloud Technology in cooperation process in administrative level and e-passports were demonstrated as a significant step forward. Benefits and importance of usage of the same and more innovative technologies in the judicial cooperation were claimed in the paper. To sum up, there is an undeniable need and a huge opportunity in applying technology in the judicial collaboration in the world.

UKRAYNA GELİŞMİŞ SAVCI EĞİTİM SİSTEMİNİN TEMEL BİR UNSURU OLARAK AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ UYGULAMALARI

Ivan Prysiazhniuk[*]

Sevgili katılımcılar,

Ukrayna, 1995 yılından bu yana Avrupa Konseyi üyesidir. Ülkemizin bu Avrupa örgütüne dâhil oluşu, insan haklarını koruma ve demokratik kurumları güçlendirmeyi hedef edinmiş demokratik seçimlerinin göstergesidir.

Bu bağlamda Ukrayna, İnsan Hakları ve Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme'yi 17 Temmuz 1997 tarihinde onaylamış ve imzalamıştır.

Avrupa insan hakları ve özgürlüklerini koruma sisteminin benzersizliği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının ülke-sanık açısından bağlayıcı olması ve ulusal hukuk sisteminde ciddi hukuki sonuçlarının olmasından ileri gelmektedir.

Hukuk üstünlüğünün oluşturulmasında ceza adaleti sisteminin belirleyici rol oynadığı da bilinmelidir. Bu nedenle savcılık kurumu mühim bir görev üstlenmektedir. Avrupa Konseyi'nin ceza adaletinde cumhuriyet savcılığının rolü üzerine önerilerinde, savcının, toplum adına ve ihlalin cezai yaptırım ile sonuçlandığı devlet güvencesi hukukun, insan hakları ve ceza adaleti sisteminin etkinliği göz önünde bulundurulmak suretiyle, uygulanması için görevini yapan kamu otoritelerinin temsilcileri olduğu belirtilmektedir.

Bu nedenle, Ukrayna Ulusal Savcılık Akademisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamaları ve İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme'sinde yer alan hükümlerin gözetilmesine dikkat etmektedir. Bu hükümler;

İlk olarak, İnsan Hakları alanında savcıların sürekli olarak bilgilendirilmesi, ve insan hakları üzerine kurulu bir yaklaşımın benimsenmesi, ve

İkinci olarak, savcılık uygulamalarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararların uygulanmasına odaklanılması, ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin hukuki durumu tekabüliyetine ilişkin kanunların incelemeye alınmasına imkan vermektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin daimi temsilcisi, Akademi'yi, Ukrayna'ya karşı açılan davalarda Avrupa Mahkemesi tarafından verilen kararlara ilişkin bilgilendirmektedir. Bunlar daha sonra her düzeyden savcıya bildirilmektedir.

Savcıların farklı kategorilerdeki becerilerini geliştirmeye yönelik eğitimler, bilhassa ön soruşturmaların usuli işlemlerini yürüten ve ağır ceza mahkemesinde kamu davalarını destekleyenler için olmak üzere, gerçekleştirilmektedir. Zorunlu program konuları şöyledir: "Cumhuriyet savcısının faaliyetlerinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamaları", "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde kanıtların zilliyeti ve kabul edilebilirliği". Bunun yanı sıra, "Savcının ön soruşturmada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamalarını kullanımı", "Savcının kamu davalarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamalarını kullanımı", ve "Savcının ceza soruşturmalarında adli kararların ifası hususunda savcının kanuna itaat edip etmediğini denetlemede Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamalarını kullanımı". Savcıların bu eğitimlere tabi tutulması, Mahkeme uygulamalarının daha iyi anlaşılmasına ve kararlarının

[*] Ukrayna Ulusal Savcılık Akademisi Rektörü.

mesleki vazifelerinin ifasında aktif olarak kullanılmasına katkıda bulunmaktadır.

Eğitimler, Ukrayna ile bağlantılı ceza soruşturmaları alanında Avrupa İnsan Hakları mahkemesi tarafından verilebilecek, olası tüm kararların analizine müteveccihtir. Kamu otoritelerinin yaşama hakkı, özgürlük ve tutukluluk ile gözaltı süreçlerinde dokunulmazlık hakkı, ceza soruşturmalarının makul bir çizgide ilerlemesi, ve etkin yasal korumanın varlığını emniyet altına almasını öngören Sözleşmede yer alan maddelerin kapsamlı olarak incelenmesine özellikle dikkat edilmektedir.

Bunun yanı sıra, eğitimlerde Avrupa Mahkemesi'nin etkin soruşturma standartları ve gözetim altındaki kişilere gereğince tıbbi bakım sağlanması, soruşturma esnasında itham edilen tarafın haklarının korunması, kötü muamele ya da Sözleşmede teminat altına alınan diğer hakların ihlali sonucunda elde edilen kanıtların kullanılmaması konularındaki uygulamalarına önem verilmektedir.

Ukrayna Başsavcılığı ile birlikte Akademi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamalarından örnekler sunan, "Ceza soruşturmalarında kanıt ve deliller" başlıklı metodolojik önerileri geliştirmiş ve yayınlamıştır. Bu öneriler, ceza soruşturmaları esnasında soruşturmanın etkinliğini arttırmak adına ve savcılara yönelik olarak hazırlanmıştır. Bunlar Başsavcılığın resmi sitesinde yayınlanmış olup, pratikte savcılar tarafından kullanılmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından çeşitli hususlarda kural olarak belirlenen hukuki durumların mevcut kanunlara ve yerleşik uygulamalarından önemli ölçüde farklı olduğuna dikkat edilmelidir.

Buna istinaden, Ukrayna'yı, esas görevi vatandaşlarının hak ve özgürlüklerini korumak olan bir hukuk devleti haline getirmek, uluslararası hukukun ilke ve normlarına uygun biçimde Ukrayna kanunları hak ve özgürlüklerin korunması alanına getirilmediği müddetçe imkansız olacaktır.

Ukrayna Savcılığı Ulusal Akademisi, sonuçları mevcut Ukrayna kanunlarının değiştirilmesine ilişkin yapıcı teklifler geliştirmek için kullanılan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının kabul edilmesi ve uygulanması için çalışmalarını sürdürmektedir. Bu değişikliklerin amacı, Ukrayna yasalarını Avrupa standartları çizgisine çekmek, ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne giden taleplerin sayısını azaltmaktır.

Dolayısıyla, Avrupa Mahkemesi yargılama süreçlerinin sonuçlarına göre, Ukrayna'daki kolluk kuvvetlerinin reformu üzerine geçtiğimiz yıllarda Mahkemece belirlenen insan hakları ihlalleri temel olarak, tekerrürün 2012 yılında ceza soruşturmaları hükmündeki değişim nedeniyle asgariye indirildiği durumlar ile alakalıdır. Mamafih, gelecekteki ihlallerin önlenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gönderilen dilekçe sayısının azaltılması amacıyla, Akademi birtakım ulusal önlemler geliştirmiş ve sunmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği birçok kararın mahkeme öncesi soruşturmalar bölümünden kaynaklanan ihlallerle ve kısmen mahkeme öncesindeki efektif olmayan soruşturmalarla ve Ukrayna'nın mevcut mevzuatının gereksinimlerine uygun olarak makul sürelerin ihlal edilmesiyle ilgili bilgiler vermesine rağmen, bizim görüşümüze göre, savcının soruşturmacı üzerinde hiçbir tesir yolu bulunmamaktadır. Yukarıda bahsi geçen husus hesaba katıldığında, Ukrayna'nın cezai usul mevzuatına, polisin yasal talimatlara uygun davranmaması ve soruşturmayı gerçekleştiren kişilerin müdahil olma sürecini başlatmaya yönelik emirlere uymaması durumunda, savcıya bir disiplin sorumluluğu veren, ve mahkeme öncesi soruşturma organının, soruşturmacının mahkeme öncesi soruşturmanın gerçekleştirilme sürecinden çıkartılması işlemini uygulamayı haksız yere reddetmesi durumunda, kendisinin çıkarması yönünde bir hak veren bir

norm dahil edilmelidir.

Avrupa İnsan Hakları mahkemesine ceza davalarındaki, bir kişinin ölümünden sonra kayıtlara geçen etkisiz ön soruşturmalar ile ilişkili dilekçelerin en aza indirgenmesi adına, birtakım faktörlerin ortadan kaldırılması gerekmektedir. Bunlardan biri, insan hayatına karşı işlenen ve bir kişinin ölümünün sonucunda işlenen diğer suçların soruşturmasında kimi soruşturmacı ve savcıların metodoloji konusundaki bilgi ve beceri eksikliğidir. Bu durum özellikle olay yerini incelemek için gereken beceri ve nitelik olmadığı, bunun yanında olay yerinden alınan izlerin ve diğer fiziksel kanıtların tespit edilmesi, toplanması, korunması ve etkili bir şekilde kullanılması ile ilgili becerilerin olmadığı durumlarda, mahkeme öncesi soruşturmanın ilk aşaması esnasında daha da belirgin hale gelmektedir. Soruşturmacıların ve savcıların adli becerilerine ilişkin bilgi eksikliği, gerekli incelemelerin zamanında gerçekleştirilememesi ve bu incelemelerin tekrar ve fazladan yapılmasına neden olarak ön soruşturmanın verimliliğini ve ceza soruşturmalarının rasyonelliğine ilişkin koşullara olan uyumu olumsuz etkilemektedir. Bu sorunun ele alınmasında alınacak önlemin, hukuk öğrencileri, soruşturma ve savcılık ofisi sahibi olmak isteyen adaylar, ve bu suçlara ilişkin soruşturma yöntemlerini, olay yeri inceleme taktiklerini, kişinin ölümü üzerine ceza soruşturmasında adli inceleme ehliyeti hususlarını irdelemesi gereken soruşturmacı ve savcılar tarafından kapsamlı bir çalışmanın yapılması olduğu bilinmelidir. Ceza soruşturmalarında savcılar, soruşturmacılar, hakimler, saha ajanları, uzmanlar ve bilirkişiler arasındaki etkileşimin, Ukrayna Başsavcılığı, İçişleri Bakanlığı, Ulusal Polis, Ukrayna Güvenlik Servisi, Sağlık Bakanlığı, Adalet Bakanlığı ve diğer departmanların da katılımıyla, birden fazla aktör düzeyinde ve titizlikle düzenlenmesine daha büyük önem gösterilmesi gerektiğine inanıyoruz.

İşlemlerin yirmi dört saatlik video kaydı sayesinde (gizlilik ve kişisel veriler korunarak) yürütüldüğü ön soruşturma tesislerinin yanı sıra, gözaltı formunda bir önleyici tedbirin öngörüldüğü kişiler ve oluşumlar için olan gözaltı merkezlerinin de, işkenceyi, insanlık dışı ve kötü muamele ile cezaları önlemek üzere hazırlanması gerekliliği bulunmaktadır. Bunun yanı sıra, (özellikle ciddi ya da cürüm suçları işlediğinden şüphelenilen) şüphelilerle ilgili soruşturmalar esnasında video kaydı sağlanacaktır.

Bu, soruşturmanın zamanında ve objektif olarak yürütülmesi ve soruşturma ya da cezanın uygulanması zamanına ilişkin kişinin argümanlarının doğrulanması ya da aksinin ispatlanmasına olanak tanıyacaktır.

Akademi, bölge savcılıklarında, askeri savcılıklarda ve Ukrayna Başsavcılığında, kolluk kuvvetlerince yapılması muhtemel işkence ve kötü muamelenin zamanında tespiti için savcılara uygulama alanlarının getirilmesini önermektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne ceza soruşturmalarında ön soruşturma ve duruşma soruşturmasına ilişkin makul koşullara uyulmaması üzerine gönderilen dilekçelerin sayısını azaltmak için, birkaç faktörün ortadan kaldırılması gerekmektedir. Bu anlamda, adli tıp alanında savcıların, bilhassa ön soruşturma sürecinde kılavuzluk yapan savcıların, eğitim düzeyinin arttırılması gerekmektedir. Yukarıda belirtilenler göz önünde bulundurularak, etkinliği deneyim süresi ile ispatlanmış adli savcıların konumlarının yeniden belirlenmesi önerilmektedir.

Kişilerden itiraf almak adına işkence ya da insanlık dışı muamelenin yapılmasının önüne geçilmesi için, bununla birlikte bu anlamda ilgili devlet kurumlarının Ukrayna ceza muhakemesi kanunlarındaki müdahalesizliği nedeniyle ("Nechiporuk ve Yonkalo – Ukrayna", "Zaharkin – Ukrayna" davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı), soruşturmacı ve hakime derhal, ancak 24 saati geçmeyecek şekilde, kendisine karşı söz konusu eylemleri gerçekleştiren kişinin ifadesinde belirtilen gerçeklerin ön soruşturmasını yürütmek üzere uygun yetkiliyi görevlendirme

görevinin verilmesi önerilmektedir.

İnsanların uygun olmayan koşullarda nezaret altında tutulduğunun kabul edildiği ve hapis cezası şeklinde kısıtlayıcı bir önleme maruz bırakıldığının ve bunun yanında mahkeme öncesi süreçte nezaret altında tutulduğunun kabul edildiği, (11 Ocak 2006 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilen Avrupa Hapishane Kurallarının koşullarına uyumsuzluk ve 31 Temmuz 1957 tarihli Mahkûmlara Standart Davranma kurallarına uygunsuzluk) Avrupa İnsan Hakları mahkemesindeki hükümlere ayrıca dikkat çekilmektedir.

Yukarıda bahsi geçen hususlara ilişkin aşağıdakilere dikkat edilmesi uygun olacaktır.

Mevcut durumda, Ukrayna Kanunlarının ön soruşturma döneminde şüphelileri tutmak için öngördüğü alan normu, mahkûmların sürgün yerinde cezalarını çekmeleri için öngörülen alandan önemli ölçüde daha azdır. Dolayısıyla, Ukrayna Kanunlarına göre, tutuklu bulunan ve bir suçtan hüküm giymemiş kişiler, mahkûmlardan daha az hakka sahiptir.

Bu durumu göz önünde bulundurarak Akademi, mahkûm başına düşen yaşam alanı standartlarını arttırmayı teklif etmektedir.

Bununla birlikte, tutuklu bulunan kişilere, kendi masrafları dâhilinde doktor seçimi hakkı verilmesi ve tıbbi yardım almalarına müsamaha gösterilmesi teklif edilmektedir.

Yetersiz tutukluluk koşulları ya da kanunsuz yasal takibatı ile ilişkili kötü muamele üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine ulaşan dava sayısını azaltmak adına Akademi, bu tip eylemlerin verdiği zararın tazmini hususunda kanun düzeyinde bir kolaylaştırmaya gidilmesini önermektedir; bu, eylemlerin uluslararası yargı kurumlarına taşınmasını önleyecektir.

Akademi'nin, Ukrayna Yüksek Mahkemesi tarafından görülen ceza soruşturmalarında Ukrayna mevcut adli hüküm değerlendirme mekanizmasının düzenlenmesi ihtiyacını vurgulandığına da dikkat edilmelidir. Kanunlar uyarınca bu mekanizma, başlı başına Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin belirli kararlarının uygulanmasına yönelik bir önlemdir.

Dolayısıyla, davacının ihlal edilen haklarını tazminat dışında bir yol ile telafi edilmesinin sağlanması için Ukrayna kanunlarına uygun olarak, davacının Sözleşme ihlali öncesinde içinde bulunduğu koşulların yeniden sağlanması ya da yargı tarafından belirlenen diğer önlemler gibi, münferit ek önlemlerin alınması gerekmektedir. Davacının dava öncesi koşullarının sağlanması, idari yetkililerce yargılamanın yenilenmesi ya da işlemlerin yeniden başlatılması dahil olmak üzere davanın mahkemece yeniden incelenmesi yoluyla gerçekleştirilmek durumundadır.

Yargı yetkisi Ukrayna tarafından tanınan, uluslararası bir yargı kurumu tarafından belirlenen mevcut ceza muhakemeleri kanunları kapsamında, mahkemece verilen hüküm esnasında uluslararası yükümlülüklerin ihlali, hükümlerin Ukrayna Yüksek Mahkemesi tarafından yeniden değerlendirilmesi için bir gerekçe oluşturmaktadır.

Bunun yanı sıra kanunlar, düzelticiye yargılamanın yenilenmesi için yasal işlemleri başlatma hakkına ilişkin bir açıklamanın, ya da geçerli kanun uyarınca kovuşturmanın geri alınmasına dair haklarla ilgili bir açıklamanın tebliğ edilmesini öngörmektedir.

Uygulamada bu, Ukrayna'daki haklarını uluslararası yargı kurumuna ispatlayan kişinin (davacının), yine de Ukrayna Yüksek Mahkemesi tarafından hukuki değerlendirmenin başlatılması ile önceki durumuna dönebilmek için aktif önlemler alması gerektiği anlamına gelmektedir. Örneğin, yasal olarak doğru bir ifade vermek için veya Davalı tarafından buna benzer bir ifadenin hazırlanması adına ödeme yapmak için, veya mahkemenin tatmin olacağı şekilde argümanlarının doğruluğunu belirtmek için ve bir hükmü iptal ettirme veya değiştirme ihtiyacını ortaya koymak

için kanunda belirtilen zaman zarfı içerisinde. Bu zaman almaktadır ve bazı finansal harcamalar gerektirir.

Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin hükmüne göre, başvuru sahibi ile ilgili olarak Ukrayna'daki suç kovuşturmaları esnasında esas veya usul yönünden ihlaller hakkında belirtilen durumlarda, her türlü durumda, hükümlü kişi ile ilgili olarak hükmün gözden geçirilmesinin sağlanması ve Hükümlü kişi için, ancak bu kararın onaylanmasından sonra özel işlemlerin başlatılmasını savunmak mantıklı ve makul görünmektedir. Bu durumu hesaba katarak Akademi, yasama düzeyinde bu gücün, -Ukrayna ceza soruşturması mevzuatında ilgili değişikliklerin yapılması suretiyle – yalnızca savcılar ve özel olarak yetkilendirilmiş avukatlarda toplanarak konunun çözülmesini teklif etmektedir.

Ayrıca Akademi, ceza adaleti alanında uzman kişiler ve sürekli olarak eğitimlere katılan savcıların da bulunduğu bilimsel, pratik konferanslar ile yuvarlak masa toplantıları düzenlemektedir. Bu ekinliklerde gerçekleşen ceza muhakemesi üzerine tartışmalarda odak noktası, Sözleşme kapsamında özellikle Madde 2, 3, 5, 6,8 ve 13 ile koruma altına alınan insan hakları olmaktadır. Örneğin Temmuz 2016'da, "Geçici olarak işgal edilmiş topraklarda işlenen suçlar için ceza soruşturmalarında usuli delillerin özellikleri" başlıklı bir yuvarlak masa toplantısı düzenlenmiştir.

Katılımcılar, ceza soruşturmalarında kanıt toplama aşamasında Sözleşme ve Ukrayna Ceza Muhakemeleri Kanunu kapsamında belirtilen kanun ihlallerinin kabul edilemezliğine dikkat çekmiştir. Bireylerin, tüzel kişilerin ve anti terörist operasyon bölgesinde bulunan devletin mülkiyet hakkının korunmasına yönelik savcı faaliyetleri özellikle vurgulanmıştır.

2016 yılının ikinci yarısı için Ukrayna Ulusal Savcılık Akademisi, birkaç bilimsel konferans düzenlemeyi planlamaktadır. Bunlar: Uluslararası bilimsel ve pratik konferans "Terörist faaliyetlere karşı koymak: uluslararası deneyimler ve Ukrayna ile bağlantıları"; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bağlamında ceza soruşturmalarında kişilerin haklarının korunması üzerine soruların da dâhil edileceği, Ukrayna çıkışlı bilimsel-pratik konferans "Suça karşı koymak: teori ve uygulamalar".

Bunun yanı sıra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye yönelik çalışmalar üzerine eğitim ve araştırma etkinlikleri gerçekleştirmeyi planlıyoruz.

Bahsedilen hususlar ve bunların çözümlerinin Kongre çerçevesinde gerçekleşecek müzakerede geçerli olmasını umarım.

İlginiz için teşekkürler.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS PRACTICE AS A CONSTITUENT COMPONENT OF PROSECUTORS ADVANCED TRAINING SYSTEM OF UKRAINE

Ivan Prysiazhniuk[*]

Dear participants,

Ukraine is a member of Council of Europe since 1995. The entry of our country into the European organization demonstrates its democratic choice, aimed at protecting human rights and strengthening democratic institutions.

In this regard, Ukraine has signed and ratified Convention on Protection of Human Rights and Freedoms in July 17, 1997.

Uniqueness of European human rights and freedoms protection system lies in the fact that the judgments of European Court of Human Rights are obligatory for all bodies of the state-defendant, and entail very serious legal consequences in its national legal system.

It should be noted that a decisive role in establishing the rule of law belongs to criminal justice system, that's why prosecutors institute is assigned an important task. According to the recommendations on role of public prosecution in the criminal justice system given by Council of Europe it is said that prosecutors are representatives of public authorities who, on behalf of society and acting in the interests of state guarantee application of law when its violation leads to criminal sanctions, taking into account human rights and necessary effectiveness of the criminal justice system.

That is why, National Academy of the Public Prosecutor's Office of Ukraine pays notable attention to the study of provisions stated in Convention on Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and practice of European Court of Human Rights, which allows:

first, constantly deepen the knowledge of prosecutors in the field of human rights and focus on the use of approach based on human rights;

second, focus on further application of judgments made by European Court of Human Rights in prosecutorial practice and analyse laws concerning correspondence of legal positions of European Court of Human Rights.

Executive plenipotentiary for European Court of Human Rights on a permanent basis, informs Academy on judgments made by European Court in cases against Ukraine, which are brought to the attention of prosecutors of all levels in the end.

Trainings aimed at improvement of prosecutors skills in different categories are carried out on a regular basis, especially for those who carry out procedural operations of pre-trial investigation and support public prosecution in criminal court. The topics of mandatory lectures are the following: "Practice of European Court of Human Rights in public prosecutor's activity", "Ownership and admissibility of evidence in practice of European Court of Human Rights." In addition, there are trainings: "Prosecutor's use of practice of European Court of Human Rights during pre-trial investigation", "Prosecutor's use of practice of European Court of Human Rights during public prosecution" and "Prosecutor's use of practice of European Court of Human Rights

[*] Rector of National Academy of the Public Prosecutor's Office of Ukraine.

during supervising prosecutor's law abidance in performance of judicial judgments in criminal proceedings". Holding of such trainings for prosecutors contribute to a better understanding of Court's practice and active use of its judgments in the exercise of professional duties.

Trainings are aimed at analysis of all possible judgments made by European Court of Human Rights in the field of criminal proceedings related to Ukraine. Particular attention is paid to in-depth study of the articles stated in Convention, which obliges public authorities to ensure the right to life, right to liberty and personal inviolability during arrest and detention; conduction of criminal proceedings within a reasonable line is regulated, effective legal protection is guaranteed.

In addition, during the trainings special attention is paid to practice of European Court on effective investigation standards and provision of appropriate medical care to persons in custody, safeguards for the rights of accused party during the investigation, no use of evidence obtained as a result of bad treatment or other violations of rights guaranteed by the Convention.

Academy along with General Prosecutor's Office of Ukraine have developed and published methodological recommendations "Evidence and proof in criminal proceedings", which provides examples from practice of European Court of Human Rights. Recommendations are given for prosecutors to improve investigation effectiveness during criminal proceedings. They are published on official website of General Prosecutor's Office and are used by prosecutors in practice.

It should be noted that legal positions formulated by European Court of Human Rights on various issues, as a rule, significantly diverge from the current legislation and established practice of its application.

In its turn, construction of Ukraine as of a legal state, whose main task is to ensure the rights and freedoms of citizens, is impossible without bringing Ukrainian legislation in the field of rights and freedoms protection in accordance with the principles and norms of international law.

National Academy of the Public Prosecutor's Office of Ukraine constantly studies the practice of adoption and execution of judgments by European Court of Human Rights, results of which are used to develop constructive proposals to amend the current legislation of Ukraine. The purpose of these amendments is to bring the law of Ukraine in line with European standards and reduce the number of requests to European Court of Human Rights.

Thus, according to the results of judgments processing of European Court, it has to be noted that human rights violations established by Court mainly concern situations, where repetition is minimized due to the change of criminal proceedings order in 2012 and which was held in recent years on reform of law enforcement agencies in Ukraine. At the same time in order to prevent violations in future and reduce the number of applications sent to European Court of Human Rights, Academy developed and proposed a number of measures of national character.

Despite the fact that most judgments of European Court of Human Rights provides information on violation from the part of pre-trial investigation and partially non-effective pre-trial investigation and violations of reasonable timeframes in accordance with requirements of current legislation of Ukraine, the prosecutor in our opinion has no means of influence on the investigator. Considering the above mentioned, we propose to include in criminal procedural legislation of Ukraine a norm which gives prosecutor a right in case of non-compliance by the police of legal instructions and orders to initiate the involvement of persons conducting the investigation, to disciplinary responsibility, and in case of unjustified refusal of pre-trial investigation body to implement a removal of the investigator from conduction of pre-trial investigation - remove by yourself.

In order to minimize applications sent to European Court of Human Rights on non-effective pre-trial investigation in criminal cases, registered upon death of a person, a number of factors need to be eliminated. One of them is lack of knowledge and skills of some investigators and prosecutors regarding methodology of crimes investigation against human life and other crimes, which occurred as a result of a person's death. Especially it is topical during initial stage of pre-trial investigation during the absence of qualified skills to inspect the scene, as well as skills for identification, collection, preservation and efficient use of traces from the scene, and other physical evidence. Lack of knowledge of investigators and prosecutors on forensic capabilities lead to untimely appointment of necessary examinations, additional or repeated conduct of them that adversely affect the efficiency of pre-trial investigation and compliance with all terms of criminal proceedings rationality. It should be noted that the common measure to tackle the issue is carry out an in-depth study by students of law schools, candidates who want to hold investigation and prosecution offices, as well as by investigators and prosecutors themselves who need to examine investigation methods of these crimes, tactics of scene inspection, current capabilities of forensic examinations in criminal proceedings upon person's death. We believe that more attention must be paid to thorough regulation of interaction between prosecutors, investigators, judges, field agents, experts and specialists in criminal proceedings on multi-agency level with the participation of General Prosecutor's Office of Ukraine, Ministry of Internal Affairs, National Police, Security Service of Ukraine, Ministry of Health, Ministry of Justice and other departments.

There is an urgent need to equip detention places for persons or entities in respect of which there was given a preventive measure in the form of detention, as well as the premises of pre-trial investigation, where proceedings are carried out due to twenty-four-hour video-recording (but with protection of privacy and personal data) in order to prevent tortures, inhuman, bad treatment or punishment. In addition, video-recording must be provided during investigation process with suspects (especially those who are suspected of committing serious or high crimes).

It will allow timely and objectively carry out an appropriate investigation, confirm or refute the applicant's arguments on injuries or bad treatment during the proceedings or enforcement of sentences.

Academy recommends to introduce prosecutors areas of practice in prosecutors' offices on the regional level, military prosecutor's offices and General Prosecutor's Office of Ukraine in criminal proceedings to ensure timely tracking of torture and ill-treatment by law enforcement officials.

To reduce the number of applications sent to European Court of Human Rights concerning non-compliance with reasonable terms of pre-trial investigation and trial investigation of criminal proceedings, a number of factors need to be eliminated. In this regard, it is necessary to increase the level of trainings for prosecutors in the field of forensic science, especially those who carry out procedural guidance of pre-trial investigation. Considering the above, it is proposed to re-establish the positions of forensic prosecutors, efficiency of whose is proved by years of experience.

In order to prevent torture or inhuman or bad treatment of persons to get confessions from other people, as well as because of the lack of response in this regard of the relevant state bodies (judgment of European Court of Human Rights in case «Nechiporuk and Yonkalo versus Ukraine», «Zaharkin versus Ukraine») in criminal procedure legislation of Ukraine, it is proposed to give the duty of the investigator and judge immediately, but not later than 24 hours to charge the appropriate authority to carry out pre-trial investigation of the facts stated in the statement of the person committing such acts against himself.

It should be separately noted that judgments on European Court of Human Rights, which acknowledged improper conditions of persons detention and those who were sentenced to a measure of restraint in the form of imprisonment, as well as those who are in pre-trial detention (inconsistency of these conditions to European Prison Rules adopted by Committee of Ministers of the Council of Europe in January 11, 2006, and standard rules for treatment of prisoners in July 31, 1957).

Regarding the above mentioned it is advisable to note the following.

Currently, Law of Ukraine stipulates an area norm for keeping the suspects at the time of pre-trial investigation, which is significantly less than the one for prisoners serving a sentence in a penal colony. Thus, according to Law of Ukraine, people who are in custody and have not yet been found guilty of a crime, have fewer rights than prisoners.

Taking this into account, Academy proposes to increase the standards of living space per prisoner.

In addition, it is proposed to ensure that people in detention have a right of free choice of doctor and get proper tolerance for medical care, including treatment for their own expenses.

In order to reduce the number of cases on bad treatment sent to European Court of Human Rights regarding the inadequate conditions of detention or unlawful criminal prosecution, Academy offers to simplify on the legislative level the mechanism for compensation for harm for such actions, which will prevent them from addressing international judicial institutions.

It should also be noted that Academy emphasizes the need to adjust in Ukraine the current mechanism of judicial judgments review in criminal proceedings by Supreme Court of Ukraine. This mechanism in accordance with the legislation is a measure of an individual nature for the implementation of specific judgments of European Court of Human Rights.

Thus, in accordance with the legislation of Ukraine to provide the recovery for violated rights of the plaintiff apart from compensation, additional individual measures are to be made, such as recovery of pre-legal state of the plaintiff had before the violation of the Convention and other measures provided in the judgment. Restoring of previous pre-legal state of the plaintiff has to be made, in particular by re-examination of the case by court, including the reopening of proceedings or a retrial by administrative authorities.

Under the current criminal procedural legislation, established by an international judicial institution, jurisdiction of which is recognized by Ukraine, violations of international obligations during the judgment given by court is the basis for review of judgments by the Supreme Court of Ukraine.

In addition, law provides that the recoverer shall be notified with an explanation of its right to initiate legal proceedings for a retrial, or an explanation of the rights to the resumption of proceeding in accordance with applicable law.

In practice, this means that the person (Plaintiff), who has already proved in international judicial institution the fact of his rights in Ukraine, still need to take a lot of active measures to restore his previous state by initiating the appropriate judicial review by the Supreme Court of Ukraine. For example, within the period prescribed by law to make legally correct statement or pay for drafting of such a statement by the defender, or to establish to the satisfaction of the court correctness of his arguments and the need to cancel or change a judgment. It takes time and financial expenses.

However, it seems logical and fair to state that in the judgment of European Court of Human Rights, where it is stated about the substantive or procedural violations during criminal proceedings in Ukraine in respect of the applicant, in any case, should have a review of judgment in respect of the convicted person, which only when approved shall be initiated by special subjects. Taking this into account, Academy offers on the legislative level to tackle the issue on consolidation of such power exclusively by prosecutors or specially authorized lawyers - with the introduction of relevant amendments to the criminal procedure legislation of Ukraine.

Also, Academy holds scientific, practical conferences and round tables in which experts in the field of criminal justice and prosecutors who attend continuous trainings take part. At these events, during the discussion of the problems on criminal procedure where attention is focused on human rights, which are guaranteed by Convention, especially by art. 2, 3, 5, 6, 8 and 13. For example, in July 2016, a round table „Peculiarities of procedural evidence in criminal proceedings for crimes committed on temporarily occupied territories". Its participants noted the inadmissibility of rules violation stated in Convention and Criminal Procedure Code of Ukraine during the collection of evidence in criminal proceedings. Particular attention was paid to prosecutor activities, aimed at protecting the property rights of individuals, legal entities and the state on the territory of antiterrorist operation.

For the second half of 2016 National Academy of the Public Prosecutor's Office of Ukraine plans to hold a number of scientific conferences. In particular, International scientific and practical conference „Terrorist activities counteraction: international experience and its relevance for Ukraine"; Ukrainian scientific-practical conference "Crime counteraction: theory and practice", which will also include the questions of observance of the rights of persons in criminal proceedings in the context of European Court of Human Rights.

In addition, we plan to conduct other educational and research events aimed at the study of judgments by European Court of Human Rights and Convention on Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

I hope that the outlined issues and their solutions will be relevant for the discussion in the framework of the Congress.

Thank you for your attention.

ПРАКТИКА ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА КАК СОСТАВЛЯЮЩАЯ СИСТЕМЫ ПОВЫШЕНИЯ КВАЛИФИКАЦИИ ПРОКУРОРОВ УКРАИНЫ

Ivan Prysiazhniuk*

Уважаемые участники конгресса!

Украина является членом Совета Европы с 1995 года. Вступление нашей страны в эту общеевропейскую организацию свидетельствует о ее демократическом выборе, направленности на защиту прав человека и укрепления демократических институтов.

В связи с этим Украина подписала и ратифицировала 17 июля 1997 года Конвенцию о защите прав человека и основополагающих свобод.

Уникальность европейской системы защиты прав и свобод человека состоит в том, что решения Европейского Суда по правам человека обязательны для всех органов государства - ответчика и влекут за собой весьма серьезные юридические последствия в его национальной правовой системе.

Следует отметить, что определяющую роль в утверждении верховенства права играет система уголовного судопроизводства, поэтому на институт прокуроров возлагается важное задание. В Рекомендации Совета Европы относительно роли прокуратуры в системе уголовного судопроизводства говорится, что прокуроры являются представителями органов государственной власти, которые от имени общества и в интересах государства гарантируют применение закона, когда его нарушение ведет к уголовным санкциям, учитывая, как права человека, так и необходимую эффективность системы уголовного судопроизводства.

В связи с этим, в Национальной Академии прокуратуры Украины уделяется значительное внимание изучению положений Конвенции о защите прав человека и основополагающих свобод, а также практики Европейского суда по правам человека, что позволяет:

во-первых, постоянно углублять уровень знаний прокуроров в области прав человека и ориентировать на использовании в работе подхода, основанного на правах человека;

во-вторых, акцентировать на дальнейшем применении решений Европейского суда по правам человека в прокурорской практике и анализе законов на предмет соответствия правовым позициям Европейского суда по правам человека.

Правительственный уполномоченный по делам Европейского суда по правам человека на постоянной основе, информирует Академию о решениях Европейского суда в делах против Украины, которые впоследствии доводятся до сведения работников прокуратуры всех уровней.

В Академии проводятся занятия по повышению квалификации прокуроров разных категорий, но прежде всего тех, которые осуществляют процессуальное руководство досудебным расследованием и поддерживают государственное обвинение в суде по уголовным делам. В обязательном порядке им читаются лекции на темы: „Практика Европейского суда по правам человека в прокурорской деятельности", „Принадлежность и допустимость доказательств в практике Европейского суда по правам человека". Кроме того, проводятся тренинги на

* Тезисы выступления ректора Национальной академии прокуратуры Украины на Международном конгрессе права.

темы: „Использование прокурором решений Европейского суда по правам человека во время досудебного расследования", „Использование прокурором практики Европейского суда по правам человека во время поддержания государственного обвинения" и „Использование прокурором решений Европейского суда по правам человека во время осуществления прокурором надзора за соблюдением законов при выполнении судебных решений в уголовном процессе". Проведение подобных тренингов для прокуроров способствует более глубокому изучению практики Суда и активное использование его решений во время исполнения своих профессиональных обязанностей.

На этих занятиях изучаются и анализируются фактически все решения Европейского Суда по правам человека в сфере уголовного производства, которые касаются Украины. Особое внимание акцентируется на углубленном изучении статей Конвенции, которые обязывают органы государственной власти обеспечивать право на жизнь, право на свободу и личную неприкосновенность во время задержания и ареста, запрещают применять пытки, регламентируют проведение уголовного производства в разумные строки, гарантируют эффективную юридическую защиту.

Кроме этого, слушатели изучают практику Европейского Суда относительно стандартов эффективного расследования и предоставление надлежащей медицинской помощи лицам, содержащимся под стражей, обеспечении прав обвиняемого во время расследования, не использование доказательств, полученных в результате жестокого обращения или другого нарушения прав, гарантированных Конвенцией.

Академией совместно с Генеральной прокуратурой Украины разработаны и опубликованы методические рекомендации „Доказательства и доказывание в уголовном производстве", в которых приводятся соответствующие примеры из практики Европейского суда по правам человека. Методические рекомендации специально разрабатываются для прокуроров с целью улучшения эффективности расследования уголовных производств. Они публикуются на официальном сайте Генеральной прокуратуры и используются прокурорами в практической деятельности.

Следует отметить, что правовые позиции, формулируемые Европейским Судом по правам человека по тем или иным вопросам, зачастую существенным образом расходятся с действующим законодательством и сложившейся практикой его применения.

В свою очередь, построение Украины как правового государства, основной задачей которого является обеспечение прав и свобод человека и гражданина, невозможно без приведения украинского законодательства в области защиты прав и свобод в соответствии с принципами и нормами международного права.

Национальной академией прокуратуры Украины постоянно изучается практика принятия и исполнения решений Европейского Суда по правам человека, по результатам которой разрабатываются конструктивные предложения относительно внесения изменений в действующее законодательство Украины. Целью таких изменений является приведение законом Украины в соответствие с европейскими стандартами и уменьшение количества заявлений в Европейский суд по правам человека.

Так, по результатам обработки решений Европейского суда следует отметить, что нарушения прав человека, установленные Судом, касаются в основном ситуаций, повторение которых минимизировано в связи с изменением в 2012 году порядка уголовного производства и проведенном на протяжении последних лет реформированию правоохранительных органов в Украине. Одновременно с целью недопущения нарушений в дальнейшем и уменьшения

количества соответствующих заявлений в Европейский суд по правам человека Академией разработано и предложено ряд мер общегосударственного характера.

Не смотря на тот факт, что в большинстве решений Европейского Суда по правам человека констатировано нарушение со стороны органов досудебного расследования в части не эффективного досудебного расследования и нарушениях разумных сроков в соответствии с требованиями действующего законодательства Украины, у прокурора по нашему мнению отсутствуют рычаги воздействия на следователя. Учитывая изложенное, мы предлагаем предусмотреть в уголовном процессуальном законодательстве Украины норму, уполномачивающую прокурора, в случае невыполнения полицией законных указаний и поручений, инициировать привлечение лиц, проводящих расследование, к дисциплинарной ответственности, а в случае необоснованного отказа руководителя органа досудебного расследования в отстранении следователя от проведения досудебного расследования – самостоятельно его устранять.

С целью уменьшения заявлений в Европейский суд по правам человека относительно не эффективного досудебного расследования в уголовных процессах, зарегистрированных по факту гибели человека, необходимо устранить ряд факторов. Одним из них является недостаточный уровень знаний и квалификации некоторых следователей и прокуроров относительно методики расследования преступлений против жизни человека и других преступлений, в результате которых произошла смерть человека. Особенно это является актуальным на первоначальном этапе досудебного расследования, при отсутствии навыков квалифицированно провести осмотр места происшествия, а также умений по выявлению, сбору, сохранности и эффективного использования следов с места происшествия и иных вещественных доказательств. Недостаточность знаний следователей и прокуроров о возможностях судебной экспертизы приводят к несвоевременному назначению необходимых экспертиз, дополнительного или повторного их проведения, что негативно сказывается на оперативности досудебного расследования и соблюдения требований о разумности сроков всего уголовного производства. Нужно отметить, что общим мероприятием для исправления такого положения в данном аспекте проблемы является углубленное изучение студентами юридических учебных заведений, кандидатами на следственные и прокурорские должности, а также самими следователями и прокурорами методики расследования указанных преступлений, тактики проведения осмотра места происшествия, современных возможностей судебных экспертиз в уголовном производстве по факту смерти человека. Как мы полагаем, следует более тщательно урегулировать порядок взаимодействия прокуроров, следователей, судей, оперативных сотрудников, экспертов и специалистов в уголовных процессах на межведомственном уровне при участии Генеральной прокуратуры Украины, Министерства внутренних дел, Национальной полиции, Службы безопасности Украины, Министерства здравоохранения Украины, Министерства юстиции Украины и других ведомств.

Насущной является необходимость оборудовать места для содержания задержанных лиц или лиц, в отношении которых избрана мера пресечения в виде содержания под стражей, а также помещений органов досудебного расследования, где проводятся процессуальные действия системами круглосуточной видеофиксации изображения (но с сохранением тайны следствия и персональных данных) с целью недопущения пыток, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания. Кроме того, необходимо предусмотреть видеофиксацию хода проведения следственных действий с подозреваемыми (особенно теми, которые подозреваются в совершении тяжких или особо тяжких преступлений).

Указанное позволит своевременно и объективно провести соответствующую проверку, опровергнуть или подтвердить доводы заявителя о нанесении ему телесных повреждений

или жестокого обращения с ним во время проведения процессуальных действий или при исполнении наказания.

Академией предложено ввести специализацию прокуроров в прокуратурах регионального уровня, военных прокуратурах регионов и Генеральной прокуратуре Украины в уголовном производстве для обеспечения своевременного отслеживания фактов пыток и жестокого обращения со стороны сотрудников правоохранительных органов.

Для уменьшения заявлений в Европейский суд по правам человека относительно несоблюдения разумных сроков досудебного расследования и судебного рассмотрения уголовного производства, необходимо устранить ряд факторов. В связи с этим, необходимо повышать уровень подготовки прокуроров в области криминалистики, особенно тех, которые осуществляют процессуальное руководство досудебным расследованием. Учитывая изложенное, предложено восстановить должности прокуроров-криминалистов, эффективность работы которых доказана многолетним опытом.

С целью недопущения пыток или бесчеловечного или унижающего достоинство обращения с лицами для получения признательных показаний в отношении себя или других лиц, а также отсутствия реакции по этому поводу соответствующих органов государства (решение Европейского суда по делу «Нечипорук и Йонкало против Украины», «Захаркин против Украины») в уголовное процессуальное законодательство Украины предложено предусмотреть обязанность следователя, судьи безотлагательно, но не позднее 24 часов поручить соответствующему органу досудебного расследования провести исследование фактов, изложенных в заявлении лица о совершении таких действий в отношении него.

Отдельно следует отметить о решениях Европейского суда по правам человека, которыми признано ненадлежащими условия содержания лиц, осужденных к мере пресечения в виде лишения свободы, а также тех, кто находится в местах предварительного заключения (несоответствие этих условий Европейским пенитенциарным правилам, принятым Кабинетом министров Совета Европы 11 января 2006 года, и минимальным стандартным правилам обращения с заключенными от 31 июля 1957 г.).

Относительно вышеуказанного целесообразно отметить следующее.

На данный момент действующим законом Украины предусмотренные нормы площади для содержания под стражей подозреваемых во время досудебного следствия существенно меньше, чем для осужденных, отбывающих наказание в исправительной колонии. Таким образом, согласно закону лица, находящиеся под стражей и еще не признаны судом виновными в совершении преступления, имеют меньше прав, чем осужденные.

Учитывая изложенное, Академией предложено предусмотреть увеличение нормы жилой площади на одного заключенного.

Кроме этого, предлагается обеспечить лицам, находящимся под стражей, реализацию права на свободный выбор и допуск врача для получения медицинской помощи, в том числе за собственные средства.

С целью уменьшения количества случаев обращения лиц в Европейский суд по правам человека относительно ненадлежащих условий содержания под стражей или незаконного привлечения к уголовной ответственности, Академией предложено на законодательном уровне упростить механизм возмещения им вреда за такие действия, что избавит их от необходимости обращаться за защитой в международные судебные учреждения.

Следует также отметить, что Академией акцентирована необходимость корректировки

действующего в Украине механизма пересмотра судебных решений по уголовным производствам Верховным Судом Украины. Этот механизм в соответствии с законодательством является мерой индивидуального характера по реализации конкретного решения Европейского суда по правам человека.

Так, в соответствии с законом для обеспечения восстановления нарушенных прав взыскателя кроме выплаты возмещения предпринимаются также дополнительные меры индивидуального характера, например, восстановление настолько, насколько это возможно, предварительного юридического состояния, которое взыскатель имел до нарушения Конвенции, и другие меры, предусмотренные в решении. Восстановление предыдущего юридического состояния взыскателя осуществляется, в частности, путем повторного рассмотрения дела судом, в том числе возобновление производства по делу или повторного рассмотрения дела административным органом.

Согласно действующему уголовному процессуальному законодательству установление международным судебным учреждением, юрисдикция которого признана Украиной, нарушения международных обязательств при решении дела судом является основанием для пересмотра судебных решений Верховным Судом Украины.

Кроме того, законом предусмотрено, что Взыскателю направляется уведомление с разъяснением его права возбудить производство о пересмотре дела, или разъяснением права на возобновление производства в соответствии с действующим законодательством.

На практике это означает, что лицу (Взыскателю), который уже доказал в международном судебном учреждении факт нарушений Украиной его прав, еще нужно предпринять немало активных действий для восстановления своего прежнего состояния путем инициирования соответствующего пересмотра судебного решения Верховным Судом Украины. Например, в установленный законом срок составить юридически правильное заявление или оплатить составления такого заявления защитником, доказать перед судом правильность своих аргументов и необходимости отмены или изменения судебного решения по нему. Это все требует новых временных и финансовых затрат.

Однако представляется логичным и справедливым, что наличие решения Европейского суда по правам человека, в котором констатировано материальные или процессуальные нарушения со стороны Украины при рассмотрении уголовного дела (производства) в отношении заявителя, в любом случае должно иметь своим последствием пересмотр судебного решения в отношении осужденного, которое по его согласию должно инициироваться специальными субъектами. Учитывая это, Академией предложено на законодательном уровне решить вопрос о закреплении такого полномочия именно за прокурорами или специально уполномоченными адвокатами - с внесением соответствующих изменений в уголовное процессуальное законодательство Украины.

Также в Академии проходят научно-практические конференции и круглые столы, в которых принимают участие специалисты в области уголовной юстиции и прокуроры, которые повышают квалификацию. На этих мероприятиях при обсуждении проблем уголовного процесса внимание сосредоточено на соблюдении прав человека, которые гарантируются Конвенцией, особенно в ст. ст. 2, 3, 5, 6, 8 и 13. Так, в июле этого года состоялся круглый стол „Особенности процессуального доказывания в уголовных производствах о преступлениях, совершенных на временно оккупированных территориях". Его участниками отмечалось на недопустимость нарушения норм Конвенции и Уголовного процессуального кодекса Украины во время сбора доказательств в уголовных процессах. Особое внимание акцентировалось на деятельности прокурора, направленной на защиту имущественных прав физических,

юридических лиц и государства в зоне проведения антитеррористической операции.

На второе полугодие 2016 года в Национальной академии прокуратуры Украины запланировано проведение ряда научных конференций. В частности, Международной научно-практической конференция „Противодействие террористической деятельности: международный опыт и его актуальность для Украины”; Всеукраинской научно-практической конференции „Противодействие преступности: теория и практика”, на которых также будут выноситься вопросы соблюдения прав лица в уголовном процессе в контексте практики Европейского суда по правам человека.

Кроме того, планируется проведение других учебно-научных мероприятий, направленных на изучение решений Европейского суда по правам человека и положений Конвенции о защите прав человека и основополагающих свобод.

Надеюсь, что обозначенные проблемы и способы их решения будут актуальными и для обсуждения в рамках данного конгресса.

Спасибо за внимание.

ULUSLARARASI İSTANBUL HUKUK KONGRESİ
INTERNATIONAL İSTANBUL LAW CONGRESS
17-19 EKİM 2016
17-19 OCTOBER 2016

İKİNCİ GÜN
SECOND DAY

ENDERUN SALONU
ENDERUN HALL

Tahkim - II
Arbitration - II

İSVİÇRE FEDERAL YÜKSEK MAHKEMESİ VE ULUSLARARASI TAHKİME DOSTANE YAKLAŞIMI

Dr. Christoph Hurni[*]

Giriş

Yaşadığımız dönem, yasal sistemler arasında rekabetin olduğu dönemdir. İngiltere ve Galler Hukuk Cemiyeti[1], İngiliz hukukunun "sonuçlarının, hukuki kesinliğinin ve adilliğinin öngörülebilirliğini" vurgulayarak ve bir İngiliz mahkemesi tarafından verilen kararın "yargı mükemmelliğinin ve doğruluğunun garantisi"ni överek, yargılama yetkisini "dünya çapındaki uyuşmazlıkların çözümü için tercih edilen yargılama"[2] olarak tanıtmaktadır. «Hukuk – Almanya'da üretilmiştir» başlıklı bir broşürde, Alman Federal Adalet Bakanı «girişimciler için Alman Hukukunun gerçek bir rekabet avantajı» oluşturduğuna, çünkü «öngörülebilir, karşılanabilir ve uygulanabilir» olduğuna ve Alman mahkemelerinin "bağımsız, hızlı ve düşük maliyetli"[3] olduğuna dikkat çekmektedir.

Küreselleşen bir dünyada, hukuk ve uyuşmazlık çözümü, küresel pazarın yargı organları tarafından aktif olarak duyurulan bir ürün, bir emtia haline gelmiştir[4]. Buna göre, Paris veya Londra gibi klasik tahkim mekânları, yargı yetkilerini, daha bir canlılıkla tahkim için "seçim bölgesi" olarak tanıtmaktadır[5]. Yargı bölgeleri, *çekici bir tahkim yeri*[6] olarak bir itibar yaratmaya çalışmaktadır. Elbette, İsviçre de bu yarışa aktif olarak katılmaktadır - "İsviçre'nin çekiciliğini uluslararası bir tahkim yeri olarak koruma" başlığı altındaki bir önergenin 2012 yılında İsviçre Parlamentosu tarafından onaylanması bunun kanıtıdır[7].

Tahkim için çekici bir yer olmak için *tahkim dostu* olmak gerektiğini söylemeye gerek yoktur. Mevcut yazıda, bunun ne anlama geldiğini ve İsviçre Federal Yargıtayı'nın (bundan sonra: FSC) İsviçre'yi uluslararası tahkime uygun bir yer olarak tutmaya nasıl katkıda bulunduğunu analiz etmeye çalışmaktayız.

I. Tahkim-Dostu Ne Demektir?

Önde gelen iki yazarın belirttiği gibi, bir yargı bölgesinin "tahkim-dostu bir tahkim

---

* İsviçre Federal Yüksek Mahkemesinde Hukuk Danışmanı.

1 http://www.lawsociety.org.uk

2 Bkz. Broşür 'İngiltere ve Galler: Seçim Yargısı', s. 5, http://www.lawsociety.org.uk/documents/downloads/jurisdiction_of_choice_brochure.pdf

3 "Made_in_Germany" isimli Broşür 2. baskı, 2011, s. 3, http://www.lawmadeingermany.de/Law-Made_in_Germany.pdf

4 Horst Eidenmüll Er, Rechtals Produkt, Juristenzeitung JZ 13 (2009), s. 641 vd.

5 Bkz. Örneğin, promosyon etkinlikleri, http://www.parisar bitration.com (Paris için) ve http://www.unlockingdisputes.com (Londra için).

6 Stephan Wilsk E., The Global Competition for the 'Best' Place of Arbitration for International Arbitrations – A more or Less Biased Reviewof the Usual Suspects and Recent Newcomers, Contemporary Asia Arbitration Journal 1(2008), s. 24.

7 1 Haziran 2012 tarihinde İsviçre Ulusal Konseyi tarafından onaylanan RK-NR No. 08.417 sayılı karar ('Die Attraktivität der Schweiz als internationalen Schiedsplatz erhalten'; 'Maintenirl'attrait de la Suisse commeplacearbitrale au niveau international')

ortamı"[8] olarak tanınmasını neyin sağladığı sorusuna kolay bir cevap bulunmamaktadır. Olası cevaplar, en azından kısmen öznel kriterlere dayanmaktadır ve tahkim sürecine katılan paydaşlara bağlıdır: Tarafların tahkim dostu bir yer yönündeki beklentileri, avukatlarının veya hakemlerinin beklentileri ile aynı olmayabilir.

Bu yazıda, İsviçre'de hakem tutmak için ikna olmaları gereken tüketicilerin - tarafların - *tahkim* konusundaki beklentilerine odaklanıyoruz.

JAN PAULSSON'a[9] göre, işletmeler tahkim için bir mekan seçtiğinde, çeşitli yasal sistemler arasındaki ayrıntılı farklılıkları umursamamaktadır. Günümüzün küresel pazarında, bir tarafın mekan seçimini etkileyen hayati faktörler temel olarak yalnızca iki tanedir:

- Ulusal mahkemeler, bir tarafın uygun bir süre içinde makul maliyetlerle karara ulaşmasını engelleyecek mi?
- Ulusal mahkemelerde karar sonrasında mahkemeyi boşa uğraştıran davalar açılabilir mi?

Uluslararası tahkim alanındaki kullanıcılar için önemli olan, kararın sonuçlanması, hız ve masraflardır. Başka bir deyişle, uluslararası taraflar için, tahkim dostu olmak, devlet mahkemelerinin tahkim boyunca *müdahaleci olmayan bir yaklaşımla "el sürmeme yaklaşımı"* göstermesi demektir.

Uluslararası taraflar için "el sürmeme yaklaşımı", eyalet mahkemelerinin, *bir uyuşmazlığı eyalet mahkemesinden ziyade bir hakem mahkemesine sunma tercihine saygı duyduğunu*[10] ortaya koymaktadır.

Devlet mahkemelerinin müdahalesinin gerekli olduğu ölçüde, uluslararası taraflar, devlet mahkemelerinin, *lexarbitri*'yi yerel kavramlardan ziyade uluslararası kriterlere göre inceleme, yorumlama ve uygulama gerektiren *uluslararası tahkimin*[11] *seçiciliğine* (veya "*özgüllüğüne*") saygı göstermelerini beklemektedir[12].

Uygulamalı düzeyde, uluslararası taraflar *yargılamanın eyalet mahkemelerinde seri, hızlı ve kolay bir şekilde yapılmasını beklemektedir*.

Aşağıdaki başlık altında, FSC'nin bu beklentileri ne derece karşıladığını değerlendirmeye çalışacağız.

II. FSC'nin Tahkim Dostluğu Beklentilerine Yaklaşımı

A. Tahkim Hakkındaki Genel Yaklaşım

FSC yasayla sınırlandırılmıştır[13]. Yasama tarafından sağlanan kanuni çerçevenin biçim ve sınırları içinde hareket eder. Bu yüzden, FSC'nin tahkime yaklaşımı ve tahkim dostluğu beklentilerini karşılama kabiliyeti, öncelikle *yürürlükte olan yasayla* belirlenir.

Özel Uluslararası Hukukla İlgili Federal Kanunun[14] (bundan sonra: PILA) 191. maddesine

8 Daniel Hochstrasser / Marc Blessing, Einleitung zum Zwölften Kapitel: Grundlagen der Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, içinde: Basler Kommentar IPRG, 2. baskı, 2007, s. 141.

9 Jan Paulsson, Arbitration-Friendliness: Promise of Principle and Realities of Practice, Arbitration International, The Journal of the London Court of International Arbitration, 3 (2007), s. 479.

10 Marc Blessing, Drafting an Arbitration Clause, in: The Arbitration Agreement – Its Multifold Critical Aspects, ASA Özel Serisi No. 8, Zürih 1994, s. 47.

11 Blessing, loc. cit.; Hochstrasser / Blessing , op. cit., s. 144

12 Hochstrasser / Blessing , op. cit., s. 144.

13 Federal Anayasanın 191c ve 190. maddeleri.

14 18 Aralık 1987 tarihli Özel Uluslararası Kanunla İlgili Federal Kanun (Federal Mevzuatın Gizli Baskısı No. 291).

göre, FSC, İsviçre'de bir tahkim mahkemesinin alacağı uluslararası kararları iptal etme yetki olan tek mahkemedir[15,16]. Tahkim kararlarına, Yargıtay Yasasının 77. maddesi uyarınca, *özel hukuk konularında temyiz* yoluyla itiraz edilebilir.

Verilen kararlara karşı *özel hukuk konularında temyiz,* devlet mahkemesi kararlarına karşı özel konularda yapılan olağan itiraz modeline dayanmaktadır. Bazı benzersiz yönleri olmasına rağmen, karara karşı itiraz, yine de temelde, devlet mahkemeleri tarafından verilen kararlara karşı olanla aynı çözüm yoludur. Diğer yargı bölgelerinin aksine, bir karara karşı - "*Aufhebungsklage*"[17] gibi - farklı bir çözüm yolu bulunmamaktadır.

Bu nedenle, FSC günlük işlerinde, bir devlet mahkemesinin kararına karşı itirazda bulunmak ya da bir karara karşı itirazda bulunmak arasında herhangi bir ayrım yapmaz. FSC'nin görüşüne göre, hem bir Devlet Mahkemesi hem de bir tahkim mahkemesi, bulguları FSC tarafından gözden geçirilecek olan bir "Alt Mahkeme" («*Vorinstanz*») olarak düşünülür (inceleme, farklı gerekçelerle yapılacak olsa bile)[18].

Böyle bir yaklaşımın, tahkimin özelliğine saygı göstermeden, müdahaleci bir ortamdan yararlanacağından şüphelenilebilir. Ancak, tecrübelerimize göre tam tersi durum söz konusudur: FSC'nin, hem bir devlet mahkemesine hem de bir tahkim mahkemesine "alt mahkeme" olarak baktığı gerçeği, *aynı basamaktaki* İsviçre yargı sisteminin aktörleri gibi, FSC'nin de her iki yargı panelini tamamen eşit kabul ettiği anlamına gelir. FSC'nin, tahkim kurullarının özel adaletine yönelik herhangi bir önyargısı, güvensizliği veya çekincesi yoktur. Bu, müdahaleci olmayan bir temel ortam oluşturur.

B. Tahkim Kararlarını Gözden Geçirme Yaklaşımı

1. Gözden Geçirme İçin Sınırlı Gerekçeler

Bir tahkim kararının FSC tarafından iptal edilmesine ilişkin gerekçeler, PILA'nın 190 (2). Maddesinde belirtilmiştir;

Karar ancak aşağıdaki şartlarda iptal edilebilir:

a. Tek hakem uygun şekilde oluşturulmamışsa veya Tahkim Mahkemesi uygun şekilde kurulamamışsa;

b. Tahkim Mahkemesi yargı yetkisini yanlışlıkla kabul etmiş veya reddetmişse;

c. Tahkim Mahkemesinin kararı kendisine sunulan taleplerin ötesine geçmişse;

d. Taraflara eşit muamele ilkesi veya tarafların dinlenme hakkı ihlal edilmişse;

e. Karar kamu politikasıyla bağdaşmıyorsa;

15 PILA madde 191; Yüksek Mahkeme Kanununun 77 (1) (a) sayılı maddesi.

16 Bununla birlikte, PILA madde 176 (2)'ye göre, taraflar, PILA'nın 12. bölümünün hükümlerinin kapsam dışında olduğuna ve İsviçre Hukuk Muhakemeleri Usul Kanununun yurt içi tahkime ilişkin hükümlerinin münhasıran geçerli olacağına karar verebilirler. Dahası, İsviçre Hukuk Muhakemeleri Usul Kanununun (272 sayılı Federal Mevzuat'ın Gizli Derlemesi) 390 (1) sayılı maddesi uyarınca taraflar, tahkim mahkemesinin yeri olan Kanton Mahkemesinin verdiği karara karşı temyiz başvurusunda bulunmaya karar verebilirler. Kanton Mahkemesinin kararı nihaidir (Hukuk Muhakemeleri Usul Kanununun 390 [2] maddesi).

17 Alman Hukuk Muhakemeleri Usul Kanunu 1059. maddesi; Avusturya Hukuk Muhakemeleri Usul Kanunu 611. maddesi

18 Bkz. İsviçre sisteminin bu özelliğine Avusturya bakış açısından bakıldığında Walter H. Rechberger, Zur Rechtsnatur der Anfechtung von Schiedssprüchen, yazan: Geimer /Schütze (editörler), Recht ohne Grenzen, Festsschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag, Münih 2012, s. 816 vd.

Mesele sadece bu listenin kısa ve sınırlı olması değil, ayrıca FSC'nin - belirsizlikten kaçınmak için - *kapsamlı*[19] olduğunu çok erken açıklamış olmasıdır. Dahası, FSC iptal gerekçeleri için kısıtlayıcı bir yorum yapmıştır: gerekçelerin esasen usül konusunu ilgilendirdiğini ve *maddi gözden geçirmenin,* kararın *kamu politikasını* ihlal edip etmediği sorusu ile sınırlı olduğunu açıklığa kavuşturmuştur.

2. İptal Gerekçelerinin PILA Madde 190 (2) (d) ve (e)'ye Göre Dar Çerçevede Yorumlanması

PILA Madde 190 (2) (d)'de belirtilen iptal gerekçelerine ilişkin olarak FSC, bu bölümün iptale sadece, PILA Madde 182 (3) uyarınca olan usüle ilişkin zorunlu ilkelerin - taraflara eşit muamele ve muhalefet davalarında tüm tarafların dinlenme hakkı - ihlal edilmesi durumunda izin verdiğini belirtmiştir[20]. Taraflarca oluşturulan diğer usül kurallarının ihlali durumunda iptale izin vermez.

FSC, *dinlenme hakkının* genel içeriğini daraltmış olmasına rağmen (kanuni süreç): AİHM'nin 6 (1) numaralı Maddesi kapsamındaki ilkeden farklı olarak, PILA 190 (2) (d) Maddesi uyarınca verilen dinlenme hakkı, gerekçe gösterme yükümlülüğünü kapsamamaktadır (bu yükümlülük, çekişmeli yargılama ilkesinin bir parçası olmamak üzere)[21]. Genel olarak, FSC, dinlenme hakkının esasa ilişkin doğru bir karar hakkı içermediğini kabul eder. Dolayısıyla, tahkim kurulunun dosyadaki tüm belgeleri dikkate alıp almadığını ve doğru anlayıp anlamadığını incelemek FSC'nin görevi değildir[22]. Ayrıca, 190 (2) (d) maddesinin gerekçelerini tazelemek, FSC'nin, kanunun esasa ilişkin uygulanmasını gözden geçirerek devam ettiği anlamına gelmez[23]. Eşit muamele ilkesine gelince, FSC bu gereksinimin, savunulamayacak olmasına rağmen, kanıtların değerlendirilmesinden ve bir kararda yer alan yasanın uygulanmasından etkilenmediğini ileri sürmüştür[24].

PILA 190 (2) (e) maddesinin iptaline ilişkin gerekçelerle ilgili olarak - kamu politikasının ihlali - FSC'nin kısıtlayıcı yaklaşımı açıktır: Eylül 2016'dan itibaren bu gerekçelerle sadece iki karar iptal edilmiştir; bunlardan biri usüle dayalı kamu politikasının ihlal edilmesi[25] ve diğeri esas kamu politikasının ihlal edilmesidir[26]. FSC'ye göre bir karar, maddi hukukun temel ilkelerini, kararın yasal düzen ve ilgili değerler sistemi ile uyumlu olmadığı bir noktaya kadar ihlal etmesi halinde, esasa dayalı kamu politikasına aykırıdır[27]. Usüle dayalı kamu politikası taraflara, uygulanabilir kurallara uygun bir şekilde, tahkim mahkemesine sunulan davacı talebi ve olay raporuna ilişkin bağımsız bir karar alma hakkını garanti eder; temel ve genel kabul görmüş usüle ilişkin ilkelerin ihlal edilmesi durumunda ve bu ihlalin adalet duygusu açısından katlanılmaz bir çelişkiye yol açması, böylece kararın, hukukun üstünlüğüne dayalı bir devlette tanınan değerlerle uyumsuz görünmesi durumunda, usüle ilişkin kamu politikasının ihlali söz konusudur[28]. Genel anlamda, kamu politikası savunması, hukuk düzeninin temel ilkelerini şok edici bir biçimde ihlal eden

19 FCD 115 II 102 ilgili yer: 3a.

20 FCD 130 III 35 ilgili yer: 5.

21 FCD 134 III 186 ilgili yer: 6.1.

22 FCD 127 III 576 ilgili yer: 2b.

23 24 Kasım 2003 tarih ve 4P_202 / 2003 sayılı karar, ilgili yer: 2.2.

24 31 Ocak 2012 tarihli 4A_360 / 2011 sayılı karar, ilgili yer: 4.1.

25 13 Nisan 2010 tarihli 4A_490/ 2009 sayılı karar.

26 27 Mart 2012 tarihli 4A_558 / 2011 sayılı karar.

27 FCD 132 III 389 ilgili yer: 2.2.1.

28 FCD 132 III 389 ilgili yer: 2.2.1.

kararların, hukukun üstünlüğüne dayalı bir devlette olduğu gibi bozulmasına izin vermelidir.

3. Gerçekler Hakkında Gözden Geçirme Olmaması ya da Çok Sınırlı Olması

Yargıtay Yasası'nın 105 (1) numaralı Maddesine göre, FSC kararlarını, Alt Mahkeme tarafından belirlenen gerçeklere dayandırmaktadır. Bu hüküm, tahkim kararlarına karşı sivil konularda yapılan itirazlarda da geçerlidir. Bu, FSC'nin esasen, tahkim kararında tespit edilen vakanın gerçekleri ile bağlı olduğu anlamına gelmektedir[29]. Uluslararası tahkim ile ilgili işlemlerde, FSC kararın gerçeklerini, yalnızca PILA'nın 190 (2) numaralı Maddesinin gerekçelerinden birine başvurulduğu ölçüde gözden geçirebilir; yeni kanıtlar ancak istisnai olarak değerlendirilmeye alınabilir[30].

C. Tarafların Bir Uyuşmazlığı Bir Tahkim Mahkemesine Götürmeyi Tercih Etmeye Saygı Gösterme

Yalnızca PILA'nın 190 (2) (b) sayılı Maddesi kapsamındaki gerekçelerle ilgili olarak, - yargı yetkisinin yanlış kabulü veya reddedilmesi - FSC, müdahale etmeme yaklaşımını daha az uygular. Aslında FSC, serbest gözden geçirme yetkileri ile, tahkim kurulunun yargı yetkisine sahip olup olmadığını belirleyen ön soruları içeren yasal konuları değerlendirir[31]. Bu çok kapsamlı bir gözden geçirmedir, çünkü tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği; uyuşmazlığın tahkim edilebilirliği[32], tahkim anlaşmasının kişisel kapsamı ve tahkim işlemlerinde bir taraf olarak görünme[33] gibi hususlarla ilgilidir. FSC, yabancı bir yasanın uygulanmasını gerektirse bile, bu tür soruları serbest gözden geçirme yetkileri ile inceler[34].

Bir ilke olarak, FSC, bir tahkim anlaşmasının sonucunun kolayca kabul edilmemesi gerektiğini savunur; çünkü bu, kanunla kurulan bağımsız bir mahkeme tarafından görülecek anayasal güvencenin derogasyonu anlamına gelir ve çünkü tahkim işlemleri çoğunlukla, sıradan işlemlerden önemli ölçüde daha pahalıdır[35]. Yine de FSC, bir tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik liberal bir yaklaşım benimser. FSC'ye göre, «bir kez tahkim ilkesi kurulduktan sonra»[36], yani tarafların uyuşmazlıklarını tahkime götürmeyi gerçekten kabul ettiklerine dair çok ciddi kanıtlar varsa, «içtihat hukuku, tahkim işlemi yöntemleri ve tahkim maddesinin kapsadığı ihtilafın kapsamı konusunda esnektir. Bu geniş yorum, usül verimliliği ile tutarlıdır ve usül konusunda tasarruf sağlar, ancak tahkim yargı sisteminin lehine bir varsayım anlamına gelmez»[37].

Tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik liberal yaklaşım, 7 Kasım 2011[38] tarihli bir kararla teyit edilmiş, böylece FSC, bir *patolojik tahkim koşuluna* dayanarak, Tahkim Mahkemesinin spor

29 Bu, tarafların iddiaları, kanıt sunması gibi, hem uyuşmazlığın gerçekleri (Lebenssachverhalt) hem de davaların gerçekleri (Prozesssachverhalt, faits de la procédure) ile ilgilidir (bkz. 31 Mayıs 2012 tarihli 4A_682 / 2011 sayılı karar, ilgili yer: 2.4 ve Christoph Hurni, Gedanken zur künftigen Anwendung der neuen Schweizerischen, ZPO durch das Bundesgericht, recht 3/4 (2010), s. 92 vd.

30 FCD 133 III 139 ilgili yer: 5p; 129 III 727 ilgili yer: 5.2.2.

31 FCD 134 III 565 ilgili yer: 2.1.

32 26 Nisan 1994 tarihli 4P_319/ 1993 sayılı karar. ilgili yer: 4.

33 31 Mart 2009 tarihli 4A_428 / 2008 sayılı karar. ilgili yer: 3.1.

34 31 Mart 2009 tarihli 4A_428 / 2008 sayılı karar. ilgili yer: 3.1.

35 FCD 129 III 675 ilgili yer: 2.3, 128 III 50 ilgili yer: 2c / aa.

36 20 Eylül 2011 tarihli 4A_103 / 2011 sayılı karar. ilgili yer: 3.2.1

37 20 Eylül 2011 tarihli e 4A_103 / 2011 sayılı karar. ilgili yer: 3.2.1; 27 Ocak 2010 tarihli 4A_562 / 2009 sayılı karar, ilgili yer: 2.1.

38 FCD 138 III 29 ilgili yer: 2.

konusunda yetkili olduğunu teyit etmiştir. FSC, geçerli bir tahkim anlaşması için tarafların tahkim isteğinin açıkça gösterilmesi gerektiğini vurgulamıştır[39]. Eğer tahkim anlaşmasının bazı hükümleri eksik, belirsiz veya hatta çelişkiliyse, taraflar patolojik bir tahkim koşuluna girmişlerdir. Patolojik hükümlerin tahkim sözleşmesinin zorunlu bir öğesi ile ilgili olmadığı ölçüde, yani uyuşmazlığın özel bir tahkim mahkemesine getirilmesi bağlayıcı olmadığı sürece, bu hükümler, geçersizliğe yol açmak zorunda değildir. Bunun yerine, yorumlama yoluyla ve gerekmesi halinde, *tarafların tahkim yargısına başvurmalarına ilişkin temel haklarına saygı gösteren genel sözleşme kanununa atıf yaparak sözleşmeyi tamamlamak* yoluyla bir çözüm aranmalıdır. Yorum, tarafların, tahkim usüllerinin nasıl yapılacağı ile ilgili farklılıklarla birlikte, uyuşmazlığı bir tahkim mahkemesine sunmak ve devlet yargısını hariç bırakmak niyetinde olduklarını gösterdiğinde, bir sözleşmenin yürürlüğe girmesi kuralı (*Utilitätsgedanke*) geçerlidir ve anlaşmanın, tahkim hükmünü sürdürecek bir anlayışı aranmalıdır. Tahkim mahkemesinin dikkatsiz veya hatalı şekilde görevlendirilmesinin, tahkim anlaşmasını geçersiz kılması gerekli değildir[40]. Tahkim anlaşmasının kısmi geçersizliği, *anlaşmayı tarafların niyetlerine ait varsayımlara dayalı şekilde tamamlayarak,* mümkün olduğu ölçüde telafi edilmelidir[41].

D. Uluslararası Tahkimin Özelliğine Saygı

Genel konuşursak, FSC, PILA'nın 12. Bölümünü tefsir ederken ve yorumlarken yalnızca İsviçre hukuki yazılarına değil, uluslararası yazılara, yabancı mevzuata ve yabancı dava hukukuna da atıfta bulunarak, uluslararası tahkimin özelliğine (veya "özgünlüğüne") saygı duyduğunu göstermektedir.

FSC, uluslararası tahkimde yaşanan gelişmelerden haberdardır ve güncel kalmaya çalışmaktadır. Sıklıkla akademisyenlerin[42] ifade ettiği farklı görüşleri analiz eder ve içtihat hukuku konusundaki eleştirilerine karşı duyarlı ve cevap verecek şekilde davranır. Gerçekten de, tahkim topluluğunun yorumları, FSC'nin içtihat hukukunu daha da geliştirmesi için teşvik kaynağı olabilmektedir[43].

FSC'nin uluslararası tahkimin özelliğine ilişkin farkındalığına iyi bir örnek vermek için, hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konularına ilişkin 20 Mart 2008[44] tarihli bir karar hatırlatılabilir. FSC, *Uluslararası Tahkimde Çıkar Çatışmaları Üzerine IBA Kılavuzu'*na ilk kez atıfta bulunmuş ve PILA Madde 180 (1)[45] uyarınca bağımsızlık kavramını vurgulamak için bunları göz önüne getirmiştir. Şöyle belirtilmiştir:

"Hakemlerinin bağımsızlıklarını doğrulamak için Taraflar, 22 Mayıs 2004 tarihinde onaylanan *Uluslararası Tahkimde Çıkar Çatışmaları Üzerine IBA Kılavuzu'*nun direktiflerine de değinebilir (...). Bu kılavuzların kuşkusuz yasal bir değeri yoktur (...); ancak çıkar çatışmalarını ortadan kaldırmak için, uluslararası tahkim alanında uygulanan standartların uyumlaştırılmasına ve birleştirilmesine katkıda bulunabilecek değerli araçlardır (...) ve bu tür bir araç, tahkim kurumlarının

39 FCD 138 III 29 ilgili yer: 2.2.3.

40 FCD 138 III 29 ilgili yer: 2.2.3.

41 FCD 138 III 29 ilgili yer: 2.2.3.

42 Bkz. Örneğin: FCD 132 III 389; 13 Şubat 2008 tarihli 4A_428 / 2011 sayılı karar, ilgili yer: 5.1.1; Gabrielle Kaufmann-Kohler / Antonio Rigozzi, Arbitrage international, Droit et pratique à la lumière de la LDIP, 2. baskı. Zürih 2010, s. 76.

43 Bkz. Örneğin: FCD 130 III 755.

44 Karar 4A_506 / 2007.

45 Bkz. Pierre-Yves Gunter / Christoph Hurni tarafından yapılan analiz, Impartiality and Independence of Arbitrators in Recent Swiss Case Law - from Constitutional Law Principles to Transnational Procedural Law, in: Transnational Dispute Management, C. 5, S. 4 Temmuz 2008, muhtelif yerlerde.

ve mahkemelerin uygulamasını etkilemekte etkisiz olmamalıdır"[46].

Tahkim uygulayıcıları tarafından İsviçre lexarbitri'sini tefsir edip yorumlarken geliştirilen bir araç düşünerek, FSC uluslararası tahkimin ihtiyaçlarına cevap verecek pragmatik bir yaklaşımın onayını vermiştir[47].

E. Uygulamalı Yaklaşım

FSC'nin karar verme süreci, hızlı işlemler sağlar. Aslında, genellikle itirazın iletilmesinden sonra FSC tarafından beş aydan kısa bir süre içinde halledildiği sonucunu veren istatistiksel bir analiz yapılmıştır[48].

Bu açıdan, ilk *Pechstein*[49] kararını vurgulamalıyız. Sonrasındaki Vancouver 2010 Kış Olimpiyatları nedeniyle, FSC kararını, 7 Şubat 2009'da temyiz başvurusunun yapılmasından sadece iki ay sonra 10 Şubat 2010'da almıştır. Bu, karşı tarafların ve CAS'ın temyiz konusunda yorumda bulunulmak üzere davet edilmemesi nedeniyle mümkün olmuştur. Yargıtay Kanununun 104. maddesine dayalı olarak ve temyiz başvurusunun yapıldığı ilk günde verilen acil ihtiyati tedbir vasıtasıyla FSC aynı zamanda Bayan Petchstein'ın nitelik yarışmasına ve ilgili eğitime katılmasına da izin vermiştir.

FSC huzurundaki işlemler yalnızca hızlı değil, aynı zamanda oldukça basittir. İşlemler Almanca, Fransızca veya İtalyanca[50] yapılır. Taraflar, sunumları için bu resmi dillerden birini seçmekte özgürdürler. Bir taraf, resmi dillerden birinde yazılı olmayan, ör. İngilizce, belgeler sunduğunda, FSC karşı tarafın anlaşmasına tabi olarak, çeviriyi şart koşmayabilir[51]. Aksi takdirde, gerekli olduğunda bir çeviri isteyecektir[52]. Aslında çoğu durumda, itiraz edilen karar, FSC'nin çeviri istemediği İngilizce dilinde hazırlanmıştır.

III. Müdahalenin Olmaması Her Şey mi?

Önceki paragraflar, FSC'nin tahkim konusunda çok liberal ve müdahaleci olmayan bir yaklaşım sergilediğini göstermektedir. Bununla birlikte, tahkim dostluğunun sadece FSC'nin müdahalesinin mümkün olduğunca dar olması gerektiği anlamına gelip gelmediği sorusunun sorulması gerekir.

Aslında, 2003 yılındaki bir makalesinde SABASTIEN BESSON, FSC'nin müdahaleci olmayan yaklaşımına karşı eleştirel bir ses yükseltmiştir. BESSON'a göre FSC, tarafları uluslararası kararlarla uğraşmaktan vazgeçirecek bir politika izlemiştir. BESSON, gerçek bir karar kontrolü olmamasının *İsviçre'nin bir tahkim yeri olarak çekiciliğini zayıflatabileceğinden* ve kararların kalitesini olumsuz yönde etkileyebileceğinden korkmaktadır[53]. PIERRE LALIVE[54] ve ANDREAS

46 20 Mart 2008 tarihli 4A_506 / 2007 sayılı karar, ilgili yer: 3.3.2.2.

47 Gunter / Hurni, op. cit., S. 7.

48 Felix Dasser, International Arbitration and Setting Aside Proceedings in Switzerland: A Statistical Analysis, ASA Bülteni 3 (2007), s. 457.

49 10 Şubat 2010 tarihli 4A_612 / 2009 sayılı karar.

50 Yüksek Mahkeme Kanununun 54 (1) sayılı maddesi.

51 Yüksek Mahkeme Kanunun 54 (3) sayılı maddesi.

52 Yüksek Mahkeme Kanunun 54 (4) sayılı maddesi.

53 Sebastien Besson,Réflexionssur la Jurisprudence Suisserécenterendue en Matièred'arbitrage International, ASA Bülteni 3 (2003), s. 484.

54 Pierre Lalive, L'Article 190 al. 2 LDIP a-t-iluneutility: ASA Bülteni 4 (2010), s. 726 vd.

BUCHER[55] bu eleştirileri tekrarlamıştır. 2000 yılında STEPHEN V. BERTI ve ANTON K. SCHNYDER tarafından da benzer endişeler belirtilmiş ve FTC'nin tahkim kararlarının kontrolü ile ilgili suskunluğunu kısmen bırakmasının ve böylece *savunulamaz bireysel kararlar için bir düzeltme* sağlamasının arzu edilebileceğini söylemiştir[56].

Nitekim konuyla ilgili olarak WILLIAM W. PARK tarafından belirtildiği üzere, tahkim kararlarının mahkeme tarafından denetimi, hakemlerin adaletli yargılama usüllerini bir miktar takip etmelerini ve görevlerinin sınırları içinde kalmalarını sağlayarak, *tahkimin bütünlüğünü desteklemek için* yapılmaktadır[57]. Temel adaletin yaygınlaştırılmasına yönelik usüle ilişkin güvenceler, etkili tahkimde bir unsur oluşturmaktadır. Hatalı kararlar, toplumun tahkim sürecine güvenini azaltır.

Hakemlerin davaya bir zar atışı ile karar vermesine izin veren bir uyuşmazlık çözme sistemiyle, ticari aktörlerin rahat hissetmesi pek mümkün değildir[58].

Bu perspektiften bakıldığında, İsviçre'nin uluslararası tahkim yeri olarak çekiciliği sadece müdahale olmamasına değil, aynı zamanda FSC'nin İsviçre uluslararası tahkim kararlarında belirli bir kalite seviyesi sağlama niyetine bağlıdır. Bu, *tahkim dostluğunun*, müdahale olmaması mantrası tarafından arka plana itilme riski taşıyan, *bir başka yönüdür.*

Bununla birlikte, FSC'nin tahkim sürecinde ciddi bir denetiminin olmadığını savunmak yanlış olur. FSC'nin prosedürsel ve esaslı kamu politikasını ihlal ettiği gerekçesiyle CAS kararlarını iptal ettiği kararlar, FSC'nin uzak durma yaklaşımının «her şeye kabul» ya da «bırakın yapsınlar» tutumuna izin vermediğini ortaya koymaktadır. Özellikle, FSC'nin, bir futbol oyuncusunun esaslı bir kamu politikasını ihlal ettiği gerekçesiyle ömür boyu yasak almasını iptal ettiği 27 Mart 2012 tarihli karar bir dönüm noktası olarak kabul edilmiştir[59]. Bu, İsviçre'de uluslararası tahkim kararlarının asli kontrolünü sağlamanın en azından pratik bir olasılık olduğuna işaret etmektedir[60]. Gerçekten de bu karar, İsviçre'yi, kamu politikası kurallarından kaçınmaya istekli taraflar için güvenli bir liman olarak algılayanlara bir dikkat sinyali vermelidir.

Ayrıca, PILA 190 (2) (a) (yanlış oluşum) ve PILA 190 (2) (d) (eşit muamele ve dinlenme hakkının ihlali) gerekçelerine dayanarak FSC tarafından iptal edilen tahkim hakları, FSC'nin tahkim mahkemeleri tarafından uygulanacak prosedürsel adalete ilişkin temel ilkeler konusunda hassas davrandığını göstermektedir.

IV. Sonuçlar

Önceki analiz, tahkime yönelik olumlu bir yaklaşımı bulunan ve tahkim dostu olmanın beklentilerini karşılayabilen bir FSC tablosu çizmektedir. FSC, PILA'nın 12. Bölümü uyarınca, tahkim kararlarına müdahale etmemek şeklinde temel bir yaklaşım geliştirmiştir. İki tarafın da tahkimden faydalanma isteğine ve tahkimin özelliğine ("özgüllük") saygı göstermektedir.

55 Andreas Bucher: Bucher (ed.), Commentaireromand, Loisur le droit international privé, Convention de Lugano, Basel, 2011, madde 108-190 PILA.

56 Stephen V. Berti / Anton K. Schnyder: Berti (ed.), International Arbitration in Switzerland, Basel, 2000, madde 108-190.

57 William W. Park, Arbitration of International Business Disputes, Oxford, 2006, s. 11.

58 William W. Park, Why Courts Review Arbitral Awards, Briner vd. (eds.), Recht der Internationalen Wirtschaft und Streiterledigungim 21. Jahrhundert: Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel, 2001, s. 596.

59 Hansjörg Stutzer, Landmark Decision of the Federal Supreme Court on Public Policy: İsviçre Tahkim Haber Bülteni 3 Nisan 2012, www.arbitration-newsletter.ch, s. 1.

60 Phillis Landolt, Annulment o Swiss International Arbitration Awards for Incompatibility with Substantive Public Policy: First Annulment in over Twenty Years, in: Mealey's International Arbitration Report, C. 27, S. 4 Nisan 2012, s. 1.

Uygulama seviyesinde FSC, itirazları hızlı ve etkin bir şekilde ele alma kabiliyetini ve istekliliğini göstermektedir. Müdahaleci olmayan yaklaşımın, tahkim sürecini daha yoğun bir şekilde inceleyenlerin beklentilerini karşılamaması konusunda bazı riskler olabilir. Bununla birlikte FSC, hakemlerin «her şeye kabul» ya da «bırakın yapsınlar» tutumlarına hoşgörüsüz davrandığını göstermiştir. Özetlemek gerekirse, FSC'nin oldukça tahkim dostu bir yaklaşım benimsediğini ve İsviçre'nin uluslararası tahkim yeri olarak cazibesinin önemli bir direğini oluşturduğunu söylemek doğrudur.

THE SWISS FEDERAL SUPREME COURT AND ITS FRIENDLY APPROACH TOWARDS INTERNATIONAL ARBITRATION

Dr. Christoph Hurni[*]

Introduction

We live in an era of competition between legal systems. The Law Society of England and Wales[1] promotes its jurisdiction as «the jurisdiction of choice for the resolution of disputes around the world»[2], highlighting the «predictability of outcome, legal certainty and fairness» of English Law and praising the «guaranty of judicial excellence and integrity» of a decision rendered by an English court. In a brochure entitled «Law – Made in Germany», the German Federal Minister of Justice points out that «for entrepreneurs, German Law constitutes a genuine competitive advantage» because «it is predictable, affordable and enforceable» and because German courts are «independent, fast and cost-effective»[3].

In a globalized world, law and dispute resolution have become a product, a commodity - actively advertised by jurisdictions on the global market[4]. Accordingly, classical arbitration venues such as Paris or London are promoting with ever more vigour their jurisdiction as the «seat of choice» for arbitration[5]. Jurisdictions strive to create a reputation as being an *attractive arbitration seat*[6]. Of course, Switzerland also actively takes part in this competition – a fact made evident in 2012 by the Swiss Parliament's approval of a motion under the title «Keeping Switzerland's attractiveness as an international place of arbitration»[7].

It goes without saying that being an *attractive seat for arbitration* requires a jurisdiction to be *arbitration-friendly*. In the present paper we attempt to analyse what this means and how the Swiss Federal Supreme Court (hereinafter: FSC) contributes to keeping Switzerland attractive as a seat for international arbitration.

I. What Does «Arbitration-Friendliness» Mean?

As two leading authors point out, there is no easy answer to the question of what makes a jurisdiction be recognized as an «arbitration-friendly place of arbitration»[8]. The possible answers are based at least partially on subjective criteria and depend on the specific stakeholder involved in

---

* Legal Adviser at the Swiss Federal Supreme Court.

1 http://www.lawsociety.org.uk

2 Cf. thebrochure, 'England and Wales: The jurisdiction of choice', p. 5, http://www.lawsociety.org.uk/documents/downloads/jurisdiction_of_choice_brochure.pdf

3 Brochure, 'Law – Made in Germany', 2nd ed., 2011, p. 3, http://www.lawmadeingermany.de/Law-Made_in_Germany.pdf

4 Horst Eidenmüller, RechtalsProdukt, Juristenzeitung JZ 13 (2009), p. 641 etc.

5 Cf. e.g. thepromotionalendeavours on http://www.parisarbitration.com (for Paris) and http://www.unlockingdisputes.com (for London).

6 Stephan Wilske, The Global Competition for the 'Best' Place of Arbitration for International Arbitrations – A more or Less Biased Review of the Usual Suspects and Recent Newcomers, Contemporary Asia Arbitration Journal 1 (2008), p. 24.

7 Motion RK-NR No. 08.417 ('Die Attraktivität der Schweiz als internationalen Schiedsplatz erhalten'; 'Maintenirl'attrait de la Suisse commeplacearbitrale au niveau international'), approved by the Swiss National Council on 1 June 2012.

8 Daniel Hochstrasser / Marc Blessing Einleitung zum Zwölften Kapitel: Grundlagen der Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, in: Basler Kommentar IPRG, 2nd ed., 2007, p. 141.

the arbitral process: the parties' expectations of what constitutes an arbitration-friendly place may not necessarily be the same as their counsel's or the arbitrator's expectations.

In this paper, we focus on the expectations of the *consumer* of arbitration, of those who could be attracted to choose to hold an arbitration in Switzerland: the parties.

According to Jan Paulsson [9], when businesses choose a venue for arbitration, they do not care about detailed differences between the various legal systems. In today's global market, the vital factors that drive a party's choice of venue are basically only two:

- Will the national courts hinder a party from obtaining an award within a useful time period at reasonable costs?
- Will there be wasteful post-award litigation before the national courts?

To the users of international arbitration, what counts is finality of the award, speed and costs. In other words, to international parties arbitration-friendliness means that state courts take a *non-interventionist approach*, a *«hands-off approach»* towards arbitration.

For international parties, a «hands-off approach» implicates that state courts *respect the choice to submit a dispute to an arbitral tribunal rather than to a state court*[10].

To the extent that intervention of state courts is necessary, international parties expect state courts to respect the *particularity* (or *«specificity»*) *of international arbitration*[11], which requires construing, interpreting and applying the *lexarbitri* on the basis of international criteria rather than on the basis of domestic concepts[12].

On a practical level, international parties expect a *swift, speedy and straightforward handling of the proceedings before state courts*.

Under the following heading we attempt to assess to what extent the FSC meets these expectations.

II. The FSC's Approach Towards Expectations of Arbitration-Friendliness

A. General Approach towards Arbitration

The FSC is bound by the law[13]. It acts within the forms and boundaries of the statutory framework provided by the legislature. The FSC's approach towards arbitration and its ability to meet expectations of arbitration-friendliness is thus primarily determined by the *applicable law*.

According to Article 191 of the Federal Act on Private International Law[14] (hereinafter: PILA), the FSC is the sole competent court to annul international awards rendered by an arbitral tribunal with its seat in Switzerland[15,16]. Arbitral awards can be challenged by means of an *appeal in*

9 Jan Paulsson , Arbitration-Friendliness: Promise of Principle and Realities of Practice, Arbitration International, The Journal of the London Court of International Arbitration, 3 (2007), p. 479.

10 Marc Blessing Drafting an Arbitration Clause, in: The Arbitration Agreement – Its Multifold Critical Aspects, ASA Special Series No. 8, Zurich 1994, p. 47.

11 Blessing, loc. cit.; Hochstrass / Blessing op. cit., p. 144.

12 Hochstrass / Blessing op. cit., p. 144.

13 Articles 191c and 190 of the Federal Constitution.

14 Federal Act on Private International Law of 18 December 1987 (ClassifiedCompilationof Federal Legislation No. 291).

15 Article 191 PILA; Article 77 (1) (a) ofthe Supreme Court Act.

16 However, according to Article 176 (2) PILA, the parties may agree that the provisions of Chapter 12 of the PILA are excluded and that the provisions of the Swiss Code of Civil Procedure on domestic arbitration should apply exclusively. Furthermore, pursuant to Article 390 (1) of the Swiss Code of Civil Procedure (Classified Compilation of Federal Legislation No. 272) the parties can agree that an appeal can be lodged against an award with the Cantonal Court of the seat of the arbitral tribunal. The Cantonal Court's decision is final (Article 390 [2] of the Code of Civil Procedure).

civil matters under Article 77 of the Supreme Court Act.

The appeal in civil matters against awards is based on the model of the ordinary appeal in civil matters against state court decisions. Although it has some unique aspects, the appeal against awards is nevertheless basically the same remedy as the one against decisions rendered by state courts. Unlike in other jurisdictions, there is no distinct remedy – such as a «*Aufhebungsklage*»[17] – against an award.

In its daily business, the FSC therefore does not make any distinction between dealing with an appeal against a state sourt decision or dealing with an appeal against an award. In the perspective of the FSC, both a State Court and an arbitral tribunal are considered to be a «Court of lower instance» («*Vorinstanz*») whose findings are to be reviewed by the FSC (even if the review would be conducted pursuant to different grounds)[18].

One might suspect that such an approach would favour an interventionist climate by not respecting the particularity of arbitration. In our experience, however, the contrary is the case: the fact that the FSC considers both a state court and an arbitral tribunal as a «Court of lower instance» means that the FSC treats both judicial panels as *fully equipollent*, as actors in the Swiss judicial system *standing on the same footing*. The FSC does not have any prejudices, mistrust or reservations towards the private justice of arbitral tribunals. This creates a basic non-interventionist climate.

B. Approach in Reviewing Arbitral Awards

1. Limited Grounds for Review

The grounds for annulling an arbitral award by the FSC are set out in Article 190 (2) of the PILA, which reads:

The award may only be annulled:

a. if the sole arbitrator was not properly constituted or if the Arbitral Tribunal was not properly constituted;

b. if the Arbitral Tribunal wrongly accepted or declined jurisdiction;

c. if the Arbitral Tribunal's decision went beyond the claims submitted to it;

d. if the principle of equal treatment of the parties or the right of the parties to be heard was violated;

e. if the award is incompatible with public policy;

Not only is this list short and limited, the FSC – in order to avoid any ambiguity – also clarified very early that it is *exhaustive*[19]. Furthermore, the FSC made a restrictive interpretation of the grounds for annulment: it clarified that the grounds concern primarily procedural issues and that *material review* is limited to the question of whether the award violates *public policy*.

2. Restrictive Interpretation of the Grounds for Annulment According to Article 190 (2) (d) and (e) PILA

Regarding the grounds for annulment set forth in Article 190 (2) (d) PILA, the FSC clarified that this section permits annulment only where the mandatory procedural principles pursuant to Article 182 (3) PILA – i.e. the equal treatment of the parties and the right of all parties to be heard

17 1059 of the German Code of Civil Procedure; 611 of the Austrian Code of Civil Procedure.

18 Cf. on this peculiarity of the Swiss system from the Austrian point of view the article of Walter H. Rechberger, Zur Rechtsnatur der Anfechtung von Schiedssprüchen, in: Geimer/Schütze (eds.), Recht ohne Grenzen, Festsschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag, Munich 2012, p. 816 etc.

19 FCD 115 II 102 consid, 3a.

in adversarial proceedings – were violated[20]. It does not permit annulment where other procedural rules established by the parties were violated.

The FSC even narrowed the general content of the *right to be heard* (due process): unlike the principle pursuant to Article 6 (1) ECHR, the right to be heard pursuant to Article 190 (2) (d) PILA does not encompass the duty to give reasons, such duty not being part of the principle of adversarial proceedings[21]. In general, the FSC holds that the right to be heard does not encompass a right to a correct award on the merits. It is therefore not the task of the FSC to examine whether the arbitral tribunal has taken into account and correctly understood all documents in the file[22]. Moreover, invoking the grounds of Article 190 (2) (d) does not mean that the FSC proceeds to a review of the application of the law on the merits[23]. As to the principle of equal treatment, the FSC held that this requirement is not affected by the assessment of the evidence and the application of the law contained in an award even though they may be untenable[24].

With respect to the grounds for annulment of Article 190 (2) (e) PILA – violation of public policy – the FSC's restrictive approach is apparent: as of the end of September 2016, only two awards have been annulled on these grounds, one for breach of procedural public policy[25] and one for breach of substantive public policy[26]. According to the FSC, an award is contrary to substantive public policy if it violates the fundamental principles of the substantive law to a point that the award is no longer compatible with the legal order and the relevant system of values[27]. Procedural public policy guarantees the parties the right to an independent award on the prayers for relief and the statement of facts submitted to the arbitral tribunal, in a way compatible with the applicable rules; there is a violation of procedural public policy if fundamental and generally recognized procedural principles have been violated, which violation leads to an unbearable contradiction with the sense of justice, such that the decision appears incompatible with the values recognized in a state based on the rule of law[28]. In a general sense, the public policy defence has to permit the overturning of awards which violate, in a shocking way, the most fundamental principles of the legal order as it stands in a state based on the rule of law.

3. No Review or Extremely Limited Review of Facts

According to Article 105 (1) of the Supreme Court Act, the FSC bases its decisions on the facts determined by the Court of lower instance. This provision applies also to appeals in civil matters against arbitral awards. This means that the FSC is in principle bound by the facts of the case as ascertained in the arbitral award[29]. In proceedings relating to international arbitration, the FSC can review the facts of the award only to the extent one of the grounds of Article 190 (2) PILA has been invoked; only exceptionally may new evidence may be considered[30].

20 FCD 130 III 35 consid, 5.

21 FCD 134 III 186 consid, 6.1.

22 FCD 127 III 576 consid, 2b.

23 Decision 4P_202/2003 of 24 November 2003 consid, 2.2.

24 Decision 4A_360/2011 of 31 January 2012 consid, 4.1.

25 Decision 4A_490/2009 of 13 April 2010.

26 Decision 4A_558/2011 of 27 March 2012.

27 FCD 132 III 389 consid, 2.2.1.

28 FCD 132 III 389 consid, 2.2.1.

29 This refers bothto the fact softhedispute (Lebenssachverhalt) and the fact soft heproceedings (Prozess sachver halt, faits de la procédure), such astheparties' allegations, offersofevidence etc. (cf. Decision 4A_682/2011 of 31 May 2012 consid. 2.4 andC H RISTOP H HURNI , Gedanken zur künftigen Anwendung der neuen Schweizerischen ZPO durch das Bundesgericht, recht 3/4 (2010), p. 92 etc.

30 FCD 133 III 139 consid. 5p; 129 III 727 consid, 5.2.2.

C. Respect of the Parties' Choice to Submit a Dispute to an Arbitral Tribunal

Only with regard to grounds pursuant to Article 190 (2) (b) PILA – wrongful acceptance or decline of jurisdiction – the FSC applies a less hands-off approach. In fact, the FSC evaluates with unfettered powers of review the legal issues, including preliminary questions, which determine whether or not the arbitral tribunal has jurisdiction[31]. This is a very broad review because it relates to issues such as the existence and the validity of the arbitration agreement, the arbitrability of the dispute[32], the personal scope of the arbitration agreement and the standing to appear as a party in arbitration proceedings[33]. The FSC examines such questions with unfettered powers of review even if this requires that foreign law is applied[34].

As a principle, the FSC holds that the conclusion of an arbitration agreement should not be too easily admitted, as this implies a derogation to the constitutional guarantee to be heard by an independent tribunal established by law and because arbitral proceedings are often considerably more costly than ordinary proceedings[35]. Nevertheless, the FSC takes a liberal approach towards the validity of an arbitration agreement. According to the FSC, «once the principle of arbitration is established»[36], i.e. there is some serious evidence that the parties did indeed agree to submit their dispute to arbitration, «case law is flexible as to the modalities of arbitration proceedings and as to the scope of the dispute covered by the arbitration clause. This broad interpretation is consistent with procedural efficiency and ensures an economy of procedure, but it could not imply a presumption in favour of arbitral jurisdiction»[37].

The liberal approach towards the validity of an arbitration agreement was confirmed in a decision of 7 November 2011[38], by which the FSC confirmed the jurisdiction of the Court of Arbitration for Sports based on a *pathological arbitration clause*. The FSC stressed that for a valid arbitration agreement it is important that the will of the parties to arbitrate is clearly demonstrated[39]. If certain provisions of the arbitration agreement are incomplete, unclear or even contradictory, then the parties have entered into a pathological arbitration clause. To the extent that the pathological provisions do not concern a mandatory element of the arbitration agreement, namely the binding submission of the dispute to a private arbitral tribunal, they do not necessarily lead to invalidity. Instead, a solution must be sought by interpretation and if necessary by *supplementing the contract with reference to general contract law, which respects the fundamental intent of the parties to submit to arbitral jurisdiction*. When interpretation shows that the parties intended to submit the dispute to an arbitral tribunal and to exclude state jurisdiction, but with differences as to how the arbitral proceedings should be carried out, the rule that a contract should be given effect (*Utilitätsgedanke*) applies and an understanding of the contract must be sought which will uphold the arbitration clause. Imprecise or flawed designation of the arbitral tribunal does not necessarily lead to the invalidity of the arbitration agreement[40]. A partial nullity of the arbitration agreement is to be remedied, to the extent possible, by *supplementing the contract on the basis of the hypothetical intent of the parties*[41].

31 FCD 134 III 565 consid, 2.1.

32 Decision 4P_319/1993 of 26 April 1994 consid, 4.

33 Decision 4A_428/2008 of 31 March 2009 consid, 3.1.

34 Decision 4A_428/2008 of 31 March 2009 consid, 3.1.

35 FCD 129 III 675 consid. 2.3, 128 III 50 consid, 2c/aa.

36 Decision 4A_103/2011 of 20 September 2011 consid, 3.2.1

37 Decision 4A_103/2011 of 20 September 2011 consid, 3.2.1; Decision 4A_562/2009 of 27 January 2010 consid, 2.1.

38 FCD 138 III 29 consid, 2.

39 FCD 138 III 29 consid, 2.2.3.

40 FCD 138 III 29 consid, 2.2.3.

41 FCD 138 III 29 consid, 2.3.3.

D. Respect of the Particularity of International Arbitration

Generally speaking, the FSC demonstrates its respect for the particularity (or «specificity») of international arbitration by making reference not only to Swiss legal writings, but also to international writings, foreign legislation and foreign case law when construing and interpreting Chapter 12 of the PILA.

The FSC is aware of the developments in international arbitration and is taking efforts to remain up to date. It often analyses the different opinions expressed by scholars[42] and is sensitive and responsive to their criticisms of its case law. Indeed, comments of the arbitration community can be the stimulus for the FSC to further develop its case law[43].

A good example of the FSC's awareness of the particularity of international arbitration is given in a decision of 20 March 2008[44] concerning issues of independence and impartiality of arbitrators. The FSC referred for the first time to the *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, considering them in order to underscore the concept of independence pursuant to Article 180 (1) PILA[45]. It stated as follows:

"In order to verify the independence of their arbitrators, Parties may also refer to the directives of the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, approved on 22 May 2004 (…). Such guidelines admittedly have no statutory value (…); yet they are a precious instrument, capable of contributing to harmonization and unification of the standards applied in the field of international arbitration to dispose of conflict of interests (…) and such an instrument should not fail to influence the practice of arbitral institutions and tribunals"[46].

By considering an instrument developed by arbitration practitioners when construing and interpreting Swiss *lexarbitri*, the FSC gave confirmation of a pragmatic approach responsive to the needs of international arbitration[47].

E. Practical Approach

The decision-making process of the FSC assures swift proceedings. In fact, a statistical analysis came to the conclusion that an appeal is typically disposed of by the FSC within less than five months after it has been filed[48].

In this respect we shall highlight the first *Pechstein* decision[49]. Owing to the then forthcoming 2010 Winter Olympics in Vancouver, the FSC made its decision on 10 February 2010, only two months after the appeal was filed on 7 December 2009. This was possible because the opposing parties and the CAS were not invited to comment on the appeal. By way of urgent interim relief, based on Article 104 of the Supreme Court Act and issued on the very day of the filing of the appeal, the FSC had also allowed Mrs.Pechstein to participate in a qualifying race and related training.

42 Cf. e.g. FCD 132 III 389; Decision 4A_428/2011 of 13 February 2008 consid. 5.1.1; Gabrielle Kaufmann - Köhler / Antonio Rigozzi Arbitrage international, Droit et pratique à la lumi ère de la LDIP, 2nd ed. Zurich 2010, p. 76.

43 Cf. e.g. FCD 130 III 755.

44 Decision 4A_506/2007.

45 Cf. also the analysis carried out by Pierre - Yves Gunter / Christoph Hurni, Impartiality and Independence of Arbitrators in Recent Swiss Case Law - from Constitutional Law Principles to Transnational Procedural Law, in: Transnational Dispute Management, Vol. 5, issue 4, July 2008, passim.

46 Decision 4A_506/2007 of 20 March 2008 consid. 3.3.2.2.

47 Gunter / Hurniop. cit., p. 7.

48 Felix Dasser Arbitration and Setting Aside Proceedings in Switzerland: A Statistical Analysis, ASA Bulletin 3 (2007), p. 457.

49 Decision 4A_612/2009 of 10 February 2010.

The proceedings before the FSC are not only swift but also rather uncomplicated. The proceedings are conducted in German, French or Italian[50]. The parties are free to choose one of these official languages for their submissions. Where a party submits documents that are not written in one of the official languages, e.g. in English, the FSC may waive the requirement of a translation subject to the agreement of the opposing party[51]. Otherwise it will ask for a translation where this is necessary[52]. In fact, in most of the cases the challenged award is drafted in English for which the FSC does not ask for a translation.

III. Is Non-Intervention Everything?

The preceding paragraphs illustrate that the FSC takes a very liberal and non-interventionist approach towards arbitration. However, the question needs to be raised whether arbitration-friendliness means only that the FSC's intervention should be as narrow as possible.

In fact, in an article of 2003, Sébastien Besson raised a critical voice towards the FSC's non-interventionist approach. According to Besson, the FSC adopted a policy to discourage parties from challenging international awards. Besson is afraid that the absence of a real control of awards may *undermine the attractiveness of Switzerland* as a place of arbitration and might have a negative impact on the quality of awards[53]. Pierre Lalive[54] and Andreas Bucher[55] have reiterated these criticisms. Similar concerns had been noted in 2000 by Stephen V. Berti and Anton K. Schnyder who stated that it would be desirable for the FSC to abandon some of its reticence with regard to the control of the content of arbitral awards thus providing a *corrective for untenable individual awards*[56].

Indeed, as pertinently noted by William W. Park, court scrutiny of arbitral awards exists *topromote the integrity of arbitration* by ensuring that arbitrators follow a modicum of procedural fairness and remain within the limits of their mission[57]. Procedural safeguards to promote basic fairness constitute an element in efficient arbitration. Aberrant decisions reduce community confidence in the arbitral process. Commercial actors are unlikely to feel comfortable with a dispute resolution system allowing arbitrators to decide cases by a roll of the dice[58].

From this perspective, the attractiveness of Switzerland as a seat for international arbitration not only depends on non-intervention, but also on the intention of the FSC to ensure a certain level of quality in Swiss international arbitral awards. This is *another aspect of arbitration-friendliness* that risks being pushed into the background by the mantra of non-interventionism.

However, arguing that there is no serious supervision of the arbitral process by the FSC would be wrong. The decisions by which the FSC annulled CAS awards on grounds of a violation of procedural and substantive public policy demonstrate that the FSC's hands-off approach does not allow an «anything goes» or «laissez-faire» attitude. Especially the decision of 27 March 2012 by which the FSC annulled a lifetime ban threatened against a football player on grounds of

50 Article 54 (1) ofthe Supreme Court Act.

51 Article 54 (3) ofthe Supreme Court Act.

52 Article 54 (4) ofthe Supreme Court Act.

53 Sebastien / Besson Réflexionssur la jurisprudence suisserécenterendue en matièred'arbitrage international, ASA Bulletin 3 (2003), p. 484.

54 Pierre Lalive, L'Article 190 al. 2 LDIP a-t-iluneutilité?, in: ASA Bulletin 4 (2010), p. 726 et seq.

55 Andreas Bucher, in: Bucher (ed.), Commentaireromand, Loisur le droit international privé, Convention de Lugano, Basel 2011, 108 to Article 190 PILA.

56 Stephen V. Berti / Anton K. Schnyder, in: Berti (ed.), International Arbitration in Switzerland, Basel 2000, 18 toArticle 190 PILA.

57 William W. Park, Arbitration of International Business Disputes, Oxford, 2006, p. 11.

58 William W. Park, Why Courts Review Arbitral Awards, in: Briner et al. (eds.), Recht der InternationalenWirtschaft und Streiterledigungim 21. Jahrhundert: Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel, 2001, p. 596.

substantive public policy infringement was recognized as a landmark decision[59]. This signals that there is at least some practical possibility of substantive control of international arbitration awards rendered in Switzerland[60]. Indeed, this decision should send a cautionary signal to those who perceive Switzerland as a safe harbour for parties who seek to avoid public policy rules.

Furthermore, the arbitral awards annulled by the FSC based on the grounds of Articles 190 (2) (a) PILA (improper constitution) and 190 (2) (d) PILA (violation of equal treatment and the right to be heard) show that the FSC is sensitive about basic principles of procedural fairness to be implemented by arbitral tribunals.

IV. Conclusions

The preceding analysis shows the picture of a FSC having a positive approach towards arbitration and able to meet the expectations of arbitration-friendliness. Under Chapter 12 of the PILA, the FSC developed a basic approach of non-intervention in arbitral awards. It shows respect for both the parties' choice to arbitrate and the particularity («specificity») of arbitration. On a practical level, the FSC shows ability and willingness to deal with appeals in a rapid and efficient manner. There may be some risk that the non-interventionist approach does not meet the expectations of those who seek a more intense scrutiny of the arbitral process. However, the FSC has shown that it does not tolerate an «anything goes» or «laissez-faire» attitude of arbitrators. To sum up, it is correct to say that the FSC has adopted a very arbitration-friendly approach and constitutes an important pillar of the attractiveness of Switzerland as a seat for international arbitration.

59 Hansjörg Stutzer, Landmark Decision of the Federal Supreme Court on Public Policy, in: Arbitration Newsletter Switzerland of 3 April 2012, www.arbitration-newsletter.ch, p. 1.

60 Phillip Landolt, Annulment o Swiss International Arbitration Awards for Incompatibility with Substantive Public Policy: First Annulment in over Twenty Years, in: Mealey's International Arbitration Report, Vol. 27, Issue 4, April 2012, p. 1.

YATIRIMCI - DEVLET TAHKİMİ: SORUNLAR VE ZORLUKLAR

Dr. Taida Begić Šarkinović[*]

Yatırımcı - devlet tahkimi veya yatırım tahkimi, egemen bir devlet (yatırımın ev sahibi olan devlet) ve özel bir taraf, yani yabancı yatırımcı (karışık uyuşmazlıklar olarak anılır) olmak üzere iki farklı taraf içerir. Birincil işlevi, yabancı yatırımcılara yönelik devlet eylemlerinin yasallığını incelemektir. Bu anlaşmazlık çözüm mekanizması, modern uluslararası yatırım anlaşmalarının (IIAs), en çok da ikili yatırım anlaşmalarının (BIT'ler) ve yatırımcı devlet uyuşmazlığı çözümü (ISDS) hükümlerini içeren yatırım fasıllarıyla birlikte serbest ticaret anlaşmalarının (FTAs) önemli özelliğini temsil etmektedir. Yabancı yatırımcı perspektifinden bakıldığında, YDUÇ mekanizması, temel koruma standartlarıyla birlikte UYAların çok güçlü bir aracı ve değerli bir özelliğidir[1]. YDUÇ mekanizması, ev sahibi devletin keyfi bir şekilde haklarına müdahale etmesi halinde, yatırımcıların ev sahibi devletin uyguladığı önlemleri sorgulamasına olanak tanır. Geçici yatırım tahkim mahkemeleri hükümet eylemlerinin yasallığını değerlendirdiğinden, önemli kamu politikası çıkarımlarına sahiptir[2]. Yatırımcı - devlet tahkimi son zamanlarda oldukça güncel bir konu haline gelmiş ve güçlü bir siyasi tartışmaya neden olmuştur.

Yatırım tahkimine geleneksel yaklaşımlardan duyulan memnuniyetsizlik, bazen tutarsız, öngörülemeyen ve çok parçalanmış olan tahkim uygulamalarından ortaya çıkmıştır. Başka bir deyişle, eleştirenler açısından, mevcut yatırımcı-devlet tahkim sistemi yeterince iyi çalışmamaktadır. Bu nedenle, asimetrik doğasına odaklanan yatırımcı - devlet tahkiminin nihai meşruiyetini sorgulayan, süregelen hararetli tartışmalara tanık olmaktayız[3].

Uluslararası yatırım uyuşmazlıkları bazen belirli sorunlar ve zorluklar getirir. Uluslararası yatırım anlaşmaları genellikle hem yatırımcı - devlet hem de devlet - devlet tahkimi sağlar. Şimdiye

---

* Bosna-Hersek Saraybosna Üniversitesi Bilim ve Teknoloji Okulu, Uluslararası Hukuk Konusunda Yardımcı Doçent Doktor.

1 A. de Mestral ve C. Lévesque, ed., Improving International Investment Agreements, Routledge (2013); W. Alschner, 'Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law', 5 Goettingen Journal of International Law (2013) 2, 480; J. W. Salacuse & N. P. Sullivan. 2005. 'Do BITs Really Work:: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain.' 46 Harvard International Law Journal (2005) 1, 67. Mesela: Kamulaştırma ve tazminat ödeme görevi, adil ve hakkaniyete uygun muamele, tam koruma ve güvenlik, keyfi ve ayrımcı muameleye, ulusal muameleye ve en çok tercih edilen ulus (MFN) muamelesine karşı koruma.

2 Genel olarak bkz. T. Begić Šarkinović, 'Investor-State Arbitration: Between Private and Public Interests, 13(2) *Manchester Journal of International Economic Law* (2016), s. 250-263.

3 M. Waibel ve ark. (eds), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (2010); J. E. Kalicki ve A. Joubin-Bret (eds), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century* (2015); T. Schultz & C. Dupont, 'Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-Empowering Investors? A Quantitative Empirical Study', 25 *European Journal of International Law* (2014) 1147; S. D. Franck, 'The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions', *73 Fordham Law Rev*iew (2005) 4, 1521; C. Schreuer, 'Coherence and Consistency in International Investment Law', in: Prospects in International Investment law and Policy (*R. Echandi*, *P. Sauvé* eds.) (2013) s.391-402; Ayrıca bkz. Osgoode Uluslararası Yatırım Rejimi Hakkında Basın Açıklaması - 31 Ağustos 2010, http://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-invest-regime-31-august-2010. http://www.afj.org/wp-content/uploads/2015/03/YDUÇ-Letter-3.11.pdf adresinde mevcuttur. Adalet İttifakı tarafından dağıtılan bir mektup, http://www.afj.org/wp-content/uploads/2015/03/ISDS-Letter-3.11.pdf adresinde mevcuttur; Adalet İttifakı tarafından dağıtılan mektuba cevap olarak, Yatırımcı-Devlet uyuşmazlığı çözümü (20 Nisan 2015) hakkında açık bir mektup, https://www.mcgill.ca/fortier-chair/isds-open-letter adresinde mevcuttur.

kadar, yatırımcı - devlet tahkimi neredeyse münhasır uyuşmazlık çözme mekanizması olarak kullanılmış ve ilgili uluslararası bir karar şubesine dönüşmüştür[4]. Yatırımcı - devlet tahkiminin yaygınlaşması ve son zamanlardaki geniş kullanımı meşruiyet endişelerini artırmıştır ve reformu veya bir alternatifi önerilmektedir.

Eleştirilerin sesleri ağırlıklı olarak sivil toplum gruplarından gelmekte ve aşağıdaki konuları vurgulamaktadır: YDUÇ'deki şeffaflık korumasının zayıflığı; tarafsızlık eksikliği (yani, tüm yatırım rejimi, yatırımcıların çıkarlarını destekliyor); hakemler için etik standartların eksikliği; YDUÇ'un geçici doğası; ev sahibi devletlerin yükümlülüklerinin anlaşma yorumlarının aşırı geniş kapsamlı olması; anlaşma yorumlarında hükümet kontrolünün yetersizliği; ilgili olmayan müşavir katılımı meselesi; devletin düzenleme hakkının tehdit altında olması (düzenleyici soğutma olarak anılır); vs. Dolayısıyla, geliştirmesini ya da daha radikal bir çözüm olarak değiştirilmesini önerirler. Bu endişelerden bazıları, hem devletler hem de yatırımcılar için bağımsızlık ve adaleti sağlayacak daha dengeli bir yaklaşım önermektedir. Örneğin, şeffaflık yaygın olarak paylaşılan bir hedef haline gelmiştir[5]. Son yaklaşımlarda, hakemlerin seçim sürecinin reformunun altı özellikle çizilmiştir.

Diğerleri için, tarafsız ve etkili uyuşmazlıkların çözülmesinin yatırımların korunmasının önemli bir parçası olması koşuluyla, yatırımcı - devlet tahkimi, korumanın tek ve gerçek aracını temsil eder. Destekçileri, bu karar sistemi ev sahibi devletlerde hukukun üstünlüğünün gelişmesine oldukça katkıda bulunmuş olmasına rağmen karşıt iddiaların mevcut içtihatla desteklenmediğini vurgulayarak mevcut yatırımcı-devlet tahkim sistemi hakkında objektif bir tartışma konusunda ısrar etmektedirler[6].

Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri arasındaki Transatlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı (TTYO) konusundaki hararetli ve süregelen tartışma ve bir yatırımcı - devlet uyuşmazlığı çözme mekanizması içermesi beklentisi, bu konudaki çok farklı pozisyonların açık bir örneğidir[7]. Odak noktası, geniş ölçüde YDUÇ'nin AB reformlarındadır ve bazıları için çok radikaldir. Yani Avrupa Birliği, bir yatırım (ilk derece) mahkemesinden ve bir temyiz mahkemesinden oluşan sürekli bir mahkeme sistemi önermektedir. Buradaki önemli soru, AB'nin mevcut yatırım rejiminin zorluklarının merkezinde yer alma yeteneği ve bu AB reformlarının, diğer bazı ülkelerle, ör. Çin, gelecekte yapılacak uluslararası yatırım anlaşmaları üzerindeki etkisidir.

Hem gelişmiş hem de gelişmekte olan ülkelerin, sermaye ihraç eden ve sermaye ithal eden ülkelerin, UYA'larda sağlanan düzenleyici kısıtlayıcı maddi standartlar hakkındaki endişelerini dile getirmek önemlidir. Yabancı yatırımcılar, bu uluslararası yatırım anlaşmalarını düzenleyici

4 Stephan W. Schill ve Katrine R. Tvede, 'Mainstreaming Investment Treaty Jurisprudence', 14 (1) Uluslararası Mahkemelerin ve Mahkemelerin Hukuku ve Uygulaması (2015), s. 94-129.

5 Bkz. UNCITRAL Şeffaflık ilkesi: *UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*, http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html adresinde mevcuttur; *Antlaşmaya Dayalı Yatırımcı-Devlet Tahkiminde Birleşmiş Milletler Şeffaflık Sözleşmesi*, https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-e.pdf adresinde mevcuttur; Ayrıca bkz D. B. Magraw Jr. & N. M. Amerasinghe, 'Transparency and Public Participation in Investor-State Arbitration', 15 ILSA Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuk Dergisi (2009) s. 337; J. Maupin, 'Transparency in international investment law: The Good, the Bad, and the Murky'; A. Bianchi & A. Peters (eds), *Transparency in International Law* (2013), s.142-171.

6 Adalet İttifakı tarafından dağıtılan mektuba cevap olarak, Yatırımcı-Devlet uyuşmazlığı çözümü (20 Nisan 2015) hakkında açık bir mektup, https://www.mcgill.ca/fortier-chair/isds-open-letter adresinde mevcuttur; C. Schreuer, 'Do We Need Investment Arbitration?', J. E. Kalicki & A. Joubin-Bret (eds), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century* (2015) s. 879, 882, 889'da 'Yatırım Tahkimine İhtiyacımız Var mı?'

7 AB'nin yatırım mahkemesi sistemi önerisi için, bkz. Avrupa Komisyonu, Transatlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığında (TTIP) Yatırım Koruma ve Yatırım Mahkemesi Sistemi Taslak Metni (16 Eylül 2015); Avrupa Komisyonu (2014a), http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc_152280.pdf adresindeki 'Public Consultation on Modalities for Investment Protection and ISDS in TTIP'.

rejimdeki değişikliklere meydan okuma araçları olarak kullandıkları için, antlaşmaya dayalı yatırımcı - devlet tahkimi, farklı politika alanlarını etkilemiştir. Bu şekilde devletler öngörülemeyen sorumluluk risklerine maruz kalmaktadır.

Örneğin, yakın zamanda yaşanan yüksek profilli tütün davası, yatırım tahkiminin, devletin düzenleyici işlevlerini yerine getirme kabiliyeti üzerindeki etkileri ile ilgili endişeleri artırmıştır. Philip Morris Asia, 1993 Avustralya-Hong Kong İkili Yatırım Anlaşması'na[8] dayanarak, halk sağlığının çıkarına sunulan düz sigara paketleme yasalarına meydan okumak için Avustralya'ya karşı tahkim işlemi başlatmıştır. Düz paketlemenin, yatırımlarının yasadışı bir şekilde kamulaştırılması demek olduğunu ve bu nedenle Avustralya-Hong Kong İYA'sının[9] 6. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başka bir deyişle, Philip Morris'in görüşüne göre, İYA uyarınca Avustralya'nın uluslararası hukuki yükümlülüklerini ihlal etmekte idi. Yatırım tahkim mahkemesi, yatırımcının Avustralya'ya karşı hak talebini, yargılama gerekçesiyle reddetmiştir.

Kamu politikaları ile ilgili endişeleri artıran davalara tepki olarak, son zamanlardaki bazı UYAlar, bir devletin kamu yararını korumak için yatırımcıların haklarını kısıtlayabileceği koşullar hakkında açık bir dil kullanarak, ev sahibi devletin meşru politika hedeflerini gerçekleştirmek için düzenleme yapma hakkını tekrar doğrulamaktadır. Bu nedenle, çevrenin, halk sağlığının, güvenliğin, tüketicinin ve çalışma haklarının korunması için koruma önlemleri alma eğilimi mevcuttur[10]. Amaç, yatırım koruma standartlarının yatırım tahkim mahkemeleri tarafından yorumlandığı içeriğin dengelenmesidir. Ayrıca, son zamanlardaki bazı yatırım anlaşmaları, kurumsal sosyal sorumluluk bağlamında yatırımcılara önemli yükümlülükler getirmektedir.

Son olarak, yatırımcı - devlet tahkimi reformu gerçekten gereklidir ve iyileştirme çağrısında bulunan yaklaşımlar memnuniyetle karşılanmalıdır. Çok güncel ve politik açıdan hassas bir konu haline geldiğinden, iki ana aktör, devlet ve yatırımcı için daha dengeli bir yaklaşımın yararları açık bir şekilde vurgulanmalıdır. İki taraflı, adil ve etkin bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasına kesinlikle ihtiyaç duyulmaktadır.

Paydaşlar, her iki taraf için de bağımsızlık ve adalet sağlayacak daha dengeli bir karar verme sistemi sunan bir mekanizma için açık çağrılar yapmışlardır. Dolayısıyla temel mesele, dış yatırım sürecinde yer alan ana aktörlerin farklı menfaatlerini, birçok durumda uzlaştırmaktır.

Tahkim kararlarının, potansiyel olarak, anlaşma yorumunun tekdüzeliğini ve tutarlılığını sağlayacak bir temyiz mekanizması yoluyla gözden geçirilmesi olanağı önerilmiştir, ancak sabit bir uluslararası yatırım mahkemesi yaratma önerisi de ciddi biçimde göz önüne alınmıştır. Şeffaflık, meşruluğun ve hesap verebilirliğin sağlanması için gereklidir ve devam etmekte olan reformların bir parçasıdır. Ayrıca, son zamanlardaki uluslararası yatırım anlaşmalarının bazıları, devletlerin kamu yararına düzenleme yapma hakkına açıklık getirerek, açık bir kamu politikası koruması sağlamaktadır. Bu tür yaklaşımlar, devletlerin iyi niyetle ve yasal bir amaç doğrultusunda düzenleme yapma hakkını ve yatırım korumasını dengelemeyi amaçlamaktadır.

Sözü edilen konular ve zorluklar karşısında, yatırım uyuşmazlığı çözümünün geleceğinin ne olabileceği gözetlenmeye devam etmektedir.

8 Philip Morris Asia Limited ile Avustralya Parlamentosu, UNCITRAL, PCA Dava No: 2012-12, http://www.italaw.com/cases/851 adresinde mevcuttur; Ayrıca, Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA ve Abal Hermanos SA ile Uruguay Oryantal Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/10/7 (eski adıyla FTR Holding SA, Philip Morris Products SA ve Abal Hermanos SA ile Uruguay Oryantal Cumhuriyeti), http://www.italaw.com/cases/460#sthash.yN1DbHwZ.dpuf adresinde mevcuttur.

9 Tahkim Bildirimi (21 Kasım 2011), http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0665.pdf adresinde mevcuttur.

10 UNCTAD, 'Recent trends in IIAS and ISDS', 25-27 Şubat 2015, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webd adresinde mevcuttur.

INVESTOR-STATE ARBITRATION: ISSUES AND CHALLENGES

Dr. Taida Begić Šarkinović*

Investor-state arbitration or investment arbitration involves two diverse parties, a sovereign state (the host state of the investment) and a private party i.e. foreign investor (so-called mixed disputes). Its primary function is an examination of the legality of state actions towards foreign investors. This dispute-settlement mechanism represents the important feature of modern international investment agreements (IIAs)[1], mostly bilateral investment agreements (BITs) and free trade agreements (FTAs) with investment chapters that contain investor-state dispute settlement (ISDS) provision. From the perspective of foreign investor, ISDS mechanism is a very powerful tool and valuable feature of IIAs together with substantive standards of protection[2]. ISDS mechanism enables investors to challenge measures implemented by host states in case they arbitrary interfere with their rights. *Since* ad hoc investment arbitral tribunals judge the legality of government actions it has important public policy implications[3]. Investor-state arbitration has recently become a highly topical issue and caused a vivid political debate.

Dissatisfaction with traditional approaches to investment arbitration has emerged from the arbitral practice that is sometimes inconsistent, unpredictable and too fragmented. In other words, for its critics, the current system of investor-state arbitration does not work well enough. Thus we are witnessing the ongoing heated debate that questions the ultimate legitimacy of investor-state arbitration focusing on its asymmetric nature[4].

International investment disputes sometimes bring specific problems and challenges. International investment agreements often provide for both investor-state and state-state arbitration. oSo far, investor-state arbitration has been employed as the almost exclusive dispute-settlement mechanism and has developed into a relevant branch of international adjudication[5]. The

* Assistant Professor of International Law at the University Sarajevo School of Science and Technology, Bosnia and Herzegovina.

1 A. de Mestral and C. Lévesque, eds., *Improving International Investment Agreements*, Routledge (2013); W. Alschner, 'Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law', 5 *Goettingen Journal of International Law* (2013) 2, 480; J. W. Salacuse & N. P. Sullivan. 2005. 'Do BITs Really Work: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain.' 46 *Harvard International Law Journal* (2005), 1, 67.

2 Such as: Expropriation and the duty to pay compensation, fair and equitable treatment, full protection and security, protection against arbitrary and discriminatory treatment, national treatment, and most favoured nation (MFN) treatment.

3 See generally, T. Begić Šarkinović, 'Investor-State Arbitration: Between Private and Public Interests, 13(2) *Manchester Journal of International Economic Law* (2016), p. 250-263.

4 M. Waibel *et al.* (eds), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (2010); J. E. Kalicki and A. Joubin-Bret (eds), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century* (2015); T. Schultz & C. Dupont, 'Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-Empowering Investors? A Quantitative Empirical Study', 25 *European Journal of International Law* (2014) 1147; S. D. Franck, 'The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions', 73 *Fordham Law Review* (2005) 4, 1521; C. Schreuer, 'Coherence and Consistency in International Investment Law', in: Prospects in International Investment law and Policy (*R. Echandi*, *P. Sauvé* eds.) (2013) p. 391-402; See also, Osgoode Public Statement on the International Investment Regime – 31 August 2010, available at http://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010. A letter circulated by the Alliance for Justice, available at http://www.afj.org/wp-content/uploads/2015/03/ISDS-Letter-3.11.pdf; An open letter about investor-State dispute settlement (20 April 2015) as a response to the letter circulated by the Alliance for Justice, available https://www.mcgill.ca/fortier-chair/isds-open-letter.

5 Stephan W.Schill and Katrine R .Tvede,'Mainstreaming Investment Treaty Jurisprudence', 14(1) Law & Practice of International Courts and Tribunals (2015), p. 94-129.

proliferation of investor-state arbitration and its recent extensive use raised legitimacy concerns suggesting its reform or even alternative.

Voices of criticism are predominantly coming from civil society groups and emphasize the following issues: a weak transparency protection in ISDS; lack of neutrality and impartiality (i.e. the entire investment regime is favoring interests of investors*);* lack of ethical standards for arbitrators; ISDS ad hoc nature; overly expansive treaty interpretations of the obligations of host states; lack of government control of treaty interpretation; issue of amicus curie participation; threat to state's right to regulate (so-called a regulatory chill); etc. They thus suggest its improvement or even more radical solution, its replacement. Some of these concerns have already been addressed suggesting more balanced approach which should ensure independence and fairness for both states and investors. For instance, transparency became a widely shared objective[6]. Reform of the selection process of arbitrators has been particularly underlined in the most recent approaches.

For others, investor-state arbitration represents the only and real means of protection provided that impartial and effective dispute settlement is an essential aspect of the protection of investments. Its supporters insist on an objective debate about the current system of investor-state arbitration emphasizing that arguments against it are unsupported by the available case law while this system of adjudication has considerably contributed to the development of rule of law in the host states[7].

The heated, ongoing debate on the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) within the European Union and the United States, and its prospect of including investor-state dispute settlement mechanism is a clear example of very divergent positions on this matter[8]. The focus is on the far-reaching EU reforms of ISDS, and for some, too radical. Namely, the European Union proposes a permanent court system consisting of one investment (first instance) tribunal and one appeal tribunal. The important question here is the EU ability to get at the heart of the challenges of the present investment regime and impact of these EU reforms on future international investment agreements concluded with some other countries, e.g. China.

It is important to note that both developed and developing countries, capital exporting and capital importing countries, expressed their concerns about the regulatory restrictive substantive standards provided in IIAs. Treaty-based investor-state arbitration has affected different policy areas, since foreign investors are increasingly using these international investment agreements as instruments to challenge changes to the regulatory regime. In this way states are becoming exposed to unpredictable liability risks.

For instance, the recent high-profile tobacco case raised concerns about the impact of

6 See UNCITRAL Transparency inititive: *UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*, available at http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html; *United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*, available at https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-e.pdf; See also D. B. Magraw Jr. & N. M. Amerasinghe, 'Transparency and Public Participation in Investor-State Arbitration', 15 ILSA Journal of International and Comparative Law (2009) 337; J. Maupin, 'Transparency in international investment law: The Good, the Bad, and the Murky', in A. Bianchi & A. Peters (eds), *Transparency in International Law* (2013) p.142-171.

7 An open letter about investor-State dispute settlement (20 April 2015) as a response to the letter circulated by the Alliance for Justice, available https://www.mcgill.ca/fortier-chair/isds-open-letter; C. Schreuer, 'Do We Need Investment Arbitration?' in J. E. Kalicki & A. Joubin-Bret (eds), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century* (2015), p. 879, 882, 889.

8 On the EU proposal for investment court system, see: European Commission, Draft Text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) (Sept. 16, 2015); European Commission (2014a), 'Public Consultation on Modalities for Investment Protection and ISDS in TTIP', at http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc_152280.pdf.

investment arbitration on the states' ability to exercise their regulatory functions. Philip Morris Asia instituted arbitration proceedings against Australia challenging its plain cigarette packaging laws introduced in the interest of public health on the basis of the 1993 Australia-Hong Kong Bilateral Investment Treaty[9]. It argued that plain packaging constitutes an illegal expropriation of its investments and therefore violates Article 6 of the Australia–Hong Kong BIT[10]. In other words, in the view of Philip Morris, it was a violation of Australia's international legal obligations under the BIT. The investment arbitral tribunal has dismissed the investor's claim against Australia on jurisdictional grounds.

As a reaction to cases that raised public policy concerns, some of the recent IIA reaffirm the host state's right to regulate to achieve legitimate policy objectives using a clear language about conditions under which a state can restrict the investors' rights in order to protect public interest. There is therefore a trend to include safeguards to protect environment, public health, safety, consumer and labor rights[11]. The objective is to rebalance the context in which investment protection standards are interpreted by investment arbitral tribunals. Also, some recent investment agreements tend to impose substantive obligations on the investors providing for binding corporate .social responsibility

Finally, reform of investor- state arbitration is indeed necessary and approaches that call for its improvement should be welcomed. Since it has become a highly topical and politically sensitive issue the benefits of more balanced approach for two main actors, states and investors, should be clearly underlined. A two-sided, fair and efficient dispute resolution mechanism is certainly .needed

There have been clear calls by stakeholders for a mechanism which will ensure more balanced system of adjudication providing for independence and fairness for both parties. Therefore, the key issue is to recon ciliate these, in many instances, diverging interests of the main actors involved in the foreign investment process.

The possibility of review of arbitral decisions through an appellate mechanism has been proposed which, potentially, may ensure uniformity and consistency of treaty interpretation but, proposal to create a standing international investment court has been also seriously considered. Transparency is essential for ensuring the legitimacy and accountability and is part of ongoing reforms. Also, some of the recent international investment agreements provide for clear public policy protections by explicit reference to states' right to regulate in the public interest. Such approaches aim to balance the right of states to regulate in good faith and for a legitimate purpose, and investment protection.

In view of the aforementioned issues and challenges, it remains to be seen what might be the future of investment dispute resolution.

9 Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, available at http://www.italaw.com/cases/851; See also Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7 (formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay), available at http://www.italaw.com/cases/460#sthash.yN1DbHwZ.dpuf.

10 Notice of Arbitration (21 November 2011), available at http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0665.pdf.

11 UNCTAD, 'Recent trends in IIAS and ISDS', 25-27 February 2015, available at http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf.

ULUSLARARASI İSTANBUL HUKUK KONGRESİ
INTERNATIONAL İSTANBUL LAW CONGRESS
17-19 EKİM 2016
17-19 OCTOBER 2016

İKİNCİ GÜN
SECOND DAY

ENDERUN SALONU
ENDERUN HALL

Ombudsmanlık
Ombudsman

ROMANYA'DA OMBUDSMANIN FONKSİYONLARI : OMBUDSMANIN ARABULUCU OLARAK ROLÜ

*Ionel Oprea**

Genelde Ombudsmanın ve özelde Romanya Halk Avukatının temelini oluşturan mantık, bu kamu otoritesinin demokratik bir toplumda var olan vatandaşlara ve diğer birimlere sağlayabileceği koruma ile yakından ilişkilidir. Dikkat çekicidir ki Ombudsman'ın faaliyeti kamu idaresinin yasalara uygunluğu ile ilgilidir, bu kurum devlet aygıtının faaliyetinde yasalara uygunluğun sağlanması amacının yanı sıra, kamu idarelerinin her türlü suiistimaline, hatalarına veya keyfi faaliyetlerine karşı hak ve özgürlüklerin korunması amacı ile de bağlantılıdır.

Halk Avukatı, doğası gereği sivil hakların ve özgürlüklerin ihlal edildiği olguları tespit etmeyi ve bunlarla mücadele etmeyi amaçlar. Halk Avukatının işi, belirli kişilerin hak ve özgürlüklerini savunmaktan ziyade, kanunlara uyma ilkesi ve kamu otoritelerinin faaliyetlerini sürekli geliştirme ihtiyacı temelinde, vatandaşların meşru haklarını gözetmek düşüncesiyle, hak ve özgürlüklerin ihlaline yol açan olguları tespit etmek ve bunlarla mücadele etmekle ilgilidir

Anayasa ve onun örgütlenme ve işleyiş kurallarına göre Halk Avukatlığı Kurumu şu işlevlere sahiptir:

Bilgi alma işlevi, bu, Halk Avukatının, vatandaşların hak ve özgürlüklerini ihlal eden özel durumlardan haberdar olma şeklini ifade eder. Bu, iki şekilde yapılır - hak ve özgürlükleri ihlal edilen kişi Ombudsman'a dilekçe sunduğunda doğrudan veya Ombudsmanın, kamu hizmeti sunan bir idare tarafından bir kişinin hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini herhangi bir şekilde tespit ettiğinde ve resen yapılan işlemler sırasında dolaylı olarak.

Kontrol işlevi, bireylerin hak ve özgürlüklerinin ihlali ile ilgili, Halk Avukatında bekleyen dilekçe konularını analiz etmeyi içerir. Bu bağlamda, ihbar, bunu destekleyen eylemler ve ilgili idari makam tarafından sağlanan bilgi ve belgelere dayanarak, hukukun yanlış uygulanması veya bir işlem yapılmasının reddedilmesi yoluyla veya dilekçe sahibinin haklarına zarar verecek başka konular ile ilgili yasa dışı bir durumun gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit eder.

Kamu idaresine dolaylı baskı uygulama işlevi, Halk Avukatının, dilekçe sahibinin haklarını ihlal eden kamu idaresinden idari işlemi değiştirmesini veya iptal etmesini ve neden olunan zararları gidermesini veya mağdur kişinin durumunun eski hale getirilmesini yazılı olarak talep etmesini ifade eder; kamu otoritesi bu tavsiyeye uymazsa, Halk Avukatı parlamento denetimini harekete geçirebilir;

Dolaylı baskının etkinliğini sağlamanın bir başka yolu da medya yöntemidir; burada Halk Avukatı belli bir dosya ile ilgili yaptığı soruşturmaların sonucunu kamuoyuna sunar veya kamuoyuna sunulan yıllık raporu içerisinde spesifik olayları açıklar. Bu yolla Ombudsman, suiistimal, yasa dışı hususlar ya da kamu yetkililerinin bireylerle ilgili hatalarına ilişkin olarak, bilinçlenmiş kamuoyu yoluyla sanal baskı uygulayabilir.

Bilgilendirme işlevi, genelde kişilerin hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesiyle veya özel olarak bireysel davalarla ilgili Ombudsman tarafından yapılan iletişimleri ifade eder. Davaya bağlı olarak, bilgiyi alan kişi: dilekçe sahibi, her iki Parlamento Başkanları veya Başbakan ve kamuoyu olabilir.

a) Kamu otoritesini bilgilendirmek, ilgili kişinin hak ve özgürlüklerinin ihlali ile ilgili bildirimdir;

* Halk Avukatı Yardımcısı.

b) Dilekçe sahibine yapılan bilgilendirme; bir davadaki incelemenin tamamlanmasından sonra ve işlenen yasa dışılığı kaldırmak için alınması gereken önlemlere ilişkin bulgu ve tavsiyeleri içeren rapor hazırlandıktan sonra, Ombudsman tarafından söz konusu kişiyle kurulan iletişimlerdir;

c) Parlamentoları veya Hükümeti bilgilendirmek, yasadışı idari işlemler yoluyla sıklıkla insan hakları ihlalleri yaşanan durumlar ve bunların ortadan kaldırılması için gerekli önlemler hakkında Halk Avukatının elde ettiği bulgulara işaret eder;

d) Kamuoyunu bilgilendirmek, iki Parlamentonun ortak oturumunda görüşüldükten sonra ve bazen Ombudsman işinin temel unsurlarının geneli ilgilendirdiği ve kamuya açıklanması gerektiği kanısına vardığında, Ombudsmanın faaliyetlerinin, Yıllık Raporunun yayınlanması ile duyurulmasını içerir.

Yetkililerin uyarılması işlevi, bir taraftan, Halk Avukatının bireysel vakaları çözmek için, Kamu idaresi tarafından hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğine dikkat çekmesi ve diğer taraftan, bu tür fiillerin işlenmesini engellemek için, kamu yetkililerinin vatandaşlarla olan ilişkilerindeki tutum, zihniyet ve stillerini değiştirmeye çalışmasıdır. Halk Avukatı gerektiğinde, devlet tarafından vatandaşlara verilen hak ve özgürlüklere ilişkin normatif yasal işlemlerin değiştirilmesi, takviye edilmesi ve iyileştirilmesi için tedbirler alınması için yetkili makamların dikkatini çekmeyi amaçlar.

Ombudsmanın Arabulucu Olarak Rolü

Arabuluculuk işlevi, şikâyetin haklı bir temele dayandığını tespit ettikten sonra, yani, dilekçe sahibinin hak veya özgürlüklerinin ihlal edildiğini belirledikten sonra, Halk Avukatının gösterdiği çabaları ifade eder. Halk Avukatı, çatışmaları dostane yollarla çözmeye ve vatandaşların meşru menfaatlerinin mümkün olan en büyük ölçüde karşılanabilmesi için uzlaşmacı bir çözüm bulmaya çalışarak, vatandaşlar ve Kamu idaresine arasında arabuluculuk yapan tek kurumdur. Ombudsmanın amacı, vatandaşlarla kamu idaresi arasında uzlaşmacı bir çözüme ulaşılması için aracılık yapmaktır; böylece doğrudan bir yüzleşmeden (veya dava açılmasından) kaçınılarak, kamu idaresinin bazen karşılaşabileceği güçlükler veya sorunlar da göz önüne alınarak, samimi bir çözümle vatandaşın meşru menfaatlerinin mümkün olduğunca tatmin edilmesi sağlanır. Sonuç olarak Ombudsman, incelikli bir şekilde ve öneriler getirerek, yasadışı işlemi değiştirerek veya mümkün olan her yolla, dilekçe sahibinin hak ve özgürlüklerinin ihlalini durdurarak, davayı çözmek amacıyla arabuluculuk yapmaya çalışır. Bu durumda, Ombudsman tarafından ilgili kamu idaresi ne yapılan tavsiye, sadece yasadışı işleme ve bunun nasıl düzeltilebileceğine ilişkin öneri veya bilgi içeren bir bildirim niteliğindedir.

Halk Avukatının arabuluculuk rolü için aşağıdaki örnek verilebilir:

Bu yıl yapılan bir araştırmanın ardından Ombudsman, öğrencilerle etkileşime giren öğretmenler ve öğretim dışı personel tarafından çocukların üstün menfaatlerini gözetilmesi ilkesi konusunda Milli Eğitim Bakanlığı'na 14/2016 Sayılı öneriyi sunmuştur. Bakanlık öneriyi kabul etmiş ve yönergeleri iş tanımlarına eklemiş ve okulu bırakma ve devamsızlığın yanı sıra, risk altındaki öğrencilerin psikolojik pedagojik danışmanlığı ve özel eğitim ihtiyacı olan öğrencilerin bireysel / grup olarak psikolojik pedagojik danışmanlığı konularında yönetim usulleri geliştirmiştir.

THE FUNCTIONS OF THE ROMANIAN OMBUDSMAN : OMBUDSMAN'S ROLE AS A MEDIATOR

Ionel Oprea[*]

The rationale underlying the Ombudsman, in general, and the People's Advocate of Romania, in particular, is closely linked to the protection which this public authority can provide to citizens and other entities existing in a democratic society. It is noteworthy that the Ombudsman's activity concerns the legality of public administration, this institution being linked to the aim of ensuring legality in the activity of the state apparatus, as well as the observance of the rights and liberties against any abuses, errors or arbitrary action of the public authorities.

The People's Advocate aims to detect and combat the phenomena which, by their nature, are violations of civil rights and liberties, and its work concerns not as much the defence of the rights and freedoms of certain persons, but rather detecting and combating the phenomena that lead to their violation, being based on the principle of compliance with the law and the need for continuous improvement of the public authorities' activity with a view to observing the legitimate rights of citizens.

The People's Advocate institution, according to the Constitution and its law of organization and functioning, has the following functions:

The function of receiving information, which refers to how the People's Advocate becomes aware of specific cases of violation of rights and freedoms of citizens. This is done in two ways - directly, when the individual whose rights and freedoms have been violated, lodges a petition with the Ombudsman or indirectly, when the Ombudsman finds out, in any way, that rights and freedoms of a person were violated by a public service of an administration, and proceeds ex officio.

The control function consists of analysing issues relating to the violation of rights and freedoms of individuals, which are the object of a petition pending before the People's Advocate. In this respect, based on the notification, the acts that support it, as well as the information and documents provided by the administrative authority concerned, it establishes if an illegality has been committed by misapplication of law or the refusal to issue an act, or other issues likely to cause harm to the petitioner's rights.

The function of indirect coercion of the public administration stems from the fact that the People's Advocate requests in writing the public administration which violated the rights of the petitioner to reform or revoke the administrative act and to repair damages caused or to restore the aggrieved person to the previous situation, with the possibility of triggering parliamentary control if the public authority does not follow the recommendation of the People's Advocate. Another means to ensure the effectiveness of indirect coercion is through the media, when the People's Advocate makes public the results of its investigations in a particular file or presents specific cases in its annual report that is made public. This way, the Ombudsman can use virtual coercion force exerted by the informed public opinion regarding abuses, illegalities or failures of the public authorities in relation to individuals.

The information function refers to communications made by the Ombudsman regarding the violation of rights and freedoms of persons, generally, or specifically, about individual cases. Depending on the case, the recipient of the information may be: the petitioner, the Presidents of both Houses of Parliament or the Prime Minister and the public opinion.

---

[*] Deputy People's Advocate.

a) Informing the public authority lies in its notification regarding the infringement of the rights and freedoms of the person concerned;

b) Informing the petitioner consists of the communication made by the Ombudsman to the person concerned, after the work in a case is completed and drawing up the paper comprising the findings and recommendations made on measures to be taken to remove the illegality committed;

c) Informing the two Houses of Parliament or the Government refers to the findings of the People's Advocate regarding cases of frequent human rights violations by illegal administrative acts and the necessary measures for their removal;

d) Informing the public opinion involves publicizing the activity of the Ombudsman, made both annually by the publication of its Annual Report, after being discussed at the joint sitting of the two Houses of Parliament and occasionally when the Ombudsman considers that essential aspects of its work are of general interest and should be made public.

The function of alerting the authoritiesis, on the one hand, when the People's Advocate, in order to solve individual cases, draws attention to the violation of rights and freedoms by the public administration and, on the other hand, in order to prevent the perpetration of such acts, tries to change attitudes, mentalities and style of work of public authorities in their relationship with citizens. The People's Advocate also aims, when necessary, to raise an alarm to the competent authorities to take measures for amending, supplementing and improving normative legal acts regarding the rights and freedoms granted to citizens by the State.

Ombudsman's Role as a Mediator

The function of mediation lies in the diligence exercised by the People's Advocate, after finding that the complaint is founded, therefore a violation of the petitioner's rights or freedoms has occurred. The People's Advocate is the one who mediates between citizens and public administration, trying to resolve conflicts amicably and to find a compromise solution so that the legitimate interests of the citizens are satisfied to the largest extent possible. The purpose of the Ombudsman is to mediate between citizens and public administration to reach a compromise solution, so that the legitimate interests of the citizen are satisfied to the fullest extent possible, taking into account the difficulties or problems that public administration may encounter sometimes, avoiding an outright confrontation (or even a court trial), by reaching an amicable solution. Consequently, in a graceful way, the Ombudsman tries to mediate, using recommendations, with a view to solving the case by reforming the unlawful act or terminating, in any way possible, the violation of the petitioner's rights or freedoms. In this situation, the recommendation made by the Ombudsman to the public administration body concerned, serves only as a notification, suggestion or information regarding the unlawful act committed and how it could be corrected.

The mediating role of the People's Advocate can be exemplified by the following example:

During this year, following an investigation, the Ombudsman issued Recommendation No. 14/2016 to the Ministry of National Education, on the principle of observing the best interests of the child by the teaching and non-teaching staff who interact with pupils and the Ministry has accepted our recommendation and implemented the directives into the job descriptions and developed operational procedures on school dropout and absenteeism, as well as on psycho-pedagogical counselling of pupils at risk and individual / group psycho-pedagogical counselling of pupils with special educational needs.

ADALETE ERİŞİM VE AYRIMCILIĞIN ÖNLENMESİNDE OMBUDSMAN'IN ROLÜ

*Naser Seraj**

Rahman ve Rahim Olan Allah'ın Adıyla,

Sayın Başkan, değerli izleyiciler,

Öncelikle, İran İslam Cumhuriyeti, Devlet Teftiş Kurulu Teşkilatı Ombudsmanı olarak Ombudsman'ın adaletin geliştirilmesindeki rolü hakkında konuşma fırsatı verildiği için teşekkür ediyorum. Ayrıca, Ağustos ayındaki bu toplantıyı organize ettikleri için Türkiye Cumhuriyeti yetkililerine derin teşekkürlerimi iletiyorum. Bugün burada bulunduğumuz ve fikir ve deneyim alışverişi yaptığımız toplantıya benzer toplantıların, ülkelerimizde ombudsman olarak görevlerimizi yerine getirmemize yardımcı olacak pratik ve uygulanabilir yollar sunacağını umut ediyorum.

Bayanlar ve Baylar,

Bana göre, insan olmamız hasebiyle sahip olduğumuz çok özel iki niteliğimiz büyük önem arz ediyor: Birincisi insanlığın toplumsal yaşamı, ikincisi ise konuşma ve dile getirme kabiliyetimiz. Bunlar insan türüne özgü iki temel benzersiz özelliktir. Bizler, birbirimizle konuşarak, tartışarak ve ikna ederek arkadaşlık kurma kabiliyetine sahip olan toplumsal varlıklarız. Buna göre, insan toplumu tüm benzersiz özellikleriyle, birbiriyle konuşma kabiliyeti vasıtasıyla, fikir ve düşüncelerin paylaşılması için bir arenadır.

Öte yandan, toplumsal hayatımız yapısı gereği kaçınılmaz çatışmalar için de bir zemin oluşturmaktadır. Bu çatışmalar toplumsal hayatımızın yapıcı olmayan tarafı değil, sosyal varlıklar olarak insanların bir arada yaşanmasının doğal bir sonucu ve uzantısıdır. İnsanlar tarafından, toplumsal hayatı kolaylaştırmak ve düzenlemek üzere çeşitli mekanizma ve vasıtalar oluşturulmuştur. Bunlar hükümet gibi çok kapsamlı bir vasıtadan, kanun yapma ve kanunları korumak ve uygulamak üzere kurumlar kurmaya kadar uzanmaktadır. Bununla birlikte, tüm çabalara rağmen, bu çatışmalar bizi uluslararası, bölgesel, ülkesel ve mezhepsel kavga ve çatışmalar olarak sınıflandırma yapmaktan başka çare bırakmayacak şekilde yükselmekte ve hız kazanmaktadır. Bu silahlı çatışmalar, toplumsal hayatımızın dokusunu ve temelini ciddî bir şekilde tehdit etmektedir.

Aynı zamanda ulus devletler olarak adlandırılan siyasî birimler içerisinde olan başka bir seviyede de benzer çatışmalar yaşamaktayız. Ulus devletlerdeki en yaygın çatışmalar hükümet ve vatandaşlar arasındadır. Güç, varlık ve bilgiye sahip bir kurum olarak hükümet, daha yüksek bir konumdadır ve bu yüksek konum vatandaşa arkasını dönmesine ve hükümetle vatandaş arasındaki çatışmanın alevlenmesine neden olabilir.

Güçlü bir sivil toplum, yaygın olarak, hükümetle doğrudan çatışmaya karşı hükümet ve vatandaş arasında koruma sağlayabilecek bir tampon olarak kabul edilmektedir. Bu koruma tamponu, ancak sivil çevrenin, karışıklıkları ve hükümetin dilini iyi bilen ve insanlar adına nasıl konuşacağını bilen mesleki kurumlarla güçlendirilmesi halinde yararlı olabilir. Aksi halde, herhangi bir çatışmada zafer kazanan yine hükümet olacaktır. Aslında ombudsmanlar, insanlar adına hizmet edebildikleri ve konuşabildikleri zaman gerçek unvanlarını bulurlar.

Ombudsman Kurumu, hükümet ve vatandaşlar arasında aracı tampon görevi gören bir sivil

---

* Yargıç, İran İslam Cumhuriyeti Genel Teftiş Kurulu Başkanı.

toplum kuruluşudur ve en önemli sorumluluğu vatandaşları bu iki yönlü ilişkide desteklemektir. Son yıllarda daha fazla önem kazanmış olan "iyi yönetişim" kavramından bahsedecek olursak, bir ombudsman, iyi yönetişim uygulamalarında insanların koruyucusu olarak görülmelidir. İyi yönetişim için birçok göstergenin arasında, hesap verebilirlik, şeffaflık, adalet ve hukukun üstünlüğü öne çıkmaktadır. Bu göstergelere bakmak, bir ombudsmanın vatandaşlara iyi yönetişimden yararlanmada ne ölçüde yardımcı olabileceğini göstermektedir.

Yetkili bilgilendirilmiş bir dış denetçinin yokluğunda, hükümetler çok tepkisiz ve kayıtsız bir kuruma dönüşebilirler. Hesap verme sorumluluğunun olmaması, şeffaf çevre yaratılmasını önleme de dâhil olmak üzere, başka sorunlara yol açabilir. Şeffaflık olmadan, adalet giderek yok olacaktır. Mat, şeffaf olmayan ve sorumsuz bir ortamda, eşitlikçi düzende kargaşa çıkma ihtimali daha büyük olacaktır. Ombudsmanlar böyle bir ihtimalin önündeki önemli engellerdir.

Ombudsmanların diğer özellikleri arasında, hükümetin "yukarıdan-aşağı" emir ve otoriter yapısından çok farklı olan, birbirine bağlı usuldeki insanlar arasında, yatay sistemlerde çalışabilme becerileri de vardır. Halk arasında konumlandırılması, bir ombudsmanın, insanlara eşit bakmasını sağlar ve hükümetlerin yukarıdan-aşağı yaklaşımında çok yaygın olan ayrımcılık için bir engel oluşturur. Ombudsmanın insanlara bakışı yatay ve ayrımcılıktan uzaktır. Ombudsman, aşağıdaki üç özelliğe sahip olduğu takdirde adaletin ve eşitliğin teşviki için gerçekten iyi ve etkili bir kurum olabilir: Birincisi, hiyerarşik iktidar düzeninde gerekli otoriteye sahip olmak, ikincisi, nitelikli yetkili uzmanların hizmetlerinden yararlanmak ve üçüncüsü, halkın desteğinden ve güveninden yararlanmaktır. Bunlar, bir ombudsmanın adaletin geliştirilmesinde ve ayrımcılığa karşı mücadelede etkinliği açısından üç faydalı bağlantıdır.

Ombudsmanlar arasındaki işbirliğine dayalı ilişkilerimiz aracılığıyla, özellikle de iyi uygulamaların paylaşımıyla, ombudsmanın etkinliğinde daha güçlü bağlar göreceğimize inanıyorum.

İlginize bir kez daha teşekkür ederim.

OMBUDSMAN'S ROLE IN ACCESSING JUSTICE AND PREVENTION OF DISCRIMINATION

Naser Seraj[*]

In the Name of Allah, the Most Beneficent, the Most Merciful,

Mr. Chairman, distinguished audience,

At the outset, I would like to express my thanks for the opportunity accorded to me as the Ombudsman of the State Inspection Organization of the Islamic Republic of Iran to speak about the role of Ombudsman in promoting justice. I would also like to express my deep appreciation to authorities of the Republic of Turkey for organizing this august gathering and hope that meetings like what we have here today and exchanges of ideas and experiences will result in offering practical and workable ways that help us all fulfill our missions as ombudsmen in our countries.

Ladies and Gentlemen,

In my view, there are two very special features in us as human beings that are of utmost importance: first, humanity's social life and second, our ability to converse and articulate. These are the two principal unparallel qualities that are unique to human species. We are social beings that have the capability to seek companionship by conversing with each other, arguing and convincing. Accordingly, human society with all its unique characteristics is an arena for exchange of ideas and thoughts by our ability to speak together.

On the other hand, our social life by its very nature also provides an arena for unavoidable confrontations, which are not the unconstructive part of our social life, but a natural consequence and extension of human coexistence as social beings. Various mechanisms and apparatuses designed by human beings, from a very broad apparatus like government, to making laws and establishment of institutions to maintain and enforce them, are all for the purpose of facilitating and regulating our social life. Nevertheless, despite all our efforts these confrontations soar and gather speed in a way that leaves us no choice but to classify them as international, regional, internal and sectarian feuds and conflicts. These armed confrontations seriously threaten the very fabric and foundation of our social life.

We also experience similar confrontations at another level that is inside political units called nation-states. The most common confrontations within nation-states are between the government and citizens. Government, as an institution that possesses power, wealth and information, gains a higher position and this higher position may lead to turning its back to citizenry which threatens to provoke confrontation between government and citizens.

A robust civil society is widely recognized as a buffer between government and citizenry that can provide protection against direct confrontation with government. This buffer of protection can only be helpful if the civil environment is reinforced with professional institutions that know well the intricacies and language of government and truly knows how to speak on behalf of people. Otherwise, it will again be the government that triumphs in any confrontation. In fact, ombudsmen find their true calling when they are able to serve and speak on behalf of people.

---

[*] Justice Naser Seraj, The President of the General Inspection Organization of the Islamic Republic of Iran.

Institution of ombudsman is a civil institution serving as an intermediary buffer between government and citizens and its most crucial responsibility is support citizens in this two-way relationship. If we want to speak about the notion of "good governance" that has gained greater prominence in recent years, an ombudsman is to be regarded as protector of people in the exercise of good governance. Among numerous indicators for good governance, accountability, transparency, justice and rule of law stand out prominently. Heeding these indicators shows to what extent an ombudsman is able to help citizens in the likelihood of benefitting from good governance.

In the absence of an informed external overseer with authority, governments can turn into the most unresponsive and uncaring institution. This absence of accountability can give rise to a chain of other predicaments, including preventing creation of transparent environment. Without transparency, justice will gradually fade away. In an opaque, nontransparent and unaccountable environment, there will be greater likelihood of disarray in the equitable order of things. Ombudsmen are serious barriers to such an eventuality.

Among other characteristics of ombudsmen is their ability to work in horizontal systems, among the people in an interconnected fashion which is very different than "top-down", command and authoritative structure of government. Being positioned among the people, allows an ombudsman to have equal look at people and serves as a barrier to discrimination that is so common in the top-down approach by governments. An ombudsman gaze at people is horizontal and free from discrimination. Ombudsmen can truly be a force for good and effective institution for promotion of justice and equality if they have these tree qualities: First, has the required authority in the hierarchical order of power, second, benefit from services of qualified competent professional and experts, and third, benefit from public support and confidence. These are three useful links in the effectiveness of an ombudsman in promoting justice and combating discrimination.

It is my earnest hope that through our collaborative relationships among ombudsmen, especially in sharing of good practices we will see stronger links in the effectiveness of ombudsmen.

Once again thank you for your attention.

AZERBAYCAN CUMHURİYETİ TECRÜBESİNDE KAMU DENETÇİLİĞİ (OMBUDSMANLIK) MEVZUATININ OLUŞUMU VE GELİŞİMİ

Prof. Dr. Amir Aliyev[*]

Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) (İnsan Hüquqları Üzrə Müvəkkil) kuruluşunun modern gelişimi uluslararası hukukun ve insan haklarının gelişimi ile sıkı-sıkıya bağlıdır. Nitekim 1978 yılında ulusal kuruluşlara ilişkin ilk başlıca ilkelerin kabul edilmesi ve Birleşik Milletler Teşkilatı Genel Kurulunun 20 Aralık 1993 tarihli kararı ile kabul edilen Paris Prensipleri sonucunda kamu denetçiliği kurumunun oluşturulması dünya ülkeleri uygulamasında hızla yayılmaya başladı. Bu prensipler bir daha teyit etti ki, ulusal kuruluşlara insan haklarının teşviki ve korunması yetkisi, ayrıca anayasa ve diğer mevzuatda tespit olunan olabildiğince kapsamlı yetkiler verilmelidir. Bu Prensipler gereğınce insan haklarına ilişkin uluslar kuruluşlar: bağımsız olmalı ve onların bağımsızlığı kanunla veya anayasa ile sağlanmalı; kendi rolleri ve içeriği açısından pluralist olmalı; olabildiğince geniş yetkilerle donatılmalı; araştırma için gereken tüm yetkilere sahip olmalı; devamlı ve etkin faaliyet göstermeli; gerekli tüm finanslar sağlanmalı; kamuya açık olmalıdır.

1993 tarihli Paris Prensipleri gereğince ulusal kuruluşlar aşağıdaki görevlerle görevlendirilmelidir: insan haklarının geliştirilmesi ve korunmasına ilişkin konularda hükümete, parlamentoya ve diğer ilgili bütün organlara tavsiyelerde bulumak, öneriler ve raporlar sunmak; ulusal düzeyde yürürlükte olan mevzuatın ve uygulamaların, insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerle uyumlu hale getirilmesini teşvik etmek; uluslararası belgelerin onaylanmasına yardım etmek ve ulsularası standardların uygulanmasını sağlamak; uluslararası belgelere uygun sunulan raporların hazırlanmasında katkıda bulunmak; insan haklarına ilişkin eğitim-öğretim ve araştırma programlarının geliştirilmesi için işbirliği yapmak ve genellikle bilgilendirme ve eğitim yoluyla kamuoyunu duyarlı hale getirerek insan hakları ile ilgili bilgileri yaymak; Birleşmiş Milletler Teşkilatı, bölgesel kuruluşlarla ve diğer ülkelerin yetkili ulusal kuruluşlarıyla işbirliği yapmak.

Ayrıca 1993 tarihinde Viyana'da düzenlenmiş Dünya İnsan Hakları Konferansı'nda belirlenmiş ilkeler gereğince, ulusal kuruluşlar, bir takım önemli fonksiyonların yerine getirilmesine yönelik geniş anayasal yetkilerle donatılmalıdır.

Yirminci yüzyılın 60-cı yılların başlarına kadar kamu denetçiliği (ombudsmanlık) kurumu sadece İskandinav Ülkeleri'nde mevcuttu. Fakat onun hızla yayılması (1983 yılında 21 ülkede, 1997 yılında 87 ülkede, 2004 yılında ise artık dünyanın 122 ülkesinde, şu anda ise dünyanın 150'ye yakın ülkesinde), ayrıca ulusal, bölgesel ve yerel düzeylerde kamu denetçiliğinin oluşturulması, ilgili kurumun yaygınlaşmasının kanıtıdır.

Kamu denetçiliği kurumunun faaliyetinin incelenmesi zarureti genellikle üç faktörle belirlenir. Birincisi, kamu denetçileri devlet kurumlarının farklı düzeylerde yetkililerinin faaliyeti üzerinde kontrol yetkisi kullanır. İkincisi, kamu denetçilerinin faaliyeti doğrudan «insan hakları» kavramıyla ve insan haklarına ilişkin uluslararası standartların bu veya diğer devletin uygulamaya koyması ile sıkı bağlıdır. Nihayet, kamu denetçiliği kurumu yolsuzlukları önleyebilecek, ihlal edilmiş hakları koruyabilecek etkili kurumlardan biri olarak kabul edilir.

Azerbaycan Cumhuriyeti Kamu Denetçiliği Kurumu'nun (İnsan Hüquqları Üzrə Müvəkkil) (Ombudsmanlık) kurulmasına ilişkin karar Azerbaycan halkının ümummili lideri

---

[*] Bakü Devlet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı.

Haydar Aliyev'in 22 Şubat 1998 tarihli «İnsan ve vatandaş hak ve özgürlüklerinin sağlanması alanında önlemler hakkında» Kararname'de belirtilmiştir. Bu Kararname'de insan hakları alanında bir sıra önemli tedbirlerle birlikte, Azerbaycan Cumhuriyeti Kamu Denetçiliği Kurumu'nun (Ombudsmanlık) yanı sıra, insan hak ve özgürlüklerinin korunmasını sağlayan diğer kurumların oluşturulmasına ilişkin önerilerin hazırlanarak sunulması öngörülmüştür. 28 Aralık 2001 tarihinde «Azerbaycan Cumhuriyeti'nin Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) hakkında» Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Kanunu (Azərbaycan Respublikasının İnsan Hüquqları Üzrə Müvəkkili Haqqında» Azərbaycan Respublikasının Konstitusiya Qanunu**)** kabul edilmiştir. 2 Temmuz 2002 tarihinde Azerbaycan Cumhuriyeti'nin ilk Kamu Başdenetçisi (Ombudsmanı) seçildi.

«Azerbaycan Cumhuriyeti'nin Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) hakkında» Anayasa Kanunu'nun kabul edilmesi insan hakları alanında büyük dönüm noktası oldu. Kanunun anayasal statüde olması devletin bu kurumun faaliyetine, genelde ise insan haklarının korunması konusuna verdiği büyük önemin bir göstergesi olarak değerlendirilmelidir. Nitekim, anayasa kanunları hukuk sisteminin temelini oluşturmanın yanı sıra en yüksek yasa olan Anayasa'nın ayrılmaz bir parçasıdır.

Tüm dünyada kamu denetçiliği kurumlarının sahip oldukları yetkileri ve faaliyet prensiplerini dikkate alarak belirtebiliriz ki, kamu denetçiliğinin görevi kamu yönetimini iyileştirmek ve devlet tarafından yapılan çalışmaları karşılıklı güven, saygı, etik kurallar esasında işbirliği yaparak geliştirmek, devlet kurumlarının kamuoyuna açıklığını olabildiğince sağlamak, bu kurumları vatandaşlara daha çok yaklaştırmak, insan haklarının ihlal edilmesi, kötü yönetim ve diğer bu gibi durumları önlemek, bağımsız kamu denetimini gerçekleştirmek, ilgili yönetim organları, devlet kurumları ve sivil toplum kuruluşları ile, topluluklarla açık ortamda monitoringler yapmak, durumu değerlendirmek ve iyileştirmek yönünde ortak çaba harcamaktan ibarettir. Öyle ki, Azerbaycan Cumhurbaşkanı İlham Aliyev'in 28 Aralık 2006 tarihli Kararnamesi ile onaylanan «Azerbaycan Cumhuriyeti'nde insan haklarının korunmasına ilişkin Ulusal Faaliyet Planı»nda ve 27 Aralık 2011 tarihli Kararnamesi ile onaylanmış «Azerbaycan Cumhuriyeti'nde insan hak ve özgürlüklerinin korunmasının etkinliğini artırmak alanında Ulusal Faaliyet Programı»nda insan haklarının güvenli teminatı ve daha da gelişmesi için tüm devlet organlarının üzerine çok önemli görevler konulmuştur ki, burada da esas görev kamu denetçiliği üzerinde yoğunlaşmıştır.

Genel olarak, kamu denetçiliği kurumunun insan hak ve temel özgürlüklerinin korunması alanında faaliyetinin ve temel özelliklerinin karşılaştırmalı olarak incelenmesine dayanarak aşağıdakiler belirtilebilir:

1. Kamu denetçiliğinin temel fonksiyonu devletin idari yönetime ilişkin faaliyeti üzerinde kontrolün gerçekleşmesidir. Bazı durumlarda kamu denetçileri sadece idari organların kararlarının ve eylemlerinin yasal olup-olmadığı açısından değil, aynı zamanda onların kararlarının adaletli olup-olmadığı, eylemlerinin amaca uygun olup-olmadığı konusunda da kararlar verebilirler.
2. Kamu denetçiliği kurumu bağımsız olmalı, kesin belirlenmiş yargı ve yetkiye sahip olmalı, erişilebilir ve operatif olmalı, diğer devlet ve sivil toplum, emniyet kurumları ile işbirliği yapmalı ve ilgili raporlar sunmalıdır.
3. Kamu denetçisi tarafından gerçekleştirilen denetim tedbirleri, öncelikle vatandaşların haklarının yerine getirilmesine ve devlet kurumlarının faaliyetinde ihlal hallerinin ortadan kaldırılmasına yönelir. Kamu başdenetçisi basın aracılığı ile devlet organlarının faaliyetinde ortaya çıkan aksaklıklar hakkında kamuoyuna bilgi verir ve bu şekilde de ihlal edilmiş hakların korunması için ilgili organlara baskı uygular.
4. Kamu denetçisi kanun teklifi de dahil olmak üzere, mevzuat iyileştirmelerine çalışır.

O, ulusal mevzuatın insan hakları alanında uluslararası standartlara uyarlanmasına yardım eder.

5. Kamu denetçisine şikayet başvurusundan ücret alınmaz. Bu kural, tüm dünya ülkeleri tarafından kabul edilmiştir.

6. Hangi türüne ait olursa olsun, tüm kamu denetçilerinin faaliyetinin temel amacı insan haklarının korunmasıdır. Kamu denetçisi faaliyetinin zorunlu koşullarından biri onun siyasi açıdan tarafsız olmasıdır.

Kamu denetçiliği kurumu hem devlet, hem de toplum için önem arz eder. Öyle ki, kamu denetçisi, bireylere ait haklardan yararlanılmasında devlet ve toplum arasında aracılık görevi üstlenmektedir. Kamu denetçisi toplumun çıkarlarını devlete iletir, devlet organlarının dikkat etmediği veya işlediği kusurları belirler, onlara bu kusur ve aksaklıkların giderilmesinde yardımcı olur. Kamu denetçisinin önerileri tüm ülkelerde yüksek değerlendirilir, çünkü onlar «toplumun önerileri» olarak görülür.

«Azerbaycan Cumhuriyeti'nin Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) hakkında» Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Kanunu'nun 1.1. maddesi uyarınca, Azerbaycan Cumhuriyeti'nin Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) vazifesi, Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasasında ve Azerbaycan Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde yer alan ve Azerbaycan Cumhuriyeti'nin devlet ve yerel yönetim organları, yetkili kişileri tarafından ihlal edilen insan hakları ve özgürlüklerinin korunması ve bu Anayasa Kanunu ile belirlenmiş durumlarda insan hakları ihlallerinin önlenmesi için kurulmuştur. Ayrıca, Kamu Denetçisi, «İşkence ve diğer zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya karşı Sözleşme»nin Ek Protokolünde öngörülen ulusal önleyici mekanizmanın işlevlerini gerçekleştirir. Anayasa Kanunu'na göre ulusal önleyici mekanizma işlevlerinin kamu denetçisine tahsis edilmesi anayasal hakların daha yüksek düzeyde sağlanmasına hizmet eder. Bu fonksiyonların yerine getirilmesi amacıyla Kamu Başdenetçisi ve kurum personelleri tarafından tutukevlerine, nezarethanelere, ceza infaz kurumlarına, tutuklu kişilerin kendi iradesiyle terk edemediği diğer yerlere düzenli olarak ziyaret edilir, tutuklu kişilerle görüşülür, ihtiyaçları öğrenilir, yetkileri çerçevesinde önlemler alınır. Bu faaliyete ilişkin raporlar her yıl Azerbaycanca ve İngilizce hazırlanarak basılıyor ve hem ulusal, hem de ilgili uluslararası kuruluşlara sunulur.

Anayasa Kanunu'na göre, Kamu Denetçisi devlet organlarının, yerel yönetim organlarının (belediyelerin) ve yetkili kişilerin «Bilgi edinmek hakkında» Azerbaycan Cumhuriyeti Kanunu çerçevesinde görevleri yerine getirmesi üzerinde denetimi gerçekleştirir. Belirtilmelidir ki, Azerbaycan Cumhurbaşkanı Sayın İlham Aliyev'in 27 Nisan 2016 tarihli Kararnamesi ile onaylanan «Açık hükümetin teşvikine ilişkin 2016-2018 yıllar için Ulusal Faaliyet Planı»nda kamu denetçisine «Bilgi edinmek hakkında» Azerbaycan Cumhuriyeti Kanunu'ndan doğan görevlerin yerine getirmesinde denetim olanaklarının güçlendirilmesi üzere tedbirlerin alınması ve bilgi edinilmesi ile ilgili hukuki yardım mekanizmalarının oluşturulması, uzmanlaşmış mesleki ve eğitim tedbirlerinin uygulanması tavsiye edilir.

Kamu denetçisi faaliyet yönlerine uygun olarak yerel, bölgesel ve uluslararası kuruluşlarla işbirliği yapmaktadır. Kamu denetçisinin faaliyeti insan haklarının korunmasını, ihlal edilmiş insan hak ve özgürlüklerinin düzeltilmesini sağlayan diğer devlet organlarının yetkilerini kısıtlamaz ve onların yerine geçmez. Azerbaycan Cumhurbaşkanı'nın, Azerbaycan Cumhuriyeti Milli Meclisi Milletvekilleri'nin ve Azerbaycan Cumhuriyeti Hakimleri'nin faaliyetinin denetlenmesi Kamu Başdenetçisi'nin yetkilerine ait değildir. Kamu Başdenetçisi af, vatandaşlık, siyasi sığınma hakkı verilmesi konularında Azerbaycan Cumhurbaşkanı'na öneriler verebilir. Bu arada, faaliyeti

döneminde Kamu Başdenetçisi'nin dilekçesi ile toplamda 493, 2015 yılında ise 38 mahkum af edilmiştir.

Kamu Başdenetçisi, Azerbaycan Milli Meclisi'ne insan hak ve özgürlüklerinin sağlanması amacıyla yasaların kabul edilmesine veya iyileştirilmesine ilişkin öneriler verebilir. Kamu Başdenetçisi, Azerbaycan Milli Meclisi'ne af ilânı konusunda da öneri verebilir. Kamu Denetçisinin mahkemelerde yolsuzluk, belgelerin kaybedilmesi ve zamanında verilmemesi, ayrıca mahkeme kararlarının uygulanmasının geciktirilmesi ile ilgili insan haklarının ihlaline ilişkin şikâyetleri incelemek, araştırmak yetkisi vardır. Kamu Başdenetçisi'nin faaliyeti bağımsızlık, şeffaflık, yasallık, adalet, tarafsızlık ilkeleri temelinde kurulur. 24 Ağustos 2002 tarihinde halk oylaması - referandum sonucunda Kamu Denetçiliği Kurumu ile ilgili önemli hükümler Azerbaycan Anayasası'nda yer almıştır. Kamu Başdenetçisi Azerbaycan Cumhurbaşkanı'nın teklifi üzerine Azerbaycan Milli Meclisi tarafından üç aday arasından 83 oyçokluğu ile seçilir. Kamu Başdenetçisi'nin görev süresi 7 yıldır. Aynı kişi Kamu Başdenetçisi görevine ara verilmeksizin iki defadan fazla seçilemez.

Bilindiği gibi, kamu denetçiliği kurumunun esas demokratik özellikleri - bağımsızlık, tüm vatandaşlar için erişilebilir olma - bir çok ülkelerin hukuk mekanizmaları sisteminde onun önemli konumda olmasına yardımcı olmuştur. Kamu denetçiliğinin erişilebilirliği, vatandaşların doğrudan kendisine başvuruda bulunabilmesidir. Yani, başvuruda bulunmak için ne avukata, ne de diğer yasal temsilciye ihtiyaç duyulur. Kamu denetçiliği kurumunun diğer önemli özelliklerinden birisi de başvurulardan herhangi bir ücret talebinin olmamasıdır. Bu ise küresel ekonomik kriz durumunda büyük önem arz etmektedir.

Kamu denetçiliği kurumunun faaliyeti olumlu deneyim ve önerileri ile ortaya çıkmaktadır. Gerek devlet kurumlarının ve yetkililerinin, gerekse de toplumun farklı bireylerinin, özellikle hakları ihlal edilmiş kişilerin insan hakları kavramına yaklaşım tarzı değişmiştir. Azerbaycan Cumhuriyeti'nde «Ulusal Faaliyet Planı» ve «Ulusal Faaliyet Programı»nın uygulanmasının etkinliğinin artırılması, kamu denetçisinin girişimlerinden biri olan sosyal katılımcılığın bir biçimi sosyal dinlemelerle sağlanır. Nitekim, geçtiğimiz dönem içinde belirtilen plan ve programın uygulanması amacıyla neredeyse ülkenin tüm şehir ve bölgesinde milletvekillerinin, yerel yürütme, yargı ve diğer kolluk kuruluşlarının, belediyelerin, yerel sivil toplum kuruluşlarının, basının, ayrıca ulusal azınlıkların yerel topluluklarının temsilcilerinin katılımı ile sosyal dinlemeler yapılmıştır. Bu dinlemelere dayanarak Kamu Başdenetçisi tarafından geçen dönem içerisinde devlet kurumlarına 500'den fazla öneri sunulmuştur ki, bunların da %60 sağlanmıştır.

Azerbaycan Cumhurbaşkanı'nın ilgili Kararnamesi ile 18 Haziran tarihi Azerbaycan Cumhuriyeti'nde «İnsan Hakları» günü olarak kutlanır. Bununla ilgili olarak, her yıl 18 Mayıs - 18 Haziran tarihleri Kamu Başdenetçisi'nin girişimiyle «İnsan hakları aylığı» ilan edilir ve bu çerçevede tüm ülkeyi kapsayan hem kamu kurumları, yerel yürütme organları, hem de sivil toplum kuruluşları tarafından çok sayıda insanların katılımı ile çeşitli etkinlikler gerçekleştirilir.

Kamu denetçiliği kurumunun topluma getirdiği diğer önemli yenilik dış ilişkiler konusunda faaliyetle ilgilidir. Buraya evrensel ve bölgesel uluslararası kuruluşlarla, aynı zamanda Birleşmiş Milletler'in uzmanlaşmış kurumları ile düzenli olarak işbirliği yapılması ve karşılıklı ilişkilerin geliştirilmesi, insan haklarının korunması alanında ortak projelerin gerçekleştirilmesi, Azerbaycan Cumhuriyeti'nin Birleşmiş Milletler'in ayrı-ayrı sözleşme komitelerine sunulan raporların hazırlanmasında yer almak, ek ve alternatif rapor hazırlamak ve ilgili kurumlara tevdi edilmesini gösterebiliriz. Bir sıra saygın kurumlara (Uluslararası ve Avrupa Ombudsmanlar Kurumları, Asya Ombudsmanlar Birliği, Avrupa Çocuk Hakları Ombudsmanları Şebekesi v.s.) üye olmak, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi ile işbirliği, Konsey oturumlarına katılma, özel bildiriler vermek, bu bildirilerin resmi belge olarak kayda geçirilmesi ve adı geçen yetkili kurumların sitelerinde

yayınlanması kamu denetçiliği faaliyetinin önemli kısmını oluşturur. Her yıl artık bir gelenek halini almış, Kamu Denetçileri'nin Uluslararası Bakü Konferansları yapılmaktadır. Şimdiye kadar gerçekleştirilen 13 toplantıda 60'dan fazla devletin kamu denetçileri ve insan hakları alanında uzmanlar yer almış, bu toplantılar çerçevesinde bildiriler kabul edilmiştir.

Azerbaycan Cumhuriyeti'nde Kamu Başdenetçisi'nin dokunulmazlığı vardır. Ancak, belirtilmelidir ki, Kamu Başdenetçisi'nin görev süresinde değişilmezliği gibi anayasal teminatının olmasına rağmen, Anayasa Kanunu'nda Kamu Başdenetçisi'nin görevden alınması mekanizmaları da belirtilmişdir. Öyle ki, Kamu Başdenetçisi, Azerbaycan Cumhurbaşkanı'nın önerisi veya Milli Meclis'in takdiri üzerine milletvekillerin 83 oyçokluğu ile görevden alınabilir. Görevden alınmaya sebep ise Kamu Başdenetçisi'ne ilişkin taleplerin yerine getirilmemesi veya Kamu Başdenetçisi'nin yetkilerini kullanma yeteneğinden yoksun olması olabilir.

Önemli konulardan birisi de Kanunıun 5. maddesinde tespit edilmiş Kamu Başdenetçisi'nin bağımsızlığının teminatları ile ilgilidir. Kanun hükmüne göre, Kamu Başdenetçisi bağımsızdır ve sadece Azerbaycan Cumhuriyeti'nin Anayasası'na ve kanunlarına tabidir. Kamu Başdenetçisi'nin bağımsızlığına ilişkin şu teminatlar vardır: görev süresince değiştirilemez; dokunulmazlığı vardır; herhangi devlet veya yerel yönetim organları, yetkili kişiler tarafından faaliyetine müdahale edilemez; ekonomik ve sosyal güvenceler. Olağanüstü veya askeri hal ilan edilmesi kamu denetçisinin faaliyetini durdurmaz veya sınırlamaz.

Kamu Başdenetçisi'nin dokunulmazlığı şunları içerir:

- Kamu başdenetçisi görev süresi boyunca dokunulmazdır.

- Kamu başdenetçisi görev süresi boyunca suçüstü yakalanma hallerinden başka yakalanamaz, tutuklanamaz, gözaltına alınamaz, hakkında mahkemece idari ceza uygulanamaz, üzeri aranamaz, beden muayenesi yapılamaz. Kamu başdenetçisi suçüstü yakalanırsa, onu yakalayan organ 24 saat içinde Azerbaycan Başsavcısı'nı ve Azerbaycan Milli Meclisi'ni bilgilendirmelidir.

- Kamu başdenetçisi'nin dokunulmazlığına sadece Azerbaycan Başsavcısı'nın talebi üzerine Azerbaycan Milli Meclisi milletvekillerinin 83 oyçokluğu ile kabul edilmiş kararı ile son verilebilir.

- Kamu başdenetçisi'nin dokunulmazlığı ayrıca onun konutuna, hizmeti odasına, ulaşım ve iletişim araçlarına, posta-telgraf yazışmalarına, şahsi eşyalarına ve belgelerine de uygulanır.

Kanunun 12. maddesi gereğince insan haklarının ihlaline dair şikayette belirtilmiş hallerin araştırılması ve ulusal önleyici mekanizmanın fonksiyonlarının uygulanması sırasında Kamu Başdenetçisi aşağıdaki yetkilere sahiptir:

Dilediği zaman, herhangi bir engelleme olmaksızın ve önceden bildirimde bulunmaksızın devlet kurumu ve yerel yönetim organlarına, askeri birimlere, ayrıca polis birimlerine, tutukevlerine, nezarethanelere, ceza infaz kurumlarına, psikiyatri kurumlarına, yasadışı göçmenlerin bakım merkezlerine ve tutuklu kişilerin kendi isteğiyle terk edemediği diğer yerlere dahil olmak; tutuklu kişilerle, ayrıca gerekli bilgi ve belgeyi verebilecek herhangi diğer bir şahısla baş-başa veya gereken durumda uzman veya tercümanın katılımı ile görüşmek ve konuşmak; tutukluların tutuklanmasının meşruluğunu doğrulayan, ayrıca bu şahıslarla muameleye ve tutuklama koşullarına ait olan tüm bilgi ve belgeleri incelemek ve kopyalarını almak; rapor hazırlamak, gerçekleştirdiği eylemlerin sonuçlarını belgelendirmek; yetkili devlet organlarına önerilerde bulunmak ve belirlenmiş sürede bu önerilere cevaplar almak;

Devlet kurumları ve yerel yönetim organlarından, yetkili kişilerden gerekli bilgi ve belgeleri 10 gün içinde almak;

Ceza, medeni ve idari hukuki davalara ilişkin yürürlüğe girmiş mahkeme kararlarını, ayrıca ceza soruşturmasının başlatılmasının reddedilmesine ilişkin dosyaları incelemek;

Başvuruların araştırılması sırasında yetkili kişilerden yazılı raporlar almak;

Şikayet konusu hallerin incelenmesi sırasında ilgili kurumlara görevlendirmelerde bulunmak (kararından veya eyleminden şikayet edilen organın veya yetkili kişinin kendisi görevlendirilemez);

İlgili devlet organları ve kurumlarına bilirkişi raporunun hazırlanması konusunda görevler vermek;

Devlet kurumları ve yerel yönetim organlarının rehberleri ve diğer yetkili kişileri, ordu birimlerinin komutanları, polis birimlerinin, tutukevlerinin, nezarethanelerin, ceza infaz kurumlarının, psikiyatri kurumlarının, yasadışı göçmenlerin bakım merkezlerinin ve tutuklu kişilerin kendi isteğiyle terk edemediği diğer yerlerin rehberleri ile evleviyetle görüşmek.

Kanun'un 13. maddesi gereğince, Kamu Başdenetçisi, şikayetlerin incelenmesi ve araştırılması sırasında insan haklarının ihlal edildiğini tespit edecek olursa, aşağıdaki tedbirlere müracaat edebilmektedir:

Karar veya eylemi sonucunda insan haklarını ihlal eden devlet veya yerel yönetim organlarından, yetkili kişilerden bu gibi hakların düzeltilmesini talep etmek (ilgili organlar, yetkili kişiler 10 gün içerisinde alınan önlemler hakkında Kamu Başdenetçisi'ne yazılı bilgi vermek zorundadır. Bilgi verilmediği veya kamu başdenetçisi'nin talepleri yerine getirilmediği durumlarda Başdenetçi bu ilgili kurumun üst kurumuna veya yetkili diğer devlet organına muracaat edebilir);

Suç delilleri tespit edildiğinde, ilgili yetkili organlara kovuşturma için müracaat etmek;

Temyiz için şikayet hakkına sahip yetkili kişilere müracaat etmek;

Karar veya eylemi sonucunda insan haklarını ihlal etmiş yetkililer hakkında idari soruşturmanın başlatılması için ilgili kurumlara müracaat etmek;

İnsan hakları ihlalleri ile ilgili yapılan denetimlerin sonuçları hakkında basına bilgi vermek;

İnsan haklarının ihlali özel sosyal önem arz eden durumlarda onların düzeltilmesi için Kamu Başdenetçisi'nin yetkilerinin yetersiz kalması durumunda Azerbaycan Cumhurbaşkanı'na müracaat etmek, Azerbaycan Milli Meclisi'ne konuyla alakalı bilgi vermek;

Devlet veya yerel yönetim organının, yetkili kişilerin kararı veya eylemi sonucunda ihlal edilmiş hakların korunması için mahkemeye müracaat etmek;

İnsan haklarının yürürlükteki hukuk kurallarıyla ihlal edilmesi durumunda Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'ne müracaat etmek.

Kamu Başdenetçisi, cari yılın bitimiyle 2 ay içinde ülkede insan haklarının korunması hakkında Azerbaycan Cunhurbaşkanı'na yıllık raporunu sunar ve aynı rapor ile Azerbaycan Milli Meclisi'nde konuşur. Yıllık raporda insan haklarını ihlal eden, Kamu Başdenetçisi'nin taleplerini dikkate almayan devlet ve yerel yönetim organlarının ve yetkililerinin adları belirtilir ve bununla ilgili gerçekleştirilmiş faaliyyetler hakkında bilgi verilir. Kamu Başdenetçisi'nin yıllık raporunda insan haklarının korunması ile alakalı genel fikir, görüş ve tavsiyeler bulunmalıdır. Yıllık rapor ayrıca Bakanlar Kurulu'na, Anayasa Mahkemesi'ne, Yüksek Mahkeme'ye ve Başsavcı'ya gönderilir. Raporun amacı Kamu Başdenetçisi'nin (Ombudsmanın) ülkemizde insan ve vatandaş hak ve özgürlüklerinin korunması durumunun incelenmesi ve analizi, olumlu sonuçlarla birlikte, aksaklıkların ve ihlallerin tespit edilmesi, ihlal edilen hakların düzeltilmesi ve ihlal edilmesinin

önlenmesine ilişkin faaliyetleri hakkında bilgi verilmesinden ibarettir.

Kamu denetçiliği faaliyetinin hukuki, idari, bilimsel ve analitik, iletişim, finansal ve işletme teminatlarının uygulanması için onun Ofisi (aparatı) kurulur. İllerde Kamu Başdenetçisi'nin bölgesel merkezleri oluşturulabilir. Şu anda Azerbaycan'da Başdenetçi'nin Gence, Şeki, Guba ve Celilabad bölgesel merkezleri faaliyettedir. Kamu Başdenetçisi'nin, onun ofisinin ve bölgesel merkezlerinin faaliyetleri Azerbaycan Devlet bütçesi hesabına finanse edilir. Kamu denetçiliği faaliyetinin finansmanı için ayrılan yıllık paranın cari giderlerin toplamı önceki mali yılında bu amaç için öngörülen tutardan az olamaz.

Şimdiye kadar 17 ilave ve değişiklik yapılan «Azerbaycan Cumhuriyetiının Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) hakkında» Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Kanunuının 18.1. maddesi uyarınca, Kamu Başdenetçisi ofisinin bünyesinde ulusal önleyici (preventif) mekanizmanın fonksiyonlarının gerçekleştirilmesi amacıyla Ulusal önleyici grup oluşturulmuş ve onlara kendi yetkilerini kullanabilmek için önemli haklar tanınmıştır.

Kamu Başdenetçisi'nin faaliyeti döneminde toplamda 130.010, 2015 yılında ise 15.320 başvuru yapılmıştır. Bu da 2014 yılı ile kıyaslandığında %16,5 fazladır. Başvuruların %72,6'sı şikayet, %27,4'ü ise dilekçeler oluşturmuştur. Bu başvurular içerisinde konut sorunları, sosyal güvenlik hakları, çalışma hakları, mahkeme kararlarının uygulanması ve başvuru hakkı ile ilgili konular daha fazla olmuştur. Kamu Başdenetçisi, Anayasa Kanunu'nun hükümleri gereğince, şikayetlerin araştırılmasında yetkili olmaması, başvuranın haklarının ihlal edildiği günden bir yılı aşkın süre geçmesi, başvuran kişinin malum olmaması (şikayetin anonim olması), şikayetin yargı organlarında görülmekte olması, tekrar şikayette yeni bilgiler, gerekçeler ve kanıt olmaması nedeniyle onların %46,3'nün araştırılmasından vazgeçilmiştir. Başvurunun %53,7'si incelenmek üzere kabul edilmiş, bunların da %64,5'i temin edilmiştir.

Kamu Başdenetçisi'nin faaliyetinin esas yönlerinden birisini de mevzuatın geliştirilmesi ve iyileştirilmesi alanında gerçekleştirilen faaliyet oluşturur. Bu faaliyeti aşağıdaki yönlere ayırabiliriz:

- İnsan haklarının temin edilmesi açısından mevzuatın iyileştirilmesi ile ilgili önerilerin hazırlanması;
- İnsan hak ve özgürlüklerini ihlal eden yasama ve yürütme organlarının yasal düzenlemelerinden, belediye ve mahkeme kararlarından kanunla belirlenmiş şekilde Azerbaycan Anayasası'nın 130. maddesinin III bölümünün 1 ila 7 inci bentlerinde belirtilen hususların Azerbaycan Anayasa Mahkemesi tarafından çözülmesi için taleplerin hazırlanması;
- İnsan haklarının sağlanması bakımından öncelikli sorunların çözümü amacıyla teklif ve önerilerde bulunulması;
- Azerbaycan Cunhuriyeti'nin taraf olmadığı insan haklarının korunması alanında uluslararası sözleşmelere katılmasına ilişkin tekliflerin hazırlanması;
- İnsan haklarının korunması alanında uluslararası kuruluşlarla ortak faaliyet stratejisinin ve gelecekteki işbirliği perspektiflerinin saptanması konusunda tekliflerin hazırlanması;
- Çeşitli uluslararası kuruluşlardan alınan taleplerin ve başvuruların cevaplandırılması, raporların yanı sıra bildirilerin hazırlanması ve dağıtılması;
- Çeşitli uluslararası kuruluşlara uzman sıfatıyla katılmak.

«Azerbaycan Cumhuriyeti'nin Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) hakkında» Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Kanunu'nun 1.8 maddesi uyarınca Kamu Başdenetçisi, Azerbaycan Milli

Meclisi'ne insan hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlı yasaların kabul edilmesine veya iyileştirilmesine ilişkin teklifler verebilir. Kamu Başdenetçisi bu yetkiye dayanarak faaliyete başladığı ilk dönemlerden insan haklarının korunması açısından önem arz eden mevzuat düzenlemelerinin iyileştirilmesi ile ilgili teklifler hazırlayarak incelenmek için Milli Meclis'e sunmuş ve bu tekliflerin bir kısmı kabul edilmiştir. Ayrıca Kamu Başdenetçisi tarafından ülkemizin insan hakları alanında taraf olmadığı bir takım uluslararası sözleşmelere katılmasına ilişkin öneriler sunulmuş ve kabul edilmiştir.

Nitekim ihlal edilen insan hakları ve özgürlüklerinin düzeltilmesi, insan haklarının korunması ve ihlalinin önlenmesi, ayrıca insan haklarının temin edilmesi durumunun öğrenilmesi alanında on beş yıllık deneyimi olan Kamu Başdenetçisi bu süre boyunca faaliyetini bağımsızlık, açıklık, şeffaflık, yasallık, adalet ve herhangi bir ayrım gözetmeksizin tarafsızlık ilkeleri temelinde kurarak hem bu alanda önemli dönüş yaratmış, hem de kurumun teşkilatlanmasına, oluşumuna ve gelişmesine, onun halk arasında nüfuz kazanmasına, devlet ve sivil toplum ile işbirliği geleneklerinin sağlanmasında başarılı olmuş, böylece bir sonraki Kamu Başdenetçilerinin faaliyetleri için uygun koşullar yaratılmıştır.

Hukuk devleti yapılanması doğrultusunda gerçekleştirilen yasal reformlar Azerbaycan Cumhuriyeti'nin ayrılmaz bir parçası olan Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti'nde da sürdürülüyor. Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti'nde insan haklarının korunması mekanizmaları geliştirilmiş ve yeni kurum - Ombudsman kurumu oluşturulmuşdur. «Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti Anayasası'na eklerin ve değişikliklerin onaylanması hakkında» 30 Aralık 2005 tarihli Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Kanunu'na göre Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti Anayasası'na Nahçıvan Özerk Cumhuriyetinin Kamu Başdenetçisi'nin (İnsan Hakları Müvekkilinin) (Ombudsmanın) seçimi ve onun statüsü ile ilgili ek ve değişiklikler yapılmıştır. Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti Ali Meclisi'nin 20 Şubat 2006 tarihli toplantısında 19 maddeden oluşan Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti Kamu Denetçiliği (Ombudsman) hakkında Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti Kanunu kabul edilmiştir.

Nitekim, Azerbaycan Cumhuriyeti'nde Kamu Denetçiliği'ne (İnsan Hakları Müvekkiline) ilişkin faaliyetin ve mevzuatın ayrıntılı incelenmesine dayanarak aşağıdaki bir takım sonuçlar çıkarabiliriz:

1) Azerbaycan Cumhuriyeti'nde Kamu Denetçiliği kurumu bağımsız bir yapı olmak üzere, insan hakları ve özgürlüklerini korumak için ek olarak oluşturulan bir devlet mekanizmasıdır. Kamu Başdenetçisi, devlet organları, yerel yönetim organları ve yetkili kişiler tarafından ihlal edilen insan hak ve özgürlüklerini onarır. Onun faaliyeti insan haklarının korunmasını, ihlal edilmiş insan hak ve özgürlüklerinin düzeltilmesini sağlayan diğer devlet organlarının yetkilerini kısıtlamaz veya onların yerine geçmez.

2) Azerbaycan Cumhuriyeti'nde kamu denetçiliği kurumunun oluşturulması devletimizin insan haklarına ilişkin uluslararası standartlarla ilgili yükümlülüklerinin yerine getirilmesi yönünde atılmış en önemli adımlardan biri olarak nitelendirilebilir.

3) Azerbaycan Cumhuriyeti Kamu Denetçiliği kurumunun faaliyetinin iki temel amacını belirleyebiliriz: Azerbaycan Cumhuriyeti'nde insan ve vatandaş haklarının etkin bir şekilde korunmasına yardım edilmesi; devlet ve idari yönetimin etkinliğinin yükseltilmesi.

4) Azerbaycan Cumhuriyeti'nde Kamu Denetçiliği Kurumunun faaliyetinin daha da etkili olmasını sağlamak amacıyla onun bölgesel merkezlerinin sayısının artırılması gerekmektedir.

Kaynakça

1. Əliyev Ə. İnsan hüquqları, Dərslik. Bakı, 2014, 506 s.
2. Hüseynov L. Beynəlxalq hüquq, Dərslik, Bakı, 2008, 240 s.
3. Süleymanova E. Azərbaycanda insan hüquqlarının və azadlıqlarının təmin edilməsi və müdafiəsinin vəziyyəti (2013-cü il üzrə illik məruzənin qısa icmalı). Bakı, Qanun, 2014.
4. Süleymanova E. Azərbaycanda insan hüquqlarının və azadlıqlarının təmin edilməsi və müdafiəsinin vəziyyəti (2014-cü il üzrə illik məruzənin qısa icmalı). Bakı, Qanun, 2015.
5. Süleymanova E. Azərbaycanda insan hüquqlarının və azadlıqlarının təmin edilməsi və müdafiəsinin vəziyyəti (2015-ci il üzrə illik məruzənin qısa icmalı). Bakı, Qanun, 2016.
6. Süleymanova E., Əliyev Z. İnsan hüquqları. Mühazirələr toplusu. Dərs vəsaiti. Bakı, 2014.
7. Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk, Gözden geçirilmiş 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, 707 s.
8. Taşkesen M. İnsan hakları, Ankara, 2006, 235 s.
9. Helen M. Stacy, Human Rights for the 21st Century. Stanford University Press Standford, California, 2009, 260 s.
10. Jack Dnnelly, Universal Human Rights in Theory and Practice Cornelly, University Press. Ithaca and London, 2013, 320 s.
11. www.e-qanun.az.
12. www.ombudsman.gov.az.

FORMATION AND DEVELOPMENT OF THE OMBUDSMAN INSTUTION (OMBUDSMANSHIP) LEGISLATION IN THE EXPERIENCE OF REPUBLIC OF AZERBAIJAN

Prof. Dr. Amir Aliyev[*]

The modern development of the Ombudsman Instution (Ombudsmanship) (İnsan Hüquqları Üzrə Müvəkkil) entity is tightly coupled with the development of the international law and human rights. Indeed in 1978 after the approval of the initial main principles related to international institutions and as a result of the Paris Principles approved by the decision of the General Assembly of the United Nations, dated December 20th, 1993, the establishment of Ombudsman institution began to rapidly spread among the world countries. These principles have confirmed once again that authority of the promotion and the protection of human rights and also comprehensive authorities that is ascertained in constitutional law and other legislation should be given to national institutions. In accordance with these Principles, the institutions related to human rights: should be independent and their independency should be provided with law and constitutional law; they should be pluralist in terms of their roles and content; they should be provided with broad authorities as much as possible; they should have all the authorities required to research; they should get into act continuously and effectively; all the finance necessary should be provided for them; they should be open to public.

In accordance with the Paris Principles of 1993, the national institutions should be assigned with the following assignments: to provide recommendations, proposals and reports to the government, parliament and all other relevant bodies on the issues relating to the development and the protection of human rights; to promote adaptation of the legislation and the practices in force at the national level with the international documents relating to human rights; to help the approval of the international documents and to provide the implementation of the international standards; to contribute to the preparation of the reports presented in accordance with the international documents; to cooperate in order to develop the education and research programs relating to human rights and to disseminate information relating to human rights by sensitising the public through informing and education; to cooperate with the United Nations Organization, regional institutions and authorized national institutions of other countries.

Also, in accordance with the principles laid down in the World Conference of Human Rights held in Vienna in 1993, national institutions should be provided with broad constitutional authorities relating to performing several important functions.

Until the early 60s of the twentieth century, the ombudsman institution was only present in the Scandinavian countries. However, its rapid spread (in 21 countries in 1983, in 87 countries in 1997, in 122 countries in 2004 and today in almost 150 countries of the world), also the establishment of ombudsmanship in national, regional and local levels, are the evidence of the spread of the related institution.

The necessity of reviewing the activity of ombudsman institution is generally determined by three factors. Firstly, ombudsmen use control power on activities of the authorities at different levels of government agencies. Secondly, the activities of ombudsmen are tightly and directly

[*] Baku State University, Dean of the Faculty of Law.

coupled with the concept of human rights and with the implementation of the international standards related to human rights by the present said or another state. Finally, the ombudsman institution is regarded as one of the effective institutions that can prevent the corruption and protect the violated rights.

The decision on the establishment of the Ombudsman Institution (İnsan Hüquqları Üzrə Müvəkkil) of the Republic of Azerbaijan was set forth in the Decree dated February 22th 1998 "on the measures for the provision of human and civil rights and freedoms" by Haydar Aliyev, the nation-wide (umummilli) leader of the Azerbaijani people, dated 22 February 1998. In this Decree, with some important measures in human rights field, it is envisaged to prepare and present the proposals on establishing other institutions that protect human rights and freedom, as well as the Republic of Azerbaijan Ombudsman Institution. On December 28th, 2001, the Republic of Azerbaijan Constitutional law "on the Ombudsmanship of the Republic of Azerbaijan" (Azərbaycan Respublikasının İnsan Hüquqları Üzrə Müvəkkili Haqqında" Azərbaycan Respublikasının Konstitusiya Qanunu) was adopted. On July 2nd, 2002, the First Ombudsman was elected in the history of the Republic of Azerbaijan.

Adoption of the Constitutional Law "on the Ombudsmanship of the Republic of Azerbaijan" has been a turning point in the field of human rights. The fact that such law is in the constitutional status should be regarded as the great importance that the state gives to the activities of this institution and, in general, to the protection of human rights. Indeed, constitutional laws are the integral part of the Constitution, as well as establishing the basis of the legal system.

Considering the authority and the operational principles of the ombudsman institutions all over the world, we can specify that the duty of the ombudsmanship consists of improving the public administration and performing the works of the state collaboratively on the basis of mutual trust, respect, ethical rules; ensuring the transparency of the state institutions as much as possible; bringing these institutions closer to citizens; preventing the violations of human rights, mismanagement other similar situations; carrying out independent public scrutiny; performing monitoring with the related managing bodies, the government institutions and the civil society organizations in environments open to communities; evaluating the situation and making efforts to improve it. Thus, in "the National Action Plan for the Protection of Human Rights in the Republic of Azerbaijan" approved by the Decree of the President of Azerbaijan, Ilham Aliyev, dated December 28, 2006 and in "the National Action Plan for increasing the effectivity of the protection of human rights and freedoms in the Republic of Azerbaijan" approved by the Decree dated December 27th, 2011, very important duties were imposed on all the government bodies for the safe assurance and the further development of human rights and the main duty here is focused on the ombudsmanship.

In general, the following can be stated based on the comparative examination of the activity and basic characteristics of the Ombudsman Institution on the protection of human rights and fundamental freedoms.

1. The basic function of the ombudsmanship is to carry out the control of state over the activity relating to administrative management. In some cases, the ombudsmen can decide not only on whether the decisions and the actions of the executive organs are legal but also on whether their decisions are fair or not and their actions are expedient or not.
2. The ombudsman institution should be independent, should have definite jurisdiction and authority, should be accessible and operative, should cooperate with other government agencies, civil society organizations and security agencies and should file relevant reports.

3. The supervision measures carried out by the ombudsman is firstly directed to the fulfillment of the citizens' rights and the abolition of the violations in the activities of the government agencies. The chief ombudsman informs the public about the inconveniences in the activities of the government agencies through the media, and applies pressure on the relevant agencies in order to provide the protection of the violated rights.

4. The ombudsman works on the legislation improvements including the legislative proposals. He assists in the harmonisation of the national legislation in accordance with the international standards in the field of human rights.

5. The complaint application to the ombudsman is free of charge. This rule has been accepted by all the countries of the world.

6. Regardless of which type it belongs to, the main purpose of the activities of all the ombudsmen is to protect the human rights. One of the compulsory conditions of the activity of the ombudsman is to be politically neutral.

The ombudsmanship institution is important both for the state and the society. Indeed, the ombudsman assumes an intermediary role between the state and the society in the enjoyment of the individual rights. The ombudsman conveys the interests of the society to the government, determines the deficiencies of the government bodies resulting from their inattention or the mistakes they make, helps them to resolve these deficiencies and malfunctions. The proposals of the ombudsman are evaluated with very high concern because these are considered as "the proposals of the society"

"In accordance with the article 1.1 of the Law of Constitution of the Republic of Azerbaijan that is "On the Public Inspection (Ombudsmanship) of the Republic of Azerbaijan", the Public Inspection (Ombudsmanship) mission of the Republic of Azerbaijan has been established to protect the human rights and the freedoms that are included in the Constitution of the Republic of Azerbaijan and the international conventions and that are violated by the government and local administration bodies and to prevent the human rights violations in the circumstances determined by the Law of Constitution. In addition, the Ombudsman carries out the functions of the national preventive mechanism that is envisaged in the Additional Protocol of "The Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment". The assignment of the functions of the national preventive mechanisms to the ombudsman according to the Constitution, serves the constitutional rights to be provided at a higher level. In order to carry out these functions, the Chief Ombudsman and the staff of the institution regularly visit detention houses, custodial prisons, penal institutions, the other places where the detainees cannot leave at own request, meet with detainees, learn their needs, take measures within the limits of their power. The reports on this activity are published every year in Azerbaijani and English, and are presented to both national and international organizations.

According to the Law of Constitution, the Ombudsman inspects the execution of the tasks by the government bodies, local administration bodies (municipalities) and the authorities within the limits of the Law of the Republic of Azerbaijan "On the right of obtaining information". It should be noted that in "The National Activity Schedule for the years of 2016-2018 on the promotion of the open government" that is approved by the Decree of the president of Azerbaijan, Mr. İlham Aliyev, dated April 27th, 2016, it is recommended to take measures on empowering the opportunities for inspection, to establish legal aid mechanisms related to information acquisition, carry out the specialized vocational and educational measures for the execution of the tasks of the

ombudsman that arise from the Law of the Republic of Azerbaijan "On the right of obtaining information".

The ombudsman, in based on the activity, cooperates with the local, regional and international institutions. The activity of the ombudsman does not restrict or replace the authorities of the other government bodies that provide the protection of the human rights and the correction of the violated human rights and freedoms. The supervision of activities of the President of Azerbaijan, the Members of the National Assembly of the Republic of Azerbaijan and the judges of the Republic of Azerbaijan do not fall under the cope of the authorities of the Chief Ombudsman. The Chief Ombudsman may give recommendations to the President of Azerbaijan on amnesty, citizenship, political asylum. Meanwhile, in the activity period of the Chief Ombudsman, totally 493 prisoners, including 38 prisoners forgiven in 2015, were pardoned by his petition.

The Chief Ombudsman may give recommendations to the Azerbaijan National Assembly towards the approval or improvement of the laws in order to provide human rights and freedoms. The Chief Ombudsman may also give recommendation to the Azerbaijan National Assembly for the amnesty proclamation. The Ombudsman has the authority to investigate the complaints concerning human rights violations on the corruption, loss of documents and documents not being delivered on time in the courts and also the delay of the enforcement of the court decisions. The activity of the Chief Ombudsman is based on the principle of independence, transparency, legality, justice, neutrality. Important provisions were included in the Constitution of Azerbaijan as a result of the referendum, dated August 24th, 2002. The Chief Ombudsman is elected on the proposal of the President of Azerbaijan by the Azerbaijan National Assembly among three candidates by the majority of the votes (83 votes). The term of office of the Chief Ombudsman is 7 years. The same person cannot be elected as the Chief Ombudsman consecutively more than twice.

As is known, the main democratic features the ombudsmanship - independence, accessibility for all the citizens - have helped it to be in an important position in the systems of legal mechanisms of many countries. The accessibility of the ombudsmanship is the opportunity of the citizens to apply directly to this institution. That is to say, there is no need for a lawyer or any other legal representative. One of the other important features of the Ombudsmanship is that no fee is charged for the applications. This becomes more of an issue in case of global economic crisis.

The activity of the ombudsman institution is manifested by positive experiences and recommendations. The approach of both the government agencies and the authorities and the different individuals, especially the ones whose rights have been violated, have been changed. One of the initiatives of the ombudsman in order to improve the implementation of "The National Activity Plan" and "The National Activity Program" is the social listening which is a form of social participation. Indeed, social listening was performed for carrying out the specified plan and program in the last period by the participation of the members of the parliament, local executives, judiciary and the other law enforcement institutions, municipalities, local non governmental organizations, the media and also the representatives of the local communities of the national minorities in almost all the cities and the regions of the country. Based on these listening activities, more than 500 proposals were made to the government institutions and 60% of these were put in process.

According to the related Decree of the President of Azerbaijan, June 18th is celebrated as "Human Rights" day in the Republic of Azerbaijan. Related to this, between the dates of May 18th and June 18th, "Human Rights Month" is declared by the initiative of the Chief Ombudsman and several nationwide activities are carried out by the public enterprises, local executive bodies and also by non governmental organizations with the participation of a large number of people.

Other major innovation brought by the Ombudsman Institution is related to the activities in external relations. Regular cooperation with the international and regional institutions and also with the specialized institutions of the United Nations and developing mutual relations, carrying out joint projects in the field of human rights protection, playing part in the preparation of the reports submitted to the separate agreement committees of United Nations by the Republic of Azerbaijan, preparing additional and alternative reports and commending these to the related institutions can be given as example to these external relations. Being affiliated with several prestigious institutions (International and European Ombudsmen Institutions, Asian Ombudsmen Association, European Child Rights Ombudsmen Network etc.), cooperation with the United Nations Human Rights Council, participation in Council sessions, presenting special papers, the registration of these papers as formal documents and the publication of these papers in the websites of the mentioned authorized institutions are a major part of the activities of the ombudsmanship. Each year, International Baku Conferences of the Ombudsmen, which has become a tradition, are held. At the 13 meetings held so far, the ombudsmen and the experts of human rights of more than 60 countries have taken part, papers are accepted within the scope of these meetings.

In the Republic of Azerbaijan, the Chief Ombudsman has immunity. However, it should be noted that, despite the constitutional guarantee as the determinedness of the period of office, the mechanisms of the deposal of the Chief Ombudsman are also mentioned in the Constitution. Indeed, the Chief Ombudsman can be dismissed with the proposal of the president of Azerbaijan or by the discretion of the National Assembly by the majority of the votes of the members of the parliament (83 votes). The reason for the deposal may be the lack of the fulfillment of the requests regarding the Chief Ombudsman or the lack of the ability of the Chief Ombudsman to use powers.

One of the important issues is related to the guarantees of the independence of the Chief Ombudsman that is determined in Article 5 of the Law. According to the law, the Chief Ombudsman is independent and only subject to the Constitution and laws of the Republic of Azerbaijan. There are the following guarantees regarding the independence of the Chief Ombudsman: can't be changed during the period of office; has immunity; any of the governmental or local management bodies, the authorities can't interfere his/her activities. Declaration of state of emergency or military state doesn't stop or limit the activity of the ombudsman.

The immunity of the Chief Ombudsman includes the followings:

- The Chief Ombudsman has immunity during his period of office.

- The chief ombudsman cannot be seized, arrested, taken into custody, administrative punishment cannot be imposed for him/her by the court, cannot be searched, cannot be exposed to physical examination except for being caught red handed. If the Chief Ombudsman is caught red handed, the organ that have caught him/her should inform the attorney general of Azerbaijan and the National Assembly of Azerbaijan in 24 hours.

- The immunity of the Chief Ombudsman can only be lifted with the proposal of the Attorney General of Azerbaijan by the adopted resolution by the members of the National Assembly of Azerbaijan with the majority of the votes (83 votes).

- The immunity of the chief ombudsman is also valid for his/her housing, service room, means of transport and communication, postal and telegram correspondence, personal effects and the documents.

In pursuant to the Article 12 of the Law, the Chief Ombudsman has the following authorities during investigating the human rights violations specified in the complaint and implementing the functions of the national preventive mechanism:

- to be included in governmental and local management bodies, military units, also police units, detention houses, jails, penal institutions, psychiatric institutions, care centers for illegal migrants, other places that the detainees may not leave at own request; to meet and talk to the arrested people or the persons who could give the necessary information and document privately, with the participation of the experts or translators when needed; to examine and copy all the information and the documents that confirms the legitimacy of the arrest of the detainees and that belong to the conditions of the treatment and the arrest; to prepare reports, document the results of the activities carried out; give recommendations to the authorized government bodies and to receive answers to these recommendations in the specified period;

To provide the necessary information and documents from the government agencies and local government units in 10 days.

To examine the court decisions that have entered into force with respect to criminal, civil and administrative proceedings, as well as the files for rejection of the initiation of the criminal investigation;

To receive written reports from the authorities during the investigation of the applications;

To commission the relevant institutions during the investigation of the complaints (the organ itself of the person himself that is in the complainee position due to its/his decision or action may not be commissioned)

To commission the relevant government bodies and institutions in order to prepare an expert report;

To meet with the guides of the government bodies and the local governing bodies and other authorities of these bodies, the commanders of the military units, the guides of the police units, the detention houses, jails, penal institutions, psychiatric institutions, care centers for the illegal migrants and other places that the detainees may not leave at own request

Pursuant to Article 13, if the Chief Ombudsman, while examining and investigating the complaints, determines that human rights are violated, he/she may take the following measures:

To request, from the government, local governing bodies or the authorities that violated human rights, the correction of these violated human rights (the related bodies, or the authorities have to give written information about the measures taken in 10 days to the Chief Ombudsman). In case the information is not provided or the requests of the Chief Ombudsman are not fulfilled, the Chief Ombudsman may apply to the higher body of the relevant institution or other authorized government body);

When the evidence of the crime was determined, to apply to the related authorized bodies for prosecution;

To apply to the authorized people who has the right of complaint for an appeal

To apply to the related institutions to provide the administrative investigation to be initiated for the authorities who have violated human rights as a result of their decision or action;

To inform the media on the results of the inspections about human rights violations;

To apply to the President of Azerbaijan, to inform the National Assembly of Azerbaijan in case of the insufficiency of the authority of the Chief Ombudsman when the human rights violations has become an issue of social importance;

To apply to the court for the protection of the rights violated as a result of the decision or

the action of the government or local governing body, the authorities;

To apply to the Constitutional Court of Azerbaijan in case human rights are violated by the laws in force.

The Chief Ombudsman, within 2 months after the end of the current year, presents the annual report to the President of Azerbaijan on the protection of human rights in the country and addresses a speech in the National Assembly of Azerbaijan with the same report. The names of the government and the local governing bodies and the authorities that violated human rights and ignore the requests of the Chief Ombudsman are stated in the report and the information about the activities carried out are listed. General ideas, views and recommendations related to the protection of human rights should be included in the annual report of the Chief Ombudsman. The annual report is also transmitted to the Council of Ministers, the Supreme Court, Constitutional Court, and the Attorney General. The aim of the report consists of providing information on the activities related to the investigation and the analysis of the status of the protection of the human and citizen rights and freedoms, the identification of the problems and the violations as well as the positive results, the correction of the violated rights and the prevention of violation of rights.

His/her office is established for the implementation of the legal, administrative, scientific and analytic, communication, financial and operation guarantees. The regional offices of the Chief Ombudsman may be established. Today, the regional offices of Gence, Şeki, Guba and Celilabad of the Chief Ombudsman are active in Azerbaijan. The activities of the Chief Ombudsman, his/her office and his/her regional offices are financed by the budget of Azerbaijan Government. The sum of the current expenditures of the annual money allocated for the financing of the activities of the ombudsmanship shall not be less than the amount envisaged for that purpose in the previous financial year.

So far, in accordance with Article 18.1 of the Republic of Azerbaijan law "on the Ombudsmanship of the Republic of Azerbaijan", (which is 17 times amended and annexed) the National preventive group is established in order to carry out the functions of the national preventive mechanism within the office of the Chief Ombudsman and significant rights entitled to them in order to provide them using their powers.

During the activity period of the Chief Ombudsman, a total of 130.010 applications were made including 15.230 applications made in 2015. This is 16,5% more when compared to 2014. 72,6% of the applicants consists of complaints and 27,4% of submitted petitions. In these applications, housing matters, social security rights, employment rights, enforcement of court decisions and the right of petition have been the major issues. The Chief Ombudsman, in accordance with the provisions of the Constitution Law, excluded 46,3% of them as he/she is not authorized to investigate the complaints, one year passed after the rights of the applicant were violated, the applicant is not known (he/she is anonymous), the complaint is being pended in the courts, there isn't new information, evidence, reason in the repeated complaint, 53,7% of the applications was accepted and 64,5% of them was put in process.

One of the main aspects of the Chief Ombudsman's activity is the activity performed in developing and improving the legislation. We can divide this activity into the following aspects:

• Preparing proposals related to the improvement of the legislation in terms of ensuring human rights;

• Preparing the requests to provide that the issues identified in the subparagraph 1 to 7 of the section III of the Article 130 of the Constitution of Azerbaijan and resulted from the legal regulations of the legislative and the executive bodies and the municipality and the court decisions

that violates the human rights and the freedoms, is solved by the Constituional Court of Azerbaijan.

• Giving recommendations for the resolution of the primary problems in order to provide human rights.

• Preparing proposals for the participation of Azerbaijan to the international conventions on the protection of human rights that the Republic of Azerbaijan has not accede to.

• Preparing proposals in determining the joint action strategy with international institutions in the protection of human rights and determining the cooperation perspectives in the future;

• Responding the requests and applications from several international institutions, preparing and delivering the declarations as well as reports;

• Participating in various international institutions as an expert.

According to the Article 1.8 the Republic of Azerbaijan Constitution law "on the Ombudsmanship of the Republic of Azerbaijan" the Chief Ombudsman may submit proposals to the National Assembly of Azerbaijan related to the adoption or the improvement of the laws for the protection of human rights and freedoms. The chief Ombudsman, based on this authority, from the early periods of his/her activity, submitted proposals prepared for the improvement of the legislation that have importance in terms of human rights protection and some of these proposals have been accepted. In addition, proposals related to participating in some international conventions related to human rights that our country doesn't accede to were submitted by the Chief Ombudsman and these proposals were accepted.

Indeed, the Chief Ombudsman who has a fifteen years of experience in the correction of human rights, the protection of human rights and preventing the violation of them and also in determining the situation of ensuring human rights both established an important transition in this field and succeeded in the organization of the institution, in its establishment and the development, in increasing its influence among the people, in providing the cooperation with the civil society, by carrying out his/her activity on the basis of independence, openness transparency, legality, justice and neutrality without any discrimination during this period, so proper circumstances have been established for the next Chief Ombudsmen.

The legal reforms performed in accordance with the settlement of the state of law have been also maintained in the Nakhchivan Autonomous Republic which is an integral part of the Republic of Azerbaijan. In the Nakhchivan Autonomous Republic, the mechanisms of the protection of human rights have been developed and the new Ombudsmanship have been established. According to the law of the Constitution of the Republic of Azerbaijan, dated December 30th, 2005, "on the adoption of the annexes and the amendments in the Constitution of Nakhchivan Autonomous Republic", annexes and amendments related to the election and the status of the Chief Ombudsman (İnsan Hakları Müvekkili) of the Nakhchivan Autonomous Republic were performed in the Constitution of the Nakhchivan Autonomous Republic. In the meeting of the Nakhchivan Autonomous Republic Supreme Assembly dated February 20th, 2006, the Law of the Nakhchivan Autonomous Republic on the Nakhchivan Autonomous Republic Ombudsmanship that is formed of 19 articles have been adopted.

Indeed, we may conclude the following results based on the detailed review of the activity and the legislation regarding the Ombudsmanship (İnsan Hakları Müvekkili) in the Republic of Azerbaijan:

1) In the Republic of Azerbaijan, the Ombudsman Institution is an independent structure and it is an additional state mechanism established to protect human rights

and freedoms. The Chief Ombudsman corrects human rights and freedoms which were violated by the government bodies, local governing bodies and the authorities. The activity of the ombudsman does not restrict or replace the authorities of other government bodies that provide the protection of the human rights and the correction of the violated human rights and freedoms.

2) The establishment of the Ombudsmanship in the Republic of Azerbaijan can be regarded as one of the most important steps taken by our government to fulfill its obligations related to international standards related to human rights.

3) We can identify two main purposes of the Ombudsmanship of the Republic of Azerbaijan: assisting in the effective protection of human and citizen rights in the Republic of Azerbaijan; the promotion of the efficiency of the government and the administrative management.

4) In the Republic of Azerbaijan, in order to ensure that the operation of the Ombudsman is even more effective, the number of its regional offices needs to be increased

Bibliography

1. Əliyev Ə. İnsan hüquqları, Dərslik, Bakı, 2014, 506 p.
2. Hüseynov L. Beynəlxalq hüquq, Dərslik, Bakı, 2008, 240 p.
3. Süleymanova E. Azərbaycanda insan hüquqlarının və azadlıqlarının təmin edilməsi və müdafiəsinin vəziyyəti (2013-cü il üzrə illik məruzənin qısa icmalı), Bakı, Qanun, 2014.
4. Süleymanova E. Azərbaycanda insan hüquqlarının və azadlıqlarının təmin edilməsi və müdafiəsinin vəziyyəti (2014-cü il üzrə illik məruzənin qısa icmalı). Bakı, Qanun, 2015.
5. Süleymanova E. Azərbaycanda insan hüquqlarının və azadlıqlarının təmin edilməsi və müdafiəsinin vəziyyəti (2015-ci il üzrə illik məruzənin qısa icmalı), Bakı, Qanun, 2016.
6. Süleymanova E. Əliyev Z. İnsan hüquqları, Mühazirələr toplusu, Dərs vəsaiti, Bakı, 2014.
7. Hüseyin Pazarcı, Uluslararası hukuk, Gözdən geçirilmiş, 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, 707 p.
8. Taşkesen M. İnsan hakları, Ankara, 2006, 235 p.
9. Helen M. Stacy, Human Rights for the 21st Century, Stanford University Press Stanford, California, 2009, 260 p.
10. Jack Dnnelly, Universal Human Rights in Theory and Practice Cornelly, University Press, Ithaca and London, 2013, 320 p.
11. www.e-qanun.az.
12. www.ombudsman.gov.az

KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMUNUN MÜLTECİ HAKLARI KORUMA KONUSUNDAKİ ROLÜ

*Vaska Bajramovska-Mustafa**

Saygıdeğer meslektaşlarım,

Konuşmamın başında, mültecilerin mevcut durumu ve bu kategorideki kişilerin insan hakları konusunda Kamu Denetçiliği Kurumunun üstlendiği koruyucu rolü göz önünde bulundurarak, son derece büyük önem taşıyan bu kongrenin organizatörü ve ev sahibini selamlamama izin verin.

Ombudsmanlığın her toplumda insan haklarını ve özgürlüklerini koruma konusunda önemli bir rolü vardır; bağımsız organ olarak hukukun üstünlüğün işleyişine ve geliştirilmesine, aynı zamanda vatandaşların haklarının güvenceye alınma ilkesine katkıda da bulunmaktadır. Demokratik toplumların temel değeri ve hedefi olarak kabul edilen insan haklarının ve özgürlüklerinin korunabilmesi için güçlendirilmiş bir mekanizmaya ve bölgedeki ombudsmanlık kurumları arasında sıkı bir işbirliğine ihtiyaç duyulmaktadır.

Kamu Denetçiliği Kurumu Makedonya Cumhuriyeti vatandaşlarının ve diğer kişilerin yasal ve anayasal haklarını koruyan organ olarak anayasal bir kategoriye girer. Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu uyarınca, devlet kurumlarının ve kamu yetkisi olan diğer organ ve kurumların işlemleri ve yetkileri, vatandaşların hak ve özgürlükleri zedelendiği zaman, bu hakların çiğnemesini önler, bu hakların tanınmasını sağlar ve bu hakları korur. Bunu yaparken, bazı alanlarda ya da bazı savunmasız grupların ve kişilerin hak ve özgürlüklerinin daha verimli ve daha başarılı bir şekilde korunabilmesi için Kamu Denetçiliği Kurumu yetkilerini üç ayrı birim üzerinde kullanarak durumu takip etmektedir: bu birimler Ulusal Önleme Mekanizması, Ayırımcılıkla Mücadele Dairesi ve Çocuk ve Engelli Hakları Koruma Dairesi'dir.

Geçen yıl bütün Avrupa büyük bir mülteci ve göçmen akınıyla karşılaştı. Mülteciler Batı Balkan bölgesini geçiş alan olarak kullanıyorlardı. Maalesef birçok ülkede kayıt, yönlendirme ve yardım işlemleri için görevlendirilen kurumlar bu duruma hazırlıksız yakalandılar, koruma ve insani muamele eksikliğini, başta en çok da en savunmasız gruplar, daha doğrusu kadınlar ve çocuklar, özellikle de refakatsiz çocuklar, yaşlılar ve engelliler olmak üzere herkes hissetti.

Öbür taraftan, Avrupa Birliği, hem transit Balkan ülkelerinde hem de Batı Avrupa'nın gelişmiş ülkelerinde, mülteci kriziyle baş etme konusunda uygun önlemler ve imkânlar sağlamadı. Avrupa Birliği ülkeleri, mültecilerin barınma sorunuyla ilgili olarak, her üye ülke için belli bir kontenjan belirlenmesi ya da başka uygun bir model seçilmesi konusunda, birkaç ay geçmesine rağmen anlaşmaya varamıyorlar.

Esasında, transit ülkelerinde ve nihai hedef olan ülkelerde mülteci haklarının korunmasına ilişkin zorluklar aynıdır. Bunlar göçmenlerin/mültecilerin kayıt işlemlerinin nasıl yapılacağı, göçmenler/mülteciler için temel ihtiyaç olan barınma, gıda, su, hijyenik malzemeler, giyimin vs. nasıl sağlanacağı, bir sonraki hedef yerine nakliye ulaşım sağlanacağı (demir yolları, otobüs, taksi araçları ve benzer) ve sığınma hakkının engel çıkarmadan nasıl sağlanacağıdır.

Makedonya Cumhuriyeti'nde mevcut mülteci krizi ile yüzleşme ve baş etme durumu, Kamu Baş Denetçisi tarafından sürekli ve yoğun bir takip altındadır. Kamu Baş Denetçisi kendi

* Makedonya Cumhuriyeti Kamu Baş Denetçi Yardımcısı.

görev süresi ve yetkileri çerçevesinde mülteci haklarının durumunu sürekli olarak takip etmektedir.

Kamu Denetçiliği Kurumu olarak, insanların özgürlüklerinden yoksun kılındığı yerlerde tutulan kişilere karşı davranış ve barınma koşullarını takip ederek, özellikle Yabancı Kabul ve Sığınma Talebi Merkezlerinde, yasadışı giriş yapan yabancıları kabul etme konusunda sistemin zayıf olması ve koşulların kötü olması sebebiyle, 2013 yılından beri bugüne kadar birkaç kez uyarı yaptık. Sistematik değişiklik ve uluslararası standartlara göre kayıt ve barınma sağlamak amacıyla birçok kez önerilerde bulunduk; bunu yaparken, vatansızların ve yabancıların sığınma hakkı elde etmesi ve bu hakkın sona erdirilmesi ile ilgili prosedürdeki yasal belirsizliklere dikkat çektik.

Kamu Denetçiliği Kurumu olarak göçmen ve mülteciler haklarının korunması konusunda neler yaptık ve neler yapıyoruz?

- Kamu Denetçiliği Kurumu olarak, mülteci haklarının ve özgürlüklerinin korunması konusunda aktif faaliyetler yürütmekteyiz, Ulusal Önleme Mekanizması rolü kapsamında durumu yakından takip etmekteyiz, özgürlükten yoksun kılma ve hareket sınırlaması olan yerlerde, şiddeti engellemek amacıyla bu kişilere nasıl davranıldığını takip ediyoruz. Yabancılar için ve sığınma talebinde bulunan kişiler için kurulan Kabul Merkezleri de takibimiz altında. Ayrıca da, ülkenin güneyinde "Vinojug" ve ülkenin kuzeyinde "Tabanovce" olmak üzere, 2015 yılın ikinci yarısında açılan geçici transit merkezlerini de izlemekteyiz.
- Ziyaretimiz sırasında karşılaştığımız durum sonucunda, basın toplantısında açık bir şekilde değerlendirmemizi sunduk, Merkezdeki insani olmayan ve insan gururunu inciten, uluslararası standartların altında olan koşulları dile getirdik.
- Kabul Merkezinde tutulan yabancıların hangi yasal dayanağa göre tutulduklarını kontrol etmek amacıyla bazı bireysel prosedürler yürüttük, bunlardan bazıları için prosedürü hızlandırdık ve bu şahısları Sığınma Hakkı Talep Merkezine naklettik, burada hareket sınırlaması söz konusu değildir.
- Hükümete iletmek üzere özel bir rapor hazırladık. Bu raporda insani kabul şartları sağlamak, biyometrik kayıt sistemi ve fotoğraflama işlemi kullanarak etkili kayıt gerçekleştirmek gibi öneriler sunduk.
- Sığınma hakkının tanınması konusunda uygun prosedürler sağlamak, uluslararası yardım ve koruma talep eden bütün kişilere karşı seçici olmayan insani bir yaklaşım önerdik.
- Ayrıca, Kabul Merkezindeki kişilerin belirlenen yasal dayanağa göre tutulmalarını önerdik, aynı zamanda da bu kişiler tanık rolünde bulundukları davalarda ve bu davaların acil olmaları durumu göz önünde bulundurularak, buna göre yönetilmelerini sağlamak üzere, bu kişilere daha iyi hukuki yardım hizmeti sağlanmasını tavsiye ettik.
- Mevzuata gelince, mevzuatın "sığınma-iltica talebinde bulunma niyeti" içermediğini, sadece ülke girişinde direkt olarak sığınma talebinde bulunmayı içerdiğini tespit ettik. Göçmen ve mülteci durumunu göz önünde bulundurarak, müdahalemiz sayesinde Haziran 2015'te Kanunda değişiklik yapıldı ve sınır geçişinde ya da Makedonya Cumhuriyeti toprakları içerisinde yabancılara kamu görevlilerin önünde sözlü ya da yazılı şekilde sığınma hakkının tanınması için talepte bulunma niyetleri olduğunu ifade etmelerine imkân sağlandı. İfade edilen niyetle bu kişilere, ülke içinde 72 saat süreli yasal ikamet hakkı tanınmaktadır, bu süre içerisinde bu kişiler sığınma hakkı talep kabul merkezlerine doğru serbestçe hareket edebilirler ve burada bu hakkı elde etmeleri için talepte bulunabilirler.

Durumu takip etmeye ve o arada teknik hususlar sebebiyle birkaç kez değişikliğe uğramış olan mevzuatı analiz etmeye devam ettik. Balkan rotası kapatıldığından beri, bu yıl, Nisan ayında, acil prosedür kapsamında Kanunda değişiklik yapılması kabul edildi ve kilit öneme sahip iki kısıtlama getirildi. Bunlardan ilki, sığınma talebi kabul edildikten sonra, ilk üç yılda aile birleşimi hakkı sınırlandırıldı ve İkincisi, Avrupa Birliği, Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü –NATO ve Avrupa Serbest Bölge Birliği –EFTA'nın tüm üye ülkeleri güvenli üçüncü ülkeler olarak ilan edildi.

Pratikte bu, üçüncü ülkelerden Makedonya'ya gelen ve sığınma talebinde bulunan bütün kişilerin talebinin dayanaksız olarak kabul edilecek olması anlamına gelir. Nitekim bu kişiler güvenli ülkelerden gelmişlerdir ve sığınma hakkını o ülkeden talep etmeleri gerekiyordu ya da gerekiyor.

İlk bakışta, mülteci statüsü tanınan birinin ya da ikincil koruma altındaki kişinin yakın aile bireylerinin talepleri üzerine kendilerine de sığınma hakkı tanınmasını öngören aile birleşimi ilkesi savunulduğu gibi bir izlenim yaratılmaktadır. Ancak, sığınma ve geçici koruma kanununda değişiklik yapılmasına ilişkin yasa tasarısı bu hakkın tanınması için süre sınırlaması getirmektedir, bu ise aile birleşimi ile ilgili (2003/86/EK) Avrupa Birliği Direktifi ile çelişmektedir. Bu Direktifin 12. Maddesi'nin 2. Fıkrası, devletlerin tanınan mültecinin aile birleşimini sınırlandırmayacağını vurgulamaktadır, daha doğrusu devletlerin, sığınma hakkını elde eden bir kişinin, aile bireyleriyle birleşebilmesi için belli bir dönem için o ülkede ikamet etmesini talep edemeyeceğini belirtmektedir.

Bu kanunda yapılacak değişiklikler ve eklemelerle ilgili son yasa tasarısı ile ortaya çıkan "Güvenli Üçüncü Ülke" prensibinin yanında, "Güvenli Üçüncü Ülke, Avrupa Birliği üye ülkesi, NATO üye ülkesi, ya da EFTA üye ülkesi" hükmü de kuruldu. Bununla beraber bu ülkelerden Makedonya Cumhuriyeti'ne gelen bütün mültecilerin geri göndermeleri için yasal bir dayanak oluşturuldu, bunu yaparken de şahsi koşulları göz önünde bulundurarak üçüncü ülkenin kendiler için neden güvenli olmadığını ispat etmeleri fırsatı kendilerine verilmedi.

Kamu Denetçiliği Kurumu olarak bu değişikliklerle sığınma talebinde bulunan kişiye "güvenli üçüncü ülke" hükmünün uygulamasını reddetmek için ve üçüncü ülkenin kendisi için güvenli olmadığını ispat etmek için açık fırsat verilmediğini değerlendiriyoruz, bu ise uluslararası korumanın kazanılması ve geri alınması ile ilgili ortak prosedürlerle alakalı olan 2013/32/AB Direktifin 39. Maddesi'nin 3. Fıkrası ile çelişmektedir. Bu madde, talep sahibinin bu uygulamayı reddetme ve kendisi için bu ülkenin güvenli olmamasının sebeplerini açıklama imkânı olması gerektiğini açıkça öngörmektedir.

Biz, Ombudsman olarak bütün bunları sığınma haklarının ihlali olarak görüyoruz ve Üsküp'teki UNHCR ofisiyle ve göçmen ve mülteci haklarının korunması amacıyla faaliyet gösteren birkaç sivil örgütüyle istişare ederek yeni düzenlemeler için Nisan 2016 yılında kabul edilen yasa değişikliğinin iptal edilmesi için başvuru yaptık. Süreç halen devam etmektedir. Yeni Sığınma Kanunu hazırlık sürecindedir ve Avrupa Komisyonu ve diğer ilgili organlara, görüş alınmak üzere, sunulacaktır.

Makedonya'da bulunan göçmenlerin/mültecilerin durumu henüz tatmin edici seviyede değildir. İzlenimlerimize göre, alanda çalışan sivil örgütler pozitif örnek oluşturdular, yerel ve uluslararası bağışlar aracıyla hijyen araçları, gıda, giyim vs. sağladılar. STK'ların faaliyeti, bir yere kadar devletin yapmaya sorumlu olduğu organize kabul eksikliklerinin giderilmesine fırsat verdi.

Ombudsman, Şiddet Önleme Dairesi aracıyla, daha doğrusu Ulusal Önleme Mekanizması kapsamında UNICEF, UNHCR, Kızılhaç ve mülteci krizi çözme sürecine katılan diğer uluslararası örgütlerle sürekli irtibat halindedir. Ekiplerimiz alandadır, mültecilerin durumunu ve güvence altına alınan hakların sağlanmasını takip ediyor, aynı zamanda sığınma talebinde bulunanların

durumunu ve Kabul merkezlerine yerleştirilen yabancıların durumunu da takip ediyorlar.

3 Ekim 2016 itibariyle iki geçici transit merkezinde 54 erkek, 40 kadın, 100 çocuk olmak üzere toplam 194 kişinin kaydı yapılmıştır.

Sığınma talep merkezinde 24 kişi (9 erkek, 5 kadın ve 10 çocuk) bulunmaktadır. Yabancılar için Kabul Merkezi 29 kişinin (15 erkek, 7 kadın ve 7 çocuk) kaydını yapmıştır. Yani bu da 117'si çocuk olmak üzere (52 kadın ve 78 erkek) toplamda 247 kişi bulunmaktadır.

Sivil örgütler, küçük çocuklara psikososyal koruma sağlamaktadır, onların animasyonu ve Merkezde vakit geçirmeleri için her gün değişik aktiviteler uygulamaktadır. Yaşlarına uygun olarak rekreatif ve eğitici aktiviteler yapılmaktadır. Dış aktiviteler ("outdoor activities") yapılmakta, "art therapy" dersleri verilmekte ve bu derslerden çocukların psikolojisi hakkında çok şey öğrenilmektedir. Bu anlamda da, bulundukları sınırlı alan sebebiyle çocuklarda hiperaktivite ve küçük saldırganlık hissedildiği gözlenmiştir.

Kamu Denetçiliği Kurumun ekibi, sivil örgütlerdeki psikologlar ve sosyal hizmet görevlileriyle yaptığı konuşmada, Merkezde barınan kişilerde kaygı, depresyon, beklenti, ağır depresyon halinin mevcut olduğu ve bu durumun kendi sağlık durumlarına yansıdığı bilgisini elde etmiştir, hata bazı kişiler intihar girişiminde bulunmuşlardır. Bu sebepten dolayı, var olan iki geçici transit merkezinde bulunan kişilerin psikolojik durumunun tespitini yapmak üzere dışarıdan psikolog ve psikiyatr görevlendirmiş bulunuyoruz. Şu anda yetkili organlara iletilmek üzere, tespit ve önerileri içeren Rapor hazırlanmaktadır. Bu raporu web sayfamıza da yayınlayacağız.

Saygıdeğer meslektaşlarım,

Mültecilere karşı olan yaklaşımda evrensel kurallara uymanın yanında insan onuruna saygı göstermek, sadece yasadan çıkan haklarla ilişkili değil; aynı zamanda ahlaki bir yükümlülüktür. Yerinden edilerek başka ülkelere gitmek zorunda kalan kişilere uluslararası koruma sağlamak önemli bir küresel zorluktur. Bu aynı zamanda, onaylanan uluslararası anlaşmalar uyarınca bir sorumluluktur. 1951'deki Anlaşmanın genel ilkelerini unutmamamız gerekiyor. Buna göre "mülteci statüsünü tanımak, kişiyi mülteci yapmıyor, o kişinin mülteci olduğunu ilan ediyor. Tanımadan dolayı kişi mülteci olmuyor, mülteci olduğu için bu durum tanınıyor".

Uluslararası standartlar, mülteciyi özgürlükten yoksun kılmanın, son seçenek olarak kullanılmasını talep eder. Özgürlükten yoksun kılmaya veya kişinin hareketsiz tutulmasına karar verildiğinde, bu durumun gerekli olması ve ulaşılması istenen meşru hedefe orantılı olması gerekmektedir. Avrupa Birliği (2008/115/AT) Direktifi, her üye ülkenin, özgürlükten yoksun kılma süresini sınırlaması gerektiğini belirtir. Yine de, sığınmacı ve mülteciler için özgürlükten yoksun kılma tedbirleri uygulandığı zaman, kişilerin statüsü ve ihtiyacını karşılayacak koşulların sağlanması gerektiği dikkate alınmalı, daha doğrusu mültecilere mahkûm muamelesi yapılmasına sebep olacak bir hapishane rejimi olmaması gerekmektedir. Uluslararası standartlar, göçmenlerin barınması için hukuki statüye uyacak şekilde özel düzenlenmiş merkezler talep eder. (Avrupa Komitesi standartları, 7. Genel Raporundan alıntı, n.54.)

Yine de mülteciler, özgürlükten yoksun kılındıkları merkezlere yerleştirildikleri zaman, özgürlükten yoksun kılma ile ilgili uluslararası ve yerel standartlara uyulması gerekmektedir. Kişilerin sığınma prosedürlerine erişimi olması gerekmektedir, şiddetin önlenmesi için önemli olan koruma mekanizmaları da gerekmektedir. Bu mekanizmalar ise avukat, tıbbi muayene, aile ve konsolosluk temsilcileriyle iletişim imkânını da içermelidir.

Çocuklara, kadınlara, engellilere, özel sağlık sorunları olan insanlara, insan kaçakçılığı kurbanlarına ve yaşlılara özel koruma sağlanması gerekmektedir.

Buradan da, kamu denetçisi olarak bizim rolümüz; önlemek, uyarmak, mülteci haklarını zedeleyebilecek durumlara dikkat çekmek ve olası çözümler önermektir. Bütün bunları (özellikle de mevcut durumdaki sorunlar için) devamlılık ve karşılıklı işbirliği içerisinde gerçekleştirmemiz gerekmektedir.

Ancak etkili çalışma ve çözüm bulma yerine, Avrupa devletlerin çoğu, bu dönemde mevzuatta değişiklik yaptıkları ya da yapacaklarını açıkladılar, yasadışı yollarla ülkeye girenler ya da girme niyetinde olanlar için kısıtlayıcı önlemler getirdiler. Ayrıca, Macaristan, Sırbistan Cumhuriyeti sınırına duvar inşa etti, Hollanda'da mülteci kabul kısıtlamasından söz ediliyor, Büyük Britanya ise Avrupa'daki mülteci akınını azaltmak amacıyla Afrika ve Ortadoğu kıyılarında mülteci kampları kurulması taraftarı. Avrupa Birliğin bazı yeni üye ülkelerinin iktidarları, mülteci krizine çözüm arayışı kapsamında yabancı düşmanlığı yönünde bir tutum ve fikir sergilediler. Vişegrad Grubu'nun bazı üye ülkelerinde bu fikirler hâkimdir, ülkelerine sadece Hıristiyan dinine mensup mültecilerin yerleştirilmesini talep ediyorlar, çünkü kendi ülkelerinin ve Avrupa'nın İslamlaşmasından korkuyorlar.

Göçmen/mülteci krizin çözümü için somut çözüm ve aktiviteler gereklidir. Bu anlamda uluslararası toplum, özellikle Avrupa Birliği üye ülkeleri, somut çözüm bakımından kendi tutumlarını uyumlaştırmalıdır. Her Avrupa Birliği üye ülkesi için termin tarihleriyle beraber, somut aktiviteler içeren bir plan yapılmalıdır. Kota sistemi ise mültecilerin eşit dağılımının sağlanabilmesi için en uygun çözüm olarak görülüyor. Bunun uygulamaya geçmesi gerekiyor.

Belirlenen aktivite planının uygulanabilmesi için maddi imkânların sağlanması gerekiyor, mülteciler tarafından transit olarak kullanılan Balkan Ülkeleri bu imkânları mülteci akınıyla baş etmek için kullanacaktır. Diğer taraftan, mültecilerin durumunun gerçekçi bir şekilde gösterilebilmesi için devletlerin pozitif medya kampanyası yapmaları şarttır, siyasetçilerin ve diğer alenen tanınmış kişilerin ise nefret ve hoşgörüsüzlüğü tetikleyen pervasız ifadelerden kaçınmaları gerekmektedir.

İlginiz için teşekkür ederim.

THE ROLE OF THE OMBUDSMAN INSTITUTION IN THE PROTECTION OF REFUGEE RIGHTS

Vaska Bajramovska-Mustafa[*]

Dear colleagues,

At the beginning of my speech, please let me pay my respects to the organizer and host of this congress which holds a great deal of importance in light of the current situation of the refugees and the protective role that the ombudsman institution takes on regarding the human rights of the people in this category.

The ombudsman institution has an important role in protecting human rights and liberties in every society; it also contributes to the functioning and improvement of the supremacy of law as well as the principle of securing the rights of the citizens, as an independent body. A strengthened mechanism and a firm cooperation between the ombudsman institutions in the region and beyond are needed in order for the human rights and liberties, which are accepted as the core values and goals of democratic societies, to be able to be protected.

The Ombudsman Institution is in a constitutional category as an organ that protects the legal and constitutional rights of the citizens of the Republic of Macedonia and other people and according to the Ombudsman Institution Law, the Ombudsman promotes, prevents and defends the rights and freedoms of the citizens, whenever they are infringed by any acts, actions and omissions thereof by any competent state agencies or any other institutions or organization. While doing that, the Ombudsman Institution monitors the situation through using its authorities on three separate units in order to protect the rights and liberties of some vulnerable groups and people in a more efficient and successful way. These units are: the Department of National Prevention Mechanism, the Department of Struggle with Discrimination and the Department of Protection of Child and Disabled Rights.

Last year, the whole Europe encountered a great flow of refugees and immigrants. The refugees were using the Western Balkan region as a transition area. Unfortunately, in many countries, institutions that were tasked with registration, routing and aid transactions were caught off guard and everyone, mostly vulnerable groups including women, children, especially unaccompanied children, elderly and disabled people felt the lack of protection and humane treatment.

On the other hand, the European Union didn't provide appropriate measures and resources for coping with the refugee crisis either in transit Balkan countries or in developed countries of Western Europe. The European Union countries are not able to come to an agreement on the designation of a certain quota for each member country or the selection of another adequate model, with regards to the housing problems of the refugees, even though a few months have passed.

Basically, the challenges, related to the protection of refugee rights in transit countries and in countries which are the final destinations, are the same. These concern how the registry transactions of the immigrants/refugees will be made, how the basic needs of immigrants/refugees such as shelter, food, water, sanitary materials, clothing etc. will be provided, how transportation will be provided to the next target destination (railways, buses, taxis and etc.) and how the right to asylum will be provided without any obstacles.

[*] Republic of Macedonia, Deputy of the Chief Ombudsman.

The case of facing and coping with the current refugee crisis is under a constant and intense review by the Chief Ombudsman in the Republic of Macedonia. The Chief Ombudsman continuously monitors the status of the refugee rights within the framework of his own period of office and authorities.

As the Ombudsman Institution, we have monitored the shelter conditions and the treatment towards people who are kept in places where people are deprived of their freedom and have made a few warnings since 2013 because of the system regarding the foreigners who made illegal entries being weak and the conditions being poor, especially in Foreigner Admission and Asylum Request Centers. We have made suggestions several times for the purpose of achieving systematic change and providing registration and shelter according to international standards; we have also drawn attention to the legal uncertainties in the procedure regarding the stateless and foreign people obtaining the right to asylum and the termination of this right.

What did we do and what are we doing as the Ombudsman Institution in terms of the protection of the rights of immigrants and refugees?

- As the Ombudsman Institution, we have been actively carrying out activities for the protection of the refugee rights and liberties, we have been closely monitoring the situation within the scope of the National Prevention Mechanism role, and we have been monitoring how people are treated in places where there is deprivation of freedom and restriction of movement, in order to prevent violence. We also monitor the Admission Centers which are established for foreigners and for people who seek right to asylum. In addition, we've also been monitoring the temporary transit centers - one being "Vinojug" which is at the south of the country and the other being "Tabanovce" which is at the north of the country - which are opened in the second half of the year 2015.
- We have clearly presented our assessment at the press conference as a result of the situation we came across during our visit, and we have mentioned the conditions in the Center which are not humane and which hurt the human pride and which are below the international standards.
- We have conducted some individual procedures in order to check according to which legal basis the foreigners who are being held in Admission Centers are being held there. For some of these people we've speeded up the procedure and we've transported these individuals to the Center of Request for the Right to Asylum. There, a restriction of movement is out of the question.
- We have prepared a special report to submit to the government. In this report, we've presented suggestions such as providing humane admission conditions and performing effective registrations by using a biometric registration system and photography transaction.
- We've suggested the provision of appropriate procedures regarding the entitlement of the right to asylum and a humane, non-discriminatory approach towards all people who demand international aid and protection.
- In addition, we've also suggested that the people in the Admission Center are held on a legal basis. At the same time, we've recommended that these people are provided with a better legal aid service in trials where they take part in as a witness, considering the urgency of these cases and in order to provide a better management according to that.

- As for the legislation, we've determined that the legislation doesn't include "the intention of seeking shelter-asylum" and that it only includes seeking asylum directly while entering the country. Taking into account the state of immigrants and refugees, an amendment in the law was made in June 2015, thanks to our intervention and the foreigners were given the opportunity to express that they intend to seek the right to asylum verbally or in writing in front of the state officials on the border crossing or within the territory of the Republic of Macedonia. These people are provided with a 72 hour long legal residency in the country, upon expressing their intentions. They can freely move towards the Center of Request for the Right to Asylum within this period and there they can make a request to gain that right.

We've continued to monitor the situation and we've kept analyzing the legislation which had changed a few times during that period, due to technical matters. Since the Balkan route has been closed in April this year, an urgent amendment to the law was passed and two constraints which have key importance were brought. The first of them is that, after the asylum request is granted, the family reunification right is limited to the first three years. And the second is that, all members of the European Union, the North Atlantic Treaty Organization (NATO) and the European Free Trade Association (EFTA), are declared to be safe third party countries.

In practice, this means that requests of all people who have come to Macedonia from third party countries and requested asylum, will be considered groundless, since these people had come from safe countries and they had to or have to request asylum from those countries.

At first glance, the impression created is that the principle of family reunification which foresees the entitlement of asylum for people upon the request of someone whose asylum status is recognized or the request of the close family members of someone who's under secondary protection, is defended. However, the bill regarding the amendment to the law on asylum and temporary protection brings a time limitation for the entitlement to this right and that contrasts with the European Union Directive regarding family reunification (2003/86/EK). The 2nd clause of the 12th Act of this Directive emphasizes that the states cannot limit the family reunification of a person granted with a refugee status, i.e., it states that Member States shall not require a person who has obtained the right to asylum, to have resided in their territory for a certain period of time before having his/her family members join him/her.

In addition to the principle of "Safe Third Party Country" which came to life with the last bill related to the amendments and additions that will be made in this law, the provision stating that "the Safe Third Party Country" is a member of the European Union, a member of NATO, or a member of EFTA" is also established. Meanwhile, a legal basis was also created for the repatriation of all refugees who came to the Republic of Macedonia from these countries and while it was being done, the refugees weren't given the opportunity to prove why the third party countries weren't safe for them, taking into account their personal circumstances.

As the Ombudsman Institution, we're observing that the person who requests asylum isn't given a clear opportunity to reject the implementation of the "Safe Third Party Country" provision and to prove that the third party country isn't safe for him and this contradicts the 3rd Clause of the 39th Act of the 2013/32/AB Directive which is related to the common procedures regarding the entitlement and termination of the international protection. This act clearly sets forth that the applicant must have the opportunity to reject this implementation and to explain the reasons why this country is not safe for him.

We, as the Ombudsman see all of this as a violation of the asylum rights and we have

discussed this issue with the UNHCR office in Skopje and with some other non-governmental organizations which operate in order to protect the immigrant and refugee rights and made an appeal for the removal of the law amendment which was adopted for new regulations in April 2016. The process is still continuing. The new Asylum Law is in the preparation process and it will be presented to the European Commission and other related organs for their views to be taken.

The states of the immigrants/refugees located in Macedonia are not yet at a satisfactory level. According to our impressions, non-governmental organizations which worked in the field have set positive examples and provided sanitary materials, food, clothing etc. through local and international donations. The activities of the NGOs allowed up to a certain point for the elimination of the deficiencies in the organized admissions which are the responsibility of the state.

The Ombudsman is in constant contact with UNICEF, UNHCR, Red Cross and other international organizations which participate in the process of refugee crisis resolution, through the Department of the Prevention of Violence, to be more exact, within the scope of the National Prevention Mechanism. Our teams are on the field and they monitor the state of the refugees and the provision of the rights that are secured, as well as the state of the ones who requested asylum and the state of the foreigners who are placed in Admission Centers.

As of 3 October 2016, a total of 194 people of whom 54 are men, 40 are women and 100 are children, are registered in two temporary transit centers.

There are 24 people (9 men, 5 women and 10 children) in the asylum request center. The Admission Center for Foreigners has registered 29 people (15 men, 7 women and 7 children). So there are 247 people in total (52 women and 78 men) of whom 117 are children.

Non-governmental organizations provide psychosocial protection to young children and implement different activities every day for their animation and for them to have a good time in the Center. Recreational and educational activities are done according to their ages. Outdoor activities are being conducted, art therapy lessons are given and so much is being learned from these lessons about the psychology of children. In that sense, hyperactivity and a little aggression are observed in children due to the limited space they're in.

The team of the Ombudsman Institution has talked to the psychologists and social workers in non-governmental organizations and obtained the information that conditions of anxiety, depression, expectation and major depression exist in people residing in the Center and that this situation is reflected in their health conditions. In fact, some people have committed suicide. For this reason, we have assigned psychologists and psychiatrists from outside so that they can assess the psychological states of the people located in the two temporary transit centers. The report which includes the assessments and suggestions are being prepared right now to be delivered to authorized organs. We will post this report on our web site as well.

Dear colleagues,

Respecting the human honor as well as complying with universal rules in the approach towards refugees are not only related to rights arising from the law but also a moral obligation. It's an important global difficulty to provide international protection to people who had to go to other countries by being forced out of their countries. This, at the same time, is also a responsibility which is approved in accordance with international agreements. We shouldn't forget the general principles of the agreement signed in 1951. According to it, "Recognition of his refugee status does not make a person a refugee but declares him to be one... The person doesn't become a refugee because of recognition, but is recognized because he is a refugee". International standards require the use of deprivation of the refugee's freedom, as a last resort. When it's decided that the

person will be deprived of his freedom or kept still, it is required that this situation is necessary and that it is proportional to the legitimate goal that is desired to be reached. The European Union Directive (2008/115/AT), states that every member country has to limit the duration of the deprivation of freedom. Nevertheless, when a measure of deprivation of freedom is implemented for refugees and asylum seekers, the status of the people and conditions which will meet their requirements must be taken into account, to be more exact, there shouldn't be a prison regime which will cause the refugees to be treated as convicts. International standards require centers which are specially regulated in order to comply with the legal status for the immigrants to be housed (Citation from the 7th General Report of the European Committee).

Nonetheless, when the refugees are placed in centers where they're deprived of their freedom, the international and local standards concerning deprivation of freedom must be complied with. People must have access to asylum procedures. Protection mechanisms which are important for the prevention of violence are also required. These mechanisms must also include the opportunity to communicate with a lawyer, the family and consulate representatives and to receive medical exams.

Special protection must be provided to children, women, disabled people, people who have special health problems, victims of human trafficking and elderly.

Here, our role as ombudsmen is to prevent, warn, to draw attention to cases which can hurt refugee rights and to suggest possible solutions. We have to realize all this (especially for the problems in the current situation) in continuity and mutual cooperation.

However, instead of working effectively and finding solutions, most of the European states have announced that they made or will make changes in the legislations in this period and they have brought restrictive measures for those who came into their countries illegally or those who intend to. In addition, Hungary built a wall to its border with the Republic of Serbia, restriction in refugee admission is being discussed in Holland, Great Britain on the other hand supports the establishment of refugee camps in the shores of Africa and Middle East in order to reduce the flow of refugees to Europe. Governments of some of the new member countries of the European Union have displayed opinions and attitudes that are in accordance with xenophobia with regards to the search for a solution to the refugee crisis. In some member countries of the Visegrad group, these opinions are dominant. They demand that only refugees who belong to the Christian faith are placed in their countries because they're afraid that their own countries and Europe will be Islamized.

Tangible solutions and activities are necessary for the solution of the immigrant/refugee crisis. In that sense, the international community, especially the member countries of the European Union must harmonize their attitudes for a tangible solution. A plan including deadlines and tangible activities must be made for each member country of the European Union. The quota system is seen as the most appropriate solution for the provision of the equal distribution of refugees. This needs to be put into effect.

Financial resources must be provided in order for the determined activity plan to be implemented. Balkan countries which are used for transit by refugees would use these resources to cope with the refugee flow. On the other hand, it's a must for the states to engage in positive media campaigns for the condition of the refugees to be able to be demonstrated in a realistic way. Politicians and other publicly known people must refrain from reckless statements which trigger hate and intolerance.

Thank you for your attention.

УЛОГАТА НА ОМБУДСМАНОТ ВО ЗАШТИТА НА ПРАВАТА НА БЕГАЛЦИТЕ

Васка Бајрамовска–Мустафа*

Почитувани колеги,

Дозволете ми на самиот почеток од моето излагање да го поздравам домаќинот и организаторот на овој настан кој е од исклучително значење, со оглед на актуелната состојба со бегалците, особено и поради улогата која ја имаат Омбудсманите како национални институции за човекови права во заштитата на правата на оваа категорија граѓани.

Омбудсманот во секое општество има значајна улога во заштита на човековите слободи и права, и како независно тело суштински придонесува во функционирањето и развојот на принципот на владеење на правото, но и за правната сигурност на граѓаните. Оттука, човековите слободи и права прифатени како основна вредност и цел на демократските општества ја наметнува потребата од зајакнување на механизмите за нивна заштита, и неминовната соработка меѓу омбудсман институциите во регионот и пошироко.

Народниот правобранител како орган кој ги штити уставните и законски права на граѓаните и на сите други лица во Република Македонија е уставна категорија, и согласно Законот за народниот правобранител промовира, превенира и штити слободи и права на граѓаните кога им се повредени со акти, дејствија и пропуштања на дејствија од органите на државната управа и од други органи и организации што имаат јавни овластувања. Притоа, заради поефикасна и поуспешна заштита на слободите и правата на граѓаните во одделни области или одделни ранливи групи лица Народниот правобранител ја следи состаојбата со оставрувањето на правата преку трите посебни одделенија- Национален превентивен механизам (НПМ), Одделението за заштита од дискриминација, како и Одделението за заштита на правата на децата и лица со посебни потреби.

Минатa година цела Европа се соочи со огромен бран на бегалци и мигранти кои Западниот Балкан го користеа како простор низ која транзитираа. За жал во повеќето земји институциите задолжени за регистрација, упатување и помош останаа затечени и неподготвени за оваа состојба, а недостатокот од заштита и хуман третман го почувствуваа сите, а најмногу најранливите групи, односно жените, децата, пред се непридружуваните деца, старите и изнемоштени лица, лицата со попреченост.

Од друга страна Европската унија не презеде соодветни мерки и не обезбеди средства за справување со бегалската криза, ниту во транзитните балкански земји, ниту во развиените западноевропски држави. Државите на Европската унија и по период од неколку месеци не можат да се договорат за тоа дали ќе се примени системот на квоти за прием за секоја држава членка, или ќе се пронајде друг адекватен модус за згрижување на бегалците.

Во основа, предизвиците за заштита на правата на бегалците во земјите на транзит и земјите со крајна дестинација се идентични и се однесуваат на тоа како да се изврши регистрација на мигрантите/бегалците, како мигрантите/бегалците да се снабдат со основните потреби- сместување, храна, вода хигиенски материјали, облека, на каков начин да се изврши

* Заменик народен правобранител на РМ.

нивниот транспорт до следните дестинации (железнички сообраќај, автобуси, такси возила и сл), и како да се обезбеди непречен пристап до правото на азил.

Соочувањето со предизвиците и справувањето со актуелната бегалска криза во Република Македонија е предмет на постојан и засилен мониторинг од страна на Народниот правобранител, кој во рамките на својот мандат и надлежности континуирано ја следи состојбата на почитувањето на правата на бегалците.

Како Омбудсман институција следејќи ги условите за згрижување и третман кон лицата задржани во места на лишување од слобода, а особено во Центрите за прифат на странци и барателите на азил, во повеќе наврати од 2013 година па до денес алармиравме за слабиот систем и лошите услови за прифат на странци со илегален влез, упатувајќи повеќе препораки со цел системски промени и преземање мерки за евиденција, сместување и постапување согласно меѓународните стандарди, укажувајќи притоа на законските недореченост во условите и постапката за добивање и престанок на право на азил на странец или на лице без државјанство.

Што се правиме и што направивме како Омбудсман институција за заштита на правата на бегалците и мигрантите?

- Како Народен правобранител спроведуваме дејствија за заштита на правата и слободите на бегалците, а во својство на Национален превентивен механизам одблиску ја следиме состојбата, постапувањето и третманот кон нив со цел спречување тортура во места на лишување од слобода и ограничено движење каде спаѓаат и двата Прифатни центри- едниот за странци, и вториот за барателите на азил. Исто така, ги мониториравме привремените транзитни центри отворени во втората половина на 2015 година, „Винојуг“ на југот од земјата и „Табановце“ на север.
- Како резултат на состојбата затечена од нашата посета на прес конференција јавно ги презентиравме нашите наоди за нехуманите услови во Центарот, оценувајќи дека се под меѓународно востановените стандарди и кои грубо го повредуваа човечкото достоинство.
- Поведовме и неколку поединечни постапки за проверка на правниот основ врз основ на кој се задржуваат странците во Прифатниот центар, а за некои од нив овозможивме и забрзување на постапката и префрлување на тие лица во Центарот за барателите на азил каде слободата на движење не е ограничена.
- Изготвивме Посебен извештај кој го доставивме до Владата во кој препорачавме обезбедување услови за хуман прифат, воведување ефикасен начин на евиденција и регистрација преку биометриски систем на евидентирање и фотографирање на овие лица.
- Препорачавме неселективен и хуман пристап кон сите лица кои бараат меѓународна помош и заштита и овозможување соодветна постапка за признавање на правото на азил.
- Исто така, укажавме лицата во Центарот за прифат да се задржуваат согласно утврдениот правен основ за задржување, додека постапките во кои овие лица имаат својство на сведок да се водат со почитување на правилото на итност на постапката, како и подобро организирана правна помош.
- Во однос на правната регулатива утврдивме дека истата не предвидуваше «намера за поднесување на барање за признавање право на азил» туку директно поднесување

на барање за признавање право на азил при влез во државата. Имајќи ја предвид состојбата со бегалците и мигрантите, по наша интервенција се измени Законот и во јуни 2015 година се овозможи странец на граничен премин или во внатрешноста на територијата на Република Македонија пред службено лице усно или писмено да искаже намера за поднесување на барање за признавање право на азил. Со искажаната намера на лицето му се даде право на легален престој во државата во времетраење од 72 часа во кој период лицето може слободно да се движи до местото за прифат на барателите на азил и да поднесе барање за признавање право на азил.

Продолживме да ја следиме состојбата и да ја анализираме регулативата која во меѓувреме беше изменета уште неколку пати, но од техничка природа, а во април оваа година откако беше затворена Балканската рута, во итна постапка се усвои измена на Законот со која се воведоа две клучни ограничувања: Прво, се ограничи правото на семејно обединување во првите три години од стекнување на азил, и Второ, сите земји членки на ЕУ, Северноатланстка договорна организација- НАТО и Европската асоцијација за слободна трговија-ЕФТА беа прогласени за безбедни трети земји.

Тоа во пракса значи дека сите барања за азил од лица кои пристигаат во Македонија од овие трети земји ќе се сметаат за неосновани со оглед дека лицата пристигнале од безбедни земји за азил и требале или треба да побараат азил во тие земји.

На прв поглед се добива впечаток дека се прокламира принципот на семејно обединување кој предвидува на членовите на потесното семејство на признаен бегалец и лице под супсидијарна заштита, на нивно барање, да им се признае правото на азил. Сепак, во Предлог законот за измените на Законот за азил и привремена заштита во овој дел се воведува временска рамка на можноста за стекнување со ова право што е директно противречно на Директивата на ЕУ за правото на семејно обединување (2003/86/ЕК) која во членот 12 став 2 јасно истакнува дека државите нема да го ограничат семејното обединување на признаени бегалци, односно нема да бараат лицето со признаено право на азил да престојува во државата одреден период пред да може да се обедини со членовите на своето семејство.

Со последните предлог измени и дополнувања на овој закон, покрај постоечкиот принцип на „Безбедна трета земја“, се востанови и институтот „Безбедна трета земја, држава членка на Европската Унија, држава членка на НАТО, или држава членка на ЕФТА“, со кое во екот на најголемата бегалска криза, се конституира правен основ сите мигранти коишто пристигнуваат на територијата на Република Македонија од овие земји, да бидат вратени без да им се даде јасна можност да докажат дека третата земја не е безбедна за нив со оглед на нивните лични околности.

Како Омбудсман институција оценивме дека со овие измени не му се дава јасна можност на барателот на азил да ја оспори примената на институтот „безбедна трета земја“ и да докаже дека третата земја не е безбедна за него што директно противречи на членот 39 став 3 од ЕУ Директивата 2013/32/ЕУ која се однесува на заедничките постапки за доделување и повлекување на меѓународна заштита. Овој член изрично предвидува дека барателот треба да има можност да ја оспори примената и да ги истакне причините зошто земјата не е безбедна за него.

Ние како Омбудсман сето ова го сметавме како сериозна повреда на правото на азил и во консултација со Канцеларијата на УНХЦР во Скопје и неколку невладини организации кои работат на заштита на правата на бегалците и мигрантите, поднесовме Иницијатива со Предлог за доуредување, односно поништување на последните амандмани усвоени во април

2016 година и постапката е во тек. Во подготовка е и нов Закон за азил кој ќе биде доставен на мислење до Европската комисија и останатите релевантни тела.

Положбата на бегалците/мигрантите кои се задржуваат во Македонија се уште не е на задоволително ниво. Нашите согледувања укажуваат дека невладините организации дадоа позитивен пример со нивната присутност на теренот и притоа преку домашните и меѓународните донации ги обезбедуваа неопходните средства за хигиена, храна, облека и сл. Делувањето на невладиниот сектор донекаде овозможи да се надмине недостигот на организирана акција за прифаќање што државата беше должна да ја спроведе.

Омбудсманот преку Одделението за превенција од тортура, односно како Национален превентивен механизам е во постојан контакт со меѓународните организации УНИЦЕФ УНХЦР, со Црвениот крст и други кои активно учествуваат во решавањето на мигрантската, односно бегалската криза. Наши екипи се на терен, ја следат состојбата со бегалците и пристапот во остварување на гарантираните права, но исто ја следат состојбата и со лицата баратели на азил и странци сместени во Профатните центри.

Заклучно со 3 октомври 2016 година во двата привремени транзитни центри има регистрирано 194 лица, од кои 54 мажи, 40 жени и 100 деца.

Во Центарот за баратели на азил има 24 лица (од кои 9 мажи , 5 жени, и 10 деца), додека во Прифатниот центар за странци има евидентирано 29 лица (15 мажи, 7 жени и 7 деца), или вкупно се 247 лица, од кои дури 117 се деца. (52 жени и 78 мажи).

Невладини организации им пружаат психосоцијална заштита на намјладите и секојдневно спроведуваат најразлични активности за нивно анимирање и исполнување на времето во Центарот. Се спроведуваат рекреативни и образовно-едукативни активности кои се приспособени и структуирани согласно нивната возраст. Се спроведуваат т.н. надворешни активности („outdoor activities“), како и часови по „art therapy“, од кои се дознава многу за психолошката состојба на децата. Во оваа смисла се укажува дека кај децата веќе се чувствува хиперактивност и мала агресија, поради ограниченият простор во којшто се наоѓаат.

Тимот на Омбудсманот како НПМ во разговор со психолог и социјалните работници од НВО доби сознанија дека кај лицата владее состојба на анксиозност, депресивност, исчекување, високо ниво на депресивност што одрзаува и на нивното здравје, а одредени лица пројавиле суицидни намери. Поради ова ангажиравме надворешни соработници (психолог и психијатар) кои излегоа на терен за утврдување на психолошката состојба на лицата во двата привремени транзитни центри и во моментот се изготвува Извештајот со констатации и препораки кои ќе ги упатиме до надлежните органи, а ќе ги објавиме и на нашата веб страна.

Почитувани колеги,

Почитувањето на човековото достоинство на овие лица наспроти универзалните правила за постапување со бегалците пред се е морална обврска која не произлегува само од легалистичкиот концепт за почитување на правото. Обезбедувањето на меѓународна заштита за раселените лица преку границите претставува значен глобален предизвик, но и обврска согласно ратификуваните меѓународни конвенции. Не смееме да заборавиме на општите начеча на Конвенцијата од 1951 година според која „Признавањето на неговиот стстус на бегалец не го прави лицето бегалец, туку го прогчасува за таков. Лицето не станува бегалец поради признавањето, туку е признаен заради тоа што тој е бегалец„.

Меѓународните стандарди бараат лишувањето од слобода за мигранти да се користи како последна опција. Кога се изрекува лишување од слобода, односно задржување, истото

мора да биде неопходно и пропорционално на легитимната цел која сака да се постигне. Директивата на ЕУ (2008/115/ЕС) утврдува дека секоја држава членка треба да го лимитира периодот на лишување од слобода. Кога сепак се применува лишување од слобода за мигранти и азиланти треба да се има во предвид да бидат обезбедени услови кои ќе ги рефлектираат статусот и потребите на лицата, односно да не бидат со затворски режим кој ќе ги третира мигрантите како осудени лица. Меѓународните стандарди бараат специјално утврдени центри за сместување на имигрантите кои ќе соодејствуваат со правниот статус[1].

Сепак кога мигрантите се сместуваат во места на лишување од слобода потребно е да се почитуваат релевантните меѓународни и регионални стандарди за лишување од слобода. Потребно е лицата да имаат пристап до процедурите за азил, како и да имаат заштитни механизми кои се важни за превенција од тортура, а овие механизми треба да вклучуваат пристап до бранител, лекарски преглед, како и можноста да се контактира со семејството и претставници од дипломатско-конзуларните претставништва.

Особена заштита треба да се обезбеди за децата, жените, лицата со попреченост, како и лица со посебни здравствени проблеми, жртви на трговија со луѓе и постари лица.

Оттука, нашата улога како Омбудсмани е да превенираме, алармираме, да укажуваме на состојби кои претставуваат или може да доведат до повреди на правата на бегалците и да препорачаме можни решенија. Сето тоа треба да го остваруваме во континуитет и во меѓусебна соработка, особено за прашања како што е во конкретниот случај.

Меѓутоа, наместо ефикасно дејствување и изнаоѓање решение во меѓувреме повеќе европски држави извршија или најавија измена на законската регулатива, воведоа рестриктивни мерки за лицата кои илегално влегуваат, или имаат намера да влезат на нивна територија. Дополнително Унгарија изгради ѕид на границата со Република Србија, во Холандија е зборува за ограничување на влезот на мигрантите, а Велика Британија се залага за изградба на бегалски кампови на брегoвите на Африка и на Блискиот исток за да се намали приливот во Европа. Некои земји, понови членки на Европската унија покажаа дека нивните влади имаат ксенофобични ставови и идеи за решавање на кризата. Такви идеи преовладуваат кај некои од членките на Вишеградската група кои бараат во нивните земји да бидат распределени мигранти кои се со христијанска вероисповед, бидејќи се плашат од исламизација на нивните земји и Европа.

За решавање на мигрантската/бегалската криза потребни се конкретни решенија и активности. Во таа смисла меѓународната заедница, а особено државите-членки на Европската унија треба да ги усогласат своите ставови во однос на конкретните решенија. Неопходно е да се направи план на конкретни активностите со прецизни рокови на исполнување, за секоја поединечна членка на Европската унија, а системот на квоти се чини како најсоодветно решение за рамномерно распоредување на мигрантите треба да се операционализира и во пракса.

Потребно е да се обезбедат средства кои ќе бидат употребени за спроведување на утврдениот план на активности, како средства наменети за справување со приливот на мигранти во балканските земји низ кои мигрантите транзитираат. Од друга страна државите неопходно е да обезбедат позитивни медиумски кампањи, со цел реално да се претстави состојбата на мигрантите, а политичарите и другите јавни личности да се воздржат од непромислени изјави кои поттикнуваат омраза и нетрпеливост. Ви благодарам на вниманието.

1 КСТ Стандарди , извадок од 7-от Генерален извештај, т.54.

ULUSLARARASI İSTANBUL HUKUK KONGRESİ
INTERNATIONAL İSTANBUL LAW CONGRESS
17-19 EKİM 2016
17-19 OCTOBER 2016

İKİNCİ GÜN
SECOND DAY

ŞİMAL SALONU
ŞİMAL HALL

Uluslararası İhalelerde Rekabet
Competition in International Biddings

REKABET KANUNU VE İÇ PAZAR

*Stefan Enchelmaier**

Madde 26 ve 18 TFEU

- Madde 18 (eski Madde 12 EC), "Antlaşmaların uygulanması kapsamında ve buradaki herhangi bir özel hükme halel getirmeksizin, vatandaşlık gerekçesiyle ayrımcılık yapılmasına izin verilmeyecektir. [...]"
- Madde 26 (eski Madde 14 EC)
- 1. Birlik, Antlaşmaların ilgili hükümlerine uygun olarak iç piyasanın işleyişini düzenlemek veya sağlamak için önlemler alacaktır.
- 2. İç pazar, malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının Antlaşmaların hükümlerine uygun olarak sağlandığı, iç sınırları olmayan bir alan oluşturacaktır.

İç Pazarın "Dört Serbestisi"

<table>
<tr><td colspan="2">Serbest dolaşım</td><td>Negatif Entegrasyon (Üye Devletlere yönelik yasaklar)</td><td colspan="2">İstisnalar (Üye Devletler yasaklardan kaçmak için başvurabilirler)</td><td>Pozitif Entegrasyon (Topluluk kurumları tarafından mevzuat için yasal temeller)</td></tr>
<tr><td>Mallar</td><td>Hizmetler</td><td>Madde 110 {90}: hiçbir ayrımcı veya koruyucu vergilendirme yoktur</td><td>Yok</td><td rowspan="3">+ "Zorunlu gereklilikler": tüketici koruma ortamı, vb.</td><td>Yok (Madde 113 {93} Tutar ve tahsilat için)</td></tr>
<tr><td colspan="2" rowspan="2">Mallar</td><td>Madde 28, 30 {23, 25}: eşit etkiye sahip gümrük vergisi veya ücretler yoktur</td><td>Yok</td><td>Yok (Harici tarifeler için CCT)</td></tr>
<tr><td>Madde 34 {28}: eşit etkiye sahip niceliksel kısıtlamalar ya da önlemler yoktur.</td><td>Madde 36 {30}: kamu ahlakı, politika ve güvenlik, halk sağlığı; fikri mülkiyet</td><td>Madde 114, 115 {95, 94}</td></tr>
<tr><td colspan="2">İşçiler</td><td>Madde 45 {39} (1), (2): Diğer Üye Devletlerden gelen göçmen işçilere karşı herhangi bir ayrımcılık yapılmamaktadır.</td><td>Madde 45 (3), ilk gönderim, (4): kamu politikası, güvenlik ve sağlık; Kamu hizmeti</td><td rowspan="3">"Zorunlu gereklilikler": tüketici koruma ortamı, vb.</td><td>Madde 46, 48 {40, 42}</td></tr>
<tr><td colspan="2">Kuruluş</td><td>Madde 49 {43} diğer Üye Devletlerden vatandaşların veya şirketlerin kurulmasına ilişkin herhangi bir kısıtlama yoktur</td><td>Madde 51, 52 (1) {45, 46}: kamu politikası, güvenlik ve sağlık; Kamu otoritesinin kullanılması</td><td>Madde 50, 55 (2) - 55 {44, 46 (2), 47}</td></tr>
<tr><td colspan="2">Hizmetler</td><td>Madde 56 {49}: Üye Devletler arasındaki sınırlar boyunca hizmetlerin sağlanması konusunda herhangi bir kısıtlama yoktur</td><td>Madde 62 (55), 51, 52 (1): yukarıdaki gibi</td><td>Madde 59, 62, 52 (2) - 55 {52, 55, 46 (2) - 48, 294}</td></tr>
<tr><td colspan="2">Anapara</td><td>Madde 63 {56}</td><td colspan="2">Madde 64 (1), 65 {57 (1), 58}</td><td>Madde 64 (2) {57 (2)}</td></tr>
</table>

Rekabet Kanununun Tamamlayıcı Rolü

Birleştirilmiş Davalar olan 56 ve 58/64 Établissements Consten S.à.R.L. ve Grundig-Verkaufs-GmbH ile Avrupa Ekonomik Topluluğu Komisyonu [1966] ECR 299, 340 (vurgu eklenmiştir): "Üretici ile distribütör arasında, Üye Devletler arasındaki ticarette yeniden ulusal

* Dr. Iur. (Bonn) habil. (Münih), LLM (Edin.) MA (Oxon), Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk Profesörü, Oxford Üniversitesi, E-Posta: *stefan.enchelmaier@law.ox.ac.uk*

bölünmelere yol açabilecek bir sözleşme, AB'nin en temel hedeflerini sarsabilir. Girişi ve içeriği devletler arasındaki engellerin kaldırılmasını amaçlayan ve birkaç hükmünde yeniden ortaya çıkmalarına ilişkin sert bir tutum içeren Antlaşma, teşebbüslerin bu tür engelleri yeniden yapılandırmasına izin veremez. Madde [101] (1), bu sözleşmeler ekonomik sürecin farklı seviyelerindeki teşebbüsler arasında dahi olsa, bu amaca yönelik olarak tasarlanmıştır".

- Madde 101 (3) uyarınca, teknolojik ilerlemeye, vb. yapılacak bir katkı, Madde 101 (1) kapsamındaki bir karteli haklı gösterebilir.
- Yasağın kendisi başka bir takım hedefler taşırken, yasaklanan davranışın bir takım hedefleri (bunların arasında teknolojik ilerleme de mevcuttur) başarması halinde yasaktan muaf tutulabileceğini düşünmek için ne bir gösterge ne de bir neden vardır.
- Dolayısıyla, Madde 101(3), tüm paragraflarında Madde 101'in izlediği amaçları açıklamaktadır. Bu, diğerleri arasında teknik kalkınmayı da sınırlayan yasaklanmış bir kartel örneğini veren Madde 101 (1) (b)'de belirtilmiştir. Ayrıca Madde 102 için.

Fikri Mülkiyet ve Rekabet Kanunu

- Dava *C-10/89 SA CNL-SUCAL NV ile HAG GF AG [1990] ECR I-3711,* paragraf 13*; Dava C-9/93 IHT Internationale Heiztechnik GmbH* ve *Uwe Danzinger ile Ideal-Standard GmbH ve Wabco Standard GmbH* [1994] ECR I-2789, paragraf 45: "[IPR'ler], Antlaşmanın kurmaya ve sürdürmeye çalıştığı bozulmamış rekabet sisteminde önemli bir unsur oluşturur".

Madde 101'e Genel Bakış

Hükmün Anlatımı

"1. Aşağıdakiler, iç piyasa ile uyumsuz olduğundan yasaktır: teşebbüsler arasındaki tüm sözleşmeler, teşebbüs iştirakleri ve Üye Devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek ve amacı veya etkisi iç pazardaki rekabeti önlemek, kısıtlamak veya bozmak olan uyumlu eylemler ve özellikle de aşağıdaki türde uyumlu eylemler:

(a) Doğrudan veya dolaylı olarak, alış veya satış fiyatlarını veya diğer ticaret koşullarını düzenleyen;

(b) Üretim, piyasalar, teknik gelişme veya yatırımları sınırlayan veya kontrol eden;

(c) Piyasaları veya tedarik kaynaklarını paylaşan;

(d) Eşdeğer işlemlere diğer ticaret taraflarından farklı koşullar uygulayan, böylece onları rekabetçi bir dezavantaja sokan;

(e) Sözleşmelerin sonuçlandırılmasını sağlayan, bu sözleşmeler, doğaları gereği veya ticari kullanıma göre bu tür sözleşmelerin konusuyla bağlantısı bulunmayan ek yükümlülüklerin, diğer taraflarca kabulüne tabidir.

2. Bu madde uyarınca yasaklanan herhangi bir sözleşme veya karar otomatik olarak geçersiz sayılacaktır.

3. Bununla birlikte, paragraf 1'in hükümleri, tüketicilere elde edilen faydanın adil bir parçasını sağlarken, malların üretimini veya dağıtımını artırmaya yahut, teknik veya ekonomik ilerlemeyi desteklemeye katkıda bulunan aşağıdaki durumlarda geçersiz sayılabilir:

- Teşebbüsler arasındaki herhangi bir sözleşme veya sözleşmeler kategorisi,

- Teşebbüs birlikleri tarafından alınan herhangi bir karar veya kararlar kategorisi,

- Herhangi bir uyumlu eylem veya uyumlu eylemler kategorisi,

Bu durumlar aşağıdakileri içermeyecektir:

(a) Teşebbüslere, bu amaçların gerçekleştirilmesi için vazgeçilmez olmayan ilgili kısıtlamaları dayatmak;

(b) Bu teşebbüslere, söz konusu ürünlerin önemli bir kısmıyla ilgili rekabeti ortadan kaldırabilme imkânı vermek."

Değerlendirme Sırası

- Yasaklama, (1) - Muafiyet, (3) - Hükümsüzlük, (2): "*bu Maddeye* göre yasaklanmıştır".

Yasağın Muhatapları

- "Rekabet yasasındaki teşebbüs kavramı, işletmenin hukuki statüsüne veya finanse ediliş şekline bakılmaksızın, ekonomik faaliyette olan herhangi bir işletmeyi kapsar." - Birleşik Davalar C-264/01, C -306/01, C-354/01 ve C-355/01 AOK-Bundesverband ve diğerleri [2004] ECR I-2493, paragraf 46.
- Ulusal birlikler teşebbüs birliklerini oluşturduklarından ötürü ve taahhütleri takip ettikleri ekonomik faaliyetler vesilesiyle, ulusal dernekleri bir araya getiren bir birlik olan FIFA, [101 TFEU] maddesi anlamında bir teşebbüs birliği oluşturmaktadır. Kendi faaliyetleri veya kendilerine ait birliklerinin faaliyetleri, ilgili sonuçları üretmek üzere hesaba katıldığı sürece, bu hüküm birlikler için geçerlidir.
    - Topluluğun rekabet konusundaki kurallarının uygulanabilirliği ile ilgili olarak, kararların teşebbüsler tarafından alındığı yasal çerçevenin ve çeşitli ulusal yasal sistemler tarafından bu çerçeveye verilen sınıflandırmanın konuyla ilgisi yoktur - Dava T-193/02 Piau ile Komisyon [2005] ECR II-209, paragraf 72.
    - Bir işletmenin, faaliyetlerinin bir bölümünü uygulaması için resmi yetkilerle donatılmış olması gerçeği, kendi içinde, Antlaşmanın [102] Maddesi kapsamında bir teşebbüs olarak nitelenmesini engellemez.
    - Bu bağlamda, rekabet kanunu alanında, teşebbüs kavramının, hukuki statüsüne ve finanse ediliş şekline bakılmaksızın, ekonomik faaliyette bulunan herhangi bir işletmeyi kapsadığı unutulmamalıdır.
    - Bir işletmenin, faaliyetlerinin bir bölümünü uygulaması için resmi güçlerle donatılmış olması gerçeği, kendi içinde, Antlaşmanın [102] Maddesi kapsamında bir teşebbüs olarak nitelenmesini engellemez.
    - Bu bağlamda, rekabet kanunu alanında, teşebbüs kavramının, hukuki statüsüne ve finanse ediliş şekline bakılmaksızın, ekonomik faaliyette bulunan herhangi bir işletmeyi kapsadığı unutulmamalıdır.
    - Söz konusu faaliyetlerin, Antlaşmanın [102] maddesi kapsamındaki bir teşebbüsün faaliyeti olup olmadığını belirlemek için, bu faaliyetlerin niteliğini belirlemek gerekir. Aşağıdakiler arasında bir ayrım yapılmalıdır,
    - ADP'nin tamamen idari faaliyetleri, özellikle de denetim faaliyetleri ile,
    - Ciroya göre değişiklik gösteren ticari ücretlerle ödeme yapılan Paris havaalanlarının yönetimi ve işletimi.
    - Havaalanı altyapılarının yöneticisi olarak, ADP'nin, yer hizmetleri tedarikçileri için

işletme prosedürlerini ve koşullarını belirlediği bir faaliyet, bir denetim faaliyeti olarak sınıflandırılamaz. ADP, yer hizmetleri tedarikçileri ile olan ilişkilerin ADP'nin bir kamu yetkilisi olarak resmi güçlerini kullanması kapsamına girdiği ya da bu ilişkilerin ADP'nin bu güçleri kullanma faaliyetlerinden ayrılabilir nitelikte olmadığı sonucuna varılabilecek herhangi bir tartışma yaratmamıştır.

- Dava C-82/01 P *Aéroports de Paris ile Komisyon* [2002] ECR I-9297, paragraf 74-7.
- Aynı zamanda, tek bir ekonomik birimin, uzun vadede belirli bir ekonomik hedefi takip eden ve Antlaşma, Madde [101] (1) 'de belirtilen türde bir ihlalin yapılmasına katkıda bulunabilecek, kişisel, somut ve maddi olmayan unsurlardan oluşan üniter bir organizasyona bağlı bir brim olduğu da ele alınmıştır.
- Bir grup şirketin tek ve aynı teşebbüsü oluşturduğu durumlarda Komisyon, teşebbüs tarafından yapılan bir ihlal nedeniyle sorumluluk yükleme ve ihlal kapsamında grubun eylemlerinden sorumlu olan şirkete para cezası verme hakkına sahiptir - Dava T-66/99 Minoan Lines ile Komisyon [2003] ECR II-5515, paragraf 122.
- Bir grup şirketin tek ve aynı teşebbüsü oluşturduğu durumlarda Komisyon, teşebbüs tarafından yapılan bir ihlal nedeniyle sorumluluk yükleme ve ihlal kapsamında grubun eylemlerinden sorumlu olan şirkete para cezası verme hakkına sahiptir - Dava T-66/99 Minoan Lines ile Komisyon [2003] ECR II-5515, paragraf 122.
- Bir grup şirketin tek ve aynı teşebbüsü oluşturduğu durumlarda Komisyon, teşebbüs tarafından yapılan bir ihlal nedeniyle sorumluluk yükleme ve ihlal kapsamında grubun eylemlerinden sorumlu olan şirkete para cezası verme hakkına sahiptir - Dava T-66/99 Minoan Lines ile Komisyon [2003] ECR II-5515, paragraf 122.

Sözleşmeler

"Tavan fiyatı olan Üye Devletlerden yapılan paralel ithalatların, bu tavanların söz konusu olmadığı Üye Devletlerdeki fiyatları düşüren bir imalatçının, kendisi için en iyisi olduğunu düşündüğü çözümü benimseme hakkı, Madde [101 ve 102]'de belirtilen yasaklara uyması şartıyla, Antlaşmanın rekabet hükümleri ile tanımlanmıştır.

Buna göre, hâkim bir konumu kötüye kullanmadan ve kendisi ile toptancıları arasında herhangi bir irade birliği olmadan bunu yapması şartıyla, örneğin paralel ithalatları engellemek gibi bir amacının doğası gereği, bu politikanın uygulanması rekabet üzerinde kısıtlamalar gerektirebilecek ve Üye Devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek dahi olsa, üretici gerekli gördüğü arz politikasını benimseyebilir."

- Birleşik Davalar C-2 ve C-3 / 01 P Bundesverband der Arzneimittelimporteure ile Komisyon ('Bayer / Adalat') [2004] ECR I-23, paragraf 110, 122, 123'de onaylanan Dava T-41/46 Bayer AG ve ark. ile Komisyon ve ark. [2000] ECR I-3383, paragraf 176.

Uyumlu Eylem

"Uyumlu eylem" kavramı, teşebbüsler arasındaki koordinasyonun bir biçimini ifade eder; bu teşebbüsler, bir sözleşmenin düzgün bir şekilde yapıldığı aşamaya gitmeden, pazarın niteliğini, yetersiz alımların önemini ve sayısını, aynı zamanda pazarın büyüklüğünü ve niteliğini göz önünde bulundurarak, piyasanın normal şartlarına uymayan tarzda bir rekabete neden olan, rekabet riskleri

yerine kasten aralarındaki pratik işbirliğinin koyulduğu koordinasyonlardır.

Uyumlu bir eylemin olup olmadığı sorusu, ancak, söz konusu piyasanın özellikleri de göz önüne alınarak, Komisyonun dayandığı gerçekler ayrı olarak değil, bir bütün olarak kabul ediliyorsa doğru bir şekilde değerlendirilebilir. – Birleşik Davalar 40 vb. / 73 Suiker Unie, paragraf 26, 28.

Bu hükmün fiili koşullarından kaynaklandığından, uyumlu eylem kavramı, birbiriyle uyumlu katılımcı teşebbüslere ek olarak, piyasadaki bir sonraki davranışı ve ikisi arasındaki neden-sonuç ilişkisini ifade eder.

Bununla birlikte, söz konusu ekonomik operatörlerin göstermesi gereken aksini ispatlayan kanıtlara istinaden, Mahkeme, uyumlu eylemde yer alan ve piyasada aktif kalan teşebbüslerin, rakipleriyle değiş tokuş ettikleri, onların piyasadaki davranışlarını belirlemeye yardımcı olan bilgileri dikkate aldığını düşünmeye devam etmiştir. Teşebbüslerin uzun bir süre boyunca düzenli olarak bir araya geldiği bu durum daha da artmaktadır.

Bununla birlikte, söz konusu ekonomik işletmecilerin göstermesi gereken aksini ispatlayan kanıtlara istinaden, Mahkeme, uyumlu eylemde yer alan ve piyasada aktif kalan teşebbüslerin, rakipleriyle değiş tokuş ettikleri, onların piyasadaki davranışlarını belirlemeye yardımcı olan bilgileri dikkate aldığını düşünmeye devam etmiştir. Teşebbüslerin uzun bir süre boyunca düzenli olarak bir araya geldiği bu durum daha da artmaktadır.

Bununla birlikte, söz konusu ekonomik operatörlerin göstermesi gereken aksini ispatlayan kanıtlara istinaden, Mahkeme, uyumlu eylemde yer alan ve piyasada aktif kalan teşebbüslerin, rakipleriyle değiş tokuş ettikleri, onların piyasadaki davranışlarını belirlemeye yardımcı olan bilgileri dikkate aldığını düşünmeye devam etmiştir. Teşebbüslerin uzun bir süre boyunca düzenli olarak bir araya geldiği bu durum daha da artmaktadır.

Son olarak Mahkeme, böyle bir uyumlu eylemin, piyasada rekabet karşıtı etkileri bulunmaması durumunda bile, [101 (1) TFEU] Maddesi kapsamında olduğuna karar vermiştir.

Yapılan toplantı ya da toplantıların, onların söz konusu piyasadaki davranışlarını belirlemek için rakipleriyle değiş tokuş ettikleri bilgileri dikkate alma ve rekabet riski açısından aralarındaki pratik işbirliğinin kasten yerine geçme fırsatı sağlayıp sağlamadığı, katılan teşebbüsler arasında yapılan toplantı sayısından önemlidir.

Bu teşebbüslerin başarılı bir şekilde birbiri ile uyumlu olmaları ve piyasada aktif kalmaları sağlanabildiğinde, bu uyumlu eylemin söz konusu piyasadaki davranışları üzerinde herhangi bir etkisi olmadığına dair kanıtları adil bir şekilde dile getirmeleri istenebilir. - C-8/08 T-Mobile Hollanda, §§51, 61.

Yıkıcı Rekabetin "Amacı veya Etkisi"

- Litt. (a) - (e)'deki örnekler
- Divan, Genel Mahkeme'nin, paralel ticaretin engellenmesine yönelik bir anlaşmanın kural olarak rekabetin engellenmesi amacını taşıdığının kabul edilirken, bunun aynı şekilde nihaî tüketicinin nihai fiyat tedarikinden mahrum bırakılması olarak kabul edilebileceğine yönelik ifadesi ile ilgili olarak, ne TFEU'nun 101/1. maddesinin ne de içtihadın bu şekilde bir pozisyon alınmasına destek verdiğini not eder.
- Her şeyden önce bu hükümde, yalnızca tüketicileri belirli avantajlardan mahrum eden sözleşmelerin rekabete aykırı bir amaca sahip olabileceğini gösteren hiçbir husus bulunmamaktadır.
- İkinci olarak, Mahkemenin, Antlaşmada ortaya konan diğer rekabet kuralları gibi,

Maddenin [101 (1) TFEU] yalnızca rakiplerin veya tüketicilerin çıkarlarını değil, aynı zamanda pazarın yapısını ve bu şekilde rekabeti de korumayı amaç edindiğini göz önünde bulundurduğu da unutulmamalıdır.

Sonuç olarak, bir sözleşmenin rekabete aykırı bir amaca sahip olduğunun tespit edilmesi için, nihai tüketicilerin arz veya fiyat bakımından etkin rekabetten yoksun bırakılmaları gerekli değildir." - Birleşik Davalar C-501/06 P, C- 513/06 P, C-515/06 P ve C-519/06 P GlaxoSmithKline Services ve ark. ile Komisyon ve ark. [2009] ECR I-9291, paragraf 62, 63.

Rekabetin Kayda Değer Kısıtlamaları ve Üye Devletler Arasındaki Ticarete Kayda Değer Etkisi

- Taraflar (gerçek ya da potansiyel) rakipse ve en fazla %10, ya da %15 birleşik pazar payına sahiplerse, rekabetin kayda değer bir kısıtlaması yoktur.
- 'Üye Devletler arasındaki ticarete etki', Üye Devlet yasalarından ziyade AB yasalarının uygulanabilirliğini belirler
- %5 pazar payı eşiği ve 40 milyon EURO ciro eşiği
- İthalat / ihracat yasakları veya kısıtlamaları
- Ticaret / dağıtım kanalı modelleri üzerindeki etki
- Bir Üye Devletle sınırlı olan, ancak o Üye Devletin topraklarının tamamını veya birçoğunu kapsayan sözleşmeler

Blok Muafiyet Yönetmeliği

- TFEU Madde 101 (3): daha çok genel hükümler.
- Madde 101 (1) kapsamındaki, teklif edilen veya mevcut bir sözleşmenin yasallığını ölçmek isteyen teşebbüsler için daha az yasal kesinlik.
- 2004 yılına kadar: bildirim şartı.
- Her yıl en fazla bir miktar muafiyet;
- Başlangıçta (1962 ff.) on binlerce başvuru.
- 2004 yılında bireysel idari muafiyetin kaldırılması.
- O zamandan beri, Madde 101(3) doğrudan geçerlidir: ulusal mahkemeler ve rekabet makamları, en başta teşebbüslerin kendileri, bir muafiyetin koşullarının yerine getirilip getirilmediğini değerlendirmelidir.
- Konsey, Komisyonu, belirli türdeki sözleşmeleri Madde 101(1) 'deki yasaklardan bütünüyle muaf tutmak için Yönetmelikleri kabul etmeye yetkili kılmıştır.
- Blok muafiyet Yönetmeliği koşulları yerine getirildiği sürece, Komisyon veya diğer yetkili makamlar tarafından verilecek herhangi bir izin gereksinimi olmaksızın, muafiyet otomatik olacaktır.
- BER'deki koşullar, belirli sözleşme türlerinin özelliklerine ve rekabet üzerindeki etkilerine bağlı olarak, esas olarak Madde 101(3)'teki muafiyet koşullarının daha somut olarak değiştirilmesidir.

Madde 102'ye Genel Bakış

Hükmün Anlatımı

"İç piyasada veya önemli bir bölümünde hakim bir konumda bulunan bir veya daha fazla teşebbüs tarafından yapılan herhangi bir istismar, Üye Devletler arasındaki ticareti etkileyebileceği kadar iç pazarla uyumsuz şekilde yasaklanacaktır.

Bu tür bir istismar, özellikle aşağıdakilere bağlı olabilir:

(a) Doğrudan veya dolaylı olarak, haksız satın alma veya satış fiyatları veya başka haksız ticaret koşulları uygulamak;

(b) Üretimi, pazarları veya teknik gelişmeyi tüketicilerin zararına sınırlandırmak;

(c) Diğer ticaret taraflarıyla eşdeğer işlemlere farklı koşullar uygulamak, böylece onları rekabetçi bir dezavantaja sokmak;

(d) Doğası gereği veya ticari kullanıma göre bu tür sözleşmelerle hiçbir bağlantısı olmayan ek yükümlülüklerin diğer tarafça kabulüne tabi olan sözleşmelerin sonuçlandırılmasını sağlamak."

Hâkim Durum

- Hakim konumda olmak Madde 102'ye göre yasak değildir, ancak böyle bir konumda olan teşebbüs tarafından kötüye kullanım yasaktır.
- Rekabet baskılarından yalıtılmış hâkim durum: "Dolayısıyla sözü edilen hakim durum, bir teşebbüse rakiplerinden, müşterilerinden ve nihayetinde tüketicilerden önemli ölçüde bağımsız davranma gücü vererek, ilgili piyasada sürdürülen etkin rekabeti önlemesini sağlayan ekonomik güce ilişkin bir konudur. "- Dava 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG ile Komisyon* [1979] ECR 461, paragraf 38.

Piyasa Tanımı

- "Bir ürünün piyasasının yeterince homojen ve diğerlerinden farklı tutulması için, hizmetin, spesifik özellikleri sayesinde diğer hizmetlerden ayırt edilebilmesi gerekir, bu özelliklerin sonucu olarak, tüketicinin ilgilendiği ve aralarındaki rekabetten önemsiz ölçüde etkilendiği derecede, bu alternatiflerle değiştirilmesi zordur.
- Bu bağlamda, inceleme, ilgili hizmetlerin objektif özellikleriyle sınırlı olamaz, ancak piyasadaki rekabet koşullarını ve arz ve talep yapısını içermelidir. - Dava C-462/99 *Connect Avusturya* [2003] ECR I-5197, paragraf 75.
- "Muz, belli özelliklere, görünüme, tada, yumuşaklığa, tohumsuzluğa, kolay kullanıma ve nüfus içerisinde çoğunlukla gençleri, yaşlıları ve hastaları içeren, önemli bir kesimin sürekli ihtiyaçlarını karşılamasını sağlayan sabit bir üretim düzeyine sahiptir". - Dava 27/76 *Birleşmiş Markalar ile Komisyon* [1978] ECR 207, paragraf 31.
- "Coğrafi pazar konusu göz önünde bulundurulduğunda, tutarlı içtihat hukuku; özellikle ilgili ürünlerle ve hizmetlerle alakalı olduğu sürece, koşulların mükemmel bir homojenlik göstermesi gerekmeksizin, tüm tüccarların aynı veya yeterince homojen rekabet koşullarında, faaliyet gösterdiği topraklar olarak tanımlanabileceğini göstermektedir" - Dava T-219/99 *British Airways ile Komisyon* [2003] ECR II-5917, para 108.
- Başka bölgelerdeki / Üye Devletlerdeki teşebbüslerin alternatif bir tedarik kaynağı olup olmadığı veya belirli bir coğrafi alanda rekabet edebilmek için pazar giriş engellerini aşmak zorunda kalıp kalmayacakları sorusu (bakınız devamı).

Giriş engelleri

- Doğal: nakliye masrafları; firmanın minimum optimum boyutu; kapasite ve yatırım.
- Yapay: düzenleme; fikri mülkiyet; reklamcılık; dağıtım sistemleri; yukarı yönde ve aşağı yönde pazarların cebri icrası.

Piyasa Yapısının Bazı Yönleri

- Pazar evresi (zamansal piyasa tanımının daha altında)
- Üreticilerin ve üretim koşullarının benzerlikleri
- Malların veya hizmetlerin benzerlikleri: ürün farklılaştırma ve tekelci rekabet
- Piyasanın talep tarafının özellikleri
  - Alıcıların sayısı ve telafi edici gücü
  - Talebin fiyat duyarlılığı
  - İşlemlerin hacmi ve sıklığı
- Piyasanın şeffaflığı
- Karşılıklı bağımlılık ve bilinçli paralellik
- Tek ve ortak hakimiyet: yüksek pazar payları; rakiplerden ve tüketicilerden bağımsız olarak davranma kapasitesi.

Piyasanın Geçici Boyutu

- Piyasa gelişiminin beş aşaması:
  - Öncülük,
  - Genişleme,
  - Vade / konsolidasyon,
  - Durgunluk,
  - Düşüş.

Öncelikle piyasa tanımı (arz ikamesi) ve piyasa gücünün değerlendirmesi ile ilgilidir.

- Bazı piyasalar mevsimseldir, ör. Tatil sezonunun başında benzinde fiyat zammı.

Potansiyel Rekabet

- Piyasayı tanımlarken arz ikamesi sadece, hâkim olduğu iddia edilen teşebbüsün hareket özgürlüğünü talep ikamesi ile aynı ölçüde ve o kadar çabuk kısıtlıyorsa, hesaba katılır.
- Eğer arz ikamesi ancak uzun vadede mümkünse (ürünün gelişme, üretim ve tüketim döngülerine bağlı olarak), teşebbüsün baskın olup olmadığı değerlendirmesine gidilecektir.

Pazar Payı ve Hâkimiyeti Gösteren Diğer Faktörler

- %100: pazar, yasal (Üye Devlet tarafından imtiyaz) veya gerçek nedenlerle (sanayileşmiş bölgelere yakın sadece bir adet gemi seferine uygun liman) önlenmişse, tekelci hâkimdir.
- ≥%75: hâkimiyetin aksi ispat edilebilir karinesi, başka kanıt gerekmez.
- ≥%50: daha fazla kanıt gereklidir, özellikle bir sonraki büyük rakiplerin pazar payları.
- %40-50: yalnızca en yakın rakiplere göre büyük fark varsa, örneğin % 39,7 ancak en yakın dört rakibin iki katı.

- %10: hâkimiyet düşünülemez.
- Her zaman pazara girişin önünde engeller olduğunu düşünün!

Piyasadaki Hâkim Konumu Belirleyen Faktörler - II

- Teşebbüslere İlişkin Faktörler

Tartışmalı: Chicago Okulu, yalnızca, piyasaya ilk girenlerin üstesinden gelmek zorunda olmadığı ve hâkim olan kadar etkili bir şekilde çalışan bir rakibi dışarıda tutabilecek engellerin ilgili olduğunu savunur: ekonomik olarak uygulanabilir bir üretim için kamu imtiyazları ve minimum boyut - başarıyı cezalandırmaz.

- Fikri mülkiyet, know-how ve diğer teknik üstünlükler

- Geniş dağıtım ağı veya yüksek dereceli dikey entegrasyon

- Taşıma kapasitesi, özellikle malların hassas veya bozulabilir olduğu durumlarda

- Üretim tesislerinin boyutu, özellikle boyut minimumsa, minimum çıktı veya minimum çalışma süresi gereklidir.

- Kapasitenin kullanımı: kapasitenin aşılmasının caydırıcı etkisi.

- Sermayeye erişim

- Reklam harcamaları: perakende seviyesinde batık maliyetler, marka sadakati ve sınırlı raf alanı.

- Ürün farklılaştırması ve tek tedarikçinin avantajı

- Gerekli olmayan: karlılık; teşebbüs fiyatlarını düşürmek zorunda kalmadıkça geçici kayıplara karşı bir gösterge teşkil etmez.

Fikri Mülkiyet ve Hakimiyet

- Fikri mülkiyet hakları, buluşun, şöhretin, tasarımın, vb. istismarı konusunda ayrıcalıklı kontrol imkanı sağlamaktadır.
- Bu ayrıcalıklı konum, Toplum rekabet kanununun öne sürdüğü bir pazar yapısı olan tekel ile bir miktar benzerlik taşımaktadır.
- Bununla birlikte, bir patent sahibinin ayrıcalığı, yalnızca belirli bir buluşun istismarıyla ilgilidir ve diğer fikri mülkiyet hakkı sahipleri için gerekli değişiklikler yapılır.
- Bu ayrıcalığın, bu buluşu somutlaştırana benzer ürünler için piyasada tekel anlamına gelip gelmediği geleneksel piyasa analizinin bir konusudur. - Dava 40/70 *Sirena ile Eda* [1971] ECR 69, paragraf 16; Dava 78/70 *Deutsche Grammophon ile Metro-SB-Großmärkte* [1971] ECR 487, paragraf 16.
- Bir teşebbüs, yalnızca fikri mülkiyet haklarına sahip olduğu için Madde 102 kapsamında hakim değildir:
- Yalnızca fikri mülkiyet haklarına sahip olmanın böyle bir konumu sağladığı düşünülmezse de, özellikle bir teşebbüse piyasadaki etkin rekabeti engelleme imkânı vermesiyle, bu haklara sahip olmak yine de hakim bir konum yaratabilir."- Dava C-457/10 P *AstraZeneca ile Komisyon* (6 Aralık 2012; ECLI: AB: C: 2012: 770), paragraf 186.

Ortak ve Oligopolistik Hakimiyet

- Aşağıdakilerin sonucu olarak, birkaç (bağımsız) teşebbüs ortak hakim olabilir;

- Karteller

- Çapraz azınlık payları

- Oligopolistik iç-bağımlılık, teşebbüslerin, üçüncü şahıslara ve tüketiciye karşı bir olarak hareket etmesi, yani fiyat, hizmet, koşullar gibi belirli bir parametre bakımından aralarında etkili bir rekabet bulunmaması koşuluyla.

Hâkim Konumun Kötüye Kullanımı

- Lisans vermeyi reddetmek de dahil olmak üzere, hakkı kullanmaya veya savunmaya yönelik her eylem kendi başına kötüye kullanım değildir. - Dava 102/77 *Hoffmann-La Roche ile Centrapharm* [1978] ECR 1139, paragraf 16; Dava 238/87 *Volvo ile Veng* [1988] ECR 6211, paragraf 8.
- Bu soru da, Madde 102 uyarınca yapılan diğer kötüye kullanım iddialarıyla aynı şekilde belirlenmiştir.
- Litt (a) - (d) ve Genel Madde'deki örnekler
- Madde 102, bazı özel örnekler içerir ("Bu tür kötüye kullanım özellikle [...] olabilir "), ancak genel olarak kötüye kullanımı yasaklar ("Herhangi bir kötüye kullanım [...]").
- Madde [102 TFEU]'ya uygun olarak, 'Kötüye Kullanım', hakim bir konumdaki bir teşebbüsün, ticari operatörlerin işlemlerine dayanan ürünlerde veya hizmetlerde normal rekabeti yönlendirenlerden farklı yöntemler kullanarak piyasada halen mevcut rekabet seviyesinin korunmasını veya rekabetin büyümesini engelleme etkisine sahip, söz konusu teşebbüsün varlığının doğrudan bir sonucu olarak rekabetin zaten zayıfladığı bir piyasanın yapısını etkilemesi muhtemel davranışını belirten nesnel bir kavramdır."- Dava T-111/96 ITT Promedia NV vile Komisyon [1998] ECR II-2937, paragraf 138.
- "Bir hakim konumun piyasada, Üye Devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek derecede kötüye kullanımını yasaklamakla, Madde [102], söz konusu teşebbüsün varlığının doğrudan bir sonucu olarak rekabetin zaten zayıfladığı ve tüccarların performansına dayalı ürünlerde veya hizmetlerde normal rekabeti yönlendirenlerden farklı yöntemler kullanarak, piyasada halen mevcut rekabet seviyesinin korunmasını veya geliştirilmesini engelleme etkisine sahip olan, bir piyasanın yapısını etkilemesi muhtemel uygulamaları kapsar."- Dava 322 / 81 *Michelin ile Komisyon* [1983] ECR 3461, paragraf
- 'Kötüye kullanım'ın objektif doğası: Hakim konumdaki bir teşebbüs, rekabeti daha fazla zayıflatmamak için özel bir sorumluluğa sahiptir. – Dava C-457/10 P *AstraZeneca ile Komisyon* (6 Aralık 2012; ECLI: AB: C: 2012: 770), paragraf 134.
- "Fiyatların nispeten düşük olduğu bir Üye Devlet'te hâkim konumdaki bir ilaç şirketinin, mevcut müşterinin olağan siparişlerini kabul etmeyi, sadece bu müşterinin o Üye Devlette piyasaya satış yapmasının yanı sıra, sipariş edilen miktarların bir bölümünü daha yüksek fiyatlarla diğer Üye Devletlere ihraç etmesi sebebiyle, durdurmasına izin verilemez; Yine de, bu şirketin, ilk Üye Devlette esasen paralel ihracata yönelikönemli miktarda ürün tedarik edilmesini isteyen bir teşebbüsün faaliyetlerinden potansiyel olarak kendi ticari çıkarlarına karşı doğan tehdide, makul ve orantılı bir şekilde karşı koymasına izin verilir." - Birleşik Davalar C-68/06-C-478/06 *Sot. Lelos kai Sia EE ve ark. ile GlaxoSmithKline* [2008] ECR I-7139, paragraf 71.

Adlandırılmış Kötüye Kullanım, Alt Paragraf 2

- (Tüm) Kötüye kullanımlar aşağıdaki şekilde ayrılır,

- Sömürücü ve

- Dışlayıcı

- Bu sınıflamanın hukuki sonuçları yoktur.
- Adlandırılmış ve adlandırılmamış kötüye kullanım ayrımı, ispat yükümlülüğünde bir değişime neden olmaz.

Hakimiyet Göstergesi Olarak Ele Alınır mı ?

- Dairesel akıl yürütme tehlikesi: Hakimiyet, kötüye kullanımın bir önşartıysa, kötüye kullanım hakimiyeti kanıtlayamaz.
- Ancak *var olma oranı* ve *bilme oranını* ayırt ediniz: Yalnızca hakimiyet, davranışları kötüye kullanım haline getirir, ancak hakim olmayan bir teşebbüs bu tür davranıştan hoşnut olamaz.
- Hakimiyeti belirlemek asla kendi başına yeterli bir faktör değildir.
- Toplu Hakim Konumun Kötüye Kullanılması
- Bilinçli paralellik gerçekte bir kötüye kullanım değildir; bunun yerine somut sorudur.
- Diğer taraf için kaçınılmaz olduğu sürece, bir ortak hakim teşebbüs tarafından kötüye kullanım olması yeterlidir.

Lisan Vermenin Reddedilmesi ve Zorunlu Lisanslama

- İlke: patent sahibi, lisans verip vermeyeceğine ve kime lisans vereceğine karar vermekte özgürdür;
- Ancak Madde 102'ye göre, fikri mülkiyet hakları nedeniyle incelemeden muaf değildir:
- Bazı durumlarda, lisans vermeyi reddetmek kötüye kullanım olabilir.
- İçtihattaki testler, eldeki davaların özel şartlarına göre oldukça özel olarak yapılmıştır.

Hâkim bir imtiyaz sahibinin lisans vermeyi reddetmesi aşağıdaki durumlarda kötüye kullanım olabilir,:

- Reddin, potansiyel tüketici talebi olan yeni bir ürünü bastırması (şüpheli: daha ucuz imitasyonlar, ekonomik ilerleme anlamına gelir);
- Reddin, nesnel düşüncelerle haklı gösterilememesi; ve
- Reddin, o pazardaki tüm rekabeti ortadan kaldırarak mülk sahibinin pazarını koruması. - Birleşik Dava C-241 ve 242/91 P *Radio Telefis Eireann* ve ark. ile Komisyon [1995] ECR I-743, paragraf 52-56; Dava C-418/01 *IMS Health ile NDC Health* [2004] ECR I-5039, paragraflar 28-29, 38, 44-46, 49.
- "İçtihat hukukundan anlaşılacağı üzere; hakim konumda bulunan bir teşebbüs tarafından, üçüncü bir tarafa fikri mülkiyet hakları kapsamındaki bir ürünü kullanma lisansı verilmesinin reddedilmesi, tek başına Madde [102 TFEU] kapsamında hâkim durumun kötüye kullanımını teşkil etmez. Fikri mülkiyet hakkının sahibi tarafından münhasır hakkın kullanılmasının, böyle bir kötüye kullanıma neden olabilmesi sadece istisnai koşullarda geçerlidir. Ayrıca, bu içtihat hukukundan anlaşılacağı üzere, özellikle aşağıdaki koşulların istisnai olduğu düşünülmelidir:
- İlk olarak, reddetme, komşu bir pazarda belirli bir faaliyetin uygulanması için vazgeçilmez

olan bir ürün veya hizmetle ilgilidir;

- İkinci olarak, reddetme, o komşu pazarda herhangi bir etkili rekabeti önleyecek türdedir;
- Üçüncü olarak, reddetme, potansiyel bir tüketici talebi olan yeni bir ürünün ortaya çıkmasını önler.

Bu tür koşulların bulunduğu tespit edildiğinde, hâkim konum sahibinin bir lisansı vermeyi reddetmesi, reddetme objektif olarak gerekçelendirilmediği takdirde Madde [102 TFEU]'yu ihlal edebilir"- Dava T-201/04 *Microsoft ile Komisyon* [2007] ECR II-3601, paragraf 331-333.

Kayda Değer Etki

- Uygulanamaz: Avrupa Topluluğunu oluşturan Antlaşmanın 81 (1) Maddesi uyarınca rekabeti önemli derecede kısıtlamayan önemsiz sözleşmelere ilişkin Komisyon Bildirimi (de minimis), [2001] OJ C368 / 13.
- Ayrıca, Antlaşmanın [102] Maddesi, kötüye kullanımın üye devletler arasındaki ticareti kayda değer bir şekilde etkilediğini ispatlamayı gerektirmemekle birlikte, bu etkiyi yapma kapasitesine sahiptir.' - Dava 322/81 Michelin ile Komisyon [1983] ECR 3461, paragraf 104

Uygulama Davası: IPR ve AB Rekabet Hukuku

(1) Bir sözleşmede, Fransız otomobil üreticisi C, Alman otomobil üreticisi F'ye, F'nin orta seviyeden üst seviyeye pazardaki salon araçlarını güçlendirmek için C'nin en gelişmiş yakıt püskürtme sistemine sahip Dizel motorlarını yapma lisansını vermiştir.

F, küçük arabaları ve van çeşitleri için dizel motorlarını yapar. Bununla birlikte, bu motorlar, yeterince güçlü değildir ya da C'nin motorları ile donatılacak salon araçlarından beklenen şekilde sorunsuz çalışmamaktadır.

Mevcut piyasa koşulları altında F, kendi uygun motorlarını geliştirmek için gereken yatırımı biraz riskli görmektedir. F, bu tür arabalarda yüzde 12,5 pazar payına, C, yüzde 7,5 pazar payına sahiptir.

Sözleşme, F'nin lisans altında yapılmış motorları veya onların yedek parçalarını C'nin arabalarına hizmet veren garajlara satmamasını şart koşmaktadır. F aynı zamanda, ücret karşılığı olarak, motorların gürültü düzeyini daha da azaltmak için geliştirebileceği her türlü bilgiyi C'ye açıklamalıdır.

Bu düzenlemenin AB rekabet hukuku açısından yasallığı konusunda tavsiye.

(2) Eğer C, F'ye, F'nin talimatlarıyla, sadece F için motor üretiminde kullanılacak olan ve üçüncü taraflara ifşa edilmemesi gereken bilgi birikimi uyarınca değişiklik yapılan, C tarafından üretilen motorları tedarik etseydi tavsiyeniz farklı olur muydu? Ayrıca, C'nin F'nin bayilik ağının parçası olmayan garajlara motor veya yedek parça tedarik etmesine izin verilmediğini ve doğrudan garajlara teslim edilen tüm motorların seri numaralarının kaydını tutması gerektiğini varsayınız. Bunun sebebi F'nin, distribütörlerinden hangilerinin bağımsız garajlara tedarik sağladığını veya paralel ticarette olduğunu izlemek istemesidir.

AB Rekabet Kanununun Uygulanması

Yönetmelik 1/2003 (I)'e Giriş

1 Mayıs 2004'te Yönetmelik 1/2003, 1962 tarihli Yönetmelik 17'nin yerini almıştır.

- 1962 tarihli Yönetmelik 17: idari muafiyet

- Madde 85(3) EEC'nin uygulanmasında komisyon tekeli. (Madde 81(3) AT, artık Madde 101(3) TFEU)
- Tüm "eski" (vakıf öncesi) sözleşmeler ve tüm yeni olanlara yönelik bildirim şartı: ilk birkaç yılda onbinlerce, özellikle 1962/3
- GWB dışında ulusal rekabet yasası yoktur
- "Rekabetin kısıtlanması"nın formülsel görüşü sorunu şiddetlendirmiştir.
- Blok muafiyet Yönetmeliği ve " himaye beyanları"
- Bildirme yükümlülüğü yoktur, yalnızca Madde 85 (81, artık 101)'i ihlal etmeme yükümlülüğü vardır; Paragraf (1) içinde özdeğerlendirme.
- Yönetmelik 1/2003: otomatik muafiyet ve özdeğerlendirme
- Madde 81 (artık 101)'in üç paragrafı da doğrudan uygulanabilir, Madde 1 (1), (2) Yönetmelik 1/2003
- Ulusal rekabet makamları ve ulusal mahkemeler Madde 81 (3), Madde 5, 6 Yönetmelik 1/2003'ü uygulayabilir
- Teşebbüslerin, herhangi bir sözleşmenin Madde 81 ile uygunluğuna ilişkin öz değerlendirmeleri
- Blok muafiyeti Yönetmelikleri yürürlükte kalır, ancak daha fazla himaye beyanı yoktur.

Yönetmelik 1/2003'e Giriş (II)

Yönetmelik 1/2003'e Bakış

- "İlkeler", Madde 1 - 3: eş zamanlı uygulanabilirlik, ispat yükümlülüğü; Üniform uygulama için ayrıca bkz. Madde 16
- "Güçler", Madde 4-6: Komisyon, ulusal makamlar ve mahkemeler
- "Komisyon kararları", Madde 7-10: Madde 8 (geçici tedbirler) Camera Care -içtihat hukukunu düzenler; Taahhütler (Madde 9), Yönetmelik 17 ve Yönetmelik 4064/89 (eski birleşme kontrolü-Düzenleme) kapsamındaki uygulamayı düzenler; Negatif klerans yerine uygulanamazlık (Madde 10) bulgusu.
- "İşbirliği", Madde 11-16: Avrupa rekabet ağı (ECN) ve ulusal mahkemeler
- "Soruşturma yetkileri", Madde 17-22: Madde 19 (ifade alma yetkisi) yasayı açıklığa kavuşturur, Madde 22 (özel mülkleri arama yetkisi) yenidir.
- "Cezalar", "Sınırlama süreleri", Madde 23-4, 25-6: Yönetmelik 17 kapsamında
- "Duruşmalar ve mesleki gizlilik", Madde 27-8: Yönetmelik 17 kapsamında

Yönetmelik 1/2003'e Giriş (II)

Yönetmelik 1/2003'e Bakış

- "İlkeler", Madde 1 - 3: eş zamanlı uygulanabilirlik, ispat yükümlülüğü; Üniform uygulama için ayrıca bkz. Madde 16
- "Güçler", Madde 4-6: Komisyon, ulusal makamlar ve mahkemeler
- "Komisyon kararları", Madde 7-10: Madde 8 (geçici tedbirler) Camera Care -içtihat hukukunu düzenler; Taahhütler (Madde 9), Yönetmelik 17 ve Yönetmelik 4064/89 (eski

birleşme kontrolü-Düzenleme) kapsamındaki uygulamayı düzenler; Negatif klerans yerine uygulanamazlık (Madde 10) bulgusu.

- "İşbirliği", Madde 11-16: Avrupa rekabet ağı (ECN) ve ulusal mahkemeler
- "Soruşturma yetkileri", Madde 17-22: Madde 19 (ifade alma yetkisi) yasayı açıklığa kavuşturur, Madde 22 (özel mülkleri arama yetkisi) yenidir.
- "Cezalar", "Sınırlama süreleri", Madde 23-4, 25-6: Yönetmelik 17 kapsamında
- "Duruşmalar ve mesleki gizlilik", Madde 27-8: Yönetmelik 17 kapsamında

Komisyon tarafından Yapılan Soruşturmalar (I)

Sektör Araştırmaları, Madde 17

- Re'sen - Komisyon, ulusal hatlar vb. boyunca piyasaların açıklanamayan bölünmesi gibi anormallikleri gözlemler, veya
- Şikayet durumunda, bkz. 7 (1).
- Komisyon, belirli pazarlarda faaliyet gösteren şirketlerden bilgi isteyebilir - "ekonominin belirli bir sektörü" -, veya
- sözleşme uygulamalarıyla ilgili olarak, belirli bir alanda bulunan tüm şirketler - "belirli sözleşme türleri"; madde 101 (1)'de olduğu gibi "sözleşmeler" vs. hakkında bilgi isteyiniz. Sorun: uyumlu eylemler.
- Madde 21 değil ama madde 20 kapsamında teftişler yürütebilir.

İfade Alma Yetkisi, Madde 19

- Herhangi bir suç işlediğinden şüphelenilmeyen kişilerden bilgi istemek (tezat Madde 18, 20)
- Tamamen gönüllülük esasına bağlı; ceza yaptırımı yoktur.

Bilgi Talepleri, Madde 18

- "Bilgi", yalnızca içeriklerinin iletişimini değil, belgelerin kopyalarını içerir.
- "Gerekli" tüm bilgiler - Madde 101/102'nin şüpheli ihlalinin soruşturulması için gerekli olanlar.
- Teşebbüslerin bir Madde 101/102 ihlalini itiraf etmeleri istenmemelidir, ancak Komisyon'un bulgusuyla aynı etkiye sahip bir bulgu için gerçeklere dayalı tüm materyalleri sağlamalıdır - kayıp protokol, Tokai, Mannesmann.
- Madde 6 AİHS'ye karşı olmayan (adil yargılama hakkı): teşebbüsler belgelerin doğruluğuna ve Komisyon tarafından bunlardan çıkarılan sonuçlara itiraz edebilir.
- Teşebbüslerin, hukuk müşavirleriyle yazışmalarını göstermesine gerek yoktur. Müşavir (dahili hukuk müşaviri), harici müşavir ile aynı mesleki etik standartlara tabi olursa, harici ve dahili müşavir arasında bir ayrım yapılmaz (CFI, Akzo ve Akcros).
- Soruşturmalar sırasında, Madde 263, 279 TFEU (örn. Madde 230, 243 EC) kapsamında geçici yasal koruma: belgeler kapalı zarf içindedir, içeriği göz önüne almak için Komisyon kararı çıkınca belgelere hakim bakar.
- Komisyonun içeriği hakkında bilgiye sahip olduğu imtiyazlı yazışmalar kabul edilemez delildir, karar buna dayandırılmamalıdır.

- Basit talep, paragraf (1), uygulanamaz ancak yalnızca sahtecilik cezalandırılır, Madde 23;
- Karar ile talep, paragraf (3): şaşkınlık yaratır ve uygulanabilir, Madde 23, 24 ve sahtecilik cezalandırılır, Art. 23.

İşyeri Teftişi, Madde 20

- "Şafak baskınları": Madde 18 kapsamında önceden talep gerekli değildir.
- Basit (uygulanamaz) teftiş, paragraf (3) ve kararla teftiş (uygulanabilir), paragraf (4), (6).
- Komisyon herhangi birini seçmekte serbest takdir hakkına sahiptir.
- Teftiş, yetki veya arama izni sağlamaz ('yağma'): Komisyon tesislere gidebilir, ancak kapıları, çekmeceleri, dolapları, bilgisayar dosyalarını, vb. zorla açamaz; teşebbüs işbirliği yapmalıdır (bkz. Madde 18).
- İhtiyaç duyulması halinde, denetimin ulusal hukuka göre yürütülmesi, paragraf (7), (8).
- Bu arada, Komisyon, ≤72 saat boyunca aşağıdakilere mühür vurabilir, paragraf (2) (d), kayıt 25.
- "Kitaplar ve diğer kayıtlar", paragraf (2) (b): herhangi bir bilgi kaynağı, artı tesislerdeki nesnelerin (makinelerin, malzemelerin) fiziksel varlığı
- "Kopyalar veya özetler", paragraf (2) (c): teşebbüsler fotokopi çekmeye ve dosya indirmeye izin vermelidir; reddedilirse, bilgi kaynağına kopyalama için el konabilir.
- "Açıklamalar", paragraf (2) (e): belgelerle ilgili olarak ve bağımsız bir bilgi kaynağı olarak. Protokol, Madde 4, Yönetmelik 773/2004; Madde 18 kapsamında reddetme.
- Ulusal mahkemeler, teftiş kararının kendisinin yasallığı için değil, yalnızca ulusal yasalar uyarınca önerilen herhangi bir yaptırım önleminin ölçülülüğünü gözden geçirir, paragraf (8) → GC / CJEU, Madde 263 TFEU (örn. Madde 230 EC).
- Üye Devlet mahkemeleri, Komisyon dosyası talep etmemelidir, ancak gereken herhangi bir açıklamayı hemen isteyebilir (ve istemelidir).

Diğer Tesislerin Teftişi, Madde 21

- "Makul şüphe ... Madde [101/102]'nin ciddi ihlali": ölçülülük ihlali / arama sorunu, bakınız paragraf (3); ≠ Madde 102 kapsamında ortak pazarda sert karteller veya rekabete verilen büyük zararlar.
- Yukarıdaki şekilde "Kitaplar veya diğer kayıtlar"; Madde102 veya doğrudan bilgi kapsamında belgelerde bulunan boşluklar.
- "Personel üyeleri": dahili hukuk müşaviri için not istisnası (Madde 18).

Ulusal Rekabet Makamları Tarafından Yapılan Teftişler, Madde 22

- Başka bir üye ülkenin talebi üzerine, ulusal yasalar uyarınca;
- Komisyonun talebi üzerine, madde 20 uyarınca; madde 21 değil: AB'nin sorumluluğu, madde 268; 340, alt paragraf 2.

Elde Edilen Bilgilerin Kullanılması ve ECN İçinde Değiş Tokuş Edilmesi, Madde 12

- Sadece toplandığı konu ile ilgili olarak, paragraf (2); etkilenen piyasalara (ürün / coğrafi) değil, sözleşmeye, vb. bağlıdır.

- Diğer bilgiler alıcı tarafından kullanılmamalıdır, ancak ayrı soruşturma başlatılabilir
- Bilgi, aynı sonucu verecekse, ulusal rekabet hukuku uyarınca aynı davada da kullanılabilir: Madde 102 TFEU değil, sadece Madde 101 ile ilgili, bkz. Madde 3 (2), 2. gönderim. Yönetmelik 1/2003.
- Komisyon ve Üye Devletler tarafından yapılan paralel teftişler Madde 11 (6)'nın konusu değildir, ancak Madde 13'ü harekete geçirebilir.
- Paragraf (3) kapsamındaki sınırlamalar: sadece yaptırımların benzer olduğu durumda, diğer türlü sadece aynı seviyede prosedürel garantiler olması durumunda değiş tokuş edilir.
- Üye Devletler (şu an sadece GB) hapis cezalarını, sadece kendilerinin topladığı bilgilere dayanarak verebilir.
- Müsamaha imtiyazlarını (aşağıya bakınız) elde etmek için açıklanan bilgiler, yalnızca bilgiyi verenin onayı ile aktarılabilir; bu tür programların uyumlaştırılması söz konusu değildir.
- 3 İstisna:
    - Tüm katılımcı makamlara açıklanan bilgi;
    - Müsamaha programları bulunmayanların yazılı olarak vadettiği dokunulmazlık;
    - Madde 22 denetimindeki makam, bilgi verenin müsamaha için başvurduğu makama bilgi verebilir.
- Komisyon, müsamaha için başvuranlardan elde edilenler dışında, tüm bilgileri ulusal mahkemelere aktarabilir: mahkemeler, özel taraflar arasındaki işlemlerde "indirim" sağlamamalıdır.

Komisyon Davası Sırasında Dinlenme Hakkı, Yönetmelik 773/2004

Komisyon davasının açılışı

- Normalde (ilk) bilgi toplanmasından sonra, paragraf (3), ayrı bir karar gerektirir, Madde 2 (1) Yönetmelik 773/2004.
- İlgili teşebbüse genellikle itiraz beyanı ile birlikte bildirilir (bkz. Madde 27 Reg 1/2003).

İlgili teşebbüslerin dinlenme ve dosyaya erişim hakkı

- Komisyon, ilgili teşebbüsler konusunda yorum yapma fırsatı bulamamış olduğu itirazlara dayanarak herhangi bir karar vermemelidir. 27 (1) Düzenleme 1/2003.
- Dinleme yetkilisi, duruşmaları tam bağımsızlıkla yürütür, Madde. 14 (1) Düzenleme 773/2004
- "Kuvvetlerin eşitliği": teşebbüslerin, Komisyonun kararını dayandırmak istediği tüm belgeler hakkında bilgi sahibi olması gerekir - Komisyon dosyasına tam erişim.
- 2 İstisna:
    - Ticari sırlar ve diğer gizli bilgiler ("açıklamanın bir teşebbüs veya şahsa önemli ölçüde zarar verebileceği", madde 13) - Adams davası; Mümkünse anonim bir sürüm hazırlayın, madde 16 Düzenleme 773/2004.
    - Komisyona veya diğer rekabet makamlarına ait belgeler: yasal değerlendirmeler, üçüncü şahıslar tarafından verilen bilgiler (madde 19 Düzenleme 1/2003)
- İşlem usulsüzlüğü, ancak sonucun etkilendiği yerlerde kararı bozar.

- İspat yükümlülüğü şirketlere aittir, ancak savunmalarında suçsuzluğu ispat eden bilgiyi kullanmaya yetecek kadar.
- Onlar olmadan ihlali ispatlamak imkânsızsa, daha önce açıklanmayan suçlayıcı bilgileri kullanmak, kararı yasadışı hale getirecektir.

Üçüncü şahısların hakları

- "Yeterli menfaate" sahiplerse dinlenmeleri gerekir, Madde 27 (3): müşteriler, tedarikçiler, rakipler veya tüketiciler ve dernekleri.
- Şikayetçileri ayırt etme, Madde 7 (2) Yönetmelik 1/2003; dosyaya yalnızca Yönetmelik 1049/2001 uyarınca ulaşım, belirsiz.

Yönetmelik1/2003 Uyarınca Alınan Kararlar.

Uygulanamazlık Bulgusu, Madde 10

- Resmi bulgular nadir olacaktır, bkz. madde 81/2 (2004) ile ilgili yeni sorular hakkında resmi olmayan rehberlik üzerine Komisyon bildirisi.
- Kararla: Madde 3 (2) kapsamındaki homojenlik gerekliliğine katılma.
- "Mini blok muafiyeti": kayıt 14.
- İhlal bulgusu ve feshi, madde 7
- "…kararla gerekebilir ...", paragraf (1): yeterlilik, takdir yetkisi değil.
- Davranışsal veya yapısal çözümler: orantılığa göre seçim, paragraf (1), 3. gönderim.
- Yalnızca istisnai olarak yapısal çözümler: kayıt 12
- Geçmiş ihlallerin bulunması, 4. gönderim: "Geçmişte" ne zaman ortaklaşa uygulandı?

Geçici tedbirler, Madde 8

- "Ciddi ve onarılamaz hasar": ödeme aczi veya önemli iş fırsatlarının kaybedilmesi, önemli varlıkların silinmesi.
- "Risk": Kesin olmaya ihtiyaç duyar, ancak sadece varsayımsal olmamalıdır.
- Komisyon tarafından alınan tedbirler prosedürün sonucunu, örneğin geçici (zorunlu) bir lisans vererek önceden ele geçirmemelidir.

Taahhütler, Madde 9

- Davranışsal ve yapısal (Madde 7 uyarınca Komisyon tarafından dayatmayı önlemek demektir).
- Komisyon kararıyla bağlayıcıdır.
- Para cezasının indirilmesine karşı taviz vermemek; Komisyon, daha fazla eylem için herhangi bir sebep bulunmadığını beyan etmelidir.
- Taahhüt kararı, özel tarafların ulusal mahkemelerdeki tazminat davalarını engellemez.
- Para cezaları ve dönem cezası ödemeleri ile cezalandırılabilen taahhüt ihlalleri; Komisyon, davaları yeniden açma hakkına sahiptir.

Kararların yayınlanması ve mesleki gizlilik

- Danışma Kurulu'nun görüşü alındıktan sonra, Madde 14, Resmi Gazetede.

- İş sırları açığa çıkmamalıdır, Madde 30 (2).

Para Cezaları, Madde 23 (I)

Dayatma Gerekçeleri

- Komisyon araştırmaları sırasında suistimal için daha hafif cezalar, paragraf (1): Etkilenen piyasalara bakılmaksızın, karardan önceki yıl (ihlalin olduğu yıl değil), cironun ≤%1'i (karın değil!)
- Madde 101/2 TFEU ihlalleri için daha ağır, paragraf (2), para cezaları veya Madde 8, 9 Yönetmelik 1/2003 kapsamında Komisyon kararları: Cironun ≤%10'u, yukarıda olduğu gibi
- Cironun şirket grupları dahilinde olması.
- Hesaplamada başlangıç noktası değil yalnızca son miktar.
- Ceza sonrası ödeme aczi, engel yoktur.
- Para cezaları ceza hukuku niteliğinde değildir, paragraf (5), ancak ulusal ceza davalarında Komisyon tarafından bulguların delili olarak kabul edilebilirliği şüphelidir: Komisyon prosedüründeki savunmanın hakları, ulusal ceza usulündekinden daha azdır (işbirliği yapma görevi).

Para cezalarının miktarı - Komisyon talimatları (2006)

- Temkin ve süre, paragraf (3), birbirinden bağımsız: süre temkini arttırmaz (sert kısıtlamalar veya diğerleri)
- Komisyon takdir yetkisi %10 sınırındadır; Artan para cezalarına karşı meşru hiçbir beklenti yoktur.
- Kılavuz ilkeler Avrupa mahkemelerini bağlamaz.
- Komisyon, yaptırımların geri dönüşsüzlüğü ilkesini ihlal etmeden kriterleri sıkılaştırabilir.
- Temkine göre ve teşebbüsün büyüklüğüne bağlı olarak kategorizasyon (yukarıdaki gibi).
- Ağırlaşan koşullarda artış:
  - Tekrarlanan suçlar,
  - Kartelde öncü rol,
  - Soruşturmalar sırasında işbirliği eksikliği,
  - İhlalden gelen yüksek karlar.
- Hafifletici durumların azalması:
  - Kartelde tek takipçi, düzensiz katılım.
  - Sorun yaratan sözleşmenin uygulanmaması.
- Hafifletici durum yok:
  - Sözleşmenin yasallığı konusunda yanlış varsayım.
  - İhlalden kar elde edememe: caydırıcılık.
  - İlgili endüstrinin zor olan ekonomik durumu.

- Bir sözleşmenin imzalanması ile son terk edilmesi arasındaki ihlal süresine bağlı olarak, uygulama süresine bakılmaksızın, daha fazla artış.
- Talimatları mevzuata uygun değildir; Komisyon, nesnel nedenleri varsa bunlardan sapabilir ve kararlarında bunları açıklar.
- Para cezalarının iptali ve azaltılması - Komisyon müsamaha bildirimi (2006)
- Kartel üyelerinin Komisyon soruşturmasıyla işbirliği için
- İyi bir işbirliğinden fazlası değilse, teşebbüslerin savunma haklarını kullanmaları halinde ağır para cezaları uygulanmaz.
- Verilen bilgiler Komisyonun Madde 20/21 Yönetmelik 1/2003 kapsamında soruşturma kararı almasını veya Madde 101 TFEU'nun ihlal edildiğine karar vermesini sağlarsa, ilk gönderenin cezaları iptal edilir.
- İptal için gerekenler

  - Kapsamlı açıklama,

  - İfşa üzerine ihlallerden vazgeçme (daha önce değil - sporadik ihlaller lehinedir),

  - Sürekli işbirliği,

  - Kartelde liderlik rolü olmaması.
- Daha sonra bilgi verenler, ifşanın zamansal sıralamasında dereceli azalmalar alır.
- İhlallerin şimdiye kadar yetersiz olan kanıtlarını tamamlarlarsa, daha sonraki ifşalar geçerli olur ("katma değer").
- Teşebbüsün, kendi aleyhine tanıklık yasağı nedeniyle gizli tutmasına izin verilen olayları ortaya koyması durumunda, soruşturma sırasında yapılan ifşalar geçerlidir (bkz. Madde 18).
- Kartel'in tüm üyeleri tarafından eşgüdümlü ve eşzamanlı ifşası, iptal veya küçültme için geçerli değildir.
- Teşebbüsün fiili temellerini (gerçeklerin kendisi tarafından ifşa edilmesi) sonradan reddetmesi halinde, Komisyonun yasal değerlendirmesine karşı gelmesi durumunda değil, Mahkeme azaltmayı feshedebilir.
- Cezaları mahkeme kaldırabilir, madde 31, 2. gönderim.

Periyodik Ceza Ödemeleri ve Yaptırım

Periyodik Ceza Ödemeleri, Madde 24

- Komisyonun usul taleplerine uymak için teşebbüslere baskı yapma.
- Teşebbüs, gerektiği gibi hareket ettiğinde para cezası azaltılabilir.
- Yaptırım
- Komisyon kararları uygulanabilirdir, Madde 299 TFEU (örn., Madde 256 EC)
- Kararın yürürlüğe girdiği Üye Devletlerin ulusal kuralları geçerlidir: ZPO (D), NCPC (F), CPR (GB) vb.
- İflas etmiş teşebbüsler birliği durumunda, üyelerinin ortak ve çeşitli sorumlulukları, Madde. 23 (4).

- Teşebbüsün bilgisi dahilinde başka bir teşebbüs Komisyona bir muhbir olarak yaklaştığında, hala "aktif uzaklaşma" (alt paragraf 4) mümkündür.

Kovuşturmanın ve uygulamanın sınırlandırılması, Madde 25, 26

- Komisyon, soruşturmalarını ve prosedürünü gerektiği gibi yapmak zorundadır.
- Erteleme yalnızca, teşebbüslerin savunma haklarını etkiliyorsa, karar iptaline sebep olabilir.
- "Usule Dayalı" suiistimal için para cezalarının 2 yılla, önemli suiistimal için 5 yılla sınırlanması.
- Soruşturmalar, devam eden sınırlama süresini keser, tekrar başlatır, ancak orijinal başlangıç noktasından iki kat daha uzun sürdürmez.
- Tek amacı bu olması halinde, soruşturmalar sınırlandırma süresini kesmez; ör. Karar yalnızca soruşturmayı takip eden yılda kabul edildiğinde, bir önceki yılın ciro rakamlarına dönüştürülmesi: yeni rakamlar gereklidir, eski rakamlar geçersizdir → kesinti olmaz.
- Sınırlandırma süresi, Avrupa mahkemeleri huzurundaki davalar sırasında durdurulur.
- Kararların uygulanmasına 5 yıldan sonra izin verilmez, Madde 26.

AB hukuku ve Ulusal Rekabet Hukuku,

Madde 3, 5, 11, 16, Düzenleme 1/2003 (I)

- AB hukukunun ulusal hukuk üzerindeki üstünlüğü (Costa ile ENEL) rekabet hukuku için de geçerlidir.
- Madde 101/102'nin uygulanması için koşullar oluştuğunda, ulusal rekabet makamları, Madde 101/102'yi uygulamalıdır ve aynı zamanda kendi ulusal hukuklarını da uygulayabilirler, madde 3 (1), 5.
- Madde 101 kapsamında yasal olarak davranma (bir blok muafiyet Yönetmeliği sebebiyle olan da dahil olmak üzere), ulusal hukuk uyarınca yasaklanmamalıdır, madde 3 (1), 1. gönderim; paragraf (3)'te sınırlı istisna.
- Madde 101 kapsamında Komisyon, ulusal hukuk uyarınca yasal davranmayı yasaklayabilir; daha sonra dava ile uğraşan ulusal makamlar bunu zayıflatmamalıdır, Art. 16 (2).
- Aynı suçtan dolayı iki kere yargılanmama ilkesi çerçevesinde, çifte yasaklama ve yaptırımlara izin verilir.
- Üye Devletlerin mahkemelerinde aynısı geçerlidir, madde 5,16; Komisyon, esasen aynı ihlale ilişkin soruşturma başlatmışsa, işlemlerin askıya alınması düşünülmek zorundadır.
- Kesin vakalarda süspansiyon gerekmez (Delimitis).
- Ulusal mahkemeler aşağıdakileri yapabilir
  - İşlemlerinin durumu hakkında Komisyona danışmak, madde 15 (1) ve bilgi istemek; Komisyon, uzman müşavir olarak hareket edebilir, paragraf (3)
  - CJEU'ya, bir ön referansta EC rekabet yasasının yorumlanmasıyla ilgili sorular sormak, Madde 267 TFEU (örn., madde 234 EC).
- Ulusal rekabet makamları, CJEU'ya sorular yöneltemezler.

AB Hukuku ve Ulusal Rekabet Hukuku,
Madde 3, 5, 11, 16 Yönetmelik 1/2003 (II)

- Komisyonun bir kararı zaten kabul etmesi dışında, madde 102'ye ve benzer ulusal yasalar yakınsak uygulama ("düzey oyun alanı", kayıt 8) yapma yükümlülüğü yoktur, madde 3 (1), 2. gönderim, madde 16 (2).
- Komisyon ve Üye Devletlerin rekabet otoriteleri arasında işbirliği, madde 11 (1) - (5).
- Komisyonun, madde 7-10 çerçevesinde bir karar için dava açması (salt soruşturma değil) ulusal davaları engeller, madde 11 (6), 1. gönderim.
- Ulusal davalar beklerken Komisyon davalarının açılması, yalnızca Komisyon görüşmesinden sonra olabilir, Madde 11 (6), 2. gönderim.
- Komisyon işlemleri, aşağıdakileri gerektiren "iyi düzenlenmiş tek bir rekabet otoritesi" (İşbirliği uyarısı) ile yoğunlaştırmayı amaçlamaktadır
  - İhlalin, makamın Üye Devletler bölgesi üzerindeki önemli etkisi, uygulanması veya menşei;
  - Makamın, ihlali etkili bir şekilde sona erdirebilmesi;
  - Makamın, gerektiğinde başkalarının yardımıyla gerekli kanıtları toplayabilmesi.
- Aşağıdaki durumlarda Komisyon davayı devralacaktır,
  - İyi konumlandırılmış, üçten fazla makam
  - Topluluk hukukunun diğer hükümlerinin uygulanmaya başlanması
  - Üye bir Devletin ihlale karışması
  - Etkin caydırıcılık için Komisyon'un yaptırım yetkisi gereklidir
  - Komisyonun, konuyu bir "test davası" olarak görmesi.

AB Rekabet Hukukunun Özel Uygulaması

Madde101, 102'nin Doğrudan Uygulanabilirliği: Madde 1, Yönetmelik 1/2003

- Madde101/102'nin yasakları, herhangi bir uygulama önlemine gerek kalmaksızın tüm Üye Devletlerde geçerlidir.
- Madde 101/102 bireyler arasında haklar yaratır.
- Üye Devletteki bireyler, ulusal mahkemelerde AB haklarını uygulayabilir.
- Ulusal mahkemeler, AB rekabet hukukunu resen uygulamalıdır, ancak gerçekleri araştırma görevleri ulusal yasalar tarafından yönetilmeye devam eder.
- Ulusal usül hukuku, AB hukukuna dayalı eylemleri, en az ulusal maddi hukuka dayalı olanlara uygun olarak değerlendirmelidir.
- Ulusal usül hukuku, AB haklarının uygulanmasını pratik olarak imkansız kılmamalıdır.

Ulusal mahkemelerdeki tazminat davaları - Courage ile Crehan (2001)

- AB hukukunun etkililiği Üye Devletten Üye Devlete farklılık gösteriyorsa, iç pazar eksiktir.
- AB yasalarının Üye Devletler ve özel taraflar ile uyumunu izleyen kişiler olarak bireyler, van Gend en Loos (1963).
- Bireylerin ihlalinden dolayı tazminat talep edebilmesi durumunda, AB hukukunun

etkinliği artırılmıştır: Francovich ve Bonifaci ile İtalya Devleti (1991), vb.

- Courage ile Crehan davasında rekabet hukukuna aktarılmıştır (Madde 101).
- Madde 101 kapsamında yasadışı olan bir kartele katılanlar, diğer katılımcılara karşı bir iddiada bulunabilir.
- Ulusal hukuk, davacının ihlal için ortak yükümlülüğü için zarar azaltımını belirler; düşük pazarlık gücü durumunda azaltılmaz.
- Ulusal usul özerkliği (yukarıya bakınız), rekabet hukuku zararlarında özel işlemler için de geçerlidir.
- Tazminat davalarında ulusal hukukun uyumlaştırılmasına ilişkin Komisyon Yeşil Kitabı (2005) ve Beyaz Kitap (2008); Üye Devletlerin ve Avrupa Birliği'nin rekabet hukuku hükümlerinin ihlali konusunda ulusal hukuk uyarınca tazminat davaları ile ilgili bazı kurallar hakkında Direktif 2014/104 / AB, [2014] OJ L349/1.

COMPETITION LAW AND THE INTERNAL MARKET

*Stefan Enchelmaier**

Articles 26 and 18 TFEU

- Article 18 (ex-Article 12 EC) "Within the scope of application of the Treaties, and without prejudice to any special provisions contained therein, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited. […]"
- Article 26 (ex-Article 14 EC) „
- The 1. Union shall adopt measures with the aim of establishing or ensuring the functioning of the internal market, in accordance with the relevant provisions of the Treaties.
- The 2. internal market shall comprise an area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured in accordance with the provisions of the Treaties.

The "Four Freedoms" of the Internal Market

Free movement of		Nagative Integration (prohibitions addressed to the Member States)	Exceptions (Member States may invoke to escape the prohibitions		Positive Integration (legal bases for legislation by the Community institutions)
Goods	Servicces	Art. 110 {90} : no discriminatory or protective taxation	None		n.a. (Art. 113 {93} for amount and collect'n)
Goods		Art. 28, 30 {23, 25}: no customs duties or changes having equivalent effect	None		n.a. (CCT for external tariffs)
		Art. 34 {28} : no quantitative restrictions or measures having equivalent effect	Art. 36 {30}: public morality, policy, and security; public health; intellectual property	+ "Mandatory requirements"; comsumer protection, environment, etc.	Art. 114, 115 {95, 94}
Workers		Art. 45 {39} (1), (2): no discrimination against migrant workers from other MS	Art. 45 (3), 1st sent, (4): public policy, security, and health; public service		Art. 46, 48 {40, 42}
Establishment		Art. 49 {43}: no restrictions on the establishment of nationals or companies from other MS	Art. 51, 52 (1) {45, 46}: public policy, security, and health; exercise of public authority		Art. 50, 55 (2) – 55 {44, 46 (2), 47}
Services		Art. 56 {49}: no restrictions on the provision of services across the borders between MS	Art. 52 {55}, 51, 52 (1) : asabove		Art. 59, 62, 52 (2) – 55 {52, 55, 46 (2) – 48, 294}
Capital		Art. 63 {56}	Art. 64 (1), 65 {57 (1), 58}		Art. 64 (2) {57 (2)}

The Complementary Role of Competition Law

Joined Cases 56 and 58/64 Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community [1966] ECR 299, 340 (emphasis added): "[A]n agreement between producer and distributor which might tend to restore the national divisions in trade be-tween Member States might be such as to frustrate the most fundamental objecti[ve]s of the [EU]. The Treaty, whose preamble and content aim at abolishing the barriers be-tween states, and which in several provisions gives evidence of a stern attitude with regard to their reappearance, could not allow undertakings to reconstruct such barriers. Article [101](1)

* Dr. iur. (Bonn) habil. (Munich), LLM (Edin.) MA (Oxon), Professor of European and Comparative Law, University of Oxford, E-Mail: stefan.enchelmaier@law.ox.ac.uk

is designed to pursue this aim, even in the case of agreements between undertakings placed at different levels in the economic process."

– A contribution to technological progress etc. can justify, pursuant to Article 101(3), a cartel that falls under Article 101(1).

– There is no indication nor, in fact, any reason to think that prohibited conduct can be exempt from the prohibition if it achieves one set of goals (among them technological progress), while the prohibition itself pursues another set of goals.

– Article 101(3), therefore, describes the aims pursued by Article 101 in all its paragraphs. This is echoed in Article 101(1) (b), which gives as an example of a prohibited cartel one that limits, inter alia, technical development. Also for Art. 102

Intellectual Property and Competition Law

- Case C-10/89 *SA CNL-SUCAL NV v HAG GF AG* [1990] ECR I-3711, para. 13; Case C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik GmbH and Uwe Danzinger v Ideal-Standard GmbH and Wabco Standard GmbH* [1994] ECR I-2789, para. 45: "[IPRs] form an essential element in the system of undistorted competition which the Treaty seeks to establish and maintain".

Overview of Article 101

The Wording of the Provision

1. The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which:

(a) Directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;

(b) limit or control production, markets, technical development, or investment;

(c) share markets or sources of supply;

(d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;

(e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

2. Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void.

3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:

- any agreement or category of agreements between undertakings,

- any decision or category of decisions by associations of undertakings,

- any concerted practice or category of concerted practices,

which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:

(a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;

(b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question."

The Order of Assessment

- Prohibition, (1) – Exemption, (3) – Nullity, (2): "prohibited pursuant to this Article".

The Addressees of the Prohibition

- 'The concept of an undertaking in competition law covers any entity engaged in economic activity, regardless of the legal status of the entity or the way in which it is financed.' – Joined Cases C-264/01, C-306/01, C-354/01 and C-355/01 AOK-Bundesverband and others [2004] ECR I-2493, para 46.
- Since the national associations constitute associations of undertakings and also, by virtue of the economic activities that they pursue, undertakings, FIFA, an association grouping together national associations, also constitutes an association of undertakings within the meaning of Article [101 TFEU]. That provision applies to associations in so far as their own activities or those of the undertakings belonging to them are calculated to produce the results to which it refers.
- The legal framework within which decisions are taken by undertakings and the classification given to that framework by the various national legal systems are irrelevant as far as the applicability of the Community rules on competition is concerned Case T-193/02 Piau v Commission [2005] ECR II-209, para 72.
- 'The fact that, for the exercise of part of its activities, an entity is vested with official powers does not, in itself, prevent it from being characterised as an undertaking within the meaning of Article [102] of the Treaty.
- In that regard, it must be borne in mind that, in the field of competition law, the concept of an undertaking covers any entity engaged in an economic activity, regardless of its legal status and the way in which it is financed.
- 'The fact that, for the exercise of part of its activities, an entity is vested with official powers does not, in itself, prevent it from being characterised as an undertaking within the meaning of Article [102] of the Treaty.
- In that regard, it must be borne in mind that, in the field of competition law, the concept of an undertaking covers any entity engaged in an economic activity, regardless of its legal status and the way in which it is financed.
- In order to determine whether the activities in question are those of an undertaking within the meaning of Article [102] of the Treaty, it is necessary to establish the nature of those activities. [A distinction must be drawn] between,
- On the one hand, ADP's purely administrative activities, in particular supervisory activities and
- On the other hand, the management and operation of the Paris airports, which are remunerated by commercial fees which vary according to turnover.
- The activity as manager of the airport infrastructures, through which ADP determines the procedures and conditions under which suppliers of groundhandling services operate,

cannot be classified as a supervisory activity. Nor has ADP raised any argument on the basis of which it could be concluded that relations with suppliers of groundhandling services fall within the exercise by ADP of its official powers as a public authority or that those relations are not separable from ADP's activities in the exercise of such powers.

- Case C-82/01 P Aéroports de Paris v Commission [2002] ECR I-9297, paras 74–7.
- It has also been held that a single economic unit is one that consists in a unitary organisation of personal, tangible and intangible elements which pursues a specific economic aim on a long-term basis and can contribute to the commission of an infringement of the kind referred to in Article [101](1) of the Treaty.
- Where a group of companies constitutes one and the same undertaking the Commission is entitled to impute liability for an infringe-ment committed by the undertaking and to impose a fine on the company responsible for the actions of the group in the context of the infringement – Case T-66/99 Minoan Lines v Commission [2003] ECR II-5515, para 122.
- Where a group of companies constitutes one and the same undertaking the Commission is entitled to impute liability for an infringe-ment committed by the undertaking and to impose a fine on the company responsible for the actions of the group in the context of the infringement – Case T-66/99 Minoan Lines v Commission [2003] ECR II-5515, para 122.
- Where a group of companies constitutes one and the same undertaking the Commission is entitled to impute liability for an infringe-ment committed by the undertaking and to impose a fine on the company responsible for the actions of the group in the context of the infringement – Case T-66/99 Minoan Lines v Commission [2003] ECR II-5515, para 122.

Agreements

"The right of a manufacturer faced with [parallel imports from Member States with price caps undermining his prices in Member States without such caps] to adopt the solution which seems to him to be the best is qualified by the Treaty provisions on competition only to the extent that he must comply with the prohibitions referred to in Articles [101 and 102].

Accordingly, provided he does so without abusing a dominant position, and there is no concurrence of wills between him and his wholesalers, a manufacturer may adopt the supply policy which he considers necessary, even if, by the very nature of its aim, for example, to hinder parallel imports, the implementation of that policy may entail restrictions on competition and affect trade between Member States."

– Case T-41/46 *Bayer AG* et al. *v Commission* et al. [2000] ECR I-3383, para 176, confirmed in Joined Cases C-2 and C-3/01 P *Bundesverband der Arzneimittelimporteure v Commission ('Bayer/Adalat')* [2004] ECR I-23, paras 110, 122, 123.

Concerted Practice

The concept of a 'concerted practice' refers to a form of coordination between undertakings, which, without having been taken to the stage where an agreement properly so called has been concluded, knowingly substitutes for the risks of competition, practical cooperation between them which leads to conditions of competition which do not correspond to the normal conditions of the market, having regard to the nature of the products, the importance and number of the under

takings as well as the size and nature of the said market.

The question whether there has been a concerted practice can only be properly evaluated if the facts relied on by the Commission are considered not separately but as a whole, after taking into account the charac-teristics of the market in question. Joined Cases 40 etc./73 *Suiker Unie,* paras 26, 28.

The concept of a concerted practice, as it derives from the actual terms of that provision, implies, in addition to the participating under takings concerting with each other, subsequent conduct on the market and a relationship of cause and effect between the two.

However, the Court went on to consider that, subject to proof to the contrary, which the economic operators concerned must adduce, it must be presumed that the undertakings taking part in the concerted action and remaining active on the market take account of the information exchanged with their competitors in determining their conduct on that market. That is all the more the case where the undertakings concert together on a regular basis over a long period.

However, the Court went on to consider that, subject to proof to the contrary, which the economic operators concerned must adduce, it must be presumed that the undertakings taking part in the concerted action and remaining active on the market take account of the information exchanged with their competitors in determining their con-duct on that market. That is all the more the case where the undertakings concert together on a regular basis over a long period.

However, the Court went on to consider that, subject to proof to the contrary, which the economic operators concerned must adduce, it must be presumed that the undertakings taking part in the concerted action and remaining active on the market take account of the information exchanged with their competitors in determining their conduct on that market. That is all the more the case where the undertakings concert together on a regular basis over a long period.

Lastly, the Court concluded that such a concerted practice is caught by Article [101(1) TFEU], even in the absence of anticompetitive effects on the market.

What matters is not so much the number of meetings held between the participating undertakings as whether the meeting or meetings which took place afforded them the opportunity to take account of the information exchanged with their competitors in order to determine their conduct on the market in question and knowingly substitute practical cooperation between them for the risks of competition.

What matters is not so much the number of meetings held between the participating undertakings as whether the meeting or meetings which took place afforded them the opportunity to take account of the information exchanged with their competitors in order to determine their conduct on the market in question and knowingly substitute practical cooperation between them for the risks of competition.

What matters is not so much the number of meetings held between the participating undertakings as whether the meeting or meetings which took place afforded them the opportunity to take account of the information exchanged with their competitors in order to determine their conduct on the market in question and knowingly substitute practical cooperation between them for the risks of competition.

What matters is not so much the number of meetings held between the participating undertakings as whether the meeting or meetings which took place afforded them the opportunity to take account of the information exchanged with their competitors in order to determine their conduct on the market in question and knowingly substitute practical cooperation between them

for the risks of competition.

Where it can be established that such under takings successfully concerted with one another and remained active on the market, they may justifiably be called upon to adduce evidence that that concerted action did not have any effect on their conduct on the market in question. C-8/08 *T-Mobile Netherlands,* §§51, 61

"Object or Effect" of Distorting Competition

- Examples in litt. (a)–(e)
- "With respect to the [General Court's] statement that, while it is accepted that an agreement intended to limit parallel trade must in principle be considered to have as its object the restriction of competition, that applies in so far as it may be presumed to deprive final consumers of the advantages of effective competition in terms of supply or price, the Court notes that neither the wording of Article [101(1) TFEU] nor the case-law lend support to such a position.
- First of all, there is nothing in that provision to indicate that only those agreements which deprive consumers of certain advantages may have an anti-competitive object.
- Secondly, it must be borne in mind that the Court has held that, like other competition rules laid down in the Treaty, Article [101(1) TFEU] aims to protect not only the interests of competitors or of consumers, but also the structure of the market and, in so doing, competition as such.

Consequently, for a finding that an agreement has an anti-competitive object, it is not necessary that final consumers be deprived of the advantages of effective competition in terms of supply or price." – Joined Cases C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P and C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services* et al. *v Commission* et al. [2009] ECR I-9291, paras 62, 63.

Appreciable Restriction of Competition and Appreciable Effect on Trade Between Member States

- No appreciable restriction of competition if the parties are (actual or potential) competitors and hold a combined market share of no more than 10%; 15% if not.
- 'Effect on trade between Member States' determines the applicability of EU law rather than Member State law
- 5% market share threshold and a EUR 40 million turnover threshold
- Import/export prohibitions or restrictions
- Effect on patterns of trade/channels of distribution
- Agreements limited to one Member State, but covering all or most of that Member State's territory

Block Exemption Regulations

- Article 101(3) TFEU: rather general terms.
- Little legal certainty to undertakings who want to gauge the legality of a proposed or existing agreement that is caught by Article 101(1).
- Until 2004: notification requirement.
- No more than a handful of exemptions each year.

- Initially (1962 ff.) tens of thousands of applications.
- Abolition of individual administrative exemption in 2004.
- Since then, Article 101(3) is directly applicable: national courts and competition authorities, but first and foremost the undertak-ings themselves, have to assess whether the conditions for an exemption are fulfilled.
- Council has authorised the Commission to adopt Regulations to exempt particular types of agreement en bloc from the prohibition in Article 101(1).
- Exemption will be automatic, without any granting by the Commission or other authority being required, as long as the conditions in the block exemption Regulation are fulfilled.
- Conditions in BER are, in essence, more concrete renditions of the conditions for exemption in Article 101(3), tailored to the characteristics, and repercussions on competition, of specific types of agreements.

Overview of Article 102

The Wording of the Provision

Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States.

Such abuse may, in particular, consist in:

(a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading condition;

(b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;

(c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;

(d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

Dominant Position

- Not the holding of a dominant position is prohibited under Art. 102 but abuses by an undertaking in such a position.
- Dominant position as insulation from the pressures of competition: "The dominant position thus referred to relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power tobehave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of the consumers." – Case 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission [1979] ECR 461, para 38.

Market Definition

- In order for a [product] market to be held to be sufficiently homogeneous and distinct from others, the service must be able to be distinguished from other services by virtue of specific characteristics as a result of which it is scarcely interchangeable with those alternatives as far as the consumer is concerned and is affected only to an insignificant

degree by competition from them.

- In that regard, the examination cannot be limited to the objective characteristics of the relevant services but must include the competitive conditions and the structure of supply and demand on the market. – Case C-462/99 Connect Austria [2003] ECR I-5197, para 75.
- "The banana has certain characteristics, appearance, taste, softness, seedlessness, easy handling, a constant level of production which enable it to satisfy the constant needs of an important section of the population consisting of the very young, the old and the sick." – Case 27/76 United Brands v Commission [1978] ECR 207, para 31.
- "As for the geographic market to be taken into consideration, consistent case-law shows that it may be defined as the territory in which all traders operate in the same or sufficiently homogeneous conditions of competition in so far as concerns specifically the relevant products or services, without it being necessary for those conditions to be perfectly homogeneous." – Case T-219/99 British Airways v Commission [2003] ECR II-5917, para 108.
- Question whether undertakings in other locations/Member States are a viable source of alternative supplies, or whether in order to compete in a given geographical area, they would have to overcome market entry barriers (see following).

Entry Barriers

- Natural: transport costs minimum optimal size of the firm capacities and investment.
- Artificial: regulation intellectual property advertising distribution systems foreclosure of upstream and downstream markets.

Some Aspects of Market Structure

- Market phase (more under temporal market definition)
- Similarities of producers and production conditions
- Similarities of the goods or services: product differentiation and monopolistic competition
- Characteristics of the demand side of the market
  - – Number and countervailing power of purchasers
  - – Price sensitivity of demand
  - – Volume and frequency of transactions
- Transparency of the market
- Interdependence and conscious parallelism
- Single and joint dominance: high market shares; capacity to behave independently of competitors and consumers.

Temporal Dimension of the Market

- Five phases of market development:
  - – pioneering,
  - – expansion,

– maturity/consolidation,

– stagnation,

– decline.

Relevant Primarily for Market Definition (Supply Substitution) and Assessment of Market Power.

- Some markets are seasonal, *e.g.* price hike in petrol at the start of the holiday season.

Potential Competition

- Supply substitution is taken into account in defining the market only if it restricts the freedom of action of the allegedly dominant undertaking to the same extent and as immediately as demand substitution.
- If supply substitution is possible only in the longer term (depending on the cycles of development, production, and consumption of the product), it will go into the assessment whether the undertaking is dominant.

Market Share and Other Factors Indicating Dominance

- 100%: monopolist is dominant if the market is foreclosed for legal (concession by Member State) or factual reasons (only one commercially navigable harbour near industrialised zones)
- ≥ 75%: rebuttable presumption of dominance, no further evidence required.
- ≥ 50%: further evidence required, in particular market shares of next bigger competitors.
- 40–50%: only if large differential to nearest competitors, such as 39,7% but twice the nearest four rivals.
- 10%: dominance inconceivable.
- Always consider barriers to market entry!

Factors Determining a Dominant Position on the Market – II

- Factors pertaining to the Undertaking

Controversial: Chicago School argues that only those barriers are relevant which the first to market did not have to overcome and which could keep out a competitor that works as efficiently as the dominant one: public concessions and minimum size for an economically viable production do not punish success.

– Intellectual property, know-how and other technical superiority

– Extensive distribution network or high degree of vertical integration

– Transport capacity, in particular where goods are sensitive or perishable

– Size of production facilities, in particular if minimum size, minimum output or minimum running times required

– Usage of capacity: deterrent effect of over-capacity.

– Access to capital

– Advertising expenditure: sunk costs, brand loyalty and limited shelf space at retail level.

– Product differentiation and ‚single supplier' advantage

– Not necessary: profitability; temporary losses no counter-indication unless the undertaking has to lower its prices.

Intellectual Property and Dominance

- IPRights grant exclusive control over the exploitation of the invention, reputation, design, and so on.
- This exclusive position bears some similarity with a monopoly, a market structure that community competition law shuns.
- The prerogative of a patentee relates, however, only to the exploitation of one particular invention and mutatis mutandis for the holders of other IPRs.
- It is a question for the traditional market analysis whether this exclusivity amounts to a monopoly on the market for products like the one embodying that invention. – Case 40/70 Sirena v Eda [1971] ECR 69, para. 16; Case 78/70 Deutsche Grammophon v Metro-SB-Großmärkte [1971] ECR 487, para. 16.
- An undertaking is not dominant in the sense of Article 102 merely because it holds intellectual property rights:
- (Although the mere possession of intellectual property rights cannot be considered to confer such a position, their possession is none the less capable, in certain circumstances, of creating a dominant position, in particular by enabling an undertaking to prevent effective competition on the market.) – Case C-457/10 P AstraZeneca v Commission (6 December 2012; ECLI:EU:C:2012:770), para 186.

Joint and Oligopolistic Dominance

- Several (independent) undertakings can be jointly dominant as a consequence of

  – Cartels

  – Crossed minority share holdings

  – Oligopolistic interdependence, provided the undertakings act as one vis-à-vis outsiders and consumers, that is, there is no effective competition between them with regard to a particular parameter such as price, service, conditions etc.

Abuse of Dominant Position

- Not every act to exploit or defend the right, including a refusal to license, is perse abusive. – Case 102/77 Hoffmann-La Roche v Centrapharm [1978] ECR 1139, para. 16; Case 238/87 Volvo v Veng [1988] ECR 6211, para. 8.
- This question, too, is determined in the same way as every other allegation of abuse under Article 102.
- Examples in Litt. (a)–(d), and General Clause
- Article 102 contains a number of specific examples (Such abuse may, in particular […]), but prohibits abuse in general (Any abuse […]).
- Abuse, for the purpose of Article [102 TFEU], is an objective concept referring to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market on which, as a result of the very presence of the undertaking in

question, the degree of competition is already weakened and which, through recourse to methods different from those conditioning normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition." – Case T-111/96 ITT Promedia NV v Commission [1998] ECR II-2937, para 138.

- 'In prohibiting any abuse of a dominant position on the market in so far as it may affect trade between Member States, Article [102] covers practices which are likely to affect the structure of a market where, as a direct result of the presence of the undertaking in question, competition has already been weakened and which through recourse to methods different from those governing normal competition in products or services based on traders performance, have the effect of hindering the maintenance or development of the level of competition still existing on the market.'– Case 322/81 Michelin v Commission [1983] ECR 3461, para.
- Objective nature of 'abuse': A dominant undertaking has a special responsibility not further to weaken competition. – Case C-457/10 P AstraZeneca v Commission (6 December 2012; ECLI:EU:C:2012:770), para 134.
- "Although a pharmaceuticals company in a dominant position, in a Member State where prices are relatively low, cannot be allowed to cease to honour the ordinary orders of an existing customer for the sole reason that that customer, in addition to supplying the market in that Member State, exports part of the quantities ordered to other Member States with higher prices, it is nonetheless permissible for that company to counter in a reasonable and proportionate way the threat to its own commercial interests potentially posed by the activities of an undertaking which wishes to be supplied in the first Member State with significant quantities of products that are essentially destined for parallel export." – Joined Cases C-68/06–C-478/06 Sot. Lelos kai Sia EE et al. v GlaxoSmithKline [2008] ECR I-7139, para 71.

Nominate Abuses, 2nd Sub-Para.

- (All) Abuses are subdivided into

  – exploitative

  – exclusionary abuses.
- This classification has no legal consequences.
- The distinction in nominate and innominate abuses does not entail a shift in the burden of proof.

Conduct as an Indicator of Dominance

- Danger of circular reasoning: abuse cannot prove dominance if dominance is a precondition of abuse.
- But distinguish ratio essendi and ratio cognoscendi: only dominance makes conduct abusive, but a non-dominant undertaking could not indulge in such conduct.
- Never on its own a sufficient factor to determine dominance.
- Abuse of a Collective Dominant Position
- Conscious parallelism as such is no abuse; instead substantive question.

- Abusive conduct by one jointly dominant undertaking sufficient, as long as inescapable for the other side.

Refusal to License and Compulsory Licensing

- Principle: patentee is free to decide whether and to whom to grant licences, but not by virtue of IPRs immune from scrutiny under Article 102
- in certain circumstances, a refusal to license can be abusive.
- Tests in the case law very much tailored to the specific circumstances of the cases in hand.

Refusal to License by a Dominant Proprietor is Abusive if

- The refusal suppresses a new product for which there is potential consumer demand (questionable: cheaper imitations mean ‚economic progress‘);
- The refusal is not justified by objective considerations
- The refusal reserves the market for the proprietor by eliminating all competition on that market. – Joined Cases C-241 and 242/91 P Radio Telefis Eireann et al. v Commission [1995] ECR I-743, paras 52–56; Case C-418/01 IMS Health v NDC Health [2004] ECR I-5039, paras 28–29, 38, 44–46, 49.
- It follows from the case-law that the refusal by an undertaking holding a dominant position to license a third party to use a product covered by an intellectual property right cannot in itself constitute an abuse of a dominant position within the meaning of Article [102 TFEU]. It is only in exceptional circumstances that the exercise of the exclusive right by the owner of the intellectual property right may give rise to such an abuse. It also follows from that case-law that the following circumstances, in particular, must be considered to be exceptional:
- İn the first place, the refusal relates to a product or service indispensable to the exercise of a particular activity on a neighbouring market;
- İn the second place, the refusal is of such a kind as to exclude any effective competition on that neighbouring market;
- İn the third place, the refusal prevents the appearance of a new product for which there is potential consumer demand.

Once it is established that such circumstances are present, the refusal by the holder of a dominant position to grant a licence may infringe Article [102 TFEU] unless the refusal is objectively justified." – Case T-201/04 *Microsoft v Commission* [2007] ECR 2-3601, paras 331–333.

- in the first place, the refusal relates to a product or service indispensable to the exercise of a particular activity on a neighbouring market;
- in the second place, the refusal is of such a kind as to exclude any effective competition on that neighbouring market;
- in the third place, the refusal prevents the appearance of a new product for which there is potential consumer demand.

Once it is established that such circumstances are present, the refusal by the holder of a dominant position to grant a licence may infringe Article [102 TFEU] unless the refusal is objectively justified." – Case T-201/04 *Microsoft v Commission* [2007] ECR 2-3601, paras 331–333.

Appreciable Effect

- Not applicable: Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (de minimis), [2001] OJ C368/13.
- Moreover, Article [102]of the Treaty does not require it to be proved that the abusive conduct has in fact appreciably affected trade between member states but that it is capable of having that effect. – Case 322/81 Michelin v Commission [1983] ECR 3461, para 104

Practice Case: IPR and EU Competition Law

(1) In a contract, the French car maker C grants the German car maker F a licence to make C's Diesel engines with the most advanced fuel injection system to power F's mid- to up-market saloon cars.

F makes Diesel engines for its small cars and its range of vans. These engines are, however, not powerful enough or, respectively, do not run as smoothly as would be expected in the saloon cars to be fitted with C's engines.

Under current market conditions, F deems slightly to risky the investment required to develop suitable engines of its own. F has a market share of 12,5 per cent. in such cars, C of 7,5 per cent.

The contract stipulates that F must not sell engines made under the licence, or spare parts for them, to garages servicing C's cars. F must also, against remuneration, disclose to C any know-how it may develop in further reducing the noise level of the engines.

Advise on the legality of this arrangement from the point of view of EU competition law.

(2) Would your advice be different if C supplied F with engines built by C, modified on F's instructions in accordance with F's know-how which is to be used only in the manufacture of engines for F, and must not be divulged to third parties? Assume also that C is not allowed to supply engines or spare parts to garages not part of F's dealership network, and must keep a log of the serial numbers of all engines delivered direct to garages. This is because F wants to trace which of its distributors supply independent garages or are engaged in parallel trade.

Enforcement of EU Competition Law

Introduction to Regulation 1/2003 (I)

On 1 May 2004, Reg. 1/2003 replaced Reg. 17 of 1962.

- Reg. 17 of 1962: administrative exemption
- Commission monopoly in applying Art. 85(3) EEC (Art. 81(3) EC, now Art. 101(3) TFEU)
- Notification requirement for all "old" (pre-foundation) agreements, and for all new ones: tens of thousands in the first few years, especially 1962/3
- No national competition law except GWB
- Formulaic view of "restriction of competition" exacerbated the problem
- Block exemption Regulations and "comfort letters"
- No duty to notify, but only not to infringe Art. 85 (81, now 101); self-assessment within para. (1)

- Reg. 1/2003: automatic exemption and self-assessment
- All three paragraphs of Art. 81 (now 101) directly applicable, Art. 1(1), (2) Reg. 1/2003
- National competition authorities and national courts can apply Art. 81(3), Art. 5, 6 Reg. 1/2003
- Self-assessment by undertakings of the compatibility of any agreement with Art. 81
- Block exemption Regulations remain in force, but no comfort letters anymore

Introduction to Regulation 1/2003 (II)

Overview of Reg. 1/2003

- "Principles", Art. 1 – 3: concurrent applicability, burden of proof; see also Art. 16 on uniform application
- "Powers", Art. 4–6: Commission, national authorities and courts
- "Commission decisions", Art. 7–10: Art. 8 (interim measures) codifies Camera Care-case law; commitments (Art. 9) codifies practice under Reg. 17 and Reg. 4064/89 (old merger control-Reg); finding of inapplicability (Art. 10) instead of negative clearancee.
- "Cooperation", Art. 11–16: European competition network (ECN) and national courts
- "Powers of investigation", Art. 17–22: Art. 19 (power to take statements) clarifies the law, Art. 22 (power to search private premises) is new.
- "Penalties", "Limitation periods", Art. 23–4, 25–6: as under Reg. 17
- "Hearings and professional secrecy", Art. 27–8: as under Reg. 17

Introduction to Regulation 1/2003 (II)

Overview of Reg. 1/2003

- "Principles", Art. 1 – 3: concurrent applicability, burden of proof; see also Art. 16 on uniform application
- "Powers", Art. 4–6: Commission, national authorities and courts
- "Commission decisions", Art. 7–10: Art. 8 (interim measures) codifies Camera Care-case law; commitments (Art. 9) codifies practice under Reg. 17 and Reg. 4064/89 (old merger control-Reg); finding of inapplicability (Art. 10) instead of negative clearance.
- "Cooperation", Art. 11–16: European competition network (ECN) and national courts
- "Powers of investigation", Art. 17–22: Art. 19 (power to take statements) clarifies the law, Art. 22 (power to search private premises) is new.
- "Penalties", "Limitation periods", Art. 23–4, 25–6: as under Reg. 17
- "Hearings and professional secrecy", Art. 27–8: as under Reg. 17

Investigations by the Commission (I)

Sector investigations, Art. 17

- Ex officio – Commission observes abnormalities such as inexplicable division of markets along national lines, etc., or on complaint, see Art. 7(1).
- Commission may request information from companies active on certain markets –

"particular sector of the economy", or

- all companies in a given area, regarding their contract practices – "particular types of agreement"; ask for info on "agreements" etc. as in Art. 101(1). Problem: concerted practices.
- May carry out inspections in accordance with Art. 20, but not Art. 21.

Power to Take Statements, Art. 19

- Request for information from persons not suspected of any wrongdoing (contrast Art. 18, 20)
- Entirely voluntary, no enforcement of punishment.

Requests for Information, Art. 18

- "Information" includes copies of documents, not only communication of their contents.
- All "necessary" information – necessary for the investigation of a suspected infringement of Art. 101/102.
- Undertakings must not be asked to confess a breach of Art. 101/102, but must supply all factual material for a finding to that effect by the Commission – lost protocol, Tokai, Mannesmann.
- Not against Art. 6 ECHR (right to fair trial): undertakings can challenge accuracy of the documents, and conclusions drawn therefrom by the Commission.
- Undertakings need not reveal correspondence with their legal advisers. No distinction between internal and external advice if syndicus (internal legal advisor) subject to the same standards of professional ethics as external (CFI, Akzo & Akcros).
- During investigations, interim legal protection under Art. 263, 279 TFEU (ex Art. 230, 243 EC): documents in sealed envelope, Commission decision to take cognisance of contents, judge looks at the documents.
- Privileged correspondence whose contents the Commission has gained knowledge of is inadmissible evidence, decision must not be based on it.
- Simple request, para (1), cannot be enforced but merely falsehoods punished, Art. 23;
- Request by decision, para (3): creates surprise and can be enforced, Art. 23, 24, and falsehoods punished, Art. 23.

Inspection of Business Premises, Art. 20

- "Dawn raids": no prior request under Art. 18 necessary.
- Simple (unenforceable) inspection, para (3), and by decision (enforceable), paras (4), (6).
- Commission has unfettered discretion in choosing either.
- Inspection does not give power or search ('razzia'): Commission may enter premises, but not forcibly open doors, drawers, cupboards, computer files etc.; undertaking must cooperate (see Art. 18).
- Enforcement of inspection, if need be, under national law, paras (7), (8).
- In the meantime, Commission may attach seals, para (2)(d)

- "Books and other records", para (2)(b): any source of information, plus physical presence of objects (machines, materials) on the premises
- "Copies or extracts", para (2) (c): undertakings must allow photocopying and downloading; if refused, source of information may be confiscated for copying
- "Explanations", para (2) (e): related to documents, and as an independent source of information. Protocol, Art. 4 Reg. 773/2004; refusal as under Art. 18.
- National courts review only the proportionality of any enforcement measures proposed under national law, not the legality of the inspection decision itself, para (8) → GC/CJEU, Art. 263 TFEU (ex Art. 230 EC).
- MS courts must not require Commission file, but may (and must) ask promptly for any necessary clarification.

Inspection of Other Premises, Art. 21

- "Reasonable suspicion serious violation of Art. [101/102]": question of proportionality violation/search, see para (3); ≠ hardcore cartels or large damage to competition in the common market under Art. 102.
- "Books or other records" as above; gaps in the documentation found under Art. 20 or direct information.
- "Members of staff": note exception for internal legal counsel (Art. 18).

Investigations by National Competition Authorities, Art. 22

- At the request of another MS, under national law;
- At the request of the Commission, in accordance with Art. 20; not Art. 21: liability of the EU, Art. 268; 340, 2nd sub-para.

Use, and exchange within the ECN, of Information Obtained, Art. 12

- Only in respect of the subject-matter for which it was collected, para. (2); depends on the agreement etc., not on the markets (product/geographic) affected.
- Other information must not be used by the recipient, but may prompt separate investigation,
- Info may also be used under national competition law in the same case if same outcome: relevant only for Art. 101, not Art. 102 TFEU, see Art. 3(2), 2nd sent. Reg. 1/2003.
- Parallel investigations by the Commission and Member States are not a case of Art. 11(6), but may trigger Art. 13.
- Limitations under para (3): exchange only where sanctions similar, otherwise only where procedural guarantees of the same level.
- MSs (currently only GB) may impose prison sentences only on the basis of information that they have collected themselves .
- Info revealed in order to obtain leniency privileges (see below) may only be passed on with the consent of the informer; no harmonisation of such programmes.

3 exceptions:

  – info revealed to all participating authorities;
  – those without leniency programmes have in writing promised immunity;

  - authority mandated under Art. 22 may pass information on to mandating authority to whom informer has applied for leniency.

- Commission may pass any information on to national courts, except if obtained from leniency applicants: courts must not grant "rebates" in proceedings between private parties.

The Right to be Heard During the Commission's Procedure,

Reg. 773/2004

The opening of the Commission's procedure

- Requires a separate decision, Art. 2(1) Reg. 773/2004, normally subsequent to the (first) gathering of information, para. (3).
- Communicated to the undertakings concerned usually together with the statement of objections (see Art. 27 Reg. 1/2003).

Right to be heard, and access to the file, of the undertakings concerned

- Commission must not base any decisions on objections that the undertakings concerned have not had an opportunity to comment on, Art. 27(1) Reg. 1/2003.
- Hearing officer conducts the hearings in full independence, Art. 14(1) Reg. 773/2004.
- "Equality of arms": undertakings must have knowledge of all documents the Commission wants to base its decision on → full access to the Commission's file.
- 2 exceptions:
  - Business secrets and other confidential information ("disclosure would significantly harm an undertaking or person", rec. 13) – Adams case; prepare anonymous version if possible, Art. 16 Reg. 773/2004.
  - Documents internal to the Commission or other competition authorities: legal assessments, information by third parties (Art. 19 Reg. 1/2003)
- Irregularities of procedure vitiate the decision only where they have influenced the outcome
- Burden of proof is on the companies, but sufficient that they could have used exonerating information in their defence.
- Use of previously undisclosed incriminating information will render the decision illegal if prove of infringement impossible without them.

Rights of third parties

- Must be heard if they have a "sufficient interest", Art. 27(3): customers, suppliers, competitors, or consumers, and their associations.
- Distinguish complainants, Art. 7(2) Reg. 1/2003; access to the file only under Reg. 1049/2001, unclear.

Decisions Under Reg. 1/2003

Finding of inapplicability, Art. 10

- Formal findings will be rare, see Commission notice on informal guidance relating to novel questions concerning Art. 81/2 (2004)

- By decision: partake in homogeneity requirement under Art. 3(2)
- "Mini block exemption": rec. 14.

Finding and termination of infringement, Art. 7

- "…may by decision require…", para (1): competence, not discretion.
- Behavioural or structural remedies: choice according to proportionality, para (1), 3rd sent.
- Structural remedies only exceptionally: rec. 12
- Finding of past infringements, 4th sent.: when is concerted practice "in the past"?

Interim measures, Art. 8

- "Serious and irreparable damage": insolvency or loss of important business opportunities, writing-off of substantial assets.
- "Risk": need not be certain but must not be merely hypothetical.
- Measures taken by the Commission must not pre-empt the outcome of the procedure by, e.g., granting a temporary (compulsory) licence.

Commitments, Art. 9

- Behavioural and structural (meant to avert imposition by Commission under Art. 7).
- Made binding by Commission decision.
- No trade-off against reduction of fine; Commission must declare that there is no reason for it to take further action.
- Commitment decision does not preclude actions for damages by private parties in the national courts.
- Breach of commitment punishable by fines and period penalty payments; Commission has discretion to re-open proceedings.

Publication of decisions and professional secrecy

- After obtaining the opinion of the Advisory Committee, Art. 14, in the Official Journal.
- Business secrets not to be revealed, Art. 30(2).

Fines, Art. 23 (I)

Grounds for Imposition

- Lighter fines for misconduct during Commission investigations, para (1): ≤ 1% of turnover (not profit!) in the year preceding the decision (not the year of the breach), regardless of the markets affected
- Heavier fines, para (2), for breaches of Art. 101/2 TFEU or Commission decisions under Art. 8, 9 Reg. 1/2003: ≤ 10% of turnover, as above
- Including turnover within groups of companies.
- Only the final amount, not the starting point for the calculation.
- Post-fine insolvency no obstacle.
- Fines are not of a criminal law nature, para (5), but admissibility as evidence of findings

by the Commission in national criminal proceedings doubtful: rights of the defence in Commission procedure less (duty to cooperate) than in national criminal procedure.

Amount of fines – Commission guidelines (2006)

- Gravity and duration, para (3), independent of one another: duration does not increase gravity (hardcore restrictions or others)
- Commission discretion within 10% limit; no legitimate expectation against rising fines.
- Guidelines do not bind the European courts
- Commission may tighten criteria without breaching principle of non-retroactivity of sanctions
- Categorisation as to gravity (as above), and depending on size of the undertaking.
- Increased in aggravating circumstances:
  - repeat offences,
  - leading role in the cartel,
  - lack of cooperation during investigations,
  - high profits from the breach.
- Reduced in mitigating circumstances:
  - mere follower in the cartel, irregular participation
  - non-implementation of offending agreement
- No mitigating circumstances:
  - erroneous assumption of the legality of the agreement
  - no profit from the breach: deterrence
  - difficult economic situation of the industry concerned
- Further increase depending on the duration of the breach between the entering into of an agreement and its final abandonment, regardless of the duration of its implementation
- Guidelines are not legislation proper; Commission may deviate if it has objective reasons and explains these in its decision.

Cancellation and reduction of fines – Commission leniency notice (2006)

- For cartel members' cooperation with Commission investigation
- Not if no more than due cooperation, but no aggravated fines if undertakings exercise their rights of the defence.
- First comer has fines cancelled if information tendered enables Commission to adopt an investigation decision under Art. 20/21 Reg. 1/2003, or to establish breach of Art. 101 TFEU
- Cancellation requires
  - comprehensive disclosure,
  - abandonment of infringement on disclosure (not before – would favour sporadic

infringements),
  - continuous cooperation,
  - no leading role in the cartel.
- Later informants receive graduated reductions in temporal order of disclosure.
- Later disclosures qualify if they complement hitherto insufficient proof of infringements ("value added").
- Disclosure during investigations qualifies if undertaking reveals facts which it would be allowed to keep secret because of ban on self-incrimination (see Art. 18).
- Coordinated, contemporaneous revelation of the cartel by all its members does not qualify for cancellation or reduction.
- Court can quash reduction if undertaking subsequently denies its factual bases (facts disclosed by itself), not if it challenges legal assessment by the Commission.
- Court can raise penalties, Art. 31, 2nd sent.

Periodic penalty payments and enforcement

Periodic penalty payments, Art. 24

- Put pressure on undertakings to comply with the Commission's procedural demands.
- Fine can be reduced once the undertaking starts acting as required.

Enforcement

- Commission decisions are enforceable, Art. 299 TFEU (ex Art. 256 EC)
- National rules apply of the MS in which the decision comes to be enforced: ZPO (D), NCPC (F), CPR (GB), etc.
- In the case of an insolvent association of undertakings, joint and several liability of its members, Art. 23(4).
- "Active distancing" (4th sub-para) still possible when, to the undertaking's knowledge, another undertaking has approached the Commission as an informer.

Limitation of prosecution and enforcement, Art. 25, 26

- Commission has to conduct its investigations and procedure expediently.
- Procrastination can only lead to a quashing of a decision if it affects undertakings' rights of the defence.
- Limitation of 2 years for imposition of fines for "procedural" misconduct, 5 years for substantive.
- Investigations interrupt limitation period running, starts again, but does not run longer than double the time from original starting point.
- Investigations do not interrupt the limitation period if that is their only purpose, e.g. into turnover figures for the preceding year when the decision is adopted only in the year following that investigation: new figures required, old ones obsolete → no interruption.
- Limitation period halted during proceedings before the European courts.

- Enforcement of decisions no longer permissible after 5 years, Art. 26.

EU Law and National Competition Law,

Art. 3, 5, 11, 16 Reg. 1/2003 (I)

- Supremacy of EU law over national law (Costa v ENEL) also applies to competition law.
- When the conditions for Art. 101/102 to apply are fulfilled, national competition authorities must apply Art. 101/102 and may apply their national at the same time, Art. 3(1), 5.
- Conduct lawful under Art. 101 (including by virtue of a block exemption Regulation) must not be prohibited under national law, Art. 3(1), 1st sent.; limited exception in para. (3).
- Commission may prohibit under Art. 101 conduct lawful under national law; national authorities subsequently dealing with the case must not undermine, Art. 16(2).
- Double prohibition and sanctions permissible within ne bis in idem-principle.
- Same for MS courts, Art. 5, 16; must contemplate suspending proceedings if Commission has opened investigation regarding substantially the same infringement.
- No suspension required in clear-cut cases (Delimitis).
- National courts may
  - consult the Commission about the state of its proceedings, Art. 15(1), and request information; Commission may act as amicus curia, para. (3)
  - ask the CJEU questions on the interpretation of EC competition law in a preliminary reference, Art. 267 TFEU (ex Art. 234 EC).
- National competition authorities cannot refer questions to the CJEU.

EU Law and National Competition Law,

Art. 3, 5, 11, 16 Reg. 1/2003 (II)

- No duty of convergent application ("level playing field", rec. 8) of Art. 102 and comparable national laws, Art. 3(1), 2nd sent, except where the Commission has already adopted a decision, Art. 16(2).
- Cooperation between Commission and MS competition authorities, Art. 11 (1)–(5).
- Commission's opening of proceedings for a decision under Art. 7–10 (not mere investigations) bars national proceedings, Art. 11(6), 1st sent.
- Opening of Commission proceedings during pending national proceedings only after consultation, Art. 11(6), 2nd sent.
- Commission seeks to concentrate proceedings with "a single well-placed competition authority" (Cooperation notice) requiring that
  - substantial effect, implementation, or origin of the infringement on the authority's MS' territory;
  - authority can efficiently bring an end to the infringement;
  - authority can gather the requisite evidence, with the help of others if necessary.
- The Commission will take over the case if

- more than three authorities thus well-placed
- other provisions of Community law come to apply
- Member State involved in the infringement
- the Commission's power of sanction is required for effective deterrence
- the Commission considers the matter a "test case".

Private Enforcement of EU Competition Law

Direct Applicability of Art. 101, 102: Art. 1 Reg. 1/2003

- The prohibitions of Art. 101/102 are applicable in all MS without the need for any implementing measures.
- Art. 101/102 create rights between individuals.
- Individuals in the MS can enforce their EU rights in the national courts.
- National courts must apply EU competition law ex officio, but their duty to investigate the facts remains governed by national law.
- National procedural law must treat actions based on EU law at least as favourably as those based on national substantive law.
- National procedural law must not make the realisation of EU rights practically impossible. Damages actions in the national courts – Courage v Crehan (2001)
- Internal market incomplete if EU law's effectiveness differed from MS to MS.
- Individuals as monitors of compliance with EU law by MS and private parties, van Gend en Loos (1963).
- EU law's effet util enhanced if individuals can claim damages for its breach: Francovich and Bonifaci v Italian State (1991) etc.
- Transferred to competition law (Art. 101) in Courage v Crehan.
- Participants in a cartel that is illegal under Art. 101 can have a claim against other participants.
- National law determines reduction of damages because of plaintiff's shared responsibility for the infraction; none if inferior bargaining power.
- National procedural autonomy (see above) applies to private actions for competition law damages, too.
- Commission Green Paper (2005) and White Paper (2008) on harmonisation of national law of actions for damages; now Directive 2014/104/EU on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, [2014] OJ L349/1.

KAMU İHALELERİNDE ULUSAL MUAMELE VE AYRIMCILIK YASAĞI

Doç. Dr. Gürsel Özkan *

I. Giriş

Rekabet, ihale sisteminin en temel unsuru olup gerek girişimcilerin eşit koşullarda piyasaya erişimlerinin sağlanması, gerekse kamu kaynaklarının verimli kullanılması açısından önem taşımaktadır. Kamu idarelerinin rekabete açık bir sistem ile ihale konusu alımı gerçekleştirmeleri etkili bir kamu ihale siteminin oluşturulabilmesi için zorunlu bulunmaktadır.

Kamu ihalelerinde rekabetin sağlanması, gerek ulusal gerek küresel düzeyde giderek artan ölçüde değer kazanmıştır. Ancak ihalelerde rekabetin sağlanmasının önünde bazı engeller bulunmaktadır. Bu engeller piyasanın kendi koşullarından ve isteklilerin belli uygulamalarından kaynaklandığı gibi hükümetlerin açık ya da kapalı olarak yürüttükleri bazı uygulamaların bir sonucu olarak da ortaya çıkmaktadır.

Hükümetlerin kamu ihale piyasasında yabancı firmaların piyasaya girmesinin önünde yapay engeller oluşturarak ulusal firmalar lehine ayrımcılık yapmasının, ulusal ekonominin desteklenmesi ya da ulusal firmaların yabancı firmaların rekabetinden korunması gibi politik gerekçeleri olabilmektedir[1]. Bu tür koruma politikası, kamu ihale piyasalarının serbestleşmesini engelleyerek daha zengin, çeşitli ve daha rekabetçi fiyatlara sahip ürün ve hizmet seçeneklerinin oluşmasını önlemektedir.

Özel sektörün yaptığı ihalelerde, şirketler olabilecek en iyi anlaşmaya varmalarını sağlayacak kararlar almaya çalışmakta ve bu şekilde olmazsa uzun vadede rekabet edemeyecekleri bilinmektedir. Dolayısıyla kamu ihale sistemi, sözleşmeyi yapanların belli kurallar çerçevesinde sermayeyi en verimli ve etkili bir şekilde kullanmalarında bir engel bulunmadığını sağlamak zorundadır. Bu anlamda, kamu ihale sisteminin 'eşit muamele' ve 'bozucu uygulamalardan uzak olma' esaslarına dayanması, yasal düzenlemelerin ayrımcılığa karşı güvenceler içermesi ve saydam nitelikte olması gerekmektedir.

Ulusal piyasaların gerek ikili uluslar arası anlaşmalar gerekse çok taraflı bölgesel nitelikli anlaşmalar yapmak suretiyle daha rekabetçi bir ortamda gerçekleştirilmesinin önemi kuşkusuzdur.

II. Ulusal Muamele ve Ayrımcılık Yasağı

Ulusal muamele, yabancı mal, hizmet ve tedarikçilerin yerli rakiplerine ve muadillerine göre daha az desteklenmesinin yasaklanmasını diğer bir anlatımla yabancı mal, hizmet ve tedarikçiler ile yerli olanlar arasında ayrımcılık yapılmamasını ifade etmektedir. Yerli üreticiler lehine fiyat ya da başka bir avantaj getirilemeyeceğini kabul etmek, kamu ihalelerinde uluslararası anlamda rekabetin gerçekleşmesi amacı taşımaktadır. Aynı şekilde bu firmalar arasında sundukları mal ve hizmetin üretildiği ülkeye göre de bir ayrım yapılamaması ulusal muamele yasağı kapsamına girmektedir. Yine, bütün ülkelere aynı muamele yükümlülüğü getiren, yani farklı ülkelerden gelen tedarikçiler arasında ayrımcılık yapılmasının yasaklanması da en çok gözetilen ulus muamelesi demektir

Uluslararası ticaret açısından en korumacı alanı kamu ihaleleri oluşturmaktadır. Kamu ihalelerinde yerli ihale politikaları çoğu ülkede uygulanmaktadır. Rekabetçi olmayan ihale usullerine fiyat avantajı, tek kaynaktan alım, offsets, yerli içerik kriteri ile ulusal ve bölgesel tercih uygulamaları örnek oluşturmaktadır[2].

Ulusal muamele ve ayrımcılık yasağı, hukukun genel ilkelerinden birisi olan "eşitlik

---

* Danıştay Üyesi.

1 Ünübol Neyzar, Kamu Alım Politikalarının Etkinliğinde Rekabetin Rolü: Rekabetin Korunması, Sağlanması ve Rekabet Savunuculuğu, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No. 119, Aralık 2012, s. 55.

2 Uz Abdullah, Kamu İhale Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 37.

ilkesinin" uluslararası ihale hukukuna yansımasını ifade etmektedir. Çünkü bu ilkenin uygulanmasında dikkat edilmesi gereken husus, kamu ihalelerine katılan isteklilerden birisinin "ihalenin düzenlendiği ülke sınırları içerisinde kurulmuş olan yabancı bir şirket" olmasıdır. İhalenin düzenlendiği yabancı bir ülkede kuruluşu olmayan bir şirket hakkında bu ilkenin uygulanması söz konusu değildir. Örneğin, A Devletiinin sınırları içerisinde kurulmuş K isimli bir yabancı şirket, aynı ülkede bulunan bir idarenin düzenlediği kamu ihalesine katıldığında, A Devleti, Dünya Ticaret Örgütü'nün Kamu İhalelerine Dair Anlaşması'nı onaylamış ve iç hukukuna aktarmışsa, bu Anlaşma'nın 3'üncü maddesindeki ilkeden dolayı, yerli ihale isteklisinin lehine, ihaleyi düzenleyen idare tarafından avantaj ve ayrıcalıklar yaratılamayacaktır. K şirketi de tıpkı yerli ihale isteklileri gibi ihale sürecinde eşit şartlarda yer alacaktır[3].

Ulusal muamele ve ayrımcılık yasağında, "yabancılık unsuru" ihaleyi düzenleyen taraf ülkenin sınırları içerisindeki yabancı kuruluşları (ihale tedarikçilerini) ifade etmekte, en çok gözetilen ulus muamelesi ilkesi ise ülkeler arası ortaya çıkabilecek ayrımcılıkları önlemeyi amaçlamaktadır. Örneğin; her üçü de Anlaşma'ya taraf olan A ülkesi, B ülkesi ve C ülkesi, D ülkesindeki bir ihaleye katılmışsa D ülkesi, A, B ve C ülkeleri arasında ihale sürecinde herhangi bir ayrımcılık yapamamaktadır.

Ayrımcılık yasağının uygulamaya yansıtılması bakımından karşılıklı tanıma ilkesi önem taşımaktadır. Karşılıklı tanıma ilkesi, Avrupa Birliği hukukunda bir üye devletin esas olarak, diğer üye devletlerde yasalara uygun olarak üretilen ve pazarlanan ürünlerin satışını, bu ürünler kendi malları için aranan teknik özellik ve nitelikleri tanımlardan farklı teknik özellik ve nitelik tanımlara göre üretilseler dahi, kendi topraklarında yasaklayamaması anlamına gelmektedir[4]. Bu anlamda üye ülke idarelerinin Topluluk üyesi başka ülke firmaları tarafından sunulan ve yasal gereklilikleri karşılayan ürün ve hizmetleri kabul etmesini gerektirmekte, bir üye ülkede kişilere verilen diplomaların, ilgili ürün ve hizmete ilişkin uygun bulunan teknik özelliklerin ve diğer yeterliliklerin eşdeğer vasıflara sahip olduğunun kabul edilmesine bağlı olarak, başka üye ülke idarelerince de tanınması anlamına gelmektedir[5].

Ulusal mevzuatı uyumlaştırmayı gerekli kılmaksızın malların ve hizmetlerin serbest dolaşımını sağlayarak, İç Pazarda merkezi bir rol oynayan karşılıklı tanıma ilkesi, İç Pazarın oluşumunda Adalet Divanının verdiği Cassis de Dijon kararının[6] katkısı ile gelişmiştir[7]. Bu karar, karşılıklı tanıma ilkesinin temelini oluşturmaktadır. Karşılıklı tanıma ilkesi, mevcut durumda sadece malların serbest dolaşımına değil, aynı zamanda kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımına da uygulanmaktadır.

3 İsbir Begüm, Kamu İhalelerine Katılma Yasağı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s, 82.

4 Alyanak Servet, Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukukunun Genel İlkeleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009, s.129.

5 Braun Peter, "A Matter of Principle(s) - The Treatment of Contracts Falling Outside The Scope of The European Public Procurement Directives", Public Procurement Law Review, 2000, 1, 39-48, s. 43; Alyanak, s. 130, dipnot 449.

6 Case 120/78, Cassis de Dijon [1979] E.C.R. 649; Alyanak, s. 130, dipnot 450; Bu karar sonucunda üye devletler, diğer üye ülke menşeili ürünleri paketleme, standart ve benzer nedelerle otomatik olarak kendi piyasalarına girmelerini engelleyemezler.

7 Bozkurt Enver , Özcan Mehmet , Köktaş Arif, Avrupa Birliği Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 214-222.

Avrupa Birliği, yeterlilik belgeleriyle ilgili olarak, üye devletler arasında bir üye ülkede elde edilen belgenin diğer bir üye ülkede de kabulü ile ilgili belli yönergeler kabul etmiştir[8]. Yeterliliğe yönelik olarak sunulan bir belgenin, bu yönergelerde belirtilen koşullara uygun olmadığı durumlarda, ileri sürülen belgenin karşılıklı tanıma ilkesi gereğince kendi ulusal mevzuatı gereğince aranan özelliklere eşdeğer olup olmadığı incelenecektir. Karşılıklı tanıma ilkesi, ihale dokümanlarında yer alan teknik kurallar, standartlar ve özelliklere uygun olarak üretilmiş, alım konusu ürüne ait aynı derecede performans ve koruma sağlayan diğer üye devletlerde üretilmiş ürünlerin eşit görülmesini şart koşmaktadır.

Karşılıklı tanıma ilkesi gereğince; ihale yapan idare yetkililerinin, teknik mevzuat veya standartlara uygun olarak üretilen diğer ülke ürünlerini, ihale dokümanlarında belirtilen teknik şartnameyle uyumlu olan ürünlerle yasal koruma ve kullanım derecesi bakımından aynı ve eşit muameleye tâbi tutmaları gerekmektedir. Karşılıklı tanıma ilkesine göre, bir üye ülke idaresinin gerçekleştirdiği kamu ihalesinde başka bir üye ülke isteklisi tarafından kendi ülkesinin yetkili kuruluşlarından temin ettiği yeterliliğe ilişkin eşdeğer belgenin kabul edilmesi bakımından her hangi bir engel ileri sürülememektedir.

Bu anlamda üye ülkelerde mesleki yeterliliğe ilişkin önlemlerin ayrımcı nitelikte olmaması gerekir. Bu konuda yapılacak kısıtlamaların, genel yararlar göz önünde bulundurularak getirilmesi, getiriliş amaçlarını sağlamaya yönelik olması ve bu amaçları aşacak şekilde genişletilmemesi gerekmektedir. Bu nedenle bir üye ülkede mesleki ve teknik yeterliliğe ilişkin belgenin elde edilmesi sırasında bazı koşullara ve kurallara riayet edildiği dolayısıyla gerekli çıkarın yeterince korunduğu anlaşılırsa alınacak kısıtlayıcı önlem gerekçelendirilmemiş olur.

Kamu ihalesi alanında karşılıklı tanıma ilkesi özellikle ihale konusu ürün veya hizmete ilişkin standartlar yönünden önem taşımaktadır. Burada kullanılan standart terimi ile bir ürün veya hizmete ilişkin olarak bu ürün veya hizmetin karşılaması gereken bazı özellikleri kast edilmektedir. Ürünlere ilişkin standartlar dayanıklılık, performans düzeyi, sağlık ve güvenlikle ilgili unsurlara ilişkindir. Standartlar, zorunlu olabileceği gibi ihtiyari de olabilir. Standartların zorunlu olması halinde, ürünlerin piyasada serbest dolaşıma konu olması için yasal olarak belli standartlara sahip olması gerekir. Standartların ihtiyari olması halinde ise ürünlerin piyasada serbestçe dolaşıma konu olması için yasal olarak belli standartlara sahip olması gerekmemektedir[9].

Yerli ve yabancı isteklilere farklı koşullar uygulamak, örneğin, yerli işletmelere önceden bilgi vermek suretiyle diğer tedarikçiler karşısında avantaj sağlamak yasaktır. İdarelerin düşük fiyat vermek üzere firmalardan birine veya birkaçı üzerinde tazyikte bulunması kamu ihale yönergelerinin de ihlâli anlamına gelmektedir. Çünkü idarelerin bu davranışı yasaklanan bireysel görüşmenin bir sonucu olacak veya teklif değerlendirme kriterinin doğru şekilde uygulanmasını engelleyecektir.

Yine ayrımcılık yapmama bakımından, iç pazar düzeyinde rekabetçi bir kamu ihale sistemi oluşturulması amacıyla kamu idarelerince ihtiyaca uygun şekilde ihale dokümanının hazırlanması ve doküman içerisinde rekabeti engelleyecek biçimde marka veya model belirtilmesi yasaklanmış, temel ihale usulleri olarak rekabetçi ihale usulleri olan açık ihale usulü ile belli istekliler arasındaki ihale usulü gibi birtakım önlemler öngörülmüştür.

İhale konusu ürünün temini açısından kamu idareleri tarafından hazırlanan teknik

8 En az üç yıl mesleki eğitim ve öğretimin tamamlanması ile hak edilen yüksek okul diplomalarının tanınması için genel bir sisteme ilişkin 21 Aralık 1988 tarih ve 89/48/EEC sayılı Konsey Yönergesi. Bu Yönerge, üniversite derecesi veya muadili eğitim gerektiren mesleklere ilişkin yeterliliklerin karşılıklı tanınmasına ilişkindir. 89/48 sayılı Yönergeye ek olarak yeni düzenlemeler getiren mesleki eğitim ve öğretimin tanınmasına ilişkin 18 Haziran 1992 tarih ve 92/51/EEC sayılı Konsey Yönergesi. Üye devletlerde başka üye devlet vatandaşlarının hizmet sunumu için mesleki yeterlilik belgelerinin tanınması ve akabinde o mesleğin icrasına imkân tanınmasına ilişkin düzenlemeleri içeren 2005/35/EC sayılı mesleki yeterlilik belgeleri veya diplomaların karşılıklı olarak tanınmasına dair Konsey ve Avrupa Parlamentosu Yönergesi.

9 Alyanak, s. 133.

şartnamelerin rekabeti sağlayacak kurallar içermesi gerektiği düzenlenmiş, buna uygun olarak teknik şartnamelerin, işlevsel performans ve ihtiyaçlar bakımından hazırlanabilmesi istenmiştir. Teknik şartnamelerin, isteklilere eşit erişim fırsatı verecek ve ihalelerin rekabete açılmasının önünde engel teşkil etmeyecek şekilde düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir[10].

Kamu ihalelerinde etkin rekabetin sağlanması açısından, üye devletlerdeki idareler tarafından hazırlanan ihale ilanlarının, Topluluk düzeyinde ilanı ve bu ilanlarda yer alan bilgilerin, Topluluk dâhilindeki iktisadî işletmelerin söz konusu ihalelerin katılım açısından kendilerine uygun olup olmadığına karar vermelerini sağlayacak şekilde düzenlenmesine yönelik kurallar getirilmiştir[11].

III. Ulusal Muamele ve Ayrımcılık Yasağına İlişkin Düzenlemeler

1. Küresel Düzenlemeler

a) Dünya Ticaret Örgütü: Kamu İhalelerine Dair Anlaşma

Kamu ihalelerine ilişkin Dünya Ticaret Örgütü (WTO)[12] tarafından hazırlanan "Kamu İhalelerine Dair Anlaşma" ana hatlarıyla, ihale sözleşmelerinin taşıması gereken özelliklere yer vermektedir. Önemli ihale ilkelerini belirlemiş bulunmaktadır. Anlaşmada, hukuk sistemleri farklı olsa da, taraf olan her ülkenin ihale sisteminde yer vermesi gereken ortak ilke ve yasaklar[13] düzenlenmiştir. Ayırımcılık yapmamak, anlaşmanın temel ilkesidir. Örneğin teknik şartnameler, uluslararası ticarete gereksiz engeller yaratmak için yürürlüğe konulup, uygulanmayacaktır. Ayrıca firmaların derecelendirilmesinde kuruluşlar, diğer ülkelerin firmaları veya yerli firmalar arasında bir ayırım yaratmayacaktır. Ulusal kayırma ve ayırımcılık yapmamak ilkesi, diğer imzacı ülkelerin firmaları ile mal ve hizmetlerine derhal ve koşulsuz olarak uygulanacak[14] nitelik taşımaktadır.

"Ulusal muamele" ve "ayrımcılık yasağı", Anlaşma'nın 3. maddesinde yer almaktadır. Buna göre Anlaşma kapsamında olan kamu ihalelerinde, mal ve hizmet sağlayan yabancı istekli/tedarikçilerin, yerli istekli tedarikçilere göre daha az desteklenmesi yasaktır. Bir başka ifadeyle yabancı ihale isteklileri ile yerli istekliler arasında ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır.

Ulusal muamele, yabancı mal, hizmet ve tedarikçilerin yerli rakiplerine ve muadillerine göre daha az desteklenmesinin yasaklanması anlamını ifade etmektedir. Yerli üreticiler lehine fiyat ya da başka bir avantaj getirilemeyeceğini kabul etmek, kamu ihalelerinde uluslararası anlamda rekabetin gerçekleşmesi amacı taşımaktadır. Dolayısıyla ülkeler, kendi sınırları içerisindeki firmalar

10 26 Şubat 2014 tarihli 2014/24/EU sayılı Yönerge, md.67/(4), ABRG, 28.03.2014, s. 94-134.

11 26 Şubat 2014 tarihli 2014/24/EU sayılı Yönerge, md.41/(2), ABRG, 28.03.2014, s. 94-120.

12 WTO'nun 160 üyesi bulunmaktadır. Son katılan üye 30 kasım 2015 'te örgüte dahil olan Kazakistan dır. Üyeler; Antigua ve Barbuda, Arjantin, Avustralya, Avusturya, Bahreyn, Bangladeş, Barbados, Belçika, Belize, Bolivya, Botsvana, Brezilya, Brunei, Burkina Faso, Burundi, Cape Verde, Kanada, Orta Afrika Cumhuriyeti, Şili, Kazakistan, Kolombiya, Kosta Rika, Fildişi Sahilleri, Kazakistan, Küba, Kıbrıs, Kırgızistan, Çin Halk Cumhuriyeti, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Cibuti, Dominik, Dominik Cumhuriyeti, Mısır, El Salvador, Estonya, Finlandiya, Fransa, Gabon, Almanya, Gana, Yunanistan, Grenada, Guatemala, Gine, Yeni Gine, Guyana, Honduras, Hong Kong, Macaristan, İzlanda, Hindistan, Endonezya, İrlanda, İsrail, İtalya, Jamaika, Japonya, Kenya, Kore Cumhuriyeti, Kuveyt, Lesoto, Lihtenştayn, Lüksemburg, Makau, Madagaskar, Malavi, Malezya, Maldivler, Mali, Malta, Moritanya, Mauritius, Meksika, Fas, Mozambik, Myanmar, Namibya, Hollanda, Hollanda Antilleri, Yeni Zelanda, Nikaragua, Nijerya, Norveç, Pakistan, Paraguay, Peru, Filipinler, Polonya, Portekiz, Romanya, Saint Lucia, St. Vincent ve Grenadinler, Senegal, Sierra Leone, Singapur, Slovakya, Slovenya, Güney Afrika, İspanya, Sri Lanka, Surinam, Swaziland, İsveç, İsviçre, Tanzanya, Tayland, Togo, Trinidad ve Tobago, Tunus, Türkiye, Uganda, Birleşik Krallık, ABD, Ukrayna, Uruguay, Venezuela, Zambiya, Zimbabve, Rusya, Karadağ, Tacikistan, Vanuatu, Yemen, Samoa , Moğolistan ve Laos Demokratik Halk Cumhuriyeti'dir.

13 Ortak ilke ve yasaklar; ulusal muamele (m. 3) ve ayrımcılık yasağı (m. 3/2), offset yasağı (m. 16), saydamlık (m. 17), en çok gözetilen ulus muamelesi olarak belirtilebilir. Bu anlamda, Anlaşmanın temel ilkeleri, "ulusal kayırma ve ayırımcılık yapmamak" ile "saydamlık"tır.

14 Özkan Gürsel, Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 64.

arasında yabancı mülkiyetinin düzeyine göre bir ayrım yapamaz. Aynı şekilde bu firmalar arasında sundukları mal ve hizmetin üretildiği ülkeye göre de bir ayrım yapılamaması ulusal muamele yasağı kapsamına girmektedir. Yine bütün ülkelere aynı muamele yükümlülüğü getiren, yani farklı ülkelerden gelen tedarikçiler arasında ayrımcılık yapılmasının yasaklanması da en çok gözetilen ulus muamelesi demektir[15].

Bu yükümlülükler merkezi kamu kuruluşlarının mal ve hizmet alımlarının çoğunda uygulanmaktadır. Ancak taraflar merkezi olmayan kamu kuruluşları ve diğer kamu kuruluşlarının kamu ihalelerinde, karşılıklılık ilkesine dayalı olarak en çok gözetilen ulus muamelesi ilkesinden ayrılabilmektedir. Nitekim bazı ülkeler, küçük işletmeler için fiyat avantajı ya da başka avantajlar sağlama haklarını saklı tutmaktadırlar. En çok gözetilen ulus muamelesi ilkesi, Anlaşma'ya taraf olan bütün ülkelere ihalelerle ilgili aynı muamele yükümlüğünün getirilmesi ve farklı taraf ülkelerden gelen tedarikçiler arasında ayrımcılık yapılmasının yasaklanmasını içermektedir .

Kamu ihalelerinde 'offset' adı verilen kavram; yerli girişimciyi güçlendirme, yerli üretime bağlı olarak ödemeler dengesinin geliştirilmesi, teknolojinin lisanslı hale getirilmesi, yatırıma ilişkin ihtiyaçlar ve benzeri ihtiyaçlarla ilgili kullanılan ölçütler ifade edilmekte, yerli ve yabancı ihale isteklileri arasında denge kurulması amaçlanmaktadır.

Yine DTÖ tarafından, yerli katkı payına öncelik veren tercihler yasaklanmaktadır. Anlaşma'ya[16] göre offset yasağı, ihale sürecine katılmada göz önünde bulundurulması gereken niteliklerin belirlenmesinde esas alınmaktadır. Anlaşmada kamu kuruluşlarının, tedarikçiler ile mal ve hizmetlerin yeterlik ve seçimlerinde veya tekliflerin değerlendirilmesinde ve ihalenin sonuçlandırılmasında; yerli üretimin desteklenmesi ya da ödemeler dengesinde iyileştirme amacıyla lisanslı teknoloji, karşılıklı ticaret, yatırım koşulu veya yerli katkı payı gibi önlemleri zorunlu kılması yasaklanmıştır. Dolayısıyla herhangi bir ayrımcılık içermese bile kamu ihalelerinde bu tip ön koşullara yer vermek, hem daha az firmanın ihaleye katılması sonucunu doğurduğu için rekabeti olumsuz etkilemekte ve hem de bunun bir sonucu olarak, kamu alımlarında etkinlik ve uygun fiyat ilkeleri gerçekleştirilememektedir. Ancak her ne kadar anlaşmalar tarafından yasaklanmış olsa da eşik değerlerin altındaki kamu ihalelerinde bu yasak uygulanamamaktadır.

Gelişmekte olan ülkelerin DTÖ Kamu Alımları Anlaşmasına (WTO-GPA) taraf olma müzakereleri sırasında, yerli ürün içerme koşulu gibi offset kullanımını, üyelik koşulu olarak öne sürmesine izin verilmektedir. Bu koşullar, ekonomik kalkınma programlarının uygulanması aşamasında ödemeler dengesinin iyileştirilmesi ve uluslararası rezervlerin korunması, ulusal endüstrinin geliştirilmesi sadece kamu ihalelerine dayalı sektörlerin desteklenmesi ve iktisadi kalkınma amacıyla gelişmekte olan ülkeler arasındaki işbirliklerinin desteklenmesi olarak sıralanabilir. Bu çerçevede şimdiye kadar sadece İsrail, offset istisnası konusunda pazarlık yapmıştır[17].

Ancak bilinmelidir ki bu izin, özellikle gelişmekte olan ülkelerin Anlaşmaya taraf olmasını teşvik etmek amacıyla ve sadece müzakereler sırasında taraf ülkeler ile üzerinde uzlaşılan konularda ve koşullarda kullanılmak üzere verilmektedir. Ayrıca offset, sadece ihalelere katılımda yeterliliğin belirlenmesi için değerlendirilmekte ihalenin verilmesi kriteri olarak kullanılamamaktadır[18].

b) Birleşmiş Milletler: Model Kanun

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu; devletler arasında uluslararası ticari işbirliğinin, dostça ilişkilerin geliştirilmesi ile barış ve güvenliğin tesisinde önemli bir faktör olduğunu belirtmiş,

15 Uz, s. 74.

16 Madde 16/2: "... Bu gereklilikler, sadece ihale sürecine katılabilecek nitelikte olanlar için uygulanabilir ve bunlar ihalenin bir kişiye verilmesindeki bir ölçüt olamaz".

17 GRIER Jean Heilman (2), Japans Implemmentation of the WTO Agreement on Government Procurement, University of Pancilvania Journal of International Economic Law, S.17, C.2, 1996, s. 611; Uz, s.75 dipnot 49.

18 Sorensen Sandra,Senger Matthew, http://www.epsu.org/affiliates/default.cfm, Importance of Good Public Procurement, http://www.intracen.org/ipsms/import/ ppimprt.htm.

uluslararası ticarete ilişkin konularda devletlerin farklı yasalar benimsemiş olmalarının, dünya ticaretinin gelişmesinde önemli bir engel oluşturduğu açıklanarak, dünya ticaretinde mevcut hukuki engellerin azaltılması ve ortadan kaldırılmasında, Birleşmiş Milletler Örgütü'nün daha aktif bir rol alması gerektiğini vurgulamıştır[19].

BM Antlaşmasının 1. maddesinde gösterilen amaçlar doğrultusunda BM Genel Kurulunca 1966 yılında kurulmuş olan BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu[20] (UNCITRAL), üye devletler arasındaki ekonomik işbirliğini geliştirme amacıyla ihale kanunu modeli çalışması yapmıştır.

1994 Model Kanunu, ihale kanunu reformu ulusal kriterleri belirleyen rekabet, saydamlık, adalet, ekonomi ve verimliliği amaçlayan ihale süreci öngörmektedir. Verimlilik ve rekabeti teşvik, aynı zamanda, dürüstlük, güven, adalet ve saydam ihale sürecini esas almaktadır. 1 Temmuz 2011 tarihinde BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından kabul edilen Kamu İhale Model Kanunu (BM belgesi, A / 6/17 Ek I) da, ihalelerde tasarruf ve verimliliğin maksimize edilmesini teşvik etmek, ayrımcılığı önlemek suretiyle milliyeti ne olursa olsun tedarikçi ve yükleniciler tarafından ihaleye katılımı sağlamak, tedarikçi ve yükleniciler arasındaki rekabeti gerçekleştirmek için tüm tedarikçilere adil ve eşit muamele sağlanması ve ihale sürecine ilişkin saydamlığın gerçekleştirilmesi amaçlarını taşımaktadır.

Model Kanun; ilgili devlete, savunma ve güvenlik alımlarına ilave olarak, mevzuatta açıkça belirtilmiş olmak kaydıyla ulusal önceliklerine göre diğer sektörlerdeki kamu ihalelerini de istisna tutabileceği konusunda serbesti tanımıştır. Yine ilgili devletin uluslararası yükümlülükleri ve iki ya da çok taraflı yardım anlaşmalarının Model Kanun hükümlerinden önce geleceği belirtilmişti. Dolayısıyla bu anlaşmaların içermiş olduğu hükümlerin öncelikle uygulanması gerekebileceği durumlarda esneklik sağlanmıştır[21].

Kamu ihaleleri yoluyla tasarruf sağlanması gibi ulusal hedeflerin gerçekleştirilmesi, gizliliğin uygulama alanı bulmasına zemin hazırlamakta, ülkelerin yaptıkları ayrımcılığı gizlemelerine fırsat verilmektedir. Bu nedenle Model Kanun temel kuralları ayrıntılı bir biçimde düzenleyici çerçeve kurallar belirlemiş ve uygulanma zorunluluğunu düzenlemiştir.

Model Kanun'da temel ihale ilkesi olarak, uyrukluğa dayalı ayrımın önlenmesi, ayrımcılık yapılmasını engellemek suretiyle ihalelerde rekabetin gerçekleşmesinin sağlanması amaçlanmıştır.

2. Bölgesel Düzenlemeler

Pek çok ulusal düzenleme, kamu ihalelerinde yerli tercih uygulamasına izin verirken bölgesel düzeyde yapılan anlaşmalar, diğer bölge ülkelerinden tedarikçilerin de yerli tedarikçilerle aynı koşullarda ihalelere katılabilmesi konusu üzerinde önemle durmaktadır. AB, NAFTA ve APEC gibi bölgesel işbirliği düzenlemeleri kamu ihalelerinde hem yerli istekliler arasında ayrımcılığı yasaklamakta hem de diğer bölge ülkelerinden katılanlara da eşit muamele edilmesini zorunlu kılmaktadır[22].

a) Avrupa Serbest Ticaret Birliği (EFTA): Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması

Avrupa Serbest Ticaret Birliği (EFTA), AB üyesi ülkeler arasında ticaretin serbestleştirilerek büyümenin sağlanması ve Batı Avrupa ülkeleri ile ekonomik işbirliğinin geliştirilmesi amacıyla, savaş sonrası Avrupa'nın ekonomik olarak yeniden yapılandırılması için ortaya konulan Marshall

19 Ünel Nehir, "Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu",www.mfa.gov.tr/data/kutuphane/yayınlar/.../sayi32.

20 BM Genel Kurulu'nun 17.12.1966 tarihli ve 2205 (XXI) sayılı kararı ile uluslararası ticaret hukukunun uyumlaştırılmasını ve modernleşmesini teşvik amacıyla, BM Genel Kurulu'na bağlı bir alt organ olarak kurulmuştur.

21 Özkan, s.71.

22 Uz, s.64.

Planının uygulamaya konulması için oluşturulmuştur[23]. Anlaşmada EFTA üyesi ülkelerin, AB Müktesebâtını kendi iç hukuklarında uygulanabilir hale getirmeleri ilk hedef olarak ortaya konulmuş olup kamu ihaleleri ile ilgili AB düzenlemeleri de bu kapsamda yer almaktadır.

Anlaşmada yer alan kamu ihaleleri ile ilgili düzenlemelerin başlıca amacı belli eşik değerlerin üzerindeki kamu alımlarında belli ihale usullerinin uygulanmasıdır. Böylece EFTA içerisinde kurulmuş olan bütün tedarikçiler, hizmet sunucuları ve taahhüt firmaları, eşit muamele görebilecektir.

Geleneksel olarak, AB üyesi olmayan ülkeler, EFTA için üçüncü ülke sayılmakta ve bu ülkelerle karşılıklı ticaretin serbestleştirilmesine yönelik ikili anlaşmalar imzalanmaktadır. Türkiye ile de 1991 yılında bir anlaşma imzalanmıştır. Bu Anlaşmanın 14. maddesi kamu ihalelerini düzenlemektedir. Buna göre taraflar; kamu ihale piyasasının karşılıklı serbestleştirilmesi, kamu kuruluşları, kamu teşebbüsleri ile özel ve münhasır hak sahibi özel teşebbüslerin kamu ihalelerinde taraf ülkelerin tedarikçilerine ayrımcılık uygulanmaması ve saydamlık konusunda yükümlülük altına girmiştir.

b) Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması: NAFTA

ABD, Kanada ve Meksika arasında ticaretin serbestleştirilmesi amacıyla imzalanmış olan ve 1 Ocak 1994 tarihinde yürürlüğe giren NAFTA'nın (North American Free Trade Agreement) 2008 yılında tamamen uygulanması planlanmıştır[24]. NAFTA'nın kamu ihaleleri ile ilgili 10. Bölümü, 1001-1025 madde numaraları aralığında yer alan 25 madde ve eklerden oluşmaktadır[25].

Anlaşmaya göre taraflar, diğer üye ülkelerin mal ve hizmetlerine karşı ayrımcılık yapamayacak ve bütün tedarikçilere ulusal muamele ilkesi uygulanacaktır (m. 1003). Kamu ihaleleri için diğer taraf ülkelerden ithal edilen mallara yönelik olarak, normalin dışında farklı bir menşe kuralı uygulanmayacaktır (m. 1004). Ayrıca taraflar, kuruluşlarca yapılacak kamu ihalelerinde, mal ve hizmet sunucularının yeterlik ve seçiminde, tekliflerin değerlendirilmesi ve sözleşmenin imzalanmasında, yerli gelişmenin teşviki ya da ödemeler dengesinin iyileştirilmesi amacıyla yerli katkı payı, teknoloji lisansı, yatırım, karşılıklı ticaret v.b. gibi araçlarla offset uygulanmayacağı güvencesi vermişlerdir (m. 1006).

İhale usulleri konusunda; istekliler arasında ayrımcılığa yol açmamak, ihale ilanından önce bilgiye eşit ulaşım, ilke olarak ortaya konulmuş (m. 1008), kural olarak açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü benimsenmiş olmakla birlikte, belli koşullar altında tek kaynaktan temin yönteminin de uygulanabileceği belirtilmiştir[26].

c) Avrupa Birliği

Avrupa Birliği'nde ihaleler ile ilgili düzenlemelerin temeli 1957'de imzalanan Roma Anlaşması'na dayanmaktadır. Bu anlaşmada ihale ile ilgili olarak; ihaleye katılanların ve katılmak isteyenlerin milliyetine göre ayrımcılık yapılmaması ve üye ülkelerin vatandaşlarının birbirlerinin ihalelerine girmesindeki engellerin en aza indirilmesi gerektiği gibi genel ifadelere yer verilmiştir. Avrupa Birliği'ni kuran Roma Antlaşması ve onun bazı hükümlerini değiştiren Maastricht,

23 Avrupa Ekonomik İşbirliği Örgütü üyesi ülkelerden; Avusturya, Danimarka, İngiltere, İsveç, İsviçre, Norveç ve Portekiz'in yer aldığı yedi ülke tarafından kurulmuştur. 4 Ocak 1960 tarihinde imzalanıp ulusal meclislerin onayından sonra 3 Mayıs 1960 tarihinde yürürlüğe giren EFTA'ya üye ülkeler ayrılmalardan sonra İsviçre, İzlanda, Lehistan ve Norveç'ten oluşmaktadır. 1 Ocak 1994 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması 129 maddeden oluşmakta ve taraf ülkeler arasında mal, hizmet, kişiler ve sermayenin serbest dolaşımı ve rekabetin korunmasına yönelik düzenlemeler içermektedir.

24 ABD ve Kanada için 10. Bölümde getirilen yükümlülükler, 1979 GATT Kamu Alımları Kodu ve ABD-Kanada Serbest Ticaret Anlaşması uyarınca daha önceden yerine getirilmiş, Meksika ise kamu alımlarında ayrımcılığın yasaklanması konusunda ilk defa yükümlülük altına girmiştir.

25 Özkan, s. 76.

26 Uz, s. 120.

Amsterdam ve Nice Antlaşmaları gibi Avrupa Topluluğu hukukunun birincil kaynağı olan Topluluk Antlaşmaları'nda[27] kamu ihaleleri konusunu doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır.

Anlaşmada yer alan ayrımcılık uygulanmasının yasaklanması, malların serbest dolaşımını sınırlandıran önlemlerin yasaklanması, bir ülkede kurulu olan bir şirketin diğer bir üye ülkede de faaliyet yapmasının serbestliği, üye devletler arasında hizmetlerin serbest dolaşımı, sınırlayıcı ticari uygulamaların yasaklanması, hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanması ve üye devletlerin kamu ihalelerindeki sorumluluğuna ilişkin kurallar[28] kamu ihaleleri konusunda uyulması gereken temel ilkeleri içermektedir. Ancak bu kurallar, üye devletlerin kamu hukuku sistemlerinin ve mevcut kamu ihale mevzuatının farklılıklarını gidermeyi sağlayamamış, tek başına kurucu antlaşmalardaki bu genel hükümlere dayanılarak kamu piyasalarının düzenlenmesi gerçekleştirilememiştir.

Bu nedenle, Topluluk kurumları, kamu piyasalarını düzenlemek için yönerge çıkarma yolunu seçmişlerdir. Kamu ihalelerine ilişkin düzenlemeler, Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın ulusal mevzuatların uyumlaştırılmasına ilişkin 94 ilâ 97. maddeleri esas alınarak yapılmaktadır.

AB Antlaşması'nın kamu ihalelerine hukuksal dayanak oluşturan kuralları, malların serbest dolaşımı, şirket kurma hakkı, hizmet sunma özgürlüğü, tabiiyetinden (milliyetinden) dolayı ayrımcılık yapmaya ilişkin genel yasak (ayrımcılık yapmama) olarak sıralamak mümkündür. AB Antlaşması'nda da, kamu ihalelerinde üye ülkelerce uyulması gereken kurallar eşit muamele, ayrımcılık yasağı, saydamlık ve karşılıklı tanıma olarak belirlenmiştir.

İhale yapan kurum ve kuruluşların, ekonomik operatörlere, eşit bir şekilde ve ayrımcılık yapılmaksızın muamelede bulunması ve işlemleri saydam bir şekilde yürütmesi gerekmektedir. Kendilerine bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi konusunda özel ya da münhasır haklar tanınan kuruluşlar da faaliyetlerinin gerektirdiği alımları yaparken ihalelerde üçüncü taraflara ayrımcılık yapmama ödevi altında bulunmaktadır. Ayrıca ihaleyi yapan kuruluşlara, ihale sürecinde öğrendikleri, isteklilerin teknik ve ticari sırlarını başkalarına açıklama yasağı getirilmiştir. Bunun dışında, ihaleyi yapan kuruluşlar, çerçeve sözleşmeyi, rekabetten kaçınmak, rekabeti sınırlandırmak ya da bozmak amacıyla kötüye kullanamayacaktır.

Yönergelerde ayrımcılık yasağına birçok kez vurgu yapıldığı görülmektedir. Ayrımcılık yasağından bu denli çok söz edilmesi nedensiz değildir. Çünkü ulusal çıkar kaygısı, bölgesel tercihler, kayırmacılık, sınır aşırı ihalelere karşı yürütülen yerel lobi faaliyetleri büyük miktarlara ulaşan ve ülke ekonomilerinde önemli bir yer tutan kamu ihalelerinin yabancılara verilmesinin önündeki önemli engellerdir.

Ayrımcılık yasağı, 2004/18/EC sayılı Yönergenin çeşitli hükümlerinde düzenlenmiş, 2004/17/EC sayılı Yönergede ve 2014/24/EU ve 2014/25/EU sayılı Yönergelerde de benzer düzenlemeler yer almıştır. 2004/18/EC sayılı Yönergesini yerine Avrupa Parlamentosu ve Konseyince kabul edilerek 26 Şubat 2014 tarihli olarak yürürlüğe giren 2014/24/EU sayılı

27 Bu antlaşmalar kısaca şöyledir: Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğunu (AKÇT) kuran antlaşma, 18 Nisan 1951'de Paris'te imzalanmıştır. 23 Temmuz 1952'de yürürlüğe girmiştir ve 23 Temmuz 2002'de son bulmuştur. Avrupa Ekonomik Topluluğunu (AET) kuran antlaşma, 25 Mart 1957'de Roma'da imzalanmıştır ve 1 Ocak 1958'de yürürlüğe girmiştir. Avrupa Atom Enerjisi Topluluğunu (Euratom) kuran antlaşma, AET antlaşması ile Roma'da imzalanmıştır. Maastrich Antlaşması (Avrupa Birliği Antlaşması-ABA) 7 Şubat 1992'de imzalanarak 1 Kasım 1993'te yürürlüğe girmiştir. Topluluğun adını Avrupa Birliği olarak değiştiren ve dönüştüren Maastricht, mevcut üç topluluğu ortadan kaldırıp onların yerine geçmemiş, aksine kısmen üç topluluk üzerine kurulmuştur. Daha sonra 1997 Amsterdam Antlaşması ile hem ATA'da hem ABA'da değişiklikler yapılmıştır. AAETA, AKÇTA ve ATA yürürlüktedir. Ancak Avrupa Hukukunun temel metni, Maastrich ve Amsterdam antlaşmaları ile değiştirilen 1957 – Roma Anlaşması- Avrupa Topluluğu Antlaşması'dır.

28 Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın 3 (b) maddesinde, "iç pazarın işleyişi için gerekli olan rekabet kurallarının oluşturulması" hususnda Avrupa Birliğinin yetki sahibi olduğu kurala bağlanmıştır. Yine ayrımcilik yasağını düzenleyen 18. maddesi, malların serbest dolaşımına ilişkin 28. maddesi, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımını düzenleyen 45 ila 66. maddeleri ve rekabete ilişkin kuralların yer aldığı 101 ila 113 maddeleri ihale ilkelerine ilişkindir.

Yönergenin 18. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, ihale makamları ekonomik aktörlere ayrımcılık yapmadan eşit muamele yapmalı ve saydam ve orantılı hareket etmelidir[29].

Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma (TFEU)'da[30] yer alan özellikle malların serbest dolaşımı, yerleşme özgürlüğü, iş kurma serbestisi, hizmet sağlama özgürlüğü ile eşit muamele, ayırım gözetmeme, karşılıklı tanıma, orantılılık ve saydamlık ile bunlardan kaynaklanan ilkelere uymak zorunludur. Belli bir miktarın üstündeki kamu ihaleleri için, bu ilkelerin pratikte de uygulanmasının sağlanması ve kamu ihalelerinin rekabete açık olması için ulusal prosedürlerde önlemler alınması gerekmektedir[31]. Bu anlamda üye devletlerin, kamu hukukuna tabi bir kuruluşun, bir kamu ihalesinde istekli olarak yer almasının özel sektördeki istekliler açısından rekabeti önleyici bir durum teşkil etmemesini sağlaması da gerekmektedir.

3. Türk Hukukunda Durum

4734 sayılı Kanun'un 6/2/2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanunla değişik "Yerli istekliler ile ilgili düzenlemeler" başlıklı 63. maddesinde, hizmet alımı ve yapım işi ihalelerinde yerli istekliler lehine, mal alımı ihalelerinde ise Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile diğer ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak orta ve yüksek teknolojili sanayi ürünleri arasından belirlenen ve her yıl ocak ayında Kurum tarafından ilan edilen listede yer alan malların ihalelerinde Kurum tarafından yerli malı teklif eden istekliler lehine % 15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanmasının zorunlu olduğu, yaklaşık maliyeti eşik değerlerin altında kalan ihalelere ise sadece yerli isteklilerin katılabilmesi hususlarında ihale dokümanına hüküm konulabileceği, ayrıca ortak girişimlerin yerli istekli sayılabilmesi için bütün ortaklarının yerli istekli olmasının gerekli olduğu hüküm altına alınmıştır.

4734 sayılı Kanun'un 63. madde hüküm ile ilgili Uygulama Yönetmelikleri ve Kamu İhale Genel Tebliği'nin yanı sıra Düzenleyici Kamu İhale Kurulu Kararları ile ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Ayrıca 6 Eylül 2011 tarihli ve 28046 sayılı Resmi Gazete'de yerli ürün kullanılmasını teşvik eden 2011/13 sayılı Başbakanlık Genelgesi yayımlanmıştır[32].

Yerli istekli kavramı, 4734 sayılı Kanun'un 4. maddesinde *"Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı gerçek kişiler ile Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişilikler"* olarak tanımlanmış; ancak yabancı istekli kavramı tanımlanmamıştır.

Her devletin, kendi iç hukukunda, kimlerin kendi vatandaşı olabileceğini, vatandaş olmanın sağladığı hakları ve yükümlülüklerin neler olduğunu düzenleme yetkisine sahip olduğu bilinmektedir. Anayasanın 66. maddesinde, Türk Devleti'ne vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkesin Türk olduğu belirtildikten sonra, vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesine ilişkin şartların

29 26 Şubat 2014 tarihli 2014/24/EU sayılı Yönerge, m. (18/1), ABRG, 28.03.2014, s. 94/105.

30 Antlaşma metni için bkz. Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma, T.C. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, Ankara, 2011, www.abgs.gov.tr

31 26 Şubat 2014 tarihli 2014/24/EU sayılı Yönerge, Paragraf (1), ABRG, 28.03.2014, s. 94/65.

32 2011/13 sayılı Başbakanlık Genelgesi'nde "Tasarruf ve rekabet ilkelerine uygun hareket edilmesi kaydıyla, ülkemiz ihtiyaçlarının yerli ürünlerden karşılanması ekonomimiz açısından büyük önem taşımaktadır. Bu çerçevede, mevzuatımızda yerli ürün kullanımına yönelik mevcut hükümlerin uygulanmasına özen gösterilmesine ilave olarak, kamu kurum ve kuruluşlarınca gerçekleştirilecek mal alımlarına ilişkin uygulamalarda; 1. Teknik şartnamelerde Türkiye'de üretilen ürünlerin teklif edilmesini engelleyen düzenlemelerin yapılmaması, 2. Kamu ihale mevzuatına aykırı olarak, isteklilerin ithal ürün ya da belirli bir ülkenin malını teklif etmesine yönelik düzenlemelerin yapılmaması, 3. Ürünlere ilişkin olarak yabancı belgelendirme kuruluşları tarafından düzenlenen ve zorunlu olmayan belgelerin ihale dokümanlarında aranmaması, 4. İthal ürün teklif eden isteklilerin yurt dışında mal teslim edebilmelerine imkan tanınması durumunda, teslim yeri, navlun, gümrük ve vergi giderleri gibi unsurların tekliflerin değerlendirilmesinde nasıl dikkate alınacağına dair ihale dokümanlarında düzenlemelerin yapılması, 5. İthal ürün teklif eden isteklilere mal tesliminden önce akreditif açılarak ön ödeme yapılmasına imkan tanınması durumunda, Türkiye'de üretilen ürünleri teklif eden isteklilere de avans ödemesi yapılmasına yönelik ihale dokümanlarında düzenleme yapılması, hususlarının dikkate alınarak, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki alımlar ile Devlet Malzeme Ofisinden gerçekleştirilecek alımlarda öncelikli olarak Türkiye'de üretilen ürünlerin tercih edilmesini ve kamu kurum ve kuruluşları yöneticilerinin bu konuda gereken duyarlılığı göstermelerini önemle rica ederim." açıklaması bulunmaktadır.

kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Türk Vatandaşlık Kanununa göre, Türk vatandaşlığını kazanmayan ya da Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler, yabancı kişi konumundadır.

Anayasanın 16. maddesine göre, *"Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir".* Bu hükme göre 4734 sayılı Kanun ile yabancı isteklilerin bazı ihalelere katılmalarına sınırlama getirilmesinin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyecektir. Ancak Anayasanın 90. maddesinde yer alan "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz" hükmü uyarınca, eğer ikili veya çok taraflı uluslar arası anlaşma yapılırsa, 4734 sayılı Kanun'un 63. maddesi hükmü etkisiz kalacaktır.

Sonuç

Kamu ihalelerinde yabancı firmaların ulusal piyasaya girmesinin olumlu etkileri bulunmaktadır. Bu etkilerin başında kamu sektörünün en ucuz ürün veya hizmeti sunan (yabancı) tedarikçiden alım yapmasına fırsat sunmak suretiyle 'statik ticaret etkisi' ortaya çıkmaktadır. Yine 'rekabet etkisi' ile rakipleri artan yerli firmalar kamu sektörüne daha rekabetçi fiyatlar sunmak durumunda kalacaktır. Ayrıca 'yeniden yapılanma etkisi' söz konusu olacak ve yeni rekabet koşulları altında sektörde yaşanan dönüşümün sonucunda uzun vadeli ölçek ekonomileri ortaya çıkacaktır.

Bu etkiler, kamu sektörünün en iyi değeri elde etmesini kolaylaştıracak ve artan rekabetin dinamik etkileri yerli firmaları yenilikçilik, yatırım ve büyüme konusunda motive edecektir. Yabancı isteklilerin kamu ihale piyasasına erişiminin doğrudan veya dolaylı olarak engellenmesi, katılımcı sayısının azalmasına neden olacağından rekabeti azaltacak ve alım maliyetlerini arttıracaktır.

Kamu ihalelerinde rekabetin sağlanması için öncelikle gerek ikili gerekse çok taraflı anlaşmalar yapılması ve ayrımcılık yasağının bu yolla engellenmesi gerekmektedir. Uluslararası alanda ekonomik ilişkilerin geliştirilmesi bu alandaki hukukun tedrici bir şekilde uyumlaştırılması ve yeknesaklığın sağlanmasının teşvik edilmesi ayrıca önem taşımaktadır. Çünkü uluslararası alanda ekonomik işbirliği karşılıklı olarak hukukun uyumlaştırılması ve yeknesaklığının sağlanması, uluslararası ticareti kolaylaştıran kanunların yapılmasını ve kabul edilmesini gerektirmektedir.

Gerek ikili gerekse çok taraflı uluslar arası anlaşmalar yapmak suretiyle 4734 sayılı Kanun'un 63. maddesi varlığını sürdürürken milletlerarası anlaşma yapılması halinde taraf ülkelere uygulanmayabilecektir. Dolayısıyla karşılıklılık/mütekabiliyet kuralı uyarınca yapılacak milletlerarası anlaşmalar ile kamu ihalelerinde ayrımcılık yapılmamasını ulusal muamele ilkesinin uygulanmamasını sağlamak söz konusu olabilecektir.

Bu süreçte uluslar arası anlaşmaların; karşılıklı hak ve çıkar dengesine ve uluslar arası hukuka bağlı kalmak koşuluyla yürütülecek çalışmalarda, öncelikle özel hukuka[33] ilişkin uyumlaştırmaya hız verilmesi uygun olacaktır. Şurası kaçınılmazdır ki, ekonomik, sosyal ve siyasal birliktelik için vazgeçilmez şart hukukî uyumdur.

33 Özkan Gürsel, "Türk Birliği İçin Avrupa Topluluğu Örneği", Toplum Yönetimi ve Hukuk Komisyonuna Sunulan Tebliğ, 6. Türk Devlet ve Toplulukları Dostluk, Kardeşlik ve İşbirliği Kurultayı, 20-22 Mart 1998 , Bursa, s. 131-135.

NATIONAL TREATMENT AND THE PROHIBITION OF DISCRIMINATION IN PUBLIC PROCUREMENT

Assoc. Prof. Gürsel Özkan *

I. Introduction

Being the most fundamental element of the procurement system, competition is essential in the sense of both enabling the access of entrepreneurs to the market equally, and the productive use of public funding. It is obligatory for public administrations to acquire tender items through a competitive system in order for an effective public procurement system to be constituted.

It has gradually increased in value on a both national and global level to constitute the competition in public tenders. However, there are some obstacles in the way of ensuring the competition in tenders. These obstacles may be the result of some practices run openly or implicitly by governments, as well as the circumstances of the market itself and some practices of the tenderers.

There may be political grounds for governments' discrimination for the benefit of national firms by creating artificial obstacles in foreign firms' entry to the market in the public procurement market, such as supporting the national economy or protecting the national firms from the competition with foreign firms[1]. This type of protection policy prevents the liberalization of public procurement markets, thereby prevents the creation of options for products and services with broader, more diverse and more competitive prices.

In tenders conducted by the private sector, companies try to make decisions that will earn them the best possible agreement, and it is a known fact that they cannot compete in the long run if this isn't the case. Hence, the public procurement system must make sure that there is no obstacle in contracting parties using the capital in the most productive and effective way within the scope of certain rules. In this regard, the public procurement system must be of transparent nature and must rely on the principles of "equal treatment" and "avoidance of disruptive practices", and the legal regulations must include covenants against discrimination.

Undoubtedly, it is quite important that national markets are formed in a more competitive environment by means of making both bilateral international agreements and multilateral regional agreements.

II. National Treatment and Prohibition *of* Discrimination

National treatment refers to the prohibition of supporting foreign goods, services and suppliers less than their domestic competitors and counterparts, in other words, it refers to the non-discrimination between foreign goods, services and suppliers and domestic goods services and suppliers. Recognizing that a price advantage or any other advantage cannot be brought for the benefit of domestic manufacturers has the aim of realization of international competition in public tenders. Likewise, the non-discrimination of the goods and services provided in terms of the countries in which they were manufactured is within the scope of the national treatment prohibition. Again, the prohibition of discrimination among suppliers of different countries, which imposes the obligation of equal treatment towards all countries, also refers to the most favoured nation treatment.

Public tenders are the most protective field in terms of international trade. Domestic

* Member of the Council of State.

1 Ünübol Neyzar, Kamu Alım Politikalarının Etkinliğinde Rekabetin Rolü: Rekabetin Korunması, Sağlanması ve Rekabet Savunuculuğu, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No. 119, December 2012, p. 55.

tendering policies in public procurement are implemented in most countries. Price advantages, purchase from a single source, offsets, local content criterion and national and regional preference practices are examples of non-competitive procurement methods[2].

The national treatment and discrimination prohibition refers to the reflection of the "principle of equality", one of the main principles of law, on the international procurement law. Because one thing to mind in implementing this principle is that one of the tenderers participating in public tenders is a "foreign company established within the borders of the country in which the tender is made". It is not possible to apply this principle to a company that is not an establishment in a foreign country where the tender is held. For example, when the foreign company K established in State A participates in a public tender held by an administration in State A, if State A has approved and transpositioned the Agreement on Public Procurement of the World Trade Organization, due to the principle in article 3 of this Agreement, advantages and privileges for the benefit of the local tenderer shall not be created by the administration lodging the tender. Company K shall take part in the procurement process under equal terms with local tenderers [3].

The "element of foreignness" in the national treatment and prohibition of discrimination refers to the foreign companies (tender supplier) within the borders of the country lodging the tender, and the most favoured nation treatment principle aims to prevent discrimination which may occur among countries. For example, if Countries A, B and C, all of whom accede to an agreement, have participated in a tender in Country D; Country D cannot discriminate among Country A, B or C in any way in the procurement process.

Mutual recognition principle is important in terms of putting the non-discrimination law into practice. The mutual recognition principle means in the European Union law that a member state cannot ban the sale within its borders of products produced and marketed in other Member States in accordance with the law, even if these are manufactured according to different technical specification and qualification definitions than those required in their own commodities[4]. In this sense, it requires Member State administrations to accept products and services that are provided by other community member states and meet the legal requirements, and means that, the diplomas granted to the persons in a Member State be recognized by other member state administrations, in connection to the acceptance that technical features found appropriate for the related product and service, and other sufficiencies are of equivalent qualification[5].

The mutual recognition principle, playing a central role in the Domestic Market by ensuring the free movement of goods and services without the need for the harmonization of the National legislation, has developed with the contribution of the Cassis de Dijon decision[6] made by the Court of Justice in the formation of the Domestic market[7]. This decision underpins the mutual recognition principle. The mutual recognition principle applies not only to the free movement of goods, but also the free movement of persons and services.

The European Union has approved certain directives related to certificates of competency, related to the acceptance in another member country of a document obtained in a member country

2 Uz Abdullah, Kamu İhale Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, p. 37.

3 İsbir Begüm, Kamu İhalelerine Katılma Yasağı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, p, 82.

4 Alyanak Servet, Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukukunun Genel İlkeleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009, p. 129.

5 Braun Peter, "A Matter of Principle(s) - the Treatment of Contracts Falling outside the Scope of the European public procurement directives", Public Procurement Law Review, 2000, 1, 39-48,p. 43; Alyanak, p. 130 annotation 449.

6 Case 120/78, Cassis de Dijon [1979] E.C.R. 649.; Alyanak, p. 130 annotation 450.; In the wake of this decision, member states may not prevent foreign products from entering their markets automatically with reasons of packaging, standards, etc.

7 Bozkurt Enver, Özcan Mehmet, Köktaş Arif, Avrupa Birliği Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, p. 214-222.

among member states [8].

In cases where a document submitted for sufficiency does not suit the terms stated within these directives, the proposed document shall be examined to see whether it is equivalent to the characteristics sought as per its own national legislation in accordance with the mutual recognition principle. The mutual recognition principle stipulates that the products manufactured in other countries that have been manufactured according to the technical rules, standards and characteristics within tender documents, and ensure the same performance and protection of the product subject to purchase shall be deemed equal.

As per the mutual recognition principle, the procurement administration authorities are required to subject the products of other countries which were manufactured in accordance with the technical legislations or standards to the same and equal treatment as the products compliant to the technical specifications stated within the procurement documents in terms of legal protection and degree of use. According to the mutual recognition principle, in a public tender realized by the administration of a member country, no obstacle can be put forth by another country's tenderer in terms of the admission of the equivalent document regarding the competency procured from the authorized institutions of its own country.

In this sense, the measures regarding occupational competency in member countries shouldn't be of discriminative nature. The limitations in this respect must be made by taking into consideration general benefits, be aimed at deriving their purposes and shouldn't be extended to surpass these purposes. Therefore, while obtaining the document related to occupational and technical competency in a member state, if some terms and rules are understood to have been observed, thus the necessary benefit is understood to have been sufficiently protected, the limiting measure to be taken is not justified.

The mutual recognition principle in the public procurement field is particularly important in terms of the standards regarding the product or service subject to tender. The term 'standard' used here refers to some features that the product or service is required to have regarding a product or service. Standards related to products are about elements related to endurance, performance level, health and security. Standards may be arbitrary as well as obligatory. In the event that the standards are obligatory, the products need to be of a certain standard legally in order to be subjected to free movement in the market. In the event of the standards being arbitrary, on the other hand, the products do not need to be of a certain standards to be subjected to free movement in the market[9].

Applying different terms to domestic and foreign tenderers, for example, providing domestic businesses with an advantage by giving them information beforehand is forbidden. It is also a violation of the public procurement directives for administrations to pressure one or a few firms into giving a low price, in that this behaviour of the administrations will be a result of a personal contact and prevent the proposal evaluation criterion from being implemented correctly.

Again, in recognition of avoiding discrimination, it has been forbidden for public administrations to prepare a procurement document according to the needs and to indicate brands or models within the document in a way that will prevent competition with the purpose of creating a public procurement system competitive at the domestic market level, and measures such as the

8 Council Directive 89/48/EEC dated December 21, 1988, on a general system for the recognition of school diplomas granted for completion of at least three years of vocational education. This directive is about the mutual recognition of qualifications related to professions requiring a university degree or an equivalent education. Council Directive 92/51 / EEC of 18 June 1992 on the recognition of vocational education and training which introduces new regulations in addition to Directive 89/48. Council of Europe and the European Parliament Directive 2005/35 / EC on the mutual recognition of diplomas or professional competence documents, including arrangements for the recognition of vocational qualification documents for the provision of services by other Member State nationals in the Member States and for the subsequent exercise of that profession.

9 Alyanak, p.133.

open tender procedure and the tender procedure among certain tenderers, which are competitive tendering procedures, were stipulated as basic procurement procedures.

With regards to the recruitment of the product subject to procurement, it was regulated that, the technical specifications prepared by public administrations shall include rules that will ensure competition, and accordingly, these technical specifications were demanded to be prepared in terms of performance and needs. It has been stated that technical specifications shall be issued in a way that will provide equal access opportunities to tenderers and will not pose an obstacle in the competitiveness of the procurement[10].

In order to ensure effective competition in public procurement, rules have been introduced for the announcement of procurement announcements prepared by administrations of the member states at a Community level, and for the information within these announcements to be regulated in a way that will derive the economic enterprises within the Community to decide whether the said procurements are suitable for them[11].

III. Regulations Regarding National Treatment and the Prohibition of Discrimination

1. Global Regulations

a) World Trade Organization: Agreement on Public Procurement

Generally, the "Agreement on Public Procurement" regarding public procurement, prepared by the World Trade Organization (WTO)[12] includes the requirements to be met by procurement contract. The common principles and prohibitions[13] that every country that is a party should include within its procurement system, even if it has a different legal system, are determined within the agreement. The main principle of the agreement is non-discrimination. For example, technical specifications shall not be introduced and implemented as unnecessary impediments in international trade. Moreover, institutions shall not create discrimination between local and foreign firms in ranking the companies. The principle of avoiding national favouring and discrimination is to be immediately and unconditionally applied to the firms and goods and services of other signatory countries[14].

"National treatment" and "the prohibition of discrimination" topics are within article 3 of the Agreement. Hereunder, it has been forbidden for foreign tenderers/suppliers to be supported

10 Directive No. 2014/24/EU dated February 26, 2014, Art.67/(4), ABRG, 28.03.2014, p. 94/134.

11 Directive No. 2014/24/EU dated February 26, 2014, Art.41/(2), ABRG, 28.03.2014, p. 94/120.

12 WTO has 160 members. The last member to join is Kazakhstan, which has become a member on November 30, 2015. The members are: Antigua and Barbuda, Argentina, Australia, Austria, Bahrain, Bangladesh, Barbados, Belgium, Belize, Bolivia, Botswana, Brazil, Brunei, Burkina Faso, Burundi, Cape Verde, Canada, The Central African Republic, Chile, Kazakhstan, Colombia, Costa Rica, Ivory Coast, Kazakhstan, Cuba, Cyprus, Kirghizstan, People's Republic of China, Czech Republic, Denmark, Cibuti, Dominica, the Dominican Republic, Egypt, El Salvador, Estonia, Finland, France, Gabon, Germany, Ghana, Greece, Grenada, Guatemala, Guinea, New Guinea, Guyana, Honduras, Hong Kong, Hungary, Iceland, India, Indonesia, Ireland, Israel, Italy, Jamaica, Japan, Kenya, Republic of Korea, Kuwait, Lesotho, Liechtenstein, Luxembourg, Macau, Madagascar, Malawi, Malaysia, Maldives, Mali, Malta, Mauritania, Mauritius, Mexico, Morocco, Mozambique, Myanmar, Namibia, Netherlands, Netherlands Antilles, New Zealand, Nicaragua, Nigeria, Norway, Pakistan, Paraguay, Peru, Philippines, Poland, Portugal, Romania, Saint Lucia, St. Vincent and the Grenadines, Senegal, Sierra Leone, Singapore, Slovakia, Slovenia, South Africa, Spain, Sri Lanka, Surinam, Swaziland, Sweden, Switzerland, Tanzania, Thailand, Togo, Trinidad and Tobago, Tunisia, Turkey, Uganda, Uganda, United Kingdom, United States, Ukraine, Uruguay, Venezuela, Zambia, Zimbabwe, Russia, Montenegro, Tajikistan, Vanuatu, Yemen, Samoa, Mongolia and Laos People's Democratic Republic.

13 Common principles and prohibitions are national treatment (art. 3) and prohibition of discrimination (art. 3/2), prohibition of offsets (art. 16), transparency (art. 17), most favoured nation treatment. In this sense, the main principles of the Agreement are, "avoiding national favouring and discrimination" and "transparency".

14 Özkan Gürsel, Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, p. 64.

less than the domestic tenderers in public tenders within the scope of the Agreement. In other words, it has been forbidden to discriminate between foreign tenderers and local tenderers.

National treatment refers to the prohibition of foreign goods, services and suppliers being less supported than their domestic competitors and counterparts. It intends for the acceptance that no price, or any other advantages can be brought in favour of domestic manufacturers, and for international competition to take place in public tenders. Thereby, countries cannot discriminate among firms within its borders according to the level of foreign ownership. Likewise, it is also within the scope of the national treatment prohibition that no discrimination is to be made among the firms according to the country in which their goods and services were produced. Also, the prohibition of discrimination among suppliers from different countries, which brings the equal treatment obligation towards all countries, refers to the most favoured nation treatment[15].

These obligations apply to most of the goods and service purchases of the central public enterprises. However, parties can drift away from the most favoured nation treatment principle, relying on the reciprocity principle in the public tenders of non-central public enterprises and other public institutions. As a matter of fact, some countries reserve their right to provide a price advantage or other advantages for small businesses. The most favoured nation treatment principle includes equal treatment obligation of all parties of the Agreement regarding procurement and the prohibition of discrimination among suppliers from different countries.

The "offset" concept in public procurement refers to the criteria used related to empowering the domestic entrepreneur, developing the balance of payments based on home production, licensing the technology, needs related to investments and etc., and aims to redress the balance between domestic and foreign tenderers.

Again, preferences that prioritize the local content rate are also forbidden by the WTO. The determination of the qualities to be taken into consideration in participating in the procurement process is predicated on the offset prohibition according to the Agreement[16]. It is forbidden in the agreement for public institutions to necessitate measures such as licensed technology, counter trade, investment requirements or local contributions with the purpose of supporting home production or improving the balance of payment in the competency and selection of suppliers and goods and services or evaluation of proposals and finalization of the tender. Thus, to include such pre-conditions in public procurement even if they do not contain any discrimination, both affects the competition negatively due to the fact that it leads to less companies participating in the tender, and as a result, prevents the realization of effectiveness and convenient price principles in government procurement. However, even though this is forbidden by agreements, the prohibition is not abided by in public procurement procedures under the threshold value.

Developing countries are allowed to promote offset use, such as the clause of the inclusion of domestic products, during the negotiations to become a party of the Agreement on Government Procurement of WTO (WTO-GPA). These clauses can be sorted as improvement of the balance of payment during the implementation of economical improvement programs and protection of international reserves, developing national industry, supporting merely the sectors based on public procurement and supporting the collaborations between developing countries with the purpose of economic progress. In this context, up until now, only Israel has bargained about offset exceptions[17].

It must be acknowledged, however, that this authorization is granted only to encourage developing countries to become parties to the Agreement and to be used only in negotiations and on agreed terms and conditions with the parties concerned. In addition, the offset is only used to

15 Uz, p. 74.

16 Article 16/2: "...These requirements can only be applied to those who qualify to participate in the procurement process and can not be a benchmark for the awarding of a contract".

17 Grier Jean Heilman (2), Japans Implementation of the WTO Agreement on Government Procurement, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, S.17, C.2, 1996, p. 611; Uz, p. 75 , annotation 49.

determine participation competence in tenders and can not be used as a criterion for awarding a tender[18].

b) United Nations: Model Law

The United Nations General Assembly has indicated that international trade collaborations between states are a significant element in developing friendly relationships and establishing peace and safety, and emphasized that The United Nations Organization should play a more active role in minimising and abolishing current legal obstacles in world trade by the statement of the fact that states have adopted different laws in issues regarding international trade poses an important obstacle in the development of world trade being made[19].

In line with the purposes indicated within Article 1 of the EU Agreement, the EU Commission of International Trade Law (UNCITRAL)[20] , founded by the EU General Assembly in 1996, has conducted a procurement law model study with the purpose of developing economical collaborations between member states.

The 1994 Model Law stipulates a procurement process aiming for competition, transparency, justice, economy and productivity, determining the national criteria of procurement law reform. It is predicated on productivity and the promotion of competition, along with honesty, trust, justice and a transparent procurement process. The Public Procurement Model Law (EU document, A/6/17 Annex I) carried by the EU Commission of International Trade Law on July 1, 2011 also aims to encourage maximization of retrenchment and productivity, ensure the participation of suppliers and contractors of all nationalities by preventing discrimination, provide all suppliers with just and equal treatment in order to realize competition among suppliers and contractors, and execute the effectuation of transparency in the procurement process.

The Model Law, has given the state in question the liberty to exempt public tenders in other sectors in accordance with national priorities, on condition that these are clearly stated within the legislation, in addition to defence and security procurement. It was also stated that the international obligations of the state concerned and the bilateral or multilateral charter agreements would come before the provisions of the Model Law. Therefore, flexibility is ensured in cases where agreements that include these provisions may need to be applied first[21].

The realization of national targets, such as achieving savings through public procurement, lays the foundation for privacy to find an execution area, and gives the opportunity to countries to hide the discrimination they are involved in. For this reason, the Model Law has laid down regulatory framework rules in detail and has imposed the obligation to implement them.

As a basic procurement principle in Model Law, it is aimed to prevent discrimination based on nationality and to ensure competition in tenders by preventing discrimination.

2. Regional Regulations

While many national regulations grant permission for the domestic preference practice in public procurement, agreements made on a regional level accentuate the participation of suppliers of other countries in the region in the tenders under the same circumstances as domestic suppliers.

Regional co-operation regulations, such as the EU, NAFTA and APEC, both prohibit discrimination among domestic tenderers in public procurement and require equal treatment of

18 Sorensen Sandra, SENGER Matthew, http://www.epsu.org/affiliates/default.cfm, Importance of Good Public Procurement, http://www.intracen.org/ipsms/import/ ppimprt.htm.

19 Ünel Nehir, "Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu", www.mfa.gov.tr/data/kutuphane/yayınlar/.../sayi32.

20 Established as a subordinate body of the UN General Assembly with the aim of promoting the harmonization and modernization of international trade law with the resolution No. 2205 (XXI) of UN General Assembly dated 17.12.1966.

21 Özkan, p. 71.

participants from other countries of the region[22].

a) European Free Trade Association (EFTA): European Economic Area Agreement

The European Free Trade Association (EFTA) was created for putting the Marshall Plan, introduced to reconstitute Europe economically after war, into effect, with the purpose of ensuring growth by liberalizing trade among EU member countries and developing economic cooperation with Western European countries[23]. In the agreement, the EFTA countries' first objective was to make the EU acquis applicable in their domestic law, and EU regulations on public procurement are also included.

The main purpose of regulations on public procurement within the agreement is the implementation of certain procurement procedures in public tenders over a certain threshold value. Thus, all suppliers, service providers and undertaking companies established within EFTA can be treated equally.

Traditionally, non-member states are deemed third countries by EFTA and bilateral agreements are made with these countries directed at the liberalization of mutual trade. An agreement has been made with Turkey in 1991. Article 14 of this Agreement regulates public tenders. Hereunder, parties have entered into the obligation of mutually liberalizing the public procurement market, transparency, and avoiding discrimination of suppliers of state parties in public tenders of public institutions, public enterprises and private and exclusive right holding enterprises.

b) North American Free Trade Agreement: NAFTA

NAFTA (North American Free Trade Agreement), which has been concluded between USA, Canada and Mexico with the purpose of liberalizing trade and has entered into force on January 1, 1994, was planned to be implemented fully in 2008[24]. Section 10 of NAFTA related to public procurement consists of 25 Articles between articles 1001-1025 and annexes[25].

According to the agreement, parties shall not discriminate against the goods and services of other member countries and the national treatment principle shall apply to all suppliers (Art.1003). A different origin rule outside the norm shall not be applied for goods imported from other state parties for public tenders (Article 1004). In addition, the parties have assured that no offset implementation will take place with the purpose of the improvement of the incentive or payment balance of the domestic development through tools such as local contributions, technology licenses, investments, mutual trade etc. in the public tenders to be lodged by organizations, in the competence and selection of the goods and service providers, in the evaluation of the proposals and the signing of the contracts (M 1006).

While avoiding discrimination among tenderers and equal access to information prior to the notice tender were put forth as principles (Article 1008), and the open tender procedure and restricted tender procedures were adopted as a rule in tender regulations, it has also been stated that under certain circumstances, the sole source method might also be used[26].

22 Uz, p. 64.

23 Founded by seven countries: Austria, Denmark, England, Sweden, Switzerland, Norway and Portugal, which are members of the Organization for European Economic Cooperation. Consists of Switzerland, Iceland, Poland and Norway after the states member of EFTA, which entered into force on May 3, 1960 upon the approval of national assemblies after its execution on January 4, 1960, parted. The European Economic Area Agreement which entered into effect on January 1, 1994, consists of 129 Articles and contains regulations directed at the free movement of goods, services, persons and capital among state members and the protection of competition.

24 Obligations set for USA and Canada in Section 10 have been previously fulfilled as per 1979 GATT Public Procurement Code and the US-Canadian Free Trade Agreement, while Mexico has entered into obligation related to the prohibition of discrimination for the first time.

25 Özkan, p. 76

26 Uz, p. 120.

c) European Union

The basis of the regulations on tenders in the European Union is based on the Rome Treaty signed in 1957. General statements regarding procurement such as the necessity of avoiding discrimination according to nationality, and minimising the obstacles in member states entering each others' tenders were included in this treaty. There are no provisions within the Rome Treaty, which has established the European Union, and Community Agreements, which have changed some of the provisions of the aforementioned and are the primary source of The European Community Law[27] such as the Treaties of Maastricht, Amsterdam and Nice, that regulates the issue of public procurement directly.

Rules[28] on the prohibition of discrimination, prohibition of measures that limit the free movement of goods, liberty of a company established in a country to conduct activities within another member state, the free movement of services among member states, the prohibition of limiting commercial practices, the prohibition of the abuse of the dominant position, and the responsibility of member states in public procurement, contain the basic principles to be observed regarding public procurement.

Therefore, the institutions of the Community have chosen to issue a directive to regulate the public markets. Regulations regarding public procurement are made with articles 94 and 97 regarding the approximation of national legislations of the European Community Agreement being taken as a basis.

The rules of the EU Agreement that form a legal basis for public procurement can be listed as the free movement of goods, the right to establish companies, the liberty to provide service, the general prohibition (prohibition of discrimination) regarding discrimination related to allegiance (nationality). Also in the EU Agreement, the rules to be observed by member states in Public procurement are indicated as equal treatment, the prohibition of discrimination, transparency and mutual recognition.

It is necessary for institutions and organizations which lodge tenders to treat economic operators equally and without discrimination, and conduct the transactions in a transparent manner. Institutions which have been provided with special or exclusive rights in the acquittal of a public service are also under the obligation of avoiding discrimination towards third parties in making purchases required by their activities. Moreover, the institutions lodging the tender have been banned from disclosing the technical and commercial secrets of tenderers which they have become acquainted with during the tender.

Apart from that, the institutions that lodge the tender shall not abuse the framework agreement to avoid, limit or distort competition.

It is seen that the prohibition of discrimination is frequently emphasized. It is not motiveless that the prohibition of discrimination is being mentioned as much as it is. The concern for national interests, local preferences, favouritism, local lobby activities against cross-border

27 These agreements are briefly as follows: The agreement that established the European Coal and Steel Community (ECSC) was signed in Paris on April 18th, 1951. It came into force on July 23rd, 1952 and expired on July 23rd, 2002. The agreement that established the European Economic Community (ECC) was signed in Rome on March 25th, 1957 and came into force on January 1st, 1958. The agreement that established the European Atomic Energy Community (Euratom) was signed in Rome along with the ECC. The Treaty of Maastricht (The Treaty on European Union – TEU) was signed on February 7th, 1992 and came into force on November 1st, 1993. Maastricht, which changed and transformed the name of the community to the European Union, hasn't abolished the existing three communities and replaced them, on the contrary, it was partly established on three communities. Then, with the Treaty of Amsterdam of 1997, both TEC and TEU were amended. Euratom, ECSC and ECA are still in force. However, the base text of the European Law is the 1957 – Treaty of Rome – Treaty on European Community, which has been amended with the Treaties of Maastricht and Amsterdam.

28 In Article 3 (b) of the Treaty on the Functioning of the European Union, the rule is that the European Union has jurisdiction to "establish the competition rules necessary for the functioning of the domestic market." Again, Article 18 regulates the prohibition of discrimination, Article 28, free movement of goods, Articles 45 to 66, which regulates the free movement of persons, services and capital, and Articles 101 to 113, which contain the rules on recruitment, relate to tender principles.

tenders are important obstacles in the awarding of big public tenders that take an important place in the state's economy to foreigners.

The prohibition of discrimination was regulated in various provisions of Directive 2004/18/EC, and similar regulations have also had a part in Directive 2004/17/EC and Directives 2014/24/EU and 2014/25/EU. Instead of Directive 2004/18/EC, it has been regulated within Article 18 of Directive 2014/24/EU which was adopted by the European Parliament and Council and came into effect on February 26, 2014. Accordingly, tendering authorities must treat economic actors equally without any discrimination and act transparently and in proportion[29].

Principles of the free movement of the goods, the liberty of habitation, liberty of business establishment, freedom of providing service and equal treatment, avoiding discrimination, mutual recognition, proportionality, transparency and the resulting principles within the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU)[30] are obligatory to observe. For public tenders above a certain amount, it is necessary to ensure that these principles are put into practice and to take measures in national procedures in order for public tenders to be open to competition[31]. In this sense, it is necessary for member states to ensure that an institution subject to public law being a tenderer does not pose an obstacle of competition from the point of tenderers within the private sector.

3. The State of the Turkish Law

It has been ensured under Article 63 titled "Regulations regarding domestic tenderers" of Law No. 4734 dated 6/2/2014, amended by Law No. 6518, that it is obligatory to create a price advantage of up to 15% for the benefit of domestic tenderers in service procurement and construction work tenders, for the benefit of tenderers that offer home products in the tenders of goods included in the list that is determined within medium and high technology industrial products taking the opinion of the Ministry of Industry and Commerce and other related institutions and establishments, and announced in January of each year by the Institution, and that provisions may be added into the procurement document about the participation of only domestic tenderers in tenders of which the approximate cost is under the threshold value, also, that it is necessary that all partners should be domestic tenderers in order for partnerships to be deemed as domestic tenderers.

Besides the provisions of Article 63 of Law No. 4734 and the related Application Regulations and the General Communiqué of Public Procurement, detailed regulations were made with the Regulatory Public Procurement Board Decisions. Also, the Prime Ministry's Circular No. 2011/13, promoting the use of home products was published in the Official Gazette Issue 28046 dated September 6, 2011[32].

29 Directive No. 2014/24/EU dated February 26, 2014, art. (18/1), ABRG, 28.03.2014, p. 94-105.

30 For the text, see Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma, T.C. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, Ankara 2011, www.abgs.gov.tr

31 Directive No. 2014/24/EU dated February 26, 2014, Paragraph (1), ABRG, 28.03.2014, p. 94-65.

32 The Prime Ministry's Circular No. 2011/13 includes the following statement: "Provided that the retrenchment and competition principles are abided by, it is highly important in terms of our economy that the needs of our country be met by home products. In this context, in addition to working to implement the current provisions within our legislation regarding the use of home products, in applications regarding the purchase of goods by public institutions and establishments, I kindly request the aspects of: 1. Avoiding regulations that prohibit the proposal of products manufactured in Turkey within technical specifications, 2. Avoiding regulations directed at the proposal by tenderers of imported products or the products of a certain country in defiance of public procurement legislations, 3. Avoiding to call for non-obligatory documents executed by foreign certification institutions regarding products, 4. In the event of the tenderers proposing imported products being enabled to deliver goods abroad, regulations regarding the manner with which the elements such as place of delivery, freight, customs and tax expenses are to be taken into consideration in the evaluation of the proposals being made, 5. In the event of tenderers proposing imported products being accredited before the delivery of goods and enabled to make prepayments, regulating procurement documents directed at making advance payments to tenderers which propose goods manufactured in Turkey, be taken into consideration, and that products manufactured in Turkey be preferred with priority in purchases within the Public Procurement Law No. 4734 and those to be made from the State Supply Office, and that directors of public institutions and establishments be sensitive as necessary on the issue."

The local tenderer concept is defined within Article 4 of Law No. 4734 as "*The natural entities who are citizens of the Republic of Turkey, and legal entities established in accordance with the laws of the Republic of Turkey*", while the foreign tenderer concept hasn't been defined at all.

It is known that each state has the authority within its domestic law to regulate who can become a citizen, and what the rights and obligations that result from becoming a citizen are. In Article 66 of the Constitution, following the statement that everyone who is bonded with the Turkish Government with a bond of citizenship is Turkish, it has been decreed that the terms of being awarded and losing citizenship shall be regulated by law. According to the Turkish Citizenship Law, persons who do not earn Turkish citizenship or those who lose Turkish citizenship are in the position of foreigners.

According to Article 16 of the Constitution, "*basic rights and liberties for foreigners can be limited by law in conformity with international law*". According to this provision, with Law No. 4734, limiting the participation of foreign tenderers in some tenders cannot be asserted to be in contrast with the Constitution. However, as per the provision*, "International agreements put into force in order shall have the force of law. The Constitutional Court shall not be appealed to with allegations of unconstitutionality in reference to these agreements."* Within article 90 of the Constitution, if an agreement is concluded bilaterally or multilaterally between nations, Article 63 of Law No. 4734 shall become ineffective.

Conclusion

Foreign companies entering the national market in public procurement has some benefits. Foremost among these, is the "static trade effect", by means of providing the public sector with an opportunity to make the purchase from the (foreign) supplier which provides the cheapest product or service. Again with the "competition effect", domestic companies of which the competitors have increased will have to provide the public sector with more competitive prices. Also, the "restructuring effect" will come into question and as a result of the transformation in the sector under the new competition terms, long-term scale economies will emerge.

These effects will make it easier for the public sector to obtain the best value and the dynamic effects of the increasing competition will motivate new companies in terms of inventiveness, investment and growth. The direct or indirect prevention of foreign tenderers' access to the public procurement market will cause a decrease in the number of participants, thus extenuate competition and increase purchase costs.

In order to ensure competition in public procurement, it is first of all necessary to conclude both bilateral and multilateral agreements and prevent in this way the prohibition of discrimination. It is also important that the economic relationships between nations are improved, the law in this field is gradually aligned and encouraged to be made consistent in that international economic cooperation requires the mutual alignment and consistency of law, legislation and adopting of laws that expedite international trade.

As Article 63 of Law No. 4734 continues its existence, in the event of agreements being made by means of concluding either bilateral or multilateral agreements between states, these may not apply to signatory countries. Thus, it may be necessary to prevent the application of the national treatment principle-to ensure the avoidance of discrimination in international agreements to be made as per the reciprocity/mutuality and public procurement.

In this process, it will be appropriate to expedite harmonization regarding primarily the private law[33] in studies to be conducted, on condition that the balance of mutual rights and interests of international agreements and the international law are abided by. It is undeniable that legal harmony is an essential imperative in economic, social and diplomatic unity.

33 Özkan Gürsel, "Türk Birliği İçin Avrupa Topluluğu Örneği", Toplum Yönetimi ve Hukuk Komisyonuna Sunulan Tebliğ,, 6. Türk Devlet ve Toplulukları Dostluk, Kardeşlik ve İşbirliği Kurultayı, 20-22 March 1998, Bursa, p. 131-135.

REKABETE İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELER BAKIMINDAN KÜRESEL MODELLER VE REKABET POLİTİKASINA AİT ULUSLARARASI HUKUKİ ENSTRÜMANLAR

*Kseniia Smyrnova**

Rekabet kavramı öyle belirsizdir ki, herhangi bir evrensel tanımın kapsamına girmez. Bu ekonomik bir kategoridir ve rekabete uygun mevzuatın pazarlamasını yapmak üzere tasarlanmış bir hukuki araçlar dizinidir. Bu bir yönetim yöntemidir, dolayısıyla bir sermaye diğeriyle rekabet ederken, öz sermayenin var olması demektir. Rekabetin varlığı; ekonominin kalkınmasını ve tesis edilmesini sağlar. Piyasadaki rekabetçilik; mal veya hizmetlerin niteliği ve niceliği üzerinden yapılan tüketici mücadelesi ile kendini gösterir. Bir yandan, rekabet belli türdeki malların üretim oranına ilişkin ekonomik bir düzenleme mekanizması görevi görürken, diğer yandan piyasanın işlevselliği için gerekli koşullardan bir tanesidir.

Çağdaş küreselleşme, dünyanın ekonomik ve hukuki sistemlerinin dönüşümüne, bölgesel organizasyonlar içerisindeki entegrasyon süreçlerine katkı yapan kilit faktörlerden bir tanesi haline gelmiştir. Modern dünya sistemi için küreselleşmeyi, kısmen, lokal veya ulusal ağlarla göreceli olarak, uluslararası ve küresel etkileşimlerinin yoğunluğundaki değişiklikler olarak kavramsallaştıracağız. Ancak, küreselleşme süreçleri, pozitif etkilerinin yanında, birçok negatif hususu da beraberinde getirmektedir.

Küreselleşmenin negatif sonuçlarının engellenmesi ve hukuk çatışmalarının önlenmesi ile ilgili en efektif önlemlerden bir tanesi, ekonomik rekabetin korunması ile ilgili mevzuat farklılıklarının azaltılması, küresel şirketlerin faaliyetlerini düzenleyen ulusal yasaların bir özetini bir araya getirmektir.

Küreselleşmenin rekabet üzerindeki etkisi iki yönlüdür. Küreselleşme sürecinin tamamı boyunca, hükümetler kendi yerli firmalarının diğer coğrafyadaki piyasalara erişim sağlamasına izin verecek olan karşılıklı açık erişimi sağlamak üzere çeşitli önlemleri istişare etmişlerdir. Aynı zamanda, devletler yabancı şirketlerin kendi coğrafi piyasalarına erişim sağlamasını engellemelerine izin verecek kaçış yollarını da istişare etmişlerdir[1].

Bir piyasa ekonomisinin işlevselliğinin uygun bir koşulu, efektif hukuki düzenlemeleridir. Piyasadaki bozulmamış kuruluşlar arasında iyi niyetli ilişkiler tesis etmek amacıyla rekabet ilişkilerine ait yasal düzenlemeler, bir serbest piyasa ekonomisinin en temel ilkelerinden bir tanesidir. Rekabet hukuku piyasadaki taahhütlerin davranış kurallarını tesis eder, onları diğer kuruluşların ve/veya resmi organların gayri meşru rekabet karşıtı faaliyetlerine karşı korur.

Piyasada rekabetin var olması ekonomik verimliliğin artmasına yol açar, böylece müşteriler oluşan varlıktan kendilerine düşen uygun hisseyi alırlar. Bu sebepten, piyasadaki rekabete ve müşterilerin faydasına ve ekonomik verimliliğe de katkı yapan "antitröst refah" kavramını koşullu olarak sergileyebiliriz.

* Hukuk Bilimleri Doktoru (Dr.hab.), Doçent Doktor, Karşılaştırmalı Hukuk ve Avrupa Hukuku Kürsüsü, Uluslararası İlişkiler Kurumu Kiev Ulusal Taras Shevchenko Üniversitesi, "Ukrayna Avrupa Hukuku Birliği" isimli Sivil Toplum Kuruluşunun Başkan Yardımcısı, Ukrayna Tekelcilik Karşıtı Komitesi'nin Halk Konseyi Üyesi (Kiev, Ukrayna), ksenya.smyrnova@gmail.com

1 Stephen Martin Küreselleşme ve Rekabet Endüstri Organizasyonunun Doğal Limitleri: Bir Avrupa Perspektifi, Oxford: Oxford University Press, 2001.

Rekabet Kanunu genellikle ulusal yetki alanını kapsar. Son 25 yıl içerisinde antitröst rejimlerinin sayısındaki artış tam anlamıyla muazzamdır. 1980'li yıllarda yaklaşık 20 ülke bir tür antitröst düzenlemeye sahipti. Artık yüz yirmiden fazla yargı alanında bir antitröst rejim desteklenmektedir[2]. Bu yargı alanlarının birçoğu rekabeti engelleyici davranışları düzenleme arayışı içerisindedir. Bunun sebebi, rekabetin esas olarak bir piyasanın dağıtım, üretkenlik ve dinamikle ilgili verimliliklerini arttırmayı amaçlamasıdır. Böylece rekabet yenilikçiliği arttırmakta; müşterilere daha iyi fiyatlar, hizmetler ve seçenekler sunulmasını sağlamakta ve ekonomik refahı iyileştirmektedir. Rekabet Kanunu ve politikasının uygulanması son yıllarda gözle görülür bir biçimde hızlı bir şekilde yayılmış olsa da, tamamen farklı hızlarda ve farklı şekillerde gelişim göstermektedir.

Mevzuat düzeyinde rekabet düzenlemesine ait iki model bulunmaktadır - Amerikan[3] ve Avrupa[4] hukuk modelleri. Bunların her ikisi de piyasada, ekonomide ve rekabetin korunmasında yetkili olan özel idare organların kurulmasını sağlamıştır. Her ikisi de rekabet edenlerin pazara erişimini koruma altına almayı amaçlamaktadır. Ancak, eğer Amerika'daki sistem tekelciliğin yasaklanmasına daha fazla odaklanıyorsa,- ki bu tekel listeleri kademeli olarak gelişmektedir-, Avrupa'daki sistem ilk başta pazardaki birliktelikleri izlemeye yönelik bir sistem olarak oluşturulmuştur. Avrupa modelindeki mevzuat, tekeller üzerinde kontrol sağlamaktadır ve tekelcilik niteliğinin kötüye kullanılması ile mücadele etmeyi amaçlamaktadır. Avrupa Birliği rekabet yasalarının Amerika'daki yasalardan farklarına ilişkin karşılaştırmalı bir analiz ile, Avrupa Birliği rekabet yasalarının tüketici haklarını korumayı amaçlarken, Amerikan yasalarının rekabetin (ve ekonominin) kendisini koruduğu görülebilir[5]. Amerika Birleşik Devletleri'ndekinin aksine, Avrupa Birliği'ndeki rekabet politikasının üye devletlerin ekonomik entegrasyonu kapsamındaki temel amacı; dört faktörün (mal, hizmet, sermaye ve işgücü) serbest hareketine adil erişimin güçlendirilmesi olmuştur. Amerika ve Avrupa modellerindeki rekabet hukuku arasındaki farklar, bu ülkelerin diğer ülkelerle yaptıkları uluslararası ticaret anlaşmalarını etkilemektedir. Bu sebeple, Amerika Birleşik Devletleri ile yapılan ticaret anlaşmaları bakımından rekabet politikasının "yatay ilkeleri" daha fazla önem taşımaktadır. Amerika Birleşik Devletleri, aynı zamanda, rekabet politikasının özel kısımlarına odaklanmış olan Avrupa anlaşmalarının tersine, rekabet yükümlülüklerini özel olarak sektörel bölümlerde tercih etmektedir.

Yasaklanmış davranış öğeleri ile ilişkili önemli hükümlerde de tek tip bir durum söz konusu değildir. Yasaklanmış anlaşmalar ve uyumlu eylemlerde ise, katı kartellerin yasaklanmasına ilişkin bir görüş birliği bulunmaktadır, ancak söz konusu görüş birliği bir başka konuda sağlanamamıştır. Sherman Anlaşmasının (Amerika Birleşik Devletleri) 2 numaralı bölümünde tekelleşme ve tekelleşmeye çalışmak yasaklanırken, Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 102 numaralı maddesi, hakim pozisyonun kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır. En aşırı farklılıklar şirket birleşmelerinin değerlendirilmesinde bulunmakta olup, Clayton Antlaşması'na göre (Amerika Birleşik Devletleri) bu konu, belli bir şirket birleşmesinin rekabeti önemli ölçüde azaltıp azaltmadığına, veya herhangi bir ticaret kolunda ya da ülkenin herhangi bir bölümündeki ticareti etkileyen herhangi bir faaliyette bir tekelcilik yaratma eğiliminde olup olmadığına göre

2 2001 yılında rekabeti düzenlemeye yönelik uluslararası bir mekanizmanın kurulmasına ilişkin Devletler arasındaki uzlaşmanın sonucunda kurulmuş bir örgüt olan Uluslararası Rekabet Ağı'nın (ICN) verilerine göre.

3 1890 tarihli Sherman Anlaşması ve 1914 tarihli Clayton Anlaşması tekelcilik faaliyetlerine karşı mücadele hakkında Amerika ve İngiltere ortak kanunlarının uzun vadeli toptan kabulünün sonucudur.

4 Madde 101 -109 TFEU, Avrupa Birliği içerisindeki çeşitli düzenlemeler.

5 Wood D. International Harmonization of Antitrust Law: The Tortoise or the Hare? Chicago Journal of International Law, 2002, 391, s. 19, http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3062&context=journal_articles

incelenirken; Avrupa Birliği'nde Konsey Yönetmeliği[6] kapsamında, bu şirket birleşmesinin iç pazarda veya iç pazarın önemli bir kısmında, özellikle hakim bir pozisyonun oluşmasının veya hakim pozisyonun güçlenmesinin sonucunda bu şirket birleşmesinin efektif rekabete önemli ölçüde engel olup olmadığı incelenmekte olup, son olarak Güney Afrika yetki sınırları içerisinde ilk aşamada bu şirket birleşmesinin rekabeti önemli ölçüde azaltmasının veya engellemesinin olası olup olmadığı tespit edilmektedir. Böyle bir durumda, bu şirket birleşmesinin teknoloji, verimlilik veya rekabet bakımından başka kazançlar (faydalar) sağlamasının olası olup olmadığı veya önemli ölçüde kamuoyunun faydasına olan haklı bir gerekçe (örneğin istihdam, uluslararası rekabetçilik, geçmişten dezavantajlı kişilerin sahip olduğu rekabetçi KOBİ'ler[7]) ile haklı olarak açıklanıp açıklanamayacağı incelenmektedir[8].

Hukuki bakımdan bakıldığında, kesin anlamda ticaret politikası ile bir rekabet politikası arasındaki başlıca fark; ticaret politikasında uluslararası hukuk düzenlemeleri devletlere yetki ve sorumluluk verirken, ticaret politikası söz konusu olduğunda devlet dışı kuruluşlara hak ve yükümlülükler vermek esastır ve işte bu sebepten hukuk düzenlemesinin yöntemi farklı olacaktır.

Bu girişimler rekabet politikasına uluslararası nitelik kazandırılmasına ilişkin doktrinsel önerilere dayanmaktaydı: Özellikle K.Meessen ulusal seviyedeki rekabet mevzuatına ulusüstü kurumların varlığının veya bir mahkemenin bile eklenmesini önerdi[9]. W. Fikentscher, "tek bir rekabet yasası"nın uygulanması gerekliliğini ortaya koydu[10]. D.Wood rekabet kurallarının uyumlu hale getirilmesinin yalnızca temerküz (şirket birleşmesi) kurallarının uyumlu hale getirilmesi alanında faydalı olacağını belirtmiştir; nitekim genel bir kural olarak kendinizin temerküzü yasaklanmamıştır ve bu husus farklı yargı alanlarında usul kurallarının çatışmasına dayanmaktadır[11].

Küresel düzeyde rekabet politikasının varlığına yol açan ana faktörlerin bulunduğunu kabul edebiliriz. Bunlardan bazıları şöyledir: Öncelikle "yabancı unsur" ile rekabetin var olması, yani bir ulusal pazarda farklı yargı alanlarındaki girişimler arasında rekabetin var olması; ikinci olarak, farklı ülkelerden gelen şirketlerin birlikteliği, bunların şirket birleşmeleri veya diğer türlerdeki temerküzleri sebebiyle, farklı ülkelerden gelen ticari işletmelerin sınırlarının belirsiz olması; üçüncüsü, ticaretin çok global hale gelmesi kapalı entegrasyon oluşumlarını dışa itmektedir. Bu sebeple, son yıllarda uluslararası ekonomik ilişkilerin önemli bir unsuru olarak antitröst politikasının "iç" politikaya dönüşüm göstermesi söz konusu olmuştur.

Bugün Rekabet Kanunu Avrupa Birliği hukuku içerisinde en hızlı gelişim kaydeden olgudur. Bu, büyük ölçüde, kendi bölgesi içerisinde rekabete yönelik en uygun koşulların oluşturulmasına ihtiyaç duyan Avrupa Birliği iç pazarının evrimleşme dinamiklerine bağlıdır.

Rekabet hukukunun küreselleşmesi uluslararası hukuk uygulamasında nispeten yeni bir fenomen olmakla birlikte, rekabet için uluslararası bir sistemin kurulmasına yönelik geleneksel diplomatik bir platformun oluşturulması ise çok daha eski bir hikayedir. Geçmişte, Taslak Havana

6 Taahhütler arasındaki temerküzlerin kontrolüne ilişkin 20 Ocak 2004 tarih ve 139/2004 sayılı Konsey Yönetmeliği (AT Şirket Birleşmesi Yönetmeliği), Resmi Gazete, *EU L 24, 29.1.2004, s. 1 – 22.*

7 1998 tarih ve 89 sayılı Rekabet Anlaşması, Madde 12A.

8 Diğer kıyaslamalar için bkz. örneğin UNCTAD: Model Law on Competition, s. 13 vs.

9 Meessen K. M., Antitrust Jurisdiction under Customary International Law , K. M. Meessen, 1984, s. 809.

10 Fikentscher W., Competition Rules for Private Agents in the GATT/WTO System, W. Fikentscher, 1994, s. 295–296.

11 Wood D., International Harmonization of Antitrust Law: The Tortoise or the Hare?, Chicago Journal of International Law, 2002, 391, s. 19, http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3062&context=journal_articles

Sözleşmesi kapsamında (başta kısıtlayıcı uygulamalar olmak üzere) rekabet ile ilgili konuları gündeme getirmeye yönelik siyasal isteğin yerine getirilmesine ilişkin girişimler olmuştu. Ancak Birleşik Devletler rekabet (antitröst) politikasına uluslararası nitelik kazandırmak üzere bu girişimleri reddetmiştir. Böylece bu Anlaşma başarısız olmuştur ve Uluslararası Ticaret Örgütü hiçbir zaman somut hale gelememiştir[12]. Rekabet hukukuna uluslararası nitelik kazandırmaya yönelik bir başka girişim de Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi'nin (ECOSOC), kısıtlayıcı iş pratikleri ile ilgili şikayetlerin alınması ve soruşturulması gibi sorumluluklara sahip olan uluslararası bir organın kurulmasına yönelik taslak bir anlaşmanın kabul edilmesini tavsiye etmesi idi. Fakat Birleşik Devletler bu anlaşmayı da reddetmiştir. Bu girişimleri reddetmesinin temel gerekçeleri; yerel kanunlar ve politikalardaki önemli uyumsuzluklar nedeniyle buna benzer herhangi bir uluslararası örgütün rol ve fonksiyonunun gereksiz olacağı endişesi idi[13]. Singapur Dünya Ticaret Örgütü müzakere turları esnasında, rekabet politikasının "globalleşmesi" ile ilgili olarak önemli gelişmeler kaydedilerek, gündeme bu hususta özel bir konu dahil edilmiştir. Ancak Avrupa Birliği, Kanada ve Japonya Dünya Ticaret Örgütü'nün rekabet anlaşmasını desteklemesine rağmen, Amerika Birleşik Devletleri yine çok taraflı bir anlaşmaya karşıtlığını sürdürmüştür. Ticaretin liberalleştirilmesi adına yapılan ama durgun geçen Doha görüşme turlarında, Dünya Ticaret Örgütü'nün ticaretin liberalleştirilmesi ile ilgili bir dizi konuda bir mutabakata varamadığı ortaya konulmuştur.

Devletlere, rekabet hukukunu kanunlaştırma (bağlayıcı hukuk) yönünde zorunluluk getiren global (evrensel) seviyede hiçbir uluslararası hukuk kuralı bulunmamaktadır ve ayrıca rekabet hukukunu uyumlu hale getirmek adına devletleri yükümlülük altına sokan hiç bir hüküm bulunmamaktadır.

Avrupa Birliği gibi bölgesel seviyede, ortak bir Rekabet Hukuku nispeten başarılı olmuştur. Avrupa Birliğine üye devletler kendi yurtiçi rekabet kanunlarını uygulamaya başlasa veya uygulamayı sürdürürse de, bu kanunları Avrupa Birliği'nin daha egemen kanunları ile tutarlı bir şekilde yorumlamaları gerekmiştir. Bu sebepten, bu girişim gayet başarılı olmuştur ve bölgesel olarak uluslararası düzeyde rekabet kanunlarının tek tip uygulanması ile ilgili bir fenomen halini almıştır. Küresel bağlamda benzer bir yaklaşımın mutabakata varılabilir nitelikte olacağını öngörmek gayet zordur.

Bu sebeple, antitröst politikası başlıca uluslararası ekonomik örgütlerin (UNCTAD, OECD, EFTA, vs.) önemli bir öğesidir. Bu örgütlerden birçoğunun faaliyetleri ulusal rekabet otoriteleri tarafından isteğe bağlı olarak kullanılan çözüm ve tavsiyeler verilmesine odaklanmaktadır. "Bağlayıcı olmayan (Soft)" hukuk çerçevesinde söz konusu işbirliğinin daha gerçekçi ve umut vadeden nitelikte olduğu belirtilebilir[14].

Ancak *bağlayıcı olmayan hukuk* çerçevesinde, ulusal rekabet mevzuatını ve onun içeriğini ortaya koymayı tavsiye eden birçok belge bulmak mümkündür. UNCTAD'ın çalışmaları daha çok ulusal rekabet mevzuatlarının uyumlu hale getirilmesine yönelik olmuştur ve bu çalışmalar kapsamında Rekabet Kanunu ve Politikası Uzmanlarından Oluşan Hükümetler Arası Grup rekabet konusunda bir Model Kanun üzerinde durmuşlardır.

UNCITRAL ise rekabet problemi ile dolaylı olarak ilgilenen Birleşmiş Milletler

12 Dabbah M.M., The Internalization of Antitrust Policy, Cambridge University Press, 2003, s. 248.

13 Wood D., The impossible Dream: Real International Antitrust, 1992, University of Chicago Legal Forum 277, s. 284-285.

14 Стахєєва Г. О. Контроль за концентраціями між суб'єктами господарювання в системі антимонопольного права Європейського Союзу : монографія / Г. О. Стахєєва. – Одеса : Фенікс, 2014, s. 224.

Örgütlerinden bir başkasıdır. Bu örgüt bunu yalnızca kamu ihalelerine ilişkin hükümler çerçevesinde yapmıştır ve böylelikle bu durum bir bütün olarak rekabetin kendisini değil; belli bir problemin çözümünü temsil etmektedir.

Rekabet politikası aynı zamanda OECD tarafından ekonomik kalkınmaya yönelik özel bir koşul olarak ele alınmıştır. OECD, rekabet hukukunun uyumlu hale getirilmesine iki şekilde katkı sağlamaktadır: Birincisi ulusal mevzuatlar için minimum standartlar olarak görev yapabilecek olan birçok tavsiyenin kabul edilmesi; ikincisi de üye devletlerde rekabet politikasının uygulanması ile ilgili düzenli toplantılar, tartışmalar, yuvarlak masa toplantıları organize edilmesi, karşılaştırmalı çalışmalar hazırlanması ve emsal gözden geçirmelerin hazırlanması şeklindedir.

Amerika Birleşik Devletleri tarafından uluslararası bir anlaşmaya dayalı olarak rekabet politikasında daha yakın bir işbirliği kurulmasının reddedilmesinin sonucunda, ulusal rekabet otoritelerinden oluşan ve ayrıca bu konuyla ilişkili diğer hususlara ilişkin gayri resmi ve açık bir birlik olarak Uluslararası Rekabet Ağı (ICN) kurulmuştur. ICN içerisindeki işbirliği özellikle rekabet mevzuatını uygulamaya koymakta olan ülkelere yönelik teknik destek, karşılaştırmalar ve istişarelere dayanmaktadır. ICN herhangi bir şekilde yönetmelik, direktif veya bağlayıcı olmayan hukuk meydana getirmez. Dolayısıyla, amacı Rekabet Kanunu'nun uygulanması konusunda isteğe bağlı tecrübe alışverişi ve en efektif çözümlerin aranmasına yönelik bir platform oluşturmaktır[15].

Rekabet kanunlarının uyumlu hale getirilme süreci bölgesel seviyede ilerlemektedir. Doğrudan veya dolaylı olarak rekabet kurallarını kanun haline getirmeye yönelik yükümlülüklere örnek vermek gerekirse: Güney Afrika Kalkınma Topluluğu (SADC) - üye devletlerin adil olmayan iş pratiklerini yasaklamaktadır ve Topluluk içerisinde rekabeti teşvik eden önlemler alınacaktır; Batı Afrika Ekonomi ve Para Birliği (UEMOA) Anlaşmalar Birlik içerisinde rekabeti kısıtlayan davranışları doğrudan yasaklamakta, ve ortak piyasalar ve kamu yardımları üzerinde hakim pozisyonun kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır; Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA) ve benzer şekilde örneğin Şili Hükümeti ile Meksika Hükümeti arasında yapılan Serbest Ticaret Anlaşması bu anlaşmaya göre, anlaşmanın her iki tarafı da rekabet karşıtı ticari davranışları yasaklamakla ve uygun adımları atmaya yönelik önlemleri getirmekle ve sürdürmekle mükelleftir; Orta Amerika Hükümetleri ile Şili Hükümeti ve Orta Amerika Hükümetleri ile Dominik Cumhuriyeti Hükümeti arasındaki Serbest Ticaret Anlaşması bu anlaşma ile taraflar rekabet-karşıtı iş pratiklerinin anlaşmanın amacına zarar vermemesini sağlamakla mükellef olacaklar, ortak rekabet kurallarını hedefleyecekler ve rekabet politikalarının gelişimini kolaylaştıran ve destekleyen mekanizmalar oluşturmaya çaba sarf edeceklerdir; Avusturya Yeni Zelanda Yakın Ekonomik İlişkiler Ticaret Anlaşması (ANZCERTA) da bölgesel *yumuşak* uyumlaştırmanın bir örneği olup bu Anlaşmaya göre, üye ülkeler diğerlerinin yanında, kısıtlayıcı ticaret pratikleri gibi hususlara konulara ilişkin gereksinimleri uyumlu hale getirmeye yönelik adımlar atmak adına kapsamı inceleyecekler ve uygun durumlarda, söz konusu gereksinimlerin uyumlu hale getirilmesine yönelik çalışmak üzere resmi organları ve diğer örgüt ve kuruluşları teşvik edeceklerdir.

Farklı kanun uygulama sistemlerine sahip rekabet idarelerinin efektif ve verimli bir şekilde işbirliği yapabilmesi adına, iş birliği yapan tarafların gizlilik ve bilgi açıklama kuralları da dahil olmak üzere, ilgili usul ve maddi kuralları iyi bilmeleri ve kendi hukuk sistemlerindeki farklılıkları ve mevcut olan her türlü sınırlama yahut kısıtlamaları anlamaları zorunludur. Bu sebepten, 2014 OECD Uluslararası İşbirliği Tavsiyesi içerisinde "gizlilik ile ilgili olanlar da dahil olmak üzere, usuli ve maddi kurallar ile ilgili yeterli bilgilerin, ulusal kanun-uygulama sistemlerinin nasıl çalıştığının

15 Efektif anti kartel rejimleri için engellerin sağlanması, Hard Core Kartal Davranışlarının Tanımlanması, Efektif Kurumlar, Efektif Cezalar, Yayınlanma: 2008; ICN adli Bölgelerindeki Kartelleri için Cezaların Belirlenmesi, Yayınlanma: 2008.

karşılıklı olarak anlaşılmasını kolaylaştırmak bakımından uygun yöntemlerle, kamuoyuna açık hale getirilmesi" tavsiye edilmiştir.

Rekabet idareleri arasında etkili bir iş birliğinin kurulması adına rekabet araştırmalarının ve işlemlerinin bildirimlerinin yapılması önem taşıyabilir. Bu bildirimler, bildirim yapılan tarafın, bildirimi yapan tarafın icra faaliyetinden haberdar olmasını sağlar ve koordinasyon veya danışma gibi sonraki iş birliği faaliyetlerine zemin hazırlar.

İşbirliği anlaşmaları çoğu zaman bir yetki alanı içerisindeki bir rekabet idaresinin başka bir yetki alanı içerisindeki rekabet idaresinin kanun uygulaması için bir uygulama işlemini gerçekleştirmesine izin veren bir hüküm içerir.

Rekabet idarelerinin etkili bir şekilde işbirliği yapabilmesi adına bilgi alışverişinin yapılabilmesi kritik öneme sahiptir. Rekabet idareleri, özellikle gizli bilgiler başta olmak üzere, bilgi alışverişinin yapılabilmesinin daha efektif bir işbirliğine ve rekabet kanununun uygulanmasına önemli ölçüde katkı sağlayabileceğini ve bu konunun, uygulama işbirliği ile ilgili olarak rekabet idareleri arasındaki tartışmaların temel konusunu teşkil ettiği belirtilmiştir.

İşbirliği anlaşmaları içerisinde rekabet idarelerinin, mevkidaşları ile paralel soruşturmalarda, kanun uygulama faaliyetlerini koordine etmesini teşvik eden hükümler yer alır. Koordinasyon hükümleri tipik olarak; (1) koordinasyon konusundaki genel bir beyandan, (2) eylemlerini koordine edip etmeyeceklerine karar verirken hesaba katılması gereken faktörlerden, (3) birbirleriyle nasıl koordine olacaklarından ve (4) bir bitiş ifadesinden oluşur.

"Çatışmaların önlenmesi" mekanizması olarak negatif tanıma prensibi işbirliği anlaşmalarına dahil edilir ve gözden geçirilen on beş adet işbirliği anlaşması içerisinden on dört tanesinde negatif tanıma hükümleri bulunmaktadır. Bu hükümler bazı değişiklikler göstermektedir, fakat genel olarak (1) taraflardan birinin karşı tarafın önemli menfaatlerini dikkate almasını gerektiren negatif tanıma ile ilgili bir genel ilkeden, (2) karşı tarafın önemli menfaatlerini etkileyebilecek olan bir kanun uygulama faaliyeti gerçekleştiren bir tarafın yükümlülüklerinden ve (3) çatışmaya çözüm bulmak adına uygun tedbirlerin değerlendirilmesi aşamasında o tarafın hesaba katması gereken faktörlerden oluşur. Bunlara ek olarak, bazı anlaşmalarda (4) bir tarafın önemli bir menfaatinin nereye yansıdığı ve (5) bir tarafın önemli menfaatlerinin nasıl etkilenebileceği de belirtilmektedir.

Gözden geçirilen on beş adet işbirliği anlaşması içerisinden on iki tanesinde bir pozitif tanıma hükmü bulunmakta olup, bu hükme göre taraflardan bir tanesi, ikinci tarafın bölgesi içerisinde rekabet karşıtı faaliyetler gerçekleştirildiği zaman ve bu faaliyetler kendisinin önemli menfaatlerini etkilediği zaman, karşı taraftan kanunu uygulamasını talep edebilmektedir. Pozitif tanıma hükümlerinin metinleri birbirlerine çok benzer niteliktedir ve genellikle bu metinler; (1) pozitif tanıma ile ilgili bir genel prensipten, (2) kanunu uygulama talebinden, (3) talebi alan tarafın bu talebe nasıl cevap verdiğinden ve (4) pozitif tanıma faaliyetlerinin isteğe bağlı olduğundan oluşmaktadır.

İşte bu sebepten ikinci nesil uluslararası (iki taraflı çok taraflı) anlaşmalar, soruşturmalar kapsamındaki işbirlikleri ve maddi bulgular bakımından NCA'lar (ulusal merkezî makamlar) arasında daha yakın bir işbirliğini amaçlamaktaydı. İşbirliği anlaşmaları içerisinde aynı zamanda danışma süreci, düzenli toplantılar, gizlilik iletişimleri ile ilgili hükümler de bulunmaktadır.

Rekabetin korunmasına ilişkin işbirliği ile ilgili iki taraflı anlaşmalarda (temel uluslararası) görüldüğü üzere, 1990'lı yılların sonunda rekabet politikası uluslararası ekonomik ilişkilerin fiili bir parçası haline gelmiştir. Bu anlaşmalar yalnızca genel ilkeleri kapsamakla kalmaz; aynı zamanda pratik konulara da değinir.

Rekabet için tek tip standartlarının eksikliği, yönetmeliklerin farklı hususlarında da görülebilir. Rekabet karşıtı anlaşmaları ve uyumlu eylemlerin yasaklanması alanında ise, hukuki düzenlemelerde bir görüş birliği olup, "katı" kartelleri yasaklamaktadır: Diğer açılardan, ulusal mevzuat seviyesinde böyle bir görüş birliği bulunmamaktadır. Rekabet politikasının daha çok yasal çok taraflı ve iki taraflı

işbirliğine tabi olduğu ortaya konulmuştur. Ülkeler arasındaki işbirliği, rekabet yasalarının uygulama verimliliğini genel olarak arttırabilir ve ayrıca yargı yetkisi anlaşmazlıklarını azaltabilir. Gerçekten de bu iki amaç - uygulamanın verimliliği ve uyuşmazlıkların önlenmesi - birbirlerinden ayrılamaz niteliktedir. Nitekim, yargı yetkisi anlaşmazlıkları ile ilgili gücenme ve kırılma durumları, uygulama verimliliğinin geliştirilmesi aşamasında söz konusu anlaşmazlıkların önlenmesine yardımcı olabilecek türdeki işbirlikleri için önemli bir engel teşkil edebilir.

Uluslararası rekabet mevzuatlarındaki boşluğun (özellikle yasaların uyuşmazlığının önlenmesi ve gizli nitelikte olmayan bilgilerin alınıp verilmesi başta olmak üzere) çözülmesinin iki yolu mevcuttur: i) rekabet ile ilgili hususlarda özel bir anlaşmanın yapılması ve uluslararası ticaret anlaşmalarına özel "rekabet maddelerinin" eklenmesi; ii) bir Mutabakat Muhtırası imza edilmesi.

Özellikle, Avrupa Birliği bazı üçüncü ülkelerle (ki bunlar özellikle Amerika Birleşik Devletleri[16], Kanada[17], Japonya[18], Kore[19]), Avrupa Birliği dışında yer alan fakat Avrupa Birliği'nin rekabetle mücadele faaliyetlerinin zarar görmesine yol açan kartellerle ilgili bilgileri ve somut kanıtları optimize etmek adına bazı anlaşmalar yapmıştır. Örneğin 1991 ve 1998 tarihli (birinci nesil) anlaşmalardaki karteller hakkında bilgi verilmesi ile ilgili hususlar konusunda işbirliği yapmak üzere Avrupa Birliği ile Birleşik Devletler arasında imzalanan anlaşmaların hükümleri ile Adalet Bakanlığı ve Federal Ticaret Komisyonu gibi, Birleşik Devletler'deki antitröst organlar ile Avrupa Komisyonu, kartel anlaşmaları konusunda kendilerinin öğrenmiş oldukları ve Amerika Birleşik Devletlerinden veya Avrupa Birliği'nden herhangi birinin menfaatlerini etkileyebilecek olan her türlü önemli bilgiyi alıp verebilecekler ve kanun uygulama faaliyetleri konusunda birbirlerine yardımcı olabileceklerdir.

İmzalanmış olan birkaç Mutabakat Muhtırası (örneğin yakın dönemde imza edilen Avrupa Birliği - Güney Afrika 2016, Brezilya 2009, Çin Halk Cumhuriyeti 2012, Hindistan 2013, Rusya 2011) mevcuttur. Fakat bunlar uluslararası anlaşma olarak değerlendirilmez dolayısıyla "bağlayıcı" hukuklarının getirdiği bir yükümlülük söz konusu değildir, yalnızca isteğe bağlıdır.

Avrupa Birliği'nin üçüncü ülkeler ile imza ettiği özel anlaşmalara ilişkin ikinci bir nesil trend bulunmaktadır. Bu anlaşmalar negatif ve pozitif tanımanın bir araya getirilmesini öngörmektedir (örneğin Avrupa Birliği - İsviçre arasındaki 2014 tarihli anlaşma; Avrupa Birliği - Kore arasındaki 2009 tarihli anlaşma; rekabet karşıtı faaliyetlerine ilişkin Avrupa Birliği - Japonya arasındaki 2003 tarihli anlaşma.)

Avrupa Birliği rekabet hukuku uluslararası ilişkilere iki taraflı ve çok taraflı anlaşmalarla girmiştir. Avrupa Ekonomik Bölgesi anlaşmasının içerikleri ile aynı kurallara sahip olduğundan dolayı, Avrupa Ekonomik Bölgesi'nin kurulması ile Avrupa rekabet hukukunun etkisi Avrupa Birliği'nin sınırlarının dışına çıkmıştır. Antitröst politikasını uyumlu hale getirmeye yönelik kapsamlı uluslararası girişimlere rağmen, dünya bu konuda görüş birliğine ulaşmamıştır. Bugün yalnızca Avrupa Birliği'nin rekabet politikası, rekabet konusunda ulus üstü düzenlemeler için bir model görevi görmektedir ve bu da diğer herhangi bir uluslararası kuruluş seviyesine ulaşmamıştır.

Kanunların uyumlu hale getirilmesi penceresinden bakıldığında, Avrupa'nın rekabet "ruhunun" diğer ülkelere yayılmasına sebep olan anlaşmalar çok daha ilginçtir. Bu tür anlaşmalara ilişkin ilk grupta ortaklık anlaşmaları (Türkiye, Hırvatistan ve Makedonya) ve Batı Balkan ülkeleri ile yapılan anlaşmalar

16 Avrupa toplulukları ile Amerika Birleşik Devletleri Hükümeti arasında, ülkelerin rekabet yasalarının uygulanması aşamasında pozitif tanıma prensiplerinin uygulanmasına ilişkin anlaşma, Resmi Gazete,1998, L173, 18/06/1998, s. 28.

17 Avrupa Toplulukları ile Kanada Hükümeti arasında, rekabet kanunlarının uygulanmasına ilişkin anlaşma, Resmi Gazete, 1999, L 175.

18 Avrupa Topluluğu ile Japonya Hükümeti arasında, rekabet karşıtı faaliyetlere ilişkin anlaşma ,Resmi Gazete, 2003, L 183.

19 Avrupa Topluluğu ile Kore Cumhuriyeti Hükümeti arasında, rekabet karşıtı faaliyetlere ilişkin anlaşma, Resmi Gazete,2009, L202, 04/08/2009, s. 36.

(Arnavutluk, Karadağ) mevcuttur. Bu anlaşmalar, tarafların, belirtilen ülke ile Avrupa Birliği arasında, ticareti kısıtlayıcı uygulamalar sonucunda ticarete engel olunmasını önleyen yasalar çıkarmasını zorunlu kılmıştır. Avrupa Birliği ile Akdeniz Ortaklıkları (Cezayir, Mısır, İsrail, Ürdün, Lübnan, Fas, Tunus, Filistin Kurtuluş Örgütü) arasında imzalanmış olan diğer grup anlaşmalarda benzer hükümler bulunabilir. Afrika, Karayip ve Pasifik ülkeleri ile olan ilişkiler özel bir ortaklık türüdür ve buna göre Cotonou Anlaşması, rekabet kurallarının uygulanmasında farklı seviyelerde ekonomik gelişimleri hesaba katmaktadır. Son olarak, Avrupa Birliği diğer bazı devletlerle "rekabet" ilişkileri de kurmuştur, fakat bu durumda yaklaşım sistematikten ziyade daha bireysel olmuştur ve anlaşmalardan işbirliğine (Meksika, Şili) ve Mutabakatı Muhtırasına (Çin Halk Cumhuriyeti) kadar farklı yoğunlukta hukuki bağlayıcılık söz konusudur. Moldova [20], Gürcistan[21] ve Ukrayna [22] ile yeni imzalanan işbirliği anlaşmalarında rekabet konusunda çok kesin hükümler yer almaktadır.

Avrupa Birliği - Ukrayna, Avrupa Birliği - Gürcistan ve Avrupa Birliği - Moldova arasındaki serbest ticaret anlaşmaları Derin ve Kapsamlı Serbest Ticaret Anlaşmaları (DCFTA) olarak adlandırılan anlaşmalar serisinin birincisi olarak ilan edilmiştir[23]. Bu kategori içerisinde, rekabet konuları çok çeşitlilik göstermektedir[24].

Avrupa Birliği - Ukrayna arasındaki Derin Ve Kapsamlı Serbest Ticaret Anlaşmasının karakteristik özelliği; kesin sona erme süreleri ve sıkı yükümlülükler ile hukuk ve kanun uygulama pratiğine yaklaşım sağlanması ile ilgili hükümlerdir. Her ne kadar bu yükümlülükler zayıf olsa da, "bir tarafının rekabet idaresi karşı tarafın rekabet idaresine kanun uygulama faaliyeti ile ilgili olarak işbirliğinde bulunmak istediğini bildirebilir. Bu işbirliği tarafların bağımsız kararlar alması için engel teşkil etmeyecektir"[25] şeklindeki ifadeye göre, taraflar kanun uygulama ile ilgili hususlarda bilgi alışverişinde bulunmalı ve iş birliği yapmalıdır. Avrupa Birliği - Ukrayna arasındaki Derin ve Kapsamlı Serbest Ticaret Anlaşmasını, diğer derin ve kapsamlı serbest ticaret anlaşmalarından ayıran şey; Ukrayna'nın kendi rekabet hukuku ve kanun uygulama pratiklerini birçok alanda Avrupa Birliği Müktesebatına uyumlu hale getirecek olmasıdır. Bu anlaşma tarafların birbirlerine danışabileceğini öngörmekte olsa da, bunlar detaylı olarak düzenlenmemiştir ve zorunlu değildir. Bunun sonucunda yurtiçi rejim ile ilgili gerçekte kapsamlı gereksinimler bulunmaktadır. Bu tür taahhüt, diğer post-Global-Avrupa Serbest Ticaret Anlaşmalarında bulunmamaktadır. Akılda kalıcı olan bir şey; Ukrayna'nın kendi yasalarını uyumlu hale getirmeye çalışacağı Avrupa Birliği müktesebat kapsamının anlaşmaya bir ek halinde dahil edilmeyip; anlaşmanın ana metninde yer almış olmasıdır.

Avrupa entegrasyon yapıları benzersiz bir kalıcı rekabet ilişki düzenleme sistemi oluşturmuştur. Ve gerçekten rekabet hukukunun "Avrupalılaşma" sürecini gözlerinizle görebilirsiniz. Bugünün küreselleşmiş ticaret dünyasında, ulusal hukuki rekabet ortamının uluslararası anlaşmalara girmek suretiyle ve rekabeti düzenlemeye yönelik bu özel maddenin dahil edilmesiyle dönüşüm yaşama eğilimini gözlemleyebiliriz. Avrupa Birliği'nin başarılı bir entegrasyon grubu olarak dünyadaki diğer entegrasyon grupları için rekabetle ilgili konularda bir model olması mantıklıdır.

20 Bir tarafta Avrupa Birliği ve Avrupa Atom Enerji Topluluğu ve onlara üye devletler ile diğer tarafta Moldova Cumhuriyeti olmak üzere yapılan işbirliği anlaşması, Resmi Gazete, 2014, L 260/4.

21 Bir tarafta Avrupa Birliği ve Avrupa Atom Enerji Topluluğu ve onlara üye devletler ile diğer tarafta Gürcistan olmak üzere yapılan işbirliği anlaşması, Resmi Gazete, 2014, L 261/4.

22 Bir tarafta Avrupa Birliği ve ona üye devletler ile diğer tarafta Ukrayna olmak üzere yapılan işbirliği anlaşması, Resmi Gazete, 2014, L 161.

23 Avrupa Komisyonu, Avrupa Birliği'nin Gürcistan, Moldova Cumhuriyeti ve Ukrayna ile yapılan işbirliği anlaşmaları, Brüksel, 23 Haziran 2014, MEMO/14/430.

24 Demedts V. Which Future for Competition in the Global Trade System: Competition Chapters in FTAs, *Journal of World Trade*, 2015,49, No. 3, s. 407–436.

25 Art. 259(2) EU-Ukraine DCFTA.

GLOBAL MODELS OF LEGAL REGULATION OF COMPETITION AND INTERNATIONAL LEGAL INSTRUMENTS OF COMPETITION POLICY

*Kseniia Smyrnova**

The concept of competition is so ambiguous that it is not covered by any universal definition. This is an economic category, and a set of legal tools that are designed to market regulation in compliance with competition. This is a method of management, and thus the existence of equity capital when one is competing with other capital. The presence of competition ensures the development and establishment of the economy. Competitiveness in the market manifests itself in the battle for the consumer through the quality and quantity of goods or services. On the one hand, competition acts as an economic mechanism of regulation of proportions of production of a certain type of goods, on the other - one of the conditions for the functioning of the market.

Contemporary globalization has become one of the key factors that contributed to the transformation of the economic and legal systems of the world, the integration processes within regional organizations. For the modern world-system we will conceptualize globalization as, in part, changes in the intensity of international and global interactions relative to the local or national networks. However, the processes of globalization have, along with the positive effects, also many negative aspects.

One of the most effective measures for the prevention of the negative consequences of globalization & avoidance of law conflicts is the convergence of the legislation on protection of economic competition, is putting together a summary of national laws regulating the activities of global companies.

The impact of globalization on competition is two-sided. Throughout the globalization process, governments have negotiated safeguards to ensure the reciprocal open access that will allow their home firms access to other geographic markets. At the same time, governments have negotiated escape hatches that allow them to impede access of foreign firms to their home geographic markets[1].

An appropriate condition for the functioning of a market economy is its effective legal regulation. Legal regulation of relations of competition in order to establish the bona fide relationship undistorted entities in the market is one of the fundamental principles of a free market economy. The competition law establishes rules of behavior of undertakings in the market, protects them from unlawful anti-competitive actions of other entities and / or public authorities.

The presence of competition in the market leads to an increase in economic efficiency so that consumers receive the appropriate share of wealth. Thus, we can conditionally display concept 'antitrust welfare', which comes also to economic efficiency and well-being of consumers and competition in the market.

Competition law mostly covers national jurisdiction. The growth in the number of antitrust

* Dr. of Jur. Sc. (Dr.hab.), Associate Professor, Chair of Comparative and European Law, Institute of International Relations, Kyiv National Taras Shevchenko University, Vice-President of NGO "Ukrainian Association of European Law", Member of Public Council of Antimonopoly Committee of Ukraine (Kiev, Ukraine), ksenya.smyrnova@gmail.com

1 Stephen Martin, Globalization and the Natural Limits of Competition Industrial Organization: A European Perspective. Oxford: Oxford University Press, 2001.

regimes in the past 25 years has been nothing short of phenomenal. In the 1980s approximately 20 countries had some form of antitrust regulation. Now over 120 jurisdictions boast an antitrust regime[2]. Many of these jurisdictions seek to regulate anti-competitive behavior for the reason that competition is primarily intended to increase a market's allocative, productive and dynamic efficiencies, thereby increasing innovation, offering consumers better prices, services and choices and improving economic welfare. Although the introduction of competition law and policy has spread remarkably quickly in recent years, it is developing at vastly different paces and in a different ways.

At the legislative level, there are two models of competition regulation – American[3] and European[4] law models. Both provide for the establishment of special administrative bodies empowered in the markets, the economy, the protection of competition. Both seek to protect competitors' access to the market. However, if the American system puts much emphasis on the prohibition of monopolies, the list of which is gradually improving, the European system was originally developed as a system for monitoring the market associations. The European model legislation provides control over monopolies and is aimed at combating the abuse of monopoly nature. A comparative analysis of the differences between the competition laws of the European Union from the U.S. can be noted that EU competition law aims to protect consumer rights, while American law – protecting competition (and economy) itself[5]. Unlike the U.S., the main objective of EU competition policy within the economic integration of member states is enforcement of fairness access to free movement of four factors (goods, services, capital and labor). The differences between the American and European models of competition law influence international trade agreements, which they conclude with other countries. Thus, the "horizontal principles" of competition policy are more important for US trade deals. The latter also prefer competitive obligations precisely in the sectoral chapters in contrast to European agreements, which also focused on the special section on competition policy.

The lack of uniformity is also in the substantive provisions itself relating to the elements of prohibited behaviour. As for the concept of prohibited agreements and concerted practices, there is consensus regarding the prohibition of hard core cartels, such a consensus is not achieved in other merit. While Section 2 of Sherman Act (USA) promulgates prohibition of monopolization and attempt to monopolize, Article 102 of the Treaty on Functioning of the European Union bans abuse of dominant position. The most striking differences can be found in assessment of merger, when, according to Clayton Act (USA) it is examined whether the given merger may substantially lessen competition, or tend to create a monopoly in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, in the European Union it is examined under the Council regulation[6], whether the merger significantly impedes effective competition in the internal market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a

2 In accordance with the data of International Competition Network (ICN), an organization that was founded in 2001 as a result of compromise between the States on the establishment of an international mechanism to regulate competition.

3 Sherman Act in 1890 and the Clayton Act of 1914 are the result of long-term accumulated codification of American and British common law in the fight against monopolistic activity.

4 Art. 101-109 TFEU, numerous Regulations within the EU.

5 Wood D., International Harmonization of Antitrust Law: The Tortoise or the Hare? [// Chicago Journal of International Law. – 2002. – 391. – P. 19. – http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3062&context=journal_articles

6 Council Regulation (EC),No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), (O.J. EU L 24, 29.1.2004, p. 1 – 22).

dominant position, an finally in South African jurisdiction it is firstly determined whether or not the merger is likely to substantially prevent or lessen competition, and if so then whether or not the merger is likely to result in any technological, efficiency or other pro-competitive gain (benefit) or can by justified by substantial public interest (e.g. employment, international competitiveness, competitiveness SMEs owned by historically disadvantaged persons[7,8]).

From the legal point of view, the substantial difference between trade policy in the strict sense a competition policy is that in case of trade policy international legal regulation obliges an empowers states, while in case of competition policy it is essential to oblige and provide rights fornon-state entities and that is why the method of the legal regulation shall be different.

Those attempts were based on doctrinal suggestions of internationalization of competition policy, especially K.Meessen offered to add to the national level of competition regulation the existence of supranational institutions, or even a court [9], W. Fikentscher showed the necessity to introduce a "single code of competition"[10]; D.Wood found benefit from the harmonization of competition rules only in the field of harmonization of the rules of concentration (merger), as the concentration of yourself as a general rule is not prohibited, and lies in the plane of the collision of procedural rules in different jurisdictions[11].

We can assume the existence of the main factors that lead to the existence of competition policy at the global level. Among them there are the following: first, the existence of competition with the "foreign element", i.e. the existence of competition between enterprises in different jurisdictions at a national market; secondly, the fact that the blurring of borders in business, which is shown together undertakings from different countries, their mergers or other forms of concentration; thirdly, the very globalization of trade leads outside the closed integration formations. Thus, in recent years there has been the transformation of antitrust policy of "internal" policy as an important element of international economic relations.

Competition Law today is the fastest growing sphere in the European Union law. This is largely due to the dynamics of the evolution of the EU internal market, which requires the creation of optimal conditions for competition throughout its territory.

While globalization of competition law is a relatively new phenomenon in the international legal practice, the creation of traditional diplomatic platform for the establishment of an international framework for competition is a much longer story. Historically there was an attempt to achieve political will to introduce competition issues (especially restrictive practices) within the Draft Havana Charter. However the US objected to these attempts to internationalize competition (antitrust) policy and so the Charter failed and the International Trade Organization never actually materialized[12]. A further attempt to internationalize competition law occurred when the UN Economic & Social Council (ECOSOC) recommended the inclusion of a draft convention that would have established an international agency with responsibility for receiving and investigating

7 Competition Act No. 89 of 1998, § 12A.

8 For further comparisons see e.g. UNCTAD: Model Law on Competition, p. 13 et seq.

9 Meessen K. M., Antitrust Jurisdiction under Customary International Law / K. M. Meessen, 1984, p. 809.

10 Fikentscher W., Competition Rules for Private Agents in the GATT/WTO System. / W. Fikentscher, 1994. p. 295–296.

11 Wood D., International Harmonization of Antitrust Law: The Tortoise or the Hare? [// Chicago Journal of International Law. – 2002. – 391. – P. 19. – http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3062&context=journal_articles

12 Dabbah M.M., The Internalization of Antitrust Policy, Cambridge University Press, 2003, p. 248.

complaints about restrictive business practices. But the US again rejected this convention. The main reason for the rejection these attempts was the concern that disparities in domestic laws and policies were so significant that the role and function of any such international organization would have been redundant[13]. Within Singapore WTO round of negotiations a significant development occurred with respect to the 'globalization' of competition policy with its inclusion on the agenda a special issue on it. However although the EU, Canada, Japan supported a WTO competition agreement, but the US again remained opposed to a multilateral agreement. The stalled Doha round of trade liberalization talks demonstrates that the WTO cannot reach an agreement on a range of trade liberalization issues.

There is no rule of international law on global (universal) level that would oblige states to enact competition law (*hard law*), and also no provision obliging states to harmonize competition law.

On the regional level like the EU, a common competition law has been relatively successful. While EU Member states have maintained or introduced their own domestic competition laws, they are required to interpret those laws in a manner consistent with the overarching EU laws. So, this attempt was quite successful & became a phenomenon in respect of unified application of competition laws on the regional international level. It is difficult to envisage a similar approach being agreeable in a global context.

So, antitrust policy is also an important element of the major international economic organizations (UNCTAD, OECD, EFTA, etc.). The activities of many of these organizations focus on providing solutions, recommendations used national competition authorities voluntarily. It may be noted that such cooperation within the framework of "soft" law is more realistic and promising[14].

However in the sphere of *soft law* it is possible to find several documents that recommend establishing national competition legislation, and also its content. The work of the UNCTAD is much more aimed to harmonization of national competition legislations and within that work the Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy elaborated a Model Law on Competition.

The UNCITRAL is another of the UN organizations that indirectly dealt with the problem of competition, but it did it only within the frame of provisions concerning public procurement so it represents a solution of a particular problem not competition itself as a whole.

Competition policy is also dealt as a particular condition for economic development by the OECD. The OECD contributes to harmonization of competition law in two ways: the first one is adoption of several recommendations that can serve as minimal standards for national legislation, and the second one is organizing regular meetings, discussions, roundtables and elaborating comparative studies and also peer reviews on application of competition policy in member states.

As a result of refusal of closer cooperation in the competition policy on the basis of a international treaty by the USA, the International Competition Network (ICN) was established as an informal and open association of national competition authorities and also other subjects concerned in this topic. The cooperation within the ICN is based on comparisons, discussions and technical assistance, especially to the countries that are introducing competition legislation.

13 Wood D., The impossible Dream: Real InternationalAntitrust, 1992, University of Chicago Legal Forum 277, p. 284-285.

14 Стахєєва Г. О., Контроль за концентраціями між суб'єктами господарювання в системі антимонопольного права Європейського Союзу : монографія / Г. О. Стахєєва. – Одеса : Фенікс, 2014. – 224 с.

The ICN does not promulgate any regulations, directives or documents of *soft law*, so its goal is to provide a platform for voluntary exchange of experience of application of competition law and seeking for the most effective solutions[15].

The process of harmonization of competition laws is leading on regional level. The following can serve as examples of an obligation to enact competition rules, whether directly or indirectly: South African Development Community (SADC) where member states shall implement measures that prohibit unfair business practices and promote competition within the Community; West African Economic and Monetary Union (UEMOA) where the establishing treaty agreements directly prohibits restricting competition within the Union, abuse of dominant position on common market and public aids; North American Free Trade Agreement (NAFTA), and similarly e.g. Free Trade Agreement between the Government of Chile and the Government of Mexico, in which every party to the agreement is obliged to adopt or maintain measures to proscribe anticompetitive business conduct and take appropriate action; Free Trade Agreement between the Governments of Central America and the Government of Chile and Free Trade Agreement between the Governments of Central America and the Government of the Dominican Republic in which are parties are obliged to ensure that the purpose of the agreement shall not be disrupted by anticompetitive business practices, shall aim at common competition rules and shall seek to create the mechanisms that facilitate and support the development of competition policies; The Australia New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement (ANZCERTA) is an example of regional *soft* harmonization where member countries shall examine the scope for taking action to harmonize requirements relating to such matters as, inter alia restrictive trade practices and where appropriate, encourage government bodies and other organizations and institutions to work towards the harmonization of such requirements.

In order for competition authorities with different enforcement systems to co-operate effectively and efficiently, it is imperative that the co-operating parties have a good knowledge of their respective substantive and procedural rules, including confidentiality and disclosure rules, and understand the differences in their legal systems and any existing limitations or constraints. It is for this reason that the 2014 OECD Recommendation on international co-operation recommends to "make publicly available sufficient information on their substantive and procedural rules, including those relating to confidentiality, by appropriate means with a view to facilitating mutual understanding of how national enforcement systems operate."

Notifications of competition investigations and proceedings can be important to establishing effective co-operation among competition authorities. Notifications make the notified party aware of the notifying party's enforcement activity and trigger subsequent co-operation activities, such as co-ordination or consultations.

Co-operation agreements often include a provision allowing a competition authority in one jurisdiction to take an enforcement action for the enforcement of the competition authority in another jurisdiction.

The ability to exchange information is crucial for competition authorities to co-operate effectively. Competition authorities highlighted that the ability to exchange information, particularly confidential information, can substantially contribute to more effective co-operation and competition law enforcement and this has been the central area of the competition authorities' discussion on enforcement co-operation.

15 Building Blocs for effective anti-cartel regimes. Defining Hard Core Cartel Conduct – Effective Institutions – Effective Penalties published in 2005, Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions published in 2008.

Co-operation agreements include provisions encouraging the competition authorities to co-ordinate enforcement activities with their counterparts in parallel investigations. Co-ordination provisions typically consist of (1) a general statement on co-ordination, (2) factors to be considered when deciding whether to co-ordinate their actions, (3) how they co-ordinate each other and (4) a termination clause.

Negative comity principle is included in co-operation agreements as a mechanism for "avoidance of conflicts" and fourteen out of the fifteen co-operation agreements reviewed have negative comity provisions. Those provisions have some variations, but usually consist of (1) a general principle of negative comity requiring a party to consider the important interests of the other party, (2) obligations of a party taking the enforcement activity which may affect important interests of the other party, and (3) factors which a party should consider in assessing appropriate measures to address the conflict. In addition to those, some agreements may mention (4) where an important interest of a party is reflected and (5) how a party's important interests may be affected.

Twelve out of the fifteen co-operation agreements reviewed include a positive comity provision, according to which a party can request the other party for its enforcement actions when the anticompetitive activities are carried out in the latter party's territory and affect its important interests. The texts of positive comity provisions are very similar to one another and usually consist of (1) a general principle on positive comity, (2) the request for enforcement action, (3) how the requested party responds to the request, and (4) the voluntary nature of positive comity activities.

That's why the second generation of international (bilateral / multilateral) agreements aimed at the closer cooperation of NCAs in their fact findings & cooperation within investigations. Co-operation agreements include also provisions on consultation, regular meetings, confidentiality communication.

At the end of the 1990s, competition policy becomes part of international economic relations, *de facto*, as evidenced by the appearance of bilateral agreements (mainly inter) on cooperation for the protection of competition. These agreements not only capture the general principles, but also address the practical issues.

The lack of uniform standards for the competition is viewed in the regulation of different aspects. If the area of prohibition of anticompetitive agreements and concerted practices, there is consensus in the legal regulation bans "hard" cartels, in other respects, such a consensus is absent at the level of national regulation. It is proved that competition policy is subject to legal multilateral and bilateral cooperation more. Cooperation among countries can improve the overall effectiveness of competition enforcement and also reduce jurisdictional disputes. Indeed, these twin goals enforcement effectiveness and conflict avoidance are inseparably intertwined, because resentment over jurisdictional disputes can be an important obstacle to the kind of co-operation that can help avoid such disputes while improving enforcement effectiveness.

There are two ways of solving a gap in international competition regulation (especially avoidance of conflicts of laws and exchange of nonconfidential information): i) concluding a special dedicated agreements on competition issues or inserting special 'competition clauses' in international trade agreements; and ii) concluding of Memorandum of Understanding.

In particular, the EU has concluded several agreements on bilateral cooperation with

some third countries (which, in particular, the U.S.[16], Canada[17], Japan[18], Korea[19]) to optimize the information and concrete evidence of cartels, which are located outside the EU, however, causing loss of the EU anticompetitive activities. For example, by virtue of the provisions of the agreements between the EU and the U.S. to cooperate in matters of disclosure cartels in 1991 and 1998 agreements (first generation), the European Commission and antitrust U.S. agencies such as the Ministry of Justice and the Federal Trade Commission can exchange any significant information on the cartel agreement, which they learned, and which may affect the interests of either the U.S. or the EU, and help each other in enforcement activity.

There were concluded several Memorandum of Understanding (for example recently signed EU-South Africa 2016, Brazil 2009, China 2012, India 2013, Russia 2011), but there are not considered to be international agreements, so there are no obligations by 'hard' law, only voluntary manner.

There is a trend of the second generation of dedicated agreements concluded by the EU with the third countries. These agreements elaborate a combining of negative and positive comity (for example, EU-Switzerland dedicated agreement 2014; EU-Korea agreement 2009; EU-Japan agreement concerning anti-competitive activities 2003.

The EU competition law entered into international relations by bilateral and multilateral agreements. The impact of European competition law was extended beyond the EU frontiers by establishing European Economic Area since the Agreement on EEA contents the same rules as the TFEU. Despite extensive international practice attempts to harmonize antitrust policy consensus on unifying the world did not come. Only the competition policy of the European Union today serves as a model for supranational regulation of competition, which has not reached the level of any other international organization.

From the point of view of harmonization of law, agreements that spread European competition "spirit" to other states are much more interesting. In the first group of such agreements there are association agreements (Turkey, Croatia and Macedonia) and agreements with countries of Western Balkan (Albania, Montenegro). These agreements oblige parties to establish rules that avoid impeding trade between given country and the EU as a result of business restrictive practices. Similar provisions can be found in the other group of agreements that were signed within the EU-Mediterranean Partnership (Algeria, Egypt, Israel, Jordan, Lebanon, Morocco, Tunisia, Palestine Liberation Organization). Relations with African, Caribbean and Pacific countries is a specific form of partnership where the Cotonou Agreement takes in mind the different level of economic development in application of competition rules. Finally, the EU also established "competition" relations with several other states, but in this case the approach is more individual than systematic with different intensity of legal binding, from agreements on cooperation (Mexico, Chile) to memoranda of understanding (China). Very strict provisions on competition contain newly signed

16 Agreement between the European Communities and the Government of the United States of America on the application of positive comity principles in the enforcement of their competition laws // Official Journal. – 1998. - L 173, 18/06/1998, p. 28.

17 Agreement between the European Communities and the Government of Canada regarding the application of their competition laws // Official Journal, 1999, L 175.

18 Agreement between the European Community and the Government of Japan concerning cooperation on anticompetitive activities // Official Journal, 2003, L 183

19 Agreement between the European Community and the Government of the Republic of Korea concerning cooperation on anti-competitive activities // Official Journal, 2009. L 202, 04/08/2009, p. 36.

association agreements with Moldova[20], Georgia[21] & Ukraine[22].

The EU-Ukraine, EU-Georgia and EU-Moldova FTAs were announced as being the first in a series of so-called Deep and Comprehensive Free Trade Agreements (DCFTAs)[23]. Within this category, the competition chapters are nevertheless very diverse[24].

What is characteristic of the EU-Ukraine DCFTA is the provision on approximation of law and enforcement practice, with strict deadlines and hard obligations. Parties should exchange information and cooperate on enforcement matters, although the obligations are again particularly weak, stating that 'the competition authority of a Party may inform the competition authority of the other Party of its willingness to cooperate with respect to enforcement activity. This cooperation shall not prevent the Parties from taking independent decisions'[25]. What sets the EU-Ukraine DCFTA apart from the other DCFTAs is that Ukraine will align its competition law and enforcement practice to that of the EU acquis in a number of fields. The agreement foresees that the parties should consult each other, but this is not regulated in detail, nor is it mandatory. As a result, there are actual substantive requirements for the domestic regime. This type of commitment cannot be found in other post-Global-Europe FTAs. What is remarkable is that the scope of the EU acquis to which Ukraine should approximate its laws is not included in an annex but in the main text of the agreement.

European integration structures have created a unique permanent competitive relations regulation system. And you can actually watch the process "Europeanization" of competition law. In today's globalized trade we can observe the tendency of convergence of national legal competitive environment by entering into international agreements and the inclusion of these special "clause" to regulate competition. It is logical that the EU as a successful integration group is a model in competition matters for other integration groupings in the world.

20 Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and the Republic of Moldova, of the other part (OJ, 2014, L 260/4).

21 Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and Georgia, of the other part (OJ, 2014, L 261/4).

22 Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine of the other part (*OJ*, 2014, L 161).

23 European Commission, The EU's Association Agreements with Georgia, the Republic of Moldova and Ukraine, Brussels, 23 Jun. 2014, MEMO/14/430.

24 Demedts V., Which Future for Competition in the Global Trade System: Competition Chapters in FTAs // Journal of World Trade, 2015, 49, No. 3, p. 407–436.

25 Art. 259 (2) EU-Ukraine DCFTA.

ULUSLARARASI İSTANBUL HUKUK KONGRESİ
INTERNATIONAL İSTANBUL LAW CONGRESS
17-19 EKİM 2016
17-19 OCTOBER 2016

İKİNCİ GÜN
SECOND DAY

ŞİMAL SALONU
ŞİMAL HALL

Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması
Mutual Encouragement and Protection of Investments

GÜNEY KORE'DE YABANCI YATIRIM KANUNU: TELETIP MESELELERİ

Dr. Hang Jung Kim[*]

Özet

Bu makalenin temel amacı, Güney Kore'nin mevcut yabancı yatırım yasasını tanıtmak, analiz etmek ve yargı yetkisi, doktor lisansı ve hatalı tıp uygulaması sorunu gibi bazı uluslararası hukuk perspektifleriyle ilgili teletıp konularının genel bir görüntüsünü ortaya koymaktır. İki veya daha fazla ülke gibi iki tarafın veya İkili Yatırım Anlaşmaları (İYAlar) veya üçlü anlaşmalar üzerinden yasal çatışmalar nedeniyle dava konusu olan yabancı yatırımcıların uzlaştırılması için gerekli bazı kanunlar veya antlaşmalar vardır.

Benzer şekilde, teletıp hizmetleri bir hasta ve hastayı tedavi eden ya da farklı bir eyalet veya ülkedeki (örneğin, hasta Türkiye'de ve doktor Güney Kore'de yaşıyorsa) hastayla video konferans gibi teletıp servislerini kullanarak tıbbi konsültasyon yapan doktor arasında bir takım sorunlar doğduğunda, bazı yönergeler ele alınmalıdır. Bu durumda, hastanın daha ciddi bir sağlık sorunu yaşamasına neden olan bir şey olursa ne olur? Daha sonra hasta doktora dava açarsa ne olur? Türkiye ile Güney Kore arasındaki uygun yetki alanı nedir? Ayrıca, Türkiye'deki hastaya teletıp hizmeti sunma konusunda, Güney Kore'den teletıp hizmeti vermek için hangi doktor lisansı zorunludur? Türkiye doktor lisansı meselesini nasıl düzenliyor? Başlangıç noktası, uygun bir yargının nerede bulunduğu - hastanın konumu veya doktorun konumu sorusuyla başlamaktadır.

Bu makale, konuları detaylı bir şekilde inceleyecek ve umarız ki, tıbbi bakım sistemlerinde teletıp düşünen Türkiye veya diğer ülkeler için olası bir çözüm sağlayacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yabancı Yatırım Kanunu, İkili Yatırım Antlaşmaları (İYA), Güney Kore, Teletıp, Yargı Yetkisi, Doktor Lisansı, Hatalı Tıp Uygulaması

I. Güney Kore'de Yabancı Yatırım Kanunu

1. Yabancı Yatırım Kanunu Hakkında Genel Bilgiler

Asya ve özellikle Güney Kore (bundan sonra sadece Kore olarak anılacaktır) yabancı yatırım piyasasında önemli oyuncular haline gelmiştir. Tüm ülkeler isteyerek çalışıp bilinçli şekilde işbirliği yapacak olursa, umarım ki bu eğilim yakın gelecekte devam edecektir. Burada, nüfus, gayri safi yurtiçi hasıla (GSYİH) büyüme ve enflasyon gibi Kore hakkında genel bilgiler sunacağım[1]. Bu bilgiler, Kore'nin mevcut ekonomik durumunu, özellikle Kore'nin diğer ülkeleri küresel olarak

* Chicago Şehir Kolejlerinden biri olan Malcolm X Kolejinde yarı zamanlı profesör; S.J.D., Loyola Üniversitesi Chicago Hukuk Fakültesi, 2014 ve L.L.M., Case Western Reserve Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009.

1 Öncelikle, Türkiye Cumhuriyeti'ne, özellikle Adalet Bakanlığı'na, Uluslararası İstanbul Hukuk Kongresi'nde, Güney Kore'de Yabancı Yatırım Yasası: Teletıp Meseleleri başlıklı sunumumu yapma şansını verdikleri için minnettarlığımı sunuyorum: Umarım bu yazı, özellikle Güney Kore'nin sunduğu belirli teşvikler konusunda, herhangi bir yasal çelişki olmaksızın, Güney Kore'ye nasıl yatırım yapılacağını daha iyi anlamak için atılacak ilk ve devamındaki adımdır. Ayrıca, Güney Kore'de bu alanda benden başka tanınmış akademisyenler vardır; bu akademik konudaki eksiklikler de dahil olmak üzere tüm hatalar tamamen bana aittir ve benim sorumluluğumdadır. Teletıp konularında, çoğunlukla Güney Kore ve Birleşik Devletler perspektifi üzerinde detaylı olarak yoğunlaştım çünkü Türkiye bu iki ülkenin tecrübelerinden yararlanabilir. Bu konuyu ilerletmek için sürekli araştırmalar ve çalışmalar yapacağım. Son olarak, bu makaleyi 18 Ekim 2016 tarihli Uluslararası İstanbul Hukuk Kongresi sunum taslağına dayalı olarak geliştirmiş bulunuyorum.
Dünya Bankası'na göre, 2015 yılında toplam nüfus 50,62 milyon, gayri safi yurtiçi hasıla (GSYİH) 1.378 trilyon $, GSYİH büyümesi %2,6 ve enflasyon %0,7 idi. Şu anda Kore'nin ekonomik durumu, dünyada 15. sıradadır ve birçok gelişmekte olan ülkede yoksulluğun başarıyla nasıl azaltılacağı ve bu ülkelerde olağanüstü ekonomik büyümenin nasıl geliştirileceği konusunda bazı dersler verebilecektir. Bakınız, Dünya Bankası, Kore Cumhuriyeti, http://www.worldbank.org/en/country/korea adresinde mevcuttur (Son ziyaret 27 Ekim 2016).

nasıl etkilediğini ve diğer ülkelerdeki finans politikalarını nasıl etkileyebileceğini göstermektedir. Buna ek olarak, UNCTAD 2015 Dünya Yatırım Raporu'na göre, Kore şu anda, uluslar üstü şirketler için Güney ve Doğu Asya'nın en çekici ülkeleri arasında yedinci sırada bulunmaktadır[2]. Bunun nedeni, Kore'nin daha samimi bir iş ortamı geliştirmek için gayret etmeye devam etmesidir.

Bununla birlikte, 2013 ve 2015 yılları kıyaslandığında, toplam Doğrudan Yabancı Yatırım (DYY) içe akışı önemli oranda azalmıştır[3]. Genel olarak, Kore'ye gelen doğrudan dış yatırımlar yaklaşık 10 milyar ABD Dolarıdır, ancak bu miktar, mevcut dengesiz uluslararası ekonomik koşullar ve Kuzey Kore ile mevcut politik ve ekonomik gerginlikler de dahil olmak üzere dış şoklar nedeniyle düşüş göstermektedir. Yabancı yatırımcılar, Kuzey Kore'den gelen nükleer tehditlerin etkileri konusunda endişe edebilirler. Bu önemli nedenlerden dolayı, 2015 yılının ilk yarısında, Kore'ye yapılan DYY akışı sadece 8.87 milyar ABD Doları olmuştur.

2. Neden Kore'ye Yatırım Yapılmalı?

Kore'ye yatırım yapan başlıca ülke, 2013 yılında Kore'nin yabancı yatırımının yüzde 27,8'ini yapan Japonya'dır[4]. Ayrıca, yatırım yapılan ana sektör, 2013 yılında Kore'deki yabancı yatırımların toplam yüzde 40,8'ini oluşturan imalat sektörüdür[5]. Güçlü Serbest Ticaret Anlaşması (FTA'lar) ağları ve Samsung, Hyundai ve LG Elektronik gibi Kore'de bulunan şirketlerin marka gücü dahil olmak üzere, Kore'ye yatırım yapmak için birçok önemli neden vardır. Ayrıca, Dünya Bankası'na göre, Kore en kolay iş yapılan ülkeler arasında 4'üncüdür[6]. Kore'ye yatırım yapmanın pozitif yönleri çok yetenekli bir işgücüne, gelişmiş araştırma ve geliştirme yeteneklerine ve güçlü bir altyapıya sahip olmasıdır. Ekonomik olarak zayıf noktalar, kısıtlayıcı düzenlemeler, nispeten yüksek iş gücü maliyetleri ve yüksek gayrimenkul fiyatlarıdır[7].

3. Yabancı Yatırım Teşvik Yasası Nedir?

Kore, yabancı yatırımları düzenlemek amacıyla Yabancı Yatırım Teşvik Kanunu'nu çıkarmıştır. Bu kanunun temel amacı, Kore'de yabancı yatırımı teşvik etmektir. Ana hedef, Kore ekonomisinin yanı sıra diğer tarafların ve nihayetinde dünya ekonomisinin devam eden gelişimini sağlamak için gerekli destek ve yardımların sağlanmasıdır. Madde 3, yabancı yatırımların korunması ile ilgilidir[8].

2 Bkz. Santander Ticaret Portalı, Güney Kore: Yabancı Yatırım, https://en.portal.santandertrade.com/establish-overseas/south-korea/foreign-investment adresinde mevcuttur (son ziyaret 27 Ekim 2016).

3 Id., 2013 yılında, toplam DDY iç akışı 12.767 milyon ABD doları, 2015 yılında 5.042 milyon ABD doları olarak gerçekleşmiştir.

4 Id., İkinci ülke %18,1 ile Amerika Birleşik Devletleri'dir.

5 Id., İkinci yatırım sektörü %25,7 ile finans ve sigorta olmuştur.

6 Bkz. Worldatlas, İş Kurmak için En İyi Ülkeler, http://www.worldatlas.com/articles/best-countries-to-start-a-business.html adresinde mevcuttur, (son ziyaret 27 Ekim 2016). Kore, 2016'da 83,40'lık bir DTF skoru elde etmiştir. Singapur, dünyadaki en iş dostu ülke ve iş yapmak için en kolay ülke olmuştur. Bunun temel nedeni, mahkeme sisteminde ticari uyuşmazlıkların çözümünün yalnızca 150 gün sürmesidir.

7 Bkz. Santander Ticaret Portalı, yukarıda not 2.

8 Madde 3 (Yabancı Yatırımların Korunması, vb.)
(1) Bir yabancı yatırımcı tarafından elde edilen hisse senetleri, hisse senetlerinin satışından, vb. elde edilen gelirler, kredi sözleşmesi Madde 2 (1) 4 (b) uyarınca ödenen anapara, faiz ve hizmet masrafları ve bir lisans sözleşmesi uyarınca ödenen tazminat ile ilgili olarak, bunların yabancı ülkelere havalesi, havalenin yapıldığı tarihteki yabancı yatırım sözleşmesinin veya lisans sözleşmesinin izin veya raporunun ayrıntılarına uygun olarak yapılacaktır. (2) Kore Cumhuriyeti Kanunları tarafından aksi öngörülmedikçe, yabancı yatırımcılar ve yabancı sermayeli yatırım yapılan şirketler, ticaret faaliyetleri bakımından Kore Cumhuriyeti uyruklu veya Koreli şirketlerle aynı şekilde muamele görecektir. (3) Kore Cumhuriyeti Kanunları tarafından aksi öngörülmedikçe, Kore Cumhuriyeti vatandaşlarına veya Koreli şirketlere uygulanan vergi kanunları arasında, vergilerin hafifletilmesine veya muafiyetine ilişkin hükümler, yabancı yatırımcılar, yabancı sermayeli yatırım yapılan kurumlar, Madde 2 (1) 4 (b) uyarınca kredi kullandıran şahıslar ve Madde 25 uyarınca teknoloji sağlamış olan şahıslar için geçerlidir. Ticaret, Sanayi ve Enerji Bakanlığı, Yabancı Yatırım Teşvik Kanunu, https: /elaw.klri.re.kr/kor_service/lawView.do?hseq=28710&lang=ENG adresinde mevcuttur (son ziyaret 27 Ekim 2016).

Koruma maddesinin yabancı yatırımcıyı tamamen koruyamaması halinde, o yatırımcı için ana iş ortağı olarak o belirli ülkeye yatırım yapıp yapmama konusunda karar vermek daha da zorlaşmaktadır.

Buna ek olarak, Madde 9, yabancı yatırımlar için vergi indirimi ve muafiyeti ile ilgilidir[9]. Bu, Kore tarafından verilen önemli teşviklerden biridir, zira yabancı yatırımcılar kurum vergisi, gelir vergisi ve emlak vergisi gibi bazı vergilerden indirim alabilir veya muaf tutulabilir.

Yabancı Yatırım Teşvik Yasasının (YYTY) 9'uncu maddesi, yukarıda belirtilen vergilerle ilgili olarak, yabancı yatırım için vergi indirimini ve muafiyetini ele almaktadır. Fakat yasanın özel vergilendirme ile fiilen nasıl ilgilendiğini anlamaya yönelik olarak, Özel Vergilendirme Yasasının Sınırlamasına dikkatle bakılması gerekmektedir[10]. Bu, Kore'deki en yeni sürümdür, bu nedenle mevcut özel vergilendirme hakkında daha ayrıntılı bilgi vermektedir.

4. Yabancı Yatırımlar Nasıl Korunur?

Yabancı yatırımları korumak için Kore çeşitli yatırım antlaşmaları imzalamıştır. Örneğin, Yatırımların Teşviki ve Korunması için Kore ile Vietnam arasındaki İkili Yatırım Antlaşması (İYA)[11]. Bu anlaşma 13 Mayıs 1993'te Seul'de imzalanmış ve 4 Eylül 1993 tarihinde yürürlüğe girmiştir[12]. Madde 2, yabancı yatırımcıların korunmasını garanti etmektedir. Bu maddenin yabancı yatırımcıları yeterince koruyamaması halinde, yabancı tarafın yaptığı yatırımın riski çok yüksek olacaktır.

Genelde üç çeşit doğrudan yabancı yatırım vardır: Yerli bir şirketin hisselerinin satın alınması, kar amacı gütmeyen bir kuruluşa (KGK) katkı yapılması ve uzun vadeli kredi. Doğrudan yabancı yatırım (DYY), Kore ile güçlü ekonomik ilişkiler kurmak için yabancıların bir Kore şirketinin hisse senetlerini veya hisselerini satın alması anlamına gelir.

Yatırımcıların neyi bilmeleri gerekiyor? Birincisi, yabancı yatırımcıların DYY prosedürlerini ve Kore'nin kendilerine sunduğu özel teşvikleri bilmeleri gerekir. Yabancı yatırım prosedürleri şunları içerir: Yabancı yatırım bildirimi, yatırım fonlarının havale edilmesi, şirketin tescili, şirketin ve işin tescilinin bildirimi, ödenmiş sermayenin şirket hesabına aktarılması ve yabancı yatırımcı şirket bildirimi.

5. Güney Kore, Hangi Teşvikleri Sunuyor?

Yeni istihdam yaratmak, devlet çıkarları için çok önemli bir faktördür. Örneğin, yabancı bir şirket, 2,5 milyon doları aşan bir yatırımla 200 veya daha fazla çalışanı istihdam ederse, hükümetin yürüttüğü yabancı yatırım komplekslerinin kira bedelinde yüzde 100 indirim kazanacaktır. Kore, çok önemli olan ve sonuçta ülkenin potansiyel ekonomik büyümesine katkıda bulunan yüksek katma değerli yabancı yatırımları çekmek için bu tür teşvikler sunmaktadır. Kore, vergi muafiyeti, nakit hibeler ve sanayi desteği gibi daha birçok teşvik sunmaktadır. Kore Hükümeti genellikle vergi desteği, nakit hibeler ve sanayi sitesi desteği gibi üç önemli teşvik de sağlamaktadır.

9 Madde 9 (Yabancı Yatırımlarda Vergi İndirimi ve Muafiyeti)
Yabancı yatırımlarla ilgili olarak, Kurumlar Vergisi, Gelir Vergisi, Edinim Vergisi, Tescil Vergisi, Gayrimenkul Vergisi ve Toplam Arazi Vergisi gibi vergiler, Özel Verginin Sınırlandırılması Yasası'nın öngördüğü şekilde azaltılabilir veya muaf tutulabilir. Id.

10 Bkz. Strateji ve Finans Bakanlığı, Özel Verginin Yasaklanması Yasası, https://elaw.klri.re.kr/kor_service/lawView.do?lang=ENG&hseq=37162 adresinde mevcuttur (son ziyaret 27 Ekim 2016).

11 Bkz. Asya Brifingi, Kore ve Vietnam arasındaki İkili Yatırım Anlaşması www.aseanbriefing.com/userfiles/resources-pdfs/Vietnam/BIT/Vietnam_Korea_BIT.pdf adresinde mevcuttur (son ziyaret 27 Ekim 2016).

12 Id.

II. İkili Yatırım Antlaşmaları (İYA)

Genel Bakış

1. Güney Kore'de İYA'lar

İlk Modern İkili Yatırım Antlaşması 1959'da Almanya ve Pakistan arasında imzalanmıştır[13]. Kore Savaşı'nın Kore Cumhuriyeti'ne yaptığı tahribat nedeniyle, birkaç yıl boyunca büyük miktarda dış yardıma ihtiyaç duyulmuştur. Ancak, bu yardım azalmaya başladığında, liderler özel yabancı sermayeyi çekmeye çalışmaları gerektiğini fark etmişlerdir. İlk İkili Yatırım Antlaşması (İYA) 1964'te Kore ve Almanya arasında hazırlanmış ve 1967'de yürürlüğe girmiştir[14]. Koreli liderler, yasal koruma ve maddi teşvikler konusunda garanti vermeleri gerektiğini fark etmişlerdir. Başlangıçta Kore Hükümeti, diğer ülkeler tarafından önerilen Uluslararası Yatırım Antlaşmalarının çoğunu kabul etmiştir. Bununla birlikte, 1980'lerde Kore mali olarak daha istikrarlı hale gelip gelişmekte olan ülkelerle İYA'lara girmeye başlayınca, Kore uluslararası yatırım anlaşması yasalarında ve diğer uluslararası finans yasalarında önemli bir oyuncu haline gelmiştir.

1990'larda Kore, gelişme aşamasındaki birçok ülke ile sözleşme imzalamıştır. Kore, Uluslararası Yatırım Antlaşması (UYA) müzakerelerinde esneklik göstermek zorunda değilken, karşı tarafça önerilen bazı şartları kabul etmiştir. Kore 2014'te, Çin ve Japonya ile üçlü bir yatırım anlaşması imzalamıştır.

1964 yılında Almanya ile ilk İkili Yatırım Antlaşmasından (İYA) sonra, Kore geniş İYA programlarını sürdürmüş ve 1 Ocak 2015 itibariyle 94 İYA imzalamıştır. İYA'lardan 32'si Avrupa ülkeleriyle; 18'i Asya ülkeleriyle, 26'sı Afrika ve Orta Doğu ülkeleriyle ve 18'i Latin Amerika ülkeleriyle yapılmıştır. Bu sayılar, Kore'nin ticari anlaşmalar konusunda Asya ülkeleri arasında Çin'den sonra ikinci sırada geldiğini göstermektedir. Bu, Kore'nin yabancı yatırımcılar için cazip bir yatırım ortamı yarattığını göstermektedir.

2. Kore ile Türkiye Arasındaki İYA

Bu anlaşma 14 Mayıs 1991'de Seul'de imzalanmış ve 31 Ağustos 1994 tarihinde Kore Hükümeti tarafından tescil edilmiştir[15]. Bu anlaşma toplam 15 maddeden oluşmaktadır ve 2'nci madde yatırımın teşviki ve korunması ile ilgilidir; çünkü her bir sözleşme tarafı, olası riskleri azaltarak, ülkede nasıl korunacağı ile ilgilenmektedir[16]. Buna ek olarak, madde 10 ve 11'in her ikisi de, yatırımcı ve itiraz eden taraf gibi ilgili taraflar arasında bir çatışma olduğunda, sorunların ve uyuşmazlıkların, Devletler, Diğer Devletlerin Vatandaşları ve Tahkim Mahkemesi Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Sözleşmesi hükümlerine uygun olarak nasıl çözüleceğini açıklamaktadır[17].

3. ICSID Sözleşmesi

Kore, Devletler, Diğer Devletlerin Vatandaşları ve Tahkim Mahkemesi Arasındaki Yatırım

13 Bkz. Pakistan ve Federal Almanya Cumhuriyeti Yatırımların Teşviki ve Korunması Antlaşması, 25 Kasım 1959, http://www.iisd.org/pdf/2006/investment_pakistan_germany.pdf adresinde mevcuttur (Son ziyaret 27 Ekim 2016).

14 Bkz. Almanya-Kore, İYA Cumhuriyeti (1964), Yatırım Politikası, http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/78/treaty/1700 adresinde mevcuttur (Son ziyaret 27 Ekim 2016).

15 Bkz. Kore Cumhuriyeti ve Türkiye, Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Sözleşmesi, 14 Mayıs 1991, http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1840 adresinde mevcuttur (Son ziyaret 29 Ekim 2016).

16 Id.

17 Id.

Uyuşmazlıklarının Çözümü Sözleşmesini (ICSID Sözleşmesi) 1967'de onaylamıştır[18]. Kore, yatırımcı-devlet uyuşmazlığı çözme (ISDS) mekanizması ile ilk İYA'sını 1975 yılında Hollanda ile gerçekleştirmiştir (2005'te değiştirilmiştir).

III. Güney Kore'de Teletıp

1. Genel Bakış

Teletıp nedir? Bu dramatik sosyal / yasal sorunlara ne sebep olmuştur? Teletıp Kore'de neden bu kadar sıcak bir konudur? Birleşik Devletler teletıpı nasıl tanımlıyor ve bu tür sosyal / yasal sorunlarla nasıl başa çıkıyor? Sizlere teletıp konusunda kısa bir değerlendirme sunacağım. Bu makalenin kapsamını, bireysel yasal konuları ayrıntılı bir şekilde tarif etmeden, teletıp ve mSağlık'ın tanımı ve teletıp ile ilgili beş önemli hukuki mesele ile sınırlandıracağım.

Teletıp nedir? Aslında, teletıp değişik tanımlara sahiptir. Amerikan Teletıp Birliği (ATB)'ne göre teletıp "telekomünikasyon teknolojisini kullanarak sağlık hizmeti ve klinik bilginin uzaktan iletimi"dir. Bu, internet, kablosuz, uydu ve telefon medyasını kullanan çok çeşitli klinik hizmetleri içermektedir"[19].

Teletıp, bilgi teknolojilerinin sağlık hizmeti sistemleri ile birleştiği yeni bir alandır. Teletıbbın en basit tanımı, uzaktaki tıptır. Yukarıda belirtilen tanımlara dayanarak, genel anlamda teletıbbın, doktorlar arasında, doktorlar ile hastalar arasında uzun mesafelerde bir takım sağlık hizmetleri için tıbbi bilgi alışverişinde bulunmak üzere, teknolojinin telefon, faks makinesi ve video konferans şeklinde kullanılmasına olanak tanıdığı sonucuna varılabilir[20].

Teletıp, 2014 yılında Kore'de gündemde kalan bir konu olmuştur[21]. Teletıbbın sadece bir

18 Bkz. ABD Dışişleri Bakanlığı, 2015 Yatırım Ortamı Beyanı - Kore Cumhuriyeti, http://www.state.gov/e/eb/rls/othr/ics/2015/241618.htm adresinde mevcuttur (Son ziyaret 29 Ekim 2016).

19 Bkz. Amerikan Teletıp Birliği, *What is Telemedicine*? http://www.americantelemed.org/about/telehealth-faqs- adresinde mevcuttur (son ziyaret 27 Ekim 27). Bununla birlikte, Kaliforniya Tıp Kurulu'na göre, "Telesağlık, (daha önce teletıp olarak adlandırılan) bir telefon görüşmesi, e-posta / sohbet konuşması veya faks değildir; genellikle sağlık hizmetleri sunmak ya da desteklemek için video konferansı yapmayı ya da ileri teknolojinin yüklenmesini ve uygulanmasını içerir". Bkz. Tıp Kurumu, *Practicing Medicine Through Telehealth Technology* http://www.mbc.ca.gov/Licensees/Telehealth.aspx adresinde mevcuttur (son ziyaret 27 Ekim 2016). Kaliforniya, bu tanımlamalardan teletıp yerine telesağlık terimini kullanır, çünkü pratik kullanımda telesağlık teletıptan daha geniş bir kavramdır. Aslında teletıbbın, Telesağlık, e-Sağlık, Sibertıp ve mSağlık gibi farklı kavramları vardır; Bu yazıda yalnızca teletıp ve mSağlık hakkında konuşacağız. Ayrıca, bu terimler genellikle birbirinin yerine kullanılabilir, ancak yasal ve düzenleyici amaçlar için ayrımlar önemlidir. Bkz. Diane Hoffmann & Virginia Rowthorn, *Legal Impediments to the Diffusion of Telemedicine*, 14 J.Health Care L. & Pol '1, (2011).

20 Bununla birlikte, video konferansı ve ileri teknoloji yüklemek ve uygulamak, Kaliforniya'nın teletıp olarak ele aldığı uygulamalardır. Yükümlülük sorunlarını sınırlamak bunun olası bir nedeni olabilir.

21 Halen, Birleşik Devletler, Avustralya, Japonya, Kanada ve Malezya, teletıp hizmetlerini sağlık sistemleri içine aktif olarak entegre etmektedir. Bunların arasında Birleşik Devletler, iyi organize edilmiş teletıp sistemlerinin devlet birimleri genelinde yaygın olarak uygulanması açısından önde gelen ülkelerden biridir. Bununla birlikte, Türkiye'de teletıp sistemi ile entegrasyon zor. Türkiye'de doktorların çoğu, az gelişmiş kentlerde, özellikle tıbbi ekipman ve tesislerin sınırlı olduğu doğu ve güneydoğu bölgelerinde çalışmamayı tercih etmektedir. Bu nedenle, Sağlık Bakanlığı yeni mezun olmuş pratisyenlerin ve uzmanların bu bölgelerde makul bir süre çalışmasını zorunlu kılmıştır. Bu zorunlu görev, bu bölgelerdeki sağlık hizmetlerini geliştirmeyi amaçlamakla birlikte, demokratik olmayan baskılar getirmektedir. Türkiye'deki bu sosyal problemin çözümü teletıpta yatmaktadır. 1997 yılından bu yana, hükümet, akademisyenler ve sivil toplum kuruluşları tarafından çeşitli teletıp girişimleri başlatılmıştır. İlk teletıp girişimi, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK) ve sivil kuruluşların ortak çabaları ile başlatılan Ulusal Medikal İletişim Ağı Projesi (UMEDIA) olmuştur. Bununla birlikte, bu proje esas olarak finansal problemlerden dolayı başarısızlığa uğramıştır. Birkaç denemeye rağmen, teknolojik, finansal ve hukuki engeller, Türkiye'de teletıbbın yaygın şekilde benimsenmesini engellemiştir. Bkz. Canan Aydoğdu, *Telemedicine in Turkey: Potential, Initiatives and Obstacles* http://web.iyte.edu.tr/~cananaydogdu/MedETel2011.pdf adresinde mevcuttur (son ziyaret 29 Ekim 2016). Hukuki açıdan bakıldığında, teletıp ile ilgili gizlilik konuları, özellikle bilgilendirmeye dayalı izin, teletıbbı başarılı bir şekilde uygulamak için yasal bir çerçevede ele alınmalıdır. Çünkü doktor ve hasta arasındaki internet bağlantısının kesilmesi gibi teknolojik başarısızlıkla ilgili ek sorunlar vardır.

sağlık hizmetleri uzmanı ile bir uzman arasındaki tıbbi istişare olmayıp, aynı zamanda bir sağlık uzmanı ile bir hastanın uzaktan ilişkisini de kapsamaktadır. Bununla birlikte, yürürlükteki Kore Tıp Kanunun 34. maddesi, hekim ve hasta arasındaki değil, sadece iki hekim arasındaki tıbbi konsültasyona izin vermektedir[22].

Son zamanlarda, teletıp konusunda Kore'de gündemde olan konu, hekim ile hasta arasında teletıbba izin verilip verilmemesidir ki bu, büyük bir yasal ve sosyal endişe yaratmaktadır. Aslında, Kore hükümeti doktor ve hasta arasındaki teletıbba izin verilmesinden yanadır, ancak Kore Tıp Birliği teletıp politikasıyla ilgili olarak tersi bir tavır almıştır. Bu, hükümet ve tıp dernekleri arasında teletıp açısından büyük bir çatışma yaratmaktadır.

Uzun tartışmalardan sonra, nihayetinde hükümet ve tıp dernekleri, bir doktor ve bir hasta arasında teletıp hizmetlerine (Eylül 2014'ten başlayarak) altı ay boyunca, deneme amacıyla izin verme konusunda potansiyel bir anlaşma yapmıştır. Bu sonuç, bir sonraki adımın, teletıbbın Kore'de geniş kabul görmüş bir sağlık hizmeti sunumu sistemi olmasını sağlayabilecektir. Bununla birlikte, altı aylık süre, beş açıdan doğrulanması gereken teletıbbın Kore'deki etkinliğini değerlendirmek için yeterince uzun değildir.

Beş temel faktör aşağıda özel olarak belirtilmiştir: (1) klinik güvenlik konuları; (2) hatalı teletıp uygulaması durumunda yasal sorumluluk konuları; (3) küçük hekim bürolarında büyük hastaneler arayan hastalar ve ilgili hastane konuları; (4) teknik güvenlik konuları; ve (5) tele izleme, danışma ve eğitimle ilgili memnuniyet konuları.

2. mSağlık Nedir?

Sağlık, "e-bakım sağlamak için akıllı telefon ve Kısa Mesaj Servisi (SMS) gibi mobil şebekelerin ve cihazların kullanılması"dır[23]. Ayrıca Amerikan Teletıp Birliği (ATB)'ne göre, "mobil sağlık olarak da bilinen mSağlık, kablosuz cihazları ve cep telefonu teknolojilerini kullanan bir teletıp biçimidir"[24]. mSağlık'ı teletıbbın uygulanabileceği bir araç – bir ortam - olarak düşünmek yararlı olacaktır. mSağlık, tüketiciye yönelik donanım yoluyla klinik bakım sunduğu ve daha fazla hasta ve uzman hareketliliğine izin verdiği için özellikle güçlü bir gelişmedir.

Kore'de mSağlık'ın bir örneği şu şekildedir. Bu hizmeti fiilen kullanan bir hasta şöyle söylemiştir: "Yaramı cep telefonundan gösterdikten sonra eczaneden ilaç alabilirim, çünkü doktor basit bir ilaç ile tedavi edilebilir olduğunu söyledi. Bu nedenle hâlâ bu ilacı herhangi bir yan etkisi olmadan kullanıyorum". Ancak Bakanlık, mSağlık'ın bir teletıp türünü oluşturabileceği sonucuna varmış, bu nedenle SK Şirketine bir uyarı vermeye karar verip, bu hizmeti durdurmasını emretmiştir[25].

22 Yazar, yürürlükteki Kore Tıp Kanunu Madde 34'ü şu şekilde tercüme etmiştir: (1) Tıp uygulayıcıları (sadece tıpta çalışan doktor, diş hekimi, oryantal tıp doktoru) bilgiyi veya teknolojiyi desteklemek için bilgisayar, videokonferans gibi bilgi teknolojilerini (IT) kullanarak uzaktan teletıp uygulayabilirler, Madde 33 (1)'e rağmen. (2) Teletıp hizmeti almak veya yapmak isteyen herhangi bir doktor, ilgili tesisleri Sağlık Ve Refah Bakanlığı (MHW) tarafından istenen ekipmanlarla donatmalıdır. (29 Şubat 2008 tarihinde ve tekrar 18 Ocak 2009 tarihinde revize edilmiştir). (3) Teletıp sağlayan herhangi bir doktor (bundan böyle sadece "uzaktan-doktor" olarak anılacaktır), yüz yüze çalışan bir doktorla aynı hukuki sorumluluğa sahiptir. (4) Uzaktan-doktorluk talimatlarına göre tıp uygulayan tıp uzmanı, bir doktor, diş hekimi veya oryantal tıp doktoruysa (bundan sonra sadece "uygulayan uzman" olarak anılacaktır), uzaktan doktorun Madde 34'ün (3) alt maddesine bakılmaksızın açık veya makul bir ihmal veya kusurunun bulunmaması durumunda, hastaya karşı yasal sorumluluk yalnızca bunu uygulayan uzmana aittir.

23 Bkz. HIMSS, mSağlık tanımları, http://www.himss.org/definitions-mhealth adresinde mevcuttur, (Son ziyaret 29 Ekim 2016).

24 Bkz. Amerikan Teletıp Kurumu, yukarıda not 19.

25 2016 tarihli bu dava ile, bir teletıp türü olduğu için Kore şu anda mSağlık'a izin vermemektedir. Kore'nin mSağlık konusundaki tutumunu etkileyen olumsuz faktörlerden biri sorumluluk kaygısı ve hastanın gizliliği meselesidir. Bununla birlikte, mSağlık hakkındaki olumlu görüşleri dinlemek de önemlidir, çünkü mSağlık zamandan tasarruf sağlar, tıbbi maliyetleri düşürür ve doktorlar ile hastalar arasında daha iyi iletişim imkânı sağlar. D. C. Washington Üniversitesi, George'daki acil servis hekimi Dr. Neal Sikka'ya göre, sadece birkaç hasta mSağlık'taki güvenlik ve gizlilik sorunlarından endişe duymaktadır. Bkz. Eknazar, Indian Amerikan Leading Charge to Deliver 'Mobile Health' http://www.eknazar.com/chicago/News/viewlocalnews.php?id=437 adresinde mevcuttur. (Son ziyaret 29 Ekim 2016).

3. Teletıp - Ekonomik Büyüme Fırsatı

Hindistan'da doğrudan yabancı yatırım (DYY), ikinci en önemli DYY hedefine ulaşmıştır; Mart 2012'ye kadar DYY'lerde 8 kat artış görülmüştür[26]. Özel şirketlerden halka açık şirketlere kadar pek çok sektör, sağlık uzmanlarının Hindistan'daki büyüyen sağlık hizmeti taleplerini karşılamasına olanak sağlayarak gelirlerini artırmaktadır[27]. Tıp turizmi Hint ekonomisinde büyüme gösteren ana faktörlerden biridir; 2013 yılında 310 milyon USD değerinde gerçekleşmiştir[28]. Hindistan'daki tıp endüstrisinde hizmetlerin ve materyallerin, daha fazla yabancı yatırımcı çeken en son teknolojiye sahip tesisler haline getirmesi beklenmektedir.

Nisan 2000'den Nisan 2011'e kadar, hastaneler ve teşhis merkezleri 1.030.05 milyon DYY elde etmiştir[29]. Yabancı yatırımcılar, Hint Sağlık Sektörüne, Hindistan vatandaşları için sağlık sigortası, hastaneler, altyapı ve teknoloji odaklı hizmetler şeklinde yatırım yapmak istemektedir. Çoğu yatırımcı hastanelere yatırım yapmayı tercih etmektedir; çünkü yatırımcılar hastaneler aracılığıyla daha büyük bir kazanç elde edebilmektedir. DYY hem Hint vatandaşlarına hem de yabancı yatırımcılara fayda sağlar. DYY'nin Hint Sağlık sektörüne olan etkisi, Hindistan ekonomisinin gelişimine ve daha iyi sağlık hizmetleri kapsamında büyük fayda sağlamakta ve aynı zamanda, Hindistan'da tıbbi tedavi maliyeti diğer gelişmiş ülkelerdekinden çok daha düşük olduğundan, başka ülkelere seyahat etmekten daha düşük maliyetle daha iyi tedavi olanaklarına katkıda bulunmaktadır.

4. Olası Hukuki Sorunlar: Uluslararası Hukuk Perspektifinden

Teletıp, hem Amerika bağlamında hem de uluslararası bağlamlarda önemli ve büyüyen bir sağlık hizmeti sunumu alanıdır. Telekomünikasyon teknolojilerinin gelişimi ile birlikte, yeni ve geniş telesağlık uygulamaları takip edilmektedir ve muhtemelen çoklu sağlık bağlamlarında yaygın olarak kullanılacaktır. Teletıp, sağlık sektöründe kuşkusuz en cazip araç ve güncel trenttir ve uluslararası alanda hem sağlık hizmeti sunanlar hem de hastalar için gittikçe daha önemli bir rol oynamaktadır.

Bununla birlikte, teletıp veya e-sağlık konularıyla[30] doğrudan ilgilenen uluslararası antlaşmalar ya da küresel sözleşmeler mevcut değildir; bu nedenle, geleneksel hukuki çerçevelere dayanılarak, teletıp uygulamalarını küresel olarak yaygınlaştırmak için yeni yasal konular ayrıntılı olarak ele alınmalıdır. Birleşik Devletler'de ve Kore'de, doktor lisansı, geri ödeme, hatalı teletıp uygulamaları, bilgilendirilmiş onam ve hastanın mahremiyeti gibi hala tartışılan birçok konu vardır[31]. Bunun nedeni, teletıbbın medikal ve hukuki alanlarda yeni ortaya çıkmakta olmasıdır, böylece, teletıp uluslararası alanda daha popüler hale geldikçe yeni konular ortaya çıkacaktır.

---

26 Bkz.,Chris Bartlett ve diğerleri, *Australia's Healthcare System: An Opportunity for Economic Growth* http://www.strategyand.pwc.com/reports/australias-healthcare-system adresinde mevcuttur (Son ziyaret 29 Ekim 2016).

27 Id.

28 Id.

29 Id., Çin örneğinde, Çin hükümeti hastanelerde yabancı yatırımları desteklemektedir. Yoksulluk içinde yaşayan yüz milyonlarca insanın bakım kalitesini yükseltmek için kamu finansmanına ihtiyaç duyulacaktır, bu nedenle özel oyuncular 400 milyon varlıklı ve orta sınıf vatandaş için "piramidin tepesindeki" boşluğu doldurmak üzere adım atmaktadır.

30 Bkz.,John. D. Blum, *The Role of Law in Global e-Health: A Tool for Development and Equity in a Digitally Divided World*, 46 St. Louis U. L.J. 85, 85 (2002).

31 Teletıp konusunda Birleşik Devletlerde karşılaşılan beş yasal husus vardır. Bu endişeler, Kore toplumunun kendi sisteminde karşılaştıklarıyla aynıdır. Bu beş temel husus şu şekildedir: (1) doktor lisansı; (2) akreditasyon / imtiyazlılık; (3) geri ödeme; (4) hatalı teletıp uygulaması durumunda sorumluluk sorunları; ve (5) hasta mahremiyeti, gizlilik ve bilgilendirilmiş onam. Sözü edilen kaygılar için uygun çözümler olmaksızın, hastalar için tıbbi kalitenin iyileştirilmesini, özellikle ulaşım ve ilgili maliyetlerle ilgili tıbbi masrafların azaltılmasını veya hastalara, özellikle kırsal alanlarda yaşayan kişilere daha fazla erişim sağlanmasını beklemek zordur. Teletıp hem uygulayıcılar hem de hastalar için birçok potansiyel avantaj sağlamaya devam etmektedir. Teknolojinin sürekli gelişimi nedeniyle, sağlık uygulayıcıları, doktorlar ve hastalar, teletıbbı daha cazip bir sağlık hizmeti aracı olarak kabul etmektedir.

Bu endişeler, teletıp ile ilgilenen veya ilgilenmeye başlayan birçok ülkeye zorluklar getiren yasal engeller üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu ülkeler, teletıp hizmetlerini kendi sağlık hizmeti sunum sistemlerine uygulamakta yasal zorluklar yaşamaktadır, çünkü her ülke teletıp konusunda farklı hukuki geçmişe sahiptir. Bununla birlikte bu makalede, uluslararası hukuk yaklaşımı ile yargı yetkisi, doktor lisansı ve hatalı tıp uygulaması olarak üç ana konuya odaklanacağım:

a. Yargı Yetkisi

Teletıp; devlet, ülke ve uluslararası sınırlardaki sağlık hizmeti sunucuları tarafından sağlanabildiğinden, yargı yetkisi meselesi teletıp konusunda karmaşık bir sorundur[32]. Yargı yetkisinin bu kadar önemli olmasının nedeni, hatalı tıp uygulaması durumunda hastanın doktora karşı nerede dava açabileceğini belirlemektir. Örneğin, diyelim ki hasta Türkiye'de yaşıyor ve doktor Kore'de ikamet ediyor. Hastaya Kore plastik cerrahı tarafından Kore'de rinoplasti yapılmış ve operasyondan sonra hasta kendi ülkesine (Türkiye) döndükten sonra solunum güçlüğü gibi ciddi bir komplikasyon oluşuyor. Hekim, hastaya teletıp hizmetleri kullanarak takip hizmeti verdiğinde, hasta nefes almada zorluk çektiğinden şikayetçi oluyor. Doktor, sorunu görecek kadar yakın değildir ve bu nedenle takip tedavisi sağlayamaz. Bu varsayımsal durumda, hasta sonradan doktor aleyhine hatalı tıp uygulaması davası açıyor. Hasta, Türkiye'nin kırsal bir kesiminde bulunuyor.

Davada, davacı (hasta) mahkemenin kendi ülkesinin maddi hukuku olan Türk kanununu uygulamasını istiyor; davalı (doktor) ise Kore'de yürürlükteki yasaların uygulanmasını istiyor. Bu senaryo, geleneksel tıbbi ortamda görülemez, bu nedenle teletıp bağlamında ele alınmalıdır. Mahkemeye daha fazla yük bindirmiş gibi görünmektedir; ancak bir mahkeme, davanın niteliğine ve tarafların farklı konumlarına göre uygun bir yargılama yetkisinin nerede olduğunu belirlemelidir. Geleneksel bir hatalı tıp uygulaması davasında, eğer bir hasta tıbbi bir tedavi için bir doktoru ziyaret eder veya ofisine giderse, talep edilmeksizin, yasallık hastanın değil doktorun yargı alanında ortaya çıkar[33]. Bununla birlikte, bunun teletıp vakalarına uygulanması zordur, çünkü mahkemeler genellikle teletıp iletişimlerini, yargının doktorun ülkesinde tesis edilmesini gerektiren "mesleki hizmet almak için seyahat" olarak ele almamaktadır[34]. Mahkemeler, teletıp vakalarında hastanın bulunduğu yer ile doktorun bulunduğu yer arasındaki yetki alanlarını özellikle ele almamış veya belirlememiştir. Bu belirsizlik yüzünden, doktorların avukatları, müvekkilleri için en iyi sonuçları sağlayacak en iyi yetki alanını bulmaya çalışmaktadır[35]. Başka bir olasılık ise, davacıya kendileri için en uygun yargı alanını seçme olanağı sunmaktır[36].

Bu karmaşık yargı yetkisi konusunda, Loyola Üniversitesi Chicago Hukuk Fakültesi profesörü, John D. Blum şunu öne sürmektedir:

32 Bkz., Kip Poe, *Telemedicine Liability: Texas and Other States Delve into the Uncertainties of Health Care Delivery Via Advanced Communications Technology*, 20 Rev. Litig. 681, 699 (2001).

33 Bkz., Derek F. Meek, Yorum, *Telemedicine: How an Apple (or Another Computer) May Bring Your Doctor Closer*, 29 Cumb. L. Rev. 173, 188 (1998-1999). Ayrıca bkz. Phyllis Forrester Granade, *Medical Malpractice Issues Related to the Use of Telemedicine: An Analysis of the Ways in Which Telecommunications Affect the Principles of Medical Malpractice*, 73 N.D L. Rev. 65, 66 (1997).

34 Id., Örneğin, Davacı, ürün sorumluluğu söz konusu olduğunda, birden fazla yargı bölgesinde dava açabilir. Daha spesifik olarak davacı, kendi ülkesinde ve de ürünün üretildiği ülkede bir dava açar. Bkz. Hoffmann & Rowthorn, yukarıda not 19, 38'de.

35 Bir teletıp bilimcisine göre, "tıp uygulaması kişisel bir hizmet olduğundan, yargı alanındaki meselelerde içtihat hukuku, hizmet noktasını genellikle hastanın bulunduğu yer olarak kabul eder". Bkz. Meek, yukarıdaki not 33, 188'de; Bkz. Wright ile Yackley, 459 F.2d 287 (9. Cir.1972). Bununla birlikte, bu hizmet noktası, iletişim kurma miktarı ve teletıp hizmetinin türüne bağlı olarak değiştirilebilir. Örneğin, teleradyoloji ve telepatoloji gibi interaktif olmayan teletıp hizmetleri, hastanın değil doktorun bulunduğu yerde ortaya çıkabilir. Bkz. Poe, yukarıdaki not 32, 699'da.

36 Bkz., Poe, yukarıda not 32, 700'de.

Yasa, elektronik eylemin doktordan hastaya doğru değil, tam tersi, hastadan doktora olacak şekilde yeniden yorumlanmalıdır. Bu nedenle, [teletıp] doktorun ikamet ettiği, çalıştığı ve lisanslı olduğu yerdeki yargı organları, kontrol merkezi olur. Böyle bir yorumlama, ek bir lisansa olan ihtiyacı azaltacak, mevcut statükoyu koruyacak ve uzmanların aşina oldukları standartları uygulamalarına yardımcı olacaktır[37].

b. Doktor Lisansı

Aslında, teletıp hizmetlerinin kullanımında hasta memnuniyetini zenginleştirmek ve tıbbi maliyetleri azaltmak için yasal engeller etkili bir şekilde ortadan kaldırılmalıdır. Daha önemlisi, teletıp, dünya çapında kaliteli sağlık hizmetlerine erişimi artırmak ve dünyada gelişmekte olan ve kırsal alanlar için bu hizmetin tıbbi maliyet etkinliğini geliştirmek için, önemli potansiyel fırsatlar sunuyor olmasına rağmen, sağlık uzmanları da dahil olmak üzere teletıp uzmanları ve daha geniş sağlık hizmetleri endüstrisi, dünyanın teletıp hizmetleriyle ulaşılan her alanında potansiyel sorumluluk riskini yönetmeye çalışmak gibi vazgeçilmez bir göreve sahiptir. Bu kritik meselelere, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki ve dünya genelindeki bir mahkeme veya yasama organları tarafından çözüm bulununcaya kadar, teletıp uzmanları potansiyel sorumlulukları konusunda muhtemelen emin olamayacaktır[38]. Bu nedenle, devam etmekte olan sorunların mahkemeler tarafından akıllıca nasıl ele alınabileceği konusunda bir yol haritası veya kılavuz hazırlamak önemlidir[39].

c. Hatalı Tıp Uygulaması

Teletıp konusunda avantajlarıyla birlikte ele alınması gereken bir diğer konu, hatalı teletıp

37 Bkz., Hoffmann & Rowthorn, yukarıda not 19, 42'de.

38 Halen, California, Texas, Georgia, Florida gibi bazı eyaletler, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki bir doktor ve bir hasta arasında teletıp hizmetlerine izin vermektedir. Farklı eyaletlerdeki farklı yasal politikalar nedeniyle, Birleşik Devletler hala teletıp ile ilgili politikaları tartışmaktadır. Örneğin, doktor ruhsatıyla ilgili konularda, bir doktor Illinois eyaletinden bir lisans almışsa ve Kaliforniya gibi başka bir eyaletteki bir hastaya teletıp hizmeti verirse, doktor, Kaliforniya Tıp Kurulu'nun özellikle teletıp konusunda doktorların ruhsatlandırılması konularını nasıl düzenlediğiyle ilgili olarak California Tıp Kurulu'nu gözden geçirmelidir. 1997'de, Teletıp Ortak Çalışma Grubu (JWGT), Amerika eyaletleri arasındaki lisanslama sorunlarını çözmek için var olan ve olası argümanları gidermek için, yedi farklı model önermiştir. Bu yedi şunları içermektedir: 1) danışmanlık muafiyetleri, 2) kayıt, 3) onay, 4) tam ve özel lisans, 5) karşılıklılık anlaşması, 6) karşılıklı tanıma ve 7) ulusal lisans sistemi.

39 Doktor lisansı konusunda, 2006'da değiştirilen 1997 Malezya Teletıp Yasası, kimlerin teletıp uygulayabileceği konusunda iyi bir örnektir. Bölüm 3(1)'e göre: (a) geçerli bir uygulama sertifikası bulunan tam kayıtlı bir tıp doktoru; veya (b) Malezya dışında kayıtlı veya ruhsat sahibi bir tıp doktoru ve (i) Konsey tarafından yayınlanan teletıp uygulama sertifikası; ve (ii) Malezya dışından, geçerli bir pratik belgesi bulunan tamamen kayıtlı bir tıp doktoru vasıtasıyla teletıp uygulaması yapan kişiler dışında kimse teletıp uygulayamaz.
Bu bölüm, geçerli bir uygulama sertifikası bulunan kayıtlı bir tıp uygulayıcısının teletıp uygulayabileceği ve Malezya dışında, Kore gibi, kayıtlı veya lisanslı olan bir tıp doktorunun Konsey tarafından verilen bir sertifikaya sahip olması ve sadece geçerli bir uygulama belgesi bulunan tamamen kayıtlı bir tıp uygulayıcısı aracılığıyla hizmet vermesi durumunda, teletıp hizmetleri sağlayabileceği şeklinde yorumlanabilir.
Bu teletıp yasası, Malezya dışında kayıtlı veya lisanslı bir doktorun teletıp hizmetleri sağlayabileceği yasal bir zemin sağlar. Örneğin, Koreli bir doktor, Konsey tarafından verilen bir sertifikaya sahipse ve yalnızca Malezya'da tam kayıtlı bir tıp uygulayıcısı aracılığıyla hizmet verirse, Malezya'da yaşayan bir hastaya teletıp hizmeti sağlayabilir.
Bununla birlikte, yürürlükteki Kore Tıp Kanununun 34. Maddesi, bir doktor ile bir hasta arasında değil, yalnızca bir doktor ile bir başka doktor arasında uzaktan teletıp yapılmasına izin vermektedir. Bu nedenle, Malezya Teletıp Yasası, özellikle doktorların ruhsatlandırılması konularında, Kore'ye kıyasla uluslararası teletıp hizmetleri için daha fazla müsaade içermektedir.
Buna ek olarak, bir doktor, diş hekimi, oryantal tıp doktoru, pratisyen hemşire, doktor asistanı ve ebe gibi, bir sağlık uzmanı olarak teletıp hizmetleri sunmaya uygun olan kişilerle ilgili tartışmalar hala devam etmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde iki tür doktor bulunur: devletlerarası teletıp hizmeti verebilen bir doktor ve devlet içinde uzaktan tıp uygulamaları gerçekleştirebilen bir doktor. Doktor asistanı ve ebe gibi doktor olmayan teletıp asistanlarının Birleşik Devletler'deki teletıp sağlayıcılarının kategorilerine dahil edilebileceğini unutmamak önemlidir. Kore'de uygulamacı doktor ve uzak doktor gibi iki doktor türü vardır.

uygulaması durumunda sorumluluk sorunu olasılığıdır. Birçok tıp uzmanı, bu durumun doktorun kişisel bir fizik muayene yapmadan hastayı muayene etme kabiliyetini sınırladığı konusunda hemfikirdir. Temel neden, doktorların teşhis sırasında genellikle duyularını kullanmaları ve hastaları geleneksel tıp ortamlarında tedavi etmesidir, ancak teletıp tetkikleri, hastaya dokunmaya, görmeye ve koklamaya yönelik fiziksel muayeneleri kısıtlamaktadır. Teletıpta bu fiili muayeneler mümkün olmayabilir.

IV. Sonuç

Yabancı yatırımcılar, özel ve kamu hastaneleri veya teletıp hizmetlerinin tıbbi cihazları ve ekipmanları da dâhil olmak üzere, sağlık hizmeti ortamından muazzam ekonomik faydalar beklemektedirler; çünkü teletıp, tıbbi maliyetleri düşürmek, hasta erişimini iyileştirmek ve nihai olarak hastaya sunulan sağlık hizmetinin kalitesini geliştirmek için olası bir çözümdür. 2015 yılında Hint hükümeti, tıbbi cihaz pazarını yaygın bir şekilde açmıştır; pek çok yabancı şirket bu açıklık politikasından olumlu bir sonuç beklemektedir.

Günümüzde birçok gelişmiş ülke, ileri teknolojilerin geliştirilmesi nedeniyle, teletıp hizmetlerini sağlık dağıtım sistemleri için katma değeri yüksek tıbbi bir işletme olarak kabul etmektedir. Yakın tarihli bir araştırma, teletıp ekipman pazarlarının 2010'da 163,3 milyon $'dan 2020'de 6.28 milyar $'a doğru sürekli bir şekilde artacağını öngörmektedir[40]. Bu tahminleri göz önüne alarak, teletıbbın ve avantajlarının uygulanması neredeyse kesinlikle, hastalara verilen hizmetlerde tıbbi maliyetleri düşürecek, daha iyi erişim sağlayacak ve sonuçta tıbbi kaliteyi artıracaktır. Ayrıca, bu tür olumlu sonuçlar ile ilgili yeterli veri ve araştırma sağlayan birçok çalışma bulunmaktadır.

Mevcut sorun, yukarıdaki beş yasal engelde bahsedilen konuların nasıl akıllıca ve etkili bir şekilde ele alınacağıdır. Birleşik Devletler'de mevcut yasal konuları dikkatli bir şekilde incelemenin ve bunlara dikkat çekmenin ve bu sonuçların, Kore'de teletıp uygulamasını etkin bir şekilde bütünleştirmek için nasıl uygulanacağını bulmaya çalışmanın zamanı gelmiştir. ABD'de elde edilen bu önemli ve süregelen sonuçların, şüphesiz teletıp alanında genel ve şeffaf bir tablo çizebileceğini ve Kore'ye ve ayrıca teletıp hizmetlerini benimsemeye çalışan ve sistemlerindeki yasal engellerle karşılaşan Türkiye gibi diğer ülkelere parlak öneriler sunabileceğini düşünüyorum.

40 Bkz., Ken Terry, Telehealth Market to hit $6.28 billion by 2020, http://www.informationweek.com/mobile/telehealth-market-to-hit-$628-billion-by-2020/d/d-id/1100218? adresinde mevcuttur. (Son ziyaret 29 Ekim 2016).

Kaynakça

Makaleler Ve Süreli Yayınlar

Blum, John D., *The Role of Law in Global e-Health: A Tool for Development and Equity in a Digitally Divided World*, 46 St. Louis U. L.J. 85, 85 (2002).

Granade, Forrester Phyllis., *Medical Malpractice Issues Related to the Use of Telemedicine: An Analysis of the Ways in Which Telecommunications Affect the Principles of Medical Malpractice*, 73 N.D. L. Rev. 65, 66 (1997).

Hoffmann Diane ve Rowthorn Virginia., *Legal Impediments to the Diffusion of Telemedicine*, 14 J.Health Care L. & Pol '1 (2011).

Meek, Derek F., Yorum, *Telemedicine: How an Apple (or Another Computer) May Bring Your Doctor Closer,* 29 Cumb. L. Rev. 173, 188 (1998-1999).

Poe, Kip., *Telemedicine Liability: Texas and Other States Delve into the Uncertainties of Health Care Delivery Via Advanced Communications Technology*, 20 Rev. Litig. 681, 699 (2001).

Dava

Wright ile Yackley, 459 F.2d 287 (9. Cir.1972).

Elektronik Ve Diğer Kaynaklar

Amerikan Teletıp Derneği, *What is Telemedicine*?, https://www.americantelemed.org/about/telehealth-faqs- adresinde mevcuttur. (Son ziyaret 27 Ekim 2016).

Asya Brifingi, Kore ve Vietnam arasındaki İkili Yatırım Anlaşması, www.aseanbriefing.com/userfiles/resources-pdfs/Vietnam/BIT/Vietnam_Korea_BIT.pdf adresinde mevcuttur. (son ziyaret 27 Ekim 2016).

Aydoğdu Canan, *Telemedicine in Turkey: Potential, Initiatives and Obstacles*, http://web.iyte.edu.tr/~cananaydogdu/MedETel2011.pdf adresinde mevcuttur. (Son ziyaret 29 Ekim 2016).

Bartlett Chris ve diğerleri, *Australia's Healthcare System: An Opportunity for Economic Growth*, http://www.strategyand.pwc.com/reports/australias-healthcare-system adresinde mevcuttur. (Son ziyaret 29 Ekim 2016).

Eknazar, "Mobil Sağlık" sunmak için Hintli Amerikalı Lider Sorumluluk Sahibi http://www.eknazar.com/chicago/News/viewlocalnews.php?id=437 adresinde mevcuttur. (Son ziyaret 29 Ekim 2016).

Almanya-Kore, BIT Cumhuriyeti (1964), Yatırım Politikası, http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/78/treaty/1700 adresinde mevcuttur. (Son ziyaret 27 Ekim 2016).

HIMSS, mSağlık tanımları, http://www.himss.org/definitions-mhealth adresinde mevcuttur. (Son ziyaret 29 Ekim 2016).

Pakistan ve Federal Almanya Cumhuriyeti, Yatırımların Teşviki ve Korunması Antlaşması, 25 Kasım 1959, http://www.iisd.org/pdf/2006/investment_pakistan_germany.pdf adresinde mevcuttur. (Son ziyaret 27 Ekim 2016).

Kore Cumhuriyeti ve Türkiye, Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Sözleşmesi, 14 Mayıs 1991, http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1840 adresinde mevcuttur. (Son ziyaret 29 Ekim 2016).

Santander Ticaret Portalı, Güney Kore: Yabancı Yatırım, https://en.portal.santandertrade.

com/establish-overseas/south-korea/foreign- invested adresinde mevcuttur. (Son ziyaret 27 Ekim 2016).

Terry Ken, 2020 yılına kadar 6.28 milyar dolara ulaşacak olan Tele Sağlık Pazarı, http://www.informationweek.com/mobile/telehealth-market-to-hit-$628-billion-by-2020/d/d-id/1100218 adresinde mevcuttur. (Son ziyaret 29 Ekim 2016).

Kaliforniya Tıp Kurumu, *Practicing Medicine Through Telehealth Technology*, http://www.mbc.ca.gov/Licensees/Telehealth.aspx adresinde mevcuttur. (Son ziyaret 27 Ekim 2016).

Strateji ve Maliye Bakanlığı, Özel Verginin Yasaklanması Yasası, https://elaw.klri.re.kr/kor_service/lawView.do?lang=ENG&hseq=37162 adresinde mevcuttur. (Son ziyaret 27 Ekim 2016).

Ticaret, Sanayi ve Enerji Bakanlığı, Yabancı Yatırım Teşvik Kanunu, https://elaw.klri.re.kr/kor_service/lawView.do?hseq=28710&lang=ENG adresinde mevcuttur.(Son ziyaret 27 Ekim 2016).

Dünya Bankası, Kore Cumhuriyeti, http://www.worldbank.org/en/country/korea adresinde mevcuttur. (Son ziyaret 27 Ekim 2016).

ABD Dışişleri Bakanlığı, 2015 Yatırım İklimi Takvimi - Kore Cumhuriyeti, http://www.state.gov/e/eb/rls/othr/ics/2015/241618.htm adresinde mevcuttur. (Son ziyaret 29 Ekim 2016) .

Worldatlas, İş Kurulacak En İyi Ülkeler (http://www.worldatlas.com/articles/best-countries-to-start-a-business.html) (Son ziyaret 27 Ekim 2016).

FOREIGN INVESTMENT LAW IN SOUTH KOREA: TELEMEDICINE ISSUES

Dr. Hang Jung Kim[*]

Abstract

The main purpose of this article is to introduce and analyze the current South Korea's foreign investment law, and provide a general picture of the telemedicine issues related to some international law perspectives such as jurisdiction, physician licensure, and medical malpractice issue. There are certain laws or treaties required to reconcile two parties, such as two or more countries, or even foreign investors who are involved in litigation due to their legal conflict through Bilateral Investment Treaties (BITs) or trilateral agreement.

Similarly, certain guidelines should be addressed when telemedicine services yield some issues between a patient and the doctor who treated the patient, or provided medical consultations by using telemedicine services such as video-conferencing with the patient from a different state or country (for example, when a patient lives in Turkey and a doctor is in South Korea). In that case, what if something happened to the patient that caused them to experience a more serious medical condition? What if the patient sues the doctor later? Where is a proper jurisdiction between Turkey and South Korea? Also, in regards to providing telemedicine services to the patient in Turkey, what specific doctor's licensure requirements are needed to provide telemedicine services from South Korea? How does Turkey regulate the physician licensure matter? The starting point begins by asking where there is a proper jurisdiction—the location of the patient or the location of the doctor?

This article will examine the issues in detail and hopefully provide one possible solution in Turkey or other countries that are considering telemedicine in their health care delivery system.

Keyword: Foreign Investment Law, Bilateral Investment Treaties (BITs), South Korea, Telemedicine, Jurisdiction, Physician Licensure, Medical Malpractice

I. Foreign Investment Law in South Korea

1. General Background on Foreign Investment Law

Asia and especially South Korea (hereafter referred to simply as Korea) have become major players in the foreign investment market. I hope this trend will continue for the foreseeable future, if all countries work and corporate together intentionally. Here is some general information about Korea including population, the gross domestic product (GDP) growth and inflation[1]. This

* Part-time Professor at Malcolm X College, one of the City Colleges of Chicago; S.J.D., Loyola University Chicago School of Law, 2014 and L.L.M., Case Western Reserve University School of Law, 2009.

1 Firstly, I would like to express my gratitude to the Republic of Turkey, especially the Ministry of Justice for giving me such a great opportunity to make a presentation with my topic, Foreign Investment Law in South Korea: Telemedicine Issues at the International Istanbul Law Congress. Hopefully, this article is the first and next step to knowing better how to invest in South Korea, especially in regards to specific incentives South Korea offers, without any legal conflicts. Also, in South Korea there are many well-known academic scholars other than me in this field, so all mistakes, including lack of this academic subject, completely belongs to me and are my responsibilities. In telemedicine issues, I mostly focused on South Korea and the United States perspective in detail because Turkey may be able to benefit from these two countries experiences. I will continuously research and study to progress this topic. Lastly, I developed this article based on my presentation draft in the International Istanbul Law Congress on Oct. 18, 2016.
According to the World Bank, the total population was 50.62 million, the gross domestic product (GDP) was $1,378 trillion, GDP growth was 2.6% and inflation was 0.7% in 2015. Currently, Korea is the world's 15th largest economic status country and may provide some lessons regarding how to successfully decrease poverty in many developing counties, and how to develop outstanding economic growth within those countries. *See* The World Bank, Republic of Korea, *available at* http://www.worldbank.org/en/country/korea (last visited Oct. 27, 2016).

information shows Korea's current economic status, especially how Korea affects other countries globally, and can influence financial policies in other countries. In addition, according to the UNCTAD 2015 World Investment Report, Korea currently ranks seventh among the most attractive countries of South and East Asia for transnational companies[2]. This is because Korea continues to endeavor to cultivate a more friendly business environment.

However, the total Foreign Direct Invest (FDI) inward flow has significantly decreased compared with 2013 and 2015[3]. Generally, FDIs flow into Korea is around 10 billion USD, but this number has been declining due to external shocks, including the currently unstable international economic environment, and current political and economic tensions with North Korea. Foreign investors may be concerned over the impacts of nuclear threats from North Korea. For these major reasons, in the first half of 2015, the FDI influx into Korea reached only 8.87 billion USD.

2. Why Invest in Korea?

The major investing country to Korea is Japan, which invested a total of 27.8 percent of Korea's foreign investment in 2013[4]. Also, the main invested sector is manufacturing which, made up a total of 40.8 percent of foreign investments in Korea in 2013[5]. There are many great reasons to invest in Korea, including strong Free Trade Agreement (FTAs)'s networks, and the brand power of companies located in Korea, including Samsung, Hyundai and LG electronics. Also, according to the World Bank, Korea was ranked the 4th easiest country to do business with[6]. The positives of investing in Korea are that it possesses a highly skilled workforce, advanced research and development capabilities, and has a strong infrastructure. The weak points economically are restrictive regulations, comparatively high labor costs, and high costs of real estate[7].

3. What is the Foreign Investment Promotion Act?

Korea enacted the Foreign Investment Promotion Act in order to regulate foreign investments. The main purpose of this act is to promote foreign investment in Korea. The main aim is to provide necessary support and benefits to ensure the continued development of the Korean economy, as well as the other party's, and eventually the world's economy. Article 3 is about protection of foreign investments[8]. If the protection article does not fully protect the foreign investor, it makes it much

2 *See* Santander Trade Portal, South Korea: Foreign Investment, *available at* https://en.portal.santandertrade.com/establish-overseas/south-korea/foreign-investment (last visited Oct. 27, 2016).

3 *Id*., In 2013, the total FDI inwards flow was 12,767 million USD but it was 5,042 million USD in 2015.

4 *Id*., The second country was the United States, which was 18.1%.

5 *Id*., Finance and Insurance was the second invested sector which was 25.7 %.

6 *See* Worldatlas, Best Countries to Start a Business, *available at* http://www.worldatlas.com/articles/best-countries-to-start-a-business.html (last visited Oct. 27, 2016). Korea obtained a DTF score of 83.40 in 2016. Singapore was the most business friendly country in the world, and was ranked the easiest country to do business with. The main reason for this is that the court system only takes about 150 days to resolve commercial disputes.

7 *See* Santander Trade Portal, *supra* note 2.

8 Article 3 (Protection, etc. of Foreign Investment)
(1) With respect to the proceeds that come from the stocks, etc. acquired by a foreign investor, proceeds from the sale of stocks, etc., the principal, interests and service charges paid in accordance with the loan contract under Article 2 (1) 4 (b), and the compensation paid in accordance with a licensing agreement, their remittance to foreign countries shall be guaranteed in accordance with the details of the permission or report of the foreign investment contract or the licensing agreement at the time when the said remittance is made. (2) Except as otherwise prescribed by the Acts of the Republic of Korea, foreign investors and foreign-capital invested companies shall be treated in the same way as nationals of the Republic of Korea or Korean corporations in respect of their business operation. (3) Except as otherwise prescribed by the Acts of the Republic of Korea, the provisions concerning the abatement or exemption of taxes among the tax Acts applied to nationals of the Republic of Korea or Korean corporations shall also apply to foreign investors, foreign-capital invested corporations, persons who have granted loans under Article 2 (1) 4 (b), and persons who have provided technology in accordance with Article 25. The Ministry of Trade, Industry and Energy, Foreign Investment Promotion Act, *available at* https://elaw.klri.re.kr/kor_service/lawView.do?hseq=28710&lang=ENG (last visited Oct. 27, 2016).

harder for that investor to make a decision on whether or not to invest in that specific country as a main business partner.

In addition, article 9 is about Tax Abatement and Exemption for foreign investment[9]. This is one of the significant incentives given by Korea, because foreign investors may be abated or exempted from some types of taxes such as corporate, income tax, and property tax.

Article 9 of the Foreign Investment Promotion Act (FIPT) addresses tax abatement and exemption for foreign investment concerning the above mentioned taxes. But it requires attention to look carefully at the Restriction of Special Taxation Act, to figure out how the act actually deals with special taxation[10]. Again, this is the most recent version in Korea, so it gives more detailed information about current special taxation.

4. How to Protect Foreign Investments

In order to protect foreign investments, Korea signed various investment treaties. One example is a Bilateral Investment Treaty (BIT) between Korea and Vietnam for the Promotion and Protection of Investments[11]. This agreement was signed in Seoul on May 13, 1993 and implemented on September 4, 1993[12]. Article 2 guarantees the protection of foreign investors. If this article did not sufficiently protect the foreign investors, the risk would be too high to the foreign party to invest.

There are generally three types of FDI: acquisitions of the shares of a domestic company, contribution to a non-profit organization (NPO), and long-term loan. Foreign direct investment (FDI) refers to foreigners' acquisition of the stocks or shares of a Korean company, in order to establish strong economic relationships with Korea.

What do investors need to know? First, the foreign investors need to know FDI procedures and what specific incentives Korea offers to them as well. Foreign investment procedures consist of the following: foreign investment notification, remittance of investment funds, registration of incorporation, notification of incorporation and business registration, transfer of paid-in capital to corporate account and foreign-invested company notification.

5. What Incentives Does South Korea Offer?

Creating new jobs is a very important factor to receiving government benefits. For example, if a foreign company hires 200 or more employees, with investments exceeding 2-and-a half million dollars, the company will receive a 100 percent reduction in rent at foreign investment complexes, run by the government. Korea offers these kinds of incentives, in order to attract high value-added foreign investment which is very crucial and ultimately adds to the achievement of the nation's potential economic growth. There are more incentives that Korea offers, such as tax exemption, cash grants, and industry side support. Again, the Korean Government generally provides three major incentives in the way of tax support, cash grants, and industrial site support.

9 Article 9 (Tax Abatement and Exemption for Foreign Investment)
Concerning foreign investments, taxes, such as corporate tax, income tax, acquisition tax, registration tax, property tax and aggregate land tax, may be abated or exempted as prescribed by the Restriction of Special Taxation Act. *Id*.

10 *See* The Ministry of Strategy and Finance, Restriction of Special Taxation Act, *available at* https://elaw.klri.re.kr/kor_service/lawView.do?lang=ENG&hseq=37162 (last visited Oct. 27, 2016).

11 *See* Asean Briefing, Bilateral Investment Treaty between Korean and Vietnam, *available at* www.aseanbriefing.com/userfiles/resources-pdfs/Vietnam/BIT/Vietnam_Korea_BIT.pdf (last visited Oct. 27, 2016).

12 *Id*.

II. Bilateral Investment Treaties (BIT):

General Overview

1. BITs in South Korea

The First Modern Bilateral Investment Treaty was signed between Germany and Pakistan in 1959[13]. Because of the devastation that the Korean War had caused the Republic of Korea, they relied heavily upon foreign aid for a few years. However, when that aid started to dwindle, the leaders realized they must try to attract private foreign capital. The first Bilateral Investment Treaty (BIT) was drawn up between Korea and Germany in 1964, and implemented in 1967[14]. Korean leaders realized that they had to provide guarantees of legal protection and financial incentives. At first the Korean Government accepted most of the International Investment Agreements proposed by the other countries. However, as Korea became more financially stable in the 1980s, and started entering into BITs with developing countries, Korea has become a major player in international investment agreement laws, and other international financial laws.

In the 1990s Korea signed on many countries, at various stages of development. Korea did not have to show flexibility in International Investment Agreement (IIA) negotiations, but they accepted some proposed terms by their counterparties. In 2014 Korea signed a trilateral investment agreement with both China and Japan.

Since its first Bilateral Investment Treaty (BIT) with Germany 1964, Korea has pursued extensive BIT programs and has signed 94 BITs, as of 1st January 2015. 32 of the BITs are with European Countries; 18 with Asian countries, 26 with African and Middle Eastern Countries, and 18 with Latin American Countries. This specific number shows how Korea has become second only to China among Asian countries regarding trade agreements. This demonstrates that Korea has created an attractive investment environment for foreign investors in Korea.

2. BIT between Korea and Turkey

This agreement was signed in Seoul, the capital of Korea, on 14 May 1991 and registered by the Korean Government on 31 August 1994[15]. This agreement consists of a total of 15 articles, and article 2 is about promotion and protection of investment because each contracting party is interested in how they will be protected in the country, through reducing possible risks[16]. In addition, article 10 and 11 both describe how to solve the issues, and settle disputes when there is a conflict between relevant parties, such as investor and disputing party, in accordance with the provisions of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States and arbitral tribunal[17].

3. ICSID Convention

Korea ratified to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention) in 1967[18]. Korea entered into its first BIT with an investor-state dispute settlement (ISDS) mechanism in 1975 with the Netherlands (amended in 2005).

---

13 *See* Pakistan and Federal Republic of Germany, Treaty for the Promotion and Protection of Investments, 25 November 1959, *available at* http://www.iisd.org/pdf/2006/investment_pakistan_germany.pdf (last visited Oct. 27, 2016).

14 *See* Germany-Korea, Republic of BIT (1964), Investment Policy, *available at* http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/78/treaty/1700 (last visited Oct. 27, 2016).

15 *See* Republic of Korea and Turkey, Agreement for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 14 May 1991, *available at* http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1840 (last visited Oct. 29, 2016).

16 *Id*.

17 *Id*.

18 *See* U.S. Department of State, 2015 Investment Climate Statement – Republic of Korea, *available at* http://www.state.gov/e/eb/rls/othr/ics/2015/241618.htm (last visited Oct. 29, 2016).

III. Telemedicine in South Korea

1. General Overview

What is telemedicine? And what caused these dramatic social/legal issues? Why is telemedicine such a hot issue in Korea? How does the United States define telemedicine and deal with such social/legal issues? I will provide a brief overview regarding telemedicine. I will limit the range of this article to the definition of telemedicine and mHealth, and five important legal issues facing telemedicine, without describing in specific detail the individual legal issues.

What is telemedicine? In fact, the definitions of telemedicine vary. According to American Telemedicine Association (ATA), telemedicine is "the remote delivery of health care services and clinical information using telecommunications technology. This includes a wide array of clinical services using internet, wireless, satellite and telephone media[19]."

Telemedicine is a new area where information technologies combine with health care delivery systems. The simplest definition of telemedicine is medicine at a distance. Based on these aforementioned definitions, it can be concluded that telemedicine, in a general sense, allows the use of technology, such as phone, fax machine, and videoconference, to exchange medical information among doctors or between doctors and patients across long distances for a range of health care purposes[20].

Telemedicine was a hot issue in Korea in 2014[21]. It is important to note that telemedicine is not only a medical consultation between a health care provider and a provider,

19 *See* American Telemedicine Association, *What is Telemedicine?*, *available at* https://www.americantelemed.org/about/telehealth-faqs- (last visited Oct. 27, 2016). However, according to the Medical Board of California, "Telehealth (previously called telemedicine) is not a telephone conversation, email/instant messaging conversation, or fax; it typically involves the application of videoconferencing or store and forward technology to provide or support health care delivery." *See* The Medical Board of California, *Practicing Medicine Through Telehealth Technology*, *available at* http://www.mbc.ca.gov/Licensees/Telehealth.aspx (last visited Oct. 27, 2016). From these definitions, California uses telehealth instead of the term of telemedicine, because telehealth is a broader concept than telemedicine in its practical usages. In fact, there are different notions of telemedicine such as Telehealth, e-Health, Cybermedicine and mHealth but; in this article, I will only discuss telemedicine and mHealth. Also, those terms are often used interchangeably, but for legal and regulatory purposes, the distinctions are important. *See* Diane Hoffmann & Virginia Rowthorn, *Legal Impediments to the Diffusion of Telemedicine*, 14 J.Health Care L. & Pol'y 1 (2011).

20 However, videoconferencing and store and forward technology are all the applications, which, California considers telemedicine. One possible reason may be to limit liability issues.

21 Currently, the United States, Australia, Japan, Canada, and Malaysia are actively integrating telemedicine into their health care system. Among them, the United States is one of the leading countries in terms of having well-organized telemedicine systems implemented widely across the state lines. However, in Turkey integrating telemedicine into the system is challenging. In Turkey, most physicians prefer not to work in underdeveloped cities, especially eastern and south-eastern regions where medical equipment and facilities are limited. Therefore, the Ministry of Health has made it necessary for recently graduated practitioners and specialists to work in these areas for a reasonable period. Although this obligatory task intends to promote health services in those areas, it imposes an undemocratic compulsion. The solution for this social problem in Turkey lies in telemedicine. Since 1997, several telemedicine attempts have been initiated by the government, academicians and civil society organizations. The first telemedicine attempt was the National Medical Communication Network Project (UMEDIA) which was initiated by the joint effort of the Scientific and Technological Research Council of Turkey (TUBITAK) and civil organizations. However, this project ultimately failed, mainly due to financial problems. Despite several attempts, technological, financial, and legal obstacles have prevented widespread adoption of telemedicine in Turkey. *See* Canan Aydogdu, *Telemedicine in Turkey: Potential, Initiatives and Obstacles, available at* http://web.iyte.edu.tr/~cananaydogdu/MedETel2011.pdf (last visited Oct. 29, 2016).
From the legal perspective, privacy issues, especially informed consent, related to telemedicine must be addressed within a legal framework in order to successfully practice telemedicine. Because there are added issues of technological failure such as the internet disconnecting between the physician and the patient.

but also typically covers a health care provider and a patient remotely. However, the current Korean Medical Law of article 34 allows only medical consultation between two physicians, not between a physician and a patient[22].

Recently, the hot issue regarding telemedicine in Korea is whether telemedicine should be allowed between a physician and a patient, which creates a large legal and social concern. In fact, the Korean government has taken the position of allowing telemedicine between a physician and a patient, but the Korean Medical Association has taken the opposite position regarding the telemedicine policy. This creates a large conflict between the government and medical association, with regards to telemedicine.

After much arguing the government and medical association finally made a potential agreement to permit telemedicine services between a physician and a patient for six months (starting from September of 2014), on a trial basis. This result may provide the next step to telemedicine as being a widely accepted health care delivery system in Korea. However, the six-month period is not long enough to evaluate the efficiency of telemedicine in Korea, which requires verifying five aspects of telemedicine.

The five core factors are specifically as follows: (1) clinical safety issues; (2) legal liability issues in the event of telemedical malpractice; (3) patients looking for larger hospitals over small physician's offices, and the corresponding hospital issues; (4) technical safety issues; and (5) satisfaction issues with regards to tele-monitoring, consultation and education.

2. What is mHealth?

mHealth is "the use of mobile networks and devices in supporting e-care such as smart-phone and Short Message Service (SMS)[23]." Also, according to American Telemedicine Association (ATA), "mHealth, also known as mobile health, is a form of telemedicine using wireless devices and cell phone technologies[24]." It is useful to think of mHealth as a tool--a medium--through which telemedicine can be practiced. M-Health is a particularly powerful development because it delivers clinical care through consumer-grade hardware and allows for greater patient and provider mobility.

Here is one example of mHealth in Korea. One patient who actually used this service said "I can buy the medicine at the pharmacy after I show my injury through mobile phones because, the physician said that it was treatable with simple medicine. Therefore, I am still using this medicine without any side effects." However, The Ministry concluded that mHealth may constitute one type of telemedicine, so they decided to give SK Company a warning and ordered it to stop this service[25].

22 The author has translated the current Korean Medical Laws of Article 34 as follows: (1) Medical practitioners (only a doctor, a dentist, a doctor of oriental medicine who is engaging in practicing medicine) may practice telemedicine from a distance by utilizing information technology (IT) such as computer, videoconferencing in order to support medial knowledge or technology nevertheless the Article 33 (1). (2) Any doctor who wishes to receive or perform telemedical services must equip relevant facilities with equipment as required by the Minister of Health and Welfare (MHW). (Revised on Feb. 29, 2008 and again on Jan. 18, 2009). (3) Any doctor who provides telemedicine (hereafter referred to simply as a "remote-physician") has the same legal responsibilities as a physician who practices face-to-face. (4) If medical practitioners who practice medicine according to remote-physician's instructions are a doctor, a dentist, or a doctor of oriental medicine (hereafter referred to simply as an "attending physician"), the legal responsibilities to the patient should be on the attending physician only if the remote physician has no obvious or reasonable negligence or fault notwithstanding the subsection (3) of Article 34.

23 *See* HIMSS, Definitions of mHealth, *available at* http://www.himss.org/definitions-mhealth (last visited Oct. 29, 2016).

24 *See* American Telemedicine Association, *supra* note 19.

25 From this case in 2010, Korea currently does not allow mHealth, because it is one type of telemedicine. One of the negative factors affecting Korea's stance on mHealth is the liability concern and patient's privacy issue. However, it is also important to listen to positive opinions on mHealth because mHealth saves time, reduces medical costs and allows for better communication between physicians and patients. According to Dr. Neal Sikka, an emergency room physician at George Washington University in D.C., only a few patients are worried about security and privacy issues in mHealth. *See* Eknazar, Indian American Leading Charge to Deliver 'Mobile Health', *available at* http://www.eknazar.com/chicago/News/viewlocalnews.php?id=437 (last visited Oct. 29, 2016).

3. Telemedicine - An Opportunity for Economic Growth

Foreign direct Investment (FDI) in India has grown to the second most important FDI destination; it has seen an 8-fold increase in FDIs by March 2012[26]. Many sectors, from private to public companies, are increasing revenue, which allows medical professionals to meet the growing demands for health care services in India[27]. Medical tourism is one of the main increasing factors in the Indian economy; it was valued at $310 million USD in 2013[28]. The medical industry in India is expected to upgrade their services and materials to state-of-the-art facilities; a fact which attracts more foreign investors.

From April 2000 to April 2011, hospitals and diagnostic centers have received FDIs worth 1,030.05 million[29]. Foreign investors wish to invest in the Indian Healthcare Industry, such as health insurance for Indian citizens, hospitals and infrastructure, and technology driven services. Most investors prefer to invest in Hospitals, because through them, the investors can earn a larger profit. FDI benefits both Indian citizens and foreign investors. The impact of FDI into the Indian Healthcare sector greatly benefits the development of India's economy, better health care coverage, and it also contributes to better treatment facilities at a lower cost than it would take to travel to another country, as India's cost of medical treatments are a lot lower than they are in other developed countries.

4. Possible Legal Issues: From the International Law Perspective

Telemedicine is an important and growing area of health service delivery in both the American and international contexts. With the evolution of telecommunication technologies, new and wider applications for telehealth are being pursued, and are likely to be used widely in multiple health contexts. Telemedicine is undoubtedly the most attractive tool and current trend in the health care avenue and it is playing a more and more significant role to both health care providers and patients internationally.

However, there are no international treaties or global agreements dealing with telemedicine or e-health issues[30] directly, so new legal issues should be addressed in detail to expand the practice of telemedicine globally, based on the traditional legal frameworks. There are many issues still being discussed in the United States and Korea; such as physician licensure, reimbursement, telemedical malpractice, informed consent, and patient's privacy issues[31]. This is because telemedicine is a new emerging avenue in the medical and legal fields, so new issues will be raised as telemedicine becomes more popular internationally.

---

26 *See* Chris Bartlett et al., *Australia's Healthcare System: An Opportunity for Economic Growth*, *available at* http://www.strategyand.pwc.com/reports/australias-healthcare-system (last visited Oct. 29, 2016).

27 *Id*.

28 *Id.*

29 *Id*. In the case of China, The Chinese government is also supportive of foreign investment in hospitals. Public funding will be needed to raise the quality of care for the hundreds of millions of people living in poverty in the population, so private players are stepping in to fill the gap at the "top of the pyramid" for the 400 million affluent and middle-class citizens. *Id*.

30 *See* John. D. Blum, *The Role of Law in Global e-Health: A Tool for Development and Equity in a Digitally Divided World*, 46 St. Louis U. L.J. 85, 85 (2002).

31 There are essentially five legal considerations facing telemedicine in the United States. These concerns are the same as the Korean society faced under its own system. These five fundamental considerations are as follows: (1) physician's licensure; (2) credentialing/privileging; (3) reimbursement; (4) liability issues in the event of telemedical malpractice; and (5) patient privacy, confidentiality and informed consent. Without appropriate solutions to the aforementioned concerns, it is difficult to expect improving medical quality for patients, reduction in medical expenses particularly related to transportation and associated costs, or increased access to patients, especially those living in rural areas. Telemedicine continues to provide many potential advantages to both practitioners and patients. Due to the continuous development of technology, health care practitioners, physicians and patients accept telemedicine as a more attractive health care delivery tool.

These concerns are overarching legal barriers, which are presenting challenges to most countries that are involved, or are becoming involved in telemedicine. These countries are experiencing legal challenges to implementing telemedicine services into their health care delivery system, because each country has a different legal background in telemedicine. I will, however, focus on three major issues such as jurisdiction, physician licensure, and medical malpractice in this article from the international law approach:

a. Jurisdiction

The issue of jurisdiction is a complex problem in telemedicine because telemedicine can be provided by health care providers across state, country, and international boundaries[32]. The reason why jurisdiction is so important is to determine where the patient can sue against the physician in the case of medical malpractice. For example, if a patient lives in Turkey and a physician resides in Korea. If the patient has rhinoplasty performed in Korea by a Korean plastic surgeon, and then returns to his/her home country (Turkey), after the operation--and there was a serious complication--such as difficulty breathing resulting from the operation. When the physician was providing follow-up care through the use of telemedicine services to the patient, the patient complains about difficulty breathing. The physician is not close enough to see the problem, and thus cannot provide follow-up treatment. In this hypothetical case, the patient later brings a medical malpractice suit against the physician. The patient is located in a rural area of Turkey.

At trial, the plaintiff (patient) wants the court to apply the Turkish law, substantive law of his/her resident country, while the defendant (physician) would like Korean substantive law to be applied. This scenario cannot be seen in a tradition medical setting, therefore, it should be addressed in a telemedicine context. It looks like it gives more burdens to the court, but a court must determine where a proper jurisdiction is based on the nature of the lawsuit and the different locations of the parties. In a traditional medical malpractice case, if a patient visits or travels to a physician's office for medical treatment--without being solicited--legality will arise in the physician's jurisdiction not in the patient's one[33]. However, this is difficult to apply to telemedicine cases because courts generally do not consider telemedicine communications as "travel to receive professional service," which courts require to establish jurisdiction in the physician's country[34]. Courts have not specifically addressed or determined the competent jurisdiction between the patient's location and physician's location in telemedicine cases. From this uncertainty, physicians' attorneys try to find the best jurisdiction, which, would provide the best outcome for their clients[35]. Another possibility is to provide the plaintiff with the option to choose the most favorable jurisdiction for themselves[36].

From this complex jurisdiction issue, John D. Blum, a professor at the Loyola University Chicago School of Law, suggests that:

32 *See* Kip Poe, *Telemedicine Liability: Texas and Other States Delve into the Uncertainties of Health Care Delivery Via Advanced Communications Technology*, 20 Rev. Litig. 681, 699 (2001).

33 *See* Derek F. Meek, Comment, *Telemedicine: How an Apple (or Another Computer) May Bring Your Doctor Closer*, 29 Cumb. L. Rev. 173, 188 (1998-1999). *See also* Phyllis Forrester Granade, *Medical Malpractice Issues Related to the Use of Telemedicine: An Analysis of the Ways in Which Telecommunications Affect the Principles of Medical Malpractice*, 73 N.D. L. Rev. 65, 66 (1997).

34 *Id*., For example, Plaintiff can bring a lawsuit in more than one jurisdiction in the case of product liability. More specifically, the plaintiff files a lawsuit in his/her home state and in the state the product is manufactured as well. *See* Hoffmann & Rowthorn, *supra* note 19, at 38.

35 According to one telemedicine scholar, "case law supports the notion that because the practice of medicine is a personal service, the point of service in jurisdictional issues is generally held to be the patient's location." *See* Meek, *supra* note 33, at 188; *see also* Wright v. Yackley, 459 F.2d 287 (9th Cir. 1972). However, this point of service can be changed due to the amount of contact and type of telemedicine service. For example, non-interactive telemedicine services such as teleradiology and telepathology could be found to occur where the physician is located not the patient. *See* Poe, *supra* note 32, at 699.

36 *See* Poe, *supra* note 32, at 700.

The law should be reinterpreted so that the electronic movement is not from physician to patient, but the reverse, from patient to physician. As such, the jurisdiction in which the [telemedicine] doctor resides and practices, where he/she is licensed, becomes the situs of control. Such an interpretation would mitigate the need for an additional license, retain the current status quo and assist providers in application of practice standards they are familiar with[37].

b. Physician Licensure

In fact, legal obstacles should be effectively eliminated in order to enrich patient satisfaction and save medical costs by using telemedicine services. More importantly, although telemedicine is showing significant potential opportunity to increase worldwide access to quality health care and to improve the medical cost effectiveness of this care for developing and rural areas of the world, telemedicine providers, including health care professionals, and the greater health care industry have the unenviable task of trying to manage their potential risk of liability in every area of the world reached by their telemedicine services. Until these critical issues are resolved by a court or legislative bodies in the United States and globally, telemedicine providers will likely remain unsure about their potential liability[38]. Therefore, it is important to provide a roadmap or guidance on how these ongoing issues could potentially be handled wisely by the courts[39].

c. Medical Malpractice

Another issue that should be addressed in telemedicine along with its advantages is the possibility of liability issues in the event of telemedical malpractice. Most medical experts agree that this obviously limits the physician's ability to examine the patient without performing a physical examination in person with the patients. The main reason is that physicians generally

37 *See* Hoffmann & Rowthorn, *supra* note 19, at 42.

38 Currently certain states, such as California, Texas, Georgia, Florida etc., allow telemedicine services between a physician and a patient within the United States. Because of different legal policies within different states, the United States is still debating policies concerning telemedicine. For example, in physician licensure issues, if a physician obtains a license from the state of Illinois, but then provides telemedicine services to a patient who is in another state, such as California, then, the physician has to review the Medical Board of California in regards to how the Medical Board of California regulates physician licensure issues, especially concerning telemedicine. In 1997, the Joint Working Group on Telemedicine (JWGT) proposed seven different models to address the existing and possible arguments, in an attempt to resolve the licensing issues across American state lines. These seven models include: 1) consulting exemptions, 2) registration, 3) endorsement, 4) full and special license, 5) reciprocity agreement, 6) mutual recognition, and 7) national licensing system.

39 In physician licensure issue, Malaysia Telemedicine Act 1997 which was amended in 2006 is a good example regarding who may practice telemedicine. According to section 3 (1) No person other than- (a) a fully registered medical practitioner holding a valid practicing certificate; or (b) a medical practitioner who is registered or licensed outside Malaysia and- (i) holds a certificate to practice telemedicine issued by the Council; and (ii) practices telemedicine from outside Malaysia through a fully registered medical practitioner holding a valid practicing certificate, may practice telemedicine.
This section can be interpreted that a fully registered medical practitioner holding a valid practicing certificate may practice telemedicine and a medical practitioner who is registered or licensed outside Malaysia, such as Korea, may also provide telemedicine services if that practitioner holds a certificate issued by the Council and provides only through a fully registered medical practitioner holding a valid practicing certificate.
This telemedicine act provides a legal ground on which a physician who is registered or licensed from outside Malaysia may provide telemedicine services. For example, a Korean physician may provide telemedicine services to a patient who lives in Malaysia if a Korean physician holds a certificate which is issued by the Council and provides only through a fully registered medical practitioner in Malaysia.
However, the current Korean Medical Law of Article 34 allows telemedicine only between a physician and a physician not between a physician and a patient remotely. Therefore, Malaysia Telemedicine Act has more allowance for international telemedicine services especially regarding physician licensure issues compared to Korea.
In addition, there are still debates on who is eligible for providing telemedicine services as a health care professional, such as a doctor, dentist, doctor of oriental medicine, nurse practitioner, physician assistant, and mid-wife. In the United States, there are two types of physicians: a physician who may provide telemedicine services interstate and a physician who can practice telemedicine in-state. It is important to note that non-physician telemedical assistants such as the physician assistant and mid-wife may be included into the categories of telemedicine providers in the United States. In Korea, there are two types of physicians such as attending physician and remote physician.

use their senses during diagnosis and treat the patients in the traditional medicine settings, while telemedicine examinations restrict their physical examination in touching, seeing, and smelling the patients. These actual examinations may not be allowed in telemedicine.

IV. Conclusion

Foreign investors expect tremendous economic benefits from the health care setting, including private and public hospitals or medical equipment and devices from telemedicine services, because, telemedicine is one possible solution to reduce medical costs, provide better patient access, and ultimately improve the health care quality for the patients. In 2015, The Indian government widely opened its medical devices market; so many foreign companies expect a positive outcome from this openness policy.

Nowadays, many advanced countries recognize and adopt telemedicine services as a higher value-added medical business into their health care delivery systems due to the development of advanced technologies. A recent study predicts that telemedical equipment markets will continuously grow from $163.3 million in 2010 to $6.28 billion in 2020[40]. Considering these anticipated estimates, practicing telemedicine and its advantages almost certainly will reduce medical costs, provide better access, and eventually improve the quality of medical services provided to patients. Also, there are many studies that have already shown and provided sufficient data and research with regards to such positive outcomes.

The problem at hand is how to wisely and effectively handle the issues mentioned in the above five legal obstacles. It is time to carefully examine and point out the current legal issues in the United States and attempt to find how to apply those outcomes to effectively integrate the practice of telemedicine in Korea. I expect that these significant ongoing results from the United States will undoubtedly be able to draw a more general and transparent picture of telemedicine and provide brilliant suggestions to Korea, as well as other countries such as Turkey who are trying to adopt telemedicine services and are facing such legal barriers under their systems.

Bibliography

Articles and Periodicals

Blum, John D., *The Role of Law in Global e-Health: A Tool for Development and Equity in a Digitally Divided World*, 46 St. Louis U. L.J. 85, 85 (2002).

Granade, Forrester Phyllis., *Medical Malpractice Issues Related to the Use of Telemedicine: An Analysis of the Ways in Which Telecommunications Affect the Principles of Medical Malpractice*, 73 N.D. L. Rev. 65, 66 (1997).

Hoffmann Diane and Rowthorn Virginia., *Legal Impediments to the Diffusion of Telemedicine*, 14 J.Health Care L. & Pol'y 1 (2011).

Meek, Derek F., Comment, *Telemedicine: How an Apple (or Another Computer) May Bring Your Doctor Closer*, 29 Cumb. L. Rev. 173, 188 (1998-1999).

Poe, Kip., *Telemedicine Liability: Texas and Other States Delve into the Uncertainties of Health Care Delivery Via Advanced Communications Technology*, 20 Rev. Litig. 681, 699 (2001).

Case

Wright v. Yackley, 459 F.2d 287 (9th Cir. 1972).

40 *See* Ken Terry, Telehealth Market to hit $6.28 billion by 2020, *available at* http://www.informationweek.com/mobile/telehealth-market-to-hit-$628-billion-by-2020/d/d-id/1100218? (last visited Oct. 29, 2016).

Electronic and Other Sources

American Telemedicine Association, *What is Telemedicine?*, *available at* https://www.americantelemed.org/about/telehealth-faqs- (last visited Oct. 27, 2016).

Asean Briefing, Bilateral Investment Treaty between Korean and Vietnam, *available at* www.aseanbriefing.com/userfiles/resources-pdfs/Vietnam/BIT/Vietnam_Korea_BIT.pdf (last visited Oct. 27, 2016).

Aydogdu Canan, *Telemedicine in Turkey: Potential, Initiatives and Obstacles, available at* http://web.iyte.edu.tr/~cananaydogdu/MedETel2011.pdf (last visited Oct. 29, 2016).

Bartlett Chris et al., *Australia's Healthcare System: An Opportunity for Economic Growth*, *available at* http://www.strategyand.pwc.com/reports/australias-healthcare-system (last visited Oct. 29, 2016).

Eknazar, Indian American Leading Charge to Deliver 'Mobile Health', *available at* http://www.eknazar.com/chicago/News/viewlocalnews.php?id=437 (last visited Oct. 29, 2016).

Germany-Korea, Republic of BIT (1964), Investment Policy, *available at* http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/78/treaty/1700 (last visited Oct. 27, 2016).

HIMSS, Definitions of mHealth, *available at* http://www.himss.org/definitions-mhealth (last visited Oct. 29, 2016).

Pakistan and Federal Republic of Germany, Treaty for the Promotion and Protection of Investments, 25 November 1959, *available at* http://www.iisd.org/pdf/2006/investment_pakistan_germany.pdf (last visited Oct. 27, 2016).

Republic of Korea and Turkey, Agreement for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 14 May 1991, *available at* http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1840 (last visited Oct. 29, 2016).

Santander Trade Portal, South Korea: Foreign Investment, *available at* https://en.portal.santandertrade.com/establish-overseas/south-korea/foreign-investment (last visited Oct. 27, 2016).

Terry Ken, Telehealth Market to hit $6.28 billion by 2020, *available at* http://www.informationweek.com/mobile/telehealth-market-to-hit-$628-billion-by-2020/d/d-id/1100218? (last visited Oct. 29, 2016).

The Medical Board of California, *Practicing Medicine Through Telehealth Technology*, *available at* http://www.mbc.ca.gov/Licensees/Telehealth.aspx (last visited Oct. 27, 2016).

The Ministry of Strategy and Finance, Restriction of Special Taxation Act, *available at* https://elaw.klri.re.kr/kor_service/lawView.do?lang=ENG&hseq=37162 (last visited Oct. 27, 2016).

The Ministry of Trade, Industry and Energy, Foreign Investment Promotion Act, *available at* https://elaw.klri.re.kr/kor_service/lawView.do?hseq=28710&lang=ENG (last visited Oct. 27, 2016).

The World Bank, Republic of Korea, *available at* http://www.worldbank.org/en/country/korea (last visited Oct. 27, 2016).

U.S. Department of State, 2015 Investment Climate Statement – Republic of Korea, *available at* http://www.state.gov/e/eb/rls/othr/ics/2015/241618.htm (last visited Oct. 29, 2016).

Worldatlas, Best Countries to Start a Business, *available at* http://www.worldatlas.com/articles/best-countries-to-start-a-business.html (last visited Oct. 27, 2016).

ENERJİ SEKTÖRÜNDE YATIRIMLARIN KORUNMASI: KAZAKİSTAN ÖRNEĞİ

Prof. Dr. Serikbay Ydyrys[*]
Kanat Ydyrys[**]

Bilindiği üzere, Kazakistan zengin doğal kaynaklara sahip bir ülkedir. Ülke kendi enerji ihtiyacını karşılamaya yeterli kömür kaynağına, dünyanın en büyük uranyum rezervine ve kayda değer miktarda doğal gaz, kömür ve petrol rezervlerine sahiptir.

Kazakistan Cumhuriyetinde, toplam işletilebilir hidrokarbon kaynağının 17 milyar ton civarında olduğu tahmin edilmektedir. Bunun 8 milyar tonu Hazar Denizi'nin Kazakistan'a ait bölgesindedir. Kanıtlanmış petrol rezervi açısından Kazakistan dünyadaki en büyük 15 ülkeden birisidir. Kazakistan'ın kayda değer hidrokarbon rezervleri vardır ki, dünya rezervinin %3,3'ünü oluşturduğu tahmin edilmektedir[1].

Son yirmi yılda, Kazakistan dünya çapında bir petrol üreticisi haline gelmiştir. 2015 yılında, Kazakistan 100,1 milyon ton (Mt) petrol ve yoğuşturulmuş gaz üreterek, bağımsızlık öncesi üretim seviyesini üçe katlamıştır. Petrol ve yoğuşturulmuş gaz ihracatı 2015 yılında 81 Mt olarak gerçekleşmiştir. Brüt gaz üretimi 2015 yılında beş katta fazla artarak 50 milyon metre küpe çıkmıştır[2]. Sanayi analistleri, petrol üretiminin planlı olarak arttırılması ve yeni petrol sahalarının açılmasının 2020 yılında günde 2 milyon varil üretilmesine imkân sağlayacağına; bunun da ülkeyi dünyanın en büyük 10 petrol üreticisi arasına sokacağına inanmaktadırlar.

Kazakistan hidrokarbon üretim sektöründe açık kapı politikası uygulamaktadır. Dünyanın dört bir yanından çok sayıda çokuluslu ve ulusal enerji şirketi Kazakistan enerji sektöründe arama ve üretim faaliyeti yürütmekte, hizmet sağlamakta ve diğer faaliyetlerde bulunmaktadır.

Günümüzde Kazakistan, yatırımların teşvik edilmesi ve karşılıklı korunması konusunda 48 iki taraflı ve 1 çok taraflı (EurAsEC) hükümetler arası anlaşma imzalamıştır. Bu anlaşmalar, yurtdışındaki Kazak yatırımları ve Kazakistan'daki yabancı yatırımların teşvik edilmesi ve korunması yönünde olumlu bir hukuki ortam yaratmaktadırlar. Aynı zamanda yatırım ikliminin iyileşmesine ve ülkeler arasında karşılıklı faydaya dayalı ticaret ve ekonomik işbirliklerinin ilerletilmesine de katkıda bulunmaktadırlar[3].

Kazakistan yatırımcılara avantajlı bir çalışma ortamı sağlamaya ve iş ortamının geliştirilmesine özel dikkat göstermektedir. Ülke, yatırımcılara sağlanan koruma açısından dünyadaki en yüksek seviyelerden birisine sahiptir. Kazakistan, Dünya Bankasının İş Yapma 2016 sıralamasında 189 ülke arasında azınlık yatırımcılarına sağlanan koruma anlamında 25nci sırada yer almıştır. WEF "Küresel rekabetçilik 2015-2016" raporuna göre ise 140 ülke arasından 25nci sıraya girmiştir. Dünyadaki 140 ülke arasında, Kazakistan makroekonomik ortam açısından 25nci ve hükümetin politika yapım

* Hoca Ahmet Yesevi Uluslararası Türk-Kazak Üniversitesi, Sosyal Bilimler Fakültesi, Öğretim Üyesi.

** Hoca Ahmet Yesevi Uluslararası Türk-Kazak Üniversitesi, Sosyal Bilimler Fakültesi, Araştırma Görevlisi.

1 Investor's Guide: Kazakhstan, invest.gov.kz, s. 10-11.

2 Energy Charter Secretariat, Investment Climate and Market Structure Review in Energy Sector of Kazakhstan, 2013, s. 39.

3 Investor's Guide: Kazakhstan, invest.gov.kz, s. 10.

süreçlerinin şeffaflığı açısından 30. sıradadır[4].

Kazakistan 2015'te, Dünya Ticaret Örgütüne 162nci üye olarak katılmıştır. Kazak mallarının uluslararası piyasalara ulaştırılmasında, malların rekabet gücünün arttırılmasında, yerel işletmelerin gelişiminde, yatırımların artmasında ve ekonomik kalkınmanın istikrara kavuşturulmasında DTÖ üyeliği çok önemli bir etken olarak görülmektedir. Hâlihazırda, 135 DTÖ üye ülkesi Kazakistan'la ticaret ortağıdır. DTÖ'ye giriş hazırlığı kapsamında Kazakistan mevzuatını bütün gereksinimlere uyacak şekilde yenilemiştir[5].

Devletle yatırımcılar arasında doğrudan diyalog kurmak amacıyla Kazakistan Devlet Başkanına bağlı Yabancı Yatırımcılar Konseyi (buradan sonra FIC), Kazakistan Başbakanına bağlı Yatırım Ortamının Geliştirilmesi Konseyi (buradan sonra CIIC) ve Yatırım Ombudsmanı faaliyet göstermektedir.

Kazakistan Devlet Başkanının talimatları çerçevesinde, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütünün (OECD) 12 tavsiyesine uygun olarak yatırım ortamının daha da iyileştirilmesine yönelik faaliyetler yürütülmektedir. Fikri mülkiyet hakları, şirket yönetimi, yabancı işgücünün çekilmesi, vize usulleri ve bunun gibi konularda reformlar yapılmıştır.

Kazakistan Endüstri ve Gerişim Bakanlığı Yatırım Komitesiyle imzalanan yatırım sözleşmeleri kapsamında yatırım projeleri yürüten yatırımcıların, vergi işlemleri doğrudan merkez seviyesinden, Kazakistan MF Devlet Gelirleri Komitesi tarafından yürütülmektedir. Bu durum, denetim ve tescil sürecini kayda değer biçimde düşürmekte ve yoruma ve mevzuatın uygulanmasına bağlı oluşabilecek riskler ve denetimlerin sayısını asgari seviyeye indirgemektedir.

29 Ekim 2015 tarih ve 375-V sayılı Kazakistan Girişimcilik Mevzuatı yatırımcılara şu hakları tanımaktadır: yasal koruma güvencesi, gelir kullanım güvencesi, ulusallaştırma ve kamulaştırma vakalarında yatırımcı haklarının korunmasıdır[6].

Bunlara ek olarak finansal işler ve yatırımlara ilişkin anlaşmazlıklara yönelik, İngiliz hukukunu uygulayan ve yargılamalarını İngilizce olarak ve yabancıların da katılımıyla gerçekleştirecek yeni bir mahkeme içerecek olan Uluslararası Finans Merkezi (IFC) 2017'de Astana'da açılacaktır.

Kazakistan'da halihazırda faaliyet gösteren enerji şirketleri, Forbes Global listesinde yer alan küresel teknoloji liderleri ve ulus aşırı şirketler şunlardır: Royal Dutch Shell, Total, Chevron, Exxon Mobil, ENİ ve diğerleri

Yabancı Yatırımlarla İlgili Mevzuat

8 Ocak 2003'de, Kazakistan Yatırımlar Yasası çıkmıştır. Bu yasa daha önceki iki yasayı birleştirmiştir: Yabancı Yatırımları Hakkında Yasa (27 Aralık 1994) ve Doğrudan Yatırımlara Devlet Desteği Hakkında Yasa (28 Şubat 1997). Yeni yasa ilk olarak, yerli ve yabancı yatırımcılara uygulanan yatırım teşviklerini, yatırımcı haklarına ilişkin güvenceleri ve yatırımlarda anlaşmazlıkların çözümü süreçlerini eşitlemiştir[7].

4 The Global Competitiveness Report 2015-2016, http://www3.weforum.org/docs/gcr/2015-2016/Global_Competitiveness_Report_2015-2016.pdf, s. 219.

5 Kazakhstan became the 162nd WTO member on 30 November 2015, https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/a1_kazakhstan_e.htm

6 KazEnergy National Report, http://www.kazenergy.com/images/NationalReport15_English.pdf, s. 86.

7 Zakon Respubliki Kazahstan ot 8.1.2003 "Ob investiciyah" [Law of the Republic of Kazakhstan of 8 January 2003 "Law on Investments"], www.kazembassy.org.uk/img/law_on_investment.doc

Kazakistan Yatırımlar Yasası, "yabancı yatırım" terimini tanımlamaz; ancak yatırımlara ilişkin genel tanımları içerir. Yasanın 1nci maddesi çerçevesinde "Kiralama sözleşmesinin yürürlüğe girdiği andan itibaren kiralanan nesnelerin yanı sıra yatırımcının tüzel bir kişiliğin kuruluş sermayesine yatırdığı ya da girişimin faaliyetleri için kullanılan sabit varlıkları artıran haklar da dâhil olmak üzere (kişisel kullanım malları hariç) tüm mülkiyet biçimleri yatırımdır". Ayrıca bir imtiyaz sahibi ile imzalanan imtiyaz anlaşması kapsamında üretilen ya da alınan (sesyoner) varlıklar da yatırım olarak kabul edilir.

Kazakistan'daki yatırımlara yönelik devlet desteği, yatırım imtiyazlarını içerir. Böyle bir sözleşmeye girilmesi, şu imtiyazları sağlar:

- Gümrük vergilerinden muafiyet;
- Hükümetin ayni hibeleri.

Yatırım imtiyazı almanın temel şartı öncelikli faaliyetlere yatırım yapılmasıdır. Yatırım imtiyazları, öncelikli faaliyet tiplerine tanınır. Bu faaliyetlerin listesi Kazakistan hükümeti tarafından faaliyet alt tipleri sınıflandırma seviyesi olarak onaylanır (Kazak Hükümeti Kararı, 8 Mayıs 2003, No. 436). Bu liste, 245 faaliyet tipini içerir ve bunların arasında güç ve gaz yatıkların üretimi, iletimi ve dağıtımı ve petrol ürünleri imalatı da vardır[8].

Kazakistan Toprak altı ve Toprak altının Kullanımı Yasası'nın 3ncü maddesi çerçevesinde, yabancılar, yabancı tüzel kişiler ve devletsiz şahıslar, Kazakistan Cumhuriyet yasaları tarafından aksine hükmedilmediği sürece, Kazakistan Cumhuriyeti yurttaşları ve tüzel kişilikleriyle aynı haklara ve yükümlülüklere sahip olacaklardır.

Yatırım faaliyetlerinin düzenlenmesine yönelik uluslararası yasal mevzuat, yatırımların teşvik edilmesi korunmasına yönelik ikili anlaşmaları ve ECT'yi içerir. Ancak, Kazakistan'da ekonominin stratejik sektörlerindeki yatırımlar üzerinde devlet kontrolü kurma eğilimi mevcuttur; ulusal güvenlik açısından bu kontrol önemlidir. Kazakistan'ın stratejik sektörler ve ulusal güvenliğe ilişkin mevzuatından temel değişiklikler, Enerji Sektörüne ilişkin Mevzuat adlı kısımda ele alınmıştır.

İlgili Uluslararası Anlaşmalar Kapsamında Kazakistan'ın Yükümlülükleri

Enerji Şartı Anlaşması (ECT)

Kazakistan, sınır aşan enerji işbirliği alanında çok taraflı bir yasal çerçeve tesis eden ECT'nin imzacıları arasında yer alır. Anlaşma, enerji ticareti, yatırım ve iletim konularını kapsamlı bir şekilde ele alır. Ayrıca, bağlayıcı anlaşmazlık çözüm süreçleri de dâhil olmak üzere enerji verimliliği meselesini de ele alır. ECT'nin temel unsurları şunlardır[9]:

- Yatırımların korunması (yatırımcılara uygulamada ayrımcılığın önlenmesi – vergiler ve harçlarla ilgili ulusal uygulamalar ve 'en fazla kayrılan ülke uygulaması', kamulaştırma ve diğer kayıplar durumunda telafi ve sermayenin serbest dolaşımı);

- DTÖ kurallarına dayalı olarak enerji, enerji ürünleri ve enerjiyle bağlantılı cihazların ticareti;

8 Zakon Respubliki Kazahstan ot 8.1.2003 "Ob investiciyah" (Law of the Republic of Kazakhstan of 8 January 2003 "Law on Investments"), www.kazembassy.org.uk/img/law_on_investment.doc

9 Energy Charter Secretariat, Investment Climate and Market Structure Review in Energy Sector of Kazakhstan, 2013, s. 46, available at: http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Publications/Kazakhstan_ICMS_2013_ENG.pdf

- Enerji iletim özgürlüğü;

- Enerji verimliliğinin arttırılması;

- Yatırımcı devlet arası tahkim ve devletlerarası tahkim de dâhil olmak üzere uluslararası anlaşmazlıkları çözümü;

- Yasal şeffaflığın arttırılması;

Bu unsurlara ilave olarak, ECT hükümetin işbirliğine yönelik yükümlülükler de içerir; mesela teknoloji transferi, finansal piyasaların açılması ve rekabet kuralları.

ECT kapsamında, Kazakistan bazıları tahkim vakaları da olmak üzere çeşitli yatırımcı – devlet anlaşmazlıklarıyla karşılaşmıştır:

- Liman Hazar Petrol B.V. (Hollanda) ve NCL Hollanda Yatırım B.V. (Hollanda), Kazakistan Cumhuriyeti'ne karşı.

- AES Corporation ve TauGüç B.V. (Hollanda), Kazakistan'a karşı.

- Ascom S.A. (Moldova), Kazakistan'a karşı.

- Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı (Türkiye), Kazakistan'a karşı.

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Uygulanması Sözleşmesi

Kazakistan, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Uygulanması Sözleşmesini imzalayan taraflardan birisidir. Bu sözleşme uluslararası tahkimin temel araçlarından biridir. Sözleşme, yabancı hakem kararlarının tanınması ve uygulanması ile tahkim için mahkemeye başvurulması konularını içermektedir. New York Sözleşmesi'nin önerdiği iki temel faaliyet, yabancı hakem kararlarının tanınması ve uygulanması ile tahkim için mahkemeye başvurulmasıdır.

İlk adım, yabancı hakem kararlarının, yani başka bir (sözleşme taraftarı) devletin topraklarında alınan hakem kararlarının tanınması ve uygulanmasıdır. Sözleşme taraftarı devletler açısından bu tür kararlar bağlayıcıdır ve Sözleşmenin belirlediği süreçler doğrultusunda uygulamaya geçirmekle yükümlüdürler.

New York Sözleşmesinin öngördüğü ikinci adım, tahkim için mahkemeye sevktir. Sözleşme, sözleşme taraftarı bir devlet mahkemesinin, tarafların tahkim anlaşması yaptıkları bir konuyla karşılaştıklarında, (tahkim anlaşmasının geçersiz olması durumu hariç) tarafların talebi üzerine davayı tahkime sevk etmelerini öngörmektedir.

Mevzuata İlişkin Kısa Bilgi ve Enerjiyle İlgili Temel Yasaların Listesi

1991 yılında bağımsızlığını kazandıktan sonra, Kazakistan enerji sektörüne ve sanayi ile yenilikçi kalkınmaya yönelik yabancı yatırımları çekmek amacıyla serbest piyasa ekonomisine geçişin yasal çerçevesini adım adım geliştirmiştir.

Kazakistan'ın enerji mevzuatı, yeni ekonomik hedeflerin ortaya çıkması ve ülkenin ihtiyaçları doğrultusunda evrimleşmiştir. Yakın dönemde Kazakistan ulusal güvenlik ve ulusal çıkar meselelerine özellikle dikkat etmeye başlamıştır.

Ekonominin Stratejik Sektörlerindeki Varlıkların Kamu tarafından Takibi konulu Kazakistan yasası, 4 Kasım 2003 tarihinde 490-II sayısıyla yayınlanmıştır ve "stratejik öneme sahip ekonomik sektörler"in tanımını içermektedir[10].

10 Zakon Respubliki Kazahstan ot 8.1.2003 "Ob investiciyah" (Law of the Republic of Kazakhstan of 8 January 2003 "Law on Investments"), www.kazembassy.org.uk/img/law_on_investment.doc

7 Ağustos 2007 tarihli yasa, Kazakistan Medeni Yasasının 193-1 maddesi 1nci paragrafındaki "stratejik varlık" kavramının tanımını yapmıştır. Ayrıca hangi stratejik varlıkların Kazakistan toplumunun sürdürülebilir kalkınması açısından sosyal ve ekonomik öneme sahip mülkler olduğu, bu tip mülkiyetlerin sahipliği ve kullanımı ve/veya elden çıkartılmasının Kazakistan'ın milli güvenliğini ne zaman etkileyeceği tanımlanmıştır[11].

Toprak altının kullanımı projelerindeki yerli katkıyla ilişkili olarak devletin kontrol mekanizmasının nasıl sağlanacağı yakın bir dönemde gündeme gelmiştir. Hâlihazırda Kazakistan'ın yerli katkıyla ilgili mevzuatı şunlardır: 24 Haziran 2010 tarihli Toprak Altı ve Toprak Altının Kullanımı Yasası; 21 Temmuz 2007 tarihli Hükümet Alımları Yasası; 7 Temmuz 2006 tarihli İmtiyaz Yasası; 27 Ocak 2009 tarihli Devlet Başkanı Kararı ve kurumlar ve devlet kuruluşlarının malları, hizmetler ve iş tedariklerinde yerli katkıyla ilişkili hususlar yasası.Şu anda güncellenmiş haliyle Toprak Altı ve Toprak Altının Kullanımı Yasası, toprakaltı kullanıcılarının Kazakistan'da üretilmiş/sağlanmış malları, işler ve hizmetleri kullanmalarını zorunlu hale getirmektedir[12]. Devletin teknik düzenlemelerine ilişkin standartlar, proje isterleri ve mevzuata da tabi kılmaktadır. Ayrıca mal, iş ve hizmet alıcılarının tedarik süreçlerindeki rekabetlerde, kazananı seçerken Kazak üreticilere ihale teklifi üzerinden %20 indirim uygulamaları da bir ister olarak tesis edilmiştir. Dahası 20 Eylül 2010 tarihli Kanun Hükmündeki Kararname, yerli katkı hesaplaması mekanizması sağlanan yerlerde malları, işler ve hizmetlerin tedarikinde yerli katkı hesaplamaya ilişkin ortak bir metodoloji getirmiştir.

Petrol Sektörü Mevzuatı

24 Haziran 2010'a kadar, Kazakistan'da şu yasalar uygulanmaktaydı – 17 Ocak 1996 tarihli Toprak Altı ve Toprak Altının Kullanımı Yasası; 28 Haziran 1995 tarihli Petrol Yasası ve 8 Temmuz 2005 tarihli Offshore Petrol İşlerinde PSA Yasası'dır[13].

24 Haziran 2010 tarihli yeni Toprak Altı ve Toprak Altının Kullanımı Yasası, geçerliliğini kaybetmiş eski Toprak Altı ve Toprak Altının Kullanımı yasalarını birleştirmiştir. Buna ilave olarak, Toprak Altı ve Toprak Altının Kullanımı Yasası'nın yeni versiyonu, enerji sektörü açısından önemli olan PSA'dan dışlamayı öngörmektedir; ancak PSA Yasası da geçerliliğini kaybetmiştir[14].

Toprak Altı ve Toprak Altının Kullanımı Yasası kullanım hakkının verilmesi, toprak altı kullanıcısına hakların tanınması ve sonlandırılmasının yasal çerçevesini belirlemektedir. Yasa, Kazakistan'ın çıkarlarını korumak ve toprak altının araştırılması ve kullanımı için rasyonel ve kapsamlı bir çerçeve sağlamayı hedeflemektedir. Bu amaçla, toprak altını kullanan faaliyetler toprakaltına yönelik jeolojik araştırmalar, yüzey sularının araştırılması ve üretimi de dâhil olmak üzere mineral kaynaklarının araştırılması ve/veya üretimi, terapötik çamurlar, atık sularının boşaltımı amacıyla toprak altının araştırılması olarak tanımlanmıştır. Ayrıca araştırma ve/veya üretimle ilgili olmayan yeraltı tesislerin inşası ve/veya işletilmesi de bu kapsamda ele alınmıştır[15].

11 Tyrrall D., et al, The Relevance of the International Financial Reporting Standards to a Developing Country: Evidence from Kazakhstan, *The International Journal of Accounting,* Vol. 42, 2007, s. 82-110.

12 Salpek B. S. (2015). "Strategiya Kazakhstana Kasatelno İnostrannyh İnvestitsiy" (Kazakistan'ın Yabancı Yatırımcılarla İlgili Stratejisi), Ekonomika Dergisi. No. 2 s. 71-77.

13 The Law of the Republic of Kazakhstan on Subsoil and Subsoil Use, 2010, http://www.kazembassy.org.uk/legislation_of_kazakhstan.html

14 Shahmetov A.B. (2013). "Vazhnost Privlecheniya v Kazakhstan İnnostrannyh İnvestitsiy" ("Kazakistan'a Yabancı Yatırımların Çekilmesinin Önemi"), Bankovskoe Delo v Kazakhstane Dergisi. No. 10. s. 47-49.

15 Energy Charter Secretariat, Investment Climate and Market Structure Review in Energy Sector of Kazakhstan, 2013. http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Publications/Kazakhstan_ICMS_2013_ENG.pdf

Toprak altını kullanma hakkı şu amaçlarla verilmektedir: jeolojik araştırmalar, keşif, üretim, müşterek keşif ve üretim, araştırma ve/veya üretimle ilgili olmayan yeraltı tesislerin inşası ve/veya işletilmesi. Toprak altını kullanma hakkı iki çerçeve kapsamında verilir:

- Toprak altı kullanım hakkımı almak amacıyla yatırım programında ihaleye girilmesi ve sözleşme imzalanması;
- Doğrudan müzakere ve sözleşme imzalanması.

İhaleler Kazakistan Petrol ve Gaz Bakanlığı tarafından gerçekleştirilir. Bakanlık bu amaçla medya üzerinden ilan yapar. Yayın ve bilgilendirme süreçlerini, ihaleye çıkılan toprak altı bloğu bazında Bakanlık belirler.

Doğal Gaz Sektörüne İlişkin Mevzuat

Kazakistan Gaz ve Gaz Tedariki Yasası 9 Ocak 2012 tarihinde onaylanmıştır ve Kazakistan mevzuatında yenilikçi bir gelişmedir. Geçmişte gaz ve gaz tedariki sektörü kısmen toprak altının kullanımına ilişkin mevzuatla ve birkaç hükümet kararıyla düzenlenmekteydi[16]. Bu yasa, gaz ve gaz tedariki sektöründeki yatırım faaliyetleriyle doğrudan ilişkili çeşitli hükümler içermektedir.

Yasa, özellikle toprak altı kullanıcıları tarafından çıkartılan ham gazı ve toprak altı kullanıcılarının ürettikleri pazarlanabilir gazı Devletin öncelikli olarak satın alma hakkına ilişkin hükümler içermektedir.

Öncelikli hak, Kazakistan'daki iç piyasanın gaz ihtiyacını karşılayan, (devlet tarafından kurulmuş bir şirket olan) Ulusal Operatör tarafından kullanılmaktadır.

16 Energy Charter Secretariat, Investment Climate and Market Structure Review in Energy Sector of Kazakhstan, 2013, http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Publications/Kazakhstan_ICMS_2013_ENG.pdf

PRESERVATION OF INVESTMENTS IN THE ENERGY SECTOR: EXAMPLE OF KAZAKHSTAN

Prof. Dr. Serikbay Ydyrys[*]
Kanat Ydyrys[**]

As it is known, Kazakhstan is a country with rich natural resources. The country has enough coal resources to meet its own energy needs. It also has the largest uranium reserve in the world and a significant amount of natural gas, coal and oil reserves.

The total operable hydrocarbon source in the Republic of Kazakhstan is estimated to be around 17 billion tons. 8 billion of that source is located at the part of the Caspian sea which belongs to Kazakhstan. In terms of proven oil reserves, Kazakhstan is one of the top largest 15 countries in the world. Kazakhstan has significant hydrocarbon reserves which are estimated to make up 3.3 % of the global reserve[1].

Over the past two decades, Kazakhstan has become a globally renowned oil producer. In 2015, Kazakhstan has tripled the pre-independence level of production by producing 100.1 million tons (Mt) of oil and compressed gas. Oil and compressed gas export has turned out to be as 81 Mt in the year 2015. The gross gas production has increased more than five times and turned out to be 50 million cubic meters[2]. The industry analysts believe that increasing the oil production in a planned way and opening new oil fields will enable a daily production of 2 million barrels in the year 2010, which in turn will enable the country to become one of the top 10 largest oil producers of the world.

Kazakhstan implements an open door policy in the hydrocarbon production sector. Many multinational and national energy companies from around the world carry out exploration search and production operations, provide services and engage in other operations in Kazakhstan as well.

As of today, Kazakhstan has signed 48 bilateral treaties for the promotion and mutual protection of investments and 1 multilateral (EurAsEC), intergovernmental treaty. These treaties create a positive legal environment for Kazakh investments abroad and the encouragement and protection of foreign investors in Kazakhstan. At the same time, they also contribute to the improvement of the investment climate and the advancement of trade and economic cooperation between countries which are based on mutual benefits[3].

Kazakhstan pays special attention to providing an advantageous working environment for investors and to the improvement of the working environment. The country has one of the highest levels in the world in terms of protection provided to the investors. Kazakhstan ranked as the 25th country among 189 countries in the World Bank's ranking of Doing Business in 2016, in terms of the protection provided to minority investors. According to the World Economic Forum's (WEF) "Global competitiveness 2015-2016" report, Kazakhstan ranked the 25th country among

* Hoca Ahmet Yesevi International Turkish-Kazakh University, Faculty of Social Sciences, Professor.

** Hoca Ahmet Yesevi International Turkish-Kazakh University, Faculty of Social Sciences, Research Assistant

1 Investor's Guide: Kazakhstan, invest.gov.kz, p. 10-11.

2 Energy Charter Secretariat, Investment Climate and Market Structure Review in Energy Sector of Kazakhstan, 2013, p. 39.

3 Investor's Guide: Kazakhstan, invest.gov.kz, p. 10.

140 countries. Kazakhstan ranked the 25th in terms of the macroeconomic environment and the 30th in terms of the transparency of the government's policy formation processes, among 140 countries in the world[4].

Kazakhstan joined the World Trade Organization (WTO) as the 162nd member in 2015. The WTO membership is seen as a very important factor in delivering the Kazakh goods to international markets, the increase of the competitiveness strength of the goods, the improvement of local businesses and in the stabilization of the economic development. Currently, 135 members of the WTO are trading partners with Kazakhstan. Kazakhstan has renewed its legislation to meet all the requirements, in the process of the preparations for entering the WTO[5].

Foreign Investors Council (FIC) who reports to the Kazakhstan Head of State, The Council for the Improvement of the Investment Environment (CIIC) and the Investment Ombudsman who report to the Kazakhstan Prime Minister, work in order to establish a direct dialogue between the state and the investors.

Several activities are carried out within the framework of the Kazakhstan Head of State's instructions, in accordance with the 12 recommendations of the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), for improving the investment environment even more. Reforms have been made on issues such as intellectual property rights, company management, attraction of the foreign workforce and visa procedures.

Tax transactions of investors who manage investment projects within the framework of investment agreements signed with the Investment Council of Kazakhstan Industry and Development Ministry, are carried out directly from a central level by the Kazakhstan MF State Revenues Committee. These conditions significantly reduce the time that the audit and registration process takes and lower the number of the risks and audits that could arise due to interpretation and the implementation of the legislation, to a minimum.

The Kazakhstan Entrepreneurship Legislation dated 29th of October 2015 and numbered 375-V, entitles the following rights to the investors: legal protection assurance, revenue usage assurance and protection of investor's rights in cases of nationalization and expropriation[6].

In addition to these, the International Finance Center (IFC), which will follow the British law in regards to disagreements on financial operations and investments and will include a new court which will perform its judgements in English with the participation of foreigners, will be opened in 2017, in Astana.

The energy companies which currently operate in Kazakhstan and technology leaders and transnational companies which appear in the Forbes Global list are: Royal Dutch Shell, Total, Chevron, Exxon Mobil, ENI and others.

Legislation Regarding Foreign Investments

Kazakhstan Investment Law was issued on January 8th 2003. This law combined the previous two laws: The Law on Foreign Investments (27th of December 1994) and the Law regarding State Support for Direct Investments (28th of February 1997). For starters, the new law equated the processes of investment incentives applied to local and foreign investors, the assurances

4 The Global Competitiveness Report 2015-2016, http://www3.weforum.org/docs/gcr/2015-2016/Global_Competitiveness_Report_2015-2016.pdf, p. 219

5 Kazakhstan became the 162nd WTO member on 30 November 2015, https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/a1_kazakhstan_e.htm

6 KazEnergy National Report, http://www.kazenergy.com/images/NationalReport15_English.pdf, p. 86.

regarding investor rights and the resolution of disagreements in investments[7].

The Kazakhstan Investment Law doesn't define the "foreign investment" term; it only includes general definitions regarding investments. According to the 1st article of the law, "All property forms including rented objects from the moment the rental contract goes in effect, along with rights which increase the fixed assets such as the assets that the investor deposited in the founding capital of a legal entity or the assets that are used for the activities of the enterprise, are investments". In addition, assets that are produced or bought within the framework of a concession agreement that is signed with the holder of the concession (cessionary assets) are also accepted as investment.

The state support for the investments in Kazakhstan include investment concessions. Entering into such an agreement provides the following concessions:

- Exemption from customs duties;
- Government's grants in-kind.

The basic requirement of getting an investment concession is to invest in prioritized activities. The government concessions are granted to prioritized types of activities. The list of these activities are approved by the Kazakhstan government as the lower types of activity classification level (The Decision of the Kazakh Government, 8th of May 2003, No. 436). This list includes 245 types of activities among which are the production, transmission and distribution of power and gas resources and production of oil products[8].

Within the framework of the article 3 of the Law on Kazakhstan Subsoil and the Use of Subsoil, foreigners, foreign legal entities and stateless individuals will have the same rights and responsibilities as the Kazakhstan Republic citizens and legal entities, unless otherwise concluded by the Kazakhstan Republic laws.

The international legal regulations for the organization of the investment activities, includes the bilateral agreements regarding the promotion and protection of investments and the ECT. However, there is a tendency in Kazakhstan to establish state control over investments in the strategic sectors of the economy; this control is important in terms of national security. Basic changes in the legislation of Kazakhstan's strategic sectors and the national security are discussed in the section called The Legislation Regarding the Energy Sector.

Kazakhstan's Liabilities Within the Framework of Related International Agreements

Energy Charter Treaty (ECT)

Kazakhstan is one of the signatories of the ECT which builds a multilateral legal framework in the area of transboundary energy cooperation. The agreement deals with the issues of energy trade, investment and transmission in a very comprehensive manner. In addition, it also deals with the energy efficiency problem including binding disagreement resolution processes. The main elements of the ECT are[9]:

7 Zakon Respubliki Kazahstan ot 8.1.2003, "Ob investiciyah" [Law of the Republic of Kazakhstan of 8 January 2003 "Law on Investments"], www.kazembassy.org.uk/img/law_on_investment.doc

8 Zakon Respubliki Kazahstan ot 8.1.2003, "Ob investiciyah" (Law of the Republic of Kazakhstan of 8 January 2003 "Law on Investments"), www.kazembassy.org.uk/img/law_on_investment.doc

9 Energy Charter Secretariat, Investment Climate and Market Structure Review in Energy Sector of Kazakhstan, 2013, p. 46, available at: http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Publications/Kazakhstan_ICMS_2013_ENG.pdf

- Protection of investments (prevention of practice discrimination for investors - national practices about taxes and fees and 'the practice of the most favored country', compensation in case of nationalization and other losses and the free circulation of capital);

- The trade of energy, energy products and energy related devices according to the WTO rules;

- Energy transmission freedom;

- Increasing the energy efficiency;

- Resolution of international disputes in whichever way possible including arbitration between investor and state and arbitration between states;

- Increasing the legal transparency.

In addition to these elements, ECT also includes liabilities with regards to the government's cooperation; for example, technology transfer, opening of financial markets and competition rules.

Within the scope of ECT, Kazakhstan has experienced various investor - state disagreements, some of which are arbitration cases:

- Liman Caspian Oil B.V. (Holland) and NCL Holland Investment B.V. (Holland) against the Republic of Kazakhstan.

- AES Corporation and Tau Power B.V. (Holland) against Kazakhstan.

- Ascom S.A. (Moldova) against Kazakhstan.

- Turkish Petroleum Corporation (Turkey) against Kazakhstan.

The Agreement on Recognizing and Implementing the Decisions of the Foreign Arbitrator

Kazakhstan is one of the parties who signed the Agreement on Recognizing and Implementing the Decisions of the Foreign Arbitrator. This agreement is one of the main tools of the international arbitration. The agreement includes the topics regarding the recognition and implementation of the foreign arbitrator's decisions and the application to the court for arbitration. The two key activities that are suggested by the New York agreement are the recognition and implementation of the foreign arbitrator's decisions and the application to the court for arbitration.

The first step is the recognition and implementation of the foreign arbitrator's decisions, which are made in another country's (a contracting party) territory. These types of decisions are binding for the states who are contracting parties and they are obligated to implement the processes determined by the agreement.

The second step that the New York Agreement sets forth is the referral to court for arbitration. The agreement sets forth that the court of a state who is a contracting party, should refer the case to arbitration upon the request of the parties, when the parties come across an issue which they made an arbitration agreement on (except in the case of the arbitration agreement being invalid).

Brief Information Regarding the Legislation and the List of the Basic Laws about Energy

Kazakhstan has developed the legal framework of the transition to the free market economy step by step, with the purpose of attracting foreign investments to the energy sector and other areas which would enable innovative developments through industry, after gaining its independence in the year 1991.

Kazakhstan's energy legislation has evolved in accordance with the emergence of new economic goals and the country's needs. Recently, Kazakhstan has particularly started paying attention to the issues of national security and national interests.

The Kazakhstan law regarding the Follow Up of the Assets in the Economy's Strategic Sectors, by the State, was issued on the date of 4th November 2003, with the number 490-II and includes the definition of "the economic sectors that are of strategic importance"[10].

It defined the concept of the "strategic asset" which is located at the 1st paragraph of the article 193-1, of the Kazakhstan Civil Law dated 7th August 2007. It's also defined which strategic assets are properties that have a social and economic importance in terms of the sustainable development of the Kazakhstan society, and when the ownership, usage and/or selling out of these types of properties would affect Kazakhstan's national security[11].

How the control mechanism of the state will be provided in relation to the local contribution in the subsoil usage projects, has recently become a main topic of conversation. Kazakhstan's current legislation about local contribution is as follows: Subsoil and the Usage of the Subsoil Law dated 24th June 2010; Government Purchases Act dated 21st July 2007; Concession Law dated 7th July 2006; the law on issues related to the local contribution in President decision, organizations, goods of the state organizations, services and work procurements dated 27th January 2009. Subsoil and the Usage of the Subsoil Law necessitates the subsoil users to use the goods, businesses and services that are produced/procured in Kazakhstan[12]. Standards with regards to the state's technical regulations subject the project requirements to legislation as well. In addition, the fact that goods, work and service buyers offer a 20% discount on the tender offers of the Kazakh producers, while picking the winner during the competition in the procurement processes, is also established as a requirement. Moreover, the statutory decree dated 20th September 2010 put forward a common methodology regarding the calculation of the local contribution in the procurement of goods, work and services in places where the local contribution calculation mechanism is provided.

Oil Industry Legislation

The following laws were in place in Kazakhstan until 24th June 2010 - Subsoil and the Usage of Subsoil Law dated 17th January 1996; Oil Law dated 28th June 1995 and PSA in Offshore Oil Activities dated 8th July 2005[13].

The new Subsoil and the Usage of Subsoil Law dated 24th June 2010, has combined the old laws of Subsoil and The Usage of Subsoil which had lost their validity. In addition to that, the new version of the Subsoil and the Usage of Subsoil Law, sets forth an exclusion of PSA which is important in terms of the energy sector. However the Petroleum Safety Authority (PSA) Law has also lost its validity[14].

The Subsoil and the Usage of Subsoil Law sets the legal framework for provision of usage

10 Zakon Respubliki Kazahstan ot 8.1.2003,"Ob investiciyah" (Law of the Republic of Kazakhstan of 8 January 2003 "Law on Investments"), www.kazembassy.org.uk/img/law_on_investment.doc

11 Tyrrall D., et al, The Relevance of the International Financial Reporting Standards to a Developing Country: Evidence from Kazakhstan, *The International Journal of Accounting,* Vol. 42, 2007, p. 82-110.

12 Salpek B. S., (2015), "Strategiya Kazakhstana Kasatelno İnostrannyh İnvestitsiy" (Kazakhstan's Strategy Concerning Foreign Investors), Ekonomika magazine. No. 2 p. 71-77.

13 The Law of the Republic of Kazakhstan on Subsoil and Subsoil Use, 2010, http://www.kazembassy.org.uk/legislation_of_kazakhstan.html

14 Shahmetov A. B. (2013), "Vazhnost Privlecheniya v Kazakhstan İnnostrannyh İnvestitsiy" ("The Importance of Attracting Foreign Investments to Kazakhstan"), Bankovskoe Delo v Kazakhstane Magazine, No. 10. p. 47-49.

rights and the entitlement and ending of rights for the subsoil user. The law aims to protect the interests of Kazakhstan and to provide a rational and extensive framework for the exploration and usage of the subsoil. For this purpose, the activities undertaken in the subsoil are defined as the geological explorations aimed at the subsoil, the exploration and production of surface waters, the exploration and/or production of mineral resources, therapeutic mud, and the exploration of the subsoil for the purpose of discharging waste water. In addition, the construction and/or operation of underground facilities which are not related to exploration and/or production are dealt with in this context[15].

The right to use the subsoil is given for the following purposes: geological research, exploration, production, joint exploration and production, construction and/or operation of underground facilities which are not related to exploration and/or production. The right to use the subsoil is given under two circumstances:

- Bidding in the investment program with the purpose of getting entitlement to subsoil usage and contract signing;
- Direct negotiation and contract signing.

Tenders are handled by the Kazakhstan Oil and Gas Ministry. The Ministry makes announcements over the media for this purpose. The Ministry determines the publication and information processes on the basis of the subsoil block that is put out to tender.

Legislation Regarding the Natural Gas Sector

Kazakhstan Gas and Gas Supply Act is approved on the date of 9th January 2012 and is an innovative development in the Kazakhstan legislation. In the past, gas and gas supply sector was regulated partially with the legislation regarding subsoil usage and a few government decisions[16]. This law includes various provisions which are directly related to the investment activities in the gas and gas supply sector.

The law includes provisions regarding the prioritized right of the state to buy the raw gas which is extracted particularly by the subsoil users and the marketable gas which is produced by the subsoil users.

The prioritized right is exercised by the National Operator (a company founded by the state) which meets the gas requirement of the national market in Kazakhstan.

15 Energy Charter Secretariat, Investment Climate and Market Structure Review in Energy Sector of Kazakhstan, 2013, http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Publications/Kazakhstan_ICMS_2013_ENG.pdf

16 Energy Charter Secretariat, Investment Climate and Market Structure Review in Energy Sector of Kazakhstan, 2013, http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Publications/Kazakhstan_ICMS_2013_ENG.pdf

ULUSLARARASI İSTANBUL HUKUK KONGRESİ
INTERNATIONAL İSTANBUL LAW CONGRESS
17-19 EKİM 2016
17-19 OCTOBER 2016

İKİNCİ GÜN
SECOND DAY

MABEYN SALONU
MABEYN HALL

İkili ve Çok Taraflı Uluslararası Anlaşmalar - I
Bilateral and Multilateral International Treaties - I

KIRGIZ CUMHURİYETİ - TÜRKİYE ARASINDAKİ İLİŞKİLERİN SİYASİ VE HUKUKİ YÖNLERİ

Prof. Dr. Bekbosun İşenbekoviç Borubaşov[*]

Kırgızistan'ın uygulamakta olduğu dış politikanın amaç ve hedefleri ülkenin bağımsızlığını, egemenliğini, ekonomik özgürlüğünü ve toprak bütünlüğünü öngören uluslararası teminatların siyasi ve diplomatik araçlarla pekiştirilmesidir. Kırgız Cumhuriyetinin uluslararası politikasının temelini, demokratik değerler ile gayeler oluşturmaktadır. Kırgız devletinin dış politikasının hedefi de tüm bunların olağan ve doğal biçimde gelişmesinin devam ettirilmesidir.

Türkiye, Kırgızistan'ın bağımsızlığını elde ettiği ilk günlerde Orta Asya'da bulunan bu ülkenin egemenliğini tanıyan ilk ülkelerden biridir. Türkiye ile Kırgızistan arasındaki ortaklık, Türk dünyası ailesinden gelen bu iki kardeş ülke halkının ortak kültürüne, dil ve din birliğine dayanmaktadır. Ülkelerimiz arasındaki ilişkilerin çıkış noktasında, uluslararası hukuk kaideleri ile iki ülkenin birbirlerinin ulusal çıkarlarına karşılıklı saygı duymaları, eşitlikleri ve dostlukları yer almaktadır. Müslümanlık ve laiklik değer sistemlerini siyasi yapıya entegre etmeyi başarabilen Türk modeli, devletlerin ulusal kalkınması için bir örnek teşkil ederek, Kırgızistan da dahil bütün Orta Asya ülkeleri için en cazip modeldir.

Türkiye Cumhuriyetiyle işbirliği konuları, Kırgız Cumhuriyetinin dış siyaset öncelikleri sisteminde önemli bir yere sahiptir. Buna karşılık Ankara da Kırgızistan'ı dost bir ülke ve Orta Asya bölgesindeki en önemli stratejik ortağı olarak görmektedir.

Kırgızistan ile Türkiye arasındaki ikili ilişkiler, iki devlet arasında diplomatik ilişkilerin tesis edildiği 24 Aralık 1991 tarihinde başlamış olup, ikili ilişkilerin kurulması aynı yılın 18 Aralık günü Türkiye'nin azımsanmayacak bir biçimde dünya yüzündeki ilk devlet olarak Kırgızistan'ın bağımsızlığını tanımasıyla mümkün olabilmiştir. Bağımsızlığımızın tanınmasının ardından Türk Hükümeti, Bişkek'te kendi Büyükelçiliğinin açılmasına karar vermiş ve Türkiye Cumhuriyeti Bişkek Büyükelçiliği 1992 yılının Nisan ayında açılmıştır. Aynı yılın Ekim ayında da Ankara'da Kırgızistan Büyükelçiliği açılmış ve Ankara'daki büyükelçiliğimiz, devletimizin yurtdışında açtığı ilk diplomatik temsilciliği olmuştur. 1994 yılının Nisan ayında Hükümetimiz, İstanbul'da Kırgızistan Genel Konsolosluğunun açılmasına karar vermiştir. Böylelikle iki ülke arasındaki ikili ilişkilerimiz şu an 25.inci yaşındadır.

Türkiye ile Kırgızistan arasındaki işbirliğinin temel yönleri, ticari ekonomik ve insani kültürel ilişkilerden oluşmaktaydı ve aynı şekilde de ilerlemeye devam etmektedir.

Türkiye ile Kırgızistan Arasındaki İkili Anlaşmalar.

Kırgızistan ile Türkiye arasındaki ikili ilişkiler, siyasi, ticari, ekonomik, insani, kültürel, bilim ve eğitim, askeri ve teknik, turizm, ulaştırma ve komünikasyon alanları dâhil çeşitli alanlardaki günümüzdeki ve gelecekteki işbirliği konularını düzenleyen sayıları 120'yi geçen devletlerarası anlaşma ve protokollerden müteşekkil sağlam ve geniş bir hukuki bir temele dayanmaktadır.

24 Ekim 1997'de imzalanan "Ebedi Dostluk ve İşbirliği Anlaşması" ile 1 Temmuz 1999 tarihinde iki ülkenin Cumhurbaşkanları tarafından yayımlanan "Türkiye ve Kırgızistan: Birlikte 21. Yüzyıla" Ortak Bildirisi, ülkelerimiz arasındaki geçtiğimiz on yılı kapsayan, günümüzde devam

[*] Kırgız Rus Slav Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Uluslararası ve Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı Hukuk Bilimleri Doktoru, Profesör, E-mail: aldash@yandex.ru

eden ve yakın gelecekte de devam edecek olan karşılıklı ortaklığın ruhunu ve özünü yansıtan temel siyasi belgelerdir.

26 Nisan 2011 tarihinde Kırgızistan ile Türkiye arasında Yüksek Düzeyli Stratejik İşbirliği Konseyi (YDSK) kurulmuştur. Yüksek düzeyli işbirliği yönündeki bu ortaklık şekliyle, ülkelerimiz arasındaki ortaklığın özel statüsü vurgulanmıştır.

27 Nisan 1992'de Türkiye Cumhuriyetinin Kırgızistan'a ilk resmi heyet ziyareti gerçekleşmiştir. Bu görüşmeler esnasında iki ülkenin Başbakanları arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması imzalanmıştır. Ayrıca bu ziyaret sırasında Kırgızistan'a 75 milyon dolarlık kredinin açılmasıyla ilgili belgeler, Bankacılık Sektöründe İşbirliği Mutabakat Zaptı, Kırgızistan'da Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelerin Geliştirilmesi Protokolü, Hava Haberleşme Protokolü ile Televizyon ve Radyo Yayıncılığı Alanında İşbirliği Protokolü imzalanmıştır.

Karşılıklı işbirliğindeki dinamik artış, Kırgızistan ve Türkiye arasındaki, her iki ülkenin en üst düzey yöneticileri tarafından temsil edilen devletlerarası, parlamentolar arası ve hükümetler arası siyasi diyalogun zengin içeriği ve yoğun karakteri sayesinde sağlanmaktadır. Bunda siyasi ve diplomatik etkinlikler planı çerçevesinde gerçekleştirilen karşılıklı resmi ziyaretler ile uluslararası forumlar kapsamında gerçekleştirilen çalışma grubu toplantılarının rolü de büyüktür.

İki ülke arasında Kırgız-Türk ilişkilerinin daha kaliteli ve yüksek seviyeye çıkarılmasına, hem ikili temel üzerinde hem de uluslararası ve bölgesel kuruluşlar çerçevesinde karşılıklı yarara dayalı işbirliğinin geliştirilmesi çizgilerinin netleştirilerek belirlenmesine olanak sağlayan ülkelerimizin cumhurbaşkanları ve başbakanları düzeyinde çok sayıda resmi ziyaretler gerçekleştirilmiştir. 26-27 Nisan 2011'de ülkelerimiz arasında Yüksek Düzeyli Stratejik İşbirliği Konseyi mekanizması tesis edilmiş ve ilk YDSK toplantısı gerçekleştirilmiştir.

İki ülke devlet başkanlarının Türk Zirveleri, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT), İslam Konferansı Örgütü (İKÖ) ve Ekonomik İşbirliği Teşkilatı (EİT) toplantıları çerçevesinde düzenli olarak gerçekleştirdikleri görüşmeler, iki ülkenin uluslararası arenadaki siyasi ve diplomatik işbirliklerinin en önemli yönlerindendir.

Bakanlıklar arasındaki kurumlar arası yatay iletişim, karşılıklı olarak yapılan ziyaretler ve ikili anlaşmaların hayata geçirilmesi yoluyla oldukça yoğun bir şekilde arka arkaya gelişmeye devam etmektedir. Ülkelerimizin Milli Eğitim Bakanlıkları ile Ulaştırma ve Komünikasyon Bakanlıkları arasındaki güçlü ve kuvvetli işbirliği, en etkin araçlardan biri olan ortak komisyonların bu alanlarındaki düzenli çalışmalarıyla sağlanmaktadır.

Kırgızistan 2016 yılında, Uluslararası Türk Kültürü Teşkilatı (TÜRKSOY), Türk Dili Konuşan Ülkeler Parlamenter Asamblesi (TÜRKPA), Uluslararası Türk Akademisi ve Türk Kültür ve Miras Vakfının her yıl gerçekleştirdiği Üçüncü Türk Dili Konuşan Ülkeler İşbirliği Konseyi Koordinasyon Toplantısına iştirak etmiştir. Türk Dili Konuşan Ülkeler İşbirliği Konseyinin kuruluş yıldönümüne denk gelen günde gerçekleştirilen toplantıda TDİK'in bugüne kadar elde ettiği ve hayata geçirdiği önemli başarıları ile kazanımları görüşülmüş, ayrıca sunumlar yapılmış olup, bu sunumların en önemli konularından biri Eylül 2016'da Kırgızistan'da düzenlenen 2. Göçebe Oyunları olmuştur. TDİK'in Türkçe konuşan halkların ortak kültürünün, ortak tarihinin, ortak geleneklerinin muhafaza edilmesine ve Türkçe konuşan devletlerin arasındaki karşılıklı yararlı işbirliğinin sağlamlaştırılması için yaptığı büyük katkılar vurgulanmıştır.

2016 yılında Kırgızistan'da TDİK üye ülkeleri Devlet Başkanlarının Türk Keneşi 6. Zirvesi ile TÜRKPA Zirvesi gerçekleştirilecektir.

Günümüz itibariyle ülkelerimiz arasında ticaret ve ekonomi alanındaki işbirliği konularını

düzenleyen altmıştan fazla devletlerarası anlaşma sağlanmıştır. Daha henüz 1991 yılında iken ülkelerimiz arasında Ekonomik ve Ticari İşbirliğine Dair Protokol imzalanmıştır. Kırgız Hükümeti bu belgeye çok önem vermektedir. Protokolle kamu ve özel kurum ve kuruluşları ile sivil toplum kuruluş ve işletmeleri arasındaki işbirliğinin geliştirilmesine ve sağlamlaştırılmasına yönelik net ve belirgin tedbirlerin alınması öngörülmüştür. Tarım ürünlerinin işlenmesi, inşaat malzemelerinin üretilmesi ve işlenmesi, teneke fabrikasının inşa edilmesi gibi net konular ele alınmıştır. Kırgızistan'ın turizm, hafif sanayi, hizmet sektörü gibi iktisadi alanlarının birçoğunda Kırgız-Türk ortak işletmeleri ile şirketleri faaliyet göstermeye başlamıştır.

Ticari ve ekonomik ilişkilerin aktif hale getirilmesi konusunda Kırgızistan-Türkiye Hükümetlerarası Ticari ve Ekonomik İşbirliği Komisyonu'nun ve sonuncusu Aralık 2014'te Bişkek'te düzenlenen düzenli komisyon toplantılarının önemi büyüktür.

Türk İşbirliği ve Koordinasyon Ajansı Başkanlığı (TİKA) 1992 yılından bu yana ekonomi, ticaret, eğitim ve diğer alanlarda ülkemizin yararına çeşitli proje ve programlar yürütmektedir. TİKA'nın Avrasya ülkelerinde gerçekleştirdiği faaliyetlerinin sayısı yönünden Kırgızistan'ın ikinci sırada yer alan bir ülke olduğunu vurgulamak isterim. Eğer 2008 yılında Türkiye'nin TİKA aracılığıyla yapmış olduğu yardım hacmi 1,6 milyon dolar civarındaysa, günümüz itibariyle yardımın hacmi yaklaşık 2 milyon dolardır. TİKA 1992 yılından itibaren Kırgızistan'a toplam 20 milyon dolar civarında yardım sağlamıştır.

Ticaret ve ekonomi alanındaki Kırgız-Türk ilişkilerinin ana hedefi, ülkelerimiz arasında her iki ülke yönetimlerinin hedef belirlediği şekliyle ticaret hacminin 1 milyar dolara kadar ulaştırılmasıdır. Bu nedenle, ülkelerimiz arasındaki ticari işbirliğinin Kırgız Cumhuriyetinin Avrasya Ekonomik Birliğine üye olması da dâhil ortaya çıkan yeni gelişmeler de dikkate alınarak geliştirilmesi konusunun ele alınması ve görüşülmesi gerekmektedir.

Burada Kırgızistan ile Türkiye arasındaki ekonomi alanındaki karşılıklı işbirliğinin henüz iki ülkenin tüm potansiyeline ve çıkarlarına tam olarak ulaşmadığının altının çizilmesi gerekmektedir.

Kırgızistan'ın enerji, ulaştırma, tarım ve turizm alanlarına Türk yatırımcılarının cezbedilmesi yönünde bir politika geliştirmesinin önemli etkisi olacaktır. Türk şirketleri Kırgızistan'ın altın madenlerinin işletilmesine de ilgi duymaktadır.

Türkiye ülkemizdeki yatırım hacmi bakımından, 450 milyon doların üzerindeki yatırım hacmiyle ikinci sırada yer almaktadır. Bununla birlikte ülkelerimiz arasındaki karşılıklı ticarette Türkiye'den yapılan mal sevkiyatları daha fazladır. Özel Türk yatırımları Kırgız pazarında gittikçe artan hacimle gelmeye başlamıştır. 1999 yılında kuruluş amacı iki ülke arasındaki yatırım ilişkilerinin geliştirilmesi olan Kırgız-Türk İş Konseyi kurulmuştur. Bunun neticesinde Kırgız piyasasındaki Türk şirketlerinin ilki olarak, 2000'li yılların başında ülkemizdeki ilk süpermarket türü mağazayı açan Beta-Tea Şirketi boy göstermiştir. 2004 ila 2010 yıllarında ülkemizde yeni Türk alışveriş merkezleri açılmıştır. Türk işadamları, başta yiyecek alanı olmak üzere hizmet sektörümüzde de aktif olarak yer almaya başlamıştır. Bunun dışında belirttiğim dönem içinde Türk şirketlerinin yol ve konut inşaatı sektöründeki payı da önemli ölçüde artmıştır.

Genel olarak Türk iş dünyasının Kırgızistan'ın 25 yıllık bağımsızlığı süresinde öncelikle özel süpermarketler üzerinden hizmet sektörü olmak üzere, konut ve yol inşaatı sektörlerinde aktif faaliyet gösterdiğini belirtmeden geçmemeliyiz. İki ülke arasındaki ekonomik ilişkiler aktif bir şekilde gelişmeye devam etmektedir. 2000 yılında ülkelerimiz arasındaki ticaret hacmi 88 milyon dolar iken 2010 yılında ise ticaret hacmimiz 200 milyon dolara ulaşmıştır.

Ne yazık ki Türk sermayesinin Kırgızistan'a gelişi, iki ülkenin mevcut ulusal ticaret ve ekonomi yasaları arasındaki farklılıklar, ticari işlemlerdeki döviz transferleriyle ilgili limitler, iki

ülke arasındaki ticareti engelleyen değişik sınırlayıcı tedbirler gibi bir dizi sorunlarla zorlaşmaktadır. Fakat tüm bu sorunlar, çeşitli düzeylerdeki ortak görüşmeler ve görüş alışverişleri sayesinde çözüme kavuşturulmaktadır.

Devletimizin dış politikasının önceliklerinden biri Türkiye ile her türlü ticari ve ekonomik işbirliğinin etraflıca derinleştirilmesidir. Ticari ilişkilerimizdeki genel eğilimler, büyük bir değişiklik göstermemiştir ve eskiden de olduğu gibi karşılıklı ticari ilişkilerimizde halen Türkiye tarafından yapılan sevkiyatlar daha fazla orandadır. Türkiye, çoğunluğu koordinasyonuyla Kırgız ekonomisinin Pazar altyapısının geliştirilmesine yönelik çeşitli konuları ele alan 30'u aşkın proje ve 324 değişik etkinlik gerçekleştirilmiş olan TİKA aracılığıyla olmak üzere, Kırgızistan'daki orta ve küçük ölçekli ticari işletmelerin geliştirilmesi için yapılan yardımları bakımından en önemli ülkelerden biridir. Kırgızistan, tüm Avrasya bölgesinde TİKA ile ortaklaşa hayata geçirilen projelerin sayısı bakımından en çok proje ve etkinlik gerçekleştirilen ikinci ülkedir. TİKA tarafından bu yıl da dâhil 1992 - 2016 yılları arasında Kırgızistan'a tahsis edilen mali araçların toplam miktarı 45 milyon doların üzerindedir.

Her iki ülke, "Güneydoğu Asya - Çin - Orta Asya - Türkiye - Avrupa" güzergâhında ulaşım koridorunun kurulmasını öngören uluslararası ulaşım projesi TRACECA'nın hayata geçirilmesine aktif katılım sağlamakta olup, bu proje Asya ve Avrupa arasında geleneksel biçimde oluşmuş olan eski ticaret yolunun yeniden canlanmasına olanak sağlayacaktır. Söz konusu bu projenin güzergâhının tarihi Büyük İpek Yolunun izi üzerinden geçtiğini dikkate alırsak, projenin hayata geçirilmesi söz konusu yolun ana hatlarına bitişik tüm ülkeler için çok büyük bir önem arz edecektir. Gerçekleştirilmekte olan Hükümetlerarası Ticari ve Ekonomik İşbirliği Komisyon toplantıları bu yöndeki amaç ve hedeflerin yerine getirilmesine yönelik uygulama tedbirlerinin alınmasına hizmet etmektedir.

16-17 Şubat 2016'da Ankara'da Türkiye Hükümeti ile Kırgız Cumhuriyeti Hükümeti arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmasıyla ilgili görüşmenin ikinci oturumu gerçekleştirilmiştir. Bu anlaşmanın akdedilmesinin iki ülke arasındaki karşılıklı ekonomik ve ticari ilişkilerin genişletilmesi için önemli bir faktör olacağının ayrıca Kırgız Cumhuriyetinin çeşitli ekonomi sektörlerine doğrudan Türk yatırımlarının artmasına olanak sağlayacağının altını çizmek gerekir.

İçinde bulunduğumuz bu yıl bile Kırgız Cumhuriyeti ile Türkiye Cumhuriyetinin dış ekonomik ilişkilerinin gelişmesine ve genişlemesine, Kırgız Cumhuriyetinin turizm olanaklarının ve ihracatının artırılması ve ayrıca yabancı yatırımların teşvik edilmesine katkı sağlanması amacıyla 21 Ocak 2016 tarihinde Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Kırgızistan Ticaret ve Sanayi Odası ile Kırgızistan Kültür ve Dostluk Derneğinin işbirliğiyle Ankara'da Türkiye - Kırgızistan Yatırım ve Ticaret Forumu düzenlenmiş olup, Foruma Türk işadamları ile 150'ye yakın Kırgız girişimci iştirak etmiştir.

Forum çerçevesinde Kırgız Cumhuriyeti Ticaret ve Sanayi Odası ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği arasında Mutabakat Zaptı, Kırgız Cumhuriyeti Ticaret ve Sanayi Odası ile Türkiye Cumhuriyeti Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı arasında Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler Alanında Mutabakat Zaptı ile OSTİM Organize Sanayi Bölgesi Başkanlığı ile Kırgız Cumhuriyeti Ticaret ve Sanayi Odası arasında İşbirliği ve İyi Niyet Mutabakat Zaptı imzalanmıştır.

22 Ocak 2016 tarihinde Türkiye - Kırgızistan Yatırım ve Ticaret Forumu çerçevesinde Kırgızistan Kültür ve Dostluk Derneği ile OSTİM Organize Sanayi Bölgesinin ortaklaşa düzenledikleri ticaret forumu gerçekleştirilmiştir. Toplantıya Türk ve Kırgız işadamlarıyla girişimciler katılmıştır.

Günümüz itibariyle Kırgızistan'da 400'ün üzerinde Türk-Kırgız ortak sermayeli şirket tescil edilmiş olup Türkiye'de ise 100'e yakın Kırgız şirketi kaydedilmiştir. Türkiye'den Kırgızistan'a elektrikli el aletleri, beyaz eşya, petrokimya ürünleri, kauçuk ve plastik ürünleri, demir dışı metaller, tekstil ve triko ürünleri, halı, ayakkabı, inşaat malzemeleri, makineler, kuyumculuk ürünleri, temizlik malzemeleri ile diğer ürünler ithal edilmektedir. Buna karşın Kırgızistan'dan Türkiye'ye tarım ve hayvancılık ürünleri, pamuk, baklagiller, işlenmemiş ve işlenmiş alüminyum, kuruyemiş, rafine ve rafine olmayan bakır ile diğer ürünler ihraç edilmektedir.

Kırgız Cumhuriyeti Hükümeti'nin politikasının Türk yatırımları da dâhil olmak üzere yabancı yatırımların ülkeye gelişinin sağlanması amacıyla idari kısıtlamaların kaldırılmasına, yatırımcıların önündeki engellerin azaltılmasına, yatırım ve vergi mevzuatlarının iyileştirilmesine, ayrıca dış ve iç ticaret rejimlerinin liberalleştirilmesine yönelik olduğunu belirtmek isterim.

Coğrafi konum bakımından Kırgız Cumhuriyeti ülkesi, Kırgızistan'ın Avrasya Ekonomik Birliğine üye olduğu da dikkate alındığında yeni şartlar ışığında Kırgız-Türk ticari ve ekonomik işbirliğinin gelişmesi için çok elverişli konumdadır.

Ülkelerimiz arasındaki ticari ekonomik ve yatırım ilişkilerimizin kuvvetlenmesine önemli katkılar sağlayabilecek ticaret hacminin 1 milyar dolara kadar ulaştırılmasıyla ilgili mevcut anlaşmaya vurgu yaparken, Kırgızistan'ın Avrasya Ekonomik Birliğine katılmış olması, Kırgızistan ile Türkiye arasındaki ticaret ilişkilerinin gelişmesi için yeni olanaklar sağlamaktadır, zira Kırgızistan sınırları içinde Kırgız Türk ortak şirketleri ve Türk şirketleri ile imalathanelerinin açılması durumunda, sadece altı milyon nüfusa sahip Kırgızistan piyasasının değil, AEB'in iç sınırlarında herhangi bir formaliteye, harç ödemelerine ve gümrük kontrolüne gerek kalmaksızın AEB üye ülkelerinin 180 milyonluk nüfusunu kapsayan yeni pazarlara otomatik açılma olanağına da kavuşulmuş olacaklardır.

Tabii ki de tedariki Türkiye'den yapılan bir dizi ürün için fiyat artışı konusunda belirli zorluklar yaşanacaktır ancak aynı zamanda Türk yatırımlarının getirilmesi, iş ve istihdam olanaklarının oluşturulması, ticaretin büyümesi sayesinde Kırgızistan'ın ekonomik gelişmesinde ve ayrıca Kırgızistan halkının yaşam seviyesi ile refahının artmasında olumlu eğilimler sağlanacaktır.

Genel olarak ülkelerimiz arasındaki ekonomik işbirliği ilerlemeye ve geçen dönemler içinde imzalanmış olan 60'a yakın anlaşma ve protokollerin esas maddelerinin çerçevesinde gelişmeye devam etmektedir.

İki ülkenin askeri kurumları arasındaki işbirliğinin geçmişi 1993 yılına dayanmaktadır. Ülkelerimiz arasında Askeri Alanda İşbirliği Anlaşması imzalanmıştır. Ayrıca NATO'nun Barış İçin Ortaklık programı çerçevesinde de karşılıklı işbirliği yürütülmektedir. Bunun dışında Kırgızistanlı subaylar Türkiye'nin ilgili yüksek öğretim kurumlarında eğitim görmektedir.

Kırgız Cumhuriyetinde Türk Silahlı Kuvvetlerinin eğitim personeli bulunmakta olup, Kırgız meslektaşlarıyla dağ özel harekât ve keskin nişancılık eğitim tecrübelerini paylaşmaktadırlar. Türkiye, Kırgızistan ordusuna lojistik ve teknik, tıbbi araç ve gereçler ile giyim, yiyecek ve haberleşme cihazlarını ücretsiz olarak hibe etmektedir.

Ülkelerimiz arasındaki karşılıklı olarak tesis edilen ilişkilerdeki en önemli faktör, dilsel, kültürel ve dini yakınlığımızdır. Türkiye-Kırgızistan arasındaki en etkin işbirliği alanlarının içerisinde kültür, beşeriyet, bilim ve eğitim alanlarındaki iletişim ve işbirliği önemli yer almaktadır. Türkiye ile Kırgızistan arasında kültür, beşeriyet, bilim ve eğitim alanlarında oldukça etkin bir şekilde karşılıklı işbirliği mekanizmaları geliştirilmiştir. Bunların arasında Türk Devlet ve Toplulukları Dostluk Kardeşlik ve İşbirliği Kurultaylarını, Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresini, Din Adamları Kongresini, Avrasya Ülkeleri Ekonomik İşbirliği Forumunu, planlı olarak ve mutabakat

sağlanan konularda gerçekleştirilen çeşitli etkinlikleriyle uluslararası TÜRKSOY teşkilatının faaliyetlerini saymak mümkündür.

Kırgızistan-Türkiye Manas Üniversitesi, Atatürk-Ala-Too Özel Üniversitesi ile yıllar içerisinde Kırgızistan'ın tüm büyük şehirlerinde açılmış olan onlarca Türk lisesi de eğitim ve öğretim alanlarındaki karşılıklı yarar sağlayan işbirliği amacına hizmet etmektedir. Türkiye, Hükümetlerimiz arasında imzalanan Öğrenci ve Uzman Değişimi Anlaşması çerçevesinde Türkiye'nin en önde gelen üniversitelerinde öğrenim görmeleri için Kırgız vatandaşlarına 3622 eğitim kontenjanı tahsis etmiştir. Bu kontenjanın yaklaşık iki bin beş yüzünden yaralanılmıştır. Günümüz itibariyle Türkiye'nin öğrenim kurumlarında yaklaşık 1700 Kırgız öğrenci eğitim görmekte olup, bunların 750'sinden fazlası devlet kontenjanından kayıt yaptırmış, öğrencilerimize de büyük manevi ve maddi destek sağlanmaktadır. Geriye kalan talebeler, genel şartlar altında kazandıkları özel öğretim kurumlarında öğrenim görmektedir. Kırgızistan üniversitelerinde ise 1500'den fazla Türk talebe eğitim görmektedir.

İki ülkenin büyük üniversitelerinin arasında oldukça başarılı ve etkin yatay iletişimler tesis edilmiş olup, yüksek ihtisaslı uzmanların yetiştirilmesi alanında oldukça verimli bir işbirliği gelişmekte, ayrıca bilimsel araştırmalar alanında geniş anlamda bilgi ve tecrübe paylaşımı gerçekleştirilmektedir.

- Kırgızistan ve Türkiye Arasındaki İkili İlişkilerin Gelişme Perspektifleri.

- Kırgızistan ile Türkiye arasındaki işbirliği, Türkiye ve Kırgızistan arasındaki Türkiye-Kırgızistan Yüksek Düzeyli Stratejik İşbirliği Konseyi şeklinde somutlaşmış olan özel stratejik öneme sahiptir.

Kırgızistan, Türkiye'nin uluslararası arenada gösterdiği desteğini çok yüksek seviyede takdir etmektedir. Bu iki dost ve kardeş ülke arasındaki ilişkiler, ortak geçmişimize, kültürümüze, dilimize ve dinimize dayanmaktadır.

Bu yıl diplomatik ilişkilerimizin tesis edilmesinin 25.inci yılı olduğuna dikkat çekmek isterim, diplomatik ilişkilerimiz 24 Aralık 1991'de tesis edilmiştir.

Türkiyeli yatırımcıların ilgisini çekebilecek sektörler:

- Enerji sektörü projeleri ile HES inşaatları için yatırımcıların çekilmesi;

- Bişkek-Narın-Torugart Karayolu Projesi, Oş-Sarıtaş-İrkeştam Karayolu Projesi, Çin-Kırgızistan-Özbekistan Demiryolu Projesi gibi karayolu ve demiryolu dış koridorlarının inşa edilmesi alanındaki projeler;

- Tarım sanayi alanı;

- Turizm kalkınma projeleridir.

Ayrıca bu yıl içerisinde Dokuzuncu Türkiye-Kırgızistan Hükümetlerarası Ticaret ve Ekonomik İşbirliği Komisyon toplantısı gerçekleştirilecek olup, bu toplantı ülkelerimiz arasındaki ticari ve ekonomik ilişkilerinin gelişmesinin devam etmesine katkı sağlayacaktır.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, Türkiye ile Kırgızistan arasındaki ilişkiler, yoğun bir biçimde gelişen dostane karaktere sahiptir. Kırgız-Türk ilişkilerindeki temel yönler olarak ekonomi, siyaset, kültür, beşeriyet ve askeriye alanları belirlenmiş olup, zira ülkelerimiz arasındaki en sıkı işbirliği bu alanlarda gerçeklemektedir.

Kaynakça

1. Kırgız Cumhuriyeti Dış Politika Konsepti Kırgız Cumhuriyeti Cumhurbaşkanının 10 Ocak 2007 tarih No: 2 Cumhurbaşkanı Kararnamesiyle onaylanmıştır.
2. 24 Ekim 1997 tarihli Türkiye Cumhuriyeti ile Kırgız Cumhuriyeti Ebedi Dostluk Anlaşması.
3. 2 Temmuz 1999 tarihli Kırgızistan ve Türkiye Cumhurbaşkanlarının "Türkiye ve Kırgızistan: Birlikte 21. Yüzyıla" Ortak Bildirisi.
4. 12 Ocak 2012 tarihli Türkiye ve Kırgızistan İlişkilerinde Yeni Tarihî Aşamaya İlişkin 20. Yıl Dönümü Ortak Bildirisi.
5. Kırgız Cumhuriyeti Hükümeti'nin 20.04.2006 tarih No: 176-p kararıyla onaylanan Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kırgız Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Kırgız Cumhuriyetindeki TİKA Program Koordinasyon Ofisinin Faaliyetine İlişkin Anlaşma.
6. Veitsel R.V., Kırgızistan ve Türkiye Arasındaki Kültür ve Eğitim Alanındaki İşbirliği: Mevcut Durum, İşbirliği Sorunları, Slovo Kırgızstana Gazetesi, 06.12.2013.
7. Kırgızistan ve Türkiye Arasındaki Diplomatik İlişkilerde 20 yıl, Kabar.
8. B.Okşaubayeva, A.Uzakbaeva, "Kırgızistan ile Türkiye'nin Sosyoekonomik İlişkileri", K.Tınıstanov Isık Göl Devlet Üniversitesi Vestnik Haber Dergisi, sayı 37, 2014.
9. 2012 Yılında Kırgızistan Türkiye İlişkileri, Slovo Kırgızstana Gazetesi, 09.04.2013.
10. Ç.Tursunbekov. Türkiye'nin Kırgızistan'a Üst Düzey Ziyaretleri - Kırgızistan'daki Türk Yatırımcıları İçin Bir Sinyal, Ekonomika Dergisi, 1.10.2012.
11. C.Taalaybek kızı, Türk Hamlesi, Ekonomika Dergisi, 22.11.2013.

POLITICAL AND LEGAL ASPECTS OF RELATIONS BETWEEN KYRGYZ REPUBLIC AND TURKEY

*Prof. Dr. Bekbosun İşenbekovich Borubaşov**

The aims and objectives of the foreign policy being implemented by Kyrgyzstan are to consolidate international guarantees for independence, sovereignty, economic freedom and territorial integrity of the country through political and diplomatic means. Democratic values and objectives are the base for the international politics of Kyrgyz Republic. The goal of foreign policy of Kyrgyz state is to continue development of abovementioned issues in an ordinary and natural way.

Turkey is one of the first countries to recognize the sovereignty of this country in Central Asia during the first days of Kyrgyzstan's independence. The partnership between Turkey and Kyrgyzstan is based on the common culture, language and religion of these two sister countries' people coming from the family of the Turkish world. Outset of the relations between the countries is the rules of international law and the mutual respect to the national interests of two countries, the equality and friendship. The Turkish model, which has been able to integrate Muslim and secular value systems into the political structure, sets an example for the national development of the states and is the most attractive model for all Central Asian countries including Kyrgyzstan.

The issues of cooperation with the Republic of Turkey have an important place in the foreign policy priorities of the Kyrgyz Republic. In turn, Ankara also considers Kyrgyzstan as a friendly country and the most important strategic partner in the Central Asian region.

Bilateral relations between Kyrgyzstan and Turkey has begun on December 24, 1991, when the diplomatic relations were established between the two states and establishment of bilateral relations was possible on December 18th of the same year when Turkey was the first state in the world which significantly recognized Kyrgyzstan's independence. After recognition of our independence, the Turkish Government decided to open its embassy in Bishkek and the Turkish Embassy in Bishkek has begun to serve in April 1992. In October of the same year, Kyrgyzstan Embassy was opened in Ankara and our embassy in Ankara was our country's first diplomatic representative abroad. In April 1994, our Government decided to open the General Consulate of Kyrgyzstan in Istanbul. Thus, the bilateral relations between the two countries are now 25 years old.

The main aspects of the cooperation between Turkey and Kyrgyzstan consisted of commercial, economic and human cultural relations and continue to progress in the same way.

Bilateral Agreements Between Turkey and Kyrgyzstan.

The bilateral relations between Kyrgyzstan and Turkey is based on a sound and broad legal basis composed of over 120 international agreements and protocols that regulate current and future cooperation issues in various fields including political, commercial, economic, humanitarian, cultural, science and education, military and technical, tourism, transportation and communication.

"Perpetual Friendship and Cooperation Agreement" signed on 24 October 1997 and the

* Kyrgyz Russian Slavic University, Faculty of Law, Head of the Department of International and Constitutional Law Doctor of Juridical Science, Professor E-mail: aldash@yandex.ru

joint Declaration of "Turkey and Kyrgyzstan: Through 21st Century Together" issued by the Presidents of the two countries on 1 July 1999 are the basic political documents that reflect the spirit and nature of the mutual partnership which have been continuing for the last ten years, is continuing today and will continue in the near future between our countries.

High Level Strategic Cooperation Council (HLSCC) was established between Kyrgyzstan and Turkey on 26 April 2011. This partnership in a high level of cooperation emphasizes the specific status of partnership between our countries.

On 27 April 1992 the first official delegation from the Republic of Turkey visited Kyrgyzstan. During these negotiations, the Prime Ministers of the two countries signed the Mutual Incentive and Protection of Investments Agreement. In addition, documents related to issuing $ 75 million loan to Kyrgyzstan, the Memorandum of Understanding on Cooperation in the Banking Sector, the Protocol on Development of Small and Medium Scale Enterprises in Kyrgyzstan, the Protocol on Air Communication, the Protocol on Cooperation in the Field of Television and Radio Broadcasting were signed during this visit.

The dynamic increase in mutual cooperation is ensured by the rich content and intense character of interstate, inter-parliamentary and intergovernmental political dialogue between Kyrgyzstan and Turkey, represented by top executives of both countries. For this, the role of mutual official visits held within the framework of the political and diplomatic activities plan and the role of meetings of working groups held within the scope of international forums are also significant.

Numerous official visits have been held at the level of countries' presidents and prime ministers, which enabled to take Kyrgyz-Turkish relations to a more quality and high level, to clarify and determine the lines for improving co-operation based on mutual interest both on bilateral foundation and within the framework of international and regional institutions. On 26-27 April 2011, the mechanism of High Level Strategic Cooperation Council was established between the countries and the first HLSCC meeting was held.

The regular negotiations between the Presidents of two countries, within the framework of meetings for the Turkish Summits, the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE), the Organization of the Islamic Conference (OIC) and the Economic Cooperation Organization (ECO), are the most important aspects of the two countries' international political and diplomatic co-operation.

Inter- institutional lateral communication between ministries continues to evolve intensively through reciprocal visits and bilateral agreements. The strong cooperation between the Ministries of Education and the Ministries of Transportation and Communication of the two country is provided by regular work in these areas of the joint commissions which are one of the most effective instruments.

In 2016, Kyrgyzstan participated in the International Organization of Turkic Culture (TURKSOY), the Parliamentary Assembly of Turkish Speaking Countries (TURKPA) and the Third of Coordination Meeting of Turkish Speaking Countries Cooperation Council which is held every year by the International Turkish Academy and the Turkish Culture and Heritage Foundation. In the meeting held on the day of establishment anniversary of the Turkish - Speaking Countries Cooperation Council, important successes and achievements of the TDİK to date were discussed and presentations were made. One of the most important topics of these presentations was the 2nd Nomad Games held in Kyrgyzstan in September 2016. There have been nomadic games. The great contribution by TDİK to maintenance of the common culture, common history

and common traditions of the Turkish-speaking peoples and to consolidation of the mutual beneficial cooperation between the Turkish-speaking states has been emphasized.

In the year 2016, 6th Summit of Turkic Council and TURKPA Summit will be held in Kyrgyzstan by the Presidents of TDİK member countries.

As of today, more than sixty international agreements have been reached between the countries to regulate cooperation in the fields of trade and economics. Only just in 1991, a Protocol on Economic and Commercial Cooperation was signed between the countries. Kyrgyz Government attaches great importance to this document. The cooperation envisaged to take clear and explicit measures for development and consolidation of cooperation between the public and private institutions and organizations and the civil society organizations and enterprises. Clear issues such as processing of agricultural products, production and processing of construction materials, and construction of a tinplate plant were addressed. In most of Kyrgyzstan's economic areas such as tourism, light industry, service sector, Kyrgyz-Turkish joint ventures and companies have started to operate.

For activation of commercial and economic relations, the Kyrgyzstan-Turkey Intergovernmental Commercial and Economic Cooperation Commission and the regular commission meetings of which the last was held in Bishkek in December 2014, are of great importance.

Since 1992, the Head of Turkish Cooperation and Coordination Agency (TIKA) has been carrying out various projects and programs in the fields of economy, trade, education and other fields for the benefit of our country. I would like to emphasize that Kyrgyzstan ranked second in terms of the number of activities carried out by TIKA in the Eurasia countries. If the volume of aid made by Turkey through TIKA in 2008 is around $ 1.6 million, the volume of aid today is about $ 2 million. TIKA has provided an aid about 20 million dollars to Kyrgyzstan since 1992.

The main goal of the Kyrgyz-Turkish relations in the field of trade and economy is to reach the trade volume of 1 billion dollars between the countries, according to the targets set by the governments of both countries. For this reason, it is necessary to address and discuss the development of commercial cooperation between the countries, taking into account the new developments, including membership of Kyrgyz Republic to Eurasian Economic Union.

Here, it should be emphasized that mutual cooperation in the field of economy between Kyrgyzstan and Turkey has not yet reached the full potential and interests of the two countries.

A policy of attracting Turkish investors to Kyrgyzstan's energy, transport, agriculture and tourism should have an important influence. Turkish companies are also interested in the operation of Kyrgyzstan's gold mines.

Turkey is second in terms of investment volume in our country with an investment volume of over 450 million USD. However, goods shipped from Turkey is more within the mutual trade between our countries. The volume of Private Turkish investments have started to grow in the Kyrgyz market increasingly. In 1999, Kyrgyz-Turk Business Council was established with the aim of development of investment relations between the two countries. As a result, Beta-Tea Company has opened the country's first supermarket type store, in the early 2000s as the first Turkish company in Kyrgyz market. New Turkish shopping centers were opened in our country between 2004 and 2010. Turkish businessmen have been actively involved in the service sector, especially in the field of food. Apart from this, the share of Turkish companies in the road and housing construction sector also increased considerably during the period I mentioned.

In general, we should mention that Turkish business world has actively engaged in the housing and road construction sectors, especially in the service sector over private supermarkets, during the 25 years of Kyrgyzstan's independence. Economic relations between the two countries continue to evolve actively. While the trade volume between our countries was 88 million dollars in 2000, it reached 200 million dollars in 2010.

Unfortunately, the arrival of Turkish capital to Kyrgyzstan is becoming more difficult due to a number of problems, such as differences between the two countries' current national trade and economic laws, the limitations on foreign currency transfers in commercial transactions, and different restrictive measures that hinder trade between the two countries. However, all these problems are being solved through joint negotiations and exchanges of opinions at various levels.

One of the priorities of our foreign policy is to deepen all kinds of commercial and economic cooperation with Turkey. General trends in our commercial relationships have not changed much and shipments made by Turkey are still more in our mutual commercial relationships, as it used to be. Turkey is one of the most important countries in terms of the aids for development of medium and small scale commercial enterprises in Kyrgyzstan, through TIKA that organized more than 30 projects and 324 different events, the majority of which coordination cover various issues related to development of the market infrastructure of Kyrgyz economy. Kyrgyzstan is the second country in terms of the number of projects and events, by the number of projects realized jointly with TIKA in the entire Eurasian region. The total amount of financial instruments allocated to Kyrgyzstan by TIKA between 1992 and 2016, including this year, is over 45 million USD.

Both countries are actively participating in realization of TRACECA, the international transport project for establishing a transport corridor on the "Southeast Asia - China - Central Asia - Turkey - Europe" route, and this project will enable revitalization of the traditional trade route between Asia and Europe. Considering that the route of this project passes through the traces of Great Silk Road, realization of the project will be crucial for all the countries adjacent to the outline of the road. The Intergovernmental Commercial and Economic Cooperation Commission meetings being held serve for providing implementation measures for fulfillment of the objectives and targets in this direction.

Second session of the negotiation for Mutual Incentive and Protection of Investments Agreement Intergovernmental Agreement was held on 16-17 February 2016, in Ankara between the Government of Turkey and the Government of Kyrgyz Republic. It should be underlined that conclusion of this agreement will be an important factor for the expansion of mutual economic and commercial relations between the two countries and for the increase in direct Turkish investments in various economic sectors in Kyrgyz Republic.

Even in this year, Turkey - Kyrgyzstan Investment and Trade Forum was organized on January 21, 2016, in Ankara, by cooperation of Turkish Union of Chambers and Exchange Commodities, Kyrgyzstan Chamber of Commerce and Industry and Kyrgyzstan Culture and Friendship Association, in order to contribute to development and enlargement of the foreign economic relations of Republic of Kyrgyz and Republic of Turkey, to increase the tourism opportunities and exports of Republic of Kyrgyz and to encourage foreign investments; Turkish businessmen and nearly 150 Kyrgyz entrepreneurs participated in the Forum.

Within the framework of Forum, the Memorandum of Understanding was signed between Chamber of Commerce and Industry of the Kyrgyz Republic and Turkish Union of Chambers and Exchange Commodities; the Memorandum of Understanding on Small and Medium-Sized Businesses was signed between Chamber of Commerce and Industry of the Kyrgyz Republic

and Republic of Turkey Small and Medium-Sized Businesses Development and Promotion Administration; and Cooperation and Good Intentions Memorandum of Understanding was signed between the Presidency of OSTIM Organized Industrial Zone and Chamber of Commerce and Industry of the Kyrgyz Republic.

On 22 January 2016, a trade forum was held within the framework of Turkey - Kyrgyzstan Investment and Trade Forum, which was organized jointly by Kyrgyzstan Culture and Friendship Association and OSTIM Organized Industrial Zone. Turkish and Kyrgyz businessmen and entrepreneurs attended the meeting.

As of today, more than 400 Turkish-Kyrgyz shareholding companies have been registered in Kyrgyzstan and nearly 100 Kyrgyz companies have been registered in Turkey. Turkey exports to Kyrgyzstan products such as electrical applicances, white appliances, petrochemical products, rubber and plastic products, non-ferrous metals, textiles and knitwear products, carpets, shoes, construction materials, machinery, jewelry products, cleaning materials and other products. On the other hand, Kyrgyzstan exports to Turkey products such as agricultural and livestock products, cotton, legumes, unprocessed and processed aluminum, dried fruits, refined and unrefined copper and other products.

I would like to state that the policy of Government of Kyrgyz Republic is to abolish administrative restrictions, to reduce impediments to investors, to improve investment and tax legislations and to liberalize external and internal trade regimes, in order to ensure the foreign investments, including Turkish investments, into the country.

Considering that Kyrgyzstan is a member of Economic Union of Eurasia, geographical position of Kyrgyz Republic is very favorable for the development of Kyrgyz-Turkish commercial and economic cooperation in the light of new conditions.

While emphasizing the current agreement on taking the trade volume up to 1 billion dollars, which could provide significant contributions to strengthening commercial and economic relations between our countries, the fact that Kyrgyzstan has joined the Eurasian Economic Union provides new possibilities for the development of trade relations between Kyrgyzstan and Turkey. Because in case of opening Kyrgyz-Turkish partner companies and Turkish companies and manufacturing facilities within the boundaries of Kyrgyzstan, it will be possible to get automatically into not only the Kyrgyzstan market with a population of six million, but also the new markets of European Economic Community member states with a population of180 million, without any formality, fees and customs control within internal borders of EEC.

Of course, there will be certain difficulties in price increase for a range of products supplied from Turkey, but at the same time positive trends will be provided in economic growth of Kyrgyzstan and also in the increase of living standards and prosperity of Kyrgyzstan people, by the help of introduction of Turkish investments, establishment of business and employment opportunities, and growth of trade.

In general, economic co-operation between our countries continues to progress and to develop within the framework of main procedures of about 60 agreements and protocols signed in recent years.

The history of cooperation between military institutions of the two countries dates back to 1993. The Military Cooperation Agreement was signed between the two countries. There is also mutual cooperation within NATO's Partnership for Peace program. In addition, Kyrgyz military officers are trained in Turkey's higher education institutions.

Kyrgyz Republic includes training personnel of Turkish Armed Forces and they share their experiences with Kyrgyz colleagues on mountain special operations and sharpshooting training. Turkey donates to Kyrgyzstan army, logistics and technical, medical equipment and supplies and also clothing, food and communication equipments free of charge.

The most important factor in mutually established relations between our countries is our linguistic, cultural and religious closeness. The communication and cooperation in the areas of culture, humanity, science and education are among the most effective areas of cooperation between Turkey and Kyrgyzstan. Quite effective mutual cooperation mechanisms have been developed between Turkey and Kyrgyzstan in the fields of culture, humanity, science and education. Among them; Turkish State and Communities Friendship and Cooperation Councils, Congress of Local and Regional Administrations, Congress of the Congregation, Eurasian Countries Economic Cooperation Forum, and international TURSKSOY organization with various activities organized in planned and agreed matters.

Kyrgyzstan-Turkey Manas University, Atatürk-Ala-Too Private University and dozens of Turkish high schools opened in all major cities of Kyrgyzstan over the years also serve the purpose of mutually beneficial cooperation in education and training fields. Turkey has allocated 3622 training quotas to Kyrgyz citizens to study at the leading universities of Turkey within the framework of the Student and Expert Exchange Agreement signed between the Governments. About two thousand and five of such quotas were benefited. As of today, approximately 1700 Kyrgyz students are studying in Turkey's educational institutions, more than 750 of them are enrolled in state quota, and great spiritual and financial support is provided to our students. The remaining students study in the private education institutions which they have gained the right under general conditions. In Kyrgyzstan universities, more than 1500 Turkish students are being educated.

Highly successful and effective lateral communication have been established among the major universities of the two countries and a highly productive cooperation is developing in the field of training of highly specialized specialists and in addition, a wide range of knowledge and experience is being shared in the field of scientific research.

- Development Perspectives of Bilateral Relations Between Kyrgyzstan and Turkey.

- The cooperation between Kyrgyzstan and Turkey has a special strategic importance which has been embodied as Turkey-Kyrgyzstan High Level Strategic Cooperation Council between Turkey and Kyrgyzstan.

Kyrgyzstan highly appreciates Turkey's support in the international arena. Relations between these two friendly and sister countries are based on our common past, culture, language and religion.

I would like to draw attention to the fact that this year is the 25th anniversary of establishment of our diplomatic relations which were established on 24 December 1991.

Sectors that may interest Turkish investors:

- Energy sector projects and attracting investors for hydroelectric power plants construction;

- Projects for construction of the road and railway corridors such as the Bishkek-Narin-Torugart Road Project, the Osh-Saritas-Irkhastam Road Project, the China-Kyrgyzstan-Uzbekistan Railway Project;

- Agricultural industry area;

- Tourism development projects.

Also during this year, 9th of Turkey-Kyrgyzstan Intergovernmental Trade and Economic Cooperation Commission meeting will be held and this meeting will contribute to continue the development of trade and economic relations between our countries.

As a result, we can say that the relations between Turkey and Kyrgyzstan have an amicable character growing intensely. Economy, politics, culture, humanity and military fields have been identified as the key aspects in Kyrgyz-Turkish relations and the most intensive cooperation among our countries is realized in such areas.

References

1. Kyrgyz Republic Foreign Policy Concept. It was approved by the President of the Kyrgyz Republic on Dec. 10, 2007 Presidential Decree No: 2.
2. Perpetual Friendship Agreement dated October 24, 1997 between the Republic of Turkey and the Kyrgyz Republic.
3. Joint Declaration of "Turkey and Kyrgyzstan: Through 21st Century Together" by the Presidents of Kyrgyzstan and Turkey on 2 July 1999.
4. Joint Declaration of 20th Anniversary on the New Historical Progress in Relations between Turkey and Kyrgyzstan, dated 12 January 2012.
5. Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Kyrgyz, on the Activity of TIKA Program Coordination Office in Kyrgyz Republic, approved by the decision of Government of Kyrgyz Republic dated 20.04.2006 No: 176-p.
6. Veitsel R.V., Cooperation Between Kyrgyzstan and Turkey in the Field of Culture and Education: Current Situation, Cooperation Problems, Slovo Kırgızstana Newspaper, 06.12.2013.
7. 20 Years in Diplomatic Relations Between Kyrgyzstan and Turkey, Kabar.
8. B.Okşaubayeva, A. Uzakbaeva "Socioeconomic Relations between Kyrgyzstan and Turkey", K. Tınıstanov Isık Göl State University Vestnik News Magazine, issue 37, 2014.
9. Kyrgyzstan Turkey Relations in 2012, Slovo Kyrgyzstan Newspaper, 09.04.2013.
10. Ç. Tursunbekov, High Level Visits of Turkey to Kyrgyzstan, A Signal for Turkish Investors in Kyrgyzstan, Ekonomika Magazine, 1.10.2012.
11. C. Taalaybek's daughter, Turkish Move, Ekonomika Magazine, 22.11.2013.

ПОЛИТИКО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ КЫРГЫЗСКО-ТУРЕЦКИХ ОТНОШЕНИЙ

Борубашов Бекбосун Ишенбекович*

Для Кыргызстана интересы и задачи внешней политики состоят в том, чтобы максимально обеспечить укрепление международных гарантий независимости, суверенитета, экономической самостоятельности, территориальной целостности страны политико-дипломатическими средствами. В основе международной политики Кыргызской Республики лежат демократические ценности и идеалы. В их нормальном развитии заключаются интересы кыргызского государства.

Со дня приобретения независимости Кыргызстана Турция одна из первых стран, которая признала суверенитет центрально-азиатской республики. Взаимоотношения Турции и Кыргызстана базируются на общности культуры, языка и религии двух братских народов из большой семьи тюркского мира. Принципы двустороннего сотрудничества исходят из общепринятых норм международного права и взаимного учета национальных интересов, а также равенства и дружбы. Турецкая модель, сумевшая интегрировать систему мусульманских и светских ценностей в политическое устройство, представляется наиболее привлекательной для стран Центральной Азии и Кыргызстана как такового, в качестве примера для национального развития.

Вопросы сотрудничества с Турецкой Республикой занимают важное место в системе внешнеполитических приоритетов Кыргызской Республики. В свою очередь, официальная Анкара рассматривает Кыргызстан в качестве дружественной страны и важного партнера в Центрально-азиатском регионе.

Двусторонние отношения между Кыргызстаном и Турцией берут свое начало со времени установления дипломатических отношений между двумя государствами 24 декабря 1991 года, что стало возможным после знаменательного события, когда 18 декабря того же года Турция первой признала независимость Кыргызстана. За этим последовало решение турецкого правительства об открытии в Бишкеке своего Посольства, которое начало функционировать в апреле 1992 года. В октябре того же года в г.Анкаре открылось Посольство Кыргызстана, что стало первым диппредставительством нашей республики за рубежом. В апреле 1994 г. Правительство постановило учредить в г. Стамбуле Генеральное Консульство. Двусторонним отношениям двух стран уже 25 лет.

Основными направлениями в сотрудничестве Турции и Кыргызстана были и по ныне являются торгово-экономические и культурно-гуманитарные отношения.

Двухсторонние договоры сотрудничества Турции и Кыргызстана. Кыргызско-турецкие отношения имеют солидную договорно-правовую базу, которая состоит из более 120 соглашений, договоров и протоколов, регулирующих вопросы текущего и перспективного сотрудничества в различных сферах, в том числе в политической, торгово-экономической, культурно-гуманитарной, научно-образовательной, военно-технической, туристической, транспортно-коммуникационной сферах.

Основополагающими документами, отражающими внутреннее содержание и дух

* заведующий кафедрой международного и конституционного права ридического факультета КРСУ, доктор юридических наук, профессор, E-mail: aldash@yandex.ru, Тел.; +996 777 980091; +996 (312) 437487 (р)

наших взаимоотношений в истекшем десятилетии, в настоящем и обозримом будущем являются два политических документа - Договор о вечной дружбе и сотрудничестве между КР и ТР от 24 октября 1997 года и Совместное заявление глав двух государств «Кыргызстан и Турция: вместе в XXI век» от 1 июля 1999 года.

26 апреля 2011 года создан Высший совет стратегического сотрудничества между Кыргызстаном и Турцией. Предложенная форма сотрудничества на высшем уровне свидетельствует об особом статусе взаимоотношений между двумя странами.

27 апреля 1992 г. состоялся первый официальный визит делегации Турецкой Республики в Кыргызстан. В ходе переговоров между премьер-министрами двух стран был подписан Протокол о защите капиталовложений. Кроме того, были подписаны документы о выделении Кыргызстану кредитной линии на сумму 75 млн. долл., Меморандум взаимопонимания по сотрудничеству в банковской сфере, Протокол - соглашение по развитию мелких и средних предприятий в Кыргызстане, Протокол по воздушным сообщениям, протокол по сотрудничеству в области телерадиовещания.

Динамика двустороннего сотрудничества обеспечивается богатым содержанием и интенсивным характером политического диалога между КР и ТР на межгосударственном, межпарламентским и межправительственном уровнях в лице высшего руководства обеих стран. В этом большая роль принадлежит организации взаимных визитов в соответствии с графиком политико-дипломатических мероприятий, а также и рабочих встреч в рамках международных форумов.

Состоялось большое число различных визитов глав государств и глав правительства, которые позволили поднять кыргызско-турецкие отношения на качественно высокий уровень и определить четкие контуры перспективного развития взаимовыгодного сотрудничества как на двусторонней основе, так и в рамках международных и региональных организаций. 26-27 апреля 2011г. создан Высший совет стратегического сотрудничества между странами и проведено первое заседание данного Совета.

Одним из важных направлений политико-дипломатического взаимодействия на международной арене являются регулярные встречи руководителей обоих государств в рамках Тюркских Саммитов, совещаний Организации безопасности совета европы (ОБСЕ), Организации исламской конференции(ОИК) и Организация экономического сотрудничества(ЭКО).

Межведомственные горизонтальные связи отраслевых министерств развиваются весьма интенсивно и последовательно на основе обмена визитами и реализации двусторонних соглашений. Вполне действенным инструментом тесного сотрудничества министерств образования и культуры, транспорта и коммуникаций являются регулярно работающие совместные комиссии в этих сферах.

2016 году Кыргызстан принял участие в ежегодном Третьем координационном совещании Совета сотрудничества тюркоязычных государств (ССТГ), Международной организации тюркской культуры, Парламентской ассамблеи тюркоязычных стран, Международной тюркской академии и Фонда тюркской культуры и наследия. В ходе совещания, приуроченного ко дню образования Совета сотрудничества тюркоязычных государств, были обсуждены основные успехи и достижения ССТГ, а также состоялись выступления присутствующих, одной из главных тем которых стало успешное проведение Вторых Всемирных игр кочевников в Кыргызстане в сентябре. Отмечено, большой вклад ССТГ в сохранении общей культуры, истории, традиций тюркских народов и укреплении взаимовыгодного сотрудничества тюркских государств.

Саммит глав государств СТГ и саммит ТюркПА, которые пройдут в Кыргызстане в 2016 году.

В настоящее время между двумя странами достигнуты более 60 межгосударственных соглашений и договоров, регулирующих вопросы сотрудничества в торгово-экономической отрасли. Еще в 1991 г. был подписан Протокол о торгово-экономическом сотрудничестве двух стран. Правительство КР придает большое значение этому документу. Он предусматривает принятие конкретных мер по развитию и укреплению сотрудничества между государственными, общественными, частными организациями и предприятиями. Рассматриваются конкретные вопросы: по переработке сельхозпродукции, добыче и переработке строительных материалов, строительства формового завода. Во многих сферах экономики Кыргызстана стали функционировать СП. Это и туризм, легкая промышленность, сфера услуг.

Большую роль в вопросе активизации торгово-экономических отношений играет Кыргызско-турецкая Межправительственная комиссия по торгово-экономическому сотрудничеству, а также проводимые ею регулярные заседания, последнее из которых состоялось в декабре 2014 г. в Бишкеке.

Начиная с 1992 года и до сегодняшнего дня, Турецкое агентство международного сотрудничества (ТИКА) осуществляет проекты и программы в сфере экономики, торговли, образования и других сферах. Следует отметить, что Кыргызстан занимает второе место по деятельности ТИКА в странах Евразии. Если в 2008 году объем помощи Турции по линии ТИКА составил 1,6 млн. долларов, то к настоящему времени она составляет около 2 млн. долларов США. С 1992 года ТИКА оказала помощь Кыргызстану на общую сумму около 20 млн. долларов.

В торгово-экономической сфере основной целью кыргызско-турецких отношений является достижение поставленного руководством двух стран объема товарооборота между нашими странами до 1 млрд. долл. США. В этой связи необходимо обсуждение вопроса развития торгового сотрудничества с учетом новых реалий, в том числе с учетом вхождения КР в ЕАЭС.

Здесь следует отметить, что двусторонние отношения КР с ТР в экономической сфере все еще не в полной мере отвечают потенциалу и интересам двух стран.

Важный фактор - эта политика привлечение турецких инвестиций в энергетическую, транспортную, сельскохозяйственную и туристическую сферы КР.

Турецкие компании заинтересованы в разработке золоторудных месторождений Кыргызстана. Турция занимает второе место по объему инвестиций (свыше 450 млн. долларов США). При этом во взаимной торговле доминируют турецкие поставки. Постепенно на кыргызстанский рынок начали приходить частные турецкие инвесторы. В 1999 г. был создан Кыргызско-Турецкий деловой совет, в задачи которого входит налаживание инвестиционных контактов между двумя странами. Как результат, на кыргызстанском рынке одной из первых появилась компания «Бета-Чай», построившая в начале 2000-х гг. первый в Кыргызстане супермаркет. В 2004 и 2010 гг. в республике появились новые турецкие торговые центры. Предприниматели активно освоили сектор услуг, особенно общественное питание. Помимо этого за указанный период значительно увеличилась доля участия турецких фирм в сферах дорожного и жилищного строительства.

В целом же стоит отметить, что за 25 лет независимости Кыргызстана, турецкий бизнес в республике активно освоил сферы обслуживания (в первую очередь через собственные супермаркеты), жилищного и дорожного строительства. Экономические связи двух стран активно расширяются. Если в 2000 г. товарооборот между ними составлял 88 млн долл., то в

2010 г. он достиг уровня в 200 млн долл.

К сожалению, приход турецкого капитала в Кыргызстан во многом осложнен рядом проблем, в числе которых - различие национальных законодательств по торгово-экономическим вопросам, существующие ограничения по валютным переводам от торговых операций, наличие ограничительных мер, препятствующих торговле между двумя странами, и другие. Но все эти проблемы решаются путем совместных переговоров и консультаций на различных уровнях

Одним из приоритетов внешней политики нашего государства является углубление всесторонних торгово-экономических отношений с Турцией. Общие тенденции в торговых отношениях не претерпели больших изменений и по-прежнему во взаимной торговле доминируют турецкие поставки. Турция занимает одно из видных мест в содействии развитию малого и среднего предпринимательства Кыргызстана, преимущественно по каналам ТИКА, при координации которого осуществлено свыше 30 проектов и 324 мероприятия, посвященных различным вопросам развития рыночной инфраструктуры кыргызской экономики. Кыргызстан занимает второе место по количеству реализованных совместно с ТИКА проектов на всем евроазиатском пространстве. Общая сумма выделенных денежных ресурсов ТИКА Кыргызстану с 1992-го по 2016 год включительно превышает 45 млн. долларов США.

Обе страны принимают активное участие в реализации международного транспортного проекта «ТРАСЕКА», которая предусматривает создание транзитной артерии по маршруту «Юго-Восточная Азия - Китай -Центральная Азия - Турция - Европа», что позволит воссозданию традиционно сложившихся торговых путей от Азии до Европы. Если учесть то обстоятельство, что трасса указанного проекта проходит по следам Великого Шелкового пути, его реализация будет иметь непреходящее значение для всех стран, прилегающих к основным линиям данного пути. Проводимые заседания межправительственной комиссии по торгово-экономическому сотрудничеству направлены на принятие практических мер по выполнению задач и целей в данном направлении.

16-17 февраля 2016 г. в Анкаре был проведен 2-й раунд переговоров по проекту Соглашения между Правительством КР и Правительством Турции о взаимном поощрении и защите инвестиций. Необходимо отметить, что заключение данного Соглашения станет важным элементом расширения двусторонних торгово-экономических отношений между двумя странами, а также будет способствовать увеличению притока прямых турецких инвестиций в различные сектора экономики КР.

Уже в текущем году в целях оказания содействия развитию и расширению внешнеэкономических торговых связей КР и ТР, продвижению экспорта и туристических возможностей КР, а также привлечению иностранных инвестиций, 21 января 2016 г. в Анкаре проведено Кыргызско-турецкий инвестиционный бизнес-форум при содействии Союза торговых палат и бирж Турции, Торгово-промышленной палаты КР и Кыргызского общества культуры и дружбы, в форуме приняли участие турецкие бизнесмены, а также около 150 кыргызских предпринимателей.

В рамках форума состоялось подписание Меморандума о взаимопонимании между Торгово-Промышленной палатой КР и Союзом Торговых Палат и Бирж Турции; Меморандума о взаимопонимании в сфере малого и среднего предпринимательства между Торгово-Промышленной палатой КР и Государственной организацией по развитию и поддержке малого и среднего предпринимательства Турции; Меморандума о взаимопонимании между Торгово-Промышленной палатой КР и Генеральной дирекцией Организованной промышленной зоны «Остим».

22 января 2016 года в рамках Кыргызско-турецкого инвестиционного бизнес-форума состоялся бизнес-форум, организованный Кыргызским Обществом дружбы и культуры совместно с Организованной промышленной зоной «ОСТИМ». Во встрече приняли участие турецкие и кыргызские предприниматели.

В настоящее время в Кыргызстане зарегистрировано свыше 400 компаний с кыргызско-турецким капиталом, в Турции зарегистрировано около 100 кыргызских фирм. Из Турции в Кыргызстан импортируются бытовая техника, электробытовые товары, продукты нефтехимии, каучук и товары из пластика, цветные металлы, текстиль и трикотажные изделия, ковровые изделия, обувь, строительные материалы, оборудование, ювелирные изделия, чистящие средства и т.д. В свою очередь из Кыргызстана в Турцию экспортируются товары сельского хозяйства и животноводства, хлопок, бобовые, алюминий (в т.ч. необработанный), сухофрукты, медь (в т.ч. рафинированная) и т.д.

Необходимо отметить, что политика Правительства КР направлена на устранение административных ограничений, сокращение барьеров для инвесторов, улучшение инвестиционного, налогового законодательства и либерализации внешних и внутренних торговых режимов в целях привлечения иностранных, в том числе и турецких инвестиций.

Кыргызская Республика имеет географически выгодное расположение страны для развития кыргызско-турецких торгово-экономических отношений в новых условиях с учетом вхождения Кыргызстана в ЕАЭС. Подчеркивая имеющуюся договоренность между двух стран по достижению товарооборота КР до 1 млрд. долл. США, которые могут внести свой весомый вклад в укрепление торгово-экономических и инвестиционных связей.

Вхождение Кыргызстана в ЕАЭС открывает новые возможности для развития кыргызско-турецких торговых отношений, поскольку в случае создания кыргызско-турецких и турецких предприятий и производств на территории республики автоматически появляется возможность нахождения новых открывающихся рынков не только шести миллионного Кыргызстана, но также рынков стран ЕАЭС, охватывающих 180 млн. население стран-членов ЕАЭС без наличия формальностей, сборов и таможенного контроля на внутренних границах ЕАЭС.

Конечно, могут быть определенные сложности в вопросе роста цен на ряд товаров, поставляемых из Турции, однако в то же время за счет привлечения турецких инвестиций, создания дополнительных рабочих мест, роста торговых потоков будут обеспечены положительные тенденции в развитии экономики Кыргызстана, а также роста уровня жизни и благосостояния граждан Кыргызстана.

В целом экономическое сотрудничество между нашими странами носит поступательный характер и развивается в рамках основных положений около 60 соглашений и договоров, подписанных за истекший период.

Военные ведомства двух стран сотрудничают с 1993 года. Между государствами был заключен Договор о военном сотрудничестве. Взаимодействие осуществляется и в рамках программы НАТО «Партнерство во имя мира». Кроме этого, кыргызстанские офицеры проходят обучение в соответствующих вузах Турции.

В Кыргызской Республике находятся инструкторы Вооруженных сил Турции, которые делятся с местными коллегами опытом горно-специальной и снайперской подготовки. Турция предоставляет армии Кыргызстана на безвозмездной основе материально-техническое, вещевое, медицинское имущество, продовольствие, средства связи.

Важный фактор взаимоотношений двух стран –это близость языка, культуры и религии. В числе наиболее эффективных сфер кыргызско-турецкого сотрудничества находятся культурно-гуманитарные и научно-образовательные связи. Между Турцией и Кыргызстаном выработались весьма действенные механизмы культурно-гуманитарного и научно-образовательного сотрудничества. К их числу можно отнести ежегодные курултаи тюркоязычных государств и сообществ, конгресс органов местного самоуправления, конгресс духовных служителей, экономический форум евразийских стран, деятельность международной организации «ТЮРКСОЙ» с различными мероприятиями, проводимыми на плановой основе и по согласованной тематике.

Делу взаимовыгодного сотрудничества в области просвещения и образования служат кыргызско-турецкий университет «Манас», частный университет «Ататюрк-Ала-Тоо», а также более десятка турецких лицеев, открытых за эти годы в крупных городах Кыргызстана. В рамках Межправительственного соглашения по обмену студентами и специалистами за годы сотрудничества турецкой стороной выделено 3 622 мест для обучения кыргызстанских граждан в ведущих университетах Турции. Из этого количества было использовано около 2,5 тысячи квотных мест. В настоящее время в учебных заведениях Турции обучается около 1 700 студентов из Кыргызстана, свыше 750 из которых поступали по государственной квоте, им оказывается большая моральная и материальная поддержка, а остальные обучаются на общих основаниях в частном порядке. Свыше 1 500 турецких студентов учится в университетах Кыргызстана.

Между крупными университетами обеих стран сложились вполне эффективные горизонтальные связи и развивается плодотворное сотрудничество в подготовке высококвалифицированных специалистов, а также ведется широкий обмен информацией и опытом в области научных исследований.

- Перспективы развитии кыргызско-турецких взаимоотношений.

- Сотрудничество между Кыргызстаном и Турцией имеет особый стратегический статус, закрепленный в форме Высшего Совета Стратегического Сотрудничества КР и ТР.

Кыргызстан высоко ценит поддержку Турции на международной арене. Отношения двух дружественных и братских стран основаны на общей истории, культуре, языке и религии.

Необходимо отметить, что в текущем году исполнится 25 лет со дня установления дипломатических отношений, которые были установлены 24 декабря 1991 года.

Сферы, которые потенциально могут быть интересны инвесторам из Турции:

- проекты в сфере энергетики, а также привлечение инвесторов для строительства ГЭС;

- проекты в сфере создания внешних транспортных и железнодорожных коридоров, среди которых проекты «автодорога Бишкек-Нарын-Торугарт», «автодорога Ош-Сарыташ-Иркештам», «ж/д Китай-Кыргызстан-Узбекистан»;

- агропромышленный комплекс.

- развитие туризма.

В текущем году также состоится 9-ое заседание Кыргызско-турецкой Межправительственной Комиссии по торгово-экономическому сотрудничеству, которое будет способствовать дальнейшему развитию торгово-экономических отношений между двумя странами.

В заключении можно сказать, что характер кыргызско-турецких отношений носит интенсивно развивающийся дружеский характер. Основными направлениями в кыргызско-турецких связях были выявлены такие сферы как: экономические, политические, культурно-гуманитарные и военные, так как именно в этих сферах имеются более тесные связи.

Список использованной литературы

1. Концепция внешней политики Кыргызской Республики. Утверждена Указом Президента Кыргызской Республики от 10 января 2007 года УП N2
2. Договор о вечной дружбе и сотрудничестве между КР и ТР» от 24 октября 1997г.
3. Совместное заявление глав двух государств «Кыргызстан и Турция: вместе в XXI век» от 1 июля 1999г.
4. Совместная юбилейная декларация о новом историческом этапе отношений между КР и Турцией от 12 января 2012г.
5. Соглашение между Правительством Кыргызской Республикии Правительством Турецкой Республики о деятельности координационного офиса программ ТИКА в Кыргызской Республике, утвержденный распоряжением ПКР от 20.04.2006г. № 176-р
6. Вейцель Р.В., Культурно-образовательное сотрудничество Кыргызстана и Турции: Современное состояние, проблемы взаимодействия. //Слово Кыргызстана 06.12.2013.
7. Дипломатические отношения Кыргызстана и Турции – 20 лет. //Кабар.
8. Окшаубаева Б., Узакбаева А. «Социально-экономические отношения КР и Турции», Вестник ИКУ им. К. Тыныстанова, №37, 2014г.
9. Кыргызско-Турецкие отношения в 2012 году. //Слово Кыргызстана, от 09.04.2013.
10. Турсунбеков Ч. Визиты высшего руководства Турции в Кыргызстан – сигнал турецким инвесторам Кыргызстана. //Экономика.1.10.2012г.
11. Таалайбек кызы Ж. Турецкий Гамбит. //Экономика, 22.11.2013г.

YABANCI YATIRIMLAR ALANINDA KAZAKİSTAN DEVLETİ'NİN AKDETTİĞİ İKİLİ VE ÇOK TARAFLI ANLAŞMALAR

Yrd. Doç. Dr. Salimya Ganiyeva[*]

Özet

Ülkeler, özellikle gelişmekte olan ülkeler, ekonomilerinin kalkınması bakımından doğrudan yabancı yatırımlarına ihtiyaç duymaktadır. Bu ihtiyacın temelinde ise, söz konusu ülkelerde sermaye faktörünün yetersizliği yatmaktadır.

Gelişmekte olan ülke olarak Kazakistan, Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra 16 Aralık 1991 tarihinde bağımsızlığına kavuşmuştur. Sovyetlerin dağılması ile Kazakistan'da, bütün cumhuriyetlerde olduğu gibi, ekonomik ve sosyal açıdan zorlu bir sürecin yaşandığı bilinmektedir. Ve bu zorlu sürecin atlatılması için, yabancı sermayeye ihtiyaç duyulmakta idi. Bu bağlamda, ülkeyi yabancı yatırımlar açısından cazip hale getirmek ve ülkeye yabancı yatırımların akışını sağlamak için, Kazakistan yönetimi çeşitli çalışmalarda bulunmakla birlikte, konuya yönelik çalışmalarını günümüzde de sürdürmektedir.

Çalışmalar kapsamında, özellikle, Kazakistan Devleti'nin doğrudan yabancı yatırımlarına ilişkin birçok devlet ile akdettiği ikili ve çok taraflı uluslararası sözleşmeleri büyük önem taşımakta ve bu sebeptendir ki, sunumumuzda bu konuya yer verilmesinin uygun olacağı kanısındayız.

Anahtar kelimeler: Yabancı yatırımlar, Kazakistan Devleti, ikili ve çok taraflı uluslararası anlaşmalar.

Giriş

Kalkınmakta olan ülkelerin ekonomik sorunlarının başında sermaye yetersizliğinin geldiğini özette de belirtmiştik. Konunun daha iyi anlaşılması bakımından, öncelikle, "uluslararası sermaye", başka bir ifadeyle "yabancı sermaye" veya "yabancı yatırımlar" kavramının açıklanmasını uygun görmekteyiz.

Uluslararası yatırım konusu olan yabancı sermaye iki şekilde gerçekleşmektedir: doğrudan ve dolaylı, ya da portföy yatırımları olarak. Ancak sunumumuzda yabancı yatımlardan bahsederken doğrudan yabancı yatırımların kastedildiği ve bunlara ilişkin Kazakistan Devleti'nin akdettiği iki ve çok taraflı uluslararası anlaşmaları ele alınacaktır.

Bunun sebebi ise, gelişmekte olan ülkelerin ihtiyaç duyduğu yabancı yatırım türü olan "doğrudan yabancı yatırım"dır. Peki, doğrudan yabancı yatırımı dolaylı yatırıma nazaran daha avantajlı konuma getiren kriter ya da kriterler nelerdir?

Bu soruya cevap vermek için doğrudan ve dolaylı yabancı yatırım arasındaki farklara göz atmak gerekecektir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, doğrudan yabancı yatırımlar, genel olarak uzun süreli ticari çıkar elde etmek amaçlı, şirket yönetiminde uzun vadede söz sahibi olmaya yeterli düzeyde hisse alımı ile gerçekleşen yatırımlar olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca doğrudan yabancı yatırımlardan bahsetmek için, yabancı yatırımcının, yatırım yaptığı ülkede faaliyette bulunmak üzere fabrika ve diğer üretim tesislerini kurması, şube açması, bunun yanı sıra ortak girişim veya ev sahibi ülkenin kanunlarında öngörülmüş diğer hukuki yollarla da yatırım faaliyetlerinde bulunabilmesi söz konusu olmaktadır[1]. Kısacası, doğrudan yabancı yatırım yolu ile ev sahibi ülkeye yeni teknolojinin

[*] Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi (s.ganiyeva@atauni.edu.tr).

getirilmesi, yeni işgücü alanlarının açılması, belirli malların ülkede üretilmesi ve ihracat edilmesi, sermaye piyasasının güçlendirilmesi gibi olumlu gelişmeler söz konusu olmaktadır. Buna karşın, dolaylı ya da portföy yatırımları ise, kısa vadeli sıcak para hareketleri olarak nitelendirilmektedir[2]. Dolaylı (portföy) yatırım, bir yabancı ülkede çıkarılan hisse senedi ve tahvillerin uluslararası sermaye piyasalarından satın alınması ile gerçekleştirilen yatırımdır[3]. Ayrıca, dolaylı yatırımcının ev sahibi ülkede fabrika ve diğer tesisler kurması, ev sahibi ülkede aktif bir faaliyette bulunması, hatta fiziki olarak o ülkede bulunması da söz konusu değildir. Dolayısıyla dolaylı ya da portföy yatırımları, gelişmekte olan ülkelerin (ekonomilerinin kalkınması açısından) beklentilerini karşılamamakta ve bu yüzden de doğrudan yabancı yatırımlar tercih edilmektedir.

Kısacası, doğrudan yabancı yatırımların ev sahibi ülkeye sağladığı faydaların yanı sıra en önemlisi, ülke ekonomisinin kalkınmasına da etki etmektedir.

Doğrudan yabancı yatırım ile ilgili kısa bilgi verildikten sonra esas konumuz olan, Kazakistan Devletinin bu alanda akdettiği iki ve çok taraflı uluslararası anlaşmalar ele alınacaktır.

Fakat öncelikle şu iki hususu açıklığa kavuşturmamızın faydalı olacağını düşünmekteyiz: birincisi, yabancı yatırımcı bakımından Kazakistan cazip yatırım ülkesi midir? İkincisi ise, ülkeyi yatırım açısından cazip kılan faktörler nelerdir?

Bu iki sorunun yanıtlanması açısından Kazakistan ile ilgili genel bilgi vermenin isabetli olacağı kanaatindeyiz.

I. Kazakistan ile İlgili Genel Bilgiler

A. Genel Bilgiler

Genel bilgi kapsamında Kazakistan Cumhuriyeti'nin jeopolitik konumu ile ülkenin doğal zenginlikleri hakkında bilgi verilecektir.

Kazakistan Cumhuriyeti, Sovyetler Birliğinin dağılmasından sonra, 16 Aralık 1991 tarihinde bağımsızlığına kavuşmuştur. Başkenti - Astana, resmi dili – Kazakça ve 2015 tarihi itibariyle ülkemizin nüfusu – 17.625.226[4] olarak belirtilmiştir. Kazakistan'ın Cumhurbaşkanı – Nursultan Nazarbayev'dir.

Orta Asya'nın parlayan yıldızı olan Kazakistan Cumhuriyeti, Avrasya kıtasının ortasında bulunmaktadır. Kazakistan kuzeyden güneye 1600 kilometre ve batıdan doğuya 2800 kilometre kadar geniş bir alana yayılmaktadır. Ülke toprakları Hazar Denizi'nin sağ kıyısı ile Volga ovalarından Altay dağlarına kadar ve güney ile güneydoğuda Tien Şan dağ eteklerinden kuzeye, batı Sibirya ovasına kadar uzanmaktadır[5].

Kazakistan Cumhuriyeti, 2.717.300 kilometrekarelik yüzölçümü ile bütün dünya ülkeleri içinde Rusya, Kanada, Çin, ABD, Brezilya, Avustralya, Hindistan ve Arjantin'den sonra dokuzuncu sırada yer almaktadır. Kazakistan'ın kapsadığı alana 2004 yılına kadar üye olan Avrupa Birliği ülkeleri yerleşebilirdi.

---

1 Bunun yanı sıra, yeni teknoloji, modern entelektüel sermaye (know-how, bir işletme tarafından, o işletmenin üretim ya da yönetim yöntemlerini ya da teknolojisinin, aynı dalda çalışan veya aynı aynı işi yapmaya hazırlanan bir başka firmaya satılması veya kiralanmasıdır) gibi yollarla da ülkeye girerek yeni istihdam sağlamaktadır.

2 Karluk, Rıdvan, Türkiye'de Yabancı sermaye Yatırımları, İstanbul, 1983, s. 13; Çelikel, Aysel/Öztekin Gelgel, Günseli, Yabancılar Hukuku, 2014, s. 174.

3 Karluk, s. 13.

4 http://nufus.mobi/kazakistan-nufusu/, Erişim tarihi 04.10.2016.

5 Tuymebayev, J., Kazakhstan-Turtsiya: 5 Let Drujbı i Sotrudniçestva, Bilig, Ankara, 1996, s. 171.

Kazakistan kuzeyde Rusya, doğuda Çin, güneyde Kırgızistan, Özbekistan ve Türkmenistan ile ortak sınırlara sahip ve batıda Hazar Denizi ile çevrilidir[6].

Kazakistan'ın dünya ile entegrasyonunda ilk faktör tartışmasız – ekonomidir. Kazakistan'ın dış politikasının oluşmasında bir diğer faktör ise – Asya ile Avrupa'nın kesişme noktasındaki jeopolitik konumudur.

1992 yılında, "Kazakistan'ın Bağımsız Devlet Olarak Ortaya Çıkma ve Kalkınma Stratejisi" çalışmasında, Kazakistan Cumhurbaşkanı Nursultan Nazarbayev, Kazakistan'ın Asya ile Avrupa arasında bağlantıyı sağlayabilecek önemli stratejik rolü üstleneceği jeopolitik yerleşimini özellikle vurgulamıştır.

B. Kazakistan'ın Doğal Zenginlikleri

Söz konusu Kazakistan'ın doğal zenginlikleri olunca, öncelikle belirtmek gerekir ki, ülkemiz doğal zenginlik rezervleriyle tüm dünyada ün salmıştır. Aslında ülkemizin doğal zenginliklerden uzun uzun bahsedilebilir ancak konuya kısa ve genel hatlarıyla değinilecektir. Mendeleyev Kimyasal Tablosu'nun bilinen elementlerinden büyük çoğunluğu Kazakistan'da keşfedilmiştir. Örneğin, volfram rezervi bakımından dünyada birinci, fosfor ve kromda ikinci, magnezyumda üçüncü vs. Bunların yanı sıra ülkemizde bakır, kurşun, altın, gümüş, demir, nikel, kalay gibi daha birçok değerli maden bulunmaktadır[7]. Ayrıca, Kazakistan'ın refahının sağlanmasında enerji kaynakları olarak kömür, doğal gaz ve petrolün büyük bir payı vardır[8].

Görüldüğü üzere Kazakistan, jeopolitik konumu ve doğal zenginlikleri ile yabancı yatırımcı açısından cazip bir ülkedir. Ancak yabancı yatırımcı bunlara ilaveten ayrıca "güven" ister, başka bir ifade ile yatırım faaliyetinde bulunmak istediği ülkede güvenli ortamı arar. Güven unsurunun sağlanması da yatırım yapılacak ülkenin yabancı yatırımı düzenleyen ılımlı mevzuatı ve ülkenin bu konuda akdettiği iki ve çok taraflı anlaşmaları ile gerçekleşmektedir. Bu bağlamda aşağıda Kazakistan Devleti'nin yabancı yatırımlara ilişkin mevzuatı ile akdetmiş olduğu iki ve çok taraflı uluslararası sözleşmeleri üzerinde durulacaktır.

II. İkili ve Çok Taraflı Uluslararası Anlaşmalar

A. Kazakistan'ın Yabancı Yatırım Mevzuatı

Kazakistan Cumhuriyeti'nde yabancı yatırımlara yönelik ilk düzenlemeler olan 27 Aralık 1994 tarihli "Yabancı Yatırımlar Kanunu" ile 28 Şubat 1997 tarihli "Doğrudan Yatırımlara İlişkin Devlet Desteği Hakkında Kanun", 8 Ocak 2003 tarihli yeni "Yatırımlar Kanunu" ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Yeni düzenleme ile yabancı ve yerli yatırımcı arasındaki ayrım kaldırılmış ve her ikisinin de "yatırımcı" olarak ifade edilmesine başlanmıştır. Ayrıca, yabancı yatırımcılar, kanunlarla aksi öngörülmedikçe, bütün sektörlerde yerli yatırımcılarla eşit şekilde yatırım faaliyetinde bulunabilmektedirler. Bununla birlikte "Yatırımlar Kanunu" ile Kazakistan Hükümeti tarafından belirlenen öncelikli sektörlerde faaliyette bulunan yatırımcılara şu ayrıcalıklar sağlanmaktadır: 1) Yatırım vergi ayrıcalıkları; 2) Gümrük vergi muafiyeti; 3) Devletin aynî yardımları.

Ayrıca Yatırımlar Kanunu'nun 9.maddesinde yatırım uyuşmazlıklarının çözümü ile ilgili hükümlere de yer verilmiştir. Bu hükümler doğrultusunda yabancı yatırımcılara, Kazakistan mahkemelerinin yanı sıra tahkime de başvuru hakkı tanınmıştır. Ancak yabancı yatırımcının

6 Ermakov, V. A., Kazakhstan v Sovremennom Mire, Ekonomiko-Geograficheskiy Ocherk, Almaty, 1998, s. 5-6.

7 Ermakov, V. A., s. 23.

8 Ermakov, s. 25.

isteği doğrultusunda, Kazakistan Cumhuriyeti'nin akdetmiş olduğu ikili ve çok taraflı uluslararası sözleşmelerinde öngörülen yatırım uyuşmazlıklarının çözümü ile ilgili de hukuki yollara başvuru hakkı tanınmıştır.

Nitekim Kanun'un 2/4.maddesi ile Kazakistan Cumhuriyeti'nin onayladığı uluslararası sözleşmelerinin hükümlerine öncelik ve üstünlük tanınmıştır ki, bu da yabancı yatırımcı açısından "güven" unsurunu sağlamlaştıran bir durumdur.

Mevzuatla ilgili özetleyecek olursak, 2003 tarihli "Yatırımlar Kanunu'nun, genel olarak ılımlı bir Kanun olması ile birlikte, yabancı yatırımcının aradığı "güven" unsurunun sağlanmasında uluslararası anlaşmaların rolü büyüktür.

B. Uluslararası Anlaşmalar

Yatırımların iki ve çok taraflı anlaşmalarla korunması, yatırım yapan ve yapılan devletler ile vatandaşları açısından bir ihtiyaca cevap vermekte ve bu yönde önemli yararlar hedeflenmektedir. Çünkü yabancı sermayenin teşvikine ilişkin mevzuat, anılan sermayenin gelişini ve çalışma şartlarını düzenlemektedir. Yatırımların korunması ile ilgili milletlerarası anlaşmalar (sözleşmeler) ise yatırımları, ticari olmayan riskler karşısındaki tereddütleri de bertaraf ederek korumaya ve özendirmeye yöneliktir[9].

Milletlerarası anlaşmalar, uluslararası hukuk sisteminde büyük öneme sahiptir. Bunun en iyi göstergesi de, birçok ülkenin Anayasası'nda milletlerarası anlaşmalarına (sözleşmelerine) ulusal kanunları karşısında üstünlük sağlamalarıdır[10].

Değişik tarihsel, politik ve hukuki nedenlerin etkisiyle uluslararası düzeyde kabul edilebilir normlar üzerinde çok taraflı bir anlaşmanın sağlanamaması ve gelişmekte olan ülkelerin doğrudan yabancı yatırımları ekonomik kalkınmalarına yardımcı olacağı inancıyla çekmeye çalışmaları iki taraflı çözümleri zorunlu hale getirmiştir. Zira iki taraflı yatırım anlaşmaları, akit devletler arasında yatırımlarla ilgili kesin normlar oluşturma fırsatı vermektedir[11].

Yabancı yatırım anlaşmalarının temel amacının yatırımları teşvik etmek olduğu belirtilmekle beraber tek amaç bu değildir[12]. Bu anlaşmalar ekonomik işbirliği için daha geniş bir çerçeve sağlamak amacını taşıyabileceği gibi, eskiden yabancı yatırımlar için riskli olan ülkelerin bu imajlarını bertaraf etmek amacıyla da akdedilmektedir. Şöyle ki, iki taraflı yatırım anlaşmasının varlığı; uluslararası iş çevrelerine, ev sahibi devletin yabancı yatırımlara hoşgörü ile baktığını, yabancı yatırımlara imkânlar sunduğunu ve yatırımı korumaya niyetli olduğunu göstermektedir[13].

1. İkili Anlaşmalar

Kazakistan Cumhuriyeti, ülkemizde yatırım ortamının çekici hale gelmesi ve doğrudan yabancı yatırımların güvence altına alınması bakımından, yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına ilişkin birçok devlet ile iki taraflı anlaşmalar imzalamıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Kazakistan Devleti, yabancı yatırım alanında dünya ekonomisinde söz sahibi olan ülkeler de dâhil olmak üzere, günümüzde toplam 48 ülke ile iki taraflı anlaşmalar akdetmiştir.

9 Tekinalp / Gülören, Yabancılar Hukuku, 2003, s. 176.

10 Kazakistan Cumhuriyeti Anayasası, m.4/3.

11 Tiryakioğlu, Bilgin, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, 2003, s. 163.

12 Dolzer R. / Stevens M., Bilateral Investment Treaties, The Hague-Boston-London, 1995 (naklen Tiryakioğlu, s. 164).

13 Dolzer R. / Stevens M., (naklen Tiryakioğlu, s. 164).

Örneğin, Türkiye ile 1992'de, ABD ile 1992, Benelüks ülkeleri ile 1998'de, Almanya ile 1992'de, Rusya Federasyonu ile 1998'de, Çin ile 1992'de, Japonya ile 2014'te ve burada sayamayacağım daha 40 ülke ile yabancı yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına ilişkin anlaşmalar imzalamıştır.

Yabancı yatırımların teşviki ve korunmasına ilişkin iki taraflı anlaşmalar genellikle benzerlik taşır, zira yabancı yatırımlara ilişkin benzer esaslar düzenlenmekte ancak ufak farklılıklar da söz konusu olabilmektedir.

Örneğin, yabancı yatırımlara ilişkin iki taraflı anlaşmalara bakıldığında, anlaşmanın başında amaca ilişkin hükümler yer almakta ve bu amaç genellikle iki devlet arasındaki yatırım akışının karşılıklı olarak korunması ve teşvik edilmesi ile ilgilidir. Daha sonra korunacak yatırımlar ve yatırımcının hakkına ilişkin hükümlere de yer verilmektedir. Bunlarla birlikte, iki taraflı yatırım anlaşmalarında kamulaştırma ve tazminata ilişkin hükümlerin yanı sıra, yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin hükümler de yer almaktadır.

Bu bağlamda örnek olarak Kazakistan ile Türkiye arasında yabancı yatırımlara ilişkin anlaşmaya bakıldığında, anlaşmanın 9 maddeden oluştuğunu görmekteyiz ve yukarıda da bahsettiğimiz gibi bu anlaşmada amaç belirtildikten sonra, sırasıyla tanımlara (yatırımcı ve yatırımın tanımı vs), yabancı yatırımcıya gösterilecek muamelenin standardı, kârların transferi, yatırımların korunması ve teşvikine, kamulaştırma ve tazminata, yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne, istisnalara ve daha birkaç genel esasa (halefiyet, transferler ve yürürlüğe girme) yer verilmiştir. Ancak belirtildiği üzere, farklı devletler ile akdedilen iki taraflı Anlaşmalarda, anlaşmanın niteliğine göre bazı farklılıkların söz konusu olabileceğini de belirtmek gerekmektedir.

İki taraflı anlaşmalar kapsamında değerlendirilmesi gereken ve yabancı yatırımcıları yakından ilgilendiren bir diğer konu da "çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarıdır". Zira yabancı yatırımcının aynı vergi mevzuu birden fazla vergiye tabi tutuluyorsa, bunun neticesinde yabancı yatırımların büyük ölçüde azalması söz konusu olacaktır. Bu da gelişmekte olan ülkeler açısından arzu edilmeyen bir durumdur. Bu sebeptendir ki, ülkeler konu ile ilgili hem iki taraflı hem de çok taraflı anlaşmalar akdetme yoluna gitmektedir.

Kazakistan Devleti de, ülkeye yabancı yatırım akışının aksamaması amacıyla çeşitli devletler ile çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarını imzalamıştır. Nitekim 2016 tarihi itibariyle Kazakistan'ın çifte vergilendirmeye ilişkin akdettiği anlaşma sayısı – 50'dir. Konu ile ilgili son anlaşma Suudi Arabistan ile 1 Eylül 2016 tarihinde imzalanmıştır[14].

Ayrıca belirtmek isteriz ki Türkiye ile Kazakistan arasında çifte vergilendirmenin önlenmesi ile ilgili iki taraflı anlaşma 03.01.1996'da imzalanmıştır[15].

Burada Kazakistan ile Türkiye arasındaki yatırım ilişkilerinden bahsedilmesinin de faydalı olacağını düşünmekteyiz.

Kazakistan Cumhuriyeti'nde 1994 yılından bugüne yaklaşık 3000 yabancı ortak girişim (JV) faaliyette bulunmuş ve Kazakistan'a yapılan yabancı sermaye yatırımları 14 milyar ABD Doları'na ulaşmıştır. Bu miktar yaklaşık 24 yıllık bir bağımsızlık geçmişi olan bir ülke için büyük önem arz etmektedir. Tüm verilere bakıldığında, Türkiye Cumhuriyeti'nin ülkemize yatırım yapan ülke olarak ABD'den sonra ikinci sırada yer aldığı görülmektedir. Türk iş adamları tarafından Kazakistan'a yapılan yatırımlar daha çok ticaret, telekomünikasyon, otel işletmeciliği, tarım ürünleri üretimi,

14 http://kgd.gov.kz/ru/content/konvencii-ob-izbezhanii-dvoynogo-nalogooblozheniya-i-predotvrashchenii-ukloneniya-ot, erişim 04.10.2016.

15 No. 2741 от 03.01.1996г.

süpermarket işletmeciliği, matbaacılık, petrol ürünleri, gıda, tuğla, demir-çelik, bakır, tekstil ve hizmet sektörlerinde yoğunlaşmaktadır. Kazakistan Cumhuriyeti'nin ilk yıllarında daha çok müteahhitlik ve ticari faaliyetlerde bulunan Türk şirketleri, son yıllarda Kazakistan'da süratle mal ve hizmet üretimine yönelmeye başlamışlardır. Müteahhitlik sektöründe faaliyet gösteren Türk şirketlerinin günümüze kadar Kazakistan'da gerçekleştirmiş olduğu müteahhitlik hizmetlerinin 2 milyar ABD Doları üzerinde olduğu tahmin edilmektedir[16]. Türk yatırımcılarının Kazakistan'da yatırım faaliyetinde bulunmasının hukuki dayanağını ise, yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, iki ülke arasında akdedilmiş 1992 tarihli iki taraflı yatırım anlaşması teşkil etmektedir.

Görüldüğü üzere Kazakistan Devleti, yatırım ikliminin iyileştirilmesi bakımından, Türkiye de dâhil olmak üzere, birçok devlet ile iki taraflı yatırım anlaşmalarını akdetmiştir. Bununla birlikte, ülkemize yabancı yatırımın gelişini hızlandırmak amacıyla, Kazakistan Devleti birkaç çok taraflı anlaşmaları da imzalamış bulunmaktadır.

2. Çok Taraflı Anlaşmalar

Kazakistan Devleti'nin doğrudan yabancı yatırımlarına ilişkin akdetmiş olduğu çok taraflı uluslararası anlaşmalara gelince, burada çok önemli dört anlaşmadan bahsetmek mümkün olacaktır. Bu anlaşmalardan ikisi, Dünya Bankası öncülüğünde ve özellikle gelişmekte olan ülkeler göz önünde tutularak hazırlanmış ve yabancı yatırımcıyı ticari olmayan risklere karşı korumaktadır. İlk anlaşma, "Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Anlaşması" (Multilateral Investment Guarantee Agency, MIGA), diğeri ise "Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Anlaşma" Center fort he Settlement of Investment Disputes, ICSID)'dır[17].

Bunların yanı sıra, Kazakistan Devleti'nin yabancı yatırımlara ilişkin çok taraflı anlaşma kapsamında imzaladığı 17 Aralık 1994 tarihli Avrupa Enerji Şartı Anlaşması ve 24 Aralık 1994 tarihli Bağımsız Devletler Topluluğu ülkeleri ile Yatırım Alanında İşbirliğine Dair Anlaşmadan da bahsedilecektir (Energy Charter Treaty-ECT).

Bu anlaşmaları kısaca özetleyelim.

a. MIGA Anlaşması

Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Anlaşması (MIGA) Ekim 1985'te Seul'da imzalanmıştır. Kısaca MIGA olarak da anılan Anlaşmada öngörülen hukuki işlemleri yapmak üzere, Çok Taraflı Yatırım Kuruluşu olarak adlandırılan bir kuruluş tesis edilmiştir.

MIGA'nın kuruluş amacı, MIGA Anlaşması'nın 2.maddesinde ifade edilmiştir. Buna göre amaç; kalkınmakta olan ülkeler başta olmak üzere, üye ülkelere yönelik yatırımların akışını sağlamaktır. Bunun için Kuruluş, üye ülke yatırımcılarına, diğer üye ülkelerdeki yatırımları sebebiyle uğrayabilecekleri ticari olmayan risklere karşı teminat sağlayacaktır. Ayrıca Kuruluş, kalkınmakta olan üye ülkelere yabancı sermaye akışını sağlamak için gerekli çalışmaları yürütecektir.

Görüldüğü üzere, Çok Taraflı Yatırım Kuruluşu MIGA'nın uğraş alanı sigortacılıktır. Sigorta sözleşmesi yapmak, bir ticari işletmenin mali risklere karşı başvurduğu etkin önlemlerden biridir.

Ancak belirtilmesi gereken önemli husus, MIGA, yatırımcıları yalnızca ticari olmayan risklere karşı korumakta ve bu riskler MIGA Anlaşması'nda açıkça belirtilmiştir. Buna göre, Anlaşmanın 10.maddesinde MIGA'nın karşılayabileceği riskler şu şekilde sıralanmıştır: a) Döviz transferi; b)

16 https://tr.m.wikipedia.org/wiki/Kazakistan-T%C3%BCrkiye_ili%C5%9Fkileri, Erişim tarihi, 10 Ekim 2016.

17 Zakon Respubliki Kazakhstan ot 26.07.1992 "O Çlenstve Respubliki Kazakhstan v Mnogostoronnem Agentstve po Garantiyam İnvestitsiy (MIGA) i Mejdunarodnom Tsentre po Uregulirovaniyu İnvestitsionnıh Sporov (ICSID).

Kamulaştırma ve eş nitelikli tedbirler; c) Anlaşmanın ihlali; d) Savaş ve sivil kargaşa.

Buna ek olarak MIGA Yönetim Kurulu, yatırımcı ile ev sahibi ülkenin ortak başvurusu üzerine, diğer ticari olmayan riskleri de koruma kapsamına dâhil edebilir. (m.11/b). Ancak ticaretin taşıdığı risklerden, örneğin, yatırımcının alacaklarını tahsil edememesi ya da ülkedeki para değerindeki ani düşüşün meydana gelmesi gibi ticari risklere karşı MIGA teminat sağlamaz[18]. Ayrıca önemle belirtilmesi gereken bir başka husus ise, MIGA'nın teminat altına alabileceği yatırımların niteliklerine ilişkindir. Anlaşmanın 12. maddesine göre yatırımların "uygun yatırım" niteliğini taşıması gerekmektedir ki, bunu kısaca özetleyecek olursak bazı özelliklerle birlikte uygun yatırımın "doğrudan yabancı yatırım" olması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, yatırımcının "uygun yatırımcı"[19], ev sahibi ülkenin ise "uygun ev sahibi ülke" olması aranmaktadır[20].

Özetle MIGA, yatırımcılara, bir üye ülkedeki yatırımları nedeniyle maruz kalabilecekleri ticari olmayan risklere karşı teminat sağlamak ve böylece gelişmekte olan ülkelerde yatırım faaliyetine ilişkin yatırımcıların tereddütlerini gidermek amacını taşımaktadır. Anlaşmada belirtilen faaliyetleri yürütmek için de Kuruluşun belli organları (Guvernörler Konseyi, Yönetim Kurulu, Başkan) ve personeli mevcuttur. Burada belirtmek gerekir ki Kazakistan Devleti, ülkesinde faaliyette bulunan yabancı yatırımcıların yatırımlarını ticari olmayan risklere karşı korumak amacıyla 1992 tarihinde MIGA Anlaşmasını onaylamıştır. Ayrıca Kazakistan'ın bu Anlaşmaya taraf olması, yabancı yatırımcı bakımından "güven" duygusunun oluşmasını ve yabancı yatırımların ülkeye akışını olumlu yönde etkilemektedir.

b. ICSID Anlaşması

Dünya Bankası, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi – (ICSID) aracılığı ile bir uzlaştırma ve tahkim sistemini uygulamaya koyma kararı vermiş ve 18 Mart 1965'te Washington'da "ICSID" bir anlaşma ile kurulmuştur. İşte bu Anlaşma, "Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasında Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Hakkında Anlaşma'dır; ICSID Anlaşması veya ICSID Sözleşmesi olarak da adlandırılır. Uluslararası tüzel kişiliğe sahip olan Merkez'in yerleşim yeri Dünya Bankası'nın merkezi Washington'dur[21].

Merkezin amacı, Anlaşmada yer alan hükümler doğrultusunda taraf devletler ile diğer taraf devletlerin vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların uzlaştırma ve tahkim yolu ile çözümünü sağlamaktır (m.1/2).

ICSID Anlaşması, yabancı yatırımlarla ilgili olarak akit devletlerle diğer akit devlet vatandaşları arasındaki uyuşmazlıkların ulusal yasal işlemlere konu olmalarına rağmen, bazı durumlarda bunların uluslararası yöntemlerle çözümünün uygun olacağı düşüncesi ile hazırlanmıştır. Bir uyuşmazlığın ICSID tahkimine sunulabilmesi için gerek kişiler gerek konu bakımından belli şartların gerçekleşmesi aranmaktadır. Öncelikle ICSID tahkimi, anlaşma tarafı ev sahibi devlet ile yine anlaşma tarafı diğer bir devletin vatandaşı olan yatırımcı arasındaki uyuşmazlıklarda başvurulabilir. Ayrıca söz konusu uyuşmazlık, bir yatırımla doğrudan ilişkili bir "hukuki uyuşmazlık" olmalıdır. Devletin Anlaşmaya taraf olması, tahkimde davalı ya da davacı olabilmesi için yeterli olmamaktadır. İlgili devletin söz konusu uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümüne onay

18 Tiryakioğlu, s. 156.

19 Gerçek kişi, ev sahibi ülke dışındaki bir üye ülkenin vatandaşı; tüzel kişinin ise, üye devletlerden birinde kurulmuş ve ana merkezinin bu ülkede bulunuyor olması gerekmektedir (m.13).

20 Anlaşmanın 14. maddesine göre, ancak gelişmekte olan ülkelerde yapılan yatırımlar teminat altına alınabilecektir. Kazakistan, MIGA Anlşmasının A listesinin ikinci kategorisinde belirtilmiş gelişmekte olan ülkeler arasında yer almaktadır.

21 Maulenov, K.S., Pravovoe Regulirovaniye İnostrannıh İnvestitsiy v Respublike Kazakhstan, Almatı, 1998, s. 17.

vermiş olması da gereklidir[22]. ICSID'ı diğer hakem mahkemelerinden ayırt eden en büyük fark ise, ICSID'ın uluslar arası bir anlaşma ile sadece yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için kurulmuş olmasıdır[23].

ICSID Anlaşması, MIGA Anlaşması ile birlikte Kazakistan Devleti tarafından 26 Temmuz 1992 tarihinde onaylanmıştır. ICSID Anlaşmasına Kazakistan'ın da taraf olması, ülkemizde yatırım faaliyetinde bulunan yabancı yatırımcılar bakımından önem taşımaktadır. Zira yatırımcının ev sahibi ülke ile aralarında yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlık söz konusu olduğunda, yabancı yatırımcı ulusal mahkemelere gitmek yerine uluslararası tahkim merkezlerini tercih etmektedir. Bunun nedeni ise, yabancı yatırımcının ulusal mahkemelere güven duymamasıdır, çünkü uyuşmazlığın diğer tarafında ev sahibi ülke yer almaktadır. Her ne kadar ev sahibi ülke mahkemesi bağımsız ve tarafsız olsa da, yabancı yatırımcı bu konuya şüpheyle yaklaşmaktadır.

Kısacası, ICSID Anlaşmasına taraf olmakla Kazakistan Devleti, yatırımcının menfaatlerini güvence altına almakla birlikte, ülkemizde yatırım ikliminin iyileşmesini de hedeflemektedir.

ICSID Merkezi, İdari Konsey, Sekretaryaya, arabulucu ve hakemler panelinden oluşmaktadır.

c. Avrupa Enerji Şartı Anlaşması

Enerji sektöründe yabancı sermaye yatırımlarına ilişkin bir başka güvence de 17 Aralık 1994 tarihli Avrupa Enerji Şartı Anlaşması (Energy Charter Treaty – ECT)'dır.

Kazakistan, söz konusu Anlaşmayı 18 Ekim 1995'te onaylamış bulunmaktadır.

Kazakistan gibi enerji kaynakları bakımından zengin olan ve dış ekonomik ilişkilerinde gaz, petrol, kömür gibi enerji kaynaklarının büyük önemi olan ülkeler için böyle bir anlaşma büyük önem taşımakta ve böyle bir anlaşmaya ihtiyaç duyulmakta idi.

Avrupa Enerji Şartı Anlaşması, imzacı ülkeler için enerji ticareti, şirketlerinin enerji alanındaki yatırımları, transit konuları, anlaşmazlıkların çözümü ve enerji yeterliliği konusunda işbirliği alanlarında uluslararası kodifikasyonu gerçekleştirmiştir. Söz konusu Anlaşma, eski Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra kurulan ülkeleri, daha önce planlı ekonomiyle yönetilmekte olan Merkezî ve Doğu Avrupa ülkeleri ile OECD ülkelerini (ABD, Kanada, Meksika ve Yeni Zelanda hariç) bir araya getiren ilk anlaşmadır[24].

Avrupa Enerji şartı Anlaşması, hukuki bir belge olarak, üye ülkeler arasındaki enerji sektörüne yapılan yatırımları ve üye ülkeler arasındaki işbirliğini düzenleyen bir anlaşmadır[25].

Avrupa Enerji Şartı Anlaşması'nın amaçlarını şu şekilde sıralamak mümkün olmaktadır:

- Enerji arzı güvenliğinin arttırılması,
- Enerji üretimi, çevirimi, taşınması, depolanması, dağıtımı, üretimi ve kullanımındaki verimliliğin en yüksek seviyeye ulaştırılması,
- Güvenliğin güçlendirilmesi ve çevresel sorunların en aza indirilmesi,
- Yatırımların teşviki ve korunması,
- Enerji ticaretinin serbestleştirilmesi,

22 Perova M., Mejdunarodnaya Forma Regulirovaniya İnostrannıh İnvestitsiy, Hozyaystvo i Pravo, No. 2, s. 100.

23 Maulenov, s. 20.

24 Demir Esra, Enerji Şartı Anlaşması, http://www.mfa.gov.tr/enerji-sarti-anlasmasi.tr.mfa, Erişim tarihi: 04.10.2016.

25 Suleymenov M.K., Pravo i İnostrannıe İnvestitsii v Respublike Kazakhstan, Almaty, 1997, s. 107.

- Uluslararası sermeye piyasalarına erişilmesi[26].

Avrupa Enerji Şartı Anlaşması, yatırımcı ile anlaşmaya taraf devletler arasında yatırımlara ilişkin uyuşmazlıkların ve devletler arasında söz konusu Anlaşma'nın yorumlanması ya da uygulanmasına yönelik uyuşmazlıkların giderilmesi için mekanizmalar öngörmektedir.

Devletler arasındaki anlaşmazlıklarda diplomatik yollardan çözüm arayışları sonuç vermediği takdirde, taraflar hakemliğe başvurabilmektedirler. Hakemlik kararları hem yatırımcılar, hem devletler için nihai ve bağlayıcıdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Avrupa Enerji Şartı Anlaşması'nın Kazakistan için hem olumlu hem de olumsuz etkileri mevcuttur.

Olumlu etkileri şu şekilde sıralayabiliriz:

- Anlaşma sayesinde transit sorunu çözülmüş bulunmaktadır, çünkü Kazakistan denize kıyısı olmayan bir ülkedir,
- Anlaşma petrol ihracatına istikrar kazandırmaktadır,
- Anlaşma, Kazakistan'ın diğer üye ülkeleri ile olan ilişkilerini pekiştirmektedir.

Olumsuz etkisine gelince; söz konusu Anlaşma üyeleri arasında Kazakistan birkaç üye ülke gibi zengin enerji kaynaklarına sahip olan bir ülkedir, dolayısıyla enerji sektörüne yatırım yapılan bir ülkedir. Oysaki Avrupa Enerji Şartı Anlaşması, enerji sektöründe faaliyette bulunan yatırımcılara garantiler sağlamaktadır. Ancak Kazakistan bu Anlaşmayı imzalarken, tabii ki bu hususu da göz önünde bulundurmuştu. Zira ülkemizin yarını, geleceği ve gelişmesi için yatırımlar büyük önem taşımaktadır[27].

d. Bağımsız Devletler Topluluğu Ülkeleri ile Yatırım Alanında İşbirliğine Dair Anlaşma

Söz konusu Anlaşma, Kazakistan ile Bağımsız Devletler Topluluğu ülkeleri ile 24 Aralık 1993 tarihinde Türkmenistan'ın başkenti Aşgabat'ta imzalanmıştır. Bu Anlaşma ile taraf ülkeleri ile diğer taraf ülke yatırımcıları arasında yatırım faaliyetine ilişkin birçok konu ele alınmış ve yatırımcıların lehine hükümler getirilmiştir. Çifte vergilendirmenin önlenmesi gibi, yatırım uyuşmazlıkları, yatırım yapılan ülkedeki istihdam, kâr transferi, yatırımcının yatırım yapacağı ülkeye giriş şekilleri, yani hukuki yollar ve birçok konu bu Anlaşma ile düzenlenmiş bulunmaktadır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, bu Anlaşma ile de Kazakistan'a yapılan yatırımlar güvence altına alınmış ve söz konusu yatırımcıların menfaatleri de korunmuş bulunmaktadır.

Sonuç

Sunumumuzun konusunu, Kazakistan'ın yatırım alanında akdettiği iki taraflı ve çok taraflı uluslararası anlaşmaları teşkil etmektedir.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki Kazakistan Devleti, ülkeye yabancı yatırımların akışını sağlamaya yönelik hem ikili hem de çok taraflı yatırım anlaşmalarını imzalamış ve onaylamış bulunmaktadır. İki taraflı anlaşma sayısı bugün için kırk sekize ulaşmışken, çok taraflı anlaşma olarak MIGA, ICSID, Avrupa Enerji Şartı Anlaşması ve Bağımsız Devletler Topluluğu Ülkeleri ile Yatırım Alanında İşbirliğine Dair Anlaşmasına taraf olduğu görülmektedir. Her iki anlaşma türü de (ikili ve çok taraflı anlaşmalar), ülkemize yabancı yatırımları çekmek açısından büyük öneme

26 Demir, s. 2.

27 Suleymenov, s. 121-122.

sahiptir.

Netice itibariyle Kazakistan Devleti, hem ülke ekonomisinin kalkınması hem de ülke refahının sağlanması bakımından yabancı yatırımlara yönelik güvenceleri sağlamaya ve bu güvencelerin kapsamını da genişletmeye yönelik çalışmalarını sürdürmektedir.

Kaynakça

- Çelikel, Aysel/Öztekin Gelgel, Günseli, Yabancılar Hukuku, 2014.
- Karluk, Rıdvan, Türkiye'de Yabancı sermaye Yatırımları, İstanbul, 1983.
- Tuymebayev, J., Kazakhstan-Turtsiya: 5 Let Drujbı i Sotrudniçestva, Bilig Ankara, 1996.
- Ermakov, V.A., Kazakhstan v Sovremennom Mire, Ekonomiko-Geograficheskiy Ocherk, Almaty, 1998.
- Tekinalp, Gülören, Yabancılar Hukuku, İstanbul, 2003.
- Tiryakioğlu, Bilgin, Doğrudan yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara, 2003.
- Maulenov, K.S., Pravovoe Regulirovaniye İnostrannıh İnvestitsiy v Respublike Kazakhstan, Almaty, 1998.
- Perova, M., Mejdunarodnaya Forma Regulirovaniya İnostrannıh İnvestitsiy, Hozyaystvo i Pravo, No:2.
- Suleymenov, M.K., Pravo i İnostrannıe İnvestitsii v Respublike Kazakhstan, Almaty, 1997.

İnternet adresleri:

- Demir, Esra, Enerji Şartı Anlaşması, http://www.mfa.gov.tr/enerji-sarti-anlasmasi.tr.mfa
- http://nufus.mobi/kazakistan-nufusu
- http://kgd.gov.kz/ru/content/konvencii-ob-izbezhanii-dvoynogo-nalogooblozheniya-i-predotvrashchenii-ukloneniya-ot

BILATERAL AND MULTILATERAL AGREEMENTS CONCLUDED BY KAZAKHSTAN IN THE FIELD OF FOREIGN INVESTMENTS

Salimya Ganiyeva[*]

Abstract

Countries, especially developing countries, are in need of foreign investments in terms of the improvement of their economy. The insufficiency of the capital element in said countries is the underlying cause of this need.

As a developing country, Kazakhstan gained its independence on 16 December 1991 after the dissolution of the Soviet Union. With the disintegration of the Soviets, Kazakhstan is known to have a difficult economic and social process, as in all the republics. And to overcome this difficult process, foreign capital was needed. In this context, the Kazakhstani government has been working on various issues, and continues to work on the subject, in order to make the country attractive for foreign investments and to flow the foreign investments to the country.

In the context of the studies, especially the bilateral and multilateral international conventions concluded with many states concerning the foreign direct investments of the State of Kazakhstan are very important, and we believe that it would be appropriate to include this issue in our presentation.

Keywords: Foreign investments, the State of Kazakhstan, bilateral and multilateral international agreements.

Introduction

We have previously stated that the leading economic problem of developing countries is the insufficiency of capital forefront. For a better understanding of the matter, we first find it appropriate to explain the concept of "international capital", in other words, "foreign capital" or "foreign investments".

Foreign capital, which is the topic of international investment, occurs in two ways: directly and indirectly, or as portfolio investments. However, when we talk about foreign investments in our presentation, we will discuss bilateral and multilateral international agreements concluded by the Kazakhstan State concerning foreign direct investments.

The reason for this is the "foreign direct investment" which is the foreign investment type needed by developing countries. What are the criterion or criteria that make direct foreign investment more advantageous than indirect investment?

In order to answer this question, it will be necessary to look at the differences between direct and indirect foreign investment.

First of all, foreign direct investments are generally defined as investments aiming generally long-term commercial gains that occur with a share purchase in an amount sufficient to have a say in the company management in the long run. In addition, in order to talk about foreign direct investments, foreign investors are allowed to establish factories and other production facilities to operate in the country they invest in, to open branches, as well as to invest in joint ventures or other legal means stipulated by the Laws of the host country[1]. In short, positive developments

[*] Asst. Prof. Salimya Ganiyeva, Faculty Member of Atatürk University Faculty of Law (s.ganiyeva@atauni.edu.tr).

such as the introduction of new technology to the host country through foreign direct investment, the introduction of new labor fields, the production and export of certain goods in the country and the strengthening of the capital market come into question. On the other hand, indirect or portfolio investments are characterized as short-term hot money movements[2]. Indirect (portfolio) investment is the investment made through the purchase of equity shares and stock from a foreign country from international capital markets[3]. It is also not possible for the indirect investor to establish factories and other facilities in the host country, actively conduct any activity in the host country, or even physically to be in that country. Therefore, indirect or portfolio investments can not meet the expectations of developing countries (in terms of development of their economies) and thus foreign direct investment is preferred.

In short, in addition to the benefits of foreign direct investment to the host country, the most important part is that it affects the development of the country's economy.

After brief information on foreign direct investment, the bilateral and multilateral agreements concluded by the State of Kazakhstan, which is the main issue, will be dealt with.

But first of all, we think that it would be useful to clarify the following two points: is Kazakhstan an attractive country of investment for the foreign investor? Secondly, what are the factors that make the country attractive in terms of investment?

We think that it would be appropriate to provide general information about Kazakhstan in answering these two questions.

I. General Information on Kazakhstan

A. General Information

Within the scope of general information, information about the geopolitical position of the Republic of Kazakhstan and the natural wealth of the country will be indicated.

The Republic of Kazakhstan has gained independence on December 16, 1991 after the collapse of the Soviet Union. With Astana as capital and Kazakh as the official language, the population of our country as of 2015 has been stated as 17.625.226[4]. The President of the Republic is Nursultan Nazarbayev.

Being the shining star of Central Asia, the Republic of Kazakhstan is located in the center of the Eurasian continent. Kazakhstan spreads as far as 1600 kilometers from north to south and 2800 kilometers from west to east. The territory of the country extends from the right coast of the Caspian Sea and the Altay Mountains from the lowlands of the Volga, and from the foothills of the Tien Shan Mountain in the south to the western Siberian lowland[5].

The Republic of Kazakhstan ranks the ninth in the world after Russia, Canada, China, USA, Brazil, Australia, India and Argentina with a surface area of 2,717,300 square kilometers. The European Union countries, which were members until 2004, could settle in an area equal to the

1 Along with this, new technology also enters the country through modern intellectual capital (know-how, the production or management methods or technology of a business to be sold or leased out by that business to another firm which operates in the same field or is preparing to operate in the same field) and creates new recruitment.

2 Karluk, Rıdvan, Türkiye'de Yabancı Sermaye Yatırımları, İstanbul, 1983, p. 13; Çelikel, Aysel / Öztekin Gelgel, Günseli, Yabancılar Hukuku, 2014, p. 174.

3 Karluk, p.13.

4 http://nufus.mobi/kazakistan-nufusu/, accessed on 04.10.2016.

5 Tuymebayev, J., Kazakhstan-Turtsiya: 5 Let Drujbı i Sotrudniçestva, Bilig, Ankara, 1996, p. 171.

surface area of Kazakhstan territory.

Kazakhstan has common borders with Russia in the north, China in the east, Kyrgyzstan, Uzbekistan and Turkmenistan in the south and is surrounded by the Caspian Sea in the west[6].

The first factor in Kazakhstan's integration with the world is unarguably - the economy. Another factor in the formation of Kazakhstan's foreign policy is its geopolitical position at the intersection of Asia and Europe.

In 1992, Kazakhstan President Nursultan Nazarbayev emphasized the geopolitical settlement in which Kazakhstan would assume an important strategic role that could provide the link between Asia and Europe in "Kazakhstan's Strategy for the Emergence and Development of Independent State".

B. The Natural Wealth of Kazakhstan

When it comes to the natural wealth of Kazakhstan, we must first mention that our country is renowned all over the world with its natural wealth reserves. In fact, we can go on and on about the natural wealth of our country, but we will keep it short and general. The vast majority of the known elements of the Mendeleyev Chemical Table have been discovered in Kazakhstan. For example, in terms of tungsten reserves, our country is the first in the world, the second in phosphorus and chromium, and third in magnesium, etc. In addition, there are many other precious metals in our country such as copper, lead, gold, silver, iron, nickel, and tin[7]. In addition, coal, natural gas and petroleum have a large share of energy resources in ensuring Kazakhstan's prosperity[8].

As can be seen, Kazakhstan is an attractive country with its geopolitical position and natural wealth for the foreign investor. However, in addition to these, the foreign investor also needs "trust", in other words, the investor seeks a safe environment in the country where it wants to invest. Providing the element of trust is also achieved through moderate legislation regulating the foreign investment of the country to be invested and bilateral and multilateral agreements concluded by the country. In this context, the following bilateral and multilateral international agreements concluded with the legislation of the Kazakhstan State concerning foreign investments will be discussed.

II. Bilateral and Multilateral International Agreements

A. Foreign Investment Legislation of Kazakhstan

The Law on Foreign Investments dated December 27, 1994 and the Law on State Support for Direct Investments dated February 28, 1997, which are the first regulations directed at foreign investments in the Republic of Kazakhstan, have been abolished with the new "Investment Law" of January 8, 2003.

With the new arrangement, the distinction between foreign and domestic investors has been removed and both have started to be expressed as "investors". In addition, foreign investors are able to invest in all sectors equally with domestic investors, unless otherwise provided by law. However, the following privileges are provided to investors operating in the sectors of first priority determined by the Kazakhstan Government under the "Investment Law": 1) Investment tax privileges; 2) Custom duty exemption; 3) State aids in kind.

6 Ermakov, V. A., Kazakhstan v Sovremennom Mire, Ekonomiko-Geograficheskiy Ocherk, Almaty, 1998, p. 5-6.

7 Ermakov, V. A., p. 23.

8 Ermakov, p. 25.

Also, provisions on the settlement of disputes have been included in Article 9 of the Investment Law. Foreign investors have been given the right for arbitration alongside litigation through these provisions. However, the right to take action regarding the investment disputes stipulated within bilateral and multilateral agreements which the Republic of Kazakhstan has concluded has been also provided, in line with the foreign investors' wishes.

Hence, the provisions of the international agreements approved by the Republic of Kazakhstan have been given a priority and superiority as per Article 2/4 of the Law, which strengthens the "trust" element for the foreign investor.

In brief, regarding the legislation, while the 2003 "Investment Law" is a generally moderate Law, the role played by international agreements in providing the element of "trust" foreign investors are looking for is quite big.

B. International Agreements

The protection of investments through bilateral and multilateral agreements meets a need in terms of the investing and invested states and, their citizens and important benefits are aimed at in this direction. This is because the legislation for the incentive of foreign capital regulates the aforementioned capital's forthcoming and operating conditions. International agreements (conventions) related to the protection of investments, on the other hand, are directed at protecting and encouraging investments by eliminating the hesitation against non-commercial risks[9].

International agreements have a great deal of prominence in the international legal system. The best indication of this is the supremacy in the Constitution of most countries of international agreements (conventions) against national laws[10].

The inability to reach a multilateral agreement on internationally acceptable norms due to different historical, political and legal causes and the effort of developing countries to attract foreign direct investments believing these will improve the economy, has made bilateral solutions obligatory. Likewise, bilateral investment agreements provide the opportunity to create definite norms regarding the investments between contracting states[11].

While it is indicated that the main purpose of foreign investment agreements is to incent investments, it is not the only one[12]. These agreements can bear the purpose of creating a broader frame for economic collaboration as well as ridding the countries which used to be risky for investment of that image. Namely, the existence of a bilateral investment agreement shows the international business community that the hosting state has a moderate approach towards foreign investments, provides certain opportunities for foreign investments, and intends to protect the investment[13].

1. Bilateral Agreements

The Republic of Kazakhstan has concluded bilateral agreements with many countries related to the mutual incentive and protection of investments in terms of rendering attractive the investment environment within our country and securing the foreign direct investments.

9 Tekinalp, Gülören, Yabancılar Hukuku, 2003, p. 176.

10 Constitution of the Republic of Kazakhstan., art.4/3.

11 Tiryakioğlu, Bilgin, Doğrudan yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, 2003, p. 163.

12 Dolzer R. / Stevens M., Bilateral Investment Treaties, The Hague-Boston-London, 1995 (by Tiryakioğlu, p. 164).

13 Dolzer R. / Stevens M.,(by Tiryakioğlu, p. 164).

First of all it is crucial to state that the Kazakhstan State today has concluded bilateral agreements with a total of 48 countries including countries that have a say in the world economy in terms of foreign direct investment.

For instance, Kazakhstan has signed agreements, that are related to the mutual incentive and protection of foreign investments, with Turkey in 1992, the USA in 1992, Benelux Countries in 1998, Germany in 1992, the Russian Federation in 1998, China in 1992, Japan in 2014, and 40 other countries, all of which I am unable to list right now.

Bilateral agreements related to the incentive and protection of foreign investments usually are similar, in that similar guidelines are regulated regarding foreign investments although small differences may also come into play.

For example, considering the bilateral agreements related to foreign investments, the beginning of the agreement includes provisions regarding the purpose and, this purpose is usually about the mutual protection and incentive of the investment flow between the countries. Then there are the provisions on the investments to be protected and the right of the investor. Alongside these, and the provisions regarding the expropriation and compensation in bilateral investment agreements, provisions concerning the settlement of investment disputes are included.

When the agreement on foreign investments between Kazakhstan and Turkey is analyzed as an example in this context, it is seen that the agreement consists of 9 articles, and as we have stated above, after the purpose has been indicated within the agreement, respectively the definitions (investor and the definition of investment, etc.), the standard of treatment towards the foreign investor, the transfer of profit, the protection and incentive of investments, expropriation and compensation, settlement of investment disputes, exceptions and a few more general principles (succession, transfers and inurement) are included. However as stated, it is also necessary to indicate that there might be some differences depending on the nature of the agreement in bilateral agreements concluded with different states.

Another issue that needs to be considered under bilateral agreements and which is closely related to foreign investors is “treaties to prevent double taxation”. If the foreign investor is subjected to more than one taxations, the consequence of this will be a substantial reduction in foreign investment. This situation is undesirable in terms of developing countries. It is evident that countries resort to concluding bilateral and multilateral agreements on the subject.

Kazakhstan has also signed agreements to prevent double taxation with various states in order to avoid setbacks in the flow of foreign investment to the country. As a matter of fact, the number of contracts concluded by Kazakhstan on double taxation by 2016 - is 50. The last agreement on the matter has been concluded with Saudi Arabia on September 1, 2016[14].

Also we would like to indicate that the bilateral agreement between Turkey and Kazakhstan related to the prevention of double taxation has been signed on 03.01.1996[15].

At this point, we also find it beneficial to mention the investment relations between Kazakhstan and Turkey.

About 3,000 foreign joint ventures (JV) have been active in the Republic of Kazakhstan since 1994 and foreign capital investments made in Kazakhstan have reached 14 billion USD. This amount is of great importance for a country with a 24-year history of independence. Looking at

14 http://kgd.gov.kz/ru/content/konvencii-ob-izbezhanii-dvoynogo-nalogooblozheniya-i-predotvrashchenii-ukloneniya-ot, accessed on 04.10.2016.

15 No. 2741 от 03.01.1996г.

all the data, it can be seen that the Republic of Turkey is in second place after USA as a country investing in our country. Investments made by Turkish businessmen in Kazakhstan mostly center upon trade, telecommunication, hotel management, agricultural products production, supermarket operation, printing, petroleum products, food, brick, iron and steel, copper, textiles and the service industry. The Turkish companies which engaged in mostly contracting and commercial activities in Kazakhstan during the first years of the Republic of Kazakhstan have started to tend rapidly towards production of goods and service in the recent years. It is estimated that the contracting services of the Turkish companies operating in the contracting sector in Kazakhstan as of the day are over 2 billion USD[16]. The legal basis of the Turkish investors' investment activities in Kazakhstan is the bilateral investment agreement of 1992 concluded between the two countries as we have mentioned above.

As it can be seen, Kazakhstan has entered into bilateral investment agreements with many states, including Turkey, in terms of improving the investment climate. However, in order to speed up the development of foreign investment in our country, the State of Kazakhstan has also signed several multilateral agreements.

2. Multilateral Agreements

When it comes to multilateral international agreements that the Kazakhstani government has made regarding foreign direct investments, it is possible to talk about four important agreements here. Two of these agreements are prepared in the leadership of the World Bank, especially in view of developing countries, and these protect foreign investors from non-commercial risks. The first agreement is the "Multilateral Investment Guarantee Agency" (MIGA Convention), and the other is the "International Center for the Settlement of Investment Disputes" (ICSID)[17].

In addition, the Energy Charter Treaty – ECT dated December 17, 1994 concluded as part of the multilateral agreement of Kazakhstan related to foreign investments, and the Convention on Cooperation in the Field of Investment with the Countries of the Commonwealth of Independent States dated December 24, 1994 will also be mentioned.

Let's briefly summarize these agreements.

a. The MIGA Convention

The Multilateral Investment Guarantee Agency Agreement (MIGA) was signed in Seoul in October 1985. An institution called the Multilateral Investment Corporation has been established to carry out the legal procedures stipulated within the Agreement, which is also referred to as MIGA in brief.

The purpose of the MIGA is stated in Article 2 of the MIGA Agreement. Accordingly, the purpose is to ensure the flow of investments towards member countries, especially in the developing countries. To this end, the Corporation will provide guarantees for the investors of the member countries against non-commercial risks that they may suffer due to investments in other member countries. In addition, the organization will undertake the necessary work to provide foreign capital flow into developing member countries.

As can be seen, MIGA's field of activity is insurance. An insurance contract is one of the effective measures a business operator has against financial risks.

16 https://tr.m.wikipedia.org/wiki/Kazakistan-T%C3%BCrkiye_ili%C5%9Fkileri, accessed on October 10, 2016.

17 Zakon Respubliki Kazakhstan ot 26.07.1992 "O Çlenstve Respubliki Kazakhstan v Mnogostoronnem Agentstve po Garantiyam İnvestitsiy (MIGA) i Mejdunarodnom Tsentre po Uregulirovaniyu İnvestitsionnıh Sporov (ICSID).

However, the important thing to note is that MIGA protects investors only against non-commercial risks, which are clearly stated in the MIGA Agreement. Accordingly, the risks that MIGA can cover in Article 10 of the Agreement are listed as follows: a) Foreign exchange transfer; B) Expropriation and equivalent measures; C) breach of agreement; D) War and civil unrest.

In addition to this, the MIGA Administrative Board may include other non-commercial risks into the scope of protection upon the mutual application of the investor and hosting country. (Art. 11/b). However, MIGA does not provide a guarantee against commercial risks such as, for example, the inability of the investor to collect its receivables or a sudden downfall in the monetary value of the country, among commercial risks[18]. Also a point to accentuate is related to the nature of investments that MIGA can provide a guarantee for. According to Article 12 of the agreement, the investments must be "appropriate investments", which, to summarize, is the investment being a foreign direct investment along with having some other characteristics. In addition, the investor is required to be an "appropriate investor"[19], while the host country must be an "appropriate host country"[20].

In sum, MIGA aims to provide investors with a guarantee against noncommercial risks that they may incur due to investments in a member country, thus relieving investors of their hesitation regarding their investment activity in developing countries. Certain bodies of the Institution (Council of Governors, the Administrative Board, and President) and personnel are also present to carry out the activities specified in the agreement. It should be noted at this point that the State of Kazakhstan ratified the MIGA Agreement in 1992 in order to protect the investments of foreign investors operating in its country against non-commercial risks. In addition, the fact that Kazakhstan has become a party to this Agreement has a positive impact on foreign investors in the sense of "trust" and the flow of foreign investment into the country.

b. The ICSID Agreement

The World Bank has decided to implement a settlement and arbitration system through the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) and thus, ICSID was established on 18 March 1965 in Washington with an ICSID agreement. This Agreement is the "Agreement on the Settlement of Investment Disputes Between the Citizens of States and Other States; and is also referred to as the ICSID Agreement or the ICSID Convention. The headquarters of the Center, which is an international legal entity, is in Washington[21].

The purpose of the Center is to provide solutions for disputes between state parties and the citizens of other state parties arising from investments, through reconciliation and arbitration and in accordance with the provisions within the Agreement (Art. ½).

The ICSID Agreement has been prepared with the idea that although disputes between contracting states and the citizens of other contracting states regarding investments are subject to national legal actions, in some cases, these may be favorable to be settled through international methods. In order for a dispute to be submitted for ICSID arbitration, there are some requirements in terms of both persons, and subject matters. Firstly, the ICSID arbitration can be applied to for disputes between the contracting host state and the investor who is a citizen of another Contracting

18 Tiryakioğlu, p. 156.

19 The real entity is required to be the citizen of a member state other than the host country; and the legal entity is required to be established within a member state and have its headquarters in this country (art.13).

20 According to Article 14 of the Agreement, only the investments in developing countries can be secured. Kazakhstan is one of the developing countries mentioned in the second category of list A of the MIGA Agreement.

21 Maulenov, K.S., Pravovoe Regulirovaniye İnostrannıh İnvestitsiy v Respublike Kazakhstan, Almatı, 1998, p. 17.

State. Moreover, the dispute must be a "legal dispute" that is directly related to an investment. It is not enough for the state to be a party to the Agreement, in order to be a defendant or the plaintiff in the arbitration. It is also necessary for the state in question to have approved the dispute to be resolved through arbitration[22]. The most important difference that distinguishes ICSID from other arbitration courts is that ICSID was established through an international agreement solely for the investment disputes[23].

The ICSID Agreement was ratified by the Kazakhstan State on 26 July 1992, together with the MIGA Agreement. The fact that Kazakhstan is a party to the ICSID Agreement is important in terms of foreign investors investing in our country, because in case of dispute arising from investments between the investor and the host country, the foreign investor prefers international arbitration centers instead of going to national courts. The reason for this is that the foreign investor does not trust national courts because the host country is on the other side of the dispute. Although the court of the host country is independent and impartial, the foreign investor is skeptical about this issue.

In short, the State of Kazakhstan, by being a party to the ICSID Agreement, aims to improve the investment climate in our country, as well as secure the interests of the investor.

The ICSID Center comprises of the Administrative Council, Secretariat, mediator and panel of arbitrators.

c. The European Energy Charter Treaty

Another assurance on foreign capital investments in the energy sector is the European Energy Charter Treaty (ECT) of 17 December 1994.

Kazakhstan has ratified the Agreement on October 18, 1995.

For countries such as Kazakhstan, which are rich in energy sources, and energy sources such as gas, petroleum, and coal hold great importance in the foreign economic relations thereof, this type of agreement is quite significant and needed.

The European Energy Charter Agreement has achieved international codification in the areas of energy trade, investments in the energy sector, transit issues, dispute resolution and collaboration in energy efficiency for signatory countries. The agreement is the first agreement to bring together the countries established after the disintegration of the former Soviet Union, the Central and Eastern European countries which had previously been managed by the planned economy, and the OECD countries (except the US, Canada, Mexico and New Zealand)[24].

The European Energy Charter Treaty, as a legal document, is an agreement that regulates the investments made into the energy sector among member states and the collaboration between them[25].

It is possible to list the purposes of the European Energy Charter Treaty as follows:

- Increasing energy supply security,
- Maximizing the efficiency in the production, conversion, transport, storage, distribution, production and use of energy,

22 Perova M., Mejdunarodnaya Forma Regulirovaniya İnostrannıh İnvestitsiy, Hozyaystvo i Pravo, No. 2, p. 100.

23 Maulenov, p. 20.

24 Demir Esra, Enerji Şartı Anlaşması, http://www.mfa.gov.tr/enerji-sarti-anlasmasi.tr.mfa, accessed on: 04.10.2016.

25 Suleymenov, M. K., Pravo i İnostrannıe İnvestitsii v Respublike Kazakhstan, Almaty, 1997, p. 107.

- Leveraging security and minimizing environmental problems,
- Encouragement and protection of investments,
- Liberalization of energy trade
- Access to international capital markets[26].

The European Energy Charter Treaty stipulates some mechanisms for resolving the disputes regarding the investments between investor and state parties, and the disputes between the states related to the interpretation or enforcement of the Agreement in question.

Parties may resort to arbitration if, in disputes between States, the search for a solution through diplomatic channels fails. Arbitration decisions are final and binding for both investors and states.

Finally, it should be pointed out that there are both positive and negative effects of the European Energy Charter Treaty for Kazakhstan.

We can list the positive effects as follows:

- The agreement has resolved the transit problem, because Kazakhstan is a shoreless country,
- The agreement brings stability to the need for petroleum,
- The agreement reinforces the relations of Kazakhstan with other countries.

As for the negative effect; among the party states, Kazakhstan is a country that has rich energy resources like a few others, so it is a country in which investments in the energy sector are made. The European Energy Charter Treaty, on the other hand, provides guarantees for investors operating in the energy sector. However, Kazakhstan, of course, took this into account when signing this Agreement. Because investments are of great importance for the tomorrows, future and development of our country[27].

d. Convention on Cooperation in the Field of Investment with the Countries of the Commonwealth of Independent States

The said Agreement was signed in Ashgabat, the capital of Turkmenistan with Kazakhstan and the countries of the Commonwealth of Independent States on 24 December 1993. This Agreement deals with a number of issues relating to investment activity between state parties and the investors of the other state parties, and provides provisions in favor of investors. Many issues such as the prevention of double taxation, investment disputes, employment in the country invested in, transfer of profits, the way in which the investor enters the country to be invested in, that is, legal remedies and many other issues are regulated by this Agreement.

Lastly, it must be noted that investments made in Kazakhstan are secured by this Agreement and the interests of such investors are also preserved.

Conclusion

The theme of our presentation is the bilateral and multilateral international agreements concluded by Kazakhstan in the field of investment.

In conclusion, it must be stated that, Kazakhstan State has signed and ratified both bilateral

26 Demir, p. 2.

27 Suleymenov, p. 121-122.

and multilateral investment agreements for ensuring the flow of foreign investments into the country. While the number of bilateral agreements has reached forty-eight today, Kazakhstan is seen to have become a party to the MIGA, the ICSID, the European Energy Charter Treaty and the Convention on Cooperation in the Field of Investment with the Countries of the Commonwealth of Independent States as multilateral agreements. Both types of agreements (bilateral and multilateral agreements) have great importance in attracting foreign investment to our country.

Consequently, the State of Kazakhstan continues its efforts directed at securing foreign investments and expanding the scope of these guarantees in order for the improvement of the country's economy as well as with the purpose of ensuring the prosperity of the country.

Bibliography

- Çelikel, Aysel/Öztekin Gelgel, Günseli, Yabancılar Hukuku, 2014.
- Karluk Rıdvan, Türkiye'de Yabancı sermaye Yatırımları, İstanbul, 1983.
- Tuymebayev J., Kazakhstan-Turtsiya: 5 Let Drujbı i Sotrudniçestva, Bilig Ankara, 1996.
- Ermakov V. A., Kazakhstan v Sovremennom Mire, Ekonomiko-Geograficheskiy Ocherk, Almaty, 1998.
- Tekinalp Gülören, Yabancılar Hukuku, İstanbul, 2003.
- Tiryakioğlu Bilgin, Doğrudan yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara, 2003.
- Maulenov K.S., Pravovoe Regulirovaniye İnostrannıh İnvestitsiy v Respublike Kazakhstan, Almaty, 1998.
- Perova M., Mejdunarodnaya Forma Regulirovaniya İnostrannıh İnvestitsiy, Hozyaystvo i Pravo, No. 2.
- Suleymenov M. K., Pravo i İnostrannıe İnvestitsii v Respublike Kazakhstan, Almaty, 1997.

Websites

- Demir Esra, Enerji Şartı Anlaşması, http://www.mfa.gov.tr/enerji-sarti-anlasmasi.tr.mfa
- http://nufus.mobi/kazakistan-nufusu
- http://kgd.gov.kz/ru/content/konvencii-ob-izbezhanii-dvoynogo-nalogooblozheniya-i-predotvrashchenii-ukloneniya-ot

ULUSLARARASI İSTANBUL HUKUK KONGRESİ
INTERNATIONAL İSTANBUL LAW CONGRESS
17-19 EKİM 2016
17-19 OCTOBER 2016

İKİNCİ GÜN
SECOND DAY

MABEYN SALONU
MABEYN HALL

İkili ve Çok Taraflı Uluslararası Anlaşmalar - II
Bilateral and Multilateral International Treaties - II

AZERBAYCAN CUMHURİYETİ MEVZUATINDA VE ULUSLARARASI SÖZLEŞME TECRÜBESİNDE YABANCI YATIRIMLARIN HUKUKİ TEMİNAT PROBLEMLERİ

Prof. Dr. Afsar Sadigov *

1. Ulusal Mevzuat

Yabancı yatırımların hukuki teminati (garantisi) deyince onların pazara girişi, vergiye bağlanması, millileştirme, gelirlerin serbest yurtdışına çıkarılması, ulusal mevzuatın ağırlaştırılmaması teminatı, doğabilecek uyuşmazlıkların çözümü vs. gibi konuların çözümü anlaşılır. Yabancı yatırımlara ilişkin Azerbaycan Cumhuriyeti (AC) hem ulusal mevzuat hükümlerini oluşturmuş, hem de bu konuda kabul edilmiş uluslararası anlaşmaların katılımcısı olmuştur. Uygun yatırım ortamının oluşturulması ve yabancı yatırımcıların ülkeye çekilmesi için birçok ülkede olduğu gibi Azerbaycan Cumhuriyeti mevzuatında da belli teminatlar öngörülmüştür. Yabancı yatırımcılar için yasal teminat Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası'ndan (1995) başlar. Yabancı yatırımlar da dahil olmak üzere özel mülkiyetin yasayla korunması ilkesi anayasa esasına sahiptir. Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası'nın 13. maddesine göre: ''Azerbaycan Cumhuriyeti'nde mülkiyet dokunulmazdır ve devlet tarafından korunur."

Bilindiği gibi bellirli koşullarla yabancı yatırımların millileştirilmesine de izin verilir. Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası'nın 29. maddesi uyarınca ''Devlet ve kamu ihtiyaçları için mülkiyetin kamulaştırılmasına ancak bedelinin önceden adil bir şekilde ödenmesi şartı ile izin verilir, emlakın tam müsaderesine ise izin verilmez. Bahsedilen maddede, mülkiyetin mahkeme yoluyla korunması ilkesi de yer alır. (m.29.IV) 29. maddeye göre: "Hiç kimse malikin iradesinin aksine onu mülkünden mahrum edemez. Yalnız mahkeme kararı mülkiyet hakkının zorunlu kaybı için esas olabilir." Bu anayasal ilke yalnız ulusal yatırımcılar için değil, aynı zamanda yabancı yatırımcılar için de uygulanır. Nitekim, Anayasa'nın 69. maddesinin 1. fıkrası bir çok faaliyet alanında olduğu gibi yabancılar ve vatansızlar için ulusal ortam ilkesi öngörmektedir. Ulusal ortam ilkesi 1992 tarihli Yabancı Yatırımların Korunması Hakkında Azerbaycan Cumhuriyeti Kanunu'nda ve diğer düzenlemelerde de öngörülür.

Azerbaycan Cumhuriyeti mevzuatında yabancı yatırımların korunması ile ilgili diğer teminat millileştirme veya kamulaştırma gerçekleştikten sonraki süreci kapsamaktadır. Uluslararası Hukuk «doğal kaynaklar üzerinde devlet egemenliği» hakkından ileri gelen (Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası 14. madde) kabul eden devletin yabancı özel mülkiyeti millileştirme hakkını kabul eder fakat uluslararası hukukta oluşmuş «adil tazminat verilmeden millileştirmeye izin vermemek» ilkesi ulusal mevzuatta da öngörülmüştür (Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası 29. maddenin 4. fıkrası) ve bu ilkeye göre yatırımcının, aynı zamanda yabancı yatırımcının uğradığı zararın ödenmesi mekanizması teminat için hukuki esas yaratır.

Teminatlardan birisi de yatırım konusuna ilişkin mevzuatta öngörülen istikrar ve mevzuatın değiştirilmezliği ile ilgili teminatlardır. İstikrar veya mevzuatın değiştirilmemesi ile ilgili teminatlar yatırım faaliyetinin temelinde duran koşulların kötüleşmesinden korumayı belirler. Özellikle, yabancı yatırımcılar için dövizin dışarıya serbest çıkarılması, ulusal vergi indirimleri vs. ayrılacalıklar sağlanır. Buna örnek olarak «Yabancı yatırımların korunması hakkında» 1992 tarihli

* Bakü Devlet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Kamu Hukuku Anabilim Dalı (afsar.sadiqov@gmail.com)

Azerbaycan Cumhuriyeti kanunu (14. madde) vs. gösterilebilir.

2. Azerbaycan Cumhuriyeti'nin Uluslararası Anlaşmaları

Yabancı sermaye yatırımı 3 bileşenden oluşur: Kabul eden devletin politik ortamı, ekonomik gelişimin istikrarı ve yasal teminat. Yasal teminatın daha etkili biçimi ise uluslararası yasal düzenleme ile gerçekleştirilmektedir. Günümüzde yabancı yatırımların yasal düzenlenmesi konusunda ulusal mevzuat genelde uluslararası hukuki standartlar olmadan kendi işlevlerini gereken şekilde yerine getiremez. Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası'nın 148. maddenin 2. fıkrasında belirtildiği gibi Azerbaycan Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar Azerbaycan Cumhuriyeti'nin yasama sisteminin ayrılmaz bir parçasıdır.

Yabancı yatırımların uluslararası yasal düzenlenmesi ise iki taraflı uluslararası yatırım anlaşmalarına dayanır. İki taraflı yatırım anlaşmalarında yabancı sermayenin korunması konuları ile birlikte, kural olarak, genel ekonomik işbirliğinin ve kalkınmanın genişletilmesi gerekliliği ifade edilir. Azerbaycan Cumhuriyeti'nin Türkiye, AFR, Norveç, Pakistan, Suudi Arabistan, Rusya Federasyonu ve diğer ülkelerle imzaladığı «Yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki hakkında anlaşmalarda» karşılıklı olarak yasal teminat ve güvenlik, uyuşmazlıkların çözüm ilkeleri, yatırımcıların ulusal mensupluğunun belirlenmesi kriterleri vs. konuları ifade edilir.

Azerbaycan Cumhuriyeti ile Türkiye Cumhuriyeti arasında 9 Şubat 1994 tarihli «Yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması hakkında Anlaşma»nın giriş kısmında belirtilir ki, bir akit tarafın yatırımcılarının, diğer akit tarafın ülkesindeki yatırımları ile ilgili olarak, akit taraflar arasındaki ekonomik işbirliğini artırma arzusu ile bu gibi yatırımlara uygulanacak muameleye ilişkin anlaşmanın sermaye ve teknoloji akımı ile akit tarafların ekonomik kalkınmasını teşvik edeceğini kabul ederek, yatırımlara adil ve eşit muamele edilmesinin; yatırımlar için istikrarlı bir ortamın idamesi açısından arzulanır olduğunda ve ekonomik kaynakların etkin kullanımının en üst düzeye çıkarılmasına ve yaşam standartlarının geliştirilmesine katkıda bulunacağında mutabık kalarak ve bu amaçlara sağlık, güvenlik ve çevreye ilişkin genel uygulama önlemleri yanında uluslararası kabul görmüş işçi haklarını zayıflatmadan ulaşılabileceğine ikna olarak, yatırımların teşviki ve karşılıklı korunması ile ilgili bu anlaşmanın yapılmasına karar vermişlerdir.

Azerbaycan Cumhuriyeti yabancı yatırımcılar için yasal teminatın uluslararası çok taraflı anlaşmalar sistemine büyük önem verir. Azerbaycan Cumhuriyeti bu anlaşmalardan Enerji Şartı Anlaşması'nı (1998) 1997'de onaylamış, 1985 tarihli «Siyasi (kar amacı gütmeyen) risklerden yasal teminatı oluşturan Çok Taraflı Yatırım Teminatları Ajansı'nın (Multilateral Investmen Guarentee Agency-MİGA) oluşturulması hakkında Seul Sözleşmesi»ne, 1965 tarihli «Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasında Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Hakkında Vaşington Sözleşmesi»ne 1992 tarihinde katılmış, bahsedilen Sözleşmeye dayanarak oluşturulan Uluslararası Yatırım Uyuzmazlıklarının Çözümü Merkezi'nin (International Center For Settlement of Investment Disputes-ICSID) yargı yetkisini tanımıştır. Azerbaycan Cumhuriyeti aynı zamanda (1992 tarihinde) çok taraflı Yatırım Teminatları Ajansı'nın yargı yetkisini tanımış, Enerji Şartı Anlaşması Konferansı'nın faaliyetinde etkin bir şekilde görev almaktadır.

Yabancı yatırımcılar için önemli teminatlardan birisi de, çifte vergilendirmenin önlenmesi üzere uluslararası anlaşmaların onaylanmasıdır. Bu konuda da Azerbaycan Cumhuriyeti büyük uluslararası sözleşme tecrübesine sahiptir. Bir çok yatırımcı devletlerle çifte vergilendirmeyi önlemeye ve vergi kaçırmaya ilişkin anlaşmalar yapılmış ve bu uygulama devam etmektedir.

3. Uluslararası Kontratlar

Hukuka aykırı millileştirmenin (ekspropriasiyanın) önlenmesi veya adil, derhal ve tam tazminat ilkesi Azerbaycan Cumhuriyeti'nin petrol sözleşmelerinde tarafların hak ve

yükümlülüklerinin, öncelikle, hükümet teminatlarının temelini oluşturur. Abşeron deniz bloğunun araştırılması, işlenmesi ve hasılatın dağılımı hakkında Şevron şirketi ile SOCAR arasında 1997 tarihinde imzalanmış sözleşmede belirtildiği gibi, yüklenici tarafların hiçbir hakkının, çıkarının ve emlakının Azerbaycan Cumhuriyeti'nin hiçbir devlet organının herhangi hareketi sonucunda hukuka aykırı millileştirilmeyeceğine (ekspropriasiyaya), kamulaştırılmayacağına veya başka şekilde özelleştirilmeyeceğine garanti verilir. Fakat «Teminat'» hükümlerine rağmen, yüklenici tarafın her hangi hakkı, çıkarları ve emlakı kamulaştırılırsa, millileştirilirse veya başka şekilde özelleştirilirse, hükümetin, uygun konjonktür koşullarında sözleşmenin tarafı olan alıcının ve satıcının varlığı halinde nakit paranın bugünkü akımları yöntemini uygulayarak yükleniciye belirlenmiş tam pazar değeri ile dolarla, yeterli, derhal tazminat ödeyeceğine, yüklenici tarafın belirtlien haklarının, çıkarlarının ve emlakının tam pazar değerini hesaplamak için önemli uluslararası nüfusa sahip yatırım bankasını, tahkim mahkemesini yetkilendireceğine vs. teminat verir (Ek 5, madde1(e)).

Yabancı yatırımcılar için yasal teminat konusunda Azerbaycan Cumhuriyeti'nin milletlerarası kontratları ulusal mevzuat hükümlerinden de öteye geçerek, bazı durumlarda yabancı yatırımcılar için uluslararası hukuk kişiliği kavramını benimsemiştir. Ulusal mevzuatta devletin (Medeni Kanun'un 43. madde; Milletlerarası özel hukuk hakkında Kanun, 16. madde) (jure gestionis gibi) diğer ticari kuruluşlarla eşitlendirilmesi öngörülür. Uluslararası sözleşmelerde bu durum daha da etkindir. ACDPŞ ve Şevron, Total petrol şirketleri arasında (1999) imzalanmış sözleşmenin (uyuşmazlıkların çözümü) maddesinde denir ki, tahkime ilşkin ilgili hüküm istenilen dokunulmazlığı (aynı zamanda, engelleme olmaksızın hizmetlerin gösterilmesine ilişkin dokunulmazlık, egemen dokunulmazlık, tarafın istenilen mülkünden dokunulmazlık ve her hangi bir mahkemenin yargısına karşı dokunulmazlık) talebinden koşulsuz, şartsız ve değişmez imtinanı öngörür ve tahkim kararı gerekirse uygulanacak mevzuata uygun olarak diğer tarafın malvarlığıyla ilgili uygulanır (m.19.3) Belirtilen durumu «çokuluslu hukuk» kavramının realizesi gibi değerlendirmek olur.

Daha üstün hukuki teminat ise yabancı yatırımcılar için «ulusötesi (kavzibeynəlxalq) sözleşme» kavramıdır. Bu kavrama göre uluslararası (ticari) kontrat bir taraftan uluslararası hukukun pacta sunt servanda (ahde vefa) ilkesine tabi tutulur, diğer taraftan Azerbaycan hükumeti yüklenicilerin hakk ve çıkarlarına aykırı olabilecek her hangi milletlerarası anlaşma yapmayacağına dair yükümlülük alır,

Azerbaycan Cumhuriyeti'nin uluslararası kontratlarının diğer bir özelliği de onların «hasılatın dağıtımı» (production sharing agreements) biçiminde bir tür vergiye - gelir vergisine tabi tutulmasıdır. Böyle bir vergilendirme sistemi yabancı yatırımlar için vergi mevzuatının değişkenliğini ortadan kaldırmış olur.

Yabancı yatırımların korunması yanlız kamulaştırma, hukuka aykırı millileştirme ile ilgili sınırlı değildir. Ayrıca mevzuatının değiştirilemezliği (Kontratın 23.2. maddesi) dövizin yurtdışına çıkarılması, hasılata mülkiyet hakkı (m.19) vs. teminatlar da kontratlarda öngörülür.

4. Sonuç

Böylece Azerbaycan Cumhuriyeti mevzuatı ve uluslararası kontratları yabancı yatırımlara uyguladığı yasal teminatda gelişmiş devlet (ABD, Almanya, Japonya) modellerinden yola çıkarak:

-Yatırımların ihraç özgürlüğü ilkesi;

-Yatırımların ithali sırasında koruma tedbirlerinin alınması özgürlüğü ilkesi;

-Yatırımların uluslararası hukuki korunması ilkesi;

-Yabancı yatırımların düzenlenmesinin bölgeselliği ilkesi;

- Sermaye hareketi üzerinde uluslararası ve devlet denetimi ilkesi;

-Yabancı yatırımların uygun tazminat ödenilmeden hukuka aykırı millileştirmenin (ekspropriasiyanın) yasaklanması ilkesi;

-Yatırımlardan kazanılan gelirlerin ve kar paylarının kabul eden devletin ülkesinden serbest aktarılması ilkesi;

-Yerini almak (Subroqasiya) (yatırımlara zarar gelmesi durumunda zararın ödenilmesi talebi hakkının özel yatırımcılardan onun ait olduğu devlete veya MİGA'ya geçmesi) ilkesi;

-Çifte vergilendirilmeyi öneleme ilkesi;

-Ayrımcılığın önlenilmesi ilkesi;

-Daha uygun ulusal rejim ilkesi;

-Ulusal rejimin sunulması ilkesini vs. içerir.

Kaynakça

1. Sadıqov Ə.İ. Beynəlxalq Enerji Hüququ. Dərslik. Bakı: "Adventa Qroup" MMC, 2013, 312 p.
2. International Investment Law, edited by Prof. Dr. Marc Bungenberg., C.H. BECK; Oxford, United Kingdom : Hart ; Baden-Baden, Germany : Nomos, 2015, 1952 p.
3. International Investment Law, Understanding Concepts and Tracking Innovations. OECD. 2008, 100 p.
4. M. Pa. Parinskis, Basic Documents on international Investments Protection, Oxford and Portland, Oregon 2012, 1007 p.
5. Peter T. Muchlinski, Multinational Enterprises & The Law, Oxford University Press, 2007, 856 p.
6. Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, 2008, 456 p.
7. Sornarajah M., The International Law on Foreign Direct Investment, Cambridge University Press, 2004, 525 p.
8. UNCTAD, "World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies", New York and Geneva, 2012, 90 p.
9. www.e-qanun.az
10. General Interests of Host States in International Investment Law, edited by Giorgio Sacerdoti with Pia Acconci, Mara Valenti, Anna De Luca Cambridge; New York : Cambridge University Press, 2014, 461 p.
11. Annulment under the ICSID convention / R. Doak Bishop, Silvia M. Marchili, 305 p.
12. Foreign Investment Disputes : Cases, Materials, and Commentary, R. Doak Bishop, James Crawford, W. Michael Reisman Alphen aan den Rijn, The Netherlands : Kluwer Law International BV, [2014] 1276 p.

LEGAL ASSURANCE PROBLEMS OF FOREIGN INVESTORS IN THE LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF AZERBAIJAN AND IN THE INTERNATIONAL CONTRACT EXPERIENCE

Prof. Dr. Afsar Sadiqov[*]

1. National Legislation

When we consider the legal assurance (guarantee) of foreign investors, solution of issues such as, their entry to the market, their taxation, nationalization, the free outflow of revenues abroad, the guarantee that the national legislation won't be made more difficult and the solution of disagreements etc. are requested. In terms of foreign investments, the Republic of Azerbaijan (RA) has both created the national legislation provisions and become a party to the international agreements that are signed on this topic. Certain warranties are set forth in the legislation of the Republic of Azerbaijan as in many other countries, in order to create a favourable investment environment and to attract foreign investors to the country. Legal assurance for foreign investors begins with the Constitution of the Republic of Azerbaijan (1995). The principle of the protection of the private property including foreign investments has a constitutional base. According to the 13th article of the Constitution of the Republic of Azerbaijan: "Property is inviolable in the Republic of Azerbaijan and is protected by the state".

As it is known, the nationalization of foreign investments is also permitted under certain conditions. As per the 29th article of the Constitution of the Republic of Azerbaijan, "The nationalization of the property for the needs of the state and the public is only permitted on the condition that its value is paid fairly in advance; its full confiscation on the other hand is not permitted". The principle of the protection of the property via court is also stated in the mentioned article. (m.29.IV) According to article 29: "No one can deprive the proprietor of his property against his will. Only a court decision could be the basis for the obligatory loss of the property right." This constitutional principle is applied not only to national investors, but also to foreign investors. Hence, the principle of the national environment for foreigners and stateless individuals is set forth as in many other activity areas, in the 1st clause of the Constitution's 69th article. The principle of the national environment is also set forth in the Law of the Republic of Azerbaijan on the Protection of Foreign Investments, dated 1992 and in other regulations.

The other assurance regarding the protection of the foreign investments in the legislation of the Republic of Azerbaijan covers the process which ensues after the nationalization or the expropriation is realized. International Law accepts the receiving state's right to nationalize the foreign private property as part of the right of "state sovereignty over natural resources" (Constitution of the Republic of Azerbaijan, article 14). However, the international principle of "not allowing nationalization without paying for a fair compensation" is also set forth in the national legislation (4th clause of article 29 of the Constitution of the Republic of Azerbaijan) and according to this principle, the mechanism for the payment of the investor's and the foreign investor's incurred loss creates a legal basis for the assurance.

Some of the warranties include the stability that is set forth in the legislation with regards to the topic of investment and the assurance related to the unchangeablity of the legislation. Warranties related to the unchangeablity of the stability or the legislation sets the protection from

[*] Baku State University, Faculty of Law, Department of International Public Law, (afsar.sadiqov@gmail.com)

the worsening of the conditions which are in the centre of the investment activity. In particular, privileges such as the free outflow of currency and national tax deductions for foreign investors are provided. The Republic of Azerbaijan law on "The protection of foreign investments" dated 1992 (Article 14) can be shown as an example to this.

2. International Agreements of the Republic of Azerbaijan

Foreign capital investment consists of 3 components: the political environment of the receiving state, the stability of the economic development and legal assurance. The more effective form of legal assurance on the other hand, is realized with international legal regulations. Today, the national legislation on the legal regulation of foreign investments usually can't perform its functions as required without the international legal standards. As it is mentioned in the 2nd clause of the 148th article of the Constitution of the Republic of Azerbaijan, the international agreements of which the Republic of Azerbaijan is a party are integral parts of the legislative system of the Republic of Azerbaijan.

The international legal regulation of foreign investments is based on international bilateral investment agreements. In bilateral investment agreements, the necessity of extending the general economic cooperation and development is stated as a rule, along with issues of the protection of foreign capital. In the agreements regarding the "Mutual protection and encouragement of investments" that the Republic of Azerbaijan signed with Turkey, AFR, Norway, Pakistan, Saudi Arabia, Russian Federation and other countries, topics such as mutual legal assurance and guarantee, the resolution principles of disputes and the identification of the national membership of the investors are stated.

The following is mentioned in the introduction section of the "Agreement on the mutual protection and encouragement of investments" dated February 9, 1994 and signed between the Republic of Azerbaijan and the Republic of Turkey: Regarding the investments of a contracting party's investors on the country of the other contracting party, they have decided to sign this agreement on the encouragement and mutual protection of investments with the desire to increase the economic cooperation between the contracting parties; by accepting that the agreement regarding the procedures that will be applied to these investments will encourage the economic development of the contracting parties with the flow of capital and technology; by agreeing on the fact that the just and fair treatment of investments is desirable for the sustainment of a stable environment for the investments and that it would contribute to the rise of the efficient usage of economic resources to the highest level and the improvement of the living standards; and by being convinced that these goals can be reached by the general implementation precautions regarding health, security and environment and by not weakening the internationally recognized worker rights.

The Republic of Azerbaijan attaches great importance to the international multilateral agreement system of the legal assurance for foreign investors. Out of those agreements, the Republic of Azerbaijan approved the Energy Charter Treaty (1998) in 1997, participated in the "Seoul Agreement on the formation of the Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) which makes up the legal assurance out of the political (not for profit) risks" dated 1985, and the "Washington Agreement on the Resolution of the Disputes between States and the Citizens of other States" dated 1965, in 1992 and recognized the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) which was established based on the mentioned agreement. The Republic of Azerbaijan also recognized the jurisdiction of the Multilateral Investment Guarantee Agency (in 1992) and takes charge in the event of the Energy Condition Agreement Conference effectively.

One of the important warranties for foreign investors is the approval of international agreements for the prevention of double taxation. The Republic of Azerbaijan has a great deal of international agreement experience on this topic as well. Agreements regarding the prevention of double taxation and tax evasion have been signed with many investor states and this practice continues.

3. International Contracts

The prevention of illegal expropriation or the principle of fair, immediate and full compensation form the basis of the government's warranties first and foremost and also the basis of the rights and liabilities of the parties in the oil agreements of the Republic of Azerbaijan. As it is mentioned in the agreement signed between the corporation of Chevron and SOCAR in the year 1997 for the exploration, processing and revenue distribution of the Absheron sea block, it is guaranteed that no right, interest or property of the contractor parties will be illegally expropriated, nationalized or privatized in any other way as a result of any actions of the any state bodies of the Republic of Azerbaijan. However, if any rights, interests or properties of the contractor party is expropriated, nationalized or privatized in any other way despite the "Assurance" provisions, the government warrants that sufficient cash will be paid to the contractor immediately by applying the method of current day cash flow with the total specified market value in dollars, in case of the existence of the buyer and seller who are parties to the contract, under convenient conjuncture conditions and that an internationally reputable investment bank and a court of arbitration will be authorized in order to calculate the total market value of the contractor party's specified rights, interests and properties.

When it comes to legal warranties for foreign investors, the international contracts of the Republic of Azerbaijan go beyond the national legislation provisions in some cases and adopt the concept of international legal identity for foreign investors. The equalization of the state with other commercial institutions is set forth in the national legislation (43rd article of Civil Law; 16th article of the Law on International Private Law) (like jure gestionis). This case is even more effective in international agreements. It's stated in the agreement signed between the oil companies of SOCAR and Chevron and Total (1999), in the article (regarding the resolution of disputes) that the provision regarding the arbitration sets forth the unconditional, termless and irrevocable abstention of the required immunity (along with the immunity regarding the provision of services without any obstruction, sovereign immunity, immunity from the demanded property of the party and immunity against the ruling of any court) and if an arbitration decision is required it is applied in relation to the other party's assets according to the legislation that should be applied (Article 19.3). It's possible to consider the mentioned situation as the realization of the "international law".

A more superior legal assurance for foreign investors on the other hand is the concept of "transnational agreement". According to this concept, the international (commercial) contract would be subjected to the pacta sunt servanda principle of law on one hand; on the other hand the government of Azerbaijan assumes the obligation of not making any international agreements that could be against the rights and interests of the contractors.

Another property of the international contracts of the Republic of Azerbaijan is that they are subjected to a revenue tax - a "distribution of revenue" (production sharing agreements) kind of tax. Such a taxation system would eliminate the variability of the tax legislation for foreign investments.

The protection of foreign investments is not just limited to the prevention of expropriation and illegal nationalization. Warranties such as the irrevocability of the contract (Article 23.2. of the contract), the flow of currency abroad and the property right of revenues (Article 19) are also set forth in contracts.

4. Conclusion

Thus, the legislation of the Republic of Azerbaijan and its international contracts include the following principles in legal warranties applied to foreign investments, following the models of the developed countries (USA, Germany, Japan):

-The principle of the freedom of the export of investments;

-The principle of the freedom of taking protection precautions during the import of the investments;

-The principle of the protection of the investments in international law;

-The principle of the regionality of the regulation of foreign investments;

-The principle of international and state control on capital movements;

-The principle of the banning of illegal expropriation of foreign investments without paying the appropriate compensation;

-The principle of the free flow of revenues and profit shares earned from the investments from the country of the receiving state;

-The principle of substitution (transfer of the right of the demand for the payment of the losses in case the investments get harmed, from the private investors to the state it belongs or MIGA);

-The principle of the prevention of double taxation;

-The principle of the prevention of discrimination;

-A more appropriate national regime principal;

-The principal of the offering of the national regime.

References

1. Sadiqov Ə.İ. Beynəlxalq enerji hüququ. Dərslik. Bakı: "Adventa Qroup" MMC, 2013, p.312.
2. International investment law/edited by Prof. Dr. Marc Bungenberg...: C.H. BECK; Oxford, United Kingdom: Hart; Baden-Baden, Germany: Nomos, 2015, 1952p.
3. International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations. The OECD. 2008, 100p.
4. M. Pa. Parinskis, Basic Documents on international Investments Protection. Oxford and Portland, Oregon 2012, 1007p.
5. Peter T. Muchlinski, Multinational Enterprises & The Law, Oxford University Press, 2007. 856p.
6. Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, 2008. 456p.
7. Sornarajah M., The International Law on Foreign Direct Investment, Cambridge University Press, 2004. 525p.
8. UNCTAD, "World Investment Report 2012: Towards a New Generation of investment Policies", New York and Geneva, 2012, 90p.

9. www.e-qanun.az
10. General interests of host states in international investment law/edited by Giorgio Sacerdoti with Pia Acconci, Mara Valenti, Anna De Luca, Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2014, 461p.
11. Annulment under the ICSID convention/R. Doak Bishop, Silvia M. Marchili, 305 p.
12. Foreign investment disputes: cases, materials, and commentary/R. Doak Bishop, James Crawford, W. Michael Reisman Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International BV, [2014] 1276 p.

DEMOKRATİK TOPLUM VE SERBEST PİYASA EKONOMİSİ İÇİN ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI YASASI

Parviz Abbasov[*]

Anahtar kelimeler: insan hakları ve özgürlükler, bireysel özerklik, demokratik toplum, hakların değeri, ekonomik büyüme, serbest piyasa.

Bu sunumda amacım, uluslararası insan hakları yasasının hukuki niteliği ve düzenleyici rolü hakkında konuşmak değil, uluslararası insan hakları yasasının rolüne, özellikle temel bir kurum olarak insan hakları ve özgürlükler konseptine ve bunun sürdürülebilir bir demokratik toplum ve büyüyen serbest piyasa ekonomisine ilişkin önemine dikkat çekmektir.

Bu amaçla, öncelikle bir konsept olarak uluslararası insan hakları ve özgürlüklerinin birincil doğasını ve özelliklerini anlamalıyız. Bu bağlamda, insan haklarının doğasına ve konseptine yönelik bireysel ve toplumsal yaklaşımları tartışalım; demokrasi ve serbest piyasa karşısında, insan hakları ve insan hak ve özgürlüklerinin değerini aşağıdaki bölümlerde analiz edelim:

İnsan Hakları ve Birey

İnsan hakları, bir toplulukta bireyin statüsünü güçlendiren ve bireysel özerkliğini sağlayan, her insanın, evrensel sivil ve siyasi özgürlükler ve ekonomik ve sosyal haklarıdır. İnsan hakları çoğunlukla, hükümetlerin müdahalesini sınırlayan ve her insanın bireysel bütünlüğünü ve özerkliğini koruyan özgürlüklerdir. Diğer bir deyişle, «Bu haklar, bir ferdi zorlayıcı gücün suiistimalinden veya kişisel seçimleri sınırlandırılmış bir alana sokulmaktan koruması beklenen bir kalkan sağlar». (2, s.11)

Dahası, daha güvenilir koruma için insan hakları ve özgürlükleri anayasal olarak güvence altındadır ve bu nedenle çoğunluk temsilcileri tarafından kolaylıkla reddedilemezler. Bu mekanizma, insan hakları kavramının vazgeçilmez bir özelliğidir ve insan haklarının ve özgürlüklerinin vazgeçilmez nitelikte olmasını sağlar. İnsan hakları ve özgürlükleri ile insanlar, bireysel özgürlüklerini korumakta ve çoğunluğun müdahalesine veya baskısına karşı savunmaktadırlar. İnsan Hakları Komitesi, 34 sayılı Genel Yorumu'nda "Görüş özgürlüğü ve ifade özgürlüğü, kişinin tam gelişimi için vazgeçilmez koşullardır" (6, Madde 2) şeklinde belirtmiştir. Dolayısıyla, insan hakları, toplumun her üyesinin gözetiminde, öncelikle birey-toplum ilişkisini düzenleyen ve demokratik toplum ve hukukun üstünlüğünü koruyan bir araç sunmaktadır (3, s.119). Ancak insan haklarının rolü, bireysel özerkliğin korunmasıyla sınırlı değildir, hatta daha ziyade, "kolektif mallara karşı ekonomik özgürlük hakkı ya da sözleşme özgürlüğü hakkı olmadığından" bireysel otonomi aynı zamanda bir topluluğun çıkarlarını korumaktadır (1, s. 253).

İnsan Hakları ve Toplum

Medeni ve siyasi özgürlükler bireysel özerklikle ilgili olmasına ve öncelikle bireyleri hükümetlere karşı korumasına rağmen, etkili bir siyasi sistem kurma ve demokratik bir toplum sağlamada da temel önem taşımaktadır. Çünkü gerekli ve etkin politik ve sosyal kurumlar olmaksızın, tek başına bireysel özerkliğin bireysel emniyeti ve refahı sağlayamayabileceği açıktır.

J. Raz'ın yazdığı gibi, liberal hakların rolü, mutlak ağırlığa sahip kişisel çıkarların korunması değil, bir topluluğun temel ahlaki ve politik kültürünü belirli kurumsal düzenlemeler ya da politik sözleşmeler yoluyla korumak ve sürdürmektir (1, p 245). İnsan hakları ve özgürlükleri, bir önceki

[*] Azerbaycan Bakü Devlet Üniversitesi'nde doktora öğrencisi, Öğretim Görevlisi, abbasovp@yahoo.com

bölümde açıklandığı gibi öncelikle topluma ve çoğunluğa karşı bireylere ve azınlıklara hizmet etmekle birlikte, "Haklar, doğal olarak kolektif mallardan bağımsız ve esas olarak onlara karşı olarak algılanmamalıdır. Aksine, hem ortak mallara dayalıdırlar, hem de bunlara hizmet ederler" (1, s.255). İnsan hak ve özgürlüklerinin korunması ve kullanılması, herhangi bir topluluğun gelişmesi ve büyümesi için temel kurumlar olan yeterli mevzuat, bağımsız ve tarafsız yargı, demokratik otoriteler, hukukun üstünlüğü, sözleşme özgürlükleri, mülkiyet hakları ve ekonomik özgürlüklerin varlığı anlamına gelir.

Sivil ve siyasi özgürlükler, bireysel özerklik ve özgürlüğü önemsemenin yanı sıra, "İnsan Hakları ve Demokrasi" bölümünde konuşacağımız, topluluk, siyasi sistem ve demokrasinin etkin bir biçimde işlemesini de desteklemektedir. Dolayısıyla, insan hakları kavramının bir diğer temel önemi, toplum için yapılandırıcı bir rol oynaması ve demokratik siyasi sistemin işleyişini desteklemesidir.

Dahası, insan hakları ve özgürlük, bütün başarılı ve müreffeh ülkelerde devletin ve toplumun temeli ve ana sütunu olan Hukukun Üstünlüğünün temel unsurudur.

İnsan Haklarının Değeri

Demokratik toplum ve serbest piyasa için insan haklarının ve özgürlüklerin önemini görmenin bir başka yolu, 2005 yılında Prof. Leif Wenar tarafından açıklandığı gibi, insan haklarının değerini anlamaktır. Wenar, "hakların değerinden ne anladığını", ifade özgürlüğünü örnek olarak kullanarak anlatmaya çalışmıştır. Yazara göre, "en geniş anlamda, özgür konuşma hakkının değerine ilişkin iki görüş vardır. İlk görüşte, konuşma hakları kendiliğinden iyidir. Bir kişinin konuşma haklarına saygı göstermek, o kişinin kendine özgü haysiyetine ve değerine, rasyonel ve özerk bir varlık olarak saygı duymaktır. İkinci görüşte, konuşma hakları son bulma araçlarıdır. Konuşma hakkı veriyoruz çünkü bunu yapmak, demokratik istikrar, piyasa etkinliği ve daha fazla aydınlanma gibi arzu edilen durumları elde etmemize yardımcı olacaktır" (4, s.1). Böylece, Thomas Nagel'e atfen, yazar [insan] haklarının değerini içsel ve enstrümantal olarak kabul etmektedir.

İçsel yaklaşım, bir kişinin bağımsız bir varlık olarak değerine odaklanır ve insan haklarının doğrudan kişilerin doğasından kaynaklandığını destekler. Bu, insan haklarının ve özgürlüklerin, gözetebilecekleri veya devam ettirebilecekleri diğer yararlardan bağımsız olarak, kendi içinde değerli ve önemli olduğu anlamına gelir. Örneğin, «Konuşma hakları, kişilerin belirli konularda konuşarak ya da başkalarının belirli konulardaki konuşmalarını dinleyerek elde edebilecekleri çıkarlardan değil, doğasından kaynaklanır. Mesele ne olursa olsun, insanların görüş alış verişi yapmalarına ve böylece kendi görüşlerini oluşturmalarına izin verilmelidir"(4, s. 4).

Enstrümantal yaklaşım, hakların değerinin emniyet, esenlik, demokratik istikrar ve benzeri gibi belirli amaçlar için olan araçlardan oluştuğu fikrini desteklemektedir. Bu yaklaşım şunu savunur; "haklar, bireyin öncül doğası ile değil, onların onaylarından sonra arzulanan durumlarla gerekçelendirilir"(4, s. 3).

İnsan Hakları ve Demokrasi

Yukarıdaki birinci bölümde, insan haklarının ve özgürlüklerin öncelikle bireysel olduğunu ve bireyleri çoğunluğa ve topluluğa karşı koruduğunu tartıştık. Bu anlamda, "insan hakları demokrasiyle eş anlamlı değildir, aksine insan hakları azınlıkların ve bireylerin haklarını koruyarak demokratik kararların özgürlüğünü sınırlandırır" (5, s.5). Ancak diğer birçok akademisyen ve kurum, insan haklarının muhalefet yerine demokrasiyle daha fazla işbirliği içinde olduğuna inanmaktadır. Bu inancın ardında yatan açık mantık, demokrasileri oluşturanın ve yönlendirenin kişisel sivil ve siyasal hürriyetler olduğudur. Örneğin, İnsan Hakları Komitesi 34 nolu Genel Yorumunda şu şekilde belirtmiştir; "Görüş özgürlüğü ve ifade özgürlüğü, her özgür ve demokratik toplum için

temel taşını oluşturmaktadır" (6, Madde 2). Dahası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) birçok kez demokratik bir toplum için insan hakları ve özgürlüklerinin önemini ve temel niteliğini yinelemiştir. Lingens ile Avusturya (1986) vakasında AİHM şu karara varmıştır; "İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun vazgeçilmez temellerinden ve gelişiminin temel koşullarından biridir ve her bireyin kendini tatmin etmesini sağlar".

Şüphesiz, bilim ve birçok kurum ve makam tarafından, insan hak ve özgürlüklerinin sadece bireysel özerkliği inşa etmeye ve korumaya hizmet etmediği, aynı zamanda modern demokratik siyasi sistemlerin kurucu unsurlarını sağladığı ve sürdürülebilirlik ve etkinliklerini güvence altına aldığı kabul edilmektedir.

İnsan Hakları ve Serbest Piyasa

Temel bir hukuki ve politik olgu olmasının ötesinde, insan hakları ve özgürlükleri, serbest piyasanın işleyişi için de önemli bir ekonomik kurumdur. İnsan hakları ve özgürlükleri, piyasanın ekonomiyi işletmesi için yeterli ve özgür çevre sağlar. Sivil özgürlüklerin ekonomik önemini anlamanın bir kısa yolu, adil yargılanma hakkı ve etkili bir çözüm hakkıdır. Bağımsız, tarafsız ve etkili bir yargı sistemi, herhangi bir ülkede güvenilir bir iş ortamının garantisi ve ön şartıdır.

Medeni ve siyasi hakların ekonomik önemini açıklayan bir başka hak veya kurum, mülkiyet hakkıdır. 1776 Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'nde mülkiyet hakkı, mutluluk arayışı hakkı olarak belirtilir ve yaşam ve özgürlük hakkı ile birlikte doğal olarak var olan ve vazgeçilemez olarak tanımlanır. Özel mülk elde etme, bulundurma ve elden çıkarma hakları verilmeden, değil ekonomik büyüme sağlamak, bir piyasa ekonomisini korumak bile mümkün değildir. Mülkiyet hakkı güçlü bir şekilde korunmadan, insanlar daha fazla kazanmak için teşvik edilemeyecek ve böylece Gayri Safi Milli Hâsıla'ya katkıda bulunup daha fazla vergi ödeyemeyecektir. Çünkü mülkiyet hakları korunmadan, insanlar daha zengin oldukça daha fazla kaybedebileceklerini düşünecektir.

Bu nedenle, sivil ve siyasi özgürlükler, sürdürülebilir bir ekonomik kalkınma için hayati önem taşımakta ve ikinci ve üçüncü nesil haklardan yararlanmanın temel koşullarını oluşturmaktadır. Bir kişi adil yargılanmaksızın hapsedilebiliyorsa, suçu kabul etmesi için işkence edilebiliyorsa, ortadan kaybedilebiliyorsa ya da siyasi düşünceler yüzünden öldürülebiliyorsa, ekonomik hakların bir anlamı yoktur. Ekonomik haklardan bahsetmenin anlamlı olması için bu istismarların yok edilmesi mutlaka yapılması gereken önemli bir ön şarttır (7, s.6).

Dolayısıyla, sözleşme özgürlüğü, dolaşım özgürlüğü (malların, hizmetlerin, işçilerin, yatırımın), mülkiyet hakkı ve adil yargılanma gibi özgürlükler ve haklar, serbest piyasanın işleyişi için hayati öneme sahiptir. Bu haklardan ve özgürlüklerden yararlanılmaksızın serbest piyasa düzgün şekilde çalışamaz.

Sonuç

İnsan haklarının ve özgürlüklerin korunmasının ve geliştirilmesinin önemi, artık yasal veya siyasi bir mesele değildir. Günümüzde bu, bireycilik ve toplulukçuluk çatışmasının ilerisindedir ve klasik batı insan hakları kavramının ötesine geçmektedir. İnsan hakları hareketi bitmiştir ve artık insan hakları fikri, batı demokrasilerinin siyasi bir aracı olmak zorunda değildir. Büyüyen bir ekonomi kurmayı ve ekonomik kaynaklarını serbest piyasa aracılığıyla verimli ve adil bir şekilde dağıtmak ve yönetmek isteyen her ülke için, insan haklarının korunması öncelikli gündem olmalıdır. İnsan hakları ve özgürlükleri, her bireyin ortak refah isteğini ve buna katkıda bulunmasını teşvik eder ve güvence altına alır ve devletleri ekonomik ve sosyal yüklerinin çoğundan kurtarır. İnsan hak ve hürriyetlerinden yaralanmak, bireyleri yetkilendirir ve kendi hayatlarından sorumlu hale getirir ve ayrıca, iyi işleyen bir demokratik siyasi sistem vasıtasıyla yaşamsal kamu menfaatlerinin sürdürülmesini destekler.

Kaynakça

1) Joseph Raz, 1986, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press.
2) Osiatynski Wiktor, *Beyond Rights*, In Sajo, Andras (ed.) Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights, Eleven International Publishing, 2006.
3) Parviz Abbasov, *Economic Aspects of Human Rights and Freedoms*, Makale derlemesi "International Scientific Conference dedicated to 92th anniversary of Azerbaian's National Leader, Heydar Aliyev", sayfa 119
4) Leif Wenar, Value of Rights, Law and Social Justice, (MIT, 2005):179-209
5) Osiatynski Wiktor, *Introduction to the Concept of Human Rights*, Helsinki Komitesi El Kitabı, İnsan Hakları İzleme ve Geliştirme ve STK yönetimi Rehberi, Uluslararası Helsinki İnsan Hakları Federasyonu, 1995.
6) Human Rights Committee, 102. oturum Geneva, 11-29 Temmuz 2011, Genel Yorum No. 34, Madde 19: Fikir ve İfade Özgürlükleri
7) Lorenz Blume ve Stefan Voigt, *The Economic Effects of Human Rights,* Kyklos, Cilt. 60, No. 4, s. 509-538, Kasım 2007.

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW FOR DEMOCRATIC SOCIETY AND FREE MARKET ECONOMY

Parviz Abbasov[*]

Key words: human rights and liberties, individual autonomy, democratic society, value of rights, economic growth, free market.

In this presentation my purpose is not to speak about the legal nature and regulatory role of international human rights law, but to draw some attention to the role of international human rights law and particularly the concept of human rights and freedoms as a fundamental institution and its significance for a sustainable democratic society and growing free market economy.

For this purpose we should first understand the primary nature and features of international human rights and freedoms as a concept. In this regard, let us discuss individual and communitarian approaches to the nature and concept of human rights; moreover analyze the value of human rights and the human rights and freedoms vis-à-vis the democracy and free market under the following sections:

Human Rights and Individual

Human rights are universal civil and political liberties and economic and social rights of each human being strengthening his or her status as an individual and ensuring his or her individual autonomy in a community. Human rights are mostly liberties that limit governments' intervention and protect individual integrity and autonomy of each human being. In other words, "these rights provide a shield that is supposed to protect an individual from the abuse of coercive power or from mere intrusion into a realm restricted for personal choices."(2, p.11)

Moreover, for more reliable protection human rights and liberties are constitutionally guaranteed and therefore they may not be easily overruled by the representatives of majorities. This mechanism is an indispensable feature of the concept of human rights and ensures to maintain inalienable nature of human rights and liberties. By means of human rights and liberties human beings maintain their individual freedom and defend it from interference or oppression of majority. Human Rights Committee in its General Comment No, 34, sets forth that "Freedom of opinion and freedom of expression are indispensable conditions for the full development of the person (6, Clause 2). Thus, human rights primarily provide an instrument of regulating individual-community relationship and maintaining democratic society and rule of law under the supervision of each member of the community (3, p.119). However, the role of human rights is not limited to the protection of individual autonomy, but rather, even such individual autonomy also pursues interests of a community, since human rights such as "the right to economic freedom, or the right to freedom of contract, do not exist in opposition to collective goods"(1, p.253).

Human Rights and Community

Although, civil and political liberties are about individual autonomy and primarily protect individuals against governments, they are also fundamental in terms of establishing an efficient political system and maintaining a democratic society. Because it is apparent that without necessary and efficient political and social institutions mere individual autonomy may not be capable of ensuring individual safety and prosperity.

[*] Ph.D. Candidate at Baku State University, Lecturer, abbasovp@yahoo.com

As J. Raz writes, the role of liberal rights is not in the protection of individualistic personal interests of absolute weight, it is to maintain and protect the fundamental moral and political culture of a community through specific institutional arrangements or political conventions (1, p. 245). Although human rights and liberties, as explained in the previous section, primarily serve individuals and minorities against community and majority, "rights are not to be understood as inherently independent of collective goods, nor as essentially opposed to them. On the contrary, they both depend on and serve collective goods" (1, p. 255). Protection and enjoyment of human rights and liberties means the existence of adequate legislation, independent and impartial judiciary, democratic authorities, rule of law, contractual freedoms, property rights and economic freedoms which are fundamental institutions of development and growth for any community.

Besides cherishing individual autonomy and liberty, civil and political liberties also support efficient operation of community, political system and democracy about which we will speak in the 'Human Rights and Democracy' section. So, another fundamental significance of the concept of human rights is that it plays a constituting role for community and supports the functioning of democratic political system.

Moreover, human rights and liberty is a core element of the Rule of Law which is the ground and main column of the state and society in all successful and prosperous nations.

Value of Human Rights

Another way of seeing the significance of human rights and liberties for democratic society and free market is to understand the value of human rights, as it has been explained by Professor Leif Wenar in 2005. He explains his understanding of the value of rights using freedom of expression as a sample. According to the author, "there are, in the broadest terms, two views of the value of the right to free speech. On the first view speech rights are good in themselves. To respect a person's speech rights is just to respect the inherent dignity and worth of that person as a rational and autonomous being. On the second view speech rights are means to ends. We ascribe speech rights because doing so will help us to achieve desirable states of affairs like democratic stability, market efficiency, and greater enlightenment" (4, p.1).Hence, with reference to Thomas Nagel the author classifies the value of [human] rights as intrinsic and instrumental.

Intrinsic approach focuses on the worth of a person as an independent being and supports that human rights flow directly from the nature of persons. It means that human rights and liberties are valuable and significant in themselves, regardless of any further benefits they may pursue or entail. For example, "speech rights flow immediately from the nature of persons as reasoners, and not from the interests that people may have in speaking on particular topics or in listening to others speak on particular topics. Whatever the issue at stake, people must be allowed to exchange their views so that they can form their own opinions. (4, p. 4).

Instrumental approach supports the idea that the value of rights consists of the means for certain ends, such as safety, well-being, democratic stability and etc. This approach states that "rights are not justified by the antecedent nature of the individual, but by the desirable states of affairs subsequent to their recognition." (4, p. 3)

Human Rights and Democracy

We have discussed in the first section hereinabove that human rights and liberties are primarily individual and protect individuals against the majority and community. In this sense "human rights are not synonymous with democracy, just the opposite, human rights limit the freedom of democratic decisions by protecting the rights of minorities and individuals"(5, p.5). However many other scholars, institutions believe that human rights are more in collaboration

with democracy, rather than in opposition. Obvious reasoning behind such belief is that it is personal civil and political liberties that constitute and drive democracies. For example, Human Rights Committee in its General Comment No. 34 states that "Freedom of opinion and freedom of expression constitute the foundation stone for every free and democratic society" (6, Clause 2). Moreover, in many times the European Court of Human Rights (ECtHR) has reiterated the importance and fundamental nature of human rights and freedoms for a democratic society. In Lingens v. Austria (1986) the ECtHR rules that "freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society, one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfillment".

It is now undoubtedly recognized in scholarship and by many institutions and authorities that human right and liberties do not only serve to construct and safeguard individual autonomy, but also provides constituent elements of modern democratic political systems and guarantees their sustainability and efficiency.

Human Rights and Free Market

Apart from being a fundamental legal and political phenomenon, human rights and liberties is also an important economic institution for the functioning of a free market. Human rights and freedoms ensure adequate and free environment for market to run the economy. A shortcut for understanding economic importance of civil liberties is fair trial rights and right to an effective remedy. Independent, impartial, effective judiciary system is a guarantee and precondition of a reliable business environment in any country.

Another right or institution explaining the economic significance of civil and political right is the right to property. In the 1776 American Declaration of Independence property right is stated as the right to pursuit of happiness and called inherent and inalienable along with the right to life and liberty. It is not possible to maintain a market economy without ensuring rights to acquire, possess and dispose private property, let alone the economic growth. Without a strong protection of property right people will not have an incentive to earn more and thus contribute to the Gross Domestic Product and pay more taxes. Simply because, in the absence of property rights guarantees people understand that as richer they are as more they can lose.

Thus, civil and political liberties are vital for sustainable economic development and constitute a basic condition for the enjoyment of second and third generation rights. Economic rights makes little sense if anybody can be imprisoned without fair trial, can be tortured in order to induce him to plead guilty, can disappear, or can even be killed out of political considerations. The absence of these abuses is a crucial precondition that must be satisfied before talk of economic rights becomes meaningful (7, p. 6).

Therefore, for the free market to function such liberties and rights as freedom of contract, freedom of movement (of goods, services, workers, investment), right to property, fair trial are of vital importance. Without the enjoyment of these rights and freedoms free market cannot function properly.

Conclusion

Importance of the protection and enjoyment of human rights and liberties is not a legal or political issue any more. Now it is more than a matter of individualism and communitarianism conflict, and goes beyond the classic western concept of human rights. Human rights movement is over and now the idea of human rights does not have to be a political tool of influence of western democracies. For any country seeking to establish a growing economy and achieving efficient and fair distribution and management of its economic resources through free market, protection

of human rights should be priority agenda. Human rights and liberties encourage and safeguard individual incentives and participation of every individual to contribute to the common wealth and relieve states from many of their economic and social burdens. Enjoyment of human rights and liberties entitles individuals and makes them accountable for their own lives and also supports to pursue vital public interests through a well-functioning democratic political system.

References

1) Joseph Raz, 1986, The Morality of Freedom, Oxford, Clarendon Press.
2) Osiatynski Wiktor, Beyond Rights, In Sajo, Andras (ed.) Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights, Eleven International Publishing, 2006.
3) Parviz Abbasov, *Economic Aspects of Human Rights and Rreedoms* Compilation of articles of "International Scientific Conference dedicated to 92th anniversary of Azerbaian's National Leader, Heydar Aliyev", page 119.
4) Leif Wenar, Value of Rights, Law and Social Justice, (MIT, 2005), p. 179-209
5) Osiatynski Wiktor, *Introduction to the Concept of Human Rights*, In Handbook for Helsinki Committees. A Guide in Monitoring and Promoting Human Rights, and NGO Management, International Helsinki Federation for Human Rights, 1995.
6) Human Rights Committee; 102nd session Geneva, 11-29 July 2011, General Comment No. 34, Article 19: Freedoms of opinion and expression
7) Lorenz Blume and Stefan Voigt, *The Economic Effects of Human Rights,* Kyklos, Vol. 60, No. 4, p. 509-538, November 2007.

ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN DAĞLIK KARABAĞ SORUNU

*Dr. Neriman Hanahmedov**
*Arş. Gör. Tofiga Hüseynova***

Karabağ bölgesiyle ilgili tarihi kaynaklara bakıldığında, bölgenin farklı dönemlerde, farklı milletler tarafından yönetildiği göze çarpmaktadır. Söz konusu unsurlar, sorunun hâlihazırdaki etnik durumunu daha iyi analiz etmesi bakımından önem taşımaktadır. Tarihsel açıdan ele alındığında, Dağlık Karabağ bölgesinin Osmanlı, İran ve Çarlık Rusya yönetimi altında kaldığı görülmektedir. Bölge, 1555 Amasya Antlaşması ile Osmanlı Devleti'ne, 1735 Gence Antlaşması ile İran'a ve 1828 Türkmençayı Antlaşması ile Çarlık Rusya'sına bırakılmıştır. Birinci Dünya Savaşı sonrasında ise, bölgeye Osmanlı Devleti ve İngilizler hâkim olmuştur. Her ne kadar Azerbaycan 1918'de bağımsızlığını ilan ettiyse de, 1920'lerden itibaren bölge, Azerbaycan Cumhuriyeti adı altında Sovyetler Birliği yönetimi altına girmiştir. (Abdullayev A.,Ermenistan'ın Azerbaycan'a Karşı Müdahaleci Siyaseti)

Bolşevikler, Rus Devrimi'nin ardından bölgeyi önce Azerbaycan'a, daha sonra bu kararı hiçbir zaman kabul etmeyen Ermenistan'a ve nihayet 1921 yılında tekrar Azerbaycan'a bırakmışlardır. Dağlık Karabağ Özerk Bölgesi 1923 yılında Azerbaycan Sovyet Cumhuriyeti sınırları içerisinde kurulmuştur. (Azerbaycan Cumhuriyeti 1991-2001)

Ermenilerin yerleştirilmesi ve Azerbaycan'a karşı asılsız toprak iddialarında yeni bir aşamayı İkinci dünya savaşından sonraki yıllar oluşturmaktadır. Bu dönemden itibaren Ermeni çevreleri birkaç yönde faaliyet göstermeye başladılar. Ermeniler, Sovyet yönetiminin talimatı ile Türkiye'ye karşı toprak iddialarında bulundular. Fakat Türkiye hükümeti asılsız iddiaları kesinlikle reddederek toprak vermedi.(Abdullayev A.,Ermenistan'ın Azerbaycan'a Karşı Müdahaleci Siyaseti)

Ermenistan Komünist Parti Merkez Komitesi Sekreteri Q. Arutunov 1945 yılının Kasım ayında Stalin'e bir mektupla başvurarak Dağlık Karabağ Özerk vilayeti üzerinde hak iddia etti. Bu başvuruyu yansıtan mektubu, SSCB Komünist Parti Sekreteri Qeorgiy Malenkov 28 Kasım 1945'te Azerbaycan Komünist Parti Merkez Komitesi Sekreteri Mircefer Bağırov'a gönderip, Ermenistan Komünist Parti Merkez Komitesi'nin teklifi hakkında fikrini bildirmesini istedi. M. Bağırov 10 Aralık 1945 tarih ve 330 sayılı mektupla ona cevap verdi. 5 sayfadan oluşan bu mektupta Q. Arutunov'un asılsız iddiaları reddediliyordu. (Hacıyev Q. A. Haydar Aliyev'in Dağlık Karabağ Ermeni İddialarına Karşı Mücadelesi)

Sovyet yönetimi asılsız Ermeni iddialarını reddetse de onların diğer isteklerini yerine getirdi. 1946 yılında 40 kilometrekare orman alanı, Tovuz Bölgesinden 7,6 kv. km arazi, Kazak ilçesinden bir bölüm Ermenistan'a verildi.(Tomas De Vaal, Karabağ: Ermenistan ve Azerbaycan Barış ve Savaş Yollarında).

Türkiye'den arazi (toprak) ve Azerbaycan'dan Karabağ'ı alamayan Ermenistan yönetimi, yabancı ülkelerden Ermeni vatandaşlarının bu bölgeye yerleştirilmesi fikrini Sovyet Hükümeti'ne sundu. Sovyet yönetimi bu teklifi beğendi. (Hacıyev Q.O., Heydar Aliyev'in Dağlık Karabağ'da Ermeni İddialarına Karşı Mücadelesi)

* Azerbaycan Devlet İktisat Üniversitesi, Türk Dünyası İşletme Fakültesi'nde öğretim görevlisi, e-mail: nermanhan@gmail.com

** Azerbaycan Devlet İktisat Üniversitesi, Uluslararası Yüksek Lisans ve Doktora Merkezi"nde Akademik Danışman, email: h.tofiqe@gmail.com

SSCB Bakanlar Kurulu 23 Aralık 1947'de ve 10 Mart 1948'de kolektiflerin ve diğer Azerbaycanlı nüfusun Ermenistan Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti'nden, Azerbaycan Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti'ndeki Kür-Araz Ovası'na taşınması hakkındaki kararları kabul etti. Bu kararlara uygun olarak 1948 ve 1953 yıllarında 100 binden fazla Azerbaycanlı zorla eski topraklarından Azerbaycan Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti'nin Muğan ve Mil çöllerine taşındılar. (Tomas De Vaal, Karabağ: Ermenistan ve Azerbaycan Barış ve Savaş Yollarında)

Sonraki yıllarda da Ermenilerin Güney Kafkasya'ya taşınması işi devam etti. Öyle ki, dış ülkelerden Ermenistan'a 1961 yılı ortaları için 200 bin, 1962-1973 yılları arasında ise 26 bin 100'den fazla Ermeni getirilmişti. (Azerbaycan Cumhuriyeti 1991-2001).

1980'lerin ortalarından itibaren Sovyetler Birliği'nin genelinde yaşanan karmaşık ve çelişkili süreçleri lehine kullanan Ermenistan Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti, Azerbaycan Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti'nin iç işlerine müdahale ederek coğrafi-siyasi, etnik-kültürel, tarihi açıdan Azerbaycan'ın toprağı olan Dağlık Karabağ'ı ilhak etmek için asılsız iddialar ileri sürdü. SSCB Başkanı M. Gorbaçov'un ekonomik konularda danışmanlığını yapan Abel Aqanbekya'nin 18 Kasım 1987'de Paris'te "Interkontinental" Otelde, Ermeni temsilcileri önünde yaptığı konuşmanın "Humanité" gazetesinde yayınlanması gerginlik yarattı. O, güya Dağlık Karabağ'ın ilişkisini dikkate alarak Ermenistan ile birleştirilmesi hakkında M. Gorbaçov'un rızasını aldığını bildirdi. (Beşeri Araştırmalar Merkezi, Karabağ Konusu Görüşülüyor)

Ermenistan Azerbaycan'a karşı saldırganlığını örtbas etmek için Dağlık Karabağ Özerk Bölgesi'nde "Ermeni halkı" nın kendi kaderini tayin etmesi, Ermenilerin haklarının ihlali ve sosyal-ekonomik gelişiminin geri kalmışlığı hakkında asılsız iddialar ileri sürüyordu. Ermenistan SSC Yüksek Sovyeti, 9 Ocak 1990'da Dağlık Karabağ'ı 1990 ekonomik planına dâhil etti. 10 Ocak'ta SSCB Yönetim Kurulu itiraz ederek "Dağlık Karabağ konusunda Ermenistan SSC Yüksek Sovyeti 1 Aralık 1989 ve 9 Ocak 1990'da kabul ettiği kararların SSCB anayasasına uygun olmadığı hakkında" kabul ettiği kararda, Azerbaycan SSC'nin izni olmadan Ermenistan Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti ile Dağlık Karabağ'ın birleştirilmesinin yasadışı olduğu belirtiliyordu. (Abdullayev A., Ermenistan'ın Azerbaycan'a Marşı Müdahaleci Siyaseti)

Halk, Ermenistan'ın müdahalesini durdurmayı, Dağlık Karabağ'da durumu normalleştirmeyi, Ermenistan'dan kovulan insanların sorunlarının çözülmesini talep ediyordu. Bu talepleri yerine getiremeyen Azerbaycan makamları çaresiz kalmıştı. Cumhuriyetin başkentinde durum kontrolden çıkmıştı. Böyle bir ortamda birkaç bölgede Azerbaycan Halk Cephesi'nin aktivistleri hâkimiyeti ele geçirdi. Azerbaycan'a ek Sovyet askeri birlikleri getirilmeye başlandı. İsyanları yatıştırmak için 19 Ocak 1990'ı 20 Ocak'a bağlayan gece, Sovyet ordu birliklerinin Bakü'de ve Azerbaycan'ın çeşitli yerlerinde sivil halka karşı yaptığı katliamlar sonucu yüzden fazla kişi öldürüldü, yüzlerce kişi yaralandı. Abdurrahman Vezirov ülkeden kaçtı. Azerbaycan Komünist Parti Merkez Komitesi'nin birinci kâtibi görevine Ayaz Mütellibov getirildi (Tomas De Vaal, Karabağ: Ermenistan ve Azerbaycan barış ve savaş yollarında). 20 Ocak olayı Sovyet hâkimiyetinin vatandaşlara karşı işlediği ağır cinayet olmak üzere, SSCB siyasi sistem krizinin ve M. Gorbaçov'un yeniden yapılanma politikasının iflas ettiğini gösterdi, Azerbaycan halkının dönüm noktası oldu. Azerbaycan halkının merkez ile yolu artık aynı olamazdı. (Balayev A.M. Azerbaycan'da İçtimai-İktisadi, Siyasi Vaziyet, 1985-1995'li Yıllar)

Böyle bir ortamda Ermenistanlı silahlı gruplar, sadece Dağlık Karabağ'da değil; Azerbaycan ile sınır bölgelerde de Azerbaycan nüfusuna karşı saldırıları arttırmıştı. Sadece 24 Mart 1990'da Azerbaycan'ın Gazah ilçesinin sınır köylerine saldıran Ermenistan silahlı birlikleri 9 kişiyi öldürdüler. Bağanıs Ayrım köyünde 7 kişiyi yakarak ve doğrayarak katlettiler. (Tomas De Vaal, Karabağ: Ermenistan ve Azerbaycan Barış ve Savaş Yollarında)

SSCB Yönetim Kurulu 3 Nisan 1990 tarihli kararıyla Azerbaycan Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti ve Ermenistan Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti arasındaki sınırların ve anayasa ile belirlenen milli arazi bölümünün değiştirilmesinin kabul edilemez olduğunu beyan etti. 1991 Mart ortalarında Sovyetler Birliği Telgraf Ajansı, Sovyet hükümetinin tutumunu beyan ederek, Dağlık Karabağ' ın Azerbaycan'ın ayrılmaz bir parçası olduğunu bir kez daha bildirdi.

30 Ağustos 1991 Azerbaycan Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti Bakanlar Kurulu 1918 yılında Azerbaycan Halk Cumhuriyeti tarafından ilan edilen bağımsızlığın restorasyonu olarak Azerbaycan Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti'nin sınırlarını ilan etti. Bundan birkaç gün sonra, 2 Eylül'de Dağlık Karabağ Özerk Vilayeti ve Şaumyan İl Halk Milletvekilleri tarafından, Sovyetlerin ortak oturumunda Azerbaycan'ın DKÖV ve Şaumyan bölgesi sınırları çerçevesinde sözde "Dağlık Karabağ Cumhuriyeti"nin kurulduğu ilan edildi. (Azerbaycan Demokratik Cumhuriyeti)

Bu dönemde sorunun çözümü için ilk girişimler yapıldı. Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Devlet Başkanı Boris Yeltsin ve Kazakistan Cumhurbaşkanı Nursultan Nazarbayev bölgeyi ziyaret ettiler. 20-24 Eylül 1991'de Zheleznovodsk, Rusya, Kazakistan, Azerbaycan ve Ermenistan Cumhurbaşkanları görüşerek, Dağlık Karabağ sorununun çözüm yollarını tartıştılar. 23 Eylül Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti, Kazakistan, Ermenistan ve Azerbaycan Cumhurbaşkanlarının imzaladıkları beyannameye göre; Dağlık Karabağ'da silahlı gruplar silahsızlandırılmalı, yerel hükümet yeniden düzenlenmeliydi. Ermenistan ile Azerbaycan arasında üst düzey toplantılar devam ettirilmeli, ateşkes ilan edilmeli, SSCB İçişleri Bakanlığı'nın birimleri ve SSCB ordu birlikleri çatışma bölgesinden çekilmeli, Ermenistan parlamentosu Dağlık Karabağ'ın Ermenistan toprağı olduğunu ilan eden kararını değiştirmeli ve bunun karşılığında da SSCB Yüksek Sovyeti Dağlık Karabağ hakkında aldığı kararları iptal etmeli, Ermenistan ve Azerbaycan'ın karşılıklı olarak rehineleri serbest bırakmaları gerekiyordu. Bu görüşmeden sonra Moskova'da çatışmaların durdurulmasına dair protokol imzalandı. Buna rağmen, Ermenistan Dağlık Karabağ bölgesine askeri mühimmat ve silah göndermeyi, Azerbaycanlılara karşı silahlı saldırıları sürdürüyordu. (Abdullayev A., Ermenistan'ın Azerbaycan'a Karşı Müdahaleci Siyaseti)

Böyle bir ortamda, 18 Ekim'de Azerbaycan Cumhuriyeti'nin bağımsızlığı hakkında anayasa akti kabul edildi. Ermenistan ise askeri tecavüzünü daha da genişletti. 20 Kasım Dağlık Karabağ Karakent köy meydanında Azerbaycan'ın devlet ve siyasi yetkililerinin bulunduğu helikopter Ermeni orduları tarafından vuruldu. Ermenistan barış sürecini bozdu. Azerbaycan 26 Kasım 1991 Dağlık Karabağ Özerk vilayetinin statüsünü iptal etti. (Balayev A.M. Azerbaycan'da İçtimai-İktisadi, İiyasi Vaziyet)

Bu sıralarda SSCB, varlığının son günlerini yaşıyordu. 8 Aralık 1991 Minsk yakınında Belovejskoe Puşede Rusya, Ukrayna ve Beyaz Rusya Cumhurbaşkanları görüşerek 1922 yılına ait İttifak Anlaşması'nın faaliyetlerini durdurdular. 10 Aralık'ta ise Dağlık Karabağ bölgesindeki Ermeniler Ermenistan'ın doğrudan müdahalesi altında sahte "referandum" gerçekleştirerek "Dağlık Karabağ'ın SSCB bünyesinde bağımsız bir cumhuriyet olması" için oy verdiler. Azerbaycanlılar bu "referandumda" yer almadılar. Bu tarihte artık SSCB diye bir devlet yoktu. 21 Aralık'ta oluşturulduğu ilan edilen Bağımsız Devletler Topluluğu Ermenistan'ın, Azerbaycan'ın iç işlerine karışmasını engelleyemedi. Ermenistan'da bulunan eski Sovyet ordusunun komutanları Ermeniler için silah ve mühimmat temin ederek Azerbaycan'a karşı silahlandırdılar. Böylece, SSCB'nin dağılması ile Ermenistan'ın Azerbaycan'ın iç işlerine müdahalesi iki bağımsız devlet arasında kanlı çatışmalara ve açık savaşa dönüştü. (Azerbaycan Demokratik Cumhuriyeti).

Ermenistan'ın Azerbaycan'a karşı saldırgan politikalarına, her zaman uluslararası topluluğun ihmali de eşlik ediyordu. 1992 yılına bakıldığında Ermeni silahlı birliklerinin, cumhuriyetimizin topraklarının işgaline yönelik askeri operasyonları iyice artmıştı. Fakat hiçbir uluslararası örgüt

herkesin gözü önünde halihazırda devam etmekte olan ve uluslararası hukuk ilkelerini kabaca çiğneyen bu yayılmacı tutuma tarafsız bakamadı. Doğrusu, çeşitli dönemlerde BM, AGİT ve Avrupa Birliği'nin bu konuda bazı kararları, beyanları ortaya çıktı, ancak, bu belgeler sorunun gerçek nedenlerini net şekilde belirtmiyordu, saldırganla tacize maruz kalan taraf arasına hiçbir fark göstermiyordu. (Dağlık Karabağ: Hadiselerin Kronolojisi)

1991 yılında bağımsızlığını ilan eden Azerbaycan Cumhuriyeti bu konuda tüm uluslararası kuruluşlara, aynı zamanda BM'ye ve dünya devletlerine müracaat etti. Bu başvuruda demokrasi, özgürlük ve beraberlik prensiplerinin cumhuriyetin temel stratejik yolu olduğu gösteriliyor ve ülkenin BM'ye kabul edilme arzusu ifade ediliyordu. 1992 yılının Mart ayında Azerbaycan BM'ye üye kabul edildi. Aynı yılın Mart ayında New York'ta Azerbaycan'ın BM Daimi Temsilciliği açıldı. (Balayev A.M. Azerbaycan'da İçtimai-İktisadi, Siyasi Vaziyet)

1992'de Şuşa'nın işgali Azerbaycan'ı yeniden BM'ye başvurmak zorunda bıraktı. 12 Mayıs'ta BM Güvenlik Konseyi Dağlık Karabağ sorununu müzakere ederek bildiri vermekle yetindi. Açıklama Güvenlik Konseyi Başkanı'nın adına yayınlandı. Bildiride Dağlık Karabağ'da durumun kötüleşmesinden endişe edildiği belirtiliyor ve zorunlu göçmenlere acil yardım gönderilmesinin gerekliliği anlatılıyordu. (Tomas De Vaal, Karabağ: Ermenistan ve Azerbaycan Barış ve Savaş Yollarında). Bildiride paydaşlar şiddete son vermeye çağrılıyor ve BM Antlaşmasının hükümlerine uymaya davet ediliyordu. "Güvenlik Konseyi üyeleri tüm tarafları şiddete son vermeye, Genel Sekreter misyonunun işini kolaylaştırmak ve halkın güvenliğini sağlamak için her türlü önlemi almaya çağırıyordu. Onlar, Konsey Başkanı adına 23 Ocak 1992, (S / 23496) ve 14 Şubat (S / 23597) uyarınca Ermenistan ve Azerbaycan'ın Birleşmiş Milletlere üye olunması ile ilgili beyanatlarını, özellikle de bildirinin anlaşmazlıkların barışçıl yollarla ve güç uygulamadan çözülmesine ilişkin ilkelerine olan referansları hatırlatmaktadır".- deliniyordu. Bu ise, bildirinin aslında sorunun gerçek mahiyetine dair hiçbir şey ifade etmeyen sıradan bir belge olduğunu gösteriyordu. BM Güvenlik Konseyi'nin tek olumlu adımı, Azerbaycan'ın BM Daimi Temsilciliği'nin Güvenlik Konseyi Başkanına yazdığı mektubun Güvenlik Konseyi'nin resmi belgesi olarak yayınlanması oldu. Bu mektupta Ermenistan'ın yaptığı askeri operasyonlar egemen devletin toprak bütünlüğünü bozma girişimi olarak değerlendiriliyordu. (Dağlık Karabağ: Olayların kronolojisi)

Tabii ki, Ermenistan da alternatif adımlar atmaya çalışıyordu. İşte bunun sonucunda, 1992 yılının Ağustos ayında Ermenistan'ın talebi üzerine BM Güvenlik Konseyi'nin yeni oturumu oluşturuldu ve Güvenlik Konseyi Başkanı'nın yeni beyanı açıklandı. Bu belgede de taraflar ateşi durdurmaya çağrılıyor ve BM, durumun gerginleşmesinden rahatsızlık duyduğunu belirtiliyordu. (Aliyev İ. Dağlık Karabağ: Tarih, Gerçekler, Olaylar)

1992 yılı Ekim ayında BM Güvenlik Konseyi Başkanı'nın bir bildirisi daha kabul edildi. Ancak bu belge de içeriğine ve siyasi mahiyetine göre öncekilerden farksızdı. Burada da durumun gerginleşmesinden, yanı çok sayıda insan kaybından duyulan endişeler belirtiliyor ve AGİT'in sorunun çözümüne dair faaliyetlerinin desteklendiği belirtiliyordu.

Güvenlik Konseyi sorunun çözümü için acilen görüşmelerin başlatılmasının gerektiğini kaydederek, tarafları bu yönde somut adımlar atmaya davet ediyordu. . (Azerbaycan Demokratik Cumhuriyeti)

1993 yılında Azerbaycan'ın Kelbecer ilçesi de Ermeniler tarafından işgal edildi. Azerbaycan bu konuda BM'ye başvurarak Ermenistan'ın saldırısının değerlendirilmesini istedi. BM Güvenlik Konseyi Başkanı tarafından 6 Nisan'da bir açıklaması yapıldı. Bildiride Ermenistan'la Azerbaycan arasında gerginliğin artmasından ve "yerel Ermeni güçlerinin" Kelbecer ilçesine müdahalesinden duyulan rahatsızlık ifade ediliyordu. Bildiride tüm devletlerin toprak

bütünlüğünün dokunulmazlığı ilkesi bir kez daha vurgulandı ve yine AGİT çerçevesinde barış sürecinde ilerleme sağlanması için taraflar uygun adımlar atmaya çağrıldı. Ancak bu açıklama da sorunu uygun bir şekilde değerlendirmiyordu. Sorunun kaynakladığı nokta, Ermenistan'ın işgal politikası ilişkili belgede aksedilmemiş ve Kelbecer'in işgalinin güya "yerli Ermeniler" tarafından gerçekleştirildiği vurgulanmıştı. Belirtmekte fayda var ki, bu bildiri esasen Ermenistan'ın sunduğu bilgilere dayanıyordu. Ermenistan, Kelbecer'in işgalinde yer aldığına dair Azerbaycan'ın ortaya koyduğu gerçekleri doğruluyor, bölgenin gasp edilmesinde "yerel Ermenilerin" suçlu olduğunu kanıtlamaya çalışıyordu. (Aliyev İ., Dağlık Karabağ: Tarih, Gerçekler, Olaylar)

1993 yılı Nisan ayında BM Güvenlik Konseyi'nin, Ermenistan-Azerbaycan Dağlık Karabağ sorununa ilişkin ilk kararı kabul edildi. "BM Güvenlik Konseyi'nin 822 sayılı kararı" olarak adlandırılan bu belge Güvenlik Konseyi Başkanı'nın 29 Ocak 1993 ve 6 Nisan 1993'te verdiği beyanatlara istinaden hazırlanmıştı. Kararda bölgede istikrarın ve huzurun tehlike altında olduğu, göçmenlerin sayısının artmasından endişe edildiği ve Kelbecer bölgesinde oluşmuş olağanüstü durumun doğurduğu sorunların ortadan kaldırılmasının gerekliliği belirtiliyordu. (Azerbaycan Halk Cumhuriyeti'nin Ansiklopedisi I-II c.)

BM Güvenlik Konseyi, ateşkesin devamlılığı için yayılmacı emellere ve askeri operasyonlara son verilmesine çağırıyor, saldırgan güçlerin Kelbecer ilçesinden ve Azerbaycan'ın işgale uğramış diğer bölgelerinden çıkarılmasını talep ediyordu. "Güvenlik Konseyi, Dağlık Karabağ sorunu konusunda, Güvenlik Konseyi Başkanı'nın 29 Ocak (S / 25199) ve 6 Nisan 1993'te (S / 25539) verdiği beyanatlara dayanarak, Genel Sekreter'in 14 Nisan 1993 tarihli raporunu (S / 26600) dikkate alarak, Ermenistan Cumhuriyeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti arasında ilişkilerin kötüleşmesi ile ilgili ciddi endişelerini belirterek, silahlı askeri operasyonların güçlenmesini, kısmen de Azerbaycan Cumhuriyeti'nin Kelbecer bölgesine yerel Ermeni güçlerinin son tacizini endişeyle karşıladığını belirterek, durumun bölgedeki huzuru ve güvenliğini tehdit ettiğinden rahatsız olarak, çok sayıda sivilin hareketi ve bölgede, özellikle Kelbecer ilçesinde oluşmuş olağanüstü durumla ilişkin ciddi endişelerini aktarıp, bölgedeki tüm devletlerin egemenliğine ve toprak bütünlüğüne saygı duyulduğunu bir kez daha teyit ederek, ayrıca uluslararası sınırların dokunulmazlığını ve toprak elde etmek için kuvvet uygulamanın yasak olduğu teyit edilerek, AGİT çerçevesinde gerçekleştirilen barış sürecini desteklediğini bildirerek ve silahlı askeri operasyonların güçlenmesinin bu süreç için yıkıcı sonuçlar verebileceğinden derin endişe duyduğunu belirterek:

1."Saldırının durdurulması amacıyla; tüm askeri operasyonların ve düşmanca hareketlerin derhal durdurulması, ayrıca tüm işgalci güçlerin Kelbecer ilçesinden ve Azerbaycan'ın son zamanlarda işgal edilmiş diğer bölgelerinden de derhal çıkarılması gerekmektedir" denilmiştir.

2. Bu çalışmada ilginç olan, "tarafları, sorunu AGİT Minsk Grubu barış süreci çerçevesinde çözmek amacıyla görüşmelere derhal kaldığı yerden devam etmeye ve sorunun barış yoluyla çözümünü zorlaştırabilecek her türlü faaliyetten imtina etmeye ısrarla davet ediyor ", diye kararda belirtilmesiydi.

23 Temmuz 1993'te Ermenistan silahlı birlikleri Azerbaycan'ın Ağdam bölgesini işgal etti. Belirtmeliyim ki, bu artık Ermenistan'ın BM Güvenlik Konseyi'nin kabul ettiği karara hiç önem vermediğini gösteriyordu. Temmuzun sonlarında BM Güvenlik Konseyi toplantısı yapıldı ve burada Ermenistan-Azerbaycan Dağlık Karabağ sorununa ilişkin 853 sayılı karar kabul edildi. Bu kararda da işgal güçlerinin, Azerbaycan'ın Ağdam da dahil olmak üzere tüm diğer işgal edilmiş topraklarından çıkarılması talep edilmişti. (Aliyev İ., Dağlık Karabağ: Tarih, Gerçekler, Hadiseler)

Kararda Azerbaycan vatandaşlarının bir bölümünün göçmen gibi yaşamasından endişe duyulduğu ifade ediliyor ve tarafların çatışmayı durdurmak için ateşkese razı olmalarının gerekliliği

belirtiliyordu. Güvenlik Konseyi bir kez daha devletlerin toprak bütünlüğünün dokunulmazlığının gerekliliğini ifade ederek, AGİT barış sürecini hızlandırma girişimlerini takdir ettiğini de vurgulamıştı. (Hasanov A., Modern Uluslararası İlişkiler ve Azerbaycan'ın Harici Siyaseti)

Bunun yanı sıra, Ermenistan ile Azerbaycan arasında durumun gerginleşmesi ve Azerbaycan'ın bazı bölgelerinin işgali edildiğinin de bu belgede altı çiziliyor ve tecavüz eylemlerinin bölgede barışa ciddi engel teşkil ettiği belirtiliyordu. Bazı düşüncelere göre, BM Güvenlik Konseyi'nin 853 sayılı kararı bir bütün olarak 822 sayılı karardan daha objektif görünse de, kendi net değerlendirilmesini almamıştır. Çünkü Güvenlik Konseyi saldırganın adını söylemiyor, sadece "yerel Ermeniler" ifadesi ile yetinmeyi tercih ediyordu. Oysa artık saldırganın kim olduğu herkesçe biliniyor ve şimdi bunu sadece resmi olarak onaylamak kalıyordu. BM Güvenlik Konseyi ise böyle bir adım atmadı. (Tomas De Vaal, Karabağ: Ermenistan vs Azerbaycan Barış ve Savaş Yollarında)

1993 yılı Ağustos ayında Ermenistan Azerbaycan'ın Fuzuli bölgesini işgal etmek amacıyla askeri operasyonlarını pekiştirdikten sonra BM Güvenlik Konseyi Başkanı'nın yeni beyanatı açıklandı. Aynı bildiride Azerbaycan topraklarının işgali olgusu onaylanıyor, Dağlık Karabağ'ın Azerbaycan'ın bir parçası olduğu vurgulanıyor ve bölgede hüküm süren durumdan endişe duyulduğu ifade ediliyordu.

Bildiride BM Güvenlik Konseyi'nin 822 ve 853 sayılı kararlarının yerine getirilmesine ilişkin "acil önlemler tablosunun" düzeltilmiş şeklinin çatışma taraflarınca kabul edilmesi gerekliliği de yer almıştı. Ancak bu açıklama da önceki belgelerden bir o kadar farksızdı. Çünkü burada Ermenistan'ın işgalci taraf olduğu gerçeği itiraf edilmiyor, çatışma Azerbaycan'ın Dağlık Karabağ bölgesinde yaşayan Ermeniler ile Azerbaycan arasındaki sorun olarak belirtiliyordu. Bu belirsiz tutum ise Ermenistan'ın yayılmacı tutumunu geliştirmesine uygun bir ortam oluşturuyordu. Ermeniler uluslararası toplumun olaylara objektif tepki göstermemesini fırsat bilerek yeni tecavüz eylemleri gerçekleştiriyor, Azerbaycan topraklarını işgal ediyorlardı. (Hasanov O., Modern Uluslararası İlişkiler ve Azerbaycan'ın Harici Siyaseti)

Böylece Fuzuli ve Cebrail bölgeleri de işgal edildi. 1993 yılının Ağustos ayında ateşkes anlaşması yapılsa da, Ermeniler buna uymayarak Kubatlı ilçesini de ele geçirdiler. Azerbaycan bir kez daha BM Güvenlik Konseyi'ne müracaat etti. (Aliyev İ. Dağlık Karabağ: tarih, gerçekler, hadiseler)

14 Ekim 1993'te BM Güvenlik Konseyi yeniden Dağlık Karabağ sorununu tartışmaya açarak 874 sayılı kararı kabul etti. Bu kararda Minsk Grubu tarafından hazırlanan "Acil önlemlere ilişkin güncel tablo" tekrar ediliyor ve sorunun bu plan temelinde çözümlenme ihtimali belirtiliyordu. (Hasanov O. Azerbaycan ve ATOT: Ermenistan-Azerbaycan münakaşası ve Dağlık Karabağ problemi Avrupa Ülkeleri Güvenlik fonunda)

Mahiyet itibariyle bu çözüm önerisi de öncekilerden farksızdı. Burada da Ermenistan'la Azerbaycan arasında oluşan gerginliğin, cephe bölgesinde askeri operasyonların yeniden güçlenmesinden, çok sayıda insan kaybından ve Azerbaycan topraklarının işgal edilmesi olgusundan duyulan endişe belirtiliyor, sorunun giderilmesi yönünde AGİT çabaları destekleniyor, devletlerin toprak bütünlüğünün dokunulmazlığı bir daha onaylanıyordu. (Ohmadov E., Ermenistan'ın Azerbaycan'a Tecavüzü ve Uluslararası Teşkilatlar)

Öte yandan, ilginç olan, 874 sayılı kararda Azerbaycan'ın son zamanlarda işgal edilmiş bölgeleri hakkında hiçbir şey belirtilmemişti. Oysa önceki kararlarda işgal altındaki toprakların isimleri somut olarak belirtilmişti. (Hasanov A., Azerbaycan ve ATOT: Ermenistan-Azerbaycan Çatışması ve Dağlık Karabağ Problemi Avrupa Ülkeleri Güvenlik Fonunda)

1993 yılı Ekim ayında Ermenistan'ın uluslararası kuruluşların kabul ettiği kararlara

itaatsizliği kendini açıkça gösterdi. AGİT Başkanı'nın bölgede teftişte olduğu bir sırada Ermenistan silahlı kuvvetleri Azerbaycan'ın Zengilan bölgesini işgal etti. (Hasanov A., Müasir Uluslararası ilişkiler ve Azerbaycan'ın Harici Siyaseti)

11 Kasım 1993'te BM Güvenlik Konseyi Azerbaycan'ın başvurusuna göre sorunun devam etmesi ile ilgili durumu yeniden tartışmaya açarak 884 sayılı kararı kabul etti. Bu kararda Azerbaycan'ın Horadiz kasabasının ve Zengilan ilinin işgal edilmesinden endişe duyulduğu belirtiliyor ve belgede işgal güçlerinin bu bölgelerden çıkarılması isteniyordu. Bu karar, tabii ki, uygulanmadı. (Tomas De Vaal, Karabağ: Ermenistan ve Azerbaycan Barış ve Savaş Yollarında)

Belirtmeliyim ki, söz konusu belge prensip itibariyle BM Güvenlik Konseyi'nin önceki kararlarından farksızdı. Bu kararların hiçbiri BM'nin ilgili yönetmeliğinin taleplerini tam olarak yansıtmıyordu. BM'nin kabul ettiği belgelerde uluslararası hukukun çok önemli prensipleri nedense unutuluyor ve saldırganın cezalandırılması için hiçbir somut mekanizma harekete geçirilmiyordu. (Hasanov O. Modern Uluslararası İlişkiler ve Azerbaycan'ın Harici Siyaseti)

Oysa bu tür sorunların çözümü konusunda yeterince tecrübesi olan bu kurum, Ermenistan'ın Azerbaycan'a karşı yürüttüğü yayılmacı politikasına son vermek ve bölgede gerçek barışa ulaşmak için oldukça geniş imkânlara sahipti. Bu, hem uluslararası hukukun bütün devletlerinin oybirliğiyle kabul edilmiş prensiplerinde, hem de BM Şartı'nda yer almıştır. Sadece bu ilkeleri uygulamak için irade göstemek isteniyordu ki, bu da, görünür, uluslararası kamuoyu için o kadar da önem arz etmiyordu. Her halde çatışma başladıktan sonra bu konuya ilişkin ikili standartların varlığını doğrulayan onlarca olgunun ortaya çıkması bile düşündürücüdür. (Hasanov O., Azerbaycan ve ATOT: Ermenistan-Azerbaycan Münakaşası ve Dağlık Karabağ Problemi Avrupa Ülkeleri Güvenlik Fonunda)

Sonuç

BM Antlaşması'na göre, Güvenlik Konseyi'ne tartışmalı meseleleri, aynı zamanda anlaşmazlıkları çözmek için geniş yetkiler veriliyor. Konsey'in kararları bağlayıcı mahiyet arz etmeyip tavsiye niteliği taşısa da, uygulanmadıkça ve mesele uluslararası barış için tehlike arz ettikçe, Güvenlik Konseyi'nin zorunlu kararlar alma hakkı vardır. Fakat biz Ermenistan-Azerbaycan, Dağlık Karabağ sorununun kendisinde bunu müşahede edemedik. Oysa ülkemize karşı tecavüz eylemi bir yandan halkımızın huzurlu ve sakin yaşamasına engel oluyor, diğer yandan da bölgesel güvenliğe ciddi sorunlar yaratıyordu. (Ohmadov E., Ermenistan'ın Azerbaycan'a Tecavüzü ve Uluslararası Teşkilatlar)

Antlaşmada belirtiliyor ki, her bir devletin toprak bütünlüğü dokunulmazdır ve bu prensibi bozanlar uluslararası hukuka aykırı hareket etmiş olurlar. Ermenistan dünyanın gözü önünde uluslararası hukuk kurallarına aldırmadığını kanıtladı. Bunu önlemek için gerçek baskı mekanizmaları uygulanabilirdi. Fakat uluslararası toplum bu konuda da ihmalkarlık gösterdi.

(Hasanov O., Modern Uluslararası İlişkiler ve Azerbaycan'ın Harici Siyaseti)

Tecavüz kavramının mahiyeti BM'nin 1974 yılında kabul edilen kararında yer bulmuştur. Bu karara göre:

1. Bir devletin diğer devletin egemenliğine, siyasi bağımsızlığına, toprak bütünlüğüne karşı silahlı güce başvurması;
2. Her bir devletin BM Şartı'na aykırı olarak asli silahlı güce başvurması;
3. a) bir devlet'in diğer devlet'e silahlı müdahalesi, saldırması veya geçici özellik taşımasına bakılmaksızın her askeri işgal veya müdahale sonucu başka bir devletin topraklarının ilhakı;

b) bir devletin askeri kuvvetleri tarafından diğer devletin topraklarının tahrip edilmesi;
c) bir devlet tarafından ya da onun adına silahlı kuvvetler, düzensiz askeri birliklerin gönderilmesi tecavüz eylemi olarak kabul ediliyor.

Tecavüz eyleminin bu veya diğer formuna göre saldırgan devlet BM Güvenlik Konseyi önünde doğrudan sorumludur. Bu ise; Güvenlik Konseyi'ne saldırgan hakkında zorunlu önlemlerin alınması yetkisini verir. Ermenistan'ın Azerbaycan'a karşı saldırgan politika yürüttüğünü doğrulayan onlarca olgu var ve bu olgular söz konusu ülkenin ülkemize yönelik yaptığı askeri operasyonların tüm kriterler üzerinden tecavüz eylemi olduğunu kanıtlıyor. Fakat bütün bunlara rağmen, BM Güvenlik Konseyi saldırganı cezalandırmak ve onu kendi yasadışı eylemlerinden vazgeçirmek için gerekli kararları kabul etmek istemedi. (Ohmadov E. Ermenistan'ın Azerbaycan'a tecavüzü ve uluslararası teşkilatlar)

Kaynakça

1. Abdullayev A., Ermenistan'ın Azerbaycan'a Karşı Müdahaleci Siyaseti, Bakü, 1995.
2. Azerbaycan Demokratik Cumhuriyeti, Bakü, 1992.
3. Azerbaycan Cumhuriyeti 1991-2001 Bakü, 2001.
4. Azerbaycan Halk Cumhuriyeti'nin Ansiklopedisi I-IIc. Bakü, 2004-2005.
5. Balayev A. M. Azerbaycan'da İçtimai-İktisadi, Siyasi Vaziyet (1985-1995-li yıllar), Bakü, 2005.
6. Dağlık Karabağ: Hadiselerin Kronolojisi (1988-1994-lü yıllar), Bakü, 2005
7. Alımadov E., Ermenistan'ın Azerbaycan'a Tecavüzü ve Uluslararası teşkilatlar, 1998.
8. Aliyev İ. Dağlık Karabağ: Tarih, Gerçekler, Hadiseler, 1989.
9. Hacıyev K. A., Heydar Aliyevin Dağlık Karabağ'da Ermeni İddialarına Karşı Mübarezesi, 2014.
10. Hasanov A., Azerbaycan ve ATOT: Ermenistan-Azerbaycan Münakaşası ve Dağlık Karabağ Problemi Avrupa Ülkeleri Güvenliği Fonunda, 1997.
11. Hasanov A, Müasir Uluslararası İlişkiler ve Azerbaycan'ın Dış Siyaseti (Ders Kitabı), 2005.
12. Mammadova H. İ., Azerbaycan Halk Cumhuriyeti Devrinde Yukarı Karabağ'da Siyasi Vaziyet: Ermeni Terörizminin Güçlenmesi (1918-1920), 2006.
13. Tomas De Vaal, Karabağ: Ermenistan ve Azerbaycan Barış ve Savaş Yollarında, 2008.

THE PROBLEM OF NAGORNO-KARABAKH IN TERMS OF INTERNATIONAL LAW

Dr. Neriman Hanahmedov[*]
Res. Asst. Tofiga Huseynova[**]

Looking at historical resources related to the region of Karabakh, it can be seen that it's governed by different nations in different periods. The elements in question are of vital importance in terms of analyzing the current ethnic situation of the problem. Taken from a historical point of view, it can be seen that the Nagorno-Karabakh region was under the Ottoman, Iranian and Tsarist Russia administration. The region was left to the Ottoman State with the Amasya Treaty 1555, to Iran with the Gence Treaty 1735 and to the Tsarist Russia with the Turkmencayi Treaty 1828. The Ottoman State and the British have ruled the region after the First World War. Even though Azerbaijan declared its independence in 1918, the region came under the rule of the Soviet Union under the name of the Republic of Azerbaijan since the 1920s. (Abdullayev A., The Interventionist Policy of Armenia Against Azerbaijan)

After the Russian revolution, the Bolsheviks first left the region to Azerbaijan, then to Armenia who had never accepted that decision and finally to Azerbaijan again in 1921. The Autonomous Region of Nagorno-Karabakh was founded in 1923 within the borders of the Azerbaijan Soviet Union. (The Republic of Azerbaijan 1991-2001)

The years following the Second World War constitute the settlement of the Armenians and a new stage in the unfounded land claims against Azerbaijan. From this period on, the Armenian community started to operate in a few directions. The Armenians made land claims against Turkey with the instruction of the Soviet administration. However, the Turkish government absolutely refused these unfounded claims and did not give any land (Abdullayev A., The Interventionist Policy of Armenia Against Azerbaijan).

The Secretary of the Central Committee of the Armenian Communist Party, Q. Arutunov laid a claim on the Autonomous Province of Nagorno-Karabakh by making an appeal to Stalin with a letter in November 1945. The Secretary of the USSR Communist Party Qeorgiy Malenkov sent this letter which reflected this appeal to the Secretary of the Central Committee of the Azerbaijan Communist Party, Mircefer Bagirov and asked him to express his opinion about the proposal of the Armenian Communist Party Central Committee. M. Bagirov responded to him with the letter numbered 330 and dated 10 December 1945. The unfounded claims of Q. Arutunov was being rejected in this letter which consisted of 5 pages. (Haciyev Q. A.,The Struggle of Haydar Aliyev Against the Armenian Claims of Nagorno-Karabakh)

Even though the Soviet administration rejected the unfounded Armenian claims, they fulfilled their other demands. 40 square kilometers of forest, 7.6 square kilometers of land from the Tovuz region and a section from the Kazakh district was given to Armenia in 1946. (Thomas De Waal, Black Garden: Armenia and Azerbaijan Through Peace And War)

[*] Azerbaijan State University of Economics, Lecturer at the Turkish World, Faculty of Business Administration, e-mail: nermanhan@gmail.com

[**] Azerbaijan State University of Economics, academic supervisor at the International Postgraduate and Doctorate Center, e-mail: h.tofiqe@gmail.com

The Armenian administration who couldn't get land from Turkey and who couldn't get Karabakh from Azerbaijan, presented the idea of the settlement of Armenian citizens from foreign countries to this region to the Soviet Government. The Soviet administration liked this proposal. (Hacıyev Q.O., The Struggle of Haydar Aliyev Against the Armenian Claims of Nagorno-Karabakh)

The USSR Council of Ministers accepted the decisions regarding the collective population and other Azerbaijani population to move to the Kur-Araz Lowland in the Azerbaijan Soviet Socialist Republic from the Armenian Soviet Socialist Republic on 23 December 1947 and 10 March 1948. In accordance with these decisions, more than 100,000 Azerbaijanis were forced to move to the Mugan and Mil deserts of the Azerbaijan Soviet Socialist Republic, from their native lands in the years 1948 and 1953. (Thomas De Waal, Black Garden: Armenia and Azerbaijan Through Peace And War)

The movement of Armenians to South Caucasus continued in the following years as well. Such that, 200,000 Armenians were brought to Armenia from foreign countries in mid-1961, and more than 26,100 were brought between 1962 and 1973. (The Republic of Azerbaijan 1991-2001)

The Armenian Soviet Socialist Republic, who used the complex and contradictory processes that were experienced throughout the Soviet Union since the mid-1980s, put forward unfounded claims in order to annex Nagorno-Karabakh which is the land of Azerbaijan from a geographical-political, ethnic-cultural and historical point of view, by intervening in the internal affairs of the Azerbaijan Soviet Socialist Republic. The publication of the speech that Abel Aqanbekya who was the advisor of the USSR President M. Gorbachev in economic issues, gave on 18 November 1987 at the Paris Intercontinental Hotel in front of the Armenian representatives, at the "Humanité" newspaper created tension. He declared that he received the consent of M. Gorbachev on the unification of Nagorno-Karabakh with Armenia, by supposedly taking into account its relation with Armenia. (Humanities Research Center, the Karabakh Issue is Being Discussed)

Armenia was putting forward unfounded allegations about the "Armenian people's" determination of their own destiny in the Autonomous Region of Nagorno-Karabakh, the violation of the rights of the Armenian people and their social-economic underdevelopment. The Armenian SSR Supreme Soviet, included Nagorno-Karabakh in its economic plan on 9 January 1990. In the decision that the USSR Board of Directors agreed on by objecting to the plan on 10th of January "About the decisions agreed on by the Armenian SSR Supreme Soviet about the Nagorno-Karabakh issue on 1 December 1989 and 9 December 1990 not being in compliance with the USSR constitution", it was stated that the unification of Nagorno-Karabakh and the Armenian Soviet Socialist Republic without the permission of the Azerbaijan SSR was illegal. (Abdullayev A., The Interventionist Policy of Armenia Against Azerbaijan)

The public demanded the intervention of Armenia to be stopped, the situation in Nagorno-Karabakh to be normalized and the problems of people who were expelled from Armenia to be fixed. The Azerbaijan authorities who couldn't meet these demands were helpless. The situation in the capital of the Republic was out of control. In such an environment, the activists of the Azerbaijan Popular Front took control of the governance in a few regions. Additional Soviet military troops were begun to be brought to Azerbaijan. More than a hundred people were killed and hundreds of people were wounded as a result of the massacre committed by the Soviet army troops to the civilian population in Baku and in various parts of Azerbaijan on the night of 19 January 1990 through 20 January, in order to quell riots. Abdurrahman Vezirov fled the country. Ayaz Mutellibov was appointed to the post of the first clerk of the Azerbaijan Communist Party Central Committee (Thomas De Waal, Black Garden: Armenia and Azerbaijan Through Peace and War). The incident of January 20 demonstrated through the massive murders that the Soviet rule

committed on the citizens, that the USSR system was in crisis and that the restructuring policy of M. Gorbachev had failed and it became a turning point for the Azerbaijan public. The path of the Azerbaijan public could not be the same path of the center anymore. (Balayev A.M., Social-Economic, Political State in Azerbaijan in the Years 1985-1995)

In such an environment, the Armenian armed groups had increased their attacks on the Azerbaijan population not only in Nagorno-Karabakh, but also in areas bordering Azerbaijan. Only on 24 March 1990, the Armenian armed forces who attacked the border villages of the Gazah district of Azerbaijan killed 9 people. They massacred 7 people at the Baganis Ayrim village by burning and mutilating them. (Thomas De Waal, Black Garden: Armenia and Azerbaijan Through Peace and War)

The USSR Board of Directors declared with its decision dated 3 April 1990, that a change of the borders between the Azerbaijan Soviet Socialist Republic and the Armenian Soviet Socialist Republic and the national land distribution which is defined by the constitution is unacceptable. In mid-March of 1991, the Telegraph Agency of the Soviet Union declared the position of the Soviet Union by stating once again that Nagorno-Karabakh is an inseparable part of Azerbaijan.

The Azerbaijan Soviet Socialist Republic announced the borders of the Azerbaijan Soviet Socialist Republic on 30 August 1991, as a restoration of the independence that was declared by the Azerbaijan People's Republic in 1918. A few days after that, on September 2, at the joint session of the Soviets, the foundation of the supposed "Nagorno-Karabakh Republic" was announced within the borders of Azerbaijan's Autonomous Province of Nagorno-Karabakh and the Shahumyan district, by the MPs of the APNK and the Shahumyan District. (Azerbaijan Democratic Republic)

First attempts were made in this period for the resolution of the problem. The Russian Soviet Federative Socialist Republic president Boris Yeltsin and the Kazakhstan president Nursultan Nazarbayev visited the region. The presidents of Russia, Kazakhstan, Azerbaijan and Armenia came together and discussed ways of resolution of the Nagorno-Karabakh problem. According to the declaration signed on September 23 by the Russian Soviet Federative Socialist Republic, Kazakhstan, Armenia and Azerbaijan, the armed groups in Nagorno-Karabakh should have been unarmed and the local government should have been reorganized. The top level meetings between Armenia and Azerbaijan should have been continued, a truce should have been declared, units of the USSR Ministry of Interior and the USSR army units should have retreated from the conflict zone, the Armenian Parliament should have changed its decision which declared that Nagorno-Karabakh is the land of Armenia and the USSR Supreme Soviet should have cancelled the decisions that they've taken about Nagorno-Karabakh in exchange for that and Armenia and Azerbaijan should have mutually released the hostages. After this meeting, a protocol regarding the discontinuation of the conflicts in Moscow was signed. Despite this, Armenia was continuing the shipment of equipment and weapons to the region of Nagorno-Karabakh and the armed attacks against the Azerbaijanis. (Abdullayev A., The Interventionist Policy of Armenia Against Azerbaijan)

In such an environment, on October 18, the constitutional pact regarding the independence of the Republic of Azerbaijan was accepted. Armenia on the other hand, extended its military violations even more. The helicopter carrying the state and political authorities of Azerbaijan was hit in the Karakent village square in Nagorno-Karabakh on November 20 by the Armenian army. Armenia disrupted the peace process. Azerbaijan revoked the status of the Autonomous Province of Nagorno-Karabakh on 26 November 1991. (Balayev A. M., Social-Economic, Political State in Azerbaijan)

Around this time USSR was going through the last days of its existence. The presidents of

Russia, Ukraine and Belarus came together at Belovezhskaya Pushcha, near Minsk on 8 December 1991 and put an end to the operation of the Alliance Agreement of 1922. Meanwhile on December 10, the Armenians in the Nagorno-Karabakh region performed a fake "referendum" under the direct intervention of Armenia and voted for "Nagorno-Karabakh to become an independent republic within the USSR". The Azerbaijanis didn't take place in this "referendum". On this date, there was no such state as the USSR. Commonwealth of Independent States, whose formation was announced on December 21, couldn't prevent Armenia from interfering with the internal affairs of Azerbaijan. The commanders of the former Soviet Union, who were in Armenia, armed the Armenians against Azerbaijan by procuring weapons and ammunition for them. Thus, with the dissolution of USSR, the intervention of Armenia in the internal affairs of Azerbaijan turned into a bloody conflict and an open war between two states. (Azerbaijan Democratic Republic)

The ignorance of the international community was always accompanying the aggressive policies of Armenia against Azerbaijan. Looking at the year 1992, it can be seen that the military operations of the Armenian armed forces aimed at the occupation of our republic's territories had greatly increased. However, no international organization was able to see this expansionist attitude which was going on in front of the whole world at the time and which was ruthlessly violating the international law principles, in an impartial way. Actually, some decisions and declarations of UN, OSCE and the European Union on this issue came out at various times, however these documents were not mentioning the real reasons of the problem in a clear way and they were indicating no difference between the attacker and the party which is subjected to aggression. (Nagorno-Karabakh: The Chronology of Events)

The Republic of Azerbaijan who declared its independence in the year of 1991, appealed to international organizations as well as the UN and the world states on this matter. In this appeal, the principles of democracy, freedom and unity were demonstrated to be the strategic path of the republic and the desire of the country to be accepted in the UN was expressed. In the March of 1992, Azerbaijan was admitted to the UN as a member. In March of the same year, Azerbaijan's Permanent Mission to the UN was opened. (Balayev A. M., Social-Economic, Political State in Azerbaijan)

The occupation of Shusha in 1992 obligated Azerbaijan to appeal to UN again. The UN Security Council settled with the submission of a statement on May 12, after discussing the Nagorno-Karabakh problem. The statement was issued on behalf of the Security Council president. In the statement, it was explained that there was concern about the worsening of the situation in Nagorno-Karabakh and that it was necessary to send an emergency aid to the forced immigrants (Thomas De Waal, Black Garden: Armenia and Azerbaijan Through Peace and War). In the statement, the parties were called out to put an end to violence and to comply with the provisions of the UN Agreement. "The members of the Security Council call out all parties to end the violence, to facilitate the work of the General Secretary's mission and to take all measures necessary to ensure the safety of the public." It was said, "As per 23 January 1992 (S / 23496) and 14 February (S / 23597), they remind on behalf of the Council President, the declarations of Armenia and Azerbaijan regarding them becoming members of the UN and especially the references of the statement regarding the principles related to the resolution of disputes in peaceful ways and without the use of force". That actually demonstrated that the document was in fact an ordinary document which mentioned nothing related to the core essence of the problem. The only positive step of the UN Security Council has been the publication of the letter written by the Permanent Mission of Azerbaijan to the UN to the president of the Security Council, as an official document of the Security Council. In this letter, the military operations that Armenia did was assessed to be an attempt to disrupt the territorial integrity of the sovereign state. (Nagorno-Karabakh: The Chronology of Events)

Of course, Armenia was also trying to take alternative steps. As a result of that, the new session of the UN Security Council was created at the request of Armenia in August 1992 and the new statement of the Security Council's president was announced. It was stated in this document as well that parties were called out to stop the conflict and that UN was concerned that the situation could get more tense. (Aliyev I., Nagorno-Karabakh: History, Facts, Events)

Another statement of the UN Security Council President was approved in October 1992. However, this document was no different at all than the former ones in terms of its content and political nature. It was stated in this document as well that there was concern that the situation would get more tense, meaning there would be a lot of casualties and that the activities of OSCE regarding the solution of the problem was supported.

The Security Council was mentioning that talks should be started urgently for the solution of the problem and was inviting the parties to take concrete steps in this direction. (Azerbaijan Democratic Republic)

In the year 1993, the Kalbajar district of Azerbaijan was also occupied by the Armenians. Azerbaijan appealed to the UN on this issue and asked for the assessment of Armenia's attack. A statement was made by the president of the UN Security Council on April 6. In the statement, the concern regarding the increase of tension between Armenia and Azerbaijan and the intervention of the "local Armenian forces" on the Kalbajar district was mentioned. The territorial integrity of all states were emphasized once more in the statement and the parties were called out to take the necessary steps to ensure progress in the peace process within the framework of OSCE. However, this statement also did not assess the problem accurately. The point of the problem, the occupation policy of Armenia was not referred to in the related document and it was emphasized that the occupation of Kalbajar was supposedly carried out by the "local Armenians". It is worth mentioning that this statement was essentially based on information presented by Armenia. Armenia was confirming the facts laid out by Azerbaijan with regards to the fact that it took place in Kalbajar's occupation and it was trying to prove that the "local Armenians" were to blame for the seizure of the region. (Aliyev I., Nagorno-Karabakh: History, Facts, Events)

The first decision of the UN Security Council regarding the Armenia-Azerbaijan problem of Nagorno-Karabakh was accepted in April 1993. This document which was named "Decision number 822 of the UN Security Council" was prepared according to the statements that the Security Council president gave on 29 January 1993 and 6 April 1993. In the decision, it was mentioned that the stability and peace in the region were in danger, that there was concern about the increase in the number of immigrants and that the problems which are caused by the extraordinary situation in the Kalbajar region should be resolved. (Encyclopedia of Azerbaijan People's Republic I-II c.)

The UN Security Council was calling out for an end to expansionist desires and to military operations for the continuity of the truce and was demanding that the aggressive forces be taken out of the district of Kalbajar and other invaded areas of Azerbaijan. "The Security Council expressed serious concern regarding the worsening of the relations between the Republic of Armenia and the Republic of Azerbaijan, the strengthening of military operations and partly regarding the latest aggression of the local Armenian forces on the Kalbajar district of Azerbaijan, and is uncomfortable that the situation in the region threatens the peace and security in the region and they relayed their serious concerns over the movement of a high number of civilians and the extraordinary situation that has arisen in the region, especially in the district of Kalbajar, and confirmed once again that the sovereignty and the territorial integrity of all the states in the region are respected. In addition, they confirmed the immunity of the international borders and that it was forbidden to use force to gain land. They stated that they support the peace process that was realized within the framework of

OSCE and mentioned that they had deep concerns about the strengthening of military operations causing destructive results for this process and stated the following:

1."All military operations and hostile movements should be immediately ceased and also all occupying forces should be removed immediately from the district of Kalbajar and the other areas of Azerbaijan which have been occupied recently, in order for the attacks to be stopped."

2. What's interesting in this study is that, it was stated in the decision that "the parties are persistently invited to start negotiations where they left off in order to solve the problem within the framework of the OSCE Minsk group peace process and to refrain from all kinds of activities which would make the peaceful solution of the problem difficult".

On 23 July 1993, the Armenian armed forces occupied the Agdam district of Azerbaijan. I must mention that this demonstrated that Armenia did not pay any attention to the decision that the UN Security Council accepted. In late July the UN Security Council meeting was held and the decision numbered 853 regarding the Armenia-Azerbaijan Nagorno-Karabakh problem was accepted here. In this decision as well, it was demanded that the occupying forces be removed from all occupied lands of Azerbaijan, including Agdam. (Aliyev I. Nagorno-Karabakh: History, Facts, Events)

In the decision, concern was expressed about some of the Azerbaijan citizens living like immigrants and it was mentioned that it was necessary for the parties to consent to a truce in order to stop the conflict. The Security Council once again expressed the necessity of the immunity of the territorial integrities of the states and also emphasized their appreciation for the attempts of the states for their speeding up of the OSCE peace process. (Hasanov A., Modern International Relations and Azerbaijan's Foreign Policy)

In addition, it was also underlined in this document that the situation between Armenia and Azerbaijan escalated and that some regions of Azerbaijan were occupied and it was stated that the acts of aggression constituted a serious barrier to peace in the region. Even though the UN Security Council's decision number 853 looks more objective than the decision number 822 as a whole, according to some, it hasn't received its own clear assessment. Hence, the Security Council weren't saying the name of the attacker and was only preferred to settle with the expression, "local Armenians". However, the identity of the attacker was known by everyone now and the only thing left to do now was to approve it officially. The UN Security Council on the other hand, didn't take such a step (Thomas De Waal, Black Garden:Armenia and Azerbaijan Through Peace and War)

After Armenia reinforced its military operations in August 1993 in order to occupy Azerbaijan's Fuzuli region, the UN Security Council's new declaration was announced. In the same declaration, the case of occupation of the Azerbaijan lands was approved, it was emphasized that Nagorno-Karabakh was a part of Azerbaijan and it was stated that there was concern over the situation that was going on in the region.

The necessity for the conflict parties to accept the revised version of the "urgent measures table" regarding the fulfillment of the UN Security Council's decisions numbered 822 and 853, was also included in the declaration. However, this declaration was also no different than the former documents. Because in it, the fact that Armenia was the occupying party was not confessed and the conflict was portrayed as a problem between Azerbaijan and the Armenians living in the Nagorno-Karabakh region of Azerbaijan. This ambiguous attitude was creating a very suitable environment for Armenia to improve its expansionist attitude. Armenians were committing new acts of aggression and occupying Azerbaijan lands, taking advantage of the fact that the international community did not react objectively to the incidents. (Hasanov O., Modern International Relations

and Azerbaijan's Foreign Policy)

Thus, Fuzuli and Jabrayil districts were also occupied. Even though a truce agreement was made in August 1993, the Armenians didn't adhere to it and took hold of the Qubadli region as well. Azerbaijan appealed to the UN Security Council once again. (Aliyev I.,Nagorno-Karabakh: History, Facts, Events)

In 14 October 1993, the UN Security Council reopened the issue of Nagorno-Karabakh for discussion and accepted the decision numbered 874. In this decision, "the up to date table regarding urgent measures" prepared by the Minsk Group was cited again and the possibility of the problem being solved on the basis of this plan was being stated. (Hasanov O., Azerbaijan and ATOT: Armenia-Azerbaijan Dispute and the Nagorno-Karabakh Problem in European Countries Security Fund)

This solution proposal was also no different than the former ones in terms of its content. The concern regarding the tension that occurred between Armenia and Azerbaijan, the restrengthening of the military operations in the front region, the possibility of a high number of casualties and the case of the occupation of the Azerbaijan lands was being mentioned, the OSCE efforts towards the resolution of the problem were supported and the immunity of the territorial integrity of the states was confirmed once again (Ohmadov E., Armenia's Aggression Towards Azerbaijan and International Organizations).

On the other hand, it was interesting that, nothing was mentioned about the regions of Azerbaijan that were occupied recently, in the decision numbered 874. Whereas in previous decisions, the names of the regions that were occupied were clearly mentioned. (Hasanov A., Azerbaijan and ATOT: Armenia-Azerbaijan Dispute and the Nagorno-Karabakh Problem in European Countries Security Fund)

In October 1993, the disobedience of Armenia to the decisions accepted by the international organizations, showed itself clearly. Armenian armed forces occupied Azerbaijan's Zangilan district while the OSCE president was performing an inspection at the region. (Hasanov A., Modern International Relations and Azerbaijan's Foreign Policy)

On 11 November 1993, the UN Security Council reopened the situation related to the continuance of the problem to discussion, according to Azerbaijan's appeal and accepted the decision numbered 884. In this decision, it was stated that there was concern over the occupation of Azerbaijan's Horadiz town and Zangilan city and it was demanded that the occupying forces be removed from these regions. This decision was of course not implemented. (Thomas De Waal, Black Garden: Armenia and Azerbaijan Through Peace and War)

I must mention that the document in question was no different than the former decisions of the UN Security Council, in terms of principles. None of these decisions completely reflected the demands of the UN's related regulation. The vital principles of international law were somehow being forgotten in the documents that the UN accepted and no concrete mechanisms were being activated for the punishment of the attacker. (Hasanov O., Modern International Relations and Azerbaijan's Foreign Policy)

In fact, this institution which had enough experience in the solution of this kind of problems, had quite extensive resources for putting an end to the expansionist policy that Armenia implemented against Azerbaijan and for achieving real peace in the region. This was included in both its principles which were accepted unanimously by all the states of the international law and in the UN Charter. Only a will to apply these principles was required and this didn't carry much importance for the visible, international community. Even the emergence of many cases which

validate the existence of the double standards related to this issue after the conflict started must be thought provoking. (Hasanov O., Azerbaijan and ATOT: Armenia-Azerbaijan Dispute and the Nagorno-Karabakh Problem in European Countries Security Fund)

Conclusion

According to the UN Agreement, the Security Council is given extensive authority in order to resolve disputed issues as well as disagreements. Even though the Council's decisions don't present a binding characteristic and only carry suggestional qualities, the Security Council has the right to take compulsory decisions as long as they're not implemented and the issue presents dangers for international peace. However, we were not able to observe this in the Armenia-Azerbaijan, Nagorno-Karabakh problem, itself. Actually, the aggression against our country was preventing our nation to live in peace and calm on one hand and was creating serious problems for the regional security on the other hand. (Ohmadov E., Armenia's Aggression Towards Azerbaijan and International Organizations)

It's stated in the agreement that each and every state's territorial integrity is immune and those who break this principle would've acted against the international law. Armenia proved for the whole world to see that it doesn't care about the international law. Real pressure mechanisms could've been implemented to prevent this. However, the international community also demonstrated negligence on this issue. (Hasanov O., Modern International Relations and Azerbaijan's Foreign Policy)

The nature of the concept of aggression was included in the decision of the UN which was accepted in 1974. According to this decision:

1. The use of arms by a state against another state's sovereignty, its political independence and its territorial integrity;
2. The use of armed forces by any state in a way that is not compliant with the UN Charter;
3. a) the armed intervention or attack of a state to another state, or the invasion of the lands of another state by the result of any military invasion or intervention regardless of it carrying a temporary characteristic; b) the destruction of the lands of a state by the military forces of another state; c) the deployment of armed forces or irregular military units by a state or on behalf of it are accepted as an act of aggression.

The assailant state is directly responsible in front of the UN Security Council according to this or other forms of the aggression act. And that gives the authority to take compulsory measures regarding the assailant to the Security Council. There are tens of cases which confirm that Armenia pursues an aggressive policy against Azerbaijan and these cases prove through all criteria that the military operations that the country in question made in our country are acts of aggression. But despite all this, the UN Security Council didn't want to accept the necessary decisions to punish the aggressor and to dissuade him from his own unlawful acts. (Ohmadov E., Armenia's Aggression Towards Azerbaijan and International Organizations)

Bibliography

1. Abdullayev A., The Interventionist Policy of Armenia Against Azerbaijan, Baku, 1995,
2. Azerbaijan Democratic Republic, Baku, 1992
3. The Republic of Azerbaijan, 1991-2001 Baku, 2001
4. Encyclopedia of Azerbaijan People's Republic I-II c. Baku, 2004-2005.
5. Balayev A. M., Social-Economic, Political State in Azerbaijan (in the years 1985-1995),Baku, 2005.
6. Nagorno-Karabakh: The Chronology of Events (years 1988-1994), Baku, 2005.
7. Alimadov E. Armenia's Aggression Towards Azerbaijan and International Organizations, 1998.
8. Aliyev I., Nagorno-Karabakh: History, Facts, Events, 1989.
9. Haciyev K. A., The Struggle of Heydar Aliyev Against the Armenian Claims on Nagorno-Karabakh, 2014.
10. Hasanov A., Azerbaijan and ATOT: Armenia-Azerbaijan Dispute and the Nagorno-Karabakh Problem in European Countries Security Fund, 1997.
11. Hasanov A., Modern International Relations and Azerbaijan's Foreign Policy (textbook), 2005.
12. Mammadova H. I., The Political Situation in Upper Karabakh During the Period of Azerbaijan People's Republic. The Strengthening of the Armenian Terrorism (1918-1920), 2006.
13. Thomas De Waal, Black Garden: Armenia and Azerbaijan Through Peace and War, 2008.

BEYNELXALQ HÜQUQ ÇERÇİVESİNDEN DAĞLIQ QARABAĞ MESELESİ

*Dr. Neriman Hanahmedov**

*Arş. Gör. Tofiga Hüseynova***

Karabağ bölgesiyle ilgili tarihi kaynaklara bakıldığında, bölgenin farklı dönemlerde farklı milletler tarafından yönetildiği göze çarpmaktadır. Söz konusu unsurlar, sorunun hâlihazırdaki etnik durumunu daha iyi analiz etme adına önem taşımaktadır. Tarihsel açıdan ele alındığında, Dağlık Karabağ bölgesi Osmanlı, İran ve Çarlık Rusya yönetimi altında kaldığı görülmektedir. Bölge, 1555 Amasya Antlaşması ile Osmanlı Devletime, 1735 Gence Antlaşması ile İran'a ve 1828 Türkmençayı Antlaşması ile Çarlık Rusya'ya bırakılmıştır. Birinci Dünya Savaşı sonrasında ise, bölgeye Osmanlı Devleti ve İngilizler hâkim olmuştur. Her ne kadar Azerbaycan 1918'de bağımsızlığını ilan ettiyse de 1920'lerden itibaren bölge, Azerbaycan Cumhuriyeti adı altında Sovyetler Birliği yönetimi altına girmiştir. (Abdullayev A., Ermanistanın Azarbaycana Qarşı Tacavüzkarlıq Siyasati)

Bolşevikler, Rus Devrimi'nin ardından bölgeyi önce Azerbaycan'a, daha sonra bu kararı hiçbir zaman kabul etmeyen Ermenistan'a ve nihayet 1921 yılında tekrar Azerbaycan'a bırakmışlardır. Dağlık Karabağ Özerk Bölgesi 1923 yılında Azerbaycan Sovyet Cumhuriyeti sınırları içerisinde kurulmuştur.(Azarbaycan Respublikası 1991-2001)

Ermenilerin yerleştirilmesi ve Azerbaycan'a karşı asılsız toprak iddialarında yeni bir aşamayı İkinci dünya savaşından sonraki yıllar oluşturmaktadır. Bu dönemden itibaren Ermeni çevreleri birkaç yönde faaliyet göstermeye başladılar. Onlar Sovyet yönetiminin talimatı ile Türkiye'ye karşı toprak iddiaları ileri sürdüler. Fakat Türkiye hükümeti asılsız iddiaları kesinlikle reddederek toprak vermedi.(O. Abdullayev,Ermanistanın Azarbaycana Tacavüzkarlıq Siyasati)

Ermenistan K (b) P MK Sekreteri Q.Arutunov 1945 yılının Kasım ayında Stalin'e mektupla başvurarak Dağlık Karabağ Özerk vilayetine iddia ileri sürdü. Onun başvurusu yansıyan mektubu UK (b) P MK Sekreteri Qeorgiy Malenkov 1945 Kasım 28-de Azerbaycan K (b) P MK Sekreteri Mircefer Bağırova gönderip Ermenistan K (b) P MK-nın teklifi hakkında fikrini bildirmesini istedi. M.Bağırov 1945 yılı 10 Aralık 330 N°-li mektupla ona cevap verdi. 5 sayfadan oluşan bu mektupta Q.Arutunovun asılsız iddiaları ret ediliyordu.(Hacıyev Q.O., Heydar Oliyevin Dağlıq Qarabağda Ermani İddialarına Qarşı Mübarizasi)

Sovyet yönetimi asılsız Ermeni iddialarını reddetse de onların diğer isteklerini yerine getirdi. 1946 yılında 40 kv. km orman alanı, Tovuz Rayonu üzerinden 7,6 kv.km arazi, Kazak ilçesinden bir bölüm Ermenistan'a verildi.(Tomas De Vaal, Qarabag: Ermanistan vs Azarbaycan Sulh va Savaş Yollarında)

Türkiye'den araziler ve Azerbaycan'dan Karabağ'ı alamayan Ermenistan yönetimi yabancı ülkelerden Ermeni taşındı yerleştirilmesi konusunu Sovyet hükümeti önünde kaldırdı. Sovyet yönetimi bu teklifi beğendi.(Hacıyev Q.O., Heydar Oliyevin Dagliq Qarabagda Ermani İddialarına Qarşı Mübarizasi)

SSCB Bakanlar Kurulu 1947 Aralık 23-de ve 1948 Martın 10-da kolhozcuların ve diğer Azerbaycanlı nüfusun Ermenistan SSCden Azerbaycan SSC'de Kür-Araz ovasına aktarılması

* Azerbaycan Devlet İktiat Üniversitesi, Türk Dünyası İşletme Fakültesi'nde Öğretim Görevlisi, e-mail: nermanhan@gmail.com

** Azerbaycan Devlet İktisat Üniversitesi, Uluslararası Yüksek Lisans ve Doktora Merkezi Akademik Danışman, email: h.tofiqe@gmail.com

hakkında kararlar kabul etti. Bu kararlara uygun olarak 1948 ve 1953 yıllarında 100 binden fazla Azerbaycanlı zorla tarihi topraklarından Azerbaycan SSC'nin Muğan ve Mil çöllerine aktarıldılar. (Tomas De Vaal, Qarabag: Ermanistan va Azarbaycan Sulh va Savaş Yollarında)

Sonraki yıllarda da Ermenilerin Güney Kafkasya'ya getirilmesi işi devam ettirildi. Öyle ki, dış ülkelerden Ermenistan'a 1961 yılı ortaları için 200 bin, 1962-1973 yılları arasında ise 26 bin 100 kişiden fazla Ermeni getirilmişti. (Azarbaycan Respublikası 1991-2001)

1980'lerin ortalarından itibaren Sovyetler Birliği'nin genelinde yaşanan karmaşık ve çelişkili süreçleri kullanan Ermenistan SSC Azerbaycan SSC-in iç işlerine müdahale ederek coğrafi-siyasi, etnik-kültürel, tarihi açıdan Azerbaycan'ın toprağı olan Dağlık Karabağ'ı ilhak etmek için asılsız iddialar ileri sürdü. SSCB Başkanı M. Gorbaçov'un ekonomik konularda danışmanlığını Abel Aqanbekyanin Paris'te „interkontinental" otelde Ermeni temsilcileri önünde yaptığı ve 1987 Kasım 18-de "Humanité" gazetesinde yayınlanmış çıkışı gerginlik yarattı. O, güya Dağlık Karabağ'ın ilişkisini dikkate alarak Ermenistan'a birleştirilmesi hakkında M. Gorbaçov'un rızasını aldığını bildirdi.(Humanitär Tedqiqatlar Cemiyyeti,Qarabağ Müzakire Olunur.)

Ermenistan Azerbaycan'a karşı saldırganlığını örtbas etmek için DKÖV'de "Ermeni halkı" nıı kendi kaderini tayin etmesi. Ermenilerin haklarının ihlali, sosyal-ekonomik gelişiminin geriliği hakkında asılsız mülahazalar ileri sürüyordu. Ermenistan SSC Yüksek Sovyeti 1990 Ocak 9'unda Dağlık Karabağ'ı 1990 ekonomik planına dahil etti. 10 Ocak da SSCB Yönetim Kurulu itiraz ederek "Dağlık Karabağ konusunda Ermenistan SSC Yüksek Sovyeti 1989 Aralık l'de ve 1990 Ocak 9-da kabul ettiği kararların SSCB anayasasına uygun olmaması hakkında" kabul ettiği kararda Azerbaycan SSR 'in izni olmadan Ermenistan SSC ile Dağlık Karabağ'ın birleştirilmesinin yasadışı olduğu belirtiliyordu.(Abdullayev A., Ermanistanın Azarbaycana Qarsi Tacavüzkarhq Siyasati)

Nüfus Ermenistan'ın müdahalesini durdurmayı. Dağlık Karabağ'da durumu normalleştirmeyi. Ermenistan'dan kovulan insanların sorunlarının çözümünü talep ediyordu. Bu talepleri yerine getirebilmek bilmeyen Azerbaycan makamları hareketsiz hale düşmüşlerdi. Cumhuriyetin başkentinde durum kontrolden çıkmıştı. Böyle bir ortamda birkaç bölgede Azerbaycan Halk Cephesi'nin aktivisller hakimiyeti ele geçirdiler. Azerbaycan'a ek Sovyet askeri birlikleri getirilmeye başlandı. İtirazları yatıştırmak için 1990 Ocak 19-dan 20-nc geçen gece Sovyet ordu birliklerinin Bakü'de ve Azerbaycan'ın çeşitli yerlerinde sivil halka karşı işlediği katliamlar sonucu yüzden fazla kişi öldürüldü, yüzlerce kişi yaralandı. Abdurrahman Vezirov cumhuriyetten kaçtı. Azerbaycan KP MK-nın birinci katibi görevine Ayaz Mütellibov getirildi(Tomas De Vaal, Qarabağ: Ermanistan va Azarbaycan sulh va savaş yollarında). 20 Ocak olayı Sovyet hakimiyetinin vatandaşlarına karşı işlediği ağır cinayeti olmak üzere SSCB siyasi sisteminin krizini ve M. Goi'başov'un yeniden yapılanma politikasının iflasını gösterdi, Azerbaycan halkının hayatında dönüm aşaması oldu. Azerbaycan halkının merkez ile yolu artık bir olamazdı.(Balayev A.M., Azarbaycanda İctimai-İqtisadi, Siyasi Vaziyyat, 1985-1995-ci Yillar)

Böyle bir ortamda Ermenistan silahlı grupları sadece Dağlık Karabağ'da değil, Azerbaycan ile sınır bölgelerde de Azerbaycan nüfusuna karşı saldırıları artmıştı. Sadece 1990 24 Mart Azerbaycan'ın Gazah ilçesinin sınır köylerine saldıran Ermenistan silahlı birlikleri 9 kişiyi öldürdüler. Bağanıs Ayrım köyünde 7 kişiyi yakmakla ve doğramaqla katlettiler.(Tomas De Vaal, Qarabağ: Ermanistan va Azarbaycan Sulh va Savaş Yollarında)

SSCB Yönetim Kurulu 1990 3 Nisan tarihli kararıyla Azerbaycan SSC ve Ermenistan SSC arasındaki sınırların ve anayasa ile belirlenen milli arazi bölümünün değiştirilmesinin kabul edilemez olduğunu beyan etti. 1991 Mart ortalarında Sovyetler Birliği Telgraf Ajansı Sovyet hükümetinin tutumunu beyan ederek Dağlık Karabağ'm Azerbaycan'ın ayrılmaz bir parçası olduğunu bir kez daha bildirdi.

1991. 30 Ağustos Azerbaycan SSC Bakanlar Kurulu 1918 yılında Azerbaycan Halk Cumhuriyeti tarafından ilan edilen bağımsızlığın restorasyonunu Azerbaycan SSC sınırları ilan etti. Bundan birkaç gün sonra, Eylülün 2-de Dağlık Karabağ Özerk Vilayet ve Şaumyan İl Halk Milletvekilleri Sovetlarinin ortak oturumunda Azerbaycan'ın DKÖV ve Şaumyan bölgesi sınırlan çerçevesinde sözde "Dağlık Karabağ Cumhuriyeti" nin kurulduğu ilan edildi.(Azarbaycan Demokratik Respublikası)

Bu zaman sorunun çözümü için ilk girişimler yapıldı. RSFSR Devlet Başkanı Boris Yeltsin ve Kazakistan Cumhurbaşkanı Nursultan Nazarbayev bölgeyi ziyaret ettiler. 1991 Eylül 20-24-de Jeleznovodsk Rusya. Kazakistan, Azerbaycan ve Ermenistan Cumhurbaşkanları görüşerek Dağlık Karabağ sorununun çözümü yollarını tartıştılar. 23 Eylül RSFSR, Kazakistan. Ermenistan ve Azerbaycan Cumhurbaşkanlarının imzaladıkları beyannameye göre. Dağlık Karabağ'da silahlı desteler silahsızlanma edilmeli, yerel hükümet yeniden düzenlenmeli. Ermenistan ile Azerbaycan arasında üst düzey toplantılar devam ettirilmeli, ateşkes ilan edilmeli, SSCB İçişleri Bakanlığı'nm birimleri ve SSCB ordu hisseleri çatışma bölgesinden çekilmeli, Ermenistan parlamentosu Dağlık Karabağ'ın Ermenistan toprağı olduğunu ilan eden kararını, bunun karşılığında da SSCB Yüksek Sovyeti Dağlık Karabağ aldığı kararları iptal etmeli, Ermenistan ve Azerbaycan tarafları karşılıklı olarak rehineleri serbest bırakaları gerekiyordu. Bu görüşmeden sonra ateşin durdurulmasına dair Moskova'da protokol imzalandı. Buna rağmen, Ermenistanın Dağlık Karabağ bölgesine askeri mühimmat ve silah göndermeyi, Azerbaycanlılara karşı silahlı saldırıları sürdürüyordu. (Abdullayev A., Ermanistanın Azarbaycana Qarşı Tacavüzkarlıq Siyasati)

Böyle bir ortamda, 18 Ekim Azerbaycan Cumhuriyeti'nin bağımsızlığı hakkında anayasa aktı kabul edildi. Ermenistan ise askeri tecavüzünü daha da genişletti. 20 Kasım Dağlık Karabağ'da Qarakend köy semasında Azerbaycan'ın devlet ve siyasi militanlarının bulunduğu helikopter Ermeni orduları tarafından vuruldu. Ermenistan barış sürecini bozdu. Azerbaycan tarafı 1991 Kasım 26-da Dağlık Karabağ Özerk vilayetini iptali etti. (Balayev A.M., Azarbaycanda İctimai-İqtisadi, Siyasi Vaziyyat)

Bu zaman SSCB varlığının son günlerini yaşıyordu. 1991 Aralık 8-de Minsk yakınında Belovejskoe Puşede Rusya. Ukrayna ve Beyaz Rusya Cumhurbaşkanları görüşerek 1922 yılında İttifak Anlaşması'nın faaliyetlerini durdurdular. 10 Aralık ise Dağlık Karabağ bölgesindeki Ermeniler Ermenistan'ın doğrudan müdahalesi altında sahte "referandum" geçirerek "Dağlık Karabağ'ın SSCB bünyesinde bağımsız bir cumhuriyet olması" için oy verdiler. Azerbaycanlılar bu "referandum" da yer etmediler. Bu zaman artık SSCB diye bir devlet yoktu. 21 Aralık oluşturulması ilan edilen Bağımsız Devletler Topluluğu Ermenistan'ın Azerbaycan'ın iç işlerine karışmasını durduramadı.Ermanistanda bulunan eski Sovyet ordusunun komutanları silah ve mühimmatı Ermenilere vererek Azerbaycan aleyhine silahlandılar.Böylece. SSCB'nin dağılması ile Ermenistan'ın Azerbaycan'ın iç işlerine müdahalesi iki bağımsız devlet arasında kanlı çatışmalara ve açık savaşa dönüştü. (Azarbaycan Demokratik Respublikası)

Ermenistan'ın Azerbaycan'a karşı saldırgan politikalarının uygulanması her zaman uluslararası topluluğun ihmal dolayısıyla eşlik ediliyordu. Artık 1992 yılında Ermeni silahlı birliklerinin cumhuriyetimizin topraklarının işgaline yönelik askeri operasyonların kapsamı yeterince büyümüştü. Fakat hiçbir uluslararası örgüt herkesin gözü önünde halihazırda devam etmekte olan ve uluslararası hukuk ilkelerini kabaca çiğneyen bu yayılmacı emellerine objektif fiyat vermedi. Doğru, çeşitli dönemlerde BM, AGİT, Avrupa Birliği'nin bu konuda belli kararlan, beyanları meydana çıktı, bununla birlikte, bu belgeler sorunun gerçek nedenlerini net şekilde, saldırganla tacize maruz kalan taraf arasında hiçbir fark koymuyordu.(Daghq Qarabag: Hadissbrin Xronikasi)

1991 yılında bağımsızlığını ilan eden Azerbaycan Cumhuriyeti bu konuda tüm uluslararası

kuruluşlara, aynı zamanda BM'ye ve dünya devletlerine müracaat etti. Bu başvuruda demokrasi, özgürlük ve beraberlik prensiplerinin cumhuriyetin temel stratejik yolu olduğu gösteriliyor ve ülkenin BM'ye kabul edilme arzusu ifade ediliyordu. 1992 yılının Mart ayında Azerbaycan BM'ye üye kabul edildi. Aynı yılın Mart ayında New York'ta Azerbaycan'ın BM Daimi Temsilciliği açıldı. (Balayev A.M. Azarbaycanda ictimai-iqtisadi, siyasi vaziyyat)

1992'de Şuşa'nın işgali Azerbaycan'ı yeniden BM'ye başvurmak zorunda bıraktı. Mayıs ayının 12-de BM Güvenlik Konseyi Dağlık Karabağ sorununu müzakere ederek bildiri vermekle yetindi. Açıklama Güvenlik Konseyi Başkanı'nın adına yayıldı. Bildiride Dağlık Karabağ'da durumun kötüleşmesinden endişe belirtiliyor ve zorunlu göçmenlere acil yardım gösterilmesinin zorunluluğu gösteriliyordu.(Tomas De Vaal, Qarabag: Ermanistan vs Azsrbaycan sulh va savaş yollarında). Bildiride paydaşlar şiddete son koymaya çağrılıyor ve BM Antlaşmasının hükümlerine uymaya davet ediliyordu. "Güvenlik Konseyi üyeleri tüm taraflara şiddete son verilmesi.Genel Sekreter misyonunun işini kolaylaştırmak ve personalannın güvenliğini sağlamak için her türlü önlemi almaya çağırıyordu. Onlar. Konsey Başkanı adına 1992, 23 Ocak (S / 23496) ve 14 Şubat (S / 23597) uygun olarak Ermenistan ve Azerbaycan'ın Birleşmiş Milletler'e üye olunması ile ilgili beyanatlarını, özellikle de bildirinin anlaşmazlıkları barışçı yollarla ve güç uygulamadan düzenlenmesine ait ilkelerine referansları hatırlatıyorlar ".- Diye belgede belirtiliyordu. Bu ise bildirinin aslında sorunun gerçek mahiyetinin hiçbir şey ifade etmeyen sıradan bir belge olduğunu gösteriyordu. BM Güvenlik Konseyi'nin tek olumlu adımı ondan ibaret oldu ki. Azerbaycan'ın BM Daimi Temsilciliği'nin Güvenlik Konseyi Başkanına mektubu Güvenlik Konseyi'nin resmi belgesi olarak yayıldı. Bu mektupta Ermenistan'ın yaptığı askeri operasyonlar egemen devletin toprak bütünlüğünü bozmak girişimi olarak değerlendiriliyordu. (Dağlıq Karabağ: Olaylaeın kronikası)

Tabii ki, Ermenistan da alternatif adımlar atmaya çalışıyordu. İşte bunun sonucunda, 1992 yılının Ağustos ayında Ermenistan'ın talebi üzerine BM Güvenlik Konseyi'nin yeni oturumu oluşturuldu ve Güvenlik Konseyi Başkanı'nın yeni beyanatı yayıldı. Bu belgede de taraflar ateşi durdurmaya çağrılıyor ve durumun gerginleşmesinden BM rahatsızlık geçirdiği belirtiliyordu. (Aliyev İ. Dağlıq Karabağ: Tarih, Faktlar, olaylar)

1992 yılı Ekim ayında BM Güvenlik Konseyi Başkanı'nın daha bir bildirisi kabul edildi.

Ancak bu belge de içeriğine ve siyasi mahiyetine göre öncekilerden farksızdı. Burada da durumun gerginleşmesinden, yanı çok sayıda insan telefatından endişe belirtiliyor ve AGİT'in sorunun çözümüne dair faaliyetlerinin desteklendiği belirtiliyordu. Güvenlik Konseyi sorunun çözümü için görüşmeler sürecinin acil başlatılmasının gerektiğini kaydederek tarafları bu yönde somut adımlar atmaya davet ediyordu. .(Azarbaycan Demokratik Respublikası)

1993 yılında Azerbaycanın daha bir ilke - Kelbecer Ermeniler tarafından işgal edildi. Azerbaycan bu konuda BM'ye başvurarak saldırganın saldırısının deyerlendirilmesini istedi. 6 Nisan BM Güvenlik Konseyi Başkanı'nın açıklaması kaydedildi. Bildiride Ermenistan'la Azerbaycan arasında gerginliğin artmasından ve "yerel Ermeni güçlerinin" Kelbecer ilkesine karışmasından rahatsızlık ifade ediliyordu. Bildiride tüm devletlerin toprak bütünlüğünün dokunulmazlığı ilkesi bir kez daha doğrulanır ve yine de AGİK çerçevesinde barış sürecinde ilerleme sağlanması için taraflara uygun adımlar atmaya çağrı yer buluyordu. Ancak bu açıklama da sorunu uygun değerlendirmiyordu. Sorunun kaynakladığı nokta, Ermenistan'ın işgal politikası ilişki belgede aksetınemiş ve Kelbecer'in İşgalinin güya "yerli Ermeniler" tarafından gerçekleştirildiği vurgulanmıştı. Not edelim ki, bu bildiri esasen Ermenistan sunduğu bilgilere dayanıyordu. Ermenistan Kelbecerin işgalinde yer aldığına dair Azerbaycan'ın ortaya koyduğu gerçekleri doğruluyor ederek bölgenin gasp edilmesinde "yerel Ermenilerin" suçlu olduğunu kanıtlamaya çalışıyordu.(Aliyev İ. Dağlıq Karabağ: Tarih, Faktlar, olaylar)

1993 yılı Nisan ayında BM Güvenlik Konseyi'nin Ermenistan-Azerbaycan. Dağlık Karabağ sorununa ilişkin ilk kararı kabul edildi. "BM Güvenlik Konseyi'nin 822 sayılı kararı" olarak adlandırılan bu belge Güvenlik Konseyi Başkanı'nın 1993 Ocak 29-da ve 6 Nisan verdiği beyanatlara istinaden hazırlanmıştı. Kararda bölgede istikrarın ve huzurun tehlike altında olduğu, göçmenlerin sayısının artmasından endişe edildiyi ve Kelbecer bölgesinde oluşmuş olağanüstü durumun doğurduğu sorunların ortadan kaldırılmasının gerekliliği belirtiliyordu. (Azarbaycan Halq Cümhuriyyatinin Ensiklopedisı I-II c.)

BM Güvenlik Konseyi ateşin devamlı durdurulması için yayılmacı amellerine ve askeri operasyonlara son verilmesine çağırıyor, saldırgan güçlerin Kelbecer ilçesinden ve Azerbaycan'ın işgale uğramış diğer bölgelerinden çıkarılmasını talep ediyordu. "Güvenlik Konseyi Dağlık Karabağ sorunu konusunda Güvenlik Konseyi Başkanı'nın 1993 Ocak 29-da (S / 25199) ve 6 Nisan (S / 25539) verdiği beyanatlara dayanarak Genel Sekreter 1993 Nisan 14 kadar raporunu (S / 26600) dikkate alarak Ermenistan Cumhuriyeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti arasında ilişkilerin kötüleşmesi ile ilgili ciddi endişe izhar ederek silahlı askeri operasyonların güçlenmesi, kısmen de Azerbaycan Cumhuriyeti'nin Kelbecer bölgesine yerel Ermeni güçlerinin son tecavüzünü endişeyle kaydederek, ayrıca durumun bölgedeki huzuru ve güvenliği korku altına aldığından rahatsız olarak, çok sayıda sivilin hareketi ve bölgede, özellikle Kelbecer ilçesinde oluşmuş olağanüstü durumla ilişkin ciddi endişe belirterek, bölgedeki tüm devletlerin egemenliğine ve toprak bütünlüğüne saygıyı bir kez daha teyit ederek, ayrıca uluslararası sınırların dokunulmazlığını ve toprak elde etmek için kuvvet uygulamanın yasak olmasını teyit, AGİK çerçevesinde gerçekleştirilen barış sürecini desteklediğini bildirerek ve silahlı askeri operasyonların güçlenmesinin bu süreç için yıkıcı sonuçlar verebileceğinden derin endişe geçirerek:

1.Saldırının durdurulması amacıyla tüm askeri operasyonların ve düşmanlık hareketlerinin hemen durdurulmasını, ayrıca tüm işgalci güçlerin Kelbecer ilçesinden ve Azerbaycan'ın son zamanlarda işgal edilmiş başka bölgelerinden derhal çıkarılmasını gerektirir;

2.Bu çalışmada ilginç olan, tarafları sorunu AGİT Minsk Grubu barış süreci çerçevesinde çözmek amacıyla derhal konuşmayı restore etmeye ve sorunun barış yoluyla çözümünü zorlaştırabilir her türlü faaliyetten imtina etmeye ısrarla davet ediyor ", - diye kararda belirtilmesiydi.

1993 yılının Temmuz ayının 23-de Ermenistan silahlı birliklerin Azerbaycan'ın Ağdam bölgesini işgal etdi. Belirtelim ki, bu artık Ermenistan'ın BM Güvenlik Konseyi'nin kabul ettiği karara hiçbir önem vermediğini onaylıyordu. Temmuz'un sonlarında BM Güvenlik Konseyi toplantısı yapıldı ve burada Ermenistan-Azerbaycan Dağlık Karabağ sorununa ilişkin 853 sayılı kararı kabul edildi. Bu kararda da işgal güçlerinin Azerbaycan'ın Ağdam da dahil olmak üzere tüm diğer işgal edilmiş topraklarından çıkarılması talebi konulmuştu.(Aliyev İ. Dağlıq Qarabağ : Tarix, Faktlar, Hadisabr)

Kararda Azerbaycan vatandaşlarının bir bölümünün göçmen gibi yaşamasından endişe ifade ediliyor ve tarafların çatışmayı durdurmak için ateşkese nail olmalarının gerekliliği belirtiliyordu. Güvenlik Konseyi bir kez devletlerin toprak bütünlüğününun dokunulmazlığının gerekliliğini beyan ederek, AGİT barış sürecini hızlandırmak girişimlerini takdir ettiğini de vurgulamıştı. (Hsssnov A., Müasir Beynalhalq Münasibetbr vs Azsrbaycanın Harici Siyassti)

Bunun yanı sıra, Ermenistan ile Azerbaycan arasında durumun gerginleşmesi ve Azerbaycan'ın bazı arazilerinin işgali olgusu da bu belgede çiziliyor ve tecavüz eylemlerinin bölgede barışa ciddi engel olduğu gösteriliyordu. BM Güvenlik Konseyi'nin 853 sayılı kararı bütün olarak bazı düşüncelere göre 822 sayılı karardan daha objektif görünse de, burada da mesele kendi net değerlendirilmesini almamıştır. Çünkü Güvenlik Konseyi saldırganın adını söylemiyor, sadece

“yerel Ermeniler” ifadesi ile yetinmeyi tercih ediyordu. Oysa artık saldırganın kim olduğu herkesçe biliniyor ve şimdi bunu sadece resmi olarak onaylamak kalıyordu. BM Güvenlik Konseyi ise böyle bir adım atmadı.(Tomas De Vaal, Karabağ: Ermenistan vs Azarbaycan Sulh va Savaş Yollarında)

1993 yılının Ağustos ayında Ermenistan Azerbaycan’ın Fuzuli bölgesini işgal etmek amacıyla askeri operasyonları pekiştirdikten sonra BM Güvenlik Konseyi Başkanı’nın yeni beyanatı yayıldı. Aynı bildiride Azerbaycan topraklarının işgali olgusu onaylanıyor, Dağlık Karabağ’ın Azerbaycan’ın bir parçası olduğu vurgulanıyor ve bölgede hüküm süren durumdan endişe ifade ediliyordu.

Bildiride BM Güvenlik Konseyi’nin 822 ve 853 sayılı kararlarının yerine getirilmesine ilişkin “acil önlemler tablosunun düzeltilmiş seçeneğinin çatışma taraflarını kabul etmesinin gerekliliği de yer bulmuştu. Ancak bu açıklama da önceki belgelerden bir o kadar farksızdı. Çünkü burada Ermenistan’ın işgalci taraf olması gerçeği itiraf edilmiyor, çatışma Azerbaycan’ın Dağlık Karabağ bölgesinde yaşayan Ermenilerin Azerbaycan arasında sorun olarak belirtiliyordu. Bu belirsiz tutum ise Ermenistan’ın yayılmacı işlemlerini geliştirilmesine uygun bir ortam oluşturuyordu. Ermeniler uluslararası toplumun olaylara objektif tepki vermemesini kullanarak yeni tecavüz eylemleri gerçekleştiriyor, Azerbaycan topraklarını işgal ediyorlardı.(Hasanov O., Müasir Beynalxalq Münasibatlar vs Azarbaycanın Xarici Siyasati)

Böylece Fuzuli ve Cebrail bölgeleri de işgal edildi. 1993 yılının Ağustos ayında ateşkes mutabık olunsa da, Ermeniler buna uymayarak Qubadlı ilçesini de ele geçirdiler. Azerbaycan bir kez daha BM Güvenlik Konseyine müracaat etti.(Aliyev İ.,Dağlıq Qarabağ:Tarix,Faktlar, Hadisalar)

1993 14 Ekim de BM Güvenlik Konseyi yeniden Dağlık Karabağ sorununu tartışmaya açarak 874 sayılı kararı kabul etti. Bu kararda Minsk Grubu tarafından hazırlanan “Acil önlemlerin güncellenen tablosu” takdir ediliyor ve bu plan temelinde sorunun nizamlanmasının olasılığı belirtiliyordu. (Hasanov O. Azarbaycan va ATOT: Ermanistan-Azarbaycan münaqişsi va Dağlıq Qarabağ Problemi Ümumavropa Tahlükasizliyi Fonunda)

Mahiyet itibariyle bu çözünürlüğü de öncekilerden farksızdı. Burada da Ermenistan’la Azerbaycan arasında oluşan gerginliğin, cephe bölgesinde askeri operasyonların yeniden güçlenmesinden, çok sayıda insan telefatından ve Azerbaycan topraklarının işgal edilmesi olgularından endişe belirtiliyor, sorunun giderilmesi yönünde AGİT çabaları destekleniyor, devletlerin toprak bütünlüğünün dokunulmazlığı bir daha onaylanıyordu. (Ohmadov E. Ermanistanın Azarbaycana tacavüzü va beynalxalq taşkilatlar)

Öte yandan, ilginç olan, 874 sayılı kararda Azerbaycan’ın son zamanlarda işgal edilmiş bölgeleri hakkında hiçbir şey belirtilmemişti. Oysa önceki kararlara işgal altındaki toprakların somut isimleri de belirtilnıişdi.(Hasanov A., Azarbaycan va ATOT: Ermanistan-Azarbaycan Çatışması va Dağlıq Karabağ Problemi Ümumavropa Tahlükasizliyi Fonunda)

1993 yılı Ekim ayında Ermenistan’ın uluslararası kuruluşların kabul ettiği belgelere itinasızlığı kendini açıkça gösterdi. AGİT Başkanı’nın bölgede seferde olduğu bir zamanda Ermenistan silahlı kuvvetleri Azerbaycan’ın Zengilan bölgesini işgal etti.(Hasanov A., Müasir Beynalxalq Münasibatlar va Azarbaycanın Xarici Siyasan)

1993 11 Kasım’da BM Güvenlik Konseyi Azerbaycan’ın başvurusuna göre sorunun devam etmesi ile ilgili durumu yeniden tartışmaya açarak 884 sayılı kararı kabul etti. Bu kararda Azerbaycan’ın Horadiz kasabasının ve Zengilan ilinin işgal edilmesi gerçeğinden endişe belirtiyor ve belgede işgal güçlerinin bu bölgelerden çıkarılması isteniyordu. Bu karar, tabii ki, uygulanmadı. (Tomas De Vaal, Qarabağ: Ermanistan va Azarbaycan Sulh va Savaş Yollarında)

Belirtelim ki, söz konusu belge BM Güvenlik Konseyi’nin önceki kararlarından prensip

itibariyle farksızdı. Bu kararların hiçbiri BM'nin ilgili yönetmeliğinin taleplerini kendisinde tam olarak yansıtmıyordu. BM'nin kabul ettiği belgelerde uluslararası hukukun çok önemli prensipleri nedense unutuluyor ve saldırganın cezalandırılması için hiçbir somut mekanizma gerçekleştirilmiyordu.(Hasanov O. Müasir beynalxalq münasibatlar va Azarbaycanın xarici siyasati)

Oysa sorunların çözümü konusunda yeterli tecrübesi olan bu kurum Ermenistan'ın Azerbaycan'a karşı yürüttüğü yayılmacı politikasına son vermek ve bölgede gerçek barışa ulaşmak için oldukça geniş imkanlara sahipti. Bu, hem uluslararası hukukun bütün devletlerinin oybirliğiyle kabul edilmiş prensiplerinde, hem de BM Şartı'nda yer almıştır. Sadece bu ilkeleri uygulamak için irade sergilemek isteniyordu ki, bu da, görünür, uluslararası kamuoyu için o kadar da önem arz etmiyordu. Her halde çatışma başladıktan sonra bu konuya ilişkin ikili standartların varlığını doğrulayan onlarca olgunun ortaya çıkması bile düşündürmektedir.(Hasanov O., Azarbaycan va ATOT : Ermanistan-Azarbaycan Münaqişasi va Dağlıq Qarabağ Problemi Ümumavropa Tahlükasizliyi Fonunda)

Sonuç

BM Antlaşması'na göre, Güvenlik Konseyime tartışmalı meseleleri, aynı zamanda anlaşmazlıkları çözmek için geniş yetkiler veriliyor. Konsey'in kararlan bağlayıcı mahiyet arz etmez ve tavsiye niteliği taşısa da, uygulanmadıkta ve mesele uluslararası barış için tehlike karakteri taşıdıkta Güvenlik Konseyi'nin zorunlu kararlar almak var hukuku var. Fakat biz Ermenistan-Azerbaycan, Dağlık Karabağ sorununun şahsında bunu müşahede etmedik. Oysa ülkemize karşı tecavüz eylemi bir yandan halkımızın huzurlu ve sakin yaşamasına engel oluyor, diğer yandan hem de bölgesel güvenliğe ciddi sorunlar yaratıyordu. (Ohmadov E., Ermanistanın Azarbaycana Tacavüzü va Beynalxalq Taşkilatlar)

Antlaşmada, o da belirtiliyor ki, her bir devletin toprak bütünlüğü dokunulmazdır ve bu prensibi bozanlar uluslararası hukuka aykırı hareket etmiş oluyorlar. Ermenistan dünyanın gözü önünde uluslararası hukuk kurallarına aldırmadığını kanıtladı. Bunu önlemek için gerçek baskı mekanizmaları uygulana bilirdi. Fakat uluslararası toplum bu konuda da ihmal sergiledi.

(Hasanov O., Müasir Beynalxalq Münasibatlar va Azarbaycanın Xarici Siyasati)

Tecavüz kavramının mahiyeti BM'nin 1974 yılında kabul edilen kararında yer bulmuştur. Bu karara göre:

1. Bir devletin diğer devletin egemenliğine, siyasi bağımsızlığına, toprak bütünlüğüne karşı silahlı güç'e başvurması;
2. Her bir devletin BM Şartfa aykırı olarak birinci silahlı güç'e başvurması;
3. a) bir devlet" in diğer devlet"e silahlı müdahale veya saldırması veya geçici özellik taşımasından bakılmaksızın her askeri işgal veya müdahale sonucu başka bir devletin topraklarının ilhakı; b) bir devletin askeri kuvvetleri tarafından diğer devletin arazilerinin dağıtılması; c) bir devlet tarafından ya da onun adından silahlı kuvvetler, düzensiz askeri destelerin gönderilmesi tecavüz eylemi olarak kabul ediliyor.

Tecavüz eyleminin bu veya diğer formuna göre saldırgan devlet BM Güvenlik Konseyi önünde doğrudan sorumludur. Bu ise; Güvenlik Konseyi'ne saldırgan hakkında zorunlu önlemlerin alınması yetkisini veriyor. Ermenistan'ın Azerbaycan'a karşı saldırgan politika yürüttüğünü doğrulayan onlarca olgu var ve bu olgular söz konusu ülkenin ülkemize yönelik yaptığı askeri operasyonların tüm kriterler üzere tecavüz eylemi olduğunu kanıtlıyor. Fakat bütün bunlara rağmen, BM Güvenlik Konseyi saldırganı cezalandırmak ve onu kendi yasadışı eylemlerinden vazgeçirmek için gerekli kararlar kabul etmek istemedi. (Ohmadov E., Ermanistanın Azarbaycana Tacavüzü va Beynalxalq Taşkilatlar)

Kaynakça

1. Abdullayev A., Ermanistanm Azarbaycana Qarşı Tacavüzkarhq Siyasati, Bakü, 1995,
2. Azarbaycan Demokratik Respublikası, Bakü, 1992
3. Azarbaycan Respublikası 1991-2001. Bakü, 2001
4. Azarbaycan Xalq Cümhuriyyatinin Ensiklopediyası I-II C., Bakü, 2004-2005.
5. Balayev A. M. Azarbaycanda İctimai-İqtisadi, Siyasi Vaziyyat (1985-1995-ci ilbr). Bakü, 2005.
6. Dağlıq Karabağ: Hadisabrin Kronikası (1988-1994-cü ilbr). Bakü, 2005.
7. Alımadov E., Ermanistanm Azarbaycana Tecavüzü vs Beyn3İhalq Teşkilatlar, 1998.
8. Aliyev İ.,Dağlıq Karabağ : Tarih, Faktlar, Hadiseler, 1989.
9. Hacıyev K. A., Heydar Aliyevin Dağlıq Karabağda Ermsni İddialarına Karşı Mübarizesi, 2014.
10. Hasanov A., Azarbaycan va ATOT : Ermanistan-Azerbaycan Münaqişasi va Dağlıq Karabağ Problemi Umum Avrupa Tahlükasizliyi Fonunda, 1997.
11. Hasanov A., Müasir Beynalxalq Münasibatbr va Azarbaycanın Xarici Siyasati (Darslik), 2005.
12. Mammadova H. İ., Azarbaycan Xalq Cümhuriyyati Dövründa Yuxarı Qarabağda Siyasi Vaziyyat: Ermani Terrorizminin Güçlenmesi (1918-1920), 2006.
13. Tomas De Vaal, Qarabağ: Ermanistan va Azarbaycan Sulh va Savaş Yollarında, 2008.

ULUSLARARASI İSTANBUL HUKUK KONGRESİ
INTERNATIONAL İSTANBUL LAW CONGRESS
17-19 EKİM 2016
17-19 OCTOBER 2016

ÜÇÜNCÜ GÜN
THIRD DAY

ENDERUN SALONU
ENDERUN HALL

Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanun Yolları ve Uzlaşma
Legal Remedies and Conciliation in the Law of Criminal Procedure Session

MEDENİ HUKUK VE AİLE HUKUKUNDA ULUSLARARASI YARGI ÜZERİNE UKRAYNA MEVZUATINDAN BAZI YENİLİKLER

*Yuliya Chernyak**

I. Yabancı bir unsur bulunan davalarla ilgili olarak Ukrayna mahkemelerinin yargı yetkisine ait gerekçeler, uluslararası anlaşmalar ve Ukrayna'nın ulusal yasal düzenlemeleri tarafından yönetilmektedir.

Uluslararası özel hukuk tarihi her ne kadar yargı yetkisi konusunda tek tip kuralların benimsenmesinin çok zor olduğunu kanıtlasa da, uluslararası sözleşmelerin; uluslararası yargı türleri, yargılama yetkisinin gerekçeleri, temdit sözleşmelerinin geçerliliği ve hukuki etkileri, bu sözleşmelere bağlı yasal işlemlerden ileri gelen hükümlerin tanınması ve uygulanması, yargılama yetkisine ilişkin rekabet gibi farklı konularda yargı yetkisinin düzenlenmesi için en etkili mekanizma olduğu görülmektedir. Yakın zamana kadar, uluslararası yargı yetkisinin kurallarına ilişkin, - bireysel ve ailevi hususlardaki hukuki yardım ve hukuki ilişkilere ilişkin çok taraflı ve iki taraflı sözleşmeler gibi- Ukrayna'nın taraf olduğu tek bir tür uluslararası anlaşma bulunmaktaydı. Ukrayna; Estonya, Çek Cumhuriyeti, Gürcistan Cumhuriyeti, Makedonya Cumhuriyeti, Moldova Cumhuriyeti, Letonya Cumhuriyeti, Litvanya Cumhuriyeti, Estonya Cumhuriyeti, Polonya Cumhuriyeti, Romanya Cumhuriyeti, Özbekistan Cumhuriyeti, Türkiye Cumhuriyeti ve bazı diğer ülkelerle bu tip sözleşmeler imzalamıştır. Son 10 yıldır Ukrayna, tümü uluslararası yargılama yetkisine ilişkin tek tip kuralları içeren, çocuk ve aile ilişkilerinin uluslararası kapsamda korunmasına ilişkin bir dizi Lahey Sözleşmesi'ne Taraf Devlet olmuştur. 1 Eylül 2005 tarihinde, Ukrayna'nın Uluslararası Özel Hukuk Kanunu[1] yürürlüğe girmiştir. Bu Kanunda usul sorunları ile ilgili üç bölüm bulunmaktadır: Bölüm XI. Yabancıların Katılımı olan Dava İşlemleri; Bölüm XII. Yabancı Mahkeme Kararlarında Yargı Yetkisi ve İnfaz, ve Bölüm XIII. Yabancı Mahkemelerin Kararlarının Tanınması ve İnfazı. Kanunun 76'ncı maddesi, Ukrayna mahkemelerinin hangi durumlarda dava işlemleri başlatabileceğini ve yabancı unsurların bulunduğu davaları görebileceğini belirtmektedir. Örneğin; davalı Ukrayna'da mukim ise ya da Ukrayna'da satılabilir nitelikte taşınır ya da taşınmaz mal sahibiyse, davalının temsilcilik ofisi Ukrayna'ya tescilli durumdaysa, tazminatı istenen hasar Ukrayna'da gerçekleşmişse, davalının ana-baba durumunun devamı ya da tanınması ile ilgili davalarda davalı Ukrayna'da mukim ise, hasar tazminatı davalarında bir gerçek kişi olan davacı Ukrayna'da mukimse, miras davalarında ölüm anında nesepten biri Ukrayna vatandaşı ise ya da son yaşadığı yer Ukrayna ise, talebe gerekçe olan olay ya da eylem Ukrayna'da gerçekleşmiş ise, bir kişinin kayıp ya da ölü olduğunun tanınması ile ilgili davalarda söz konusu kişinin son mukim olduğu yer Ukrayna ise, Ukrayna mahkemeleri yabancı bir unsuru içeren anlaşmazlıkları kabul edebilir ve bu davalara bakabilir.

II. Medeni hukuk ve aile hukuku uyuşmazlıklarının çözümü için bir yargılama biçimi olarak, modern uluslararası hukuk prosedürünün esas karakteristik özelliği, yargılama yetkisinin tarafların özerkliği ilkesine dayalı olarak kademeli şekilde oluşmasıdır. Belirtilmelidir ki, Kanunun 75'inci Maddesine göre, Ukrayna mahkemelerinin davayı üstlenebileceği ilk an: *"taraflar, işbu Kanunun 77'nci Maddesinde belirtilenler hariç olmak üzere,* (Madde 77, Ukrayna mahkemelerinin münhasır

* Uluslararası Özel Hukuk Departmanı Uluslararası İlişkiler Enstitüsü Kyiv National Taras Shevchenko University 36/1 Melnikova str., Kyiv, Ukrayna, Tel.: +80444814443 E-posta: kafedra344@ukr.net

1 Ukrayna'nın Uluslararası Özel Hukuk Kanunu, 23 Haziran 2005, *Ukrayna Verkhovna Rada Bülteni*, 2005, No. 32.

yargı yetkisini düzenlemektedir) *kendi mutabakatlarına göre, yabancı bir unsurun bulunduğu davalarda Ukrayna mahkemelerinin yetkili olmasını tercih ettiyse" hükmünün gerçekleştiği an olabilir*. Dolayısıyla, Ukrayna'nın Uluslararası Özel Hukuk Kanunu, iç düzenlemeler düzeyinde yargı yetkisinin temdidine ait düzenlemelerde kayda değer değişiklikler yapmıştır. Hâlihazırda yürürlükte olan halleriyle, iki usul yasası olan, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu[2] ve Ticari Usul Kanunu[3], bu tür yargı yetkileri konusunda herhangi bir kural ortaya koymamaktadır. Ukrayna'daki Hâkimlerin Durumu ve Yargı Sistemi ile ilgili 7 Temmuz 2010 tarihli Kanunla[4] Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan Madde 112 <Tarafların rızası dâhilinde yargılama yetkisi> kaldırılmış olup, kaldırılan maddeye göre, davaya ait münhasır yargı yetkisi belirlenmiş olmadığı müddetçe, davanın tarafları yazılı sözleşmelerde bölgesel yargı yetkisini belirleme hakkına sahip olmaktaydı. Bunun sonucu olarak, Ukrayna'nın ulusal hukuk usulünde hukuk kurumuna başvuru ve "yargı yetkisinin temdidi" hukuki kavramı ortadan kalkmıştır. Bununla birlikte Ukrayna'da, yabancı bir unsurun bulunduğu özel hukuk ilişkileri ile ilgili davalarda yargı yetkisinin temdidine izin veren birkaç kanun bulunmaktadır. Bunlar yukarıda belirtilen, Uluslararası Özel Hukuk Kanunu (p.1 Mad. 76), 16 Nisan 1995 tarihli Ukrayna'nın Yabancı Ekonomik Faaliyetler Kanunu (Mad. 38) ve 23 Mayıs 1995 tarihli Ukrayna Deniz Ticareti Kanunu'dur (Madde 8). Bu kanunlarda yer alan hükümler, uluslararası ticaretin büyük bir bölümünde yargı yetkisinin temdidine ait mutabakatların uygulandığını doğrulamaktadır.

Raporun temel amaçlarından biri de, yargı yetkisinin temdidi üzerine Ukrayna iç mevzuatınca ve yukarıda belirtilen onaylanmış Ukrayna Lahey Sözleşmeleri ile verilen hükümleri incelemek, bu kanunların uygulanmasındaki pozitif özellikleri ve zorlukları tasvir etmek, ve aile hukuku konulu meselelerde yargı yetkisinin temdidine ilişkin özelliklere dair sonuçları ortaya koymaktır. Ukrayna'nın taraf olduğu Lahey Sözleşmeleri, aile hukuku meselelerinde üç farklı türde yargı yetkisi temdidinden söz etmektedir: birincisi – *sanık, açıkça ya da yargı yetkisine itiraz etmeksizin davanın esasına dair savunma yaparak yargı yetkisini kabul eder;* ikincisi – *taraflarca yazılı olarak yapılan sözleşmeye dayalı yargı yetkisi;* üçüncüsü – *boşanma (yasal olarak ayrılma ya da evliliğin iptali) davalarının görüldüğü mahkemenin yargı yetkisi, ebeveynlik sorumluluğuna ilişkin dava bakımından açık bir şekilde yahut ebeveynlik sorumluluğu bulunan kişilerce ve eşlerce başka şekilde anlaşılır bir biçimde kabul edilmektedir.* Bu uluslararası anlaşmalar, Ukrayna Uluslararası Özel Hukuk Kanunu kapsamındaki p.1 Madde 76 içerisindeki hükümleri somutlaştırmakta ve mahkemeler, avukatlar ve aile hukuku ilişkilerinde yer alan katılımcılar tarafından uluslararası yargı yetkisini uygulama pratiğinin iyileştirilmesini sağlamaktadır.

Bununla birlikte, bu tür yargı yetkisine ilişkin birçok önemli husus, ulusal düzeyde daha detaylı düzenlemeler yapılmasını gerektirmektedir. Ukrayna Uluslararası Özel Hukuk Kanunu, temdit sözleşmesinin resmi gereklilikleri konusunda herhangi bir kural içermemektedir. Yargı yetkisi konusunda yazılı mutabakat talebi, 1993'te Minsk'te Kabul Edilen BDT Hukukî, Aile ve Cezaî Konularda Adlî Yardımlaşma ve Hukukî İlişkiler Hakkında Çok Taraflı Konvansiyon (22 Ocak 1993 tarihli olup, Ukrayna tarafından 10 Kasım 1994 tarihinde kabul edilmiştir)29, 1992'de Kiev'de kabul edilen BDT Ekonomik Faaliyetlerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümüne Dair Karara İlişkin Anlaşma (22 Mart 1992 tarihli olup, Ukrayna tarafından 19 Aralık 1992 tarihinde kabul edilmiştir) ve medeni hukuk ve aile hukukunda hukuki yardım konusunda bazı devletlerle

2 Ukrayna Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 18 Mart 2004 [interaktif], [erişim tarihi: 2014-10-06]. <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.

3 Ukrayna Ticari Usul Kanunu, 6 Kasım 1991 [interaktif], [erişim tarihi: 2014-10-06]. <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>.

4 Ukrayna'daki Hakimler ve Yargı Sisteminin Durumu Hakkında Kanun, 7 Temmuz 2010 [interaktif]. [erişim tarihi: 2014-10-06].<http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2453-15>.

iki taraflı olarak imzalanan sözleşmeler ile tayin edilmiştir. Ancak bu yasal belgelerin hepsi, "yazılı" ne anlama gelir?, Sözü edilen, taraflarca imzalanan belge mi olmalıdır?, Taraflar arasındaki elektronik iletişimler "yazılı" kapsamına girer mi? gibi önemli hususları düzenlememektedir. Bizim bakış açımıza göre, Ukrayna Uluslararası Özel Hukuk Kanunu'nda yapılması gereken büyük iyileştirmeler, temdit sözleşmesinin formu, imzalanma tarihi, temdit mutabakatının etkileri ve bunun ihlalinin sonuçları gibi yargı yetkisinin temdidine ait kuralların netleştirilmesi ile ilgilidir.

III. Ukrayna Uluslararası Özel Hukuk Kanunu'nun getirdiği bir diğer önemli yenilik de, Madde 75'tir (2): "*Mahkeme, başka bir yabancı ülkenin yargı otoritesi tarafından aynı taraflar arasında, aynı hususta ve aynı gerekçelere dayalı olarak bir çekişmeli davanın görülmekte olması durumunda, dava işlemlerini başlatmayı reddedecektir.*" Bu maddenin uygulanmasındaki temel pratik hususlara dikkat etmek gereklidir. Öncelikle bu madde, birkaç davanın münazaalı hususları ancak; istemlerin tanımı, tarafların kimliği ve dava açma gerekçeleri olmak üzere aynı üç unsuru taşıyor ise, Ukrayna Uluslararası Özel Hukuk Kanununun 75'inci Maddesinin (p. 2) uygulanması yönünde Ukrayna mahkemelerinde devam eden pratikleri takip etmektedir. Hukuk kurallarının bu özelliği, aşağıdaki bir davada özellikle aydınlatılmaktadır. Bir Cibuti Cumhuriyeti vatandaşı, reşit olmayan çocuğunu Cibuti Cumhuriyeti'ne geri götürme istemiyle Lugansk bölgesinin Stahanovskiy yerel mahkemesine başvurmuştur. Davacı, Cibuti Cumhuriyeti asliye hukuk mahkemesinin gıyabi hükmü verdiğini, bu hükme göre Ukrayna vatandaşı olan karısının, çocuğu Cibuti Cumhuriyeti'ne geri göndermeye mecbur olduğunu belirtmiştir. Cibuti Cumhuriyeti'nde verilen mahkeme kararı, kararın tebliğ tarihi olan 26.6.2012'den itibaren yürürlüğe girmekle birlikte, Ukraynaca diline tercüme edilmiş bir nüshası, Lugansk bölgesindeki Stahanovskiy yerel mahkemesine ibraz edilen dava layihasına eklenmiştir. Ukrayna mahkemesi bu koşulları göz önünde bulundurmuş ve Ukrayna Uluslararası Özel Hukuk Kanununun 75 sayılı Maddesini (p. 2), ve Ukrayna Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 122 sayılı Maddesini uygulamaya koyarak dava açmayı reddetmiştir[5]. Bunun ardından Cibuti Cumhuriyeti vatandaşı temyize gitmiştir. Davayı inceleyen Lugansk bölgesi temyiz mahkemesi, Lugansk bölgesi Stahanovskiy yerel mahkemesinin hükmünün iptal edilmesine ve davanın yeniden değerlendirilmek üzere asliye hukuk mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir. Temyiz mahkemesi, iki kararı tam olarak incelemiş ve şu sonuçlara varmıştır: 1) Yabancı Mahkemenin 26.2.2012 tarihli kararına göre (Cibuti Cumhuriyeti'ndeki karar), Ukrayna vatandaşı olan davalı, çocuğu Cibuti Cumhuriyeti'ne geri götürmekle yükümlüdür; ve 2) Lugansk bölgesi Stahanovskiy Yerel Mahkemesine sunulan istem layihasına göre, davacının başka istemleri de bulunmaktadır: anne tarafından çocuğun Ukrayna topraklarında tutulmasının kusurlu davranış olarak addedilmesi, çocuğun anavatanına – Cibuti Cumhuriyeti'ne geri gönderilmesi; ve çocuğun annesi kendi iradesiyle ve gönüllü olarak Cibuti Cumhuriyeti kararını uygulamamış ise, Ukrayna topraklarında, çocuğu geri gönderme yükümlülüğünü yerine getirmesinin sağlanması. Ukrayna Uluslararası Özel Hukuk Kanunu'nun 75 sayılı Maddesinin davanın durumuna uygulanması, Lugansk bölgesi temyiz mahkemesi tarafından mesnetsiz olarak addedilmiştir[6]. 15 Daha önce belirtildiği üzere, 75'inci Maddenin temel amacı, yasal anlamda eşdeğer yaptırımı bulunan çelişkili kararların alınması riskinden kaçınmaktır. Ne yazık ki, Ukrayna mahkemeleri kimi zaman yabancı Mahkeme kararlarının yasal yaptırımı hususunda yeterince araştırma yapmamaktadır. Örneğin, Odesa bölgesi Rozdilnyanskiy mahkemesi 7 Mayıs 2014 tarihli kararı ile, "aynı taraflar, aynı konu ve aynı gerekçelerin söz konusu olduğu bir davada Tiraspol yerel mahkemesinin almış olduğu bir karar olduğu, ve bu kararın halihazırda yürürlüğe girmiş olduğu ve bu kararın Transdinyester Moldova Cumhuriyeti topraklarında uygulamaya konulması mecburiyetinin bulunması" nedeniyle reşit olmayan bir çocuk ve bir eşin destek istemine

5 Lugansk Bölgesi Stahanovskiy İlçesi Bölge Mahkemesinin 14 Mart 2013 tarih ve 432/908/13-c sayılı Kararı, bulunduğu yer: *http://reyestr.court.gov.ua*.

6 Lugansk Bölgesi Temyiz Mahkemesinin Medeni Hukuk Davaları Dairesi'nin 21 Mayıs 2013 tarih ve 432/908/13-c dava numaralı Kararı, bulunduğu yer: *http://reyestr.court.gov.ua*.

ilişkin dava işlemlerini sonlandırmıştır[7]. Davacının mahkemede yapmış olduğu açıklamaya göre, davacının Odesa bölgesi Rozdilnyanskiy mahkemesine başvurmasının nedeni, davalının o dönem Ukrayna topraklarında yaşaması ve Tiraspol bölgesinde mutat meskeninin bulunmamasıdır. Ukrayna mahkemesinin, Transdinyester Moldova Cumhuriyeti'nin tanınmayan bir devlet olduğu ve bu nedenle mahkeme kararlarının Ukrayna'da tanınmayabileceği gerçeğini hesaba katmadığının altını çizmek gereklidir. Dolayısıyla bizim bakış açımıza göre, Odesa bölgesindeki Rozdilnyanskiy mahkemesinin dava işlemini sonlandırmaya yönelik vermiş olduğu karar, şu nedenlerden dolayı yasalara aykırıdır: 1) Transdinyester Moldova Cumhuriyeti tanınmayan bir devlettir ve bu devletin mahkemelerinden çıkan hükümler, Ukrayna dahil hiçbir ülkede yasal yaptırıma sahip değildir; 2) Dava işlemleri sonlandırıldığında, aynı taraflar arasında, aynı konuda ve aynı gerekçelerden doğan çatışmalara ilişkin yeniden mahkemeye başvurmak mümkün olmayacaktır (Ukrayna Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, p. 3, madde 206), dolayısıyla bu durumda, bir anne ve çocuğunun bakım hakları ihlal edilmiştir. Kırım ilhakı, yasadışı "Lugansk Halk Cumhuriyeti" ve "Donetsk Halk Cumhuriyeti'nin" ilan edilmesi, Ukrayna vatandaşlarının ve yabancıların Ukrayna mahkemelerine başvurarak ilhak edilen Kırım, Lugansk Halk Cumhuriyeti, ya da Donetsk Halk Cumhuriyeti mahkemelerince verilen hükümlerin uygulanmasını talep edebilecekleri varsayımına neden olmaktadır. Ukrayna Anayasası (Madde 17, Madde 133), Ukrayna Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (Madde 390) ve Ukrayna'nın Geçici Olarak İşgal Edilmiş Bölgelerinin Yasal Rejimlerine ve Vatandaşların Hak ve Özgürlüklerinin Korunmasına ilişkin Kanun[8] kapsamında Ukrayna mahkemelerinin uygulamalarının bu gibi "mahkeme kararlarının" tanınmaması hususunda aynı olması gerektiğinin altını çizmek gereklidir. Bu, bu tip kararları alan kişiler için bu bile memnuniyetsizlik yaratabilir. Uygulama açısından bakıldığında en önemli sorulardan biri şudur: Yabancı bir mahkemede paralel bir davanın devam etmekte olduğu nasıl tespit edilir ve davanın katılımcılarından hangisi çekişmeli bir davanın varlığını ispatlamak durumundadır? Bu sorularının cevaplarını Ukrayna'da alınmış birkaç mahkeme kararında bulmamız mümkün. Örneğin, Kiev Dnipropetrovsk yerel mahkemesi, 2008 yılında İsviçre'de açılan boşanma davasını ele almıştır. Taraflardan biri, aynı çekişme konusuna ilişkin davanın İsviçre yerel mahkemelerinden birinde görüldüğünü belirtmiştir. Ukrayna mahkemesi, Ukrayna Uluslararası Özel Hukuk Kanunu'nun 75'inci Maddesini uygulamış, İsviçre mahkemeleri nezdinde taraflar arasında boşanma davası söz konusu olmadığını ifade eden ve İsviçre tarafından verilen belgeye atıfta bulunmuştur. Tarafların hiçbiri, İsviçre mahkemesindeki davayı ispatlayacak bir kanıt sunmamıştır. Davanın İsviçre mahkemelerinin yetki alanına girdiğini kanıtlamak için Davalının atıfta bulunduğu evlilik akdi, yalnızca evli çiftin mülkiyet ilişkilerini düzenlediği ve boşanmaya ilişkin süreci tanımlamadığı gerekçesiyle Ukrayna mahkemesi tarafından dikkate alınmamıştır. Dolayısıyla, Kiev Dnipropetrovsk Bölge Mahkemesi, hukuki gerekçeler ile tarafların boşanmasına hükmetmiştir[9]. Bu sorulara dair aynı tutum, Ukrayna Medeni ve Cezai İşler Yüksek Mahkemesi'nin 29 Mayıs 2014 tarihinde bir nafaka istemi davasında aldığı kararda da gözlemlenmektedir. Bu kararda, mahkeme: "asliye hukuk mahkemesinde davanın görülmesi esnasında, ve davanın değerlendirmesi anında, aynı hususa ilişkin bir başka devletin mahkemelerinde dava açıldığına ilişkin herhangi bir kanıt bulunmamaktadır. Ve bu durum, Münih Gençlik İşleri Yerel

7 Odesa Bölgesi Rozdilnyanskiy Mahkemesi'nin 7 Mayıs 2014 tarih ve 511/947/14-c dava numaralı Kararı, bulunduğu yer: *http://reyestr.court.gov.ua*.

8 Ukrayna'nın Geçici Olarak İşgal Edilmiş Bölgelerinin Yasal Rejimlerine ve Vatandaşların Hak ve Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin 15.4.2014 tarihli Kanun, 2014 tarih ve 36 sayılı Ukrayna Resmi Bülteni, Kanunun 9 numaralı Maddesinin başlığı, "Yasadışı Kurum ve Makamlar" şeklindedir ve şunu öngörmektedir: geçici olarak işgal edilen bölgelerdeki tüm kurumlar, makamlar ve faaliyetleri, bu kurum ve makamların kanunlarca belirlendiği üzere kurulmuş, seçilmiş ya da atanmış olmamaları halinde yasadışıdır, bu kurum ya da makamlarca verilen belgeler (kararlar, hükümler) geçersizdir ve yasal yaptırımı yoktur.

9 Kiev Dnipropetrovsk İlçe Mahkemesinin 24 Nisan 2012 tarih ve 2/410/1940/12 dava numaralı kararı, bulunduğu yer: *http://reyestr.court.gov.ua*.

İdaresi tarafından temin edilen 9 Aralık 2013 tarihli belge ile de doğrulanmaktadır"[10]. Yukarıdakileri özetlemek gerekirse, Ukrayna mevzuatının, yabancı bir ülkenin mahkemesi tarafından verilen ve yürürlüğe giren bir hükmün tanınması ve uygulanması gerektiğine ilişkin temel uluslararası hukuk prensibini uygulamış olduğunu belirtmek gerekir. Ukrayna kanunları kapsamında, birbiriyle çelişen kararların alınma ihtimalini ortadan kaldırmak üzere lis pendens (bir davanın sonuna kadar dava mevzuu eşyanın mahkemenin kontrolü altında bulunması) ilkesi uygulanmaktadır. Ayrıca bu ilke, çekişmeyle ilgili olarak bir diğer forumun devreye girmiş olması, ancak henüz hükmün verilmemiş olması halinde de uygulanabilir olmaktadır. Bir yabancı ülkede yargı sürecinin devam etmesi ile ilişkili iki muhtemel değişken bulunmaktadır: birincisi – yabancı mahkeme hüküm vermiştir, ikincisi – yabancı mahkeme dava konusu anlaşmazlığı incelemektedir ancak henüz bir hükme varmamıştır.

Kanunun 75 numaralı Maddesi yalnızca, söz konusu taraflar arasında aynı gerekçelere ve konuya dayanan ve bir başka ülkenin mahkemesi tarafından görülen davanın, esas itibariyle değerlendirmeye alınmasından önce, dava hazırlık aşamasında oraya çıkması halinde uygulanabilir. Öte yandan, bu gerçeğin Ukrayna mahkemesi tarafından sonradan – yani medeni yasal işlemlerin başlatıldığının ilan edilmesini müteakiben – tespit edilmesi halinde, bu durum kanunun bu maddesi kapsamında değerlendirilmeyecek, ve medeni hukuk ve aile hukuku konusunda Ukrayna'nın yapmış olduğu iki taraflı ve çok taraflı sözleşmeler ile düzenlenecektir. Bugün, "*lis pendens ile bağlantılı haller*" sorununun düzenlenmesine ilişkin Ukrayna'nın uluslararası sözleşmelerde tek tip bir yaklaşımının olduğu söylenememektedir. Eğer bir Ukrayna mahkemesi, dava layihasının tarafına ulaşmasına müteakiben bir başka Sözleşme Devletinin mahkemesinin aynı taraflar arasında, aynı hususta ve aynı türden bir davaya baktığını öğrenirse, ya yasal işlemleri sonlandırmalı, ya da davayı esas itibariyle değerlendirmeksizin sürdürmelidir. Bizim fikrimize göre, bu iki yaklaşımdan hangisinin daha uygun olduğu, doktrin düzeyinde dahi, tespit edilmeli ve buna göre Ukrayna ulusal mevzuatında belirlenmelidir. Ukrayna yasama organı AB ve EAFT uygulamalarını, özellikle medeni ve ticari meselelerde hükümlerin tanınması ve uygulanması ve yargı yetkisi üzerine hazırlanmış Brüksel I 44/2001 sayılı mevzuatı (madde 27)[11] , evlilik ve ebeveynlik sorumluluklarına ilişkin kararların tanınması ve uygulanması ve yargı yetkisi konularında hazırlanmış Brüksel II mevzuatı (madde 19)[12] ve medeni ve ticari meselelere ilişkin kararların tanınması ve uygulanması ve yargı yetkisi konularında hazırlanmış 2007 Lugano Sözleşmesi'ni (madde 21) dikkate alabilir[13]. Bu yasal metinler, iki adımlı bir prosedür öngörmektedir: öncelikle başvuru yapılan mahkeme, ilk mahkemenin bir hüküm verdiğinin kesinleşmesine kadar yasal süreci sürdürecektir, daha sonra, mahkeme ilk başvurulan mahkemeden bir karar çıktığını kesinleştirmesinin üzerine, bir önceki mahkeme adına ikinci başvuru yapılan mahkeme, davayı reddedecektir.

Ukrayna mahkeme uygulamalarına göre, Ukrayna Uluslararası Özel Hukuk Kanunu'nun 75'inci Maddesinin uygulanabilmesi için, söz konusu davanın üç unsurunun tümü aynı olmalıdır. Davanın bir başka ülkenin mahkemesinde devam ettiğini ispatlama yükümlülüğü, bu durumu mahkemeye ileten tarafa aittir. Mahkeme kararlarının saik kısmı ayrıca – söz konusu ülke mahkemelerinde aynı davanın görülmediğini belirten, dış devlet tarafından verilen belgenin – yazılı kanıtların referans alınmasını da içermektedir.

10 Ukrayna Medeni ve Cezai İşler Yüksek Mahkemesi'nin 29 Mayıs 2014 tarihli kararı, bulunduğu yer: *http://reyestr.court.gov.ua*.

11 Medeni ve Ticari Hukuk Davalarında Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 44/2001/EC Sayılı ve 22 Aralık 2000 tarihli Avrupa Konseyi Tüzüğü, Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi, 16.1.2001.

12 Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2201/2003 sayılı ve 27 Kasım 2003 tarihli AB Konsey Tüzüğü, İlga Eden Düzenleme (EC) No. 1347/2000, Avrupa Birliği Resmi Gazetesi, L 338, Cilt 46, 23 Aralık 2003.

13 Medeni ve Ticari Hukuk Davalarında Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 30 Ekim 2007 tarihli Konvansiyon (Lugano Konvansiyonu), Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi, 21.12.2007.

SOME NOVELTIES IN THE UKRAINIAN LEGISLATION ON THE ISSUES OF INTERNATIONAL JURISDICTION IN CIVIL AND FAMILY MATTERS

*Yuliya Chernyak**

I. Grounds for ruling of jurisdiction over cases with a foreign element by Ukrainian courts are governed by international treaties and national legal acts of Ukraine.

Although the history of private international law proves that it is too difficult to adopt uniform rules on jurisdiction, international conventions seem to be the most effective mechanism for regulation of the different issues jurisdiction: types of international jurisdiction, grounds for ruling of jurisdiction, validity and legal effects of prorogation agreements, recognition and enforcement of judgments resulting from proceedings based on such agreements, competition of jurisdiction. Until recently, there has been only one type of international treaties in which Ukraine is partıy providing the rules on international jurisdiction – multi- and bilateral treaties on legal assistance and legal relations in civil and family matters. Ukraine has concluded such treaties with Estonia, Czech Republic, Republic of Georgia, Republic of Macedonia, Republic of Moldova, Republic of Latvia, Republic of Lithuania, Republic of Estonia, Republic of Poland, Republic of Romania, Republic of Uzbekistan, Turkish Republic and some other states. Over the last 10 years, Ukraine has become the Contracting State of a number of the Hague Conventions on international protection of children and family relations, all of which contain the uniform rules on international jurisdiction. On September 1, 2005, the Law of Ukraine on Private International Law[1] entered into force. The Law has three sections on procedural issues: Section XI. Proceedings with Participation of Foreigners; Section XII. Jurisdiction and Execution of Foreign Court Orders and Section XIII. Recognition and Enforcement of Foreign Court's Judgments. Article 76 of the Law stipulates in what instances Ukrainian courts may initiate the proceedings and try cases with a foreign element. For example, Ukrainian courts may accept and consider any dispute with a foreign element if: defendant is domiciled in Ukraine or has movable or immovable properties, which may be sold, or the defendant's representative office is registered in Ukraine; claim concerned to damage incurred in Ukraine; in a case of maintenance or acknowledgement of the defendant's paternity, if defendant is domiciled in Ukraine; a claimant, a natural person, is domiciled in Ukraine in a case on damage compensation; an ancestor at the moment of death was a citizen of Ukraine or had last residence here in a heritage case; an action or event that became a ground for a claim has occurred in Ukraine; a person had last domicile in Ukraine in a case on recognition as missing or declared as dead.

II. The essential characteristic feature of the modern international civil procedure as the jurisdictional form for the resolution of civil-law and family-law disputes is the gradual development of the prorogation of jurisdiction based on the principle of party autonomy. It is necessary to point that according to Art. 75 of the Law the first instant when Ukrainian courts may try the case is the following: "" (Article 77 regulates exclusive jurisdiction of Ukrainian courts). So the Law of Ukraine on Private International Law has introduced the most remarkable changes in the regulation of prorogation of jurisdiction on the level of internal legislation. Two procedural codes

* *Yuliya Chernyak*, Department of Private International Law Institute of International Relations Kyiv National Taras Shevchenko University, 36/1 Melnikova str., Kyiv, Ukraine, Tel.: +80444814443 E-mail: kafedra344@ukr.net

1 Law of Ukraine on Private International Law, 23 June 2005, *Bulletin of Verkhovna Rada of Ukraine*, 2005, No 32.

of Ukraine, in their currently in force versions, the Civil Procedural Code[2] and the Commercial Procedural Code[3], do not provide any rules on this type of jurisdiction. The Law of Ukraine from July 7, 2010 on the Status of Judges and Judicial System of Ukraine[4] has removed Article 112 from the Civil Procedural Code – «Jurisdiction under the parties consent», according to which the parties on the case had the right to determine territorial jurisdiction of the case in a written agreement, unless exclusive jurisdiction was provided for the case. As a result, application of the legal institution and the legal phenomena "prorogation of jurisdiction" for national civil procedure of Ukraine were terminated. However, there are several laws in Ukraine permitting prorogation of jurisdiction for the cases which are related to private-law relations with a foreign element. They are the stated above Law on Private International Law (p. 1 Art. 76), the Law of Ukraine on Foreign Economic Activity from April 16, 19915 (Art. 38) and the Merchant Shipping Code of Ukraine from May 23, 19956 (Art. 8). The rules of these legal acts confirm that jurisdiction agreements are applied for the most part in international trade and commerce.

One of the main purposes of the report is to study the rules on prorogation of jurisdiction provided by internal legislation of Ukraine and the mentioned above ratified by Ukraine Hague Conventions, to represent positive features and difficulties in application of these acts and to draw conclusions concerning peculiarities of prorogation of jurisdiction for matters relating to family-law relations. The Hague Conventions in which Ukraine is a party specify three variants of prorogation of jurisdiction in family-law matters: the first one – *the respondent submits to the jurisdiction either expressly or by defending on the merits of the case without objecting to the jurisdiction*; the second one – *jurisdiction based on the agreement in writing by the parties*; the third one – *jurisdiction of the court seized of a divorce (legal separation or marriage annulment) is accepted for the case on parental responsibility expressly or otherwise in an unequivocal manner by the spouses and by the holders of parental responsibility*. These international treaties concretize provisions of p. 1 Art. 76 of the Law of Ukraine on Private International Law and make it possible to improve the practice of application of the rules on international jurisdiction by courts, attorneys and participants of family-law relations.

However many important issues concerning this type of jurisdiction require more detailed regulation on the national level. The Law of Ukraine on Private International Law does not provide any rules concerning the formal requirements of the prorogation agreement. The demand for the agreement on jurisdiction in writing is prescribed by the multilateral CIS ***Convention on Legal Assistance and Legal Relationships in Civil, Family and Criminal Matters, Adopted in Minsk in 1993*** (dated January 22, 1993, ratified by Ukraine on November 10, 1994)29, the CIS ***Agreement on the Order for Resolution Disputes Arising from Economic Activity, Adopted in Kyiv in 1992*** (dated March 22, 1992, ratified by Ukraine on December 19, 1992)30 and bilateral treaties on legal assistance in civil and family matters with some states. But all these legal instruments do not regulate important issues, such as the following: what does it mean "in writing"? Should it be the document signed by the parties? May communication between the parties by electronic means be equivalent to "writing"? In our point of view, the major improvements that should be implemented in the Law of Ukraine on Private International Law deal with clarification of rules on prorogation of jurisdiction, such as the form of prorogation agreement, time of its concluding, effects of prorogation agreement and consequences of its breach.

2 Civil Procedural Code of Ukraine. March 18, 2004 [interactive]. [accessed on 2014-10-06]. <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.

3 Commercial Procedural Code of Ukraine. November 6, 1991 [interactive]. [accessed on 2014-10-06]. <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>.

4 Law of Ukraine on the Status of Judges and Judicial System of Ukraine. July 7, 2010 [interactive]. [accessed on 2014-10-06]. <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2453-17>.

III. Another very important novel of the Law of Ukraine on Private International Law is the rule of Art. 75 (2): "*The court shall refuse to commence the proceedings in case if a court of other jurisdictional authority of a foreign state tries a contentious case between the same parties, on the same issue and on the same grounds*". It's necessary to note the main practical issues of the application of this article. First of all it follows from the Ukrainian court practice that art. 75 (p. 2) of the Law of Ukraine on Private International Law is applied only if the disputed matters of several proceedings have the same three elements: identity of claims, identity of parties and identity of legal grounds of action. This aspect of the legal rule was illuminated specifically in the following case. A citizen of the Republic Djibouti applied to the Stahanovskiy local court of the Lugansk region with the claim to return his minor child to the Republic Djibouti. The claimant noted that the court of the first instance of the Republic Djibouti had already announced default judgment, according to which his wife – citizen of Ukraine was obliged to return their child to the child's native country – the Republic Djibouti. The judgment of the court of the Republic Djibouti has entered into force from the moment of its delivery on 26.6.2012 and the copy of it, set forth in Ukrainian translation, was added to the statement of the claim presented to the Stahanovskiy local court of the Lugansk region. The Ukrainian court has taken into account these circumstances, applied art. 75 (p. 2) of the Law of Ukraine on Private International Law, art. 122 of the Civil Procedural Code of Ukraine and refused to commence the proceeding[5]. Then the citizen of the Republic Djibouti lodged an appeal. Having considered the case, the appeal court of the Lugansk region decided to cancel the judgment of the Stahanovskiy local court of the Lugansk region and to revert the case for new consideration to the court of the first instance. The appeal court investigated fully two judgments and concluded: 1) according to the foreign court judgment (judgment of the Republic Djibouti) from 26.2.2012 the defendant – citizen of Ukraine was obliged to return the child to the Republic Djibouti; and 2) according to the statement of claim, submitted to the Stahanovskiy local court of the Lugansk region, the claimant had announced another claims: to recognize the retention of the child on the territory of Ukraine by his mother as wrongful; to return the child to his native country – the Republic Djibouti; and if the mother of the child failed to perform the judgment of the Court of the Republic Djibouti personally and voluntarily than to force her to perform the obligation to return the child on the territory of Ukraine. Application of art. 75 of the Law of Ukraine on PIL to the circumstances of the case was qualified by the appeal court of the Lugansk region as groundless[6]. 15 As it was already mentioned, the main aim of the rule of art. 75 of the Law is to avoid the risk of contradictory judgments which have the same legal force. Unfortunately Ukrainian courts sometimes do not research the question on legal force of a foreign court judgment thoroughly. For example, the Rozdilnyanskiy court of the Odesa region on the base of its decision from May 7, 2014 closed the proceedings on the claim on alimentation for a minor and a spouse because "there was the judgment of the local court of Tiraspol on the dispute between the same parties on the same subject and for the same ground, and this judgment has already entered into legal force and has to be enforced on the territory of Transdniestrian Moldavian Republic"[7]. And according to the plaintiff's explanations given in the court, she has applied to the Rozdilnyanskiy court of the Odesa region with the claim because the respondent lived on the territory of Ukraine for that moment and did not have habitual residence in Tiraspol. It is necessary to underline that the Ukrainian court had not taken into account the fact that the Transdniestrian Moldavian

5 Decision of Stahanovskiy Local Court of Lugansk Region from March, 14, 2013, Case No 432/908/13-c, available at: *http://reyestr.court.gov.ua*.

6 Decision of Chamber on Civil Cases of Appeal Court of Lugansk Region from May, 21, 2013, Case No 432/908/13-c, available at: *http://reyestr.court.gov.ua*.

7 Decision of Rozdilnyanskiy court of Odesa region from May, 7, 2014. Case No 511/947/14-c, available at: *http://reyestr.court.gov.ua*.

Republic is an unrecognized state and that is why judgments of its courts may not be recognized in Ukraine. So in our point of view the decision of the Rozdilnyanskiy court of the Odesa region on closing the proceedings is illegal for the following reasons: 1) because the Transdniestrian Moldavian Republic is an unrecognized state judgments of its courts do not have legal force anywhere, including Ukraine; 2) when the proceedings are closed it is impossible to apply to the court concerning the dispute between the same parties on the same subject and for the same ground once more (p. 3, art. 206 of the Civil Procedural Code of Ukraine), as a result mother's and child's right for maintenance were violated. The fact of the Crimea annexation, declaration of illicit "Luganska People's Republic" and "Donetska People's Republic" allows to presume that citizens of Ukraine and foreigners may apply to the courts of Ukraine with the plea to fulfil the judgment issued by the courts of annexed Crimea, "Luganska People's Republic" or "Donetska People's Republic". And it is necessary to emphasize that under the Constitution of Ukraine (art. 17, art. 133), the Civil Procedural Code of Ukraine (art. 390), and the Law of Ukraine on Ensuring of Rights and Freedoms of Citizens and Legal Regime of Temporarily Occupied Territories of Ukraine[8], Ukrainian courts practice must be unique concerning non-recognition of such "court judgments". Even though this might be unsatisfactory to the people who obtain such judgmenets. From practical point of view one of very important questions is: how the fact of the existence of parallel proceedings in a foreign court has to be determined and who of the participants of civil proceeding should prove the existence of a trial on a contentious case? We may find the answer on these questions in several Ukrainian court decisions. For example, Dnipropetrovskiy district court in Kyiv considered the case on dissolution of marriage registered in 2008 in Switzerland. One of the parties pointed that proceeding on the same disputed matter had already taken place in one of local courts of Switzerland. Ukrainian court applied art. 75 of the Law of Ukraine on PIL, referred to the Certificate granted by Switzerland according to which there were no cases on divorce between the parties in the courts of Switzerland. Neither of the parties has given any evidences to prove the court trial of the case in Switzerland. Marriage contract to which the respondent has referred to give proof of jurisdiction for the courts of Switzerland was not taken into account by Ukrainian court because it regulated only the property relations of married couple and did not define the procedure of marriage resolution. So, Dnipropetrovskiy district court in Kyiv has issued the judgment on dissolution of a marriage on legal grounds[9]. The same position on these questions is also set forth in the Decision of the High Court on Civil and Criminal Matters of Ukraine from 29 May 2014 in a case on maintenance recovery. In its decision the court mentioned: "at the time of case consideration in the court of the first instance and the time of the review of proceedings no evidence to prove the commencement of proceeding on the same case in a jurisdictional authority of a foreign state were granted. And this is also confirmed by the certificate of the local agency on the affairs of youth of the Federal Land of Munich from 9 December 2013"[10].

Summarizing the above-said, it is necessary to note that legislation of Ukraine has implemented the basic international law principle that a judgment of a foreign court which entered into force should be recognized and enforced. Under Ukrainian law the principle of *lis pendens* is

8 Law of Ukraine on Ensuring of Rights and Freedoms of Citizens and Legal Regime of Temporarily Occupied Territories of Ukraine from 15.4.2014, Official Bulletin of Ukraine, 2014, No. 36, Article 9 of the Law is called "Illegal bodies and officials", it prescribes: any bodies, officials and their activity on the temporarily occupied territory are considered to be illegal if these bodies and officials are not established, elected or appointed in the order provided for in the law; any documents (decisions, judgments) issued by these bodies or officials are invalid and do not cause any legal effects.

9 Decision of Dnipropetrovskiy district court in Kyiv from April, 24, 2012, Case No. 2/410/1940/12,available at: *http://reyestr.court.gov.ua*.

10 Decision of the High Court on Civil and Criminal Matters of Ukraine from May, 29, 2014, available at: *http://reyestr.court.gov.ua*.

applied to address the problem of potentially contradictory judgments. Also this principle may become relevant when another forum is seized with the dispute, but has not yet rendered its judgment. There are two possible variants connected with the existence of court proceedings in a foreign state: the first – a foreign court has already issued a judgment, the second – a foreign forum is seized with the dispute, it has only commenced the proceedings, but has not yet rendered its judgment.

Article 75 of the Law may be applied only when the fact that the case between the same parties, on the same grounds and subject being considered by the court of other state is discovered at the stage of the preliminary court session, before the case is being considerated in the essence. At the same time, the situation when this fact is determined by the Ukrainian court later – after the announcement of the opening of civil proceedings – does not fall under the scope of this rule of the Law and is regulated by certain Ukrainian bilateral and multilateral agreements on legal assistance in civil and family matters. Today it is impossible to state a uniform approach of international treaties of Ukraine concerning the regulation of the "*lis-pendens-related actions*" problem: if a Ukrainian court receives a statement of claim and thereafter learns that the court of another Contracting State is already trying a dispute between the same parties, with the same subject matter and cause of action, it shall either close the proceedings or remain with the claim without consideration it in the essence. In our point of view, it is necessary to determine, even on the doctrine level, which of the two mentioned approaches is more optimal, and therefore should be fixed in the national legislation of Ukraine. The Ukrainian legislator can also look at the EU and the EAFT experience, particularly to the Brussels I Regulation No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (art. 27)[11], the Brussels IIbis Regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility (art. 19)[12] and the Lugano Convention 2007 (art. 21) on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters[13]. These legal instruments provide for a two-step procedure: in the first place, the court seized as shall of its own motion stay its proceedings until it is established that the court first seized has jurisdiction, secondly, once the court first seized has established that it has jurisdiction, the court seized the second shall decline jurisdiction in favour of the former.

According to the Ukrainian court practice it follows that for article 75 of the Law on Private International Law to be applied all three elements of the claim being heard must be identical. Obligation to prove the fact of the trial on a contentious case in a foreign court is put on that party of the dispute who notes this fact. The motive part of court judgments contains also the reference on written evidence – the certificate granted by foreign state, according to which there were no same cases in the courts of this state.

11 Regulation No. 44/2001/EC of December 22, 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, *OJ of the EC*, 16.1.2001.

12 Regulation No. 2201/2003/EC of November 27, 2003 Concerning Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and the Matters of Parental Responsibility, Repealing Regulation (EC) No. 1347/2000, *OJ of the EU*, L 338, Vol. 46, 23 December 2003.

13 Convention of October 30, 2007 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Lugano Convention), *OJ of the EC*, 21.12.2007.

MALVARLIĞINA KARŞI SUÇLAR İLE İLGİLİ MACAR CEZA HUKUKU

Dr. Csaba Ujkéry[*]

Lütfen birkaç kelimeyle kendimi tanıtmama izin veriniz. 1968'de yargı alanındaki görevime başladım. Emekli olduğum 2012 yılına kadar yüksek ceza mahkemesi hâkimliği, mahkeme başkanlığı, onursal yüksek mahkeme hâkimliği ve doçent görevlerinde bulundum. En üst düzey idari yargı forumu olan Ulusal Yargı Konseyi'nin üyeliğini ve 2006'da Saraybosna'da kurulan Balkan Network Konferansları'nın kuruculuğunu ve organizatörlüğünü üstlendim. Yargı alanındaki idari görevlerimin yanı sıra, aktif görev yapan bir hâkim olarak asliye ceza mahkemelerinde hayata karşı işlenen suç davalarında çalıştım, bunun yanı sıra temyiz başvurularının değerlendirilmesini yürüten konsey başkanı olarak da görev yaptım.

Çok sayıda konuşmacı olmasından dolayı sahip olduğum kısa süreyi göz önünde bulundurarak, konu hakkında yalnızca genel olarak konuşacağımı belirtmeliyim. Macar Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun genel tanıtımı için, giriş bölümünde maddi hukuk konusundan da birkaç kelimeyle bahsetmeliyim.

İlk kanunlaşmış maddi hukuk, 1843 tarihli Macar ceza kanunu teklifi olan "Suç ve Cezalar", sonraki yüzyıldan önce de tam olarak bağımsız, döneminin Avrupa ceza kanunlarından daha iyi bir eser olmuş, insani ve hukuki düşünce tarzının bir başyapıtı olarak kabul edilmiştir. Bu yasa teklifi, kanun önünde eşitlik ve nullum crimen/nulla poena sine lege (kanunda yoksa ceza da yoktur) ilkelerini esas alan bir kanundur. Buna göre bir eylem veya ihmal, yalnızca kanun tarafından belirtilmesi durumunda suç olarak kabul edilebilir ve cezalandırılabilir. Bu aynı Macar maddi hukukunun bugün de geçerli olan ilkelerinden biridir. İlk olarak yasalaşmış Macar ceza hukuku, 1878 tarihli V. sayılı kanun olan, ismini kanunu hazırlayan kişiden alan Csemegi Kodeksi'dir. Hazırlanma döneminde klasik okulun öğretileri belirleyici olmuştur ve bu öğretilerin etkisi görülmektedir. Kanunda daha sonra yapılan değişiklikler uzun uzadıya sıralanabilir, ancak şu an bunun için zaman yeterli olmayacaktır. Bununla birlikte, 1945'ten sonra, ikinci dünya savaşının ardından suçluların cezalandırılmasını, yeni bir rejimin, ekonomik ve mali sistemin korumasını sağlayan yeni bir ceza hukukunun oluşturulduğunu söylemeden geçemeyeceğim. Komünizm çalışmaları kapsamında eski kanunların yenileriyle değiştirilmesi eğilimi söz konusuydu. Kanunun görevi, komünizm için tehlikeli olabilecek eylemlere karşı koruma sağlamaktı.

Ardından 1961 ve 1971 yıllarında ceza hukuku değiştirilmiştir. Kanunda yer alan suçlar arasında, ağırlıklarına göre, suç ve kabahatler olarak ayrım yapılmıştır. Hapis cezasının uygulama aşamaları düzenlenmiş: cezaevi, kapalı cezaevi, hapishane ve tutukevi olarak ayrım yapılmış ve müebbet hapis cezası uygulaması başlatılmıştır.

1992'den sonra, rejim değişikliğinin ardından anayasal hukuk devletinin değerlerinin restorasyonunda birçok faktör etki etmiştir. Her şeyden önce, rejim hukuksuz bir şekilde değişmemişti. Daha önceki ılımlı Macar diktatörlük rejimi, ceza hukukunun nispi bağımsızlığının güçlendirilmesine izin vermiştir. Daha sonra, küçük değişikliklerle, Parlamento, 2012 ceza kanunu C yasasını çıkarmıştır. Bu kanunun amacı, insanların dokunulmaz ve temel haklarını, bunun yanı sıra ülkenin bağımsızlığını, toprak bütünlüğünü, ekonomisini, milli servetini korumak için devletin münhasır cezalandırıcı gücünü uygulamaktı.

[*] Ceza Hukuku Profesörü.

Ceza usul kanununun yasalaşma süreci, Macaristan ve Habsburg Monarşisi arasındaki uzlaşma sağlandığında, 1896 yılında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile başlamıştır. Bölüm başlıkları, işlemleri yürüten makamların adlarını, istisna kurallarını, mahkeme kararlarının türlerini ve sağladığı korumayı içermektedir. Buna ek olarak delillendirme araçları ve acil önlemleri de belirtmektedir. İddianamenin oluşturulması, duruşma hazırlığı ve duruşmanın yapılmasıyla ilgili kuralları içermektedir. Son olarak ise yasal çözüm yolları, olağan ve olağandışı temyiz yolları belirtilmiştir. Bu hükümler, Macaristan'da sivil dönem ceza muhakemelerinin temelini oluşturmuştur.

Macar Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, ikinci dünya savaşının son yılı olan 1945'e kadar Batı Avrupa'nın ilkelerine adapte edilmiştir. Bu idealizm, insan ve vatandaşın özgürlüğü üzerine inşa edilmiş, sanığı yargılamada müvekkil haklarının öznesine kavuşturmuş ve özgür ispatlama prensibini kabul etmiştir.

İkinci dünya savaşını takip eden dönemde, on yıllar boyunca yargı sistemi de dâhil olmak üzere, devletin yapısı tamamen otoriter bir düzenlemenin gereksinimlerine uygun olarak değiştirilmiştir.

Siyasi iktidarın komünistler tarafından ele geçirilmesinin ardından Macaristan'da sosyalist hukuk sistemi geliştirilmeye başlanmış olsa da bu, Sovyet çözümlerinin taklit edilmesinden başka bir şey değildi. İktidar sahipleri gerekçe olarak Marksizm-Leninizm akımına göre insan topluluğunun gelişimini, sınıf ayrımı olmayan komünist bir toplum olma yolunda ilerlemesi olarak göstermiştir. Bu yolda Sovyetler Birliği öncülük etmekteydi. Bu nedenle Sovyet oluşumlarının benimsenmesi, sosyalizm yoluna girmiş devletlerin görevi olmuştur. Bunun neticesinde, 1949:XII. kanunu ile başlayarak her on yılda bir, 1973 yılı I. kanunu ile yürürlüğe giren Ceza Muhakemeleri Kanunu'na kadar, yeni usul kodeksi oluşturarak sosyalist ceza hukukunu şekillendirmeye çalışmışlardır.

Rejim değişikliğinin ardından 1998 tarih ve XIX sayılı kanunu ile ceza usulü yeniden düzenlenmiş, buna göre ceza usulünde iddia, savunma ve yargılama birbirinden ayrılmıştır. Mahkeme yargılama sürecinde iddianameye göre sadece sanığa isnat edilen suçtan yargılama yapar veya iddiaya konu eylemden dolayı ilgili kişinin yasal sorumluluğu çerçevesinde karar verebilir.

Mahkemenin iddianameyi inceleme zorunluluğu bulunmakta olup iddianamenin ötesine geçemez, ancak Ceza Kanununda suçlanan kişinin neyle suçlandığına veya cezanın belirlenmesine yönelik belirtilen görüşlere bağlı kalmak zorunda değildir. İddianın kanıtlanması iddiayı öne süren makamın yükümlülüğündedir ve şüphesiz bir şekilde kanıtlanmayan olgular, savunma hakkı bulunan sanığın aleyhinde değerlendirilemez. Bu önemli ayrıntıya göre mahkemenin kesinleşmiş kararında belirtilene kadar kimse suçlu olarak görülemez ve kendi aleyhinde suçlayıcı bir ifade vermesi veya kanıt sunması için kimse zorlanamaz.

Macaristan'da *asliye* mahkemesi olarak ilçe mahkemeleri görev yapmaktadır. İlçe mahkemelerinin yetki alanına giren temyiz davalarında *ikinci derece* mahkeme olarak bölge mahkemeleri, bölge mahkemelerinin yetki alanına giren davalarda ise yüksek mahkeme görev yapmaktadır. Kanun tarafından yüksek mahkemenin kararına karşı temyiz yolunun açık olması durumunda yüksek mahkemenin yetki alanına giren davalarda Yargıtay yetkilidir. Bölge mahkemelerin kararlarına karşı temyiz işlemlerini *üçüncü derece* mahkeme olarak yüksek mahkeme, yüksek mahkemenin kararlarına karşı temyiz işlemlerini Yargıtay yürütmektedir.

Kanun tarafından *bölge mahkemesinin* yetkisinde gösterilmeyen daha hafif suçların yargılama işlemi, asliye mahkemesi olarak ilçe mahkemesinin yetki alanındadır. Kanunun on beş yıl veya daha uzun hapis cezası gerektirdiği suçlar ve insanlığa karşı işlenen veya savaş suçları gibi diğer bazı ağır suçlar Bölge mahkemesinin yetki alanında bulunmaktadır.

Mahkemelerin yargı yetkisi, yetki alanında işlenen suçları kapsamaktadır. Mahkemelerin

adını, yetki alanını, konumunu kanun düzenlemektedir.

Macaristan'da devleti temsil eden *kamu adına iddia makamı olarak savcı* görev yapmaktadır. Savcının görevi, iddia ve aklama koşullarını, sorumluluğunu ağırlaştıran veya hafifleten şartları yargılamanın tüm aşamalarında dikkate alınmasını sağlamaktır. Kovuşturmanın koşullarının belirlenmesi için polise soruşturma yaptırır veya soruşturmayı kendisi yapar. Soruşturma makamının kararını değiştirebilir, iptal edebilir, şikâyetleri değerlendirir. Suçlamayı reddedebilir, soruşturmayı sonlandırabilir, soruşturma makamına soruşturmanın sonlandırılması için talimat verebilir. Bu nedenle kamu adına yürütülen yargılamalarda, kovuşturma başlatma hakkı da dâhil olmak üzere belirleyici bir rolü vardır ve kararına karşı başka bir makama temyiz başvuru imkânı bulunmamaktadır.

Savcılığın yetki alanını genellikle bağlı olduğu mahkemenin yetki alanı belirlemektedir. Savcılığın yapısı ayrı bir kanuna uygun olarak Başsavcı tarafından belirlenmektedir. Savcılık *dikey emir-komuta sistemine göre çalışır, başında başsavcı* yer alır, mahkemelerde olduğu gibi bağımsız olup, görevi konusunda hiç kimseden emir almaz.

Ceza yargılama sürecinde yer alanlar şöyle sıralanabilir: Aleyhinde yargılama işlemi yürütülen kişi sanıktır. Bu kişi soruşturma sırasında şüpheli, mahkeme duruşmalarında sanık, cezayı belirleyen kararın kesinleşmesinden sonra hükümlü olarak adlandırılmaktadır. Vekalet veya geçici görevlendirmeyle avukat, veya Avrupa Topluluğunda faaliyet gösteren hukukçu müdafi olarak görev yapabilmektedir. Mağdur, suç dolayısıyla hakları veya menfaatleri ihlal edilmiş veya tehlikeye atılmış kişidir. *Şikâyetçi*, yasalara göre kişilik haklarının ihlal edilmesi durumunda buna karşı şikâyette bulunan kişidir. *Müşteki* mağdur sıfatıyla, ceza yargılamasında maddi taleplerini savunur.

Resmi otoriteler, ceza yargılaması sürecinde insan onuruna ve ilgili kişilerin şahsi haklarına saygı göstermeli, özel hayata ilişkin bilgilerin gereksiz bir şekilde ifşa edilmemesini sağlamalıdır. İspat süreci, önem arz eden tüm gerçekleri kapsamaktadır. İspat sürecinde doğru bilgilerin kapsamlı bir şekilde, gerçeğe uygun olarak ortaya çıkarılması hedeflenmelidir. Kamu tarafından bilinen gerçekleri, veya işlemi yürüten mahkemenin, savcının, soruşturma makamının resmi bilgisi dâhilinde bulunan gerçekleri kanıtlama yükümlülüğü yoktur. Delillerin değerlendirilmesi sırasında kanunda belirtilen her türlü ispat aracı ve her türlü geçerli yöntem serbestçe kullanılabilmektedir. Kanıtlanması gereken olguların belirlenmesi veya değerlendirilmesi için özel bir uzman bilgisi gerektiğinde bilirkişilerden yardım alınmalıdır.

Gözaltı, zorlayıcı bir tedbir olup, sanığın özgürlüğünün geçici olarak elinden alınması anlamına gelmektedir. Hapis cezası gerektiren bir suç söz konusu olduğunda gözaltı kararı verilebilir, bu gözaltı süresi en fazla yetmiş iki saat olabilir. Mahkeme öncesinde şüphelinin gözaltına alınabilmesi için bir gözaltı kararı gereklidir ve belirli şartların geçerli olması durumunda uygulanır. Bu şartlardan bazıları, şüphelinin yetkililerden saklanma ihtimali, kaçmaya teşebbüs, yargılama esnasında yeni bir suç işlenmesi, serbest kalması halinde tanıkları etkileyerek kanıtlamayı engellemesi veya tehlikeye atması olarak sayılabilmektedir. Gözaltı talimatından başlayarak iddianamenin sunulmasına kadar olan süreç ile ilgili olarak hâkim karar vermekte ve gözaltında tutulma süresini iki aya kadar uzatabilmektedir. İddianamenin sunulmasından sonra, yargılamanın tamamlanmasına kadar tutukluluk konusunda mahkeme karar verir, ancak bu süre en fazla kesinleşmemiş kararda belirtilen hapis cezasının süresi kadar uygulanabilmektedir. Adli kontrol; *ikamet ettiği yeri terk etme yasağı*, yükümlünün seyahat özgürlüğünü ve ikamet yeri seçme özgürlüğünün kısıtlanmasıdır. Buna ilaveten sanığın seyahat etme özgürlüğünü kısıtlayan *ev hapsi* uygulaması mevcuttur. Mahkeme tarafından belirtilen evi ve eve ait olan sınırlı alanı sanık yalnızca mahkeme kararında belirtilen amaçla, belirtilen süre için ve belirtilen mesafede terk edebilir.

Yargılama süreci savcı tarafından iddianamenin sunulmasıyla başlar. Sanığın ceza kanunu yönünden sorumluluğunun karara bağlanması için delillendirilmesine yönelik duruşma yapılır. Duruşmayı başkan yönetir, yapılacak işlemlerin sırasını belirleyip kanun hükümlerinin uygulanmasını sağlar. Delillendirme işleminin sonucunda, yargı konseyi mevcut delillere göre sanığın suçlu olup olmadığına, suçluysa hangi suçlardan suçlu olduğuna, verilecek cezanın ne olacağına karar verir.

Karar oylama yapılarak verilir, oybirliğinin olmaması durumunda salt çoğunlukla verilir. Kararın ilan edilmesinden sonra asliye mahkemesinin kararına karşı ikinci derece mahkemeye temyiz yolu açıktır. İkinci derece mahkeme hükmün gerekçesinin açıklanması, suçun hükmü, cezanın orantılı olup olmadığı, ceza hükmünün belirlenmesine yönelik birinci derece mahkeme kararını onar, değiştirir veya yürütmesini durdurur veya davanın yeniden görülmesine, itirazın reddine karar verebilir.

Çocuk yaştakiler konusunda çocuk mahkemeleri yetkilidir. On iki yaşından gün almış, ancak suçun işlendiği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış olan suçluları kapsar. Bu özel mahkeme, sanığın yaşından kaynaklanan özelliklerini dikkate alarak, çocuğun yetişmesinde ve kanunlara karşı saygısının oluşmasında yardımcı olacak şekilde görev yapmaktadır.

Askerlik hizmeti sırasında askeri nitelikli bir şahsın suç işlemesi halinde askeri mahkemeler yetkilidir. Ceza infaz kurumu, afet koruma kurumu, sivil ulusal güvenlik hizmetinde görev yapan memurların görevleriyle ilgili işledikleri suçlar bu kapsamdadır. Macaristan'da rejim değişikliği döneminde özel askeri mahkemeleri kaldırılmıştır. Askeri suçlar, mahkemelerde faaliyet gösteren, askeri hâkimlerden oluşan askeri konseyler tarafından yargılanmaktadır.

Şunu hatırlatmak isterim ki, mağdurun kendisine yönelik işlenen hafif suçlardan dolayı ilettiği şikâyet neticesinde soruşturma başlatılabilir. Bu durumda sorumlu hakkındaki suçun ispatlanması şikâyetçinin yükümlülüğündedir. Şikâyetin yazılı veya sözlü olarak mahkemede yapılması gerekmektedir. Karşılıklı nitelikteki yaralama, iftira veya kişilik haklarının ihlali durumunda taraflardan birinin şikâyet başvurusunda bulunması halinde diğer tarafa da şikâyet hakkı doğar, karşı dava açma hakkı vardır.

Zaman değiştiği için, Adalet Bakanlığı halen müzakere çalışmaları devam etmekte olan yeni bir Ceza Muhakemeleri Yasasının tasarısını hazırlamıştır. Yeni Ceza Kanunu bir buçuk yıl önce yürürlüğe girmesine rağmen, ceza muhakemeleri kanununun yasalaşma sürecinin daha başında bulunmaktayız. 1998'de kabul edilmiş olan mevcut kanunun hükümlerinin yarısından fazlasının değiştirilmiş olması sebebiyle yeni ceza muhakemeleri sürecinin oluşturulması gerekmektedir. Bu da sadece kanunun içeriğini değil temel kavramını da değiştirmiştir. Bu yüzden o zamandan beri devamlı değiştirilmektedir. Ceza hukuku reformunun bir adımı olarak değişiklikleri takip edemeyen kanunun bir yenisi ile değiştirilme zamanı gelmiştir. Bu yüzden Macaristan'da yeni bir Ceza Muhakemesi Kanunu çalışmaları devam etmektedir.

Sayın Dinleyiciler, bana ayrılan süre içerisinde, ayrıntılara çok girmeden genel olarak Macar ceza kanunu hakkında söyleyeceklerim bunlardır.

Son olarak, bu konudan farklı bir, alana geçerek, Türkiye- İstanbul 'da bulunduğumuzdan dolayı birkaç kelime söylememe izin veriniz. Ben bir Macar'ım, uluslararası ün kazanmış bir ortaçağ kalesinin eteklerinde, Zigetvar şehrinde doğdum ve büyüdüm.

Bu yıl 1566 yılındaki kuşatmanın 450. yıldönümü. Bu kuşatmada Osmanlı Ordusu kaleyi ele geçirmeye çalışmış, Miklos Zrinyi ve kahraman askerleri ise kuşatmaya bir aydan fazla direnmiştir. Macarlar teslim olmayıp 7 Eylül'de alevler içindeki kaleden dışarıya saldırı düzenlemişler ve komutanları ile birlikte askerler kahramanca ölmüşlerdir. 46 yıl süren hükümdarlığından

sonra, Türk Ulusunun büyük sultanı Kanuni Sultan Süleyman o günün sabahında kuşatma kampında vefat etmiştir. Kale düşmüş, ancak kuşatan ordu da büyük kayıplar yaşamış ve Osmanlı İmparatorluğu'nun batıya doğru genişlemesi esasen o zaman orada son bulmuştur.

Tarih romanlarının yazarı olarak bu dönem hakkında Zigetvar üçlemesi olarak yazdığım bu eser Erdal Salıkoğlu tarafından Türkçeye çevirmiş, ve eser İstanbul'da yayımlanmıştır. Bu eserlerimi sergilenmiş olarak burada da görebilirsiniz.

Üç kitabın konusu:

Szigeth pajzsai adlı kitapta kalenin kuşatılması tasvir edilmektedir. 1530'da Kason Bey ve Tamas Nadasdy'nın ortak askeri güçlerine karşı kaleyi Balint Török savunmuştur. 1555'te Toygun Beylerbeyine karşı Laszlo Kerecsenyi, 1556'da ise Ali Paşa'nın birliklerine karşı Mark Stancsis Horvath kaleyi korumuştur. Roman, 1566 yılında gerçekleşen büyük kuşatmayla son bulmaktadır. Türkçe çevirisinin adı: Zigetvar Kalkanları'dır.

Handzsár a tükörben adlı kitap, 1683 ila 1689 arasında Zigetvar'ın Türk hâkimiyeti altındaki son günlerini ve kurtuluşunu konu almaktadır. Daha önce kimse tarafından yazılmamış olan bir hikayeyi konu alan kitap, 1689'da kaleden serbestçe çekilmesi karşılığında Hasan Bey tarafından kalenin, Kutsal İttifak'ta bir binbaşı olan Gabriel Vecchi'ye teslim edilmesiyle sonlanmaktadır.

Kitap, dedeleri de ülkemizde doğan Türklerin nasıl yaşadıklarını, alışkanlıklarının ve dinlerinin nasıl olduğunu anlatmaktadır. Kazanan ve kaybedenlerin yanı sıra, ortaçağın fırtınalı yıllarında birçok zorluk yaşamış olan Zigetvar'ın anısını da yaşatmaktadır. Türkçe çevirisinin adı: Aynadaki Hançer'dir.

Szigeth fekete virágai adlı kitap 450. yıl kutlamaları için yazılmıştır. Konusu 1566'da gerçekleşen kuşatmanın kahramanlarıdır. Bu askerler, ulusumuzun fedakar kahramanları olup, Macarlar vatan savunması için, Türkler ise fetih arzusu nedeniyle hayatlarını kaybetmişlerdir. Macarların ve Türklerin kaderi Parca iplikleri gibidir (insan hayatının ipliğini ören kader tanrıçaları (Moiralar)), bu iplikler farklı renkte olsa da, aslında hepsi aynıdır.

Kitap, askerleri, savunan ve kuşatan tarafları, top seslerini, saldırıları, yoksulluğun ve salgınların eşiğinde savaşı kazanmayı arzu eden Zrinyi'nin ve Sultan Süleyman'ın karşılaştıkları muharebeleri, kendileri ve eşleri için kaderin getirdiklerini başından sonuna kadar anlatmaktadır. Türkçe çevirisinin adı: Zigetvar'in Kara Çiçekleri'dir.

Dinlediğiniz için teşekkür ederim.

(Zigetvar'in Kara Çiçekleri adlı eserimin imzalı halini, kongrenin açılışı esnasında Sayın Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan Beyefendi'ye teslim etme fırsatı buldum, bunun yanı sıra konuşmamdan sonra Erdal Salıkoğlu tarafından Türkçeye çevrilen kitapları, stok bitene kadar kongrenin katılımcıları için imzalayabildim.)

HUNGARIAN CRIMINAL LAW REGARDING CRIMES AGAINST PROPERTY

Dr. Csaba Ujkéry[*]

Please allow me to introduce myself with a few words. I have begun my judiciary duty in 1968. I have worked as a high criminal court judge, as a forensic president, a lecturer and an assistant professor until I retired in 2012. I was the member of the Supreme Judicial Administration Forum which is the highest level of administrative judicial forum and the founder and organizer of the Balkan Network Conferences which was established in Sarajevo in 2006. Apart from the judicial administration duties, I have worked on criminal trials of the criminal courts of first instance where the crime was committed with an attempt on life, as a judge on active duty. In addition to that, I've also worked as the council president who carried out the assessment of the appeals.

I must say that I will only be talking in general about the subject, considering the short amount of time I have since there are so many speakers. In the introduction, I also need to give a brief overview of the material law, for the general presentation of the Hungarian Code of Criminal Procedure.

The 1843 Hungarian Bill of Law "Crimes and their Penalties", which was the first codified substantive law, was fully independent even before the next century and was a better piece of work than the other European criminal laws of its time and it's regarded as a masterpiece of humanitarian and legal thought. It is a law which is based on the principles of equality before the law and the nullum crimen/nulla poena sine lege (no penalty without a law) and according to the principles it includes, an act or a negligence can only be accepted as a crime and be penalized as long as they're mentioned by the law. This is also one of the prevailing principles of the Hungarian substantive criminal law today. The first codified Hungarian Criminal law is the Csemegi Codex, which is named after the person who prepared the law and which is the fifth act of law of the year 1878. During the period of its creation, the doctrines of the classical school were determinant and the effects of these doctrines were seen in the law. The subsequent amendments can be listed in detail but time will not be enough for it right now. But I must mention that after 1945, after the Second World War, criminal law was introduced that allowed the perpetrators of crimes to be responsible, the protection of the new state order and the economic and financial system. The Communist aspiration was aimed at replacing the old one with a new code of law. The duty of the law was to provide protection against acts that could be dangerous for communism.

Then in 1961 and 1971 the Criminal Code was amended. Two distinctions as crimes and misdemeanours were made within the crimes in the law, according to their gravities. The implementation phases of the prison sentence were regulated; the distinction of prison, closed prison, jail house and detention centre was made and the practice of life imprisonment was started.

After 1992, following the regime change, many factors had an influence on the restoration of the constitutional law of state. First of all, there were no extralegal situations during the period of regime change. The former moderate Hungarian dictatorship regime has allowed the relative independency of the criminal law to be strengthened. Later on, the Parliament issued the C law in 2012, with minor amendments. The purpose of this law was to implement the exclusive punitive power of the state in order to protect the basic and immune rights of people as well as the

[*] Professor of Criminal Law.

independence, territorial integrity, economy and national wealth of the country.

The codification of the criminal procedure law began in 1896 with the Code of Criminal Procedure when an agreement was reached between Hungary and the Habsburg Monarchy. Its sections include the names of the offices that make the transactions, the rules of their exclusion, the protection and the types of court decisions. In addition to those, it also states the purposes of proof and coercive measures. It contained the rules of prosecution and trial preparation and court hearing. And finally, remedies, ordinary and extraordinary remedies are stated. These provisions constituted the criminal procedures of the civil era in Hungary.

The Hungarian Law of Criminal Procedure has followed the principles of Western Europe until the year 1945, which is the final year of the Second World War. The idea was built on human and civil liberties, which gave the accused a lawyer's right in the proceedings and accepted the principle of free demonstration.

In the period following the Second World War, the structure of state including the judicial system is changed during decades in accordance with the requirements of a completely authoritarian regulation.

The socialist legal system was begun to be developed in Hungary after the political power in place was taken over by the communists, and it was nothing but the copying of the Soviet solutions. The justification of the holders of political power was the progression of humankind on the path to becoming a communist society with no class discrimination according to the Marxism-Leninism wave. The Soviet Union was leading this way. Therefore, the adoption of Soviet practices was the duty of the states that entered the path of socialism. As a result of that, they have tried to shape the socialist criminal law by creating new procedure codices in every decade, starting with law XII of 1949, until the law of criminal procedure which went into effect with the law I of 1973.

Following the regime change, the criminal procedure was reregulated by the law XIX of 1998 and according to that, prosecution, defence and trial were separated from each other. During the trial, the court carries out the judgement procedure based on the crime which is charged on the suspect according to the indictment and may give its decision due to the alleged charge within the framework of the criminal liability of the suspect.

The court has to examine the indictment and cannot go beyond it, but it's not bound by the accusations of the person who asserted the accusation according to the Criminal Law or their opinion regarding the determination of the penalty. Proving the allegation is under the responsibility of the party that makes the allegation and facts that are not proven without a doubt cannot be used against the defendant who has a right to defend himself. According to this important detail; no one can be seen as guilty until it's stated in the court's final decision and no one can be forced to give an incriminating testimony or deliver an incriminating evidence against him/her.

County courts serve as the courts of first instance in Hungary. District courts serve as second degree courts in appeal trials which are in the jurisdiction of county courts and the Supreme Court serves in appeal trials which are in the jurisdiction of regional courts. Court of cassation carries out the procedures in trials which are in the jurisdiction of the Supreme Court, in case an appeal against the decision of the Supreme Court is made possible by law. The Supreme Court performs the procedure of appeal against district court decisions as a third degree court, while the Court of cassation performs the procedure of appeal against the Supreme Court decisions.

The trial procedure of lighter crimes which are not stated to be under the jurisdiction of the district court by law, are under the jurisdiction of the county court as a court of first instance. The jurisdiction of the district court includes crimes that require a fifteen year or longer imprisonment

sentence by law and other serious crimes such as crimes against humanity or war crimes.

The jurisdiction of courts covers the crimes committed within the jurisdiction. The names, fields of jurisdiction and location of courts are regulated by law.

In Hungary, the prosecutor represents the state and acts as the prosecuting authority on behalf of the public. He's liable to take into account the incriminating and acquitting conditions as well as the circumstances that aggravate or mitigate the responsibility. He orders an investigation to be made through the police in order to identify the circumstances of the proceeding or he conducts the investigation himself. He may change or revoke the decision of the investigating office and assesses complaints. He may deny the charges, end the investigation and he may give instructions to the office of investigation to end the investigation. For that reason, it can be said that he has a decisive role in trials that are performed on behalf of the public, including the right to start a proceeding and it's not possible to appeal his decisions to another office.

The prosecutor's scope of authority is usually determined by the jurisdiction of the court that he serves for. The structure of the prosecution office is determined by the Chief Prosecutor according to a separate law. The prosecution office works with a vertical chain of command system and is led by the Chief Prosecutor. The organization is completely independent; no one can give instructions to it regarding its activities, including courts.

The following people take place in the criminal procedure process: The person whom the criminal procedure is performed against is the defendant. This person is named as the suspect during the investigation, the defendant during the hearings and the convict after the decision on the punishment is confirmed. A lawyer can act by power of attorney or a temporary assignment or a jurist active in the European Union can act as defenders. The victim is the person whose rights or rightful interests are violated or endangered because of the crime. The complainant is the person whom a minor offence that is stated in the law is committed against and who files a complaint for that reason. One of the parties of the trial is the person who demands a financial compensation in the criminal procedure.

In the process of criminal procedure, the official authorities must respect the personal rights of the people involved and must assure that information regarding their private lives is not revealed unnecessarily. Evidencing process covers important, major facts. During evidencing process, the goal must be to reveal accurate information in an extensive way which is in accordance with the truth. The facts that are known by the public or by the court, the prosecutor or the investigation office don't have to be proven. During the evaluation of the evidence, any type of proof tool and method that is possible to be implemented that are stated in the law can be freely used. In case there's a need for the knowledge of a special expert for the identification or assessment of a fact that needs to be proven, expert assistance should be used.

Custody is a coercive measure and it means that the defendant will be temporarily deprived of his freedom. In case it's a crime that can be punishable by a prison sentence a custody decision can be taken and its duration can be a maximum of 72 hours. Taking the defendant into custody is possible in case the crime is punishable by a prison sentence and the legal conditions are met. These conditions include, among others, the defendant hiding from the authorities, committing a new crime during the trial and preventing or endangering the proof by influencing the witnesses in case he's released. The judge decides during the process which begins with the order of the defendant being taken into custody until the presentation of the indictment and can prolong the period of custody up to two months. After the indictment is presented, the court decides on the imprisonment until the completion of the trial but this period can only be as much as the duration of the prison sentence that is stated with the unconfirmed decision. Another coercive measure is the prohibition of the defendant to leave his place of residency, which limits the movement

freedom of the defendant and his right to choose his place of residency freely. In addition to that, the practice of house arrest which restricts the defendant's freedom of travelling is available. He can abandon the house and the area that belongs to the house which are identified by the court only for a purpose, for a time and at a distance stated in the court decision.

The court process starts with the presentation of the indictment by the prosecutor. The court holds a hearing in case proof is required for the identification of the defendant's criminal liability. The Council president manages the hearing, determines the order of the procedures that will be followed and makes sure that the provisions of law are applied. After the completion of the proof process, the council of judges establishes the truth and decides whether the defendant is guilty or not, and if he is, what crime he'll be punished for and what kind of a punishment that crime requires. The decision is given by vote, with absolute majority vote in case there's a difference of opinion. After the announcement of the decision, an appeal against the decision of the court of first instance is possible in a second degree court. The second degree court re-evaluates the objected decision during a court process. It confirms, changes or revokes the decision of the court of first instance on the suitability of the decision, the statement of the crime, the characterization of the crime or the determination of the punishment, or it gives instructions to the court for a new process or denies the appeal application.

Juvenile court serves for those of young age. The young person who has turned twelve but who hasn't passed the age of eighteen on the date of the crime that is committed is considered a child. This special court proceeds in a way that will help the child grow up in a better way and have respect for the law, taking into account the qualities of the defendant that stem from his age.

The military criminal procedure is followed in case an individual in the military service commits a crime during his military service. Crimes of the professional personnel of the penitentiary board, the professional disaster management organization and the civil national security services fall under this scope. In Hungary, special military courts have been abolished during the period of regime change. Military crimes are tried by military councils which consist of military judges and which operate in courts.

I should also mention the procedure that is started upon the complaint of a victim made because of a misdemeanour committed against him. Evidencing the defendant's crime is under the responsibility of the person who complained. The notification must be made verbally or in writing in court. In case of a moderate bodily injury, slander or insult that is committed by the parties towards each other, the accused individual is also able to file a petition that blames the other party in procedures that are started because of a crime committed against the other party.

As time went by, the Ministry of Justice has prepared the codex of a new criminal procedure and the debate process on it is under way at the moment. Even though the new Criminal Law went into effect a year and a half ago, we're still at the beginning of the codification of the law of criminal procedure. The formation of new criminal procedures requires more than half of the provisions of the current law that was accepted in 1998, to be amended. This not only changed the internal integrity of the law but its basic concept as well and since then it has kept being amended. As a step of the criminal law reform, it's time for the law that cannot keep up with the changes to be changed with a new one. For that reason, the work of creating a new Code of Criminal Procedure is taking place in Hungary at the moment.

Dear Listeners, this is all I have to say about the Hungarian Criminal Code in general, without getting into details, in the limited time I have.

Finally, let me say a few words about a different field than this, since we're in Istanbul, Turkey. I'm a Hungarian; I was born and raised in the city of Szigetvar, at the foot of that medieval

castle which gained international popularity.

This year, it's the 450th anniversary of the siege in 1566. In this siege, the Ottoman army tried to take over the fortress but Miklos Zrinyi and his heroic soldiers resisted the siege for more than a month. Finally, on September 7, the Hungarians didn't surrender but charged out of the castle which was in flames and the soldiers died heroically with their commanders. After his reign of 46 years in the invading army's camp, the remarkable sultan of the Turkish nation, Suleyman the Magnificent has also passed away that morning. The castle had fallen but the invading army had also experienced great casualties and the Ottoman Empire's expansion towards the west essentially ended there at that time.

The book I have written as a Szigetvar trilogy about this period as a writer of historical novels has been translated into Turkish by Erdal Salikoglu and it's been published in Istanbul. You can also see these works of mine on display here.

The subject of the three books:

The subject of the book called Szigeth pajzsai is a portrayal of the sieges that the castle experienced. Balint Torok defended the castle against the combined forces of Mr. Kason and Tamas Nadasdy in 1530. Laszlo Kerecsenyi defended it against the governor of Toygun in 1555, while Mark Stancsis Horvath defended it against the forces of General Ali in 1556. The novel ends with the incidents of the siege that took place in 1566. Turkish translation of its name is: Zigetvar Kalkanları (The Shields of Szigetvar).

The book called Handzsár a tukorben is about the story of the last days of Szigetvar under the Turkish rule which lasted from 1683 to 1689 and its salvation, which has never been written before by anyone. It ends with Mr. Hasan handing over the castle to Gabriel Vecchi who is a major of the Holy Alliance in 1689, with the condition of him withdrawing from the castle with his own free will.

The book also tells about how the Turks in our country lived and how their habits and religion were. It honours the memory of those who were victorious and defeated as well as the memory of Szigetvar, a city which went through many hardships during the stormy years of the middle ages. Turkish translation of its name is: Aynadaki Hançer (The Dagger in the Mirror).

The book called Szigeth fekete virágai is written for the 450th anniversary celebrations. It's about the heroes of the siege that took place in 1566. These soldiers are the heroes of our nation who sacrificed themselves. Hungarians lost their lives because of defending their country and Turks lost their lives because of their will to conquer. The destinies of the Hungarians and the Turks are like the threads of the Parca (destiny goddesses who weave the threads of the human lives (Moiras)); they are in different colours, but the texture is the same for all of them.

The book tells about the soldiers, the defending and the attacking parties accompanied by gun reports, attacks, struggles of Zrinyi and Sultan Suleyman who desired to win the war besides poverty and outbreaks, as well as those what the destiny brought for them and their wives, from start to end.

Thank you for listening.

(I had the chance to deliver a signed copy of my book called Szigetvar's Black Flowers to President Recep Tayyip Erdogan during the opening of the congress. In addition to that, I was able to sign the books that were brought by Erdal Salikoglu who translated it into Turkish, for the congress participants until there were no books left.)

A MAGYAR ANYAGI BÜNTETŐJOGRÓL

Dr. Ujkéry Csaba

Először is engedjék meg, hogy pár szóval bemutatkozzam. 1968-ban léptem igazságügyi szolgálatba. Büntetőbíróként töltöttem időmet 2012. évi nyugdíjba menetelemig, törvényszéki elnökként, címzetes táblabíró és egyetemi docensként. Tagja voltam a legmagasabb bírói igazgatási fórumnak, az Országos Igazságszolgáltatási Tanácsnak, és megalapítója, szervezője 2006-ban, Szarajevóban alakult Balkan Network Konferenciáknak. A bírósági igazgatáson kívül gyakorló bíróként a megyei elsőfokú büntetőügyeket tárgyaltam, ami az élet elleni ügyeket jelentette illetve, fellebbezéseket elbíráló tanácselnökként dolgoztam.

Megértve a nagyszámú felszólalók miatt a rendelkezésemre álló rövid időt, egyben azt is ki kell jelentenem, hogy csak általánosságban lesz módomban a témáról szólnom. A magyar büntetőeljárási törvény nagyvonalú ismertetése feltételezi, hogy bevezetőként pár szóval megemlékezzem az anyagi jogról is

Az első kodifikált anyagi jog, az 1843-ik évi magyar büntető törvénykönyvi javaslat "A bűntettekről és büntetésekről" már azt követő század előtt teljesen önálló, az akkori európai bűnetető törvénykönyveknél jobb alkotásnak tartották, a humánus és jogászi gondolkozás remekének. Érvényesült benne a törvény előtti egyenlőség és a nullum crimen/nulla poena sine lege elve, melyek kimondják, hogy: cselekvés vagy mulasztás, csak annyiban tekintethető bűntettnek és vonhat maga után büntetést, amennyiben azt a törvény rendeli. Ez mai is meghatározó alaptétele a magyar büntető anyagi jognak. Az első kodifikált magyar Büntetőtörvénykönyv az 1878. évi V. törvénycikk, amelyet megfogalmazójáról, Csemegi Kódexnek nevezünk. Megalkotása idején a klasszikus iskola tanai voltak meghatározóak és így e tanok éreztették befolyásukat. Hosszan lehetne még sorolni ezt követő módosításokat, amire nincs idő. De meg kell említenem, hogy 1945 után, a második világháborút követően olyan büntetőjogi szabályok megalkotására került sor, amelyek lehetővé tették a bűncselekmények elkövetőinek felelősségre vonását, az új államrend, valamint a gazdasági és a pénzügyi rendszer védelmét. A kommunista irányú törekvés arra irányult, hogy új típusú törvénykönyv váltsa fel a régit. A törvény feladatának, a reá nézve veszélyes cselekményekkel szembeni védelmet jelölte meg.

Ezt követőn 1961. évben majd 1971.-ben módosították a büntetőtörvénykönyvet. A bűncselekmények közt súlyuk alapján megkülönböztetett, bűntetteket és vétségeket. Szabályozta a szabadságvesztés-büntetés végrehajtási fokozatait: megkülönböztetett fegyházat, szigorított börtönt, börtönt és fogházat, bevezette az életfogytig tartó szabadságvesztést.

1992. után a rendszerváltáskor több tényező befolyásolta az alkotmányos jogállam értékeinek helyreállítását. Egyrészt az a körülmény, hogy a rendszerváltozáskor nem volt jogon kívüli állapot. A korábbi magyar puha diktatúra lehetővé tette a büntetőjog viszonylagos önállóságának erősödését. Ezt követőn kisebb módosításokkal az Országgyűlés megalkotta a 2012. évi C. törvényt a Büntető Törvénykönyvet. Az emberek sérthetetlen és alapvető jogainak, továbbá az ország függetlenségének, területi épségének, gazdaságának, valamint a nemzeti vagyonnak a védelme érdekében, az állam kizárólagos büntető hatalmának érvényesítése céljából.

A büntető eljárási jog kodifikációja, a Magyarország és a Habsburg monarchia kiegyezésének évében, 1896-os Bűnvádi perrendtartás törvénykönyvvel kezdődött. Fejezetei tartalmazták az eljáró hatóságok megnevezését, kizárásuk szabályait, a védelmet, a bírósági határozatok fajtáit. Továbbá

meghatározta a bizonyítási eszközöket, és a kényszerintézkedéseket. Tartalmazta a vádemelés és a tárgyalás előkészítésének és a bírósági tárgyalás szabályait. Végül a jogorvoslatokat, a rendes és rendkívüli perorvoslatokat. Ezek a rendelkezések jelentették a polgári korszak magyarországi büntetőeljárását.

A magyar büntetőeljárási jog, 1945 -ig a második világháborúig bezárólag, a nyugat-európai elvekhez igazodott. Ez az eszmeiség, az emberi és állampolgári szabadságjogokra épült, ami a vádlottat az eljárásban ügyféli jogokkal felruházott alannyá tett, és a szabad bizonyítás elvét fogadta el.

A második világháborút követő időszak, évtizedek, teljes egészében a tekintélyuralmi berendezkedés követelményeinek megfelelően alakították át az államszervezetet, és benne az igazságszolgáltatást is.

A kommunisták a tényleges politikai hatalom megszerzése után megkezdték Magyarországon is a szocialista jogrendszer kiépítését, ami a szovjet megoldások szolgai másolása volt. A hatalom birtokosai ezt azzal indokolták, hogy a marxizmus-leninizmus szerint, az emberi társadalom fejlődése az osztály nélküli kommunista társadalom felé tart. Ezen a pályán a Szovjetunió halad az élen. Ezért a szocialista útra tért államoknak feladata, hogy átvegye a szovjet formációkat. Ennek következménye a 1949:XI. törvénycikkel kezdődően, tízévenként új eljárási kódexek megalkotásával igyekeztek kialakítani a szocialista büntetőeljárást, az 1973. évi I. törvénnyel életbe léptetett Büntetőeljárási törvényig.

A rendszerváltást követőn az 1998. évi XIX. törvény szabályozta újra a büntetőeljárást, ami kimondta, hogy a büntetőeljárásban a vád, a védelem és az ítélkezés egymástól elkülönül. A bíróság az ítélkezés során törvényes vád alapján jár el, és csak annak a személynek a büntetőjogi felelősségéről dönthet, aki ellen vádat emeltek, és csak olyan cselekmény miatt, amelyet a vád tartalmaz.

A bíróság köteles a vádat kimeríteni, azon túl nem terjeszkedhet, de nincs kötve a vádlónak a Büntetőtörvénykönyv szerinti minősítéséhez, a büntetés kiszabására vonatkozó indítványához. A vád bizonyítása a vádlót terheli, és kétséget kizáróan nem bizonyított tény nem értékelhető a terhelt terhére, akit megilleti a védelem joga. Fontos megállapítás, hogy senki nem tekinthető bűnösnek mindaddig, amíg a bűnösségét a bíróság jogerős határozatában ki nem mondta, és arra sem kötelezhető, hogy önmagára terhelő vallomást tegyen, és önmaga ellen bizonyítékot szolgáltasson.

Magyarországon, *első fokon,* a járásbíróság és a törvényszék jár el. Fellebbviteli *másodfokon* a törvényszék a járásbíróság hatáskörébe tartozó ügyekben. Az ítélőtábla a törvényszék hatáskörébe tartozó ügyekben. Ha a törvény az ítélőtábla határozata elleni fellebbezést lehetővé teszi, a Kúria az ítélőtábla hatáskörébe tartozó ügyekben. *Harmadfokon* jár el az ítélőtábla azokban az ügyekben, amelyekben másodfokon a törvényszék járt el, a Kúria azokban az ügyekben, amelyekben másodfokon az ítélőtábla járt el.

Első fokon a *járásbíróság hatáskörébe* tartozik azoknak a kevésbé súlyos bűncselekményeknek az elbírálása, amelyeket e törvény nem utal a törvényszék hatáskörébe. A *törvényszék hatáskörébe* tartoznak azok a bűncselekmények, amelyekre a törvény tizenöt évig terjedő vagy annál súlyosabb szabadságvesztés büntetés kiszabását is lehetővé teszi, és más súlyos nevesített bűncselekmények, mint például az emberiesség elleni és a háborús bűncselekmények.

Eljárásra az a bíróság illetékes, amelynek a területén a bűncselekményt elkövették. A bíróságok illetékességi területét a bíróságok elnevezéséről, székhelyéről és illetékességi területének meghatározásáról törvény szabályozza.

Magyarországon *az ügyész a közvádló,* aki az állam képviseletében jár el. Kötelessége, hogy a

terhelő és mentő, a felelősséget súlyosító és enyhítő körülményeket az eljárás minden szakaszában figyelembe vegye. A vádemelés feltételeinek megállapítása végett a rendőrséggel nyomozást végeztet, vagy maga nyomoz. A nyomozó hatóság határozatát megváltoztathatja, vagy hatályon kívül helyezheti, a panaszokat elbírálja. A feljelentést elutasíthatja, a nyomozást megszüntetheti, a nyomozó hatóságot a nyomozás megszüntetésére utasíthatja. Tehát megállapítható, hogy az ügyész az ura a közvádas bűncselekmények sorsának, beleértve a vádemelés kizárólagos jogát, és döntése ellen nincs más szervhez jogorvoslati lehetőség.

Az *ügyészség hatáskörét és illetékességét* általában annak a bíróságnak a hatásköre és illetékessége határozza meg, amely mellett működik. Az ügyészség szervezetét külön törvény alapján a legfőbb ügyész határozza meg. Az ügyészség *vertikális utasítási rendszerben működik, élén a Legfőbb ügyész áll,* a szervezet teljesen különálló, akár a bíróságok, tevékenységében senki sem utasíthatja.

A *büntetőeljárásban résztvevők*: *a terhelt* az, akivel szemben büntetőeljárást folyik. A nyomozás során gyanúsított, a bírósági eljárásban vádlott, a büntetés jogerős kiszabása után elítélt. Védőként meghatalmazás vagy kirendelés alapján ügyvéd, illetőleg európai közösségi jogász járhat el. *Sértett* az, akinek a jogát vagy a jogos érdekét a bűncselekmény sértette, vagy veszélyeztette. *Magánvádló* akinek sérelmére a törvény szerint meghatározott kisebb súlyú személyét ért bűncselekményt követtek el, és ezért feljelentést tesz. *Magánfél* az a sértett, aki a büntetőeljárásban anyagi igényét érvényesíti.

A büntetőeljáráskor a hatóságoknak az emberi méltóságot, az érintettek személyiségi jogait tiszteletben kell tartani, és biztosítani kell, hogy a magánéletre vonatkozó adatok szükségtelenül ne kerüljenek nyilvánosságra. A bizonyítás azokra a tényekre terjed ki, amelyek jelentősek. A bizonyítás során a tényállás alapos, a valóságnak megfelelő tisztázására kell törekedni. Nem kell bizonyítani azokat a tényeket, amelyek köztudomásúak, vagy amelyekről az eljáró bíróságnak, ügyésznek, illetőleg nyomozó hatóságnak hivatalos tudomása van. A bizonyítékok értékelése során, szabadon felhasználható a törvényben meghatározott minden bizonyítási eszköz, és alkalmazható minden eljárás. Ha a bizonyítandó tény megállapításához, vagy megítéléséhez különleges szakértelem szükséges, szakértőt kell alkalmazni.

A kényszerintézkedésekhez tartozik az *őrizetbevétel*, ami a terhelt személyi szabadságának átmeneti elvonását jelenti. Szabadságvesztéssel büntetendő bűncselekmény gyanúja esetén rendelhető el, legfeljebb hetvenkét óráig tarthat. A terhelt *előzetes letartóztatásának* szabadságvesztéssel büntetendő bűncselekmény miatt folytatott eljárásban, és akkor van helye, ha a törvényi előfeltételei fennállnak. Ilyenek többek közt, ha a hatóság elől elrejtőzött, szökést kísérelt meg, illetőleg az eljárás során újabb bűncselekményt követett el, ha szabadlábon hagyása esetén, a tanúk befolyásolásával meghiúsítaná, vagy veszélyeztetné a bizonyítást. Az előzetes letartóztatás elrendeléséről a vádirat benyújtásáig az ügyész indítványról egyes bíró határoz, aki később a letartóztatást két hónappal meghosszabbíthatja. A vádirat benyújtása után a bíróságok határoznak eljárás befejezéséig, de legfeljebb, a nem jogerős ítélettel kiszabott szabadságvesztés tartamáig. Kényszerintézkedés még: a *lakhelyelhagyási tilalom,* ami a terhelt mozgási szabadságát és a lakóhely szabad megválasztásának jogát korlátozza. Továbbá *a házi őrizet,* ami a terhelt tartózkodási helyének szabad megválasztását korlátozza. A bíróság által kijelölt lakást, az ahhoz tartozó bekerített helyet csak a bíróság határozatában meghatározott célból, az ott írt időben és távolságra hagyhatja el.

A bírósági eljárás az ügyészi vádemeléssel kezdődik. A bíróság tárgyalást tart, ha a vádlott büntetőjogi felelősségének megállapítására bizonyítást vesznek fel. A tárgyalást a tanács elnöke vezeti, megállapítja az elvégzendő cselekmények sorrendjét. Ügyel a törvény rendelkezéseinek megtartására. A bizonyítási eljárás lefolytatása után a bírói tanács megállapítja a tényállást, és annak alapján dönt arról, hogy a vádlott bűnös-e, milyen bűncselekményben és, hogy milyen büntetést kell kiszabni. Ítéletét szavazással hozza meg, és ha nem egyhangú, a határozatot a többségi szavazat

dönti el.

A határozat kihirdetése után az első fokú bíróság ítélete ellen fellebbezésnek van helye, a másodfokú bírósághoz. A másodfokú bíróság a megtámadott ítéletet a bírósági eljárással együtt felülbírálja. Az ítélet tényállásának megalapozottságára, a bűnösség megállapítására, a bűncselekmény minősítésére, a büntetés kiszabására vonatkozóan, az első fokú bíróság ítéletét helybenhagyja, megváltoztatja, vagy hatályon kívül helyezi és új eljárásra utasítja, illetőleg a fellebbezést elutasíthatja.

Fiatalkorúak esetében a fiatalkorúak bírósága jár el. Fiatalkorú az a személy, aki a bűncselekmény elkövetésekor tizenkettedik életévét betöltötte, de a tizennyolcadikat nem haladta meg. A külön bíróság a vádlott életkori sajátosságainak figyelembevételével úgy jár el, hogy az elősegítse a nevelését, a törvények iránti tiszteletet.

Katonai büntetőeljárásnak van helye, ha a katona szolgálati viszonya alatt katonai vagy bármely bűncselekményt követ el. Ide tartoznak a büntetés-végrehajtási szervezet, a hivatásos katasztrófavédelmi szerv, és a polgári nemzetbiztonsági szolgálatok hivatásos állományú tagjai által a szolgálattal összefüggésben elkövetett bűncselekmények. Magyarországon a rendszerváltozáskor megszűntek a külön katonai bíróságok. A katonai bűncselekményeket a törvényszékeken működő, a hadbírókból alakult katonai tanácsok bírálják el.

Említést kell tennem a *magánvádra indult eljárásról*, amikor a sértett az őt ért kisebb súlyú bűncselekmények miatt tesz feljelentést. A terhelt bűnösségének bizonyítása a magánvádlót terheli. A feljelentést a bíróságon kell írásban vagy szóban megtenni. Kölcsönösen elkövetett könnyű testi sértés, rágalmazás vagy becsületsértés esetén az egyik fél sérelmére elkövetett bűncselekmény miatt megindult eljárásban a másik fél is jogosult magánindítvány előterjesztésére, viszonvádra.

Az idők változnak, ezért elkészítette az Igazságügyi Minisztérium egy új büntetőeljárási kódex tervezetét, aminek jelenleg az egyeztető eljárása folyik. A büntetőeljárási törvény kodifikációjának még az elején tartunk, pedig az új anyagjogi Büntetőtörvénykönyv másfél éve már hatályba lépet. Az új büntetőeljárás kidolgozását az teszi indokolttá, hogy a jelenlegi törvény, amit 1998-ban fogadtak el, rendelkezéseinek több mint a fele módosult. Ez már nem csak a törvény belső koherenciáját változtatta meg, hanem az alapkoncepciót is, és azóta is folyamatosan módosították. A büntetőjogi reform lépéseként eljött a változásokat követni nem képes törvénynek egy újjal való felváltásra. Ezért történik most Magyarországon. egy új büntetőeljárási törvény kidolgozása.

Tisztelt hallgatóság, a rendelkezésre álló időben, nagyvonalakban, nem különösebben részletezve, ennyit tudtam elmondani a magyar büntető törvényekről.

Végezetül, a témától eltérően, egész más területre térve, engedtessék meg pár szót mondanom, hisz Törökországban, Isztambulban vagyunk. Én pedig magyar, Szigetvár város szülötte vagyok, ott nőttem fel, a nemzetközi hírnevet kivívó középkori vár tövében.

Ez évben van 450. évfordulója az 1566-os ostromnak, ahol az oszmán seregek vívták a várat, Zrínyi Miklós várkapitány, és hős katonái több mint egy hónapig fenntartották az ostromlókat. Végül meg nem adva magukat, a lángokban álló várból, szeptember 7-én kirohanva és küzdve haltak kapitányukkal hősi halált. E nap hajnalán halt meg az ostromlók táborában, 46 évi uralkodás után, a török nemzet kiemelkedő szultánja, Kánun Szüleymán hán. A vár ugyan elesett, de az ostromló sereg is nagy veszteségeket szenvedett, és lényegében ekkor, és itt ért végett az oszmán birodalom nyugati terjeszkedése.

Történelmi regények írójaként, a szigetvári trilógiában írtam meg ezen időket, amelyet Erdal Salikoglu török nyelvre lefordított, és Istambulban megjelentek. Itt is látható belőlük kiállítva.

A három könyv témája:

Szigeth pajzsai című könyv, a várat ért ostromok megjelenítése. 1530-ban Török Bálint védte meg a várat Kászon bég és Nádasdy Tamás egyesített csapataival szemben. 1555-ben Kerecsényi László Tojgun budai beglerbég ellenében. 1556-ban Stancsis Horváth Márk Ali pasa csapatai ellen. A regény az 1566-os nagy ostrom eseményeivel zárul. Török fordítás címe: Zigetvar Kalkanlari.

Handzsár a tükörben című könyv témája, amit még senki nem írt meg, Szigetvár török végnapjai és felszabadulása 1683-tól 1689-el bezáróan, amikor a várat, egy és félévi ostromzár után, Hasszán bég a szabad elvonulás feltételeként átadta Gabriel Vecchi ezredesnek, a felszabadító Szent Liga seregének.

A könyv elmondja, miként éltek hazánkban a törökök, kiknek a nagyapjuk is már itt született. Milyenek voltak szokásaik, vallásuk. Emléket állít a győzőknek és a legyőzötteknek, a középkor viharaiban sok viszontagságot megért városnak, Szigetvárnak. Török fordítás címe: Aynadaki Hancer.

Szigeth fekete virágai című könyv a 450. évi ünnepségre íródott. Témája az 1566-os ostrom hősei, akik nemzetük virágai voltak, de létük végül gyászba fordult önfeláldozón a haza védelemében; a törököknél a hódítás vágya következtében. Magyar és török sorsok, a Párkák fonalai ugyan különböző színűek, de azonos a sodrásuk mindegyikük esetében.

A könyv a katonákról mesél, védőkről és ostromlókról; Zrínyiről és Szüleymán szultánról, miként élték meg a harcokat a kezdettől a végig az ágyúdörgések, rohamok, a drágaság, a járvány, a győzelem áhítozása közben. Kinek mi lett a sorsa, magának és választottjának. Török fordítás címe: Zigetvar'in Kara cicekleri.

Köszönöm figyelmüket.

A *Szigeth fekete virágai* című könyv dedikált példányát átadhattam a kongresszus megnyitásakor Recep Tayyip Erdoğan miniszterelnök úrnak, illetve előadásom után a törökre fordító Erdál Salikoglu által hozott könyveket, amíg a készlet tartott, dedikálhattam a kongresszus résztvevőinek.

RUSYA FEDERASYONU'NDA CEZA DAVALARINDA UZLAŞMA KURUMUNUN KULLANIMI

Petr Kondratov[*]

1. Bir kişinin işlediği bir suçtan dolayı ortaya çıkan cezai ve hukuki ilişkilerin içeriği incelenirken, ceza hukuku teorisi bunlardan iki unsuru vurgulamaktadır: Devletin suçlu kişiye cezai yaptırım uygulama hakkı, ve suçlunun kanunla öngörülen ve mahkemece verilen cezayı kabul etme yükümlülüğü. Bunu yaparken, Rus ceza ve hukuk bilimi, cezai ve hukuki ilişkilerde (kamuya açık olan), devlet ve suçlu olmak üzere iki taraf olduğunu ortaya koymaktadır.

Bir suçun doğrudan kurbanı (mağdur kişi) cezai ve hukuki ilişkilerin tarafı değildir. Bu durum Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi'nin özellikle 24 Nisan 2003 tarihli 7 - П numaralı kararında ifade edilen pozisyonunu belirlemiştir. Bu karara göre, devletin mağdur kişinin haklarının eski haline getirilmesini sağlama yükümlülüğü, mağdur kişiye hangi şahıs için kovuşturma yapılması gerektiğini ve ayrıca bu şahsa yüklenen cezai sorumluluğun sınırlarını belirleme hakkı vermez; cezai ve hukuki ilişkilerin kamusal niteliğinden dolayı, bu hak yalnızca yasama ve yürütme yetkilileri ile temsil edilen Devlete ait olabilir.

Bununla birlikte, Rus kanun yapma ve ulusal kanun yaptırım pratikleri, mağdur edilen kişiyi yalnızca "konuyla ilgili tanık" olarak kabul etmeyerek, bu tür ceza soruşturmalarında çıkarlarını korumak ve savunmak üzere mağdura oldukça geniş yetkiler vermiştir.

Bunun temelinde, Ceza Usulü Kanunu (Rusya Federasyonu Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 6. maddesi) bulunmaktadır ve bu kanun ceza soruşturmalarının amacının, suçun mağduru olan kişilerin ve kuruluşların haklarını ve yasal çıkarlarını savunmanın yanı sıra, kişinin hukuka aykırı ve dayanağı olmayan suçlamalardan, mahkumiyetlerden, hak ve özgürlük sınırlamalarından korunması olduğunu ortaya koyar.

Buna dayanarak, yargılama öncesi işlemler ve ceza davası sırasında mahkeme mağdur kişiye, suçlamanın yapıldığı kişiye uygulanan ön duruşma kısıtlamasını seçmek, değiştirmek ve iptal etmek ve usul zorunluluğunun diğer önlemlerini kullanmak da dâhil olmak üzere, davanın esası hakkındaki tüm konularda görüş bildirme, iddialar sunma ve haklarını ve çıkarlarını etkileyen iddia ve kararlara karşı itirazda bulunma hakkını vermektedir.

Mağdur kişiye ayrıca, basit bir soruşturma biçiminde (Rusya Federasyonu Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 32.1 sayılı Maddesi) veya özel bir adli işlem usulü ile (Rusya Federasyonu Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 40. maddesi), suçlama yapılan kişinin ifadelerine itiraz etme hakkı verilmiştir; ki bu itirazlar, onaylanmasının ardından, yalnızca davanın usule ilişkin düzenini değil, suçlunun sorumluluğu ve belirli bir ceza ölçütü hakkındaki mahkeme kararını da etkileyebilmektedir.

Sonuç olarak, 30 Mart 2015 tarih ve 62-FZ sayılı Federal Kanun uyarınca, mahkum edilen kişinin şartlı tahliye ile salıverildiği durumlarda istişare edilen konularda kendi görüşünü bildirmek ve bu görüşlerin davaya bakan mahkeme tarafından dikkate alınması da dahil olmak üzere, ceza infaz konuları tartışılırken, mağdur kişi mahkeme duruşmalarına katılabilmektedir.

Bunu yaparken, ceza yargılamasında mağdur, sadece özel usul konularının çözümünü etkileyebilen değil, aynı zamanda ceza davasının nasıl sona ereceğine (bir dereceye kadar) karar verebilen bir katılımcı olarak bulunur. Bu, ceza yargılama usulünde karşıtlık ilkesinin uygulama düzeyini belirleyen önemli bir faktördür.

[*] Hâkim.

2. Bir ceza kovuşturmasında kamu yararını ve özel yararı harmanlama fikri, suçlunun ve kişinin uzlaşmasına bağlı olarak cezai sorumluluktan kurtulma ve bir ceza davasının ve cezai kovuşturmanın sona ermesi durumunda daha eksiksiz şekilde uygulanmıştır.

Rusya Federasyonu Ceza Kanununun 76. maddesi uyarınca, ilk kez küçük ya da orta ağırlıkta bir suç (yani, kanunen 5 yıl hapis cezasıyla cezalandırılan bir suç) işleyen bir kişi, mağdurla uzlaşması ve sebep olduğu hasarı karşılaması halinde cezai sorumluluktan kurtulabilir. Rusya Federasyonu Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 25. maddesi uyarınca, tarafların mutabakatı sonucunda soruşturma organının başkanının rızası ile, mahkeme ve soruşturma organı bir ceza davasını kapatabilir veya bu, mağdur kişinin veya yasal temsilcisinin dilekçesine dayanarak savcının rızasıyla soruşturma memuru tarafından yapılır. Rusya Federasyonu Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 25. maddesi uyarınca, bir ceza davasının veya cezai kovuşturmanın sona ermesi, böyle bir karar verme yetkisine haiz otoritenin takdirine bağlı olarak yapılır; ancak Rusya Federasyonu Ceza Kanunu madde 115 bölüm 1, madde 116.1 ve madde 128.1 bölüm 1'de belirtilen, özel suçlar olarak sınıflandırılan ve yalnızca mağdur kişinin veya yasal temsilcisinin başvurusuyla işlem başlatılabilen suçlarla ilgili ceza davaları bu kapsama dahil değildir. Bu tür davalar, mağdur kişi sanıkla mutabakata vardığında ve her durumda, eğer yasa ile açıkça belirtilen gerekçeler, ilgili kararı verme yetkisine sahip makamın veya memurun takdir yetkisine bakılmaksızın yerine getirildiğinde, bu davalar kapatılabilir.

Adalet literatüründe, ceza hukukundaki uzlaşma kurumuna yönelik, suçla mücadelenin kamu yararına olduğu ve bu nedenle de belirli kişilerin iradesine dayanamayacağı yönünde çokça ifade bulunmaktadır. Ayrıca, mağdurla uzlaşmak suretiyle suçlunun yükümlülüklerinden kurtulması için yapılan çabanın, mağdurun farklı zorlama türlerine maruz kalmasına veya tersine, suçlunun mağdur tarafından şantaja maruz kalmasına yol açabileceği savunulmaktadır. Kuşkusuz, bu tür eylemlere maruz kalma tehlikesinin ortadan kaldırılması mümkün değildir; ancak bu, bir cezai ve hukuki çatışmanın üst düzey cezai ve yasal yollara başvurmaksızın çözümüne bir engel oluşturmamalıdır. İfadeyi alan görevli, soruşturma görevlisi, savcı, mahkeme tarafından uzlaşmanın koşullarına uyulup uyulmadığına dair kontrol süreci ve bunun yanında haklarını kötüye kullananlara verilen cezalar (özellikle Rusya Federasyonu Ceza Kanununun 309. maddesi tarafından öngörülenler) - bu iki önlem - bu alandaki ihlalleri önlemelidir.

2. Uzlaşma nedeniyle cezai sorumluluğun kaldırılması ve bir ceza davasının ve cezai takibatın durdurulması, yalnızca bir kişinin ya da tüzel varlığın ceza davasında mağdur edilen kişi olarak tespit edilmesi halinde geçerlidir. Genel olarak, zararın bir şirkete (örneğin, pornografi dağıtımı), devlete (bir devlet sırrının açıklanması veya rüşvetin ödenmesi veya alınması) veya hükümet yetkililerine verilmesi durumunda mutabakat söz konusu değildir. Yine de mevcut yasalar, bir suçun iki nesneye, kamu (devlet veya genel kamu) çıkarlarına ve özel çıkarlara zarar vermesi halinde, örneğin, Mahkeme katılımcılarının hakareti ile ifade edilen mahkemeye saygısızlık, cezai kovuşturmayı sona erdirme imkânını ortadan kaldırmaz (Rusya Federasyonu Ceza Kanununun 297. maddesi).

Bu gibi durumlarda, sadece özel çıkarlar (belirli bir şahsın onuru ve haysiyeti) değil, kamu çıkarları (adalet otoritesi) da aynı derecede etkilenmektedir ve buna benzer durumlarda, Rusya Federasyonu'nun Ceza Usul Kanunu'nun 25 numaralı maddesinde belirtilen gerekçelere dayalı olarak ceza davalarının (ceza soruşturmalarının) sonlandırılmasına izin vermenin uygun olduğu ve suçun minimize edilmesine fayda sağlayacağı görülmektedir.

Bununla birlikte, birden fazla mağdur olması ve suçlunun hepsiyle uzlaşması halinde, suçlunun yükümlülüğünü kaldırmak imkansızdır. Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Genel Kurulu, "Cezai Yükümlülüğün Kaldırılmasında Mahkemelerin Gerekçeleri ve Usulleri

Düzenleyen Kanunları Kullanımı Hakkındaki 27 Haziran 2013 tarihli 19 No'lu Kararında" aynı temeli kabul etmektedir.

Bunun arkasındaki mantık şu şekildedir: devlet, daha değerli gördüğü diğer genel veya özel çıkarlar adına kamu menfaatlerini feda edebilir, ancak diğer özel kişilerin çıkarlarını tatmin etmek için özel kişileri (vatandaşları) koruma hakkından mahrum bırakmamalıdır.

3. Cezaya ve usule ilişkin kanunların gerçek anlamında, küçük veya orta şiddette bir suç işleyen failin cezai yükümlülüğünün kaldırılması için, sadece suçtan doğrudan zarar gören bir kişi (veya işletme) teklifte bulunabilir. Bununla birlikte kanun, ölmüş mağdurun yakın akrabalarına bu hakkı verme ihtimalini açıkça ortadan kaldırmaz. Rusya Federasyonu Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 318. maddesinin 2. bölümünün hükümleri, ölenin bir yakın akrabasına özel bir dava açma hakkını dolaylı olarak vermektedir.

4. Bir kişinin cezai yükümlülüğünün kaldırılması ve hakkındaki ceza davasının, cezai kovuşturmanın kapatılması için gerekli şartlardan biri de, mağdura verilen zarar için tazminat uygulanmasıdır. Kanun uygulama usulünde sıklıkla şu soru ortaya çıkmaktadır: verilen zararı (mülkiyet hasarını telafi etmek, suçun sonuçlarını gidermek, manevi hasarı telafi etmek ve özür dilemek) kim tazmin edecektir - failin kendisi, yakın akrabaları veya başka birisi. Uzlaştırmanın amacının sadece suçlu kişinin pişman olmasını sağlamak değil, aynı zamanda suçtan zarar gören hukuki ilişkileri (özellikle mağdurun haklarını ve yasal çıkarlarını) düzeltmek olduğu göz önüne alındığında, kanun uygulama usulü, tazminatı herhangi bir kişinin ödeyebileceğini öngörmektedir; asıl nokta, bu tazminatın neden olduğu zarara eşit olması ve mağdur kişiyi tatmin etmesi gerektiğidir. Muhtemelen bu kuralın tek istisnası, bu tazminatın mağdur kişiden özür dilemekten ibaret olduğu durumdur ve böyle bir durumda bunu suçlunun teklif etmesi gerekir.

5. Cezai işlemlerde uzlaşma, hem suçlu hem de mağdur açısından, cezai ve yasal bir uyuşmazlığın her bir tarafının bazı ödünler verdiği bir tür uyuşmadır. Bu bağlamda şu soru ilgi çekmektedir: suçlunun suçunu kabul etme ve pişman olma yükümlülüğü, bu imtiyazların bir parçası mıdır? Sırf suçlu suçunu kabul etmediği için uzlaşmayı reddeden mağdurun konumuna yapacağı etki bakımından, böyle bir durumun özel önemi olabileceği varsayılmaktadır. Bununla birlikte bu, duruşma öncesinde soruşturma makamı veya mahkemenin, uzlaşmanın (şüpheli, sanık ve mağdur arasındaki) bir ceza davasının feshi ve suçlunun yükümlülüğünün kaldırılması için makul bir zemin teşkil edeceğine karar vermesi için teknik bir engel oluşturmaz.

6. Cezai işlemlerde uzlaşma kurumunun etkili bir şekilde kullanılmasının önemli bir şartı, onun nasıl kullanacağı konusunda açıkça tanımlanmış bir prosedür olmasıdır. Uygulama özellikle göstermektedir ki, hem suçlu hem de mağdur, bir ceza davasını (cezai kovuşturmayı) uzlaşma gerekçesiyle sona erdirmek için yasal imkanlar olduğunu bilmemektedir ve uzlaşmaya ve sebep olunan zararın tazmin edilmesine yönelik tüm önerilerin, kanunu engelleme ve yükümlülüğü kaldırma girişimleri olduğunu düşünmektedir. Bunu göz önünde bulundurduğumuzda görünüyor ki, Rusya Federasyonu Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 319. maddesinin 5. Bölümünde belirtilen, özel ceza davalarının taraflarına, bu tür bir uzlaşmanın gerekçelerini, koşullarını ve usul formalitelerini belirterek, uzlaşma imkanları olduğunu açıklama ve şüpheliden, suçludan ve mağdurdan uzlaşma imkânı konusundaki görüşlerini sunmalarını isteme yükümlülüğünün, küçük veya orta şiddetteki tüm ceza davalarına uygulanması gerekmektedir. Bununla birlikte, mevcut yasalarda bu konuyla ilgili talimatların bulunmaması yasa uygulayan kişilerin bu şekilde davranmasını engellemez.

7. Rusya Federasyonu Ceza Kanununun 76. maddesi uyarınca, ilk kez küçük ya da orta şiddette suç işleyen bir kişinin, mağdurla uzlaşma sağlaması ve sebep olduğu zararı karşılaması

halinde, cezai yükümlülüğü kaldırılabilir. Benzer şekilde, Rusya Federasyonu Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 25. maddesi uyarınca, bu maddedeki gerekçelerin mevcut olması kaydıyla, suçlunun mağdurla uzlaşma sağlaması ve sebep olduğu zararı karşılaması halinde, mahkeme ve soruşturma görevlisi (soruşturma bölümü başkanının onayı ile) veya İfadeyi alan görevli (savcının onayı ile) bir ceza davası dosyasını kapatabilir.

Belirtilen yasal hükümlerin bu şekilde revize edilmesi, uygulayıcıların bu hükümleri, kararın (tamamen veya kısmen) cezai yükümlülüğün kaldırılmasına ve bir ceza davasının (cezai kovuşturmanın) kapatılmasına dayandığı şeklinde yorumlamalarını sağlamaktadır.

Bununla birlikte, bu yorum yakın bir tarihte şu şekilde düzenlenmiştir; kişinin, örneğin, bu uzlaşmanın zor kullanılarak yapılması ya da bir sahtekarlığa dayanması ya da suçlunun sebep olduğu zarar için tazminat ödememesi gibi belirli koşulları ortaya koyduğu durumlar hariç, mağdurun suçlu ile uzlaşma konusunda bir harekette bulunması ve suçlunun sebep olduğu zararı karşılaması halinde, ceza davası genellikle sona erecektir. Başka bir deyişle, mahkeme, soruşturma görevlisi veya sorgulama görevlisi, sadece ve sadece uzlaşma gerçeği hakkında makul şüpheler olması durumunda uzlaşma kurumunu reddedebilir.

USE OF RECONCILIATION INSTITUTE IN CRIMINAL PROCEEDINGS IN THE RUSSIAN FEDERATION

*Petr Kondratov**

1. Analyzing the content of criminal and legal relations that arise out of a crime committed by a person, the theory of criminal law emphasizes two elements in them: the state's right to apply a criminal penalty to the guilty person, and the guilty person's obligation to accept the penalty prescribed by the law and established by the court. In doing so, Russian criminal and law science discerns two parties in criminal and legal relations (which are of public nature): the state and the criminal.

The direct victim of a crime (the aggrieved person) is not a party to criminal and legal relations, which determined the position of the Constitutional Court of the Russian Federation expressed, in particular, in Decree No. 7-П as of April 24, 2003, according to which the state's obligation to ensure that the aggrieved person's rights are restored does not involve vesting the aggrieved person with the right to predetermine the necessity to prosecute this or that person, as well as the limits of criminal liability placed upon this person; this right, by virtue of the public nature of criminal and legal relations, can only belong to the state represented by the legislative and law enforcement authorities.

However the Russian law maker and national law enforcement practice did not acknowledge the aggrieved person to be only an "interested witness", by giving him/her rather ample powers to protect and defend his/her interests in such criminal proceedings.

The basis for that is the criminal procedure law (Article 6 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation) that establishes that the purpose of criminal proceedings is to defend the rights and legal interests of persons and organizations that are the victims of crimes, as well as the protection of the person from unlawful and unsubstantiated accusations, convictions, limitations of his/her rights and freedoms.

On the basis thereof, in the course of pre-trial proceedings and criminal trial, the court grants the aggrieved person the right to express his/her opinion on all matters regarding the merits of the case, to present motions and to appeal against actions and decisions that affect his/her rights and interests, including on selecting, changing, cancelling a pre-trial restriction applied to the accused person, on using other measures of procedural compulsion.

The aggrieved person is also entitled to file objections with regard to accused person's motions on a simplified form of inquiry (Article 32.1 of the Criminal Procedural Code of the Russian Federation) or on using a special procedure of judicial proceedings (Article 40 of the Criminal Procedural Code of the Russian Federation), being approved, which can affect not only the procedural order of the case, but the court decision on the guilty person's liability and a specific measure of punishment as well.

Finally, pursuant to Federal Law No. 62-FZ as of March 30, 2015, the aggrieved person can participate in court hearings when sentence execution matters are discussed, including when the convicted person is released on parole, expressing his/her opinion on matters discussed with this opinion being taken into account by the court handling the case.

---

* Judge.

In doing so, the aggrieved person presents himself/herself in criminal proceedings as a participant who can influence not only the settlement of private procedural issues, but who can (to some extent) mete out how the criminal case will end. And this is an important factor that stipulates the implementation level of the principle of controversy in criminal proceedings.

2. The idea of blending a public interest and a private interest in a criminal prosecution was more fully implemented in the institute of relief from criminal liability and termination of a criminal case and criminal prosecution due to the fact that the guilty person and the aggrieved person reconciled.

Pursuant to Article 76 of the Criminal Code of the Russian Federation, a person who commits a crime of little or average gravity for the first time (i.e. a crime that is punishable by law for a period of 5 years of imprisonment), can be relieved from criminal liability if the guilty person reconciled with the aggrieved person and effected restitution for the harm caused. Pursuant to Article 25 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation, the court and investigating officer terminate a criminal case in connection with the parties' reconciliation with consent of the head of the investigative agency or it is performed by the interrogating officer with consent of the prosecutor on the basis of the motion of the aggrieved person or its legal representative. Pursuant to Article 25 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation, termination of a criminal case, criminal prosecution is performed at the discretion of the authority authorized to make such a decision, except for criminal cases on the crimes specified in Part 1 of Article 115, Article 116.1 and Part 1 of Article 128.1 of the Criminal Code of the Russian Federation, which are classified as private charges and can be initiated only upon the aggrieved person's application or its legal representative. These cases are subject to termination if the aggrieved person reconciled with the accused person, in any case, if the grounds expressly specified in the law are established regardless of the discretion of the authority or official authorized to make a relevant proceeding decision.

There are frequent statements in the judicial literature against the reconciliation institute in criminal law which are substantiated by the fact that the fight against crime is of public interest and, therefore, cannot depend on the will of private persons. Moreover, it is argued that the endeavor to relieve the guilty person from liability by reconciliation with the aggrieved person can lead to the aggrieved person being exposed to different types of coercion or, vice versa, to the guilty person being exposed to blackmail and extortion by the aggrieved person. Certainly, it is impossible to eliminate the danger of such exposures, but it must not serve as an obstacle to solving a criminal and legal conflict without resorting to ultimate criminal and legal means. A check on compliance with the conditions of reconciliation performed by the interrogating officer, investigating officer, prosecutor, court, as well as application of penalties (in particular, the ones prescribed by Article 309 of the Criminal Code of the Russian Federation) to the persons who abuse their rights – these two actions should prevent abuses in this field.

2. The institute of relief from criminal liability and termination of a criminal case and criminal proceedings due to reconciliation is applied only in cases when an individual or legal entity is identified as the aggrieved person on a criminal case. If harm is caused to a company in general (for instance, pornography distribution), to the state (a state secret is revealed, or a bribe is paid or received) or to the governmental authorities, then reconciliation is out of the question. Nevertheless, the existing laws do not rule out the possibility of terminating a criminal prosecution in cases when a crime causes harm to two objects: public (state or general public) interests and private interest, which, for instance, can be seen in contempt of court that finds expression in the insult of the trial participants (Article 297 of the Criminal Code of the Russian Federation).

Although in such cases not only the private interest (honor and dignity of a specific person)

is affected, but so is the public interest as well (authority of justice), and it appears to be expedient and in the interests of minimizing criminal repression to allow terminating criminal cases (criminal prosecution) in such situations on the grounds prescribed by Article 25 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation.

However, in cases when there are several aggrieved persons, but the guilty person reconciled with all of them, it is impossible to relieve the guilty person from liability. The Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation takes the same stand in its Resolution No. 19 as of June 27, 2013 "On Courts' Use of Laws Regulating Grounds and Procedure of Relief from Criminal Liability".

The logic behind that is as follows: the state can sacrifice some public interests in the name of other general or private interests that it regards to be more valuable, but it should not deprive private persons (its citizens) of protection because of the endeavor to satisfy the interests of other private persons.

3. In a literal sense of the criminal and criminal and procedural laws, only a person (or organization) that directly suffered from a crime can lodge a motion to have the perpetrator who committed a crime of little or average gravity relieved from criminal liability. However, the law does not expressly eliminate the possibility of granting such rights to close relatives of the deceased aggrieved person. It is implicitly seen from the provisions of Part 2 of Article 318 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation that give a close relative of the deceased the right to institute a private charge case.

4. One of the conditions of relieving a person from criminal liability and termination of a criminal case, criminal prosecution against him/her, is to effect restitution to the aggrieved person for the harm caused. In law enforcement practice, it frequently poses the following question: who should effect restitution (compensate for property damage, eliminate crime consequences, compensate for moral damage, and offer an apology) for the harm caused – the perpetrator himself/herself, his/her close relatives or another person. Taking into account that the purpose of reconciliation is not only in the guilty person's repentance, but it is also aimed at restoring legal relations (in particular, the rights and legal interests of the aggrieved person) damaged by the crime, law enforcement practice presumes that any person can effect restitution; the main point is that this restitution should be equal to the harm caused and should satisfy the aggrieved person. Probably the only exception from this rule is a situation when this restitution is an apology to the aggrieved person, and in such a case it is the guilty person who should offer it.

5. Reconciliation in criminal proceedings is a kind of compromise for both the guilty person and the aggrieved person, where each party of a criminal and legal conflict makes certain concessions. In this regard, the following question is of special interest: is the guilty person's obligation to acknowledge his/her guilt and repent, part of such concessions? It is presumed that such a circumstance can be of certain significance only from the point of view of its impact upon the position of the aggrieved person who can refuse to reconcile for no other reason than the fact that the guilty person did not acknowledge his/her guilt. However it cannot constitute a technical obstacle for the pre-trial investigation authority or court to adjudge that reconciliation (reached between the suspected person, the accused person and the aggrieved person) will constitute a reasonable ground for terminating a criminal case and relieving the guilty person from criminal liability.

6. An important condition of effective use of the reconciliation institute in criminal proceedings is a clearly defined procedure of how to use it. In particular, practice shows that both

accused persons and aggrieved persons are unaware of their legal opportunity to lodge a motion to terminate a criminal case (criminal prosecution) on the grounds of reconciliation, and all proposals to reconcile and effect restitution for the harm caused they regard as attempts to avoid the law and escape responsibility. With that in mind, it appears to be necessary to apply to all criminal cases of little or average gravity the provisions of Part 5 of Article 319 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation on the obligation to explain to the parties to private charge cases that they have an opportunity to reconcile, specifying the grounds, conditions and procedural formalities of such reconciliation, to ask the suspected person, the accused person and the aggrieved person to provide their opinion on this possibility to reconcile. However, the absence of relevant instructions with this regard in the existing laws does not prevent the law enforcer from acting this way.

7. Pursuant to Article 76 of the Criminal Code of the Russian Federation, a person who commits a crime of little or average gravity for the first time can be relieved from criminal liability if the guilty person reconciled with the aggrieved person and effected restitution for the harm caused. Similarly, pursuant to Article 25 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation, the court and investigating officer (with consent of the head of the investigative agency) or the interrogating officer (with consent of the prosecutor) can terminate a criminal case if the guilty person reconciled with the aggrieved person and effected restitution for the harm caused, provided that the grounds specified in this Article exist.

This revision of the specified statutory provisions allows practitioners to interpret them as resting the decision (in whole or in part) on relieving from criminal liability and terminating a criminal case (criminal prosecution) with the law enforcer.

However, this interpretation has recently undergone adjustments, in accordance with which if the aggrieved person lodges a motion on reconciliation that was reached with the guilty person and if the latter effected restitution for the harm caused, a criminal case is usually subject to termination, except for cases when one establishes specific circumstances evidencing, for instance, that this reconciliation was forced or based upon a fraud or the guilty person did not actually effect restitution for the harm caused. In other words, the court, investigating officer or interrogating officer can refuse to apply the reconciliation institute if there are reasonable doubts about the fact of reconciliation, but for no other reason.

ULUSLARARASI İSTANBUL HUKUK KONGRESİ
INTERNATIONAL İSTANBUL LAW CONGRESS
17-19 EKİM 2016
17-19 OCTOBER 2016

ÜÇÜNCÜ GÜN
THIRD DAY

ŞİMAL SALONU
ŞİMAL HALL

Sosyal Medya, Hukuki ve Cezai Sorumluluk
Social Media, Civil and Criminal Responsibility

SOSYAL MEDYA KULLANIMI (DAHA FAZLA) DÜZENLEME ALTINA ALINABİLİR Mİ VEYA ALINMALI MI? ALMANYA'DAKİ MEVCUT DURUM

Brigitte Koppenhöfer[*]

Giriş

Öncelikle kendimi tanıtmak isterim:

Benim adım Brigitte Koppenhöfer; Düsseldorf, Almanya'daki bir Bölge mahkemesinde baş hâkim olarak çalıştım. Şimdi de Witten-Herdecke'deki bir üniversitede hukuk bölümünde öğretim üyesi olarak çalışmaktayım.

Son üç yıl boyunca Türkiye'deki kitle iletişim medyası ile adli organlar arasındaki ilişkiyi güçlendirmeyi amaçlayan bir projede Avrupa Birliği Uzmanı olarak görev yaptım. Adalet Bakanlığı Strateji Dairesi'ndeki Türk meslektaşlarımız ve Ankara, Adana, Diyarbakır, İstanbul ve İzmir'deki mahkemelerdeki meslektaşlarımızla, mahkemeler içerisinde medya ofisleri oluşturduk. Ayrıca bazı üniversitelerde ve burada İstanbul'da, bazı konuşmacı ve öğrencilere eğitimler verdik. Müfredatlar hazırladık ve geleceğe yönelik bir strateji planının taslağını hazırladık. Ayrıca farklı medya oluşumlarından gelen gazetecilerle de birlikte çalıştık. Türkiye'deki hâkim ve savcılarla kurmuş olduğumuz verimli ve dostane işbirliği neticesinde burada bazı arkadaşlarım oldu.

Sosyal Medya ve Adli Yetkililer

Hepiniz Facebook, twitter, WhatsApp, LinkedIn, Xing, Instagram vs. hakkında bilgi sahibisiniz. Fakat yalnızca bir nefret mesajının veyahut bir hakaret fırtınasının hedefi olduğunuz zaman bunun etkisinin ne olduğunu anlayabilirsiniz. İşte belki de bu yüzden birçok tüketici politikalarla, yani kanunlarla korunmak istiyor.

Diğer taraftan, hepimiz kanun tarafından kısıtlanmamak ve hatta kontrol edilmemek istiyoruz. İnternetteyken bizler tüketici, kullanıcı, müşteri, tasarımcı, şekil verici, kontak kişiler, arkadaşlar, emsaller, meslektaşlar, dostlar, takipçiler ve hatta korunmak ve barınmak için güvenmek zorunda olan vatandaşlarız. Saklanmak mı? Korunmak mı? Kim tarafından? Ne ile? Sağlayıcılarla mı? Kanunla mı?

Peki ya ifade özgürlüğümüz? Her istediğimizi yazıp yayımlayabilir miyiz? Peki ya takipçilerimizin ve arkadaşlarımızın ifade özgürlükleri? İyi tanınan veya tanınmayan blog yazarlarının özgürlükleri? Hakaretleri ve diğer aşağılamaları sineye çekmek zorunda mıyız? Sözlü hakaretler bir mesaj mı yoksa iletişimin tolere edilmiş bir formu mu?

Buradaki ana esas, ifade ve bilgi özgürlüğü hakkının bütün medyada (yani aynı zamanda sosyal medyada da) korunması ve korunmak zorunda olması şeklinde olmalı.

İkinci konu da gizliliğin korunması.

Bu iki Kutup arasında bir denge aramak zorundayız.

Şimdi de Almanya'daki özel koşullara bir göz atalım.

---

[*] Hâkim, Witten-Herdecke Üniversitesinde Hukuk Öğretim Üyesi.

Kanunlar ve Adli Yetkililer

Verilerin korunması konusunda eski bir geleneğe sahip olduğumuzdan dolayı gurur duyuyoruz. Verilerin korunması hususu, Temel Kanunumuzun (Grundgesetz) 1 ve 2 numaralı maddelerine göre insanın saygınlığı ve kişiliğinin garantileri temelinde anayasal boyutlara sahiptir.

Avrupa Birliği Direktiflerine uygun olarak elektronik bilgi ve iletişime ilişkin özel gizlilik koşulları ve temel kanun olarak Federal Veri Koruma Kanunu mevcuttur. Almanya genellikle, özel olarak buna izin verilmediği sürece, kişisel verilerin toplanmasını ve kullanılmasını yasaklamaktadır.

Anayasa Mahkememiz, yalnızca yasalarca veya müsaadeyle yetki verildiği durumlarda, kişisel verilerin işlenmesine izin veren, bilgiye ilişkin öz tespit hakkı sağlamaktadır. Örneğin 1983 yılında mahkeme (Census kararı) her bir bireyin "gayri resmi öz tespit" hakkının olduğuna karar vermiştir. Bu karar ile, veriye konu olan kişi izin vermedikçe veya özel bir yetki verilmedikçe, kişisel verilerin işlenmesi yasaklanmaktadır. Bu temel karar gayri resmi öz tespit hakkını, insanın saygınlığının ve kişiliğinin bir garantisi olarak ortaya koymuştur. Mahkeme yalnızca kamu menfaatinin egemen olduğu durumlarda istisnalara izin vermektedir. Bilinmeyen gelecekte kullanılmak üzere veriler saklanamaz.

Bizim yasal çerçevemiz içerisinde Tele Medya Kanunu, Telekomünikasyon Kanunu, Devlet Basın Kanunu, Sosyal Güvenlik Kanunları ve son olmasa da Ceza Kanunu gibi, elektronik bilgi ve komünikasyon hizmetlerini düzenlemeye sokan birçok kanun mevcuttur.

Sosyal medyayı kullanan birçok kullanıcı, Alman yasalarına göre, fotoğrafını yayınlamasını kabul etmeyen kişilerin fotoğraflarını yayınlama haklarının olmadığından bihaber durumda. Bu bir telif hakkı ihlali teşkil eder. İstisna olarak ise, eğer bu kişi çok önemli kamuya mal olmuş bir kişi ise - tarihsel boyutu olan bir kişi ise, - bu kişi kamusal toplantı (gösteriler) fotoğraflarında veya bir manzara fotoğrafında önemsiz bir detay ise, bu kişi kendisini kamuya açık hale getirmişse veya sanat söz konusu ise, istisnalar söz konusudur. Bu sebepten bu sunumumda Google fotoğrafları kullanamıyorum.

Verilerin Düzeltilmesi, Silinmesi ve Engellenmesi, İtiraz Hakları

Verinin konusu olan kişi bu verileri kontrol eden kişi ya da kurumlardan kişisel verilerini düzeltmesini, silmesini veya engellemesini isteyebilir.

Verileri kontrol eden kişi veya kurum, eğer verinin konusu olan kişi itiraz ederse ve bu kişinin meşru menfaatleri, bu verilerin toplanması, işlenmesi ve kullanılması sürecinde verileri kontrol eden kişi ya da kurumun menfaatlerine kıyasla ağır basarsa, derhal bu verileri toplamayı, işlemeyi ve kullanmayı bırakmalıdır.

Eğer verinin konusu olan kişi reklam veya pazar/görüş Araştırması için verilerinin kullanımına veya işlenmesine itiraz ederse, verileri kontrol eden tarafın menfaatlerine bakılmaksızın, bu veriler kullanılamaz.

Tazminat

Eğer verileri kontrol eden kişi ya da kurum, veri koruma yönetmeliklerini ihlal edecek şekilde bir kişinin kişisel verilerini toplamak, işlemek veya kullanmak yoluyla verilere konu olan kişiye bir zarar verirse, oluşan zararlardan dolayı verinin konusu olan kişiyi tazmin etmelidir. Alman yasaları kapsamında cezai tazminat söz konusu değildir.

Tazminat talep etme hakkı aynı zamanda, bu kişisel veriler otomatik olmayan prosedürler veya dosya sistemleri ile saklanırsa da geçerlidir. Eğer veriyi kontrol eden kişi ya da kurum o özel vakanın koşullarına göre makul bir özen göstermişse bu yükümlülük geçerli olmayacaktır.

Veri Ajansları

Federal Almanya Cumhuriyeti yalnızca il olmayıp, kendi bağımsız haklarına ve hukuki sorumluluklarına sahip olan 16 eyaletten oluşan bir federasyondur. Devletin bu üstün gücü federal yönetimler ve eyalet yönetimleri arasında bölünmüştür. Federal yönetim sistemi aynı zamanda verilerin korunmasının denetimini de etkilemektedir. Almanya'da, veri koruma yasa ve yönetmeliklerine uyulmasını sağlamaktan sorumlu olan çok sayıda farklı organ mevcuttur.

Özel sektörde veri koruma denetimi eyaletlerin sorumluluğu altındadır. Ancak bir tane istisna bulunmaktadır: telekomünikasyon ve posta hizmetleri şirketleri. Bu şirketler federal yönetim tarafından takip edilmekte olup, federal yönetim bu görevi Federal Veri Koruma Komiserine vermiştir.

Birçok eyalette denetim işlemi Veri Koruma Komiserleri tarafından uygulanmaktadır. Bir ticari işletme şirketin merkezinin bulunduğu ilçede yargı yetkisi bulunan organ tarafından denetlenmektedir.

Veri Koruma Ajanslarının temel rolü, kamu sektöründe ve ayrıca özel sektörde veri koruma süreçlerinin genel kontrolünden sorumlu olmaktır. Bu ajanslar arama motorları ile internet kullanıcılarının takip edilmesi için standart tavsiyelerinde bulunmaktadırlar.

Kanun Uygulama

Gizliliğin korunması söz konusu olduğunda bahsedilmesi gereken özel bir konu da kanun uygulama konusudur. Sosyal ağların polis memurlarına suçları çözmek için yeni ortamlar ve araçlar verdiği görülmektedir. Çok sayıda kişi online ortamlarda bu kadar çok yer aldığından dolayı, soruşturmacılar suçlar hakkında yeni ipuçları ve fikirler elde edebilmektedir. Gerçek şu ki, Facebook da buna yardımcı olmaktadır; fakat keskin sınırlar söz konusudur. Dedektifler Myspace ve YouTube gibi sitelerde yayınlanan videolardan veya fotoğraflardan veriler toplayabilmektedir. Fakat yukarıda bahsetmiş olduğum bütün kontrol önlemleri ve kısıtlamalar bu bağlamda da geçerlidir.

An itibariyle Almanya, terörizmle mücadele kapsamında güvenlik kanunlarını sertleştirmektedir. Ağustos ayında İçişleri Bakanımız bazı önerilerde bulunmuştur. Bu çerçevede eğer mülteciler yanlarında geçerli bir pasaport veya başka bir kimlik kartı taşımıyorlarsa, bu mültecilerin sosyal medya hesaplarının araştırılması için resmi organlara izin verilecektir. Bakan uluslararası koruma talep eden insanların çoğu zaman kimlikleri olmadığını, fakat çoğu zaman akıllı telefon taşıdıklarını belirtmiştir. Bu cihazlar mülteciler için kritik öneme sahiptir. Benzer mobil cihaz planları hali hazırda Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda'da kullanılmaktadır. Bu önerinin ne zaman kanun haline geleceğinden emin değilim, nitekim sadece muhalefet değil; aynı zamanda iktidarın içinden bazıları da bu görüşe katılmıyor.

İfade Özgürlüğü ve Sınırları

Federal Almanya Cumhuriyeti'nin Temel Kanunu, anayasamız, sansürün olmadığını ve ifade özgürlüğünün yasalarla sınırlandırılamayacağını belirtir. Fakat ifade özgürlüğünden bahsettiğimiz zaman genellikle sınırlardan bahsederiz.

Bu sınırlar başkalarının temel haklarının ihlali ile başlar.

İfade ve basın (online veya basılı) özgürlüğünü sınırlayan en önemli düzenlemeler Ceza Kanunumuzda bulunabilir.

Hakaret 185 numaralı bölüm kapsamında cezaya tabiidir; fakat sanat, temel kanunumuzda özellikle korunmaktadır. 186 ve 187 numaralı bölümler kapsamında kötü niyetli dedikodu ve

bir kişinin itibarının zedelenmesi cezaya tabiidir. Eğer bilgiler doğruysa ve ispatlanabilirse, bazı gerçekler hakkında bir şeyler söylenmesine (kişisel muhakemenin tersine) izin verilmektedir. Zaten gazeteciler, meşru menfaatler haklı gerekçe gösterdiğinden dolayı, belli koşullar altında, kanıt olmaksızın soruşturma yapmakta özgürdür.

Eğer nüfusun belli kesimlerine karşı ve kamuoyunun huzurunu rahatsız edebilecek bir şekilde yapılırsa, nefret söylemleri cezaya tabi olabilir. Yasaklanmış siyasi partilerin desteklenmesi veya bu partilere üye olunması yahut Anayasaya aykırı örgütlerin sembollerinin kullanılması yasaktır. Sahte şüphe yaratma, suçun övülmesi ve onaylanması gibi yasaklanmış daha başka faaliyetler de söz konusudur.

Ceza normal olarak para cezasıdır veya 18 yaşından küçükler için sosyal hizmetlerde çalışma cezasıdır.

Geçen ay Duesseldorf'ta 17 yaşındaki bir kızın bir öğrenci ağında öğretmenine "engelli şerefsiz" şeklinde hakarette bulunduğu bir davayı hatırlıyorum. Bu kişi hakkında soruşturma açıldı ve birkaç saat sosyal hizmetler kapsamında çalışmak zorunda kaldı.

Ancak kullanıcının öğretmenler, profesörler, doktorlar, oteller, üniversiteler ve hatta hakimler ve savcılar gibi kişileri değerlendirmesine izin veren online portalların kullanımında bir belirsizlik söz konusudur. Değerlendirme nötr, objektif ve nitelikli olduğu zaman, yöntem şeffaf olduğu zaman, veriler doğru olduğu zaman ve içerisinde hakaret yahut yanlış materyaller olmadığı zaman, bunlara izin verilmektedir.

Aynı zamanda sağlayıcının sorumlu olup olmadığı ve ne kadar sorumlu olduğu hususu da çelişkilidir. Federal Mahkememiz, bir sağlayıcının sorumluluk taşıyıp taşımadığını ve bu sağlayıcının bu içeriği silmek zorunda bırakılıp bırakılamayacağını görmek üzere "uyar ve kaldır" prosedürü adı verilen prosedürü takip etmektedir. Bu Prosedür, içeriğin yasadışı olduğuna yönelik mahkemeden gelen emirlere cevap olarak online hostlar tarafından işletilen bir süreçtir. Uyar ve kaldır süreci, telif hakkının ihlali ile ilgili olarak işletilmektedir. Fakat bu bağlamda, yalnızca Almanya'da değil, birçok yerde ucu açık çok sayıda soru bulunmaktadır.

İfade Özgürlüğü Hakkı ile Gizlilik Hakkı Arasındaki Dengeyi Nasıl Bulacağız?

Almanya'daki birçok davada olduğu gibi - sanırım Türkiye'de de öyle davalar vardır - birçok husus hâkimlerin yorumu ile ilgili ve birbiriyle çelişen hakların dengelenmesi ile ilgilidir. Katı kurallar veya talimatlar mevcut değildir. Her hakim bu iki temel hak arasındaki dengeyi bulmak zorundadır. Ve bu hakim bu işlemi her gün tekrar yapmak zorundadır. Hayat değişiyor ve temel özgürlüklerle olan bağlantı kaybedilmeden kararların da değişmesi gerekiyor.

İfade özgürlüğü hakkı ile bu hak arasındaki uyuşmazlığı ölçerken, bilgi konusunda öz-tespit hakkını sınırlandırabilecek olan düzinelerce vaka söz konusudur.

Bunu gerçek bir dava ile göstermeme izin verin:

Bu dava ifade özgürlüğü ile gizliliğin korunması arasındaki potansiyel çatışmayı ve Almanya'daki mahkemelerin nasıl karar verdiğini göstermektedir: bir Alman kadın, kızıyla bir Arap adamın fotoğraflarını yayınlamıştır. Bu adamın, kadının kızının babası olduğunu iddia etmiştir. Adam bu durumdan rahatsız olmuş ve dava açmıştır. Adam davayı kazanmıştır. Mahkeme bu adamın kendine ait veriler ile ilgili olarak öz tespit hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Kadının, bu mümkün olsa bile, adamın kendi kızının babası olduğunu iddia etmesine izin verilmemiştir. Ayrıca kadının adamın fotoğraflarını yayınlamasına da izin verilmemiştir, nitekim adam tarihte çok ön plana çıkan bir kişi değildir. Herhangi bir kanıt olmadığından dolayı bu adamın kızın babası olup olmadığı kesin olmasa da, kadın fotoğrafları silmek zorunda kalmıştır ve bu ifadesini tekrar

etmesine izin verilmemiştir. Bu iddiada herhangi bir kamu menfaati bulunmamaktadır, dolayısıyla adamın gizliliğinin korunması annenin ifade özgürlüğünden daha önemlidir. Ayrıca kadına tazminat ödeme cezası verilmiştir. Karar kesinleşmiştir (AG München 161 C31397/15).

Ulusal ve Uluslararası Kanunlar Arasındaki Uyuşmazlıklar

İnternet şirketleri dünya çapında faaliyet göstermektedir ve sosyal medya sınır tanımaz. Küresel oyunculara karşı kanun uygulamamız zor, ancak elimizden geleni yapıyoruz.

Bununla birlikte Google, Facebook ve diğerleri halen Alman yasalarını ihlal etmektedir. Davalar halen devam etmektedir.

Bazı davalarda uluslararası koşulların Alman yasalarını ihlal ettiğini düşünüyoruz. Eğer cep telefonu kullanıcısı giriş yaparsa "Facebook yerleri" gibi programlar bu ihlalde bulunmaktadır. Bu durumda kullanıcının yeri kişisel bir veri olarak yorumlanacaktır ve ancak kullanıcı izin verirse bu bilgi toplanabilecektir. Google Street View bir başka örnektir. Açılan çok sayıda davanın sonucunda verilen karar şöyle ki: Google cadde ve evlerin fotoğraflarını çekebilir, fakat talep üzerine teşhis edilebilecek olan ev numaralarını bulanık hale getirmek zorundadır. Bahçeler ve açıklıklar ve hatta insanlar ve araçların da Google tarafından tamamen tanınamaz hale getirilmesi gerekmektedir.

Tüketici Koruma Bakanlığımız ile bazı sağlayıcılar arasında halen devam eden istişareler mevcuttur. Bu yıl Mark Zuckerberg Berlin'e geldi ve Bakanlıkla görüştü, fakat benim görüşüme göre önemli bir sonuç alınamadı.

Birkaç yıl önce Almanya'da bir hâkimin bir davalının duruşmaya neden gelmediğini kontrol etmek üzere Facebook'tan faydalandığı bir olayı hatırlıyorum. Bunu yaparken davalının bir arkadaşı ile şüpheli bir sohbetinin olduğunu fark etti. Bu sebepten Facebook'tan bu sohbetin tamamını açıklamasını istedi. Facebook bunu reddetti. Hâkim "Eski kulağı kesik adaletin" "Ergen Facebook" karşısında diz çökmeyeceğini savundu. Dolayısıyla Facebook Almanya işletme müdürünü şahit olarak çağırdı. Bu esnada Facebook ile Alman kamu organları arasında, bir Alman Server üzerinde saklanan bu sohbetlerin makul bir şüphe söz konusu olduğunda ve bir hâkim bu yönde karar verdiğinde açıklanabileceği ve açıklanacağı yönünde bir işbirliği mevcut idi.

Sonuç

Sonuç olarak, internetin, hakların olmadığı bir yer olmadığını belirtebilirim. Temel olarak Almanya'da çevrimdışı hak ve sorumluluklarla aynı kişisel hak ve sorumluluklar olarak kabul edilmektedir.

Fakat başta sorduğum, sosyal medya kullanımının (daha fazla) düzenleme altına alınıp alınamayacağı ve bunun gerekli olup olmadığı yönündeki soruya bir cevap vermek gerekirse, diyebileceğim tek şey "bilmiyorum". Online dünya, sınırları olmayan bir dünya ve birçok kullanıcı gerçekten gizliliğinin korunmasını çok önemsemiyor. Kimler hüküm ve koşullar kısmını okuyor ki? Kim akıllı telefonunda veya kişisel bilgisayarındaki ayarlardaki işaretlenmiş seçenekleri kaldırıyor? Ve incinmiş olduğunu hissettiği zaman kim mahkemeye gidiyor? Çok hızlı gelişen online dünya ile baş edebilecek yeterli kanunlarımız olduğundan emin değilim açıkçası.

Standart gizlilik kuralları içeren ve ifade özgürlüğü çerçevesinde neyin önemli olduğunu belirten bir ifade içeren, Avrupa'da veya hatta dünya çapında bir anlaşmaya ihtiyacımız olduğunu düşünüyorum. Fakat yalnızca yasalara, anlaşmalara ve ana esaslara ihtiyacımız yok. Bu zıtlıkları nasıl uygulayacağımız konusunda ortak bir görüş olması lazım. Bu bir hayal olabilir; fakat ben daha iyi bir dünyanın hayalini kurmayı seviyorum.

COULD OR SHOULD THE USAGE OF SOCIAL MEDIA BE (MORE) REGULATED? THE CURRENT SITUATION IN GERMANY

*Brigitte Koppenhöfer**

Introduction

First I want to introduce myself:

My name is Brigitte Koppenhöfer; I worked as a presiding judge in a regional court in Düsseldorf, Germany. Now I am working as a lecturer for law at a university in Witten-Herdecke.

During the last three years I was an EU-expert in a project that should strengthen the relationship between mass media and judiciary in Turkey. Together with our Turkish counterparts of the Strategy Department of the Ministry of Justice and the courthouses in Ankara, Adana, Diyarbakir, Istanbul and Izmir we established media offices in the court houses. Furthermore we instructed spokespersons and students in some universities, also here in Istanbul. We developed curricula and we drafted a strategy plan for the future. We also worked together with journalists from different media companies. Due to the effective and friendly co-operation with Turkish judges and prosecutors I got some friends here.

Social Media and Judiciary

You all know about Facebook, Twitter, WhatsApp, LinkedIn, Xing, Instagram etc. But what it means to be aware of the effect you only can imagine when you have been the objective of hate message or even a shit storm. That may be the reason why a lot of consumers want to be sheltered by the politicians and that means by law.

On the other hand we all don't want to be restricted or even controlled by law. In the internet we are consumers, users, clients, designers, shaper, contact men and women, friends, fellows, colleagues, peers, followers, but also citizens who have to trust to be sheltered and protected. Sheltered? Protected? By whom? By what? By the providers? By law?

And what about our freedom of expression? Can we write and post whatever we want to? What about freedom of expressions of our followers and friends? Of well known and unknown bloggers? Do we have to suffer from insults and other affronts? Is verbal slander a message or even a tolerated form of communication?

The guideline must be that the right to free expression and information is and has to be protected in all media, which means also in social media.

The second head note is the protection of privacy.

Between these two poles we have to look for a balance.

So let us have a look to the special conditions in Germany.

Laws and Judiciary

We are proud to have a long tradition in data protection. Data protection has constitutional dimensions on the basis of the guarantees of human dignity and personhood according to our

* Judge, Lecturer for Law at a University in Witten-Herdecke.

Basic Law (Grundgesetz) Art.1 and 2.

There is the Federal Data Protection Act as a fundamental law and special privacy conditions for electronic information and communication in accordance to EU Directives. Germany generally prohibits the collection and use of personal data unless it is not specifically allowed.

Our Constitutional Court crafted the right of informational self-determination that permits the processing of personal data only if authorized by statue or by allowance. For example already in 1983 the court decided (Census decision) that every individual has the right to "informal self-determination". The decision prohibits the handling of personal data unless specific authorization is given or the data subject consents. This fundamental decision established the right of informal self-determination as a guarantee of personhood and human dignity. The court allows exceptions only if there is an overriding public interest. Data may not be stored for undefined future purposes:

Our legal framework includes a lot of acts that regulate electronic information and communication services for example the Tele media Act, Telecommunication Act, State Press Law, Social Security Codes and last but not least the Criminal Code.

By using social media a lot of users forget that according to German law you are not allowed to publish photos of persons when they didn't agree. This is an infringement of copy right . As an exception it is allowed when the person is a very important public one- a person of historical dimension, - when the person is only an unimportant detail in a landscape or photos of public meetings (demonstrations), when the person has made himself a public one or when it is art. For this reason I am not allowed to use Google-photos to illustrate my presentation.

Correction, Erasure and Blocking of Data, Rights to Object

The data subject can request the controller to correct, erase or block personal data.

The data controller must immediately stop collecting, processing or using data if the data subject objects and his legitimate interest outweighs the data controller's interest in collecting, processing or using the data.

If the data subject objects to the processing or use of his data for advertising or market/ opinion research, it must not be used, irrespective of the data controller's interests.

Compensation

If a data controller causes harm to a data subject by collecting, processing or using his personal data in violation of data protection regulations, he must compensate the data subject for the harm caused. There are no punitive damages under German law.

The right to claim compensation also applies if the personal data is stored by non-automated procedures or filing systems. This obligation will not apply if the data controller has exercised due care in accordance with the circumstances of the specific case.

Data Agencies

The Federal Republic of Germany is a federation of 16 states which are not just provinces but states with their own original sovereign rights and legislative responsibilities. The supreme power of the state is divided between the federal and the state governments. The federal system of government also affects the supervision of data protection. In Germany, there are a number of different authorities that are responsible for making sure that data protection laws and regulations are complied with.

Data protection supervision in the private sector comes under the responsibility of the

states. However, there is one exception: the telecommunications and postal services companies. Those firms are monitored by the federal government which has assigned that task to the Federal Data Protection Commissioner.

In most states the supervision is exercised by the Data Protection Commissioners. A business company is supervised by the authority that has jurisdiction over the district where the company has its headquarters.

The main role of the Data Protection Agencies is to be in charge of overseeing data protection in the public sector as well as in the private sector. They recommended standards for the tracking of internet users by search engines.

Law Enforcement

A special chapter is the one of law enforcement when you speak about protection of privacy. Social networking seems to provide police officers new avenues and tools to solve crimes. Because so many people have such a large online presences, investigators are able to gain new tips and insights into crimes. Fact is, that Facebook is helping; but there are strong limits. Detectives can gather evidence from pictures or posted videos on sites likes MySpace and YouTube. But all controls and restrictions I mentioned before are valid in this context too.

At the moment Germany is toughening up security laws, in a broader effort to crack down on terrorism. In August our Minister for interior affairs unveiled some proposals. In this framework authorities will be granted access to search the social media accounts of refugees if they carry no valid passports or other identity cards. The Minister said people seeking international protection often have no ID papers, but most often carry smart phones. The devices are crucial to refugees. Similar mobile devices schemes are already up and running in Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands. I am not sure whether this proposal set to become law because not only the opposition, but also parts of the government don't agree.

Freedom of Expression and Limits

Our Basic Law for the Federal Republic of Germany, our constitution, states that there is no censorship and that the freedom of expression may not be limited by law. But when we talk about freedom of expression, we generally talk about the limits.

These limitations are the breach of fundamental rights of others.

The most important regulations limiting speech and the press (printed or online) can be found in our Criminal Law Code:

Insult is punishable under section 185; but art is especially protected by our Basic Law. Malicious gossip and defamation are under punishment by section 186 and 187. Utterances about facts (opposed to personal judgement) are allowed if they are true and can be proven. Yet journalists are free to investigate without evidence under certain conditions because they are justified by legitimate interests.

Hate speech may be punished if against segments of the population and in a manner that is capable of disturbing the public peace. Membership or support of banned political parties and use of symbols of unconstitutional organizations are banned. There are some more forbidden activities like casting false suspicions, rewarding and approving crimes.

The penalty normally is a fine or social hours for juveniles.

I remember an actual case in Düsseldorf last month when a 17 year old girl insulted her

teacher as a "handicapped asshole" in a pupil`s network. She was prosecuted and had to fulfil some hours of social work.

Controversial is the use of online portals which enable the user to evaluate persons like teachers, professors, physicians, hotels, universities, and even judges and prosecutors. When the evaluation is neutral, objective and competent, when the method is transparent, when the data are correct and when it is free of insults and false factual material, then they are allowed.

Controversial is too whether and how far the provider is responsible. Our Federal Court follows the so called "notice and take down" procedure to scan whether the provider is liable or not and whether he can be forced to delete the comment or not. This procedure is a process operated by online hosts in response to court orders that content is illegal. Notice and take down is operated in relation to copyright infringement. But in this context there are many open questions, not only in Germany.

How to Find a Balance Between the Right of Freedom of Expression and the Right of Privacy?

Like in many judicial cases in Germany –and I suppose in Turkey too- a lot of points at issue are a question of interpretation of the judges and a question of balancing contradictory rights. There are no strict rules or instructions. Every judge has to find the adjustment between these two basic rights. And he or she has to do it every day again. Things are changing and the decisions have to change too without losing the contact to the basic liberties.

There are dozens of cases depending that could limit the right to informational self-determination when they are measuring the conflict between this right and the right of freedom of expression.

Let me demonstrate this by an actual case:

This case shows the potential conflict between freedom of speech and protection of privacy and how German courts decide: a German woman published online photos of an Arabian man and her daughter. She claimed that this man was the father of her daughter. The man felt bothered and sued. He won the case. The court decided that the man was infringed in his personal right of self-determination of his data. The woman is not allowed to claim that this man is the father of her daughter, even if this could be possible. She is moreover not allowed to publish photos of the man because he is not a very prominent person of history. Though it is not clear whether the man is the father because there is no evidence, she has to care that the photos are deleted and she is not allowed to repeat her statement. There is no public interest in the assertion, so that the protection of privacy of the man is more important than the freedom of speech of the mother. In addition she was convicted to pay compensation. The verdict is final (AG München 161 C31397/15).

Conflicts Between National and International Law

Internet companies are acting worldwide and social media don't know borders. We cannot enforce against global players; but we try.

Nevertheless Google, Facebook and others are still in violation of German law. Cases are still pending.

In some cases we think that international circumstances violate German law. Programs like "Facebook places" do so if the mobile phone user logs in. In this case the location of the user is to be construed as personal data that only may be collected if there is a consent. Google Street View is another example. The result of much litigation was that Google may take pictures of the streets

and houses, but it must blot out identifiable house numbers upon request. Gardens and dwellings as well as persons and cars have to be totally unrecognizable by Google.

There are ongoing discussions between our Consumer Protection Ministry and some providers. Mark Zuckerberg came to Berlin this year and talked with the ministry, but to my opinion without a remarkable result.

I remember a case some years ago when a German judge was using Facebook to control why a defendant didn't come to the hearing. By doing this he discovered that there was a suspicious chat with a friend of the defendant. Therefore he asked Facebook to lay open the whole chat. Facebook refused. The judge argued that the "old lady judiciary" won't kneel in front of the "teenager Facebook". So he summoned the managing director Facebook Germany as a witness. In the meantime there is a co-operation between Facebook and German public authorities that chats that are stored on a German server can and will be released when there is a reasonable suspicion and when a judge made the decision.

Conclusion

As a result I can underline that internet is no space without rights. Basically in Germany count the same personal rights and responsibilities like offline.

But to give an answer to my introductory question whether the usage of social media could or even should be (more?) regulated, I only can state that I don't know. The online world is one without borders, a lot of users are not really interested in the protection of their privacy. Who really reads the terms and conditions? Who really deletes the check marks in the settings of the smart phone or the personal computer? And who goes to the court when he or she feels hurt? And I am not sure whether we already have sufficient laws to handle the online world which is developing fast.

What I think we need is a European or even a worldwide convention with the rules of a standard of privacy and with a declaration of what is important in the framework of freedom of expression. But we don't need only laws, agreements and guidelines. We need a common sense how to practise these antipodes. This might be a dream; but I like dreaming of a better world.

Brigitte Koppenhöfer, University Witten-Herdecke

İLETİŞİMSEL VE NORMATİF ARAŞTIRMALAR BAĞLAMINDA ONLİNE İSİMSİZLİK (ANONİMLİK)

Dr. Lutz Peschke[*]

Günümüz iletişiminde dijital medyanın gelişimi, toplumdaki medya davranışları üzerinde güçlü bir etkiye sahiptir. Son yıllarda, yeni medya bağlamında kişilik haklarının korunmasına büyük önem verilmektedir. İletişimimiz medya tabanlı bir iletişim olduğundan, gerçekliğin inşası üzerindeki etkisi toplumların normatif değerlerini etkilemektedir. Yeni medyayı medyatize olan dünyamızın merkezi bir unsuru olarak anlayabilmek için, bu kavram hem iletişimsel hem de normatif sistemde bulundurulmalı ve analiz edilmelidir. Küreselleşmiş bir dünyada yaşadığımızı düşünürsek, iletişimsel ve normatif yaklaşımın karşılaştırmalı bir çalışma içinde incelenmesi gerekir. (Peschke/Güneş Peschke, 2016).

Medyanın bugünkü iletişim içerisindeki nüfuzunu tanımlayan, medyatize olan bu meta süreçleri, kamuya açık alan ve özel hayat alanının anlaşılması ve algılanmasında derin bir etkiye sahiptir. Özel hayat alanına erişilebilirlik mahremiyetin en kritik ve en önemli özelliklerinden biridir. "Mahremiyet"i anlayabilmek için "kamusal alan" ayrımını yapmak gerekir.(Güneş Peschke / Peschke, 2013; Güneş Peschke, 2014: 71). Ancak Türkiye'de üniversitelerde yapılan son araştırmalar, iletişimin gelişmesiyle ve sosyal medyanın yardımıyla, kamusal alan ile özel hayat alanı arasındaki sınırın net olmadığını bize göstermektedir. (Peschke, 2016).

Dijital çağın başlangıcından bu yana, özel hayat ve kamuya açık alan çerçevesinde, unutulma ile hatırlanma arasındaki denge değişti. Dijital medyanın gündelik hayata girmeden önce, unutmak kural ve hatırlanma istisnaydı. Yapılan faaliyetlerin çoğu unutulmama üzerineydi. Bugün, sayısal çağda hemen hemen herkes, güçlü arama motorlarının yardımıyla kolaylıkla tespit edilebilen ve bulunabilen internet bulutunda dijital izler üretmektedir. Internet asla unutmaz, olgusu nedeniyle, insanların tüm kişisel izlerini internetten silmek çok zor ve hatta neredeyse imkânsızdır.. Sonuç olarak bugün artık, hatırlanma bir kural haline gelmiş ve unutulmanın bir istisnası olmuştur (Meyer-Schönfelder, 2009). Bunun bir sonucu olarak, kişilik hakları ihlalleri artmıştır. Medyatize edilmiş dünya, savunulması zor olan unutulma hakkını ortaya çıkarmıştır (Peschke 2015).

Fakat medya tabanlı iletişimimiz sadece insanlar arasındaki iletişim üzerinde sınırlı değildir, insan - makine etkileşimi de internet nedeniyle oldukça gelişmiştir. Artan hane sayısı IP kontrolündedir. Kahve makinaları, ısıtıcılar, ışıklar ve dolaplar vb. dışarıdan yönlendirilebilir. Evimizi her yerde akıllı bir ev konsepti yardımıyla kontrol edebiliriz. Ek olarak, GPS vasıtasıyla, arabalarımızda daha önce hiç bulunmadıysak bile tanımladığımız bir yere kolaylıkla gidebiliriz. Ancak, bilgi bulmak için kullanabileceğimiz her sinyal yerimizi ve tercihlerimizi de belirleyebilir ve açığa çıkarabilir.

Bu gerçekler göz önüne alındığında, kişilerin nasıl korunacağı konusunda temel sorular ortaya çıkmaktadır. Özgür bir topluma sahip olmak için, internet kullanıcılarının serbestçe davranış ve iletişim üzerine analiz yapabilmeleri gerekir. Kriptografcı David Chaum'a göre, bu temel haklar yalnızca kullanıcıların isimsiz (anonim) kullanıcı haline getirilmesi durumunda korunabilir. ABD hükümeti kendi iletişimlerini korumanın önemini anlamış ve buna ilişkin bir araştırma programı başlatmıştı. ABD Deniz Kuvvetleri Araştırma Merkezi, özel bir şifreleme yöntemi ile TOR ağını (TOR = The Onion Router) oluşturdu. Bu durum, kullanıcının internette saklanarak isimsiz

[*] Medya Çalışmaları Bölümü, Rheinische Friedrich Wilhelms - University of Bonn, İletişim ve Tasarım Bölümü, Bilkent Üniversitesi, Ankara.

(anonim) olarak sörf yapılmasını mümkün kıldı (BBC, 2014). Internet topluluğu, demokratik etki yaratma potansiyeli yüksek olan ifade özgürlüğünü, özel hayatın korunmasına bir çözüm olarak TOR kavramını doğru bir şekilde karşılamakla birlikte, bu ağın kullanıcılarını yalnızca iyi amaçlarla korumamaktadır. Yasadışı faaliyetler ve ticaret için de DarkNet adında bir platform sunar. Tüm dünyadan isimsiz alıcıları ve satıcıları bir araya getiren, küresel bir uyuşturucu pazar yeri olan İpek Yolu (Silk Road), DarkNet'in yasadışı faaliyetlerinden bir örnek olarak gösterilebilir. İpek

Yolu yasadışı anlaşmalar için yeni müşterileri kendisine çekerek, bu kişilerin işlerini herhangi bir kontrol ve hukuki düzenlemeden uzakta idare edebilmelerine olanak sağlamaktadır. Bu kişilerin DarkNet'i kullanmalarının avantajları, karanlık web sitelerinin kapatılmasının imkansız olmasıdır, çünkü kimse bu karanlık web sitelerinin içinde nelerin barındırıldığını bilmemektedir. Karanlık web'deki işler, yeni para birimi Bitcoin ile desteklenmektedir. Bitcoin yalnızca onlineinternet ortamında bulunmaktadır. Bu sanal para, herhangi bir aracı banka olmaksızın, isimsiz (anonim) olarak havale edilebilir. Sonuç olarak, bankalar ve hükümetler Bitcoin'i kontrol edemez, ancak bir şifreleme anahtarı tarafından işlenen elektronik bir nakit olduğundan, yalnızca bir algoritma tarafından kontrol edilebilir.

Bu gizli ve yasadışı işler, anonimliğin toplum için bir tehdit olup olmadığı sorusuna yol açmaktadır. TOR Network'ü tarafından kullanılan anonimlik, suçu teşvik eder mi yoksa sadece onun yerine mi geçer? Eugene Kaspersky'nin görüşüne göre " … finans hizmetleri gibi kritik hizmetler online bir pasaporta ihtiyaç duymaktadır.. Özgürlük ve güvenlik, kimlik ile anonimlik arasında bir denge vardır. [...] Eğer seyahat etmek istiyorsanız, veya kredi kartı ile ödeme yapmak, internete erişmek istiyorsanız, mahremiyeti unutun "(BBC, 2014).

Kamu faaliyetleri sırasında mahremiyetin kaybı çok önemli sonuçlara yol açabilir. Bu bağlamda, gelişen teknolojiyle birlikte, uluslararası çapta gerekli düzenlemelerin yapılması ve bir altyapının oluşturulması gelecekte yaşanabilecek hak ihlallerini önemli ölçüde azaltacaktır.

ONLINE ANONYMITY IN THE CONTEXT OF COMMUNICATIVE AND NORMATIVE STUDIES.

Dr. Lutz Peschke [*]

Introduction

The implementation of digital media in our today's communication has a strong impact on the media behaviours in the society. In the last decades, great importance is given to the protection of the personality rights in the context of the new media. Since our communication is a media based communication, its impact on the construction of reality affects the normative value pattern of societies. To understand new media as a central aspect of our mediatised world, it has to be located and analysed both in the communicative and normative system. If we consider that we are living in a globalized world, the communicative and normative approach need a comparative study. (Peschke/Güneş Peschke, 2016). The internet with all its facets of digital components has a big impact of the construction of reality. According to Luhmann, there is a distinction of two realities, a first reality which is physically experienced and second reality which is observed. But with the implementation of mass media there is a doubling of reality which takes place in the observed system of mass media (Luhmann 2000: 4). This thesis can be transferred to the system of new media. The process of observation is not a pure activity in the physical world anymore. New media enables the participation of information from all over the world. Information is accessible in everywhere and at any time. This virtual observation leads to a paradox of reality which deals with different distinctions (system/environment) and references (self-reference/other-reference) as if they were the same one. With the generation of a virtual reality, it is hardly possible to distinguish, whether the reality is constructed by experiences or observations. In perception of the new media system, the distinction between the world as it is and the world as it is observed becomes blurred (ebd 11). This paper wants to shed light on the so-called dark web from the perspective of communication studies. It will contribute to a better understanding of new media communication on the way to establish a legal and ethical framework.

Social Media Communication

The understanding of media usage needs the discussion in the context to the processes of mediation and mediatization. According to Lundby, mediation is understood as regular mediated communication, which becomes its shape through the process of remediation. Remediation describes the phenomenon that digital media remediates constantly its predecessors (TV, radio, print journals etc.). In distinction to the process of mediation, mediatization conceives and describes longterm cultural and social changes initiated and effected by mediated communication. This so-called meta-process is more a transformation process than a change. The central point in it is the social and cultural transformation (Lundby, 2014). Thimm points to the characteristics of the ubiquity of media combined with simoultaneity, special omnipresence, dislocality and multi mediality. The usage of digital media is not an exclusive event anymore, but everyday acting (Thimm, 2011). The meta-process of mediatization describes the fact, that media penetrates the everyday life in a way, that the usage of media constitutes a big self-evidence even for little children.

[*] Department of Media Studies, Rheinische Friedrich Wilhelms-University of Bonn, Department of Communication and Design, Bilkent University Ankara

These meta-processes of mediatization has a deep impact of the understanding and perception of public and privacy. The term "privacy" is basically defined as a confined space belonging to an individual which is only accessible for a self-determined group of people. The accessibility of the private space is either one of the most critical and most important characteristics of privacy. On the one hand, "privacy" only exists in the distinction of "public". Outside of this private domain there is the public space, where members of that space have to obey rules and where the others have the right to interact with every private person without asking for permission (Güneş Peschke/Peschke, 2013; Güneş Peschke, 2014: 71). The right to define the private and the public space belongs to the individual. On the other hand, for the formation of the own Self there is a need of permeability between "privacy" and "public". But a recent survey with academic people in Turkey revealed that with help of social media and influenced by the communication the border between public and privacy is burred (Peschke, 2016).

The study reveals that there are two different groups in their assessment of using Facebook. One group distinguishes between private and public in a traditional way. Entertaining activities like shopping, being engaged with hobbies and spending time with friends are exclusively localized in the public space. The private space is divided into the private privacy, where the intimate activities like praying, spending time with the family, writing a love letter as well as social activities are located, and the personal privacy, where reading newspapers, going to the polls and the career (working, giving a presentation) are situated. Using Facebook is located in the public space, but at the border to the private space. In the life world of the first experimentee group there is a sharp border between public and private media activities. The exchange of personal data occurs only in an inner circle of family members and close friends. The meaning of the decision what to reveal and what to conceal of own personal data is clearly identifiable. Revealing of own personal data is a matter of the public sphere. In a second experimentee group a bigger permeability of privacy and public can be identified. On one side entertainment is not only limited to the public sphere. Hobbies, activities with friends as well as shopping and social activities are regarded as private activities. Thus, the private sphere can be divided into the private privacy (family life, praying, writing a love letter and working) and public privacy with the activities mentioned above. The public sphere can be classified into a serious public with the political activities, going to the polls and reading newspapers and a free time public, where watching TV, giving a presentation, Twitter and Facebook activities are located. The area of entertainment extends to the sphere of public privacy and free time public. The experimentees of the second group locates Facebook activities in the environment of the free time public but understand it as private activities. This shows that between certain private and public domains there exists a broad area with activities which are not classified as private or public by the users in a clear and definite way. This is an indication for a blurring of privacy.

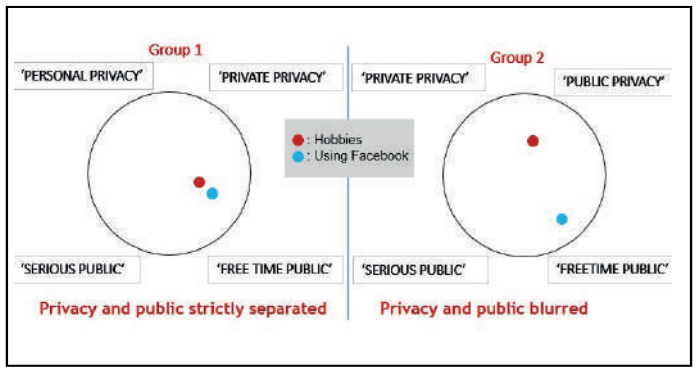


Figure 1: The blurring of public and privacy. (Peschke, 2016)

Inside of the discourse about privacy and public it has to be understood that at latest since the beginning of the digital age, the balance between forgetting and remembering is changed. Before the penetration of digital media into everyday life, forgetting was the norm and remembering was the exception. The very most activities were influenced by the desire not to be forgotten. Many books are written, museums, libraries and their archives are established just to save knowledge about the cultural heritages. Today, in the digital age nearly everybody generates digital traces in the internet cloud which can be easily identified and found with help of the powerful search engines like google and bing. The phenomenon that the web hardly forgets is, that people do not have to give too much to be remembered but it is very difficult and nearly impossible to erase all personal traces from the web. As consequence, remembering became the norm and forgetting is an exception (MeyerSchönfelder, 2009). The consequence is an increasing risk of the infringement of the personality rights. The mediatized world generated a right to be forgotten which is hardly to defend (Peschke 2015).

Surveillance

But our media based communication is not only limited on communication between human beings. Rather, the human machine interaction is highly influences by the internet of things. An increasing number of households are IP controlled. Coffee machines, heaters, light and lockers etc. can be navigated from outside. We are able to control our home from everywhere we are with help of a smart home concept. Additionally, via GPS we are able to navigate our cars easily to a defined place, even if we have never been there before. But every signal what we can use to find information can identify and find our location and preferences as well. Every WLAN spot what we like to use with our mobile devices locates as much better the GPS signals. The journalist and technology researcher Julia Angwin regards the smartphone as a spy master‘s dream. The former Central Intelligence Agency (CIA) employee Edward Snowden concludes that the “web we loved been turned against us”. As a consequence there is a big need to rethink the web philosophy and concepts, because user’s data are not analysed by people but by computer programmes, as the inventor of the internet Tim Berners Lee mentioned (BBC, 2014). Machines learn how to observe data and how to spot trends. At least, when Snowden leaked classified information from the National Security Agency (NSA) greater interest than ever has been generated in how the interest is being used for the purposes of surveillance.

These realizations can be regarded as a turning point in the concept of social media. Until these revelations, social media were in all cases understood as a user generated content platform which created a powerful bottom-up tool with a big impact of democratization of content and opinion generation as well as the risks and significant legal consequences in this context. But latest the revelations of Edward Snowdon in combination with the establishment of WikiLeak by Julian Assange demonstrated that there are a huge number of surveillance programs which use the internet and especially the user generated data for their own interest. Many of them run by intelligence services, especially by NSA. It is enabled by the fact that collecting and watching data is no longer a business of human power. Rather machines learnt how to observe data and how to spot trends with it. Today, it can be understood, that collecting and watching data are not only done by governmental organisations, but also by a large number of business people. With help of digital algorithms, they are able to understand all online movements and digital habits of users in order to make their business and marketing strategies more effective and powerful. It is understood that in our mediatised world the internet habits of the society is the window to the most detailed and private information of the user. These data are collected with the aim to sell them for highest prizes to interested companies. It means that collecting data become an extremely lucrative branch in the economy. These developments signify the turning point in social media.

They are not a bottom-up platform anymore which gives the power to the user and strengthens democratic movements. It is completely under control by professionals, business makers and hegemonic interest groups with surveillance purposes. Because of the big number of data, it is easily possible to identify every kind of personal information (Peschke, 2017). With help of the so-called factor analysis the very most human traits can be reduced to five dimensions of personality, independent of language and culture. These are the so-called Big Five, which includes openness, consciousness, extroversion, agreeableness, and neuroticism. Openness considers cultural and intellectual aspect. It evaluates criteria like appreciation for art, emotional behaviours, unusual ideas, curiosity and different aspects of experiences. Consciousness takes into consideration the degree of self-discipline, how dutiful the user acts and if he/she plans his/her life or if he/she is more a spontaneous type. Extroversion considers energetic parameters, positive emotions, and the tendency of a person to seek stimulation and the company of others. Agreeableness evaluates the tendency to be compassionate and cooperative rather than suspicious and antagonistic towards others. As the fifth dimension, neuroticism checks the tendency how a person deals with unpleasant emotions, such as anger, anxiety, depression, or vulnerability (oaks.nvg.org). These are subsumed under the acronym OCEAN. With help of the OCEAN profile all people can be understood according to their habits and opinions. According to Grassegger and Krogerus the psychologist Konsinski had developed a method, how human can be analysed according to their facebook activities at any time. It is said, that this method supported Donald Trump to win the presidential elections in 2016 (Grassegger & Krogerus, 2016). Intelligent environments as described above are increasingly pervasive, because they are implemented in wide range of contexts. As consequence, they raise many ethical and social issues. Jones et al. outlined and classified the upcoming and already existing activities as a contribution for an ethical framework for intelligent environments' development (Jones et al. 2015).

Way into an Online Anonymity

Considering these facts, the central questions arise, how to protect mass on surveillance. In order to have a free society, users have to have freedom of analysis about behavior and about communication. According to cryptographer David Chaum, these fundamental rights can only be protected, if the users will be turned into anonymous user. The US government understood the importance of protecting their own communication and started a research programme. US Naval Research Center created the TOR network (TOR = The Onion Router) with a special way of encryption. This enabled that the user is hidden with the result, that anonymous surfing in the internet is possible (BBC, 2014). The internet community celebrated quite rightly the TOR concept as the solution for the protection of privacy, freedom of speech with a high potential of democratising effect. But the TOR network did not only protect users with a good and purposes. It also provides a platform for illegal activities and business, the so-called DarkNet. One prominent example of the DarkNet was Silk Road which was as a global drugs market place which brought together anonymous buyers and sellers from all around the world. Silk Road attracted new customers for illegal deals. They could manage their business offsidely from any control and regulations. Their advantage was, that the dark website is impossible to shut down because nobody knows where the dark websites are hosted. Business in the dark web is supported by the new currency Bitcoin. Bitcoins do exist only online. The virtual money can be moved anonymously without any bank involvement. As a consequence, bank and government cannot control it but it is only controlled by an algorithm since it is an electronic cash, handled by a cryptographic key.

Conclusion

These hidden and illegal businesses lead to the question, whether anonymity is predominantly a threat to the society. Does anonymity offered by TOR network encourage crime or does it simply displace it? According to Eugene Kaspersky's opinion "critical services like finance services need an online passport. There is a balance between freedom and security, anonymity and showing your ID. […] If you want to travel, if you want to pay with credit card, if you want to access internet, forget about privacy" (BBC, 2014). His opinion about the loss of privacy during public activities can be a suitable seed crystal for an important urgently needed discourse which includes all legal and ethical aspects.

References

BBC (2014): Horizon. Inside of the dark web. Retrieved from https://topdocumentaryfilms.com/insidedark-web/ [Last access: 07.10.2017]

Grassegger, Hannes, Krogerus, Mikael (2016): Ich habe nur gezeigt, dass es die Bombe gibt. Das Magazin. Retrieved from https://www.dasmagazin.ch/2016/12/03/ich-habe-nur-gezeigt-dass-es-diebombe-gibt/ (last access: 12.05.2017)

Güneş Peschke, Seldağ (2014). Roma Hukukundan Günümüze Kişilik Haklarının Korunması. Ankara: Yetkin.

Güneş Peschke, Seldağ; Peschke, Lutz (2013): Protection of the Mediatized Privacy in the Social Media: Aspects of the Legal Situation in Turkey and Germany. Gazi University Faculty of Law Review, 17 (1-2): 857-883.

Jones, Simon; Hara, Sukhvinder; Augusto, Juan Carlos (2015): eFriend: an ethical framework for intelligent environments development. Ethics and Information Technology, 17(1), 11-25.

Luhmann, Niklas (2000): Reality of Mass Media. Standford: Stanford University Press.

Lundby, Knut (2014): Mediatization of Communication. Berlin/Boston: De Gruyter.

Mayer-Schönberger, Viktor (2009): Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age. Princeton University Press.

Peschke, Lutz (2017): New Media Between User Generated Content and Professionalism. Saarbrücken/Balti: Lambert Academic Press.

Peschke, Lutz (2016): The Relevance Patterns of Public and Privacy for Digital Natives in Turkey. TRT akademi 'Digital Media', vol 01 (02) July 2016, pp. 366-386.

Peschke, Lutz (2015): "The Web Never Forgets": Aspects of the Right to Be Forgotten. Gazi University Faculty of Law Review, 19 (1): 117-126.

Peschke, Lutz; Güneş Peschke, Seldağ (2016): New Media Between Communicative and Normative Studies. In: Güneş Peschke, Seldağ; Peschke, Lutz (eds.): New Media and Law. A Comparative Study. Ankara: Yetkin.

Thimm, Caja (2011): Ökosystem Internet – Zur Theorie digitaler Sozialität. In: Anastasiadis, Mario; Thimm, Caja (eds.): Social Media. Theorie und Praxis digitaler Sozialität. Frankfurt a.M./New York: Peter Lang.

ULUSLARARASI İSTANBUL HUKUK KONGRESİ
INTERNATIONAL İSTANBUL LAW CONGRESS
17-19 EKİM 2016
17-19 OCTOBER 2016

ÜÇÜNCÜ GÜN
THIRD DAY

ŞİMAL SALONU
ŞİMAL HALL

Uluslararası Yargısal Muafiyet
International Judicial Immunity

ULUSLARARASI HUKUKUN HEGEMONİK YAPISI VE ÇATIŞMAYA KATKISI

Sikander Ahmed Shah [*]

I. Giriş

Bu yazı, Uluslararası Hukukun zayıf yönlerinin ana hatlarını çizmeye ve uluslararası ilişkilerin ve uluslararası hukukun, çatışmaları teşvik etmek ve bazı durumlarda bu çatışmalara neden olmak için nasıl yapılandırıldığını belirlemeye çalışmaktadır[1]. Marksist, Feminist, Sömürgecilik Sonrası ve Üçüncü Dünya Yaklaşımı ilmine dayanan bu yazı, Uluslararası Hukuk statüsünün, egemenlik, insan hakları, terörizm ve çatışma gibi kavramları içerdiğini belli olan ideolojik bir eğilime sahip olduğunu savunacaktır.

Tartışma iki ana kısma ayrılmıştır. Makalenin ilk bölümünde, eleştirinin teorik ve felsefi temelleri kısaca anlatılacaktır. İkinci bölümde, uluslararası hukuk normlarının çarpık yapısı ve çatışmanın politik ekonomisi üzerindeki etkisi tarif edilecek, her bir normun kökeni ve gelişimi hakkında bir tartışma ortaya atılacaktır. Bu belge, birikimli olarak, hem uluslararası hukukun bir iç ve dış eleştirisini hem de devlet kurumları üzerindeki etkisini ortaya koymayı amaçlayacaktır. Bu hipotezi test etmek için sıklıkla Pakistan devleti örnek olarak kullanılacaktır.

Uluslararası ilişkilere yönelik resmi yaklaşımlar, tartışma konusu haline geldiği görülen evrenselci ve pozitif önermelere dayanarak, pek çok akademisyen tarafından eleştirilmiştir[2]. Bu makale, Standart kuramcıların monistik iddialarına karşı çıkacak, mevcut teorilerin yalnızca mevcut uluslararası hukuk sisteminden ortaya çıkması nedeniyle, uluslararası hukuk ile çatışma arasındaki ilişki ile ilgili alternatif teorik perspektiflere[3] ihtiyaç duyulduğunu belirtecektir.

Çatışma analizinde makale, ilk önce kısaca, devlet ve kurumlarının önceliğini üstlenen Liberal/Realist teorisinin (Standart Model) varsayımlarını sunacaktır. Bu açıklama ileride, Westfalen devletinin doğasının, doğduğu benzersiz Avrupai tarihi, politik ve sosyal olasılıklar nedeniyle, belirli türdeki devletlerde çatışmayı nasıl teşvik ettiğini göstereceğinden önemlidir[4]. Pakistan gibi devletlerin, kurumsal transplantasyonun etkileri nedeniyle, sömürge / bağımsızlık sonrası benzer yapıları ve kurumları ortaya koymadaki yetersizliği açıktır. Aynı doğrultuda, sömürgeci çerçeveler ve miraslar (sosyal/politik/ekonomik) Pakistan'daki dekolonizasyon çabalarını sınırlandırmış veya olumsuz bir şekilde etkilemiştir[5].

Teorik yönleri ele alarak, makale, orantısız doğasını aydınlatmak için uluslararası hukukun belli temel prensiplerini tartışarak ilerleyecektir. Bu alanlar şunları içerir: 1) egemenlik; 2)

---

* Doç. Dr. Lahor Üniversitesi Yönetim Bilimleri Fakültesi Uluslararası Kamu Hukuku Bölümü Öğretim üyesi

1 Bkz. Shah, Sikander A. *International Law and Drone Strikes: The Legal and Socio-political Aspects*, Londra, Routledge, 2015.

2 Bkz. Jervis, Robert. *Perception and Misperception in International Politics*, New Jersey, Princeton Üniversitesi Baskısı, 1976, Baskı; Stoessinger, John G. *Why Nations Go to War*. Cengage Learning, 2010.

3 Rajagopal, Balakrishnan, *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge, Cambridge Üniversitesi Baskısı, 2003.

4 Bobbitt, Philip. *The Shield of Achilles: War, Peace and the Course of History*, Londra, Allen; Neokleous, Mark. "Off the Map, On Violence and Cartography" *European Journal of Social Theory* 6.4 (2003) s. 409-25; Waltz, Kenneth. *Man, the State and War*, New York, Columbia Üniversitesi Baskısı, 1959.

5 Bkz. Waltz, Kenneth, " *Man, the State and War* ", s. 11.

utipossidetis juris[6] ilkesi; ve 3) evrensel insan hakları.

Her durumda, bu ilkelerin modern işleyişinin küresel Güney'in çıkarlarını etkilediği ortaya çıkacaktır. Ayrıca, bu ilkelerin, güçlü uluslararası aktörler tarafından manipüle edilerek, Batılı gelenek içinde nasıl tutarsız olarak kullanıldığı gösterilecektir.

Genel olarak bakıldığında bu makale, sadece uluslararası hukukun sınırlı merceği üzerinden, genelleştirilebilirlik ve evrenselleştirilebilirlik iddiasına sahip, herhangi bir şekil ve formdaki "modellere" dayanmanın güvenilebilir olup olmadığını sorgulayacaktır.

II. Uluslararası Hukukun İşleyişini Parçalamaya Yönelik Standart Gerçekçi Yaklaşımlar

Uluslararası hukuk genel olarak, siyasi ve hukuki gerekçelerle farklı teori ve düşünce tarzları ışığında analiz edilmiştir. Gerçekçi yaklaşımların tümü, uluslararası hukuk alanında ana aktörün devlet olduğu; bu nedenle çatışmanın, aralarında bir biçimden diğerine yarışırken önder olan devletlerden doğduğu fikriyle ilerlemektedir. Uluslararası hukukun standart eleştirisi, çoğunlukla bu düşünce tarzından gelmektedir.

Modern realist gelenek farklı tarzlara ayrılabilir: Bunlardan ilki, uluslararası sistemin doğasının, hem içindeki devletlerin güç dağılımı hem de bireysel devletlerin karakterleri göz önüne alındığında en iyi şekilde anlaşılabileceğini savunan Hans Morgenthau tarafından öne sürülmüştür. Devletlerin karakteri, devrimci arzularını ya da düzenlemelere olan onaylarını belirlemede özellikle önemlidir. Morgenthau'ya göre, uluslararası hukukun iç politika üzerinde dolaylı bir etkisi de vardır[7].

Tersine Kenneth Waltz, bir devletin içsel karakterine odaklanan bir yaklaşımı reddeder. Waltz, farklı bir realist olarak, devletler arasındaki güç dağılımını tamamen belirleyici bulur ve dâhili faktörleri tamamen reddetmese de, uluslararası alanda onları yeterince konuyla alakalı bulmaz[8]. Güç, güçlüler tarafından ve güçlüler yararına yönetilir, dolayısıyla uluslararası hukuk, güç sahiplerinin yalnızca kendilerine yarar sağlayan kuralları belirlediği, devletler arasındaki güç mekanizmalarının bir yansımasıdır[9].

Bununla birlikte, uluslararası hukuka ilişkin en son realist perspektif, kaynak dağılımından kaynaklanan çatışmaya dikkat çekmektedir. Bu nedenle, uluslararası hukukun önemi, aynı güç mücadelesinin bir aracı konumundaki değeriyle vurgulanmaktadır.

Bu gerçekçi model, uluslararası toplumdaki zayıf devletlerin daima dezavantajlı olmasının nedenlerinden bazılarını açıklamaktadır. Başarısız ya da zayıf devletler giderek küresel güvenlik için bir endişe haline gelirken, sonrasında küresel düzensizlik ve terörizmden sorumlu tutulmuş ve iç durumlarına yabancı olan ve güçlü devletlerce yönlendirilen bir önyargıdan ortaya çıkan politikalar ve kanunlar uygulamaya zorlanmışlardır. Sonunda, bu zayıf ya da gelişmekte olan devletler uyum sağlamakta başarısız olmuş ve bu nedenle bu tür yasaları ya da politikaları uygulayamamıştır; Sonuç olarak, küresel toplumun dezavantajlı üyeleri olarak kalmaya devam etmektedirler[10].

6 Sömürge sonrası devletlerin, eski sömürge hükümdarları ile girdikleri sözleşmelere / antlaşmalara bağlı kalmasını düzenleyen uluslararası hukuk ilkesi.

7 Bkz. Jütersonke, Oliver, *Morgenthau. Law and Realism*. Cambridge, Cambridge Üniversitesi Baskısı, 2010.

8 Bkz. Waltz, Kenneth N, *Theory of International Politics*, New York, Random House, 1979.

9 Krasner, Stephen D, «Realist Views of International Law", Amerikan Uluslararası Hukuk Cemiyeti, 2002, s. 265-268.

10 Cecon, Francesco. "International Security and Failed States: A Cause for Concern?" 25 Temmuz 2014, Web. 03 Nis 2016, ,http://www.e-ir.info/2014/07/25/international-security-and-failed-states-a-cause-for-concern/,

Uyum sağlamaktaki bu başarısızlık en iyi, Pakistan'da görülebilir. En belirgin ihlaller, çoğunlukla mezhepsel veya dini endişeler nedeniyle, bireysel özgürlükler, din ve birlik özgürlüğü ile ilgilidir. Pakistan'ın kendi iç yükümlülüklerini yurt içinde uygulamaktaki başarısızlığının sebebinin uyum sağlamaktaki yetersizliği olarak görülmüştür; çünkü çoğu iç hukuk, insan hakları ihlallerini önlemek veya cezalandırmak için yeterince değiştirilmemiştir ve bir din diğerlerine göre üstün tutulmaya devam edilmektedir[11.]

III. Uluslararası Hukuk Normlarının Sömürücü Rolü:

A) Egemenlik Normu

1. Devlet Egemenliğinin Tarihsel Gelişimi

Egemenlik kavramı, öncelikle Ortaçağ ve Roma yasalarından ve Aristo geleneğinden gelen eski bir tarihe sahiptir[12]. 500 yıllık bir dönem boyunca: *hakimiyetin* (*imperium*) bir tezahüründen; Bodin ve Hobbes'un mutlak, sürekli ve kanunen kaçınılmaz olan hükümdar/kral egemenliğine; Austin'in alışagelmiş itaatten hoşlanan, ancak kendisi alışkanlığa itaat etmeyen, böylece toplumsal düzen için temel oluşturan hakim fikrine kadar değişen birçok felsefi tezahürü olmuştur[13].

Bu tartışmalar iç egemenlik kavramını şekillendirmeye devam ederken, dış egemenlik, "devletler uluslararası toplumun uç noktalarına, yani, kendilerinin ve diğer devletlerin mükemmelliklerinin ilerleyişine mümkün olduğunca katkıda bulunmak zorundadır, ancak bu konuda kendilerine öncelik borçludurlar[14]." Düşüncesinden yola çıkan Hugo Grotius, Emer de Vattel ve diğerleri gibi filozofların eserlerinde şekil bulmuştur.

1648 yılında Vestfalya Barışının sona ermesiyle egemenlik, belirli bir bölgedeki yönetim organlarına, dış kaynakların veya organların herhangi bir müdahalesi olmaksızın söz konusu bölgeyi yönetme konusunda mutlak hak ve güç verildiği, "devletler arasındaki hiyerarşinin kaldırılmasını"[15] tanımlamaya başlamıştır[16]. Bununla birlikte, mutlak egemenliğin geleneksel kavramları her zaman yoğun bir münakaşa konusu olmuştur. Daha önce bu, dini gelenek yoluyla iken, şimdi artık küreselleşme, çokuluslu şirket çıkarları, devlet dışı aktörlerin terörü, vb. yoluyladır.

Sonrasında, hem doğal hukukun sınırlamalarını hem de yalıtılmış bir egemen güç fikrini reddeden Rousseau'ya göre, egemenlik bir siyasi topluluğa devredilmiştir; yani gerçek egemen güç, meşru ve ahlaki bir hükümet sistemi kuran bir sosyal anlaşma oluşturmak üzere bir araya gelen insanlardır. Zaman geçtikçe, siyasal egemenliğin hukuksal egemenliğe dönüşümü hızlanmış ve bazı hukuki hak ve görevleri olan Devletin hukuksal karakteri, uluslararası hukuk kıyafeti altında somutlaştırılmıştır.

2. Hukuki Egemenliğin Durumu

Daimi Uluslararası Adalet Divanı (DUAD) içtihadı, yasal egemenliğin ve egemen güç eşitliğinin gelişimi konusunda yararlı bilgiler sağlar[17]. *Palmas Adası* davasında Mahkeme, "Devletler arasındaki ilişkilerde egemenlik, bağımsızlığı işaret eder, dünyanın bir bölümü ile ilgili olarak

11 İnsan Hakları İzleme Örgütü, Dünya Raporu. 2015, Pakistan, Web. 03 Nisan 2016, <https://www.hrw.org/world-report/2015/country-chapters/pakistan>

12 Genel olarak Bkz. John Hilla, "The Literary Effect of Sovereignty in International Law", 14 *Widener L. Rev*. 77.

13 Austin John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Londra, Weidenfeld ve Nicolson, 1995, s. 195. ,

14 Bkz. Şah Sikander, No.1, s. 21.

15 Bkz. Şah Sikander, No.1, s. 18.

16 R. Jackson, *Sovereignty: The Evolution of an Idea*, Cambridge, Polity Press.

17 Bkz. J. Hilla, "The Literary Effect of Sovereignty in International Law".

egemenlik, diğer herhangi bir devlet istisna olmak üzere, devletin fonksiyonlarını uygulama hakkı demektir[18]. DUAD, uzunca bir süre, egemenliğin kavramsal olarak kesin olmadığını ve "uluslararası ilişkilerin gelişimine bağlı olduğunu" ileri sürmüştür[19]. Wimbledon kararında PCIJ, bir devletin çeşitli egemen hakları üzerinde "sözleşme" yapmasının mutlaka egemenliğini kaybetmesi anlamına gelmediğini belirterek, "Yükümlülük yaratan herhangi bir anlaşma devletin egemen haklarının kullanılmasına bir sınır koyar, bu kapsamda bu hakların belirli bir şekilde kullanılmalarını gerektirir. Fakat uluslararası angajmanlarda bulunma hakkı, devlet egemenliğinin bir özelliğidir" demiştir[20].

Modern yasal egemenliğin parametreleri, en açık ifadesini 1927'deki *SS Lotus*[21] davasında bulmuştur. Bu davada DUAD, yasal yargılamanın bölgesel olduğunu ve bir uluslararası antlaşma ya da teamül hukuku bu izni vermediği sürece, bir devletin kendi toprakları dışında yargı yetkisini kullanamayacağını belirmiştir. Mahkeme ayrıca, bir devletin, uluslararası hukukun bunu yapmasına izin veren belirli bir kuralı olmasa bile, yalnızca uluslararası hukukun yasaklayıcı kurallarıyla sınırlandırılmış olarak, kendi topraklarında herhangi bir konuda kendi yargı yetkisini kullanmak üzere geniş bir takdir yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir[22].

Egemenlik kavramını uluslararası bağlamda yerleştirmek, devletlerin uluslararası siyasete haklı bir giriş yapabilmesi için bir kriter olarak hizmet eder. Sadece egemen bir siyasi varlık, diplomatik ilişkiler kurma, yargılama yetkisini kullanma ve diğer devletlerin egemenliğini tanıma haklarına sahiptir.

Devlet egemenliği en net ifadesini, Birleşmiş Milletler Tüzüğü Taslağının 2. maddesinde bulmuştur; bu madde, uluslararası ilişkilerin egemen güç eşitliğine[23] dayandığını, bu devletlerin "herhangi bir devletin toprak bütünlüğüne karşı tehdit oluşturmaktan veya siyasal bağımsızlığı üzerinde kuvvet kullanmaktan kaçınması gerektiğini"[24] belirtmekte ve üye devletlerin yerel yargı alanındaki konularda müdahale edilmemesinin, Tüzüğün VII. Bölümü[25] uyarınca verilen kararların uygulanmasını sağladığını vurgulamaktadır. Madde 2(4)'te kullanılan "toprak bütünlüğü" ve "siyasi bağımsızlık" terimleri, Tüzüğün egemen güç eşitliğine[26] dayalı güç kullanımına ilişkin yasağını ifade eder; dolayısıyla adil bir savaşa girme hakkı hariç tutulmuştur[27].

Bununla birlikte, toprak bütünlüğü ve siyasi bağımsızlık biçimindeki devlet egemenliği mutlak değildir. Bölüm VII, Madde 39 uyarınca Güvenlik Konseyi, "Barışa karşı herhangi bir

18 Palmas Adası (Neth ile ABD), 2 R. Int'l Arb. Awards 829 (Perm.Co., 1928).

19 Koskenniemi, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, New York, Cambridge Üniversitesi Baskısı, 2001.

20 S.S. Wimbledon, (İngiltere, Fr., İtalya, Japonya ile. F.R.G.), 1923 P.C.J.J. (Seri A) No 1, 25, ,17 Ağustos, günü.

21 Daimi Uluslararası Adalet Divanı, P.C.J.J. (Seri A) No. 10 (1927).

22 Bkz. Koskenniemi, " *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*", s. 220.

23 BM Şartı Madde 2 (1). ("Örgüt, tüm Üyelerinin egemen eşitliği ilkesine dayalıdır").

24 Adı geçen eser. Madde 2 (4). ("Bütün Üyeler, uluslararası ilişkilerinde herhangi bir devletin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı olan veya Birleşmiş Milletlerin Amaçlarıyla çelişen herhangi bir tehdit veya güç kullanımından kaçınacaktır").

25 Adı geçen eser. Madde 2 (7). ("Bu Tüzükte yer alan hiçbir şey, Birleşmiş Milletlere, esasen herhangi bir devletin ulusal yargı yetkisine giren konularda müdahale etme yetkisi vermez veya Üyelerden bu Şartları işbu Tüzük çerçevesinde uzlaşma için sunmalarını talep etmez; ancak bu ilke, Bölüm VII kapsamındaki yaptırım önlemlerinin uygulanmasını etkilemez.").

26 Nincic Dura. *The Problem of Sovereignty in the Charter and in the Practice of the United Nations*. Brill Arşivi, 1970, s. 72.

27 Adı geçen eser. 73'de.

tehdidin, barış ihlalinin veya saldırı eyleminin varlığını belirleme ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da tekrar sağlanması için madde 41 ve 42'ye uygun olarak alınacak önlemler konusunda tavsiyelerde bulunma ya da karar verme" yetkisine sahiptir. Bu doğrultuda madde 42'ye göre, silahlı kuvvet kullanılmasını gerektirmeyen önlemlerin "yetersiz kalması ya da yetersiz olduğunun kanıtlanması halinde, bu tedbir, uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da tekrar sağlanması için gerekli olabilecek hava, deniz ya da kara güçleri ile alınabilir. Bu tür bir eylem, Birleşmiş Milletler üyelerinin hava, deniz veya kara kuvvetleri tarafından yapılan tatbikatları, ablukaları ve diğer işlemleri içerebilir."

Dahası, 51. madde, kuvvet kullanma yasağına istisna oluşturmaktadır[28].

3. Politik ve Hukukî Egemenliğin Geleneksel Biçiminin Eleştirisi

Siyasal ve yasal egemenliğin geleneksel biçimleri ve uygulanması, solcu ve batılı olmayan çıkar grupları tarafından çeşitli nedenlerden ötürü eleştirilmiştir; bu nedenlerin bazıları, egemenliğin bu biçimlerinin, kitlelerin elit yapılar tarafından sömürülmesine ya da toplumda çatışma ve kargaşa yaratılmasına nasıl yol açtığı ile ilgilidir.

Marksistler için, bu neo-liberal egemenlik biçimleri yalnızca kapitalizmin, sınıf çatışmasının yan ürünleri olarak ortaya çıkan uzantıları ve araçlarıdır; bunlar, proletaryanın eskisini yıkmak için haklı olarak direnmesi gereken burjuvazi seçkinlerinin bir yaratımıdır. Örneğin Chris Harman, egemenliğin kılık değiştirmiş halini kullanabilecek olanın belirli bir kapitalist sınıf ya da kapitalist çıkarlar olmadığını; siyasal ve kapitalist sınıfın egemenlik kullanımında birbirlerinden ayrılamayacağını savunur[29].

Feministlere göre egemenlik, ataerkil ya da erkek egemen bir toplumu sürdürmek için bir araç algısıyla birlikte, toplumu iktidar ilişkilerinin bir ürünü olarak şekillendiren, sınıflar arasında var olan cinsiyet ya da cinsiyet rolleridir[30]. Hem Chinkin hem de Charlesworth, devletlerin egemenliğinin kadınların yaşadığı eşitsizliği meşrulaştırdığı ve kadınların insan haklarını koruyan uluslararası yasaların gelişmesini zayıflattığı görüşünü destekler[31].

Sömürge sonrası akademisyenler, küreselleşmenin kurulumunu ve uluslararası hukuk kapsamında devlet egemenliğinin mevcut biçimini, Batı'nın uluslararası ilişkilerde Üçüncü Dünya'nın bayağılığını ve ötekiliğini güçlendiren, kendi egemenlik versiyonlarını uyguladığı, güçlü Batılı devletlerin[32] Üçüncü Dünyaının ekonomik ve politik hâkimiyetini başarıyla yerine getirdiği bir araç olarak görmektedir[33].

---

28 B.M Tüzüğü, Madde 51. (Bu Tüzükte yer alan hiçbir şey, Birleşmiş Milletlerin bir Üyesine karşı silahlı saldırı olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barışı sağlamak için gerekli önlemleri alıncaya kadar, bireysel ya da toplu kendini savunma hakkını engellemez. Bu kendini savunma hakkının kullanılması hususunda Üyeler tarafından alınan tedbirler derhal Güvenlik Konseyine bildirilir ve Güvenlik Konseyinin, bu Tüzük kapsamında, herhangi bir zamanda uluslararası barış ve güvenliği sürdürmek veya sağlamak için gerekli gördüğü adımları atma yetki ve sorumluluğunu etkilemez.").

29 O'Kane, Chris. "State Violence, State Control: the Marxist State Theory and the Critique of Political Economy". *ViewPoint Magazine,* 29 Ekim 2014, Web. 03 Nisan 2016 <https://viewpointmag.com/2014/10/29/state-violence-state-control-marxist-state-theory-and-the-critique-of-political- economonomy/>

30 Mackinnon, Catherine A. *Towards a Feminist Theory of the State*. Cambridge: Harvard Üniversitesi Baskısı, 1989.

31 Alvarez, Jose E. Review: *The Boundaries of International Law*.

32 Chimni, B.S. "Third World Approaches to International Law", *Uluslararası Topluluk Hukuku İncelemesi*, 2006, s. 3-27.

33 Pourmokhtari, Navid. "Abstract: A Post-Colonial Critique of State Sovereignty in : the contradictory legacy of a 'West-centric' discipline". *Third World Quarterly* 23:10 2013.

İslami bir eleştiri uyarınca, Westfalen egemenliği, Müslüman milletlerin Batılı emperyal güçlere kendi halklarından daha fazla sadakat göstermelerine yol açmıştır[34].

4. Egemenliğin Konvansiyonel Normları Pakistan'daki Çatışmaya Nasıl Katkıda Bulunur?

Devlet egemenliğinin geleneksel biçimlerinin uygulanması, Pakistan'da birçok tehlikeli silahlı çatışmayı yaratmış ve canlandırmıştır. Bu temel hak Pakistan'ın, vatandaşlarına temel insan haklarını sağlamak için herhangi bir sorumluluk yüklenmeden, topraklarını (örneğin FATA)[35] korumasını ve kontrol etmesini sağlamıştır. Yurtiçinde resmi yasal statü olmaksızın, bu topraklar yine uluslararası hukuk çerçevesindeki devletin hâkimiyetinde olacaktır.

Egemenlik hukuku, hegemonik güçlerin, uluslararası barış ve güvenliğe yönelik tehdit oluşturduğunu ilan ederek, diğer ulusların vatandaşlarının hayatlarını korumak için (Koruma Sorumluluğu) geleneksel yasaların gerekçelerini kullanarak, ya da insani müdahale gerekçesiyle, Birleşmiş Milletlerin gücü yöneten mekanizmaları vasıtasıyla zayıf ulusların devlet egemenliğini göz ardı etmelerine keyfi olarak izin vermektedir.

Devlet egemenliği yasası cinsiyete dayalı değildir; Pakistan durumunda bu, ataerkil kontrolün tüm kamu seviyelerindeki - yerel, bölgesel ve ulusal - güce karşı güçlenmesine yol açmıştır. Egemenlik doktrini dinin kamusal alanda oynadığı rolü onayladığı ve kadınların daha çok bulunduğu özel alandaki iktidar rolünü göz ardı ettiği için, aşırı dini ideolojinin Pakistan'da gelişmesine izin verilmiştir.

B. "UtiPossidetis" Uluslararası Hukuk Geleneksel Normu

Utipossidetis, sömürgecilikten doğan devletlerin, sömürge idari sınırlarını bağımsızlık döneminde çizilmiş olarak miras aldığını belirten genel bir uluslararası hukuk ilkesidir[36]. İlk başta Cumhuriyetçi Roma yasasında, yıkıcı yöntemlerle, şiddet yoluyla veya geçersiz kılınabilir bir sözleşme yoluyla edinilmediği sürece, pretor'un, anlaşmazlık konusu araziyi dava süresince geçici olarak mülk sahibine verdiği bir ilke olmuştur[37]. Uluslararası hukuka göre dönüştürülmüş biçimiyle, 1800'lü yılların başlarında eski İspanyol Latin Amerika topraklarının, ayrıca 1950'lerden başlayarak eski Avrupa Afrika ve Güneydoğu Asya topraklarının coğrafi sınırlarının belirlenmesinde önemli bir yer tutmuştur[38].

Utipossidetis, başlangıçta post-kolonyal dönemde[39] güçlü bir destekle karşılanmış ve bir avuç vakanın tamamında uygulanmıştır[40]. *Sınır Anlaşmazlığı* davasında (Burkina Faso ile Mali)

34 Asfaruddin, Asma, *Islam, the State and Political Authority*. Bakingstoke: Palgrave Macmillan, 2011.

35 Bkz. Pakistan Anayasası Madde 246. ("Federal Olarak Yönetilen Kabile Bölgeleri, yedi kabile kuruluşundan ve altı sınır bölgesinden oluşan yarı otonom bir bölgedir. Bu bölgeler, Sınır Suçları Yönetmeliği (Frontier Crimes Regulation) olarak bilinen özel kanunlar çerçevesinde yönetilir. Federal hükümet bölgede yürütme yetkisini bu kanunlar aracılığıyla sürdürür. Yargının iradesi FATA'ya kadar uzanmaz").

36 Fox, Gregory H.,"Self-Determination in the Post-Cold War Era- A New Internal Focus", 16 AİHM. J. INT'L. L.733, 747-52 (1994).

37 Moore, John Bassett, "*Costa Rica-Panama Arbitration: Memorandum On UtiPossidetis"*. Hardpress Publishing 2012, s. 5-8.

38 Herring, Hubert, *A History of Latin America*, Random House 1955, s. 260-91, 434-37; *The Times Dünya Tarihi Atlası*. (Geoffrey Parker ed., 4. baskı) Times Books, 1993, s. 223.

39 Bkz. Shah, Sikander, "An In-Depth Analysis of the Evolution of Self-Determination under International Law and the Ensuing Impact on the Kashmiri Freedom Struggle, Past and Present", 34 N. Ky.L. Rev. 29 (2007).

40 Hannum, Hurst, Autonomy, Sovereignty and Self-Determination, Philadelphia, Pennsylvania Üniversitesi Baskısı 1996, s. 36; *UtiPossidetis*, 1962'deki Ruanda-Urundi anlaşmazlığında ve İngiliz Kamerunların bölünmesinde dikkate alınmamıştır.

ICJ, *utipossidetis*'in, dekolonizasyon davalarına uygulandığında bir "genel kapsam kuralı" olduğu görüşünü dile getirmiştir[41]. Bugün, devletlerin karşılıklı anlaşma ya da uzlaşma yoluyla sınırlarını değiştirmeleri engellenmiş olmasa da, *utipossidetis* geleneksel hukukun[42] yerleşik bir normu olarak görülmektedir[43]. Bununla birlikte *utipossidetis*, hem tasarımı hem de etkileri konusunda tamamen verimli değildir. Latin Amerika devletleri vakasında, sürekli değişen toprak düzenlemeleri, yerli coğrafyayla ilgili bilgi eksikliği nedeniyle açık veya belirgin olarak sınırlandırılmış sınırların bulunmaması ve bölgesel ve ulusal çapta politik gerilimler[44], nihai sınır belirlemelerinin genellikle açık ihtilaf[45] veya tahkim anlaşmaları gibi diğer yöntemlerle yapılmasına neden olmuştur[46].

Dahası, sınır ayrımı etkilerinde, *utipossidetis juris* ile *utipossidetis defacto* normları arasında gözle görülür bir gerilim vardır. Eski norm, sınırların belirlenmesi amaçları bakımından tasarruf hakkıyla ilişkili yasal belgelere odaklanırken, ikinci norma kapsamında, bağımsızlık döneminde toprakların hangi devlete ait olduğu hususu, temel olarak sınırların belirlenmesinde esastır[47]. Tarihsel olarak, bu iki pozisyon arasındaki göreceli öncelik sırası, uluslararası hukukta belirsizliğini korumuş ve uluslararası arabulucular kendilerini tartışmanın her iki tarafında bulmuştur[48]. Bununla birlikte, son zamanlarda *utipossidetis juris,* toprak sahibi olma kanıtını tamamen dışlamamasına rağmen daha fazla ilgi görmüştür[49].

1. Uti-Possidetis Eleştirisi

Sömürgecilik sonrasında birçok akademisyen, utipossidetis normunun devletler tarafından onaylanmasını ve kabullenilmesini aşırı derecede abartılmış bulmakta ve yasal boyutunu sorgulamaktadır. Onlara göre, normun gerçekte uygulanması, birçoğu daha önce sömürge güçleri olan güçlü Batılı ülkelerin stratejik ve ekonomik menfaatlerini koruyarak, çıkarlarına hizmet eder. Bu konuda sıklıkla verilen bir örnek, İngilizlerin, petrol kaynaklarını kendi çıkarı için kullanmak amacıyla Kuveyt'i Irak topraklarından dışına sürmeleridir.

Bu norm uyarınca, göçmen toplulukları derinden etkilenmiş ve birçok yerli ve etnik topluluk bölünmüş veya düşman etnik grupların kontrolünde tutulmuştur. Marksistler için bu norm, doğal kaynakların ticari sömürüsünü emperyalist güçlerce sürdüren ve göçmen işgücünü ve işçileri olumsuz etkileyen elit yapıların çıkarlarına hizmet etmektedir. Feminist bakış açısı, bu normun, devletin uluslararası ilişkilerdeki merkezi figür rolünü güçlendirdiği ve böylece toplumsal alanı kadınları dışlayan dar aralıklarla tanımladığı konusunda eleştiri getirmektedir. Normun feminist eleştirisine göre *utipossidetis*, kadınların yararlandığı korunma tedbirlerine engel

41 1986 ICJ REP. 565'te.

42 Sorel, Jean-Marc Sorel ve Mehdi, Rostane, "L'utilisation la consecration juridique et la pratique: essai de reactualisation", 40 Annuaire Francais de Droit International, 11 (1994), s. 12.

43 Higgins, Rosalyn, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, Clarendon Press 1995, s. 122.

44 Boggs, S. Whitemore, *International Boundaries: A Study of Boundary Functions And Problems*, NewYork, Columbia Üniversitesi Baskısı, 1940, s. 17.

45 Bkz. örneğin, 1971 Hindistan-Pakistan Savaşı ve Bangladeş Sınır Tespiti.

46 Bkz. Hummer, Waldemar, *Boundary Disputes in Latin America*, Kamu Uluslararası Hukuk Ansiklopedisinde (Rudolf Bernhardt ed., 1992) s. 464, 465-72.

47 Bkz. Ratner, Steven R, n87: Bkz, örn, Honduras Sınırları Örneği (Guat./Hond.), 2 R.I.A.A. 1309, 1323 (1933) (üç yargıç paneli) (Honduras juris'i ve Guatemala facto'yu savunur).

48 Waldock, C. H. M., "Disputed Sovereignty in the Falkland Islands Dependencies". 25 *BRIT. Y.B. INT'L L.* 311, 325 (1948).

49 Bkz. Land, Island, 1992 ICJ REP. s. 386-387 iki tarafın da utipossidetis juris'i kabul ettiğini belirten sınır anlaşmazlığı, 1986 ICJ REP. (dönüşümlü şekilde utipossidetis ve utipossidetis juris kullanan) s. 565.

olmakta ve ayrıca insan güvenliğine karşı toprak bütünlüğüne ve milli güvenliğe öncelik verme etkisi göstermektedir.

2. Uti-Possidetis'in Pakistan'daki Çatışmaya Katkısı

Aslında tüm Pakistan'ın dış sınırları yapaydır. Bazıları toplulukları din temelinde bölmüşken, diğerleri İngiltere tarafından kendisi ve SSCB arasındaki tampon bölgeleri korumak için çizilmiştir. Burada sınırlar, etnik ve göçmen toplulukları bölmüş veya çok az ortak noktası olan toplulukları (Doğu ve Batı Pakistan örneği) başarısız bir şekilde bağlamaya çalışmıştır. Doğal olarak, bu çarpıtmalar Pakistan'da ve çevresinde çatışmalara neden olmuştur[50].

Bu sınır bölünmelerinden en fazla batı sınırları yakınında ikamet eden yerli halk etkilenmiştir; çünkü bu insanlar İngilizler tarafından sömürgecilik ve ihmalin en uç biçimlerine maruz kalmıştır. Sonrasında, Pakistan Devleti tarafından Pakistan'ın batı sınır bölgelerindeki halka yapılan muamele benzer bir seyir izlemiştir; sonuç olarak yaratılan toplumsal ve ekonomik yoksunluklar ve bu ulusal sınırların Afganistan'ın yanı sıra yerel topluluklar tarafından reddedilmesi, Pakistan'ın sınır bölgelerindeki çatışmalara büyük ölçüde katkıda bulunmuştur.

Keşmir'in kendisi, Pakistan için varoluşsal bir anlaşmazlık ve önemli bir çatışma kaynağıdır. Keşmir, Hindistan ve Pakistan (sonuncusu ikisi de nükleer silah sahibi olan ülkeler arasında gerçekleşmiştir) arasındaki, tamamı Keşmir'in siyasi varlığına ve Keşmir halkının siyasi kimliğine ilişkin olarak *utiposseditis'*in sebep olduğu işlev bozukluklarına dayan üç büyük savaşta önemli bir faktör olmuştur.

C. Uluslararası İnsan Hakları Çerçevesinin Durumu

Modern Uluslararası İnsan Hakları çerçevesi, İkinci Dünya Savaşı öncesinde ve sırasında yapılan sistematik gaddarlıklara tepki olarak oluşmuştur[51]. II. Dünya Savaşı'ndan sonra, yeni kurulan Birleşmiş Milletlerin himayesinde, tüm insanların haklarını hem uluslariçi hem de uluslararası olarak koruma görevini devletlerin üstünde tutan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (UDHR) kesin ve açık olarak belirtilmiştir.

Bu evrensel yükümlülükler, insan haklarına uymakla daha az ilgili, ancak devletler arasındaki iktidar ilişkileri ile daha fazla ilgili nedenlerle devletler tarafından birbirlerine karşı bir araç olarak kullanılmıştır. Neredeyse hiçbir devlet, çoğu insan hakları ihlalinin esasen gerçekleştiği yer olan yurtiçinde insan hakları yükümlülüklerini yerine getirmekteki hatalarından ötürü sorumluluk kabul etmemektedir. Ancak, geleneksel insan hakları kurumları BM Tüzüğünün yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkmasına rağmen, insan hakları politikaları, mevcut Birleşmiş Milletler sistemi için daha erken bir tarih vermektedir. Sömürgecilik karşıtı hareketler esasen insan hakları özgürlükçü hareketleri olmuştur, ancak emperyal devlet güçleri, sömürge çıkarlarına aykırı olduğu için bu mücadelelerin bir insan hakları söylemi yoluyla tanınmasına izin vermemiştir. Gerçekten de, bütün sömürgeleştirilmiş popülâsyonlar özgürlük mücadelelerinin evrenselliğinin ve temel, önemli bir insan hakkı olarak kendi kendilerini yönetme haklarının farkına varmıştır.

Soğuk Savaş politikaları ve Batı ile Sosyalist blok arasında insan haklarının tanımındaki ideolojik uyuşmazlıklar, Programlı UDHR'nin, toplu olarak Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmesi olarak anılan bir değil iki bağlayıcı, fakat muhtemelen farklı insan hakları belgesini üretmesinin yirmi yılı aşkın bir zaman aldığı anlamına gelir: Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmesi: Sivil ve

50 Bkz. Bergen, Peter ve Tiedaman, Katherine, *Talibanistan: Negotiating the Borders Between Terror, Politics, and Religion*. Oxford, Oxford Üniversitesi Baskısı, 2013.

51 Steiner, Henry, Alston, Philip ve Goodman, Ryan. *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, New York, Oxford Üniversitesi Baskısı, 2008, Önsöz.

Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (ICCPR)[52] ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (ICESCR)[53]. Birincisi, kazanılmış bireysel sivil ve siyasi haklar[54] biçimindeki olumsuz özgürlüklere, ikincisi, sosyo-ekonomik ve kültürel hak ve özgürlükleri korumayı amaçlayan pozitif haklara odaklanmıştır - yeterli devlet kaynaklarının mevcudiyetine bağlı olarak. Dahası ICESCR, grup ve kolektif hakları da tanımaktadır.

Sonrasında, tamamı savunmasız olmayan bazı grupları koruma çabasıyla bir dizi tematik insan hakları enstrümanı hazırlanmış ve dünya topluluğu tarafından yaygın şekilde onaylanmıştır. Bu sözleşmeler, sivil-politik, sosyo-ekonomik ve kültürel korumaların bir karışımından oluşmakta ve şunları içermektedir; Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme (KAOK)[55], Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (ÇHS)[56] ve Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme[57].

1. Uluslararası İnsan Hakları Çerçevesinin Eleştirisi

Uluslararası insan hakları paradigmasının mevcut çerçevesi ve işleyişi, post-sömürgeciler, Marksistler, İslamcılar, feministler ve benzerleri tarafından derinden eleştirilmiştir. Uluslararası hukukun önde gelen bir üçüncü dünya akademisyeni olan Baxi'ye göre, insan haklarının dili ve mantığı, insan haklarının siyasetinde yönetişim ve hâkimiyetin meşrulaştırılması için kullanılmaktadır; böylece, egemen devletlerin gücü, dünyanın geri kalan kısmında insanların uğradığı haksızlıkları ve çektiği acıları çoğaltacak şekillerde evrenselleştirilmektedir[58]. Feministlere göre, uluslararası hukukun bir alt kategorisi olan insan hakları, derinden cinsiyetçidir. İnsan haklarının korunması, öncelikle kamusal alanda devlet tarafından işlenen ihlallere kadar uzanmaktadır; özel alanlardaki veya özel vatandaşlar tarafından yapılan ihlalleri kapsamaz. Bununla birlikte çoğu kadının insan hakları, kadınlara az ile hiç arası koruma sağlayabildiği bir alan olan aile içi güçler veya toplum güçleri yoluyla ihlal edilmektedir. Doğal olarak, bu tür şiddeti sürdürenlerin çoğu cezasız kalmaktadır ve devlet genellikle, doğrudan suç ortağı olmasa bile, kadınlara karşı toplumsal olarak çeşitli biçimdeki şiddet ve baskıya göz yummaktadır[59].

2. Uluslararası İnsan Hakları (IHR) Çerçevesinin Pakistan'daki Çatışmaya Etkileri

Uluslararası (evrensel) insan hakları hukukunun çerçevesi, Pakistan gibi ülkelerde geçerli olan yerel - sosyal ve kültürel - duyarlılıkları ve koşulları yeterince açıklamaktan uzaktır. Bu durum, Pakistan'daki çatışma durumuna karşı mücadele etmekten ziyade katkıda bulunmuştur. Tarihsel olarak Batılı geleneklere ve değerlere dayanan bir hukuk organı olarak, Uluslararası insan hakları

52 Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200A (XXI) sayılı Genel Kurul kararı ile kabul edilmiş ve imza, onay ve erişim için açılmıştır, 3 Ocak 1976'da yürürlüğe girmiştir.

53 Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200A (XXI) sayılı Genel Kurul kararı ile kabul edilmiş ve imza, onay ve erişim için açılmıştır. 23 Mart 1976'da yürürlüğe girmiştir.

54 Nickel, James, " Positive Or Negative Duties? James Nickel, How Human Rights Generate Duties To Protect And Provide,15 Hum. Rts. Q. 77 (1993), s. 80.

55 Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi, New York, 18 Aralık 1979.

56 Çocuğun Hakları Sözleşmesi, 20 Kasım 1989 tarih ve 44/25 sayılı Genel Kurul Kararı ile kabul edilmiş ve imza, onay ve erişim için açılmıştır. 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

57 Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunması Uluslararası Sözleşmesi, 18 Aralık 1990 tarih ve 45/158 sayılı Genel Kurul Kararı ile kabul edilmiştir.

58 Baxi, Upendra, *The Future of Human Rights*. Seattle: Stranger Journalism, 2008.

59 Charlesworth, Hilary ve Chinkin Christine, " The Gender of Jus Cogens", *Human Rights Quarterly*, 15 (1), 63-76 (1993).

hukukunun Pakistan'daki uygulaması, kentsel sivil toplum kuruluşları tarafından uygulanmaya çalışılmış, zengin ve güçlü siyasi seçkinler tarafından yürütülmüş ve Batı bağış kurumları tarafından yoğun bir şekilde finanse edilmiştir.

Dolayısıyla, IHR hukukunun uygulanması Pakistan'da sadece sıkıntılı olmamış, aynı zamanda mevcut haliyle yansıması ve tanıtımı, yerel toplumsal iktidar yapılarına yönelik bir tehditten korkarak, bu kanunlardan yararlanması beklenen topluluklar üzerinde genellikle şiddet kullanan geleneksel ve muhafazakâr topluluk liderlerini derin biçimde kızdırmıştır[60].

IHR hukukunun mevcut çerçevesi, yalnızca devletin insan haklarının koruyucusu olmasını sağlar. Dolayısıyla, devlet ile doğrudan bağlantılı olmayan, ancak gerçekte çoğunlukla iç sosyal adalet programları vasıtasıyla devlete yerleştirilen – ve aslında en çok insan hakları korumasını sağlayan - diğer toplumsal, siyasi ve topluluk örgütlerini haklarından mahrum eder. Ortaya çıkan çatışma genişler ve bunun yükü, filizlenen şiddetin ortasında kalan siviller tarafından karşılanır. Uluslararası insan hakları adına devam eden bu çatışma biçimi Pakistan'ın çeşitli illerinde görülebilir[61].

D. Sonuç

Tarihsel açıdan uluslararası hukuk, uluslararası siyasi düzende resmi gücü sürdürmek ve - başlangıçta sömürgeci güçler için ve daha sonra emperyal devletler için - küresel kaynakları kontrol etmek için etkili bir araç olduğunu kanıtlamıştır. Geleneksel olarak, uluslararası hukukun formülasyonu demokratiklikten son derece uzak olmuş ve kolonyal işgal altında yaşayan halkların hak ve çıkarlarını göz ardı etmek suretiyle sömürgeleri sürdürmek ve kendi çıkarı için kullanmak amacıyla, uygulanmasını desteklemek için uluslararası kurumlar oluşturulmuştur[62].

Çağdaş çatışmalar, öncelikle uluslararası hukukun oynadığı sömürücü rolün ve bunun yanı sıra, yeterince göreceli olmadığı, uluslararası toplumun gerçek bir uzlaşması üzerine inşa edilmediği ve toplumlar arasındaki sosyo-ekonomik, kültürel ve siyasi farklılıkları anlamlı bir biçimde hesaba katmadığı gerçeğinin bir sonucudur.

Uluslararası hukuktaki eksiklikler bir dereceye kadar giderilmeye başlanmıştır. Bu değişiklik, kolonilerin, *opinio juris* ve devlet uygulamasından ziyade, özellikle antlaşma yasası yoluyla, uluslararası hukukun geliştirilmesine katılan küresel toplum camiası tarafından bağımsız devletler olarak tanınmasına ve bağımsız devletlere dahil edilmesine bağlanabilir. Deniz Hukuku, bu uygulamanın başlıca örneğidir; deniz hukuku ile ilgili enstrümantal antlaşmanın taslağına, boyutlarından ya da etkilerinden bağımsız olarak, neredeyse tüm mevcut devletler katıldığından, uluslararası hukukun görece daha adil bir derlemesidir.

Küresel ve yerel kavramlar arasında doğrudan bir bağ kurulması ve devletin rolünün bir ara bulucu seviyesine indirgenmesi gerekmektedir. Uluslararası hukukun dikey ve yatay boyutlarının bu şekilde bir araya getirilmesi, toplumdaki tüm çıkar gruplarını ve sınıfları daha fazla temsil edeceğinden, daha fazla meşruiyet kazanmasını sağlayacaktır. Global çatışma, bu bağlamda gerçekten hafifletici bir rol oynayan uluslararası hukukla birlikte otomatik olarak dağılacaktır.

60 "Deplorable State of Human Rights" *The Nation* (18 Mart 2016), Ağ. 06 Nis 2016, http://nation.com.pk/letters/18-Mar-2016/deplorable-state-of-human-rights

61 Şah, Sikander Ahmed, «Another Solution?" *Dawn*, 7 Nisan, 2015, Web. 14 Nisan 2015, http://www.dawn.com/news/1250458/another-solution

62 Şah, Sikander Ahmed, «Another Solution?" *Dawn*, 7 Nisan, 2015, Web. 14 Nisan 2015, http://www.dawn.com/news/1250458/another-solution

THE HEGEMONIC STRUCTURE OF INTERNATIONAL LAW AND ITS CONTRIBUTION TO CONFLICT

Sıkander Ahmed Shah

I. Introduction

This paper attempts to outline the weaknesses inherent in International Law and identify the ways in which international relations and international law are structured to encourage, and in some situations cause, conflict[1]. Drawing upon Marxist, Feminist, Postcolonial and Third World Approach scholarship, this paper will argue that the status quo of International Law has an ideological leaning, which is evident in its employment of concepts such as sovereignty, human rights, terrorism and conflict, etc.

The discussion will be divided into two main parts. The first part of the paper will briefly lay down the theoretical and philosophical foundations of the critique. The second will describe the skewed nature and the impact of international law norms on the political economy of conflict, by bringing about a discussion of the origin and development of each norm. Cumulatively, this paper will aim to provide both an internal and external critique of international law and its influence on state institutions. The state of Pakistan will often be used an example to test this hypothesis.

Formal approaches to international relations have been criticized by many scholars for relying upon universalist and positive presuppositions that seem to have become moot[2]. This paper will argue against the monistic claims of Standard theorists, offering that there is a need for alternative theoretical perspectives[3] concerning the relationship between international law and conflict, owing to the fact that current critiques are arising only from within the current system of international law.

The paper will first briefly entertain the presumptions of Liberal/Realist theory (the Standard Model) that assume the primacy of the state and its institutions in its analysis of conflict. This description is important as it will later demonstrate how the nature of the Westphalian state promotes conflict in certain types of states because of the uniquely European historical, political and social contingencies that gave birth to it[4]. The inability of states such as Pakistan to manifest similar structures and institutions post-decolonization/independence because of the effects of institutional transplantation are evident. In this vein, colonial frameworks and legacies (social/political/economic) have constrained or otherwise adversely affected decolonization efforts in Pakistan[5].

Having dealt with the theoretical aspects, the paper will proceed to discuss certain essential

---

* Associate Profssor of Public International Law at the Lahore University of Management Sciences in Lahore, Pakistan

1 *See.* Shah, Sikander A., *International Law and Drone Strikes: The Legal and Socio-political Aspects,* London, Routledge, 2015.

2 *See,* Jervis, Robert, *Perception and Misperception in International Politics*, New Jersey, Princeton University Press, 1976. ,Stoessinger, John G. *Why Nations Go to War*, Cengage Learning, 2010.

3 Rajagopal, Balakrishnan, *International Law from Below, Development, Social Movements and Third World Resistance*. Cambridge, Cambridge University Press, 2003. .

4 Bobbitt, Philip, *The Shield of Achilles: War, Peace and the Course of History*, London: Allen. Neocleous, Mark. "Off the Map, On Violence and Cartography" *European Journal of Social Theory* 6.4 (2003): 409–25; Waltz, Kenneth. *Man, the State and War*. New York: Columbia University Press, 1959.

5 *See.* Waltz, Kenneth, "*Man, the State and War*", p. 11.

principles of international law to elucidate its lopsided nature. These areas include the following: 1) sovereignty; 2) the principle of *utipossidetis juris*[6]*; and* 3) universal human rights.

In each case, it will be evident that the modern treatment of these principles prejudices the global South's interests. It will also be demonstrated how these principles are inconsistently employed within the Western tradition through their manipulation by powerful international actors.

All in all, this paper will question, through the limited lens of international law alone, whether it is viable to rely upon "models" of any shape and form that have a claim of generalizability and universifiability.

II. Standard Realist Approaches for Dissecting the Workings of International Law

International law, in general, has been analyzed in light of different theories and schools of thought on both political and legal grounds. The realist approaches all move forward with the idea that, in the space of international law, it is the state that is the central actor; conflict thus derives from states as protagonists when they contend between themselves in one form or another. The standard critique of international law derives mostly from this school of thought.

The modern realist tradition can be divided into different schools: the first of these was posited by Hans Morgenthau, who argued that the nature of the international system can best be understood by considering both the distribution of power of states in it as well as the character of individual states. The character of states is especially important in identifying their revolutionary aspirations or consent to arrangements. As per Morgenthau international law also works indirectly as an influence over domestic politics[7].

Conversely, Kenneth Waltz rejects an approach focused on the domestic character of a state. As a different kind of realist, he finds the distribution of power amongst states as wholly determinative and while not completely rejecting domestic factors, Waltz finds them not relevant enough in the international space[8]. Power is commanded by the powerful and for the benefit of the powerful, hence, international law is a reflection of the power mechanisms between states whereby those in power set the rules that benefit them alone[9].

The most recent realist perspective on international law, however, draws attention to the conflict that emerges from the distribution of resources. The significance of international law is thus presented by its value as a tool of the same power struggle.

This realist model explains some of the reasons as to why weaker states in the international community will always be at a disadvantage. Failed or weak states progressively become a concern for global security, subsequently blamed for global disorder and terrorism and sanctioned and forced to implement policies and laws alien to their domestic contexts and emergent from a bias shown by powerful states. Eventually these weaker or developing states fail to adapt and are thus unable to implement such laws or policies; as a consequence, they continue to remain disadvantaged members of the global community[10].

This failure to adapt can be best witnessed in the case of Pakistan. The most evident violations

6 A principle of international law under which postcolonial states are held to be bound by agreements/treaties entered into by their former colonial rulers.

7 *See.* Jütersonke, Oliver, *Morgenthau. Law and Realism,* Cambridge, Cambridge University Press, 2010. ,

8 *See.* Waltz, Kenneth N, *Theory of International Politics*, New York, Random House. 1979.

9 Krasner, Stephen D, "Realist Views of International Law". *American Society of International Law*, 2002, 265-268.

10 Cecon, Francesco. "International Security and Failed States: A Cause for Concern?" 25. July 2014. Web. 03 Apr 2016, <http://www.e-ir.info/2014/07/25/international-security-and-failed-states-a-cause-for-concern/>.

are related to individual freedoms and freedom of religion and association, often due to sectarian or religious concerns. Pakistan failure to implement its international obligations domestically is also blamed on its inability to adapt because most domestic laws have not been adequately amended to prevent or punish human rights violations, and continue to prioritize one religion over others[11].

III. The Exploitative Role of International Law Norms:

A) The Norm of Sovereignty

1. The Historical Evolution of State Sovereignty

The notion of sovereignty has a long history, drawing primarily from Medieval and Roman law as well as the Aristotelian tradition[12]. Over a period of 500 years, it has had many philosophical manifestations: ranging from a manifestation of *imperium*; to Bodin and Hobbes' absolute, perpetual and legally unencumbered sovereignty of the ruler/monarch; to Austin's idea of a sovereign who enjoys habitual obedience, but doesn't himself obey habitually, thereby creating the basis for social order[13].

While these debates continued to mold the concept of internal sovereignty, external sovereignty found shape in the works of philosophers like Hugo Grotius, Emer de Vattel and many others, based on the notion that "states are obligated to contribute toward the ends of international society--that is, the advancement of their own and other states' perfection--as far as they can, but they owe themselves primary consideration in this regard[14]."

With the conclusion of the Peace of Westphalia in 1648, sovereignty came to define the "removal of the hierarchy between states[15]." where governing bodies within a particular territory were given the absolute right and power to govern said territory without any interference from outside sources or bodies[16]. Traditional notions of absolute sovereignty, however, have always been heavily contested. Earlier it was through religious tradition, now it is through globalization, multinational corporate interests, terrorism by non-state actors, etc.

Later, for Rousseau – who rejected both the limitations of natural law and the idea of an isolated sovereign – sovereignty was vested in a political community; that is, the people were the actual sovereign who came together to form a social contract establishing a system of legitimate and moral government. As time went along, the transformation of political sovereignty into legal sovereignty accelerated and the juristic personality of the State with certain legal rights and duties became concretized under the garb of international law.

2. The Status of Legal Sovereignty

The case-law of the Permanent Court of International Justice (PCIJ) provides useful insight into the development of legal sovereignty and sovereign equality[17]. In the *Island of Palmas* Case, the Court stated that "sovereignty in the relations between States signifies independence, independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion

11 Human Rights Watch, World Report 2015,Pakistan, Web. 03 Apr 2016,< https://www.hrw.org/world-report/2015/country-chapters/pakistan>.

12 *See generally.* John Hilla, "The Literary Effect of Sovereignty in International Law" *14 Widener L. Rev.* 77.

13 Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*. London, WeidenfeldAnd Nicolson, 1995, p. 195.

14 *See.* Shah, Sikander, No.1, p. 21.

15 *See.* Shah, Sikander, No.1, p. 18.

16 R. Jackson, *Sovereignty: The Evolution of an Idea,* Cambridge, Polity Press, 2007.

17 *See.* J. Hilla, "The Literary Effect of Sovereignty in International Law".

of any other State, the functions of a State[18].” For an extended period of time, the PCIJ asserted that sovereignty was not conceptually definitive and was “dependent on the development of international relations[19].” In the *Wimbledon* decision, the PCIJ held that a state did not necessarily lose its sovereignty simply because it had “contracted out” various sovereign rights, further stating that “any convention creating an obligation (...) places a restriction upon the exercise of the sovereign rights of the State, in the sense that it requires them to be exercised in a certain way. But the right of entering into international engagements is an attribute of State sovereignty[20].”

The parameters of modern legal sovereignty found their clearest enunciation in the 1927 *Case of S.S. Lotus*[21], when the PCIJ declared that legal jurisdiction was territorial, and that a State could not exercise its jurisdiction outside its territory unless an international treaty or customary law permitted it to do so. The Court also decided that, within its territory, a state had a wide measure of discretion to exercise its jurisdiction on any matter, even if there was no specific rule of international law permitting it to do so, limited only by the prohibitive rules of international law[22].

Placing the notion of sovereignty in the international context, it serves as a criterion for the states to have a rightful entrance in international politics. Only the sovereign political entity has rights to establish diplomatic relations, exercise jurisdiction and recognize the sovereignty of other states.

With the drafting of the UN Charter state sovereignty found its clearest expression in Article 2, which states that international relations are predicated upon sovereign equality[23], that states must “refrain from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state[24].” and that emphasized non-interference in matters within the domestic jurisdiction of member states, save for enforcement of resolutions issued under Chapter VII of the Charter[25]. The use of terms “territorial integrity” and “political independence” in Article 2(4) predicate the Charter’s prohibition on the use of force based on sovereign equality[26]; the right to engage in a just war is, therefore, excluded[27].

State sovereignty in the form of territorial integrity and political independence is, however, not absolute. Under Chapter VII Art.39, the Security Council is empowered to “determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security.” In this vein Art.42 enumerates that

18 Island of Palmas (Neth. v. U.S.), 2 R. Int’l Arb. Awards 829 (Perm. Ct. Arb. 1928).

19 Koskenniemi, Martti, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*. New York, Cambridge University Press, 2001. ,

20 S.S. Wimbledon, (U.K., Fr., Italy, Japan v. F.R.G.), 1923 P.C.I.J. (ser. A), No. 1, at 25 (Aug. 17).

21 Permanent Court of Int’l Justice, P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (1927).

22 *See,*Koskenniemi, “*The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960”,* p.220.

23 UN Charter Article 2(1). (“The Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its Members”).

24 *Ibid*. Article 2(4). (“All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.”)

25 *Ibid.* Article 2(7). (“Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII.”)

26 Nincic, Dura, *The Problem of Sovereignty in the Charter and in the Practice of the United Nations*. Brill Archive, 1970, p. 72.

27 *Ibid.* at 73.

where measures not involving the use of armed force "would be inadequate or have proved to be inadequate, it may take such action by air, sea, or land forces as may be necessary to maintain or restore international peace and security. Such action may include demonstrations, blockade, and other operations by air, sea, or land forces of Members of the United Nations."

Further, Article 51 creates an exception to the prohibition on the use of force[28].

3. The Critique of Conventional Form of Political and Legal Sovereignty

Conventional forms of political and legal sovereignty and implementation thereof have been critiqued by leftist and non-Western interest groups for a variety of reasons, some of which relate to how such forms of sovereignty result in the exploitation of the masses by elite structures, or create conflict and disorder within society.

For Marxists, these neoliberal forms of sovereignty are merely extensions and instruments of capitalism, emerging as by-products of class conflict; they are a creation of the bourgeoisie elite which the proletariat must rightfully resist for overthrowing the former. For instance, Chris Harman advocates that it is not a specific capitalist class or capitalist interests that may use the disguise of sovereignty, but that the political and capitalist class remains inseparable in the use of sovereignty[29].

For Feminists, it is rather gender or sex roles that exist across classes that shape society as a product of power relations, with sovereignty perceived as a device for sustaining a patriarchal or a male dominant society[30]. Both Chinkin and Charlesworth support the view that states' sovereignty legitimizes the inequality experienced by women and undermines the development of international laws that protect the human rights of women[31].

Post-colonial scholars view the setup of globalization and the current form of state sovereignty under international law as an instrument that successfully achieves the economic and political domination of the Third World by powerful Western states[32], where the West enforces, in international relations, its own versions of sovereignty that reinforces the inferiority and otherness of the Third World[33].

Under an Islamic critique, Westphalian sovereignty has led Muslim nations to display more loyalty to Western imperial powers than to their own populations[34].

28 U.N. Charter Art. 51. ("Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self defense if an armed attack occurs against a Mem- 10 her of the United Nations, until the Security Council has taken the measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self defense shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security.").

29 O'Kane, Chris, "State Violence, State Control: the Marxist State Theory and the Critique of Political Economy". *ViewPoint Magazine,* (29 Oct. 2014), Web. 03 Apr. 2016 < https://viewpointmag.com/2014/10/29/state-violence-state-control-marxist-state-theory-and-the-critique-of-political-economy/>.

30 Mackinnon, Catherine A, *Towards a Feminist Theory of the State*. Cambridge: Harvard Univeristy Press, 1989.

31 Alvarez, Jose E, Review: *The Boundaries of International Law*.

32 Chimni, B.S, "Third World Approaches to International Law". *International Community Law Review*, 2006, p.3-27.

33 Pourmokhtari, Navid. "Abstract: A Post-Colonial Critique of State Sovereignty in: the contradictory legacy of a 'West-centric' discipline", *Third World Quarterly* 23:10, 2013.

34 Asfaruddin, Asma, *Islam, the State and Political Authority*. Bakingstoke, Palgrave Macmillan, 2011.

4. How Conventional Norms of Sovereignty Contribute to Conflict in Pakistan

The exercise of traditional forms of state sovereignty has created and fueled many dangerous armed conflicts in Pakistan. This essential right has allowed Pakistan to maintain and control territories (e.g. FATA)[35] without showing any corresponding responsibility for ensuring the provision of fundamental human rights to the inhabitants thereof. Without formal legal status domestically, such territories still come under the domain of the state under international law.

The law of sovereignty arbitrarily allows hegemonic powers to disregard the state sovereignty of weak nations through the United Nations' mechanisms governing force, by declaring a threat to international peace and security, by employing customary laws justifications on the premise of protecting the lives of citizens of other nations (Responsibility to Protect), or on grounds of humanitarian intervention.

The law of state sovereignty is not gendered; in the case of Pakistan this has lead to the reinforcement of patriarchal control over force at all public levels – the local, regional and national. Extremist religious ideology has also been allowed to thrive in Pakistan because of how the doctrine of sovereignty endorsed the role of religion in the public domain and disregarded the role of power in the private sphere where women are more engaged.

B. The International Law Customary Norm of "UtiPossidetis"

Utipossidetis is a general international law principle under which states emerging from decolonization inherit the colonial administrative borders as demarcated at the time of independence[36]. It was originally a principle in republican Roman law under which the praetor would tentatively award provisional possession of a land in dispute to the possessor during the period of litigation unless it was obtained through subversive means, through violence, or through a voidable contract[37]. In a transformed form under international law, it found significant usage in the determination of the geographical boundaries of former Spanish Latin American territories as early as the 1800s, as well as former European African and Southeast Asian territories beginning in the 1950s[38].

*Utipossidetis*was initially greeted with emphatic support in the postcolonial era[39], and was deployed in all but a handful of cases[40]. In the *Frontier Dispute* case (Burkina Faso v. Mali), the ICJ expressed the opinion that *utipossidetis* is a "rule of general scope" when applied to cases of

35 *See.* Constitution of Pakistan, Art. 246. ("The Federally Administered Tribal Areas is a semi-autonomous region, comprising of seven tribal agencies and six frontier regions. These areas are governed under a special set of laws, known as the Frontier Crimes Regulation, through which the federal government exercises executive authority over the region. The writ of the judiciary does not extend to FATA").

36 Fox, Gregory H.,"Self-Determination in the Post-Cold War Era- A New Internal Focus", 16 *MICH. J. INT'L. L.* 733, 747-52 (1994).

37 Moore, John Bassett, "*Costa Rica-Panama Arbitration: Memorandum on UtiPossidetis*. Hardpress Publishing 2012, p. 5-8.

38 Herring, Hubert, *A History of Latin America*. (Random House 1955) pp. 260-91, 434-37 ;*The Times Atlas of World History*. (Geoffrey Parker ed., 4th ed.) Times Books 1993, p. 223.

39 *See.* Shah, Sikander, "An In-Depth Analysis of the Evolution of Self-Determination under International Law and the Ensuing Impact on the Kashmiri Freedom Struggle, Past and Present", 34 *N. Ky. L. Rev.* 29 (2007).

40 Hannum, Hurst, Autonomy, Sovereignty and Self-Determination, Philadelphia, University of Pennsylvania Press 1996, p.36. *UtiPossidetis*was ignored in the Rwanda-Urundi dispute in 1962 and in the division of British Cameroons.

decolonization[41]. Today, *utipossidetis*is considered an established norm of customary law[42], though states are not barred from altering their boundaries through mutual agreement or compromise[43]. *Utipossidetis,* however, is not entirely efficient when it comes to both its design and effects. In the case of Latin American states the constantly changing territorial arrangements, the absence of obvious or distinctly demarcated boundaries due to the lack of information on domestic geography, as well as regional and intra-national political tensions[44] have resulted in final boundary settlements being determined frequently by other methods such as open conflict[45] or by arbitration agreements[46].

Moreover, there is an observable tension between the norms of *utipossidetis juris* and *utipossidetisdefacto* when effecting boundary delimitations. The former norm focuses on legal documents being dispositive for the purposes of defining borders whereas, under the latter standard, which territory is in possession by a state at the time of its independence principally determines its borders[47]. Historically, the relative order of priority between these two positions has remained unclear in international law, with international arbitrators finding themselves on both sides of the debate[48]. Recently however, *utipossidetis juris* has gained more traction, though not to the total exclusion of evidence of possession of territory[49].

1. Critique of Uti-Possidetis

Many post-colonial scholars find the consent to, and acceptance of, the norm of *utipossidetis*by states as grossly exaggerated and question its legal stature. For them, enforcement of the norm in reality serves the interests of powerful Western nations, many of which have previously been colonial powers, by protecting their strategic and economic interests. An example often given in this regard is how the British carved out Kuwait out of Iraqi territories for the purposes of exploiting the former's oil resources.

Under this norm, migrant communities have been deeply affected and many indigenous and ethnic communities have been divided or have been brought under the control of hostile ethnic groups. For Marxists this norm serves the interest of elite structures, perpetuating the commercial exploitation of natural resources by imperialist forces and negatively impacting migrant laborers and workers. The feminist perspective is critical of how this norm reinforces the role of the state as a central figure in international relations and, in turn, defines the public sphere in narrows ways which exclude women. As per the feminist critique of the norm, *utipossidetis*also militates against protections enjoyed by women and also has the effect of prioritizing territorial integrity and

41 1986 ICJ REP. at 565.

42 Sorel, Jean-Marc Sorel & Mehdi, Rostane, "L'Utipossidetis entre la consecration juridique et la pratique: essai de reactualisation". 40 *ANNUAIRE FRANCAIS DE DROIT INTERNATIONAL* 11 (1994) p. 12.

43 Higgins, Rosalyn, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 122.

44 Boggs, S. Whitemore, *International Boundaries: A Study of Boundary Functions and Problems*, NewYork, Columbia University Press 1940, p. 17.

45 *See. e.g*the India-Pakistan War of 1971 and the boundary demarcations of Bangladesh.

46 *See.* Hummer, Waldemar, *Boundary Disputes in Latin America*, in Encyclopedia of Public International Law (Rudolf Bernhardt ed., 1992) p. 464, 465-72.

47 See. Ratner, Steven R, n87: *See*. e.g., Honduras Borders Case (Guat./Hond.), 2 R.I.A.A. 1309, 1323 (1933) (three-judge panel) (Honduras arguing for juris and Guatemala for facto).

48 Waldock, C. H. M.,"Disputed Sovereignty in the Falkland Islands Dependencies". 25 *BRIT. Y.B. INT'L L.* 311, 325 (1948).

49 *See.* Land, Island, 1992 ICJ REP. at 386-87 (noting that both parties accept utipossidetis juris); Frontier Dispute, 1986 ICJ REP. at 565 (using utipossidetis and utipossidetis juris interchangeably).

national security over human security.

2. Uti-Possidetis' Contribution to Conflict in Pakistan

Virtually all of Pakistan's external borders are artificial. Some have divided communities either on the basis of religion while others were delineated by the British in order to maintain buffer zones between it and the USSR. There, borders have divided ethnic and migrant communities or have unsuccessfully attempted to bind communities together that have very little in common (in the case of East and West Pakistan). Naturally, these distortions have promoted conflict in and around Pakistan[50].

The indigenous populations residing near the western borders have been the most affected by these boundary divisions, as these people were subject to the most extreme forms of colonialism and neglect by the British. Subsequent treatment meted out to the peoples of Pakistan's western border regions by the State of Pakistan has followed a similar course of action; the social and economic deprivations created as a result, and the rejection of these national boundaries by local communities as well as the State of Afghanistan, have greatly contributed to conflict in the frontier regions of Pakistan.

Kashmir itself is an existential dispute and a major source of conflict for Pakistan. It has been a significant factor in the three major wars between India and Pakistan (the last of which occurred with both states in possession of nuclear weapons), all of which are rooted in the dysfunctionalities caused by *utipossedetis*in relation to the political entity of Kashmir and the political identity of the Kashmiri people.

C. The Status of the International Human Rights Framework

The modern International Human Rights framework finds its genesis as a form of a reaction to the systematic atrocities committed before and during the course of the Second World War[51]. Following World War II the aspirational Universal Declaration of Human Rights (UDHR) was formulated under the auspices of the newly created United Nations, which placed upon states the duty to protect the human rights of all people, both intra- and internationally.

These universal obligations have been employed as a device by states against one another for reasons that have less to do with human rights compliance and more to do with power relations between states. Virtually no state accepts responsibility for its failures to comply with human rights obligations domestically – a space where most human rights violations essentially occur. But the politics of human rights predates the present United Nations system, even though conventional human rights institutions arose after the UN Charter came into effect. Anti-colonial movements were essentially human rights emancipatory movements, but imperial state powers did not allow these struggles to be recognized through a human rights discourse as this was contrary to their colonial interests. Indeed, all colonized populations recognized the universality of freedoms struggles and the right to govern themselves as a basic, fundamental human right.

Cold War politics and ideological disagreements between the West and the Socialist bloc over the definition of human rights, meant that it took more than two decades before the programmatic UDHR spawned not one but two binding, but arguably divergent, human rights documents collectively referred to as the International Bill of Human Rights: the International

50 *See.* Bergen, Peter and Tiedaman, Katherine. *Talibanistan: Negotiating the Borders Between Terror, Politics, and Religion*. Oxford, Oxford University Press 2013.

51 Steiner, Henry, Alston, Philip and Goodman, Ryan. *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, New York, Oxford University Press, 2008, Preface.

Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)[52] and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)[53]. The former focuses on negative freedoms in the form of vested individual civil and political rights[54], the latter on positive rights intended to protect socioeconomic and cultural rights and freedoms – subject to the availability of adequate state resources. Moreover, the ICESCR also recognizes group and collective rights.

Subsequently, a number of thematic human rights instruments were drafted and widely ratified by the world community with the attempt to protect certain – but not all vulnerable groups. These treaties comprise a mix of civil-political, socioeconomic and cultural protections, and include the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)[55], the Convention on the Rights of the Child (CRC)[56], and the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families[57].

1. Critique of the International Human Rights Framework

The current framing and functioning of the international human rights paradigm have been deeply criticized by post-colonialists, Marxist, Islamists and feminist alike. According to Baxi – a leading Third World scholar of international law – the language and the logic of human rights are employed for the legitimation of governance and domination in the politics of human rights; in turn, the power of the dominant states are universalized in ways that reproduce human rightlessness and suffering in other parts of the world[58]. For Feminists, human rights as a sub-category of International law is deeply gendered. Human right protections primarily extend in the public sphere to violations committed by the state; they do not extend to violations committed in the private sphere or by private citizens. However, most women experience violation of their human rights through domestic or community forces, a space where the law offers little to no protections to women. Naturally, most perpetuators of such violence go unpunished and often the state, even if it is not directly complicit, socially condones numerous forms of violence and repression against women[59].

2. The Affects of the International Human Rights (IHR) Framework on Conflict in Pakistan

The current framing of the international (universal) human rights law does not adequately account for local – social and cultural – sensitivities and conditions prevailing in countries like Pakistan. This absence has not militated against, and has instead even contributed to, the state of conflict in Pakistan. As a body of law historically based on Western traditions and values, International human rights law's implementation in Pakistan has been attempted by urban based

52 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entry into force 3 January 1976.

53 International Covenant on Civil and Political Rights adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entry into force 23 March 1976.

54 Nickel, James, "Positive Or Negative Duties? James Nickel, How Human Rights Generate Duties to Protect and Provide,15 *Hum. Rts. Q.* 77 (1993), p. 80.

55 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women New York, 18 December 1979

56 Convention on the Rights of the Child adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989, entry into force 2 September 1990.

57 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families Adopted by General Assembly resolution 45/158 of 18 December 1990.

58 Baxi, Upendra, *The Future of Human Rights*. Seattle: Stranger Journalism, 2008.

59 Charlesworth, Hilary and Chinkin Christine, "The Gender of Jus Cogens", *Human Rights Quarterly*, 15(1), 63–76, (1993).

civil society organizations, operated by rich and powerful political elites and heavily funded by Western donor agencies.

Thus, not only has the implementation of IHR law been dismal in Pakistan but its projection and promotion in its current form has deeply antagonized traditional and conservative community leaders who, by fearing a threat to domestic societal power structures, have often react by urging violence against communities expected to benefit from this body of law[60].

he current framing of IHR law only empowers the state to be the protector of human rights. It thus in turn disenfranchises other social, political and community organizations not directly linked to the state, but which are in reality best placed to – and indeed do provide human rights protection – often through domestic social justice programs. The resulting conflict expands and the brunt of it is borne by civilians caught in the middle of the burgeoning violence. This ongoing form of conflict, in the name of international human rights can be witnessed both in the various provinces of Pakistan[61].

D. Conclusion

Historically, International Law has proved an effective tool – initially for colonial powers and subsequently for imperial states – for maintaining formal power in the international political order and controlling global resources. Traditionally, the formulation of international law was highly undemocratic and international institutions were created to supplement its enforcement for the purpose of maintaining and exploiting colonies with complete disregard for the rights and interest of the peoples living under colonial occupation[62].

Contemporary conflicts are primarily a consequence of the exploitative role played by International law as well as the fact that it is not relative enough, not built on a true consensus of the international community and does not meaningfully account for the socio-economic, cultural and political differences across societies.

To some extent such deficiencies within International law have begun to be addressed. This modification can be attributed to the recognition and inclusion of colonies as independent states in the global community of nations involved in the development of international law, particularly through treaty law rather than through *opinio juris* and state practice. The Law of the Sea is a prime example of this practice; a relatively more equitable corpus of international law as nearly all states existing, regardless of their sizes or influence, participated in the drafting of the instrumental treaty on the law of the sea.

A direct link needs to be established between the global and the local and the role of the state needs to be reduced to that of a moderator. Such conflation of the vertical and horizontal dimensions of international law will result in it gaining greater legitimacy, as it will be more representative of all interest groups and classes within society. Global conflict will automatically dissipate with international law actually playing a mitigating role in this respect.

60 "Deplorable State of Human Rights" *The Nation* (18 Mar. 2016), Web. 06 Apr 2016 < http://nation.com.pk/letters/18-Mar-2016/deplorable-state-of-human-rights>.

61 Shah, Sikander Ahmed, "Another Solution?" Dawn, 7 April 2015, Web. 14 April, 2015 <http://www.dawn.com/news/1250458/another-solution>.

62 Shah, Sikander Ahmed, "Another Solution?" Dawn, 7 April 2015, Web. 14 April, 2015 <http://www.dawn.com/news/1250458/another-solution>.

HAKİMLERİ YARGILAMAK: PAKİSTAN'DA HAKİM DOKUNULMAZLIĞI

*Muhammad Munir**

Özet

Hakimler, yargı fonksiyonlarını yerine getirmesi ile ilgili kişisel sorumluluklara karşı tamamen korunmaktadır. Bu çalışma hakim dokunulmazlığı ile tam olarak ne kastedildiğini, hakimleri yargılanmadan korumanın niye gerekli olduğunu, yargı fonksiyonu veya adli işlemin anlamını, adli olmayan işlemlerin neler olduğunu, hakim dokunulmazlığının hakimin yargısal işlevleri ile mi sınırlı olduğunu yoksa idari, istişari ve icraiişlevleri de mi kapsadığını, Pakistan'da hakim dokunulmazlığına yönelik içtihatların nasıl geliştiğini ve bu konuda Yargıtay'ın en son hükmünün ne olduğunu analiz etmeyi hedeflemektedir. Bu çalışma hakim dokunulmazlığının, hakimin sadece adli işlemleriyle sınırlı olması; idari, icrai, istişari ve yasama emirlerine uzanmaması gerektiği; Pakistan üst mahkemelerinin hakimlerini yargısal işlemlerin yanı sıraidari ve icrai eylemlerinden dolayı da hukuki ve cezai sorumluluktan koruyan kararların yanlış olduğu ve Yargıtay'ın bu konudaki en son kararının Pakistan'daki hakim dokunulmazlığının gerçek konumunu belirttiği sonucuna varmıştır.

Anahtar kelimeler: hakim, hakim dokunulmazlığı, idari, icrai, istişari fonksiyonlar, Pakistan, Yargıtay, Yüksek Mahkeme, Lahore Yüksek Mahkemesi, Hindistan, Hindistan Yargıtay'ı, ABD'de hakim dokunulmazlığı, İngiltere'de hakim dokunulmazlığı.

1. Giriş

Hakim dokunulmazlığı, hakimleri yargısal fonksiyonları kapsamında yaptıkları işlemler nedeniyle hukuk mahkemelerinde maddi zararlara ilişkin hukuki sorumluluktan korur. Hakimler, ihtilaf konusu üzerinde yargı yetkisine sahipse, maddi tazminata karşı tam dokunulmazlığa sahiptir. Hakim dokunulmazlığı, kararları üst mahkemece hatalı olduğu belirtilip bozulsa bile, hakimleri ceza davalarına karşı da korur. Pakistan Yargıtay'ı ve Yüksek Mahkemeleri çok defa hakimlerin yargı fonksiyonlarında dokunulmazlıkları olduğu yönünde karar vermiştir. Yakın zamana kadar Pakistan'daki üst derece mahkemeleri hakimlerin adli nitelikte olmayan işlemlerinin de koruma altında olduğu ve bunlara karşı dava açılamayacağı görüşündeydi. Bu çalışmada ele alınan sorular: hakim dokunulmazlığı nedir; yargı fonksiyonu veya adli işlem nedir; adli olmayan işlemler nelerdir; hakim dokunulmazlığı hakimin yargı fonksiyonu ile mi sınırlıdır yoksa idari, istişari, yasama ve icrai fonksiyonlarını da kapsar mı; Pakistan'da hakim dokunulmazlığına yönelik içtihatlar içtihadı nasıl gelişmiştir; ve bu konuda Yargıtay'ın en son kararı nedir? Bunlar, bu çalışmada ele alınan soruların bazılarıdır.

2. Hakimlere Neden Dokunulmazlık Verilir?

Hakimlerin, serbestçe, bağımsızca ve daha sonra soruşturma veya sorumluluk endişesi taşımaksızın yargılama yapabilmeleri için yargısal faaliyetleri yönünden tam ve mutlak dokunulmazlığa sahip olmaları gereklidir. Hakimlerin dokunulmazlığı olmasaydı, en başında hakimlik yapmak istemeyecekler ve başka bir kariyer arayacaklardı. Dolayısıyla her hukuk sistemi, hakimleri yargısal faaliyetleri veya adli işlemleriyönünden korumaktadır. Adli işlemin tam olarak ne içerdiğine ilişkin kesin bir tanım olmasa da, dokunulmazlığın eylemi gerçekleştiren kişiye değil eylemin kendisine bağlı olduğu açıktır[1]. Hakim dokunulmazlığının kapsamı, Eylül 2016 tarihindeki

* Prof. Dr. Muhammad Munir, İslamabat Uluslararası İslam Üniversitesi İleri Seviye Çalışmalar ve Araştırmalar Başkan Yardımcısıdır. Aynı zamanda Şeriat Akademisi Direktörü ve aynı üniversitede Hukuk Profesörü'dür. Bu bildiri 17-19 Ekim 2016'da yapılan Uluslararası İstanbul Hukuk Kongresi'nde sunulmuştur. Yazar, yardımlarından dolayı Susic Sejo, Usman Quddus, Sohail Khan ve Hifzur Rahman'a teşekkür eder.
E-mail: muhammadmunir@iiu.edu.pk

Yargıtay kararına kadar çözüme kavuşturulmamıştır[2]. Bu karar hakim dokunulmazlığının gerekçesini; yargısal faaliyetin ne olduğunu; hakimin sadece yargısal faaliyetleri yönündenmi dokunulmazlığı olduğunu ve dokunulmazlığının idari ve icrai faaliyetleri de kapsayıp kapsamadığını açıklamaktadır. Anayasa Dilekçesi, İslamabat Yüksek Mahkemesi Başkanı'nın idari ve icrai görevlerine karşı çıkmıştır. Yargıtay'ın yeni kararı, kendisinin ve Lahor Yüksek Mahkemesi'nin önceki pek çok kararını hükümsüz kılmıştır.

3. Dokunulmazlık mı Cezasızlık mı: İngiltere ve ABD'de Hakim Dokunulmazlığı

Pakistan hukuk sistemindeki hakim dokunulmazlığı, bu doktrinin ABD'de, İngiltere'de ve Hindistan'daki evrimini göz ardı etmiş gibi görünüyor. Pakistan'da, yüksek mahkemelerin bazı kararlarıyla hakim dokunulmazlığı oldukça geniş yorumlanmıştır. Dolayısıyla hakimler diğer hakimleri yargılamak zorundadır. Bir Yüksek Mahkeme veya Yargıtay Başkanı, ilgili Mahkemenin idari, icrai ve yasama faaliyetlerine dair geniş yetkilere sahiptir. Mahkemelerin düzgün biçimde işlemesi için yüksek mahkemeler kurallar ve düzenlemeler getirmelidir. Bir yüksek mahkemenin Başkanı aynı zamanda mahkemenin yönetimini sağlayan idari başkandır. Mahkemelerde çalışan tüm memurların işlerini denetlemek zorundadır. Hakim dokunulmazlığı aşağıda ayrıntılı olarak ele alınmaktadır.

Pakistan'ın hukuk sisteminin ve içtihat hukukunun Amerikan ölçütüne göre değerlendirilmesi adil olmayabilir ancak hakim dokunulmazlığının ABD'de nasıl evrildiğine dair bir fikir vermek üzere burada Amerika'dan bazı vakalar verilmiştir. ABD'deki akdemisyenler ve hukukçular, hakimin takdirini gerektirmeyen işlemlerin adli olmayan işlemler olduğu görüşündedir[3]. Ayrıca adli olmayan muameleler, idari ve yasama eylemlerini kapsar[4]. Bu eylemler hakim takdirinin uygulanmasını içermediğinden, yargı bağımsızlığı hukukun kendilerine mutlak dokunulmazlık sağlamasını gerektirmez[5]. Hakimler yargısal yetkilerinin dışına çıkmadıkları müddetçe adli işlemleri için hukuki sorumluluk bakımından mutlak dokunulmazlığa sahiptir[6]. Mutlak dokunulmazlık nedeniyle hakimler, ahlaksızca, art niyetle veya kötü niyetle hareket etseler bile[7] yanlış adli işlemlerinden dolayı dava edilemezler, ancak bir hakimin kendi aleyhine ahlaksız veya kötü niyetli hareket ettiğine ilişkin tartışmaya açık bir iddiası bulunan bir kişinin hakim aleyhine dava açma hakkı olmayacağını savunmak güçtür[8]. Aynı zamanda, adli konuların önemsiz ve ciddiyetsiz eylemlerle ele alınması durumunda "davaların sonu gelmeyecektir: ancak ihtilaflar sonsuz olacaktır[9]." Üstelik, bu durum sonsuz bir döngüye neden olabilir ve adli eylemlerinden dolayı hukuk davası açılan hakimlerin üstüne yük binebilir[10].

1 Bkz. J. Randolph Block, "Stump v. Starkman and the History of Judicial Immunity", (1980) *Duke Law Journal*, 879, s. 916-21 ve Joseph Romagnoli, "What Constitutes a Judicial Act for the Purpose of Judicial Immunity?", 53 *Fordham Law Review*, (1985), 1503, 1504.

2 03 / 2014 sayılı Anayasa Dilekçesi ve 8540 / 2015 sayılı C.M.A.

3 Bkz. Jeffrey M. Shaman, "Judicial Immunity from Civil and Criminal Liability", *San Diego Law Review*, 27:1 (1990), 9.

4 Bkz. *Forrester ve White*, 484 ABD, s. 228-30 (1988).

5 Bkz. *McMillan ve Svetanoff*, 793 F.2d (7. Baskı 1986), s 155.

6 Bkz. *Pierson ve Ray*, 386 ABD, 547 (1967);*Stump ve Sparkman*, 435 ABD, 349 (1978).

7 Bkz. *Pierson*, 386 ABD, 554; *Stump* 435 ABD, 356.

8 Bkz. David Pannick, *Judges* (Oxford, Oxford University Press, 1988), 99.

9 Bkz. *Floyd ve Barker* (1607) 77 ER 1305, 1306; ve *Bradley ve Fisher*, 80 ABD, (13 Wall.) 335, 349 (1872).

10 a.g.e.

4. Hakim Dokunulmazlığı'nın Geçmişi ve Sebepleri

Hakim Dokunulmazlığı'nın ABD'deki geçmişi abartılı görünmektedir. ABD'deki *Pierson ve Ray* (1967) davasında[11] Hakim Dokunulmazlığı doktrininin eyaletlerde 1871 yılı itibarı ile çözüme kavuşturulup kabul edildiği öne sürülmüştür[12]. ABD'de Hakim Dokunulmazlığı'nın geçmişini anlatan Shahman, "1871'de Hakim Dokunulmazlığı hakkında eyaletler arasında büyük farklılıklar vardı," diye yazar[13]. ABD'de Hakim Dokunulmazlığı'nın o sırada hukukta çözümlenmiş bir konu olmaktan epey uzak olduğunu öne sürer. Hakim Dokunulmazlığı ile ilgili günümüz Amerikasındaki öncü bir dava olan *Stump ve Sparkman*[14] davasında, yüksek mahkeme hakimin yargı yetkisi dahilindeki, hatta "yargı yetkisini aşan" eylemlerinde[15] tazminat davasına karşı tamamen dokunulmazlığa sahip olacağı, fakat "yargı yetkisinin olmadığının açık olduğu durumlarda" bu dokunulmazlığın bulunmayacağı yönünde karar vermiştir[16].

Temyiz yolu açıldıktan sonra alt Mahkeme hakimlerinin hataları vurgulanmaya başlamış ve hukuki ve cezai sorumluluktan korunmaları gerekmiştir. İngiltere'deki tarihsel öneme sahip *Floyd ve Barker* davasında[17], Lord Coke İngiltere sicil Mahkemelerinde görev alan hakimlerin Hakim Dokunulmazlığı bulunduğunu ifade etmiştir. Lord Coke, Hakim Dokunulmazlığı'nın aşağıdaki amaçlara hizmet ettiğini belirtmiştir: Öncelikle yargılamanın kesinliğini sağlar; ikinci olarak yargı bağımsızlığını korur; üçüncü olarak doğru işlemler yapan hakimlere yönelik kesintisiz saldırıları önler ve son olarak adalet sisteminin itibarının zedelenmesini önler[18]. Bir numara, yani yargılamaların kesinliği günümüzde tartışmalı olabilir, ancak iki numara, yani yargı bağımsızlığı genellikle Hakim Dokunulmazlığı'nın en önemli amacı olarak kabul edilmektedir[19]. Tartışmalı, mantıksız(girift), ihtilaflı ve duygu yüklü vakalarda hüküm veren hakimlerin, memnuniyetsiz davacılarca uygunsuz adli eylemlerinden bahisle suçlanmamaları için hukuki ve cezai sorumluluğa yönelik Hakim Dokunulmazlığı'na ihtiyaç duymaktadır. İngiltere'de Hakim Dokunulmazlığı yargılama sürecinde hakimlerin ve diğer yargı görevlilerinin[20] sarf ettiği hakaretamiz yorumlara kadar uzanmaktadır. Ayrıca alt Mahkemeler de üst Mahkemeler ile aynı dokunulmazlıktan yararlanmaktadır[21]. Ancak İngiltere'de Hakim Dokunulmazlığı sadece adli işlemleriçin geçerlidir ve "Kraliyet Mahkemeleri ve Divanları Hizmetleri'nin (HMCTS) idari işlemlerini" kapsamaz[22] Benzer biçimde, İngiltere'de Hakim Dokunulmazlığı ayrıca 'yarı yargısal' fonksiyonları bulunan memurlara sağlanmaktadır. Bunlar savcılar[23], hakemler[24] ve askeri Mahkemelerdir[25].

11 Bkz. *Pierson*, 386 ABD 560.

12 a.g.e.

13 Bkz. Not, "Liability of Judicial Officers Under Section 1983", *The Yale Law Journal* 79, no. 2 (1969): 322-37; Shaman, 3.

14 *Stump ve Sparkman*, 435 ABD 349 (1978).

15 *a.g.e.* 356-57 (alıntı *Bradley ve Fisher*, 80 ABD (13 Wall.) 335, 351 (1872)).

16 Bkz. *Stump*, 360.

17 *Floyd ve Barker* (1607) 77 ER 1305.

18 *a.g.e*. 1307.

19 Bkz. Shahman, 4; Charles W. Wolfram, *Modern Legal Ethics*, (Minn: West Publishing Co. 1986), 970.

20 Bkz. *R ve Skinner* (1772) 98 ER 529, 530 [Lord Mansfield].

21 Bkz. *Thomson ve Sheriff Kenneth Ross ve diğerleri* [2000] Scot CS 202.

22 Bkz. Shimon Shetreet ve Sophie Turenne, *Judges on Trial: The Independence and Accountability of Judges of the English Judiciary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 275.

23 Bkz. *Hester ve McDonald* [1961] SC 370.

24 Bkz. *Sutcliffe ve Thackrah* [1974] AC 727; *Arenson ve Casson* [1975] 3 WLR.

25 Bkz. *Dawkins ve Lord Rockeby* [1873] LR 8 QB 255.

5. Pakistan'da Hakim Dokunulmazlığı: Adli Olmayan ve Yarı Yargısal İşlemlerde Dokunulmazlık

Pakistan'da üst yargı, yani Yargıtay ve Üst Mahkeme hakimleri 1973 tarihli Pakistan İslam Cumhuriyeti Anayasası'nın 199(5). maddesiyle korunmaktadır. Anayasa'nın 199(5). Maddesi 'kişi' tanımını vermekte ve kişinin, "Federal Hükümet'e veya Eyalet Hükümeti'ne dahil veya bunların kontrolü altındaki her tür siyasi veya tüzel kişilik ile Yargıtay, Yüksek Mahkeme veya Pakistan Silahlı Kuvvetleri ile ilişkili bir yasa gereğince kurulmuş bir Mahkeme veya Divan dışındaki tüm Mahkemeler veya Divanlar…" ıiçerdiğini belirtmektedir. Diğer bir deyişle Yargıtay, Yüksek Mahkeme veya askeri Mahkeme veya divan, kişi tanımına dahil edilmemektedir ve Anayasa'nın 199. Maddesi gereğince dava dilekçelerine konu olamaz. Diğer taraftan yargı görevlileri ve yarı yargısal işlemler yapan memurlar 1850 tarihli Yargı Görevlilerini Koruma Yasası tarafından korunmaktadır[26]. Yasanın 1. Bölümü yargı görevlileri ve yarı yargısal işlemler yapan memurlara mutlak dokunulmazlık sağlamaktadır. Yasada şöyle yazar:

"Yargı yetkisi dahilinde olsun olmasın, hiçbir Hakim, Sulh Hakimi, Sorgu Hakimi, Tahsildar veya yargı görevi icra eden diğer kişiler, o anda, iyi niyetle, şikayet konusu eylemi yapmaya veya emretmeye yetkisi olduğuna inanması koşuluyla yargı görevini yerine getirmesi sırasında gerçekleştirdiği veya gerçekleştirilmesini emrettiği eylemlerden dolayı hiçbir Hukuk Mahkemesi'nde yargılanamaz; ve hiçbir Mahkeme memuru veya söz konusu Hakim, Sulh Hakimi, Sorgu Hakimi, Tahsildar veya yargısal görev icra eden diğer kişilerin yasal ilam veya emirlerini yerine getirmekle yükümlü diğer kişiler, düzenleyen kişinin yetki alanında olması durumunda yerine getirmekle yükümlü olacağı ilam ve emirlerin icrasında ötürü hiçbir Hukuk Mahkemesi'nde yargılanamaz[27]."

Pakistan Üst Mahkemeleri arasında, yüksek mahkeme hakimlerinin Anayasa'nın 199(5). maddesi gereğince yargı fonksiyonları veya adli işlemlerinden dolayı mutlak dokunulmazlığa sahip olduğu yorumlarına ilişkin görüş birliği ve uyum mevcuttur. Ancak hakimlerin idari, icrai ve istişari eylemlerinin, emirlerinin ve faaliyetlerinin dokunulmaz olup olmadığı konusunda farklı görüşlere sahiptirler. *Muhammad Mohsin Siddiqi ve Batı Pakistan Hükümeti*[28] davasında, Yüksek Mahkeme İdari Hakimi'nin kararına dilekçeyle itiraz edilmiştir ve sorun, böyle bir karara bu şekilde itiraz edilip edilemeyeceğiydi. Haydarabat Eyalet Mahkemesi'nin bir çalışanı, Eyalet Hakimi tarafından görevi kötüye kullanma ve uygunsuz davranış nedeniyle kovulmuştu. Eyalet Hakimi soruşturmayı bizzat yürütmüş ve bunun sonucunda personeli kovmuştu. Yüksek Mahkeme İdari Hakimi kovma emrini biraz değiştirerek onaylamıştı[29]. Söz konusu personel aynı Yüksek Mahkeme'ye sunduğu dilekçeyle İdari Hakim'in idari kararına itiraz etmiş, ancak Yüksek Mahkeme kendi idari kararını iptal etmek üzere kendisine bir dilekçe veremeyeceği gerekçesiyle bunu reddetmişti. Mağdur çalışan, davacı olan Eyalet Hakimi'nin soruşturmayı bizzat yürütemeyeceği, zira bunun yerleşik 'kimse kendi davasının hakimi olamaz' hukuk prensibine aykırı olduğu ve Yüksek Mahkeme hakiminin idari kararının dava konusu yapılabilmesi gerektiği gerekçesiyle Yüksek Mahkeme'nin bu kararına Pakistan Yargıtay'ı nezdinde itiraz etti. Yargıtay, dilekçe sahibini haklı bulmuş; "Eyalet Hakimi kendini kendi davasına Hakim atamıştır"[30] ve Yüksek Mahkeme İdari Hakimi'nin takip

26 Yargısal Memurları Koruma Yasası, 1850, Yasa No. XVIII, 1850, <http://pakistancode.gov.pk/english/UY2FqaJw1-apaUY2Fqa-apaUY2Fvb50%3D-sg-jjjjjjjjjjj> (son ziyaret 11-10-2016).

27 *a.g.e.*

28 PLD 1964 SC 64.

29 Yüksek Mahkemenin İdari Hakimi reddedilen çalışanın başka bir iş için uygun olduğunu beyan etmiştir.

30 PLD 1964 SC 64, s. 65 (*per* A.R. Cornelius, C.J. Tam Kürsü için. Kürsünün diğer üyeleri B.Z. Kaikaus ve Hamoodur Rahman, JJ. idi)

eden onaması "soruşturmayı etkilediği iddia edilen aleni kusura çözüm sağlamamıştır" kararını vermiştir[31]. Yargıtay temyizi kabul ederek Yüksek Mahkeme İdari Hakimi'nin emrini iptal etti. Bunun ardından temyiz eden aleyhine yapılan eylem ve işlemler geçersiz ve hukuki açıdan sonuçsuz sayıldı[32].

Yüce Yargıtay, *Ibrar Hussain ve Sind Hükümeti*[33] davasında, "Anayasa hazırlayanların amacı Yüksek Mahkeme veya Yargıtay'ın, veya makamının görev ve yetkilerini yerine getiren buradaki herhangi bir Hakim'in tüm eylemlerini, işlemlerini ve emirlerini Yüksek Mahkeme'nin ilam yetkisinden ayırmak gibi görünmektedir, ancak dokunulmazlık Hakim'in, diğer vatandaşlar gibi ülkenin yasalarına karşı halen sorumlu olduğu özel veya kişisel yetkisine bağlı eylemlerini kapsamayacaktır" şeklinde karara varmıştır[34]. *Muhammad Ikram Chaudhry isimli kişinin Pakistan Federasyonu'na karşı açtığı davada*„[35] Yargıtay; "bir Yüksek Mahkeme veya Yargıtay'ın Anayasa'nın 199'uncu Maddesi kapsamında Anayasal yetki haklarını kullanarak aynı Mahkemenin bir başka hakiminin veya bir başka dairesinin kabul etmiş olduğu bir emre müdahale edemeyeceği hususunda üst mahkemeler arasında görüş farklılığı olduğu görülmektedir" hükmünü vermiştir[36]. Bu hükümde "emir(karar)" ifadesi sonrasında, sonraki içtihatlarda görüldüğü üzere, idari, istişari, hukuki ve yargısal her türlü emri kapsayacak şekilde düşünülmüştür.

Malik Asad Ali Malik isimli kişinin Pakistan Federasyonu'na karşı açtığı davada[37] Yargıtay "hâkimin bir Mahkemenin hakimi olarak veya bir Mahkeme üyesi olarak kendi görev ve fonksiyonlarının yerine getirilmesi ile ilgili eylemlerinin Anayasa'nın 199.maddesi kapsamında Yüksek Mahkeme nezdinde itiraza konu edilemeyeceği" kararını vermiştir. Yalnızca bir üst mahkemenin bir hakiminin kendi kişisel unvanı kapsamında yerine getirdiği ve bir Mahkemenin Hakimi şeklinde taşıdığı resmi sıfatla herhangi bir ilişkisi olmayan eylemleri, Anayasa'nın 199 numaralı Maddesi kapsamında Yüksek Mahkemenin yargı yetkisine tabi olacaktır[38]. Bu sebepten Yargıtay *Muhammad Mohsin Siddiqi*[39] davasında, daha önce vermiş olduğu kararı bozmuş gibi görünmektedir ve bir Yüksek Mahkeme hâkiminin herhangi bir kararının, ister adli ister de idari, hukuki, İcrai veya istişari olsun, dokunulamaz olduğuna karar vermiştir. Yargıtay, *Wukala Mohaz Barai Thafaz Dastoor isimli kişinin Pakistan Federasyonu'na karşı açtığı davada*[40] da benzer bir görüş sergilemiş olup, bu davada Mahkeme üst yargı birimlerine koruma sağlamıştır ve idari emirlerin itiraz edilmesine karşı dokunulmazlık sağlamıştır[41].

Nusrat Elahi isimli kişinin Lahor Yüksek Mahkemesi'nin Başkanı'na ve Başkanlığı'na? karşı açtığı davada[42], Lahor Yüksek Mahkemesi 1991 yılında Yüksek Mahkemenin Anayasal yargı yetkisinin "bu

31 Aynı yazıda, mahkeme "Bir bölümün araştırmasındaki kovuşturma süreçlerinin tamamı, adalet ilkeleri uyarınca gerç ekleştirilen kurallarca gereklidir." PLD 1964 SC 64. s. 67.

32 PLD 1964 SC 65 sayfa: 68.

33 PLD 1976 SC 315.

34 Aynı yazıda, s. 342-43 (*per* Anwarul Haq, J).

35 PLD 1998 SC 103.

36 Aynı yazıda, s. 113 (*per* Ajmal Mian, CJ daha büyük Kürsü için. Kürsünün diğer üyeleri Munawar Ahmad Mirza, Sh. Ijaz Nisar, Abdur Rehman Khan VE Ch. Muhammad Arif, JJ idi).

37 PLD 1998 SC 161.

38 Bkz. aynı yazıda, s. 295 (*per* Saiduzzaman Siddiqui, J on üyeli Kürsü için).

39 PLD 1964 SC 64.

40 PLD 1998 SC 1263.

41 Aynı yazıda, s. 1301.

42 1991 MLD 2546 (M. Mahboob Ahmad, CJ ve Malik Muhammad Qayyum, J bölüm Kürsüsü için).

Mahkemenin [yani Lahor Yüksek Mahkemesi'nin] çalışanları tarafından Mahkeme adına Başkan veya Baş Hakim tarafından kabul edilen emirlere karşı kullanılamayacağı" kararını vermiştir[43]. Mahkeme şu hükümde bulunmuştur: "Kişiyi" tanımlarken, Anayasanın 199.maddesinin (5). Bendi Yargıtay'ı, Yüksek Mahkeme'yi veya Pakistan Silahlı Kuvvetleri ile ilgili bir yasa kapsamında kurulmuş bir Mahkeme'yi kapsam dışı bırakmıştır. Böylece Anayasanın 199.maddesi uyarınca Yüksek Mahkemenin kendisine karşı bir itiraz dilekçesi verilemez[44]." Bu görüş 7 yıl sonra *Asif Saeed* isimli kişinin Lahor Yüksek Mahkemesi'nin Başkanı'na? karşı açtığı davada[45] aynı Yüksek Mahkemenin Genel Kurulu tarafından onaylanmıştır[46]. Daha sonraki bir davada, birçok başvuru sahibi ilk başta 1973 tarihli Hukuk Pratisyenleri ve Baro Konseyi Kanunu kapsamında Lahor Yüksek Mahkemesi'nin avukatı (Mahkemesi'nde avukat) olarak görev yapmak üzere lisans başvurusunda bulunmuştu. Bahsi geçen kanunun 27. bölümü kapsamında "bir kişi eğer (a) en az iki yıl boyunca daha düşük bir Mahkemede avukat olarak görev yapmışsa; veya (b) "Pakistan Baro Konseyi tarafından belirtilen, Pakistan dışındaki herhangi bir Yüksek Mahkeme nezdinde bir avukat olarak görev yapmışsa; veya (c) "hukuk eğitimi veya tecrübesi sebebiyle, önceden Yüksek Mahkemenin onayı alınmak üzere, İl Baro Konseyi tarafından (a) ve (b) fıkralarında belirtilen gereksinimlerinden muaf tutulmuşsa o kişi Yüksek Mahkemenin avukatı(Mahkeme'de avukat) olarak kabul edilme niteliklerine sahip olacaktır[47]." Bu ruhsatlar Punjab Baro Konseyi tarafından reddedildi, nitekim Lahor Yüksek Mahkemesi bahsi geçen Kanunun 27(c) fıkrası kapsamında istenen şekilde onay vermemişti. Onayın reddedilmesi için farklı gerekçeler olmasına rağmen, mağdur durumdaki başvuru sahipleri bunun idari nitelikte olduğuna inanarak Lahor Yüksek Mahkemesi'nin eylemlerine veya kararlarına itiraz etti. Yüksek Mahkemenin bu kararları gayrimeşru veya yasadışı ilan etmesini istiyorlardı. Başvuru sahipleri Yüksek Mahkeme'yi Punjab Baro Konseyi ile birlikte davanın tarafı yaptılar. Başvuru sahiplerinin hukuk danışmanı, 199(5).madde kapsamında Yüksek Mahkemenin adli kararlarına itiraz edilemeyeceğini, ancak bir Yüksek Mahkeme hakiminin idari kararlarının her zaman yargılamaya konu olabileceğini ve (5) numaralı bendin söz konusu yargı yetkisini engellemeyeceğini iddia ettiler. Hukuk danışmanı, Yüksek Mahkemenin, Anayasanın 202. ve 208. maddeleri kapsamında sahip olduğu karar verme yetkilerinin, madde 203 kapsamında alt mahkemeleri denetleme ve onların çalışanlarının ve görevlilerinin işe alınması, transfer edilmesiyle hizmetlerin sona erdirilmesi yetkilerinin Mahkemenin idari fonksiyonları olduğunu ve eğer herhangi bir hata veya ihmal yapılmışsa, bunun "199. madde kapsamında yargısal faaliyetlerin yürütülmesi sırasında her zaman bu mahkemede ileri sürülmesi ve bunların mahkeme tarafından düzeltilmesi gerektiğini" savundu[48].

Başvuru sahiplerinin önde gelen iki hukuk danışmanının, Yüksek Mahkemenin kararlarının niteliği, yani 1973 tarihli Hukuk Pratisyenleri ve Baro Konseyi Kanunu'nun 27(c) maddesindeki istisnayı onaylamanın reddedilmesi konusunda farklı görüşlere sahip oldukları dikkat çekmektedir. Hukuk danışmanı Syed Mansoor Ali Shah, bunun idari nitelikte; Hamid Khan ise istişari bir işlem olduğunu ifade etmektedir. Her ikisi de, niteliği ister idari ister istişari olsun, bunun adli bir işlem olmadığı ve dolayısıyla 199(5).madde kapsamında koruma altında olmayacağında hemfikirdirler.

(Aynı zamanda hukuk danışmanı Hamid Khan tarafından 199(5). maddenin "kişiyi" yalnızca mahkeme emri yetkisinden muaf tuttuğunu fakat, bir Yüksek Mahkeme tarafından bir

43 Aynı yazıda, s. 2549 (*per* Malik Muhammad Qayyum).

44 Aynı yazıda, s. 2548 ve 2549.

45 PLD 1999 Lahore 350. (Ihsanul Haq Chaudhry,Karamat Nazir Bhandari ve Mian Saqib Nisar, JJ).

46 PLD 1999 Lahore 350. (Ihsanul Haq Chaudhry,Karamat Nazir Bhandari ve Mian Saqib Nisar, JJ).

47 1973 Tarihli Hukuk Pratisyenleri ve Baro Kurulları Anlaşmasının 27 numaralı bölümü.

48 *Asif Saeed*, s. 355-56.

vatandaşın temel haklarından herhangi birini ihlal eden bir idari emir kabul edildiği zaman, bir mahkeme emrinin uygun olması sebebiyle, nitekim Yüksek Mahkemenin bir "kişi" olarak hareket etmeyip bir "Otorite" olarak hareket ediyor olması sebebiyle "sonuç olarak "kasten ihlal edilen "Otoriteye" karşı muaf tutulmadığını" iddia etmişlerdir.) Parantez içindeki bu kısım yeniden gözden geçirilmeli.

Lahor Yüksek Mahkemesi yukarıda tartışılan *Muhammad Mohsin Siddiqiue* davasını[49] diğerlerinden ayırt etmiştir ve "karar ilk başta "verilmiş ve itiraz edilmiştir, her ne kadar idari faaliyetlerin yürütülmesi sırasında verilmiş olsa da, davanın temelindeki bu kararın yarı adli nitelikte olduğuna hükmetmiştir[50]. Başka bir deyişle Mahkeme, Mahkemenin adli olmayan veya yarı adli bir kararının idari nitelikte olduğunu kabul etmiştir. Lahor Yüksek Mahkemesi bu tür dilekçeleri reddetmiştir ve 199(5) . maddenin hem Yüksek Mahkeme'yi hem de Yargıtay'ı "kişi" tanımının dışında bıraktığını, ve eğer Yüksek Mahkemelerin idari kararları yargılamaya tabi olursa, " (5). bende bakılmaksızın, Yargıtay kararlarına adli bakımdan yüksek mahkemeler nezdinde itiraz edilebileceği hükmünü vermiştir[51].

Mahkemenin bu hükmünün gerekçeleri tam olarak aşağıda alıntılanmıştır:

"Şimdi eğer başvuru sahiplerinin, Yüksek Mahkemenin idari kararına Mahkeme kararı gibi itiraz edilebileceği []52 şeklindeki yorumu kabul edilirse, aynı Kural Yargıtay için de geçerli olacaktır, ve bu durumda yukarıdaki gerekçelere dayalı olarak, en üst noktadaki bir Genel Kurul tarafından adil olmayan bir karar alındığında, bu Mahkemenin tek bir Hakiminin, bu kararın mantıksız olduğundan bahisle kararı bozmak üzere bir mahkeme emri hazırlayabileceği durumlar ortaya çıkabilecektir. Bu aynı zamanda, özellikle aynı Hâkim ya da Hakimler böyle bir kararın tarafı ise, bir Yüksek Mahkemenin Genel Kurulu tarafından alınan idari kararlar için de geçerlidir. Buna benzer bir yorumun yanlış olduğunu göstermek üzere verilebilecek çok sayıda örnek bulunmaktadır. Eğer bu kuralın egemen olmasına izin verilirse, Madde 191 kapsamında Yargıtay ve Madde 203 ve 208 kapsamında Yüksek Mahkeme tarafından verilen hükümler, saldırıya açık olacak ve her gün bu konuda bir dava açılabilecektir ki bu da tehlikeli bir duruma yol açacaktır[53].

Mahkeme bir adım daha ileri gitmiş ve Yargıtay'ın ve Yüksek Mahkemenin yargısal kararlarının "Dava açılmasına karşı hâlihazırda korunmakta olduğunu" belirtmiştir. Mahkemeye göre (5). bendi kapsamında korunmuş olan gerçekte yalnızca idari/İcrai veya istişari fonksiyonlar/ kararlardır. (5). bent düz okunur ve yerleşik yorum kuralları uygulanırsa, Yüksek Mahkemeye birbirinden farklı iki karakter (yani biri dava açılmasına karşı dokunulmazlığına sahip adli karakter ve bu dokunulmazlığa sahip olmayan idari karakter) verilmiş olamaz[54]." Mahkeme "1973 tarihli Hukuk Pratisyenleri Ve Baro Konseyleri Kanununun 27 (c) numaralı bölümü kapsamında, gerekli onayın, mahkemenin atama yoluyla yahut başka bir şekilde belirlenen herhangi bir hâkiminden değil ve hatta "İdari Hâkim" görevini üstlenen herhangi bir hâkimden değil, Yüksek Mahkemenin kendisinden alınması gerekmektedir. Kabul edilen bu karar her zaman Yüksek Mahkemenin kararıdır ve Yüksek Mahkemeden farklı bir karaktere sahip bir hâkimin kararı değildir[55]. Mahkeme "İdari Hâkim gayri resmi veya kişisel bir unvanla hareket etmez, Mahkeme adına ve namına

49 PLD 1964 SC 64.

50 Bkz. *Asif Saeed*, s. 358.

51 Aynı yazıda, s. 359.

52 Metinde bazı hatalar olduğu görülmektedir.

53 Bakınız *Asif Saeed davası*, s. prg. 15. (*Per* Mian Saqib Nisar Kürsünün tamamı için).

54 *Aynı yazıda,* s. prg. 17.

55 *Aynı yazıda,* s. 360-61.

görevlerini yerine getirir ve Yüksek Mahkeme olarak hareket eder[56]." Şeklinde hüküm vermiştir. Başka bir deyişle, belirli bir hâkim ister istişari, icrai ister de idari unvanla görev yapsın, bu kişi Yüksek Mahkeme olarak hareket etmektedir ve 199. madde uyarınca dava konusu olamaz.

Bu karar, niteliği ne olursa olsun, yani ister idari isterse istişari, icrai, hukuki, adli veya gayri adli olsun, her türlü emir ve karar için genel bir dokunulmazlık vermektedir. Yukarıda hâkimleri yargısal nitelikte olmayan işlemleri bakımından koruyan kararların tamamı eşi bulunmaz kararlardır nitekim Birleşik Devletler'deki, Birleşik Krallık'taki ve Hindistan'daki Mahkemeler hâkimlerin yargısal nitelikte olmayan, yani idari, istişari veya hukuki nitelikteki görev ve kararları için, herhangi bir dokunulmazlık vermemektedir. Bu üç ülkede hâkim dokunulmazlığı kavramı hâkimlere yalnızca yargısal işlemleri bakımından dokunulmazlık vermektedir.

Muhammad Iqbal isimli kişinin Lahor Yüksek Mahkemesi aleyhine açtığı davada[57], *Yargıtay Lahor Yüksek Mahkemesi'nin kararını, yani Asif Saeed davasını onaylamıştır ve aşağıdaki kararı vermiştir:*

"Biz Yüksek Mahkemenin almış olduğu bütün yargısal nitelikteki kararların Anayasaya ve hukuka göre itiraz edilebileceği ve bunların bireysel ve spesifik olarak korunduğu yönündeki, Lahor Yüksek Mahkemesi tarafından benimsenen görüşe tamamen katılıyoruz. Yargısal nitelikteki kararlarının korunması amacına yönelik olarak, 199.maddenin (5). bendi hükümlerini yasalaştırmaya kesinlikle gerek bulunmamaktadır ve söz konusu hükümler Anayasada Yüksek Mahkemenin daha çok yargısal nitelikte olmayan kararlarını korumak için bulunmaktadır. Ayrıca eğer aynı Yüksek Mahkeme nezdinde itiraz edilebilmesine izin verilirse, bu komik durumlara ve tehlikeli sonuçlara yol açacaktır[58]."

Yargıtay, bu kararı önemli bir emsal durumuna getiren onamasında, *Asif Saeed* davasına ait birçok paragrafı aynen alıntılamıştır.

6. Yargıtay Tarafından Hakim Dokunulmazlığının Gerçek Kapsamının Yorumlanması

2016 yılında Yargıtay, 2014 tarihli bir Anayasa Dilekçesi kapsamında farklı bir görüş benimsemiştir[59]. Bu davada, İslamabat Yüksek Mahkemesi'nin Baş Yargıcının aldığı idari kararlara itiraz edilmiştir. Baş Hâkimin herhangi bir ilan yapılmadan savunma makamlarını görevlendirmiş olduğu ve böylece diğer yetkin adaylara bahsi geçen görevler için açık bir rekabet şansı tanımadığı veya çok daha yüksek ölçeklerde bazı vekâletlerin alındığı veya bazı savunma makamlarının kurallar esnetilerek görevlendirildiği iddia edilmiştir. Mahkeme nezdinde "Anayasanın 199(5). maddesi kapsamında Yargıtay'ın, Yüksek Mahkemesi'nin bir kararını sorgulama yetkisi olmadığı, nitekim 199 (5). maddenin bu Mahkeme veya Yüksek Mahkemeler tarafından verilen bütün kararlar için genel bir koruma sağladığı" iddia edilmiştir[60]. Mahkeme, Yargıtay nezdinde itiraz edilen kararların bir hâkim unvanı ile verilen yargısal kararlar olarak değil de, İslamabat Yüksek Mahkemesi'nin Baş Yargıcı'nın "İdari Kurul Başkanı" olarak üstlendiği unvan ile verdiği kararlar olduğunu belirtmiştir[61]. Mahkeme, İslamabat Yüksek Mahkemesi Baş Hâkiminin, yetkilerini kullanmasının gayrimeşru olduğu ve bir bireyin meşru bir meslek yahut uzmanlığa girme hakkını koruyan

56 Aynı yazıda, s. 362.

57 2010 SCMR 632 (Sardar Muhammad Raza Khan ve Nasir-ul-Mulk, JJ bölüm Kürsüsü için).

58 *Aynı yazıda,* s. 635-36 (*per* Sardar Muhammad Raza Khan, J).

59 "2014 tarih ve 3 numaralı Anayasa dilekçesi.

60 "2014 tarih ve 3 numaralı Anayasa dilekçesi, paragraf No. 35.

61 Aynı yazıda, paragraf No. 37 (*per* Justice Amir Hani Muslim Kürsünün tamamı için. Kürsünün diğer üyeleri: Mushir Alam, ve Dost Muhammad Khan, JJ).

Anayasanın 18'inci Maddesi kapsamında garanti edilen temel hakların ihlali[62] anlamına geldiği" görüşünü savunmuştur[63]. Mahkeme 18. maddenin "her vatandaşa kanunlara uygun bir şekilde davranılma hakkı veren Anayasanın 4 Maddesi ile birlikte okunması gerektiği" ne hükmetmiştir[64].

Savunma makamlarının ortak iddiası, Yüksek Mahkeme ve Yargıtay'ın hem yargısal hem de yargısal nitelikte olmayan işlemlerinin Anayasanın 199(5).maddesi kapsamında koruma altında olduğu şeklindeydi. Mahkeme özellikle Lahor Yüksek Mahkemesi Genel Kurulu'nun 1999 tarihli *Asif Saeed* davası ve Yargıtay'ın 2010 yılındaki Muhammad Iqbal davasını özellikle ele almış ve her iki kararı bozmuştur[65]. Mahkeme "Anayasanın Yüksek Mahkemeye yalnızca 199.madde kapsamında yargısal yetkiler (yargı yetkisi) vermektedir ve idari, istişari veya icrai yetkilerin Yüksek Mahkemeye 208 madde kapsamında çerçevesi çizilen kurallar dâhilinde verildiği değerlendirilmektedir." şeklinde hüküm vermiştir[66]. Mahkeme, Muhammad Iqbal davasında Yargıtay tarafından desteklenen Lahor Yüksek Mahkemesi'nin *Asif Saeed* davasındaki görüşünün "Anayasanın 192.maddesinin ve 199. maddesinin diline aykırı olduğu" ve her iki kararın da Yüksek Mahkemeye ve ayrıca Yargıtay'a kendi kurallarını şekillendirme yetkisi veren 208.maddenin hükmünü gözden kaçırdığı kararını vermiştir. Mahkeme yukarıda bahsi geçen iki kararda yargısal yetkiler ile icrai / idari / istişari nitelikteki yetkilerin karıştırıldığını belirtmiştir[67]. Mahkeme bu karışıklığın "resmi formalitelerin veya liyakatin veya diğer zorunlu gereksinimlerin açıkça hiçe sayıldığı bir durumda bile mağdur bir kişiye çözüm yolu sunulmasının reddine yol açtığı" kararını vermiştir[68]. Mahkemenin 199(5). madde ile ilgili görüşünde "Anayasanın çerçevesini çizenler yargısal yetkileri ön görmüştür ve Mahkemelerinin kurulmasına ilişkin ikincil idari/icra/istişari hususları öngörmemiştir" denilmiş olup[69], Mahkeme şu kararı vermiştir:

"Eğer konu bir hüküm veya yargılama ile ilişkilendirilebilir ise 199(5).maddenin hükümleri bir Yüksek Mahkeme aleyhine bir Mahkeme emri düzenlenmesine engel olabilir; bunun yanında Baş Hakim veya İdari Kurul tarafından alınan, 208 numaralı Madde kapsamında çerçevesi çizilen kuralların herhangi bir ihlalini içeren, bir vatandaşın temel haklarının ihlaline yol açan bir idari / istişari / İcrai kararlara karşı bir mahkeme emri düzenlenebilir[70]."

Mahkeme, İslamabat Yüksek Mahkemesi' Baş Hâkiminin kuralları esnetmesine "özellikle bu durum, vatandaşların ve Yüksek Mahkemenin diğer çalışanlarının Kanuni haklarını etkilediğinde", buna izin verilemeyeceğini belirtmiştir[71]. Yargıtay'ın son kararının, Yargıtay'ın idari, icrai, hukuki veya istişari kararlarına itiraz edilebileceğini savunuyor gibi görünmesi de son derece dikkat çekicidir.

Hindistan'da Yüksek Mahkemenin idari kararlarına adli yoldan meşru bir şekilde

62 Yargıtay "ihlal" yerine "iptal" kelimesini kullanmıştır. Bkz.aynı yazı paragraf 38. Anayasa kapsamındaki temel haklar devletin kurumları tarafından ihlal edilebilir, fakat bunlar tarafından iptal edilemez.

63 2014 tarih ve 3 numaralı Anayasa dilekçesi, paragraf No. 38.

64 Aynı yazıda.

65 Yargıtay her iki kararı da ihmalkarlık içerdiğini tanımlamıştır ve Anayasanın hükümlerine aykırı olduğunu belirtmiştir. Bkz. *aynı yazıda,* paragraf No. 44.

66 Bkz. 2014 tarih ve 3 numaralı Anayasa dilekçesi, paragraf No. 42.

67 *Aynı yazıda,* paragraf No. 43.

68 Aynı yazıda, paragraf No. 43.

69 Aynı yazıda, paragraf No. 44.

70 Aynı yazıda, paragraf No. 45.

71 Aynı yazıda, paragraf No. 51.

itiraz edilebileceğinin belirtilmesi gerekmektedir. 1994 yılında Hindistan Yargıtay'ı, bir Yüksek Mahkeme tarafından idari açıdan verilen bir kararın geçerliliğini ele almak üzere adli bakımdan bu mahkemenin teşvik edilebileceği ve bu konuda bir karar alabileceği hükmünü vermiştir[72]. Başka bir deyişle, Hindistan'daki bir Yüksek Mahkemenin idari işlem veya kararları yargı dokunulmazlığı kapsamında olmayıp yargı dokunulmazlığı yalnızca yargısal işlemleri veya fonksiyonları kapsamaktadır.

Sonuç

Amerika Birleşik Devletleri'nde hâkimlerin yalnızca yargısal işlemleri dokunulmazlık kapsamındadır ve yasal nitelikte olmayan işlemler için herhangi bir hâkim dokunulmazlığı söz konusu değildir. Birleşik Krallıkta da durum benzer niteliktedir. Pakistan'daki Yüksek Mahkemeler daha önceden bir Yüksek Mahkemenin bir hâkiminin hem yargısal hem de yargısal olmayan işlemlerinin koruma altında olduğunu ve bu nedenle, Yüksek Mahkemenin idari, istişari, icrai ve hukuki faaliyet ve kararlarının Anayasanın 199(5).maddesi kapsamında dokunulmazlık zırhı altında olduğunu savunmakta idi. Lahor Yüksek Mahkemesi ve ayrıca Yargıtay da defalarca bu görüşü savunmuşlardır. Bu görüşü destekleyen iki önemli dava Lahor Yüksek Mahkemesi'nin Genel Kurulu'nun *Asif Saeed* davası ve ikinci dava ise Asif Saeed davasında benimsenen görüşün devam ettirildiği, Yargıtay'ın karar verdiği *Muhammad Iqbal* davasıdır. Bir Anayasa Dilekçesi üzerine Pakistan Yüce Yargıtay'ı Genel Kurulu'nun son kararında hem Asif Saeed hem de Muhammad Iqbal davalarındaki kararları bozmuştur.. Yargıtay her iki davanın Anayasanın hükümlerine aykırı olduğunu ve ihmalkârlık içerdiğini beyan etmiştir. Yargıtay, bir Yüksek Mahkemenin yalnızca yargısal karar/emir/işlemlerinin Anayasanın 199(5). maddesi kapsamında korunduğunu, Yüksek Mahkemenin idari, istişari, icrai ve yasamaya ilişkin işlem ve eylemlerinin aynı madde kapsamında dokunulmazlığa sahip olmadığını; bu Yetkilerin Yüksek Mahkemeye Anayasanın 208. maddesi kapsamında çerçevesi çizilen kurallar ile verildiğini ve bundan dolayı dokunulmaz olmadığını; vatandaşların Anayasa altında garanti altına alınmış temel haklarının ihlali söz konusu olduğunda Yüksek Mahkemenin bu tür kararlarına itiraz edebileceğine hükmetmiştir.

72 AIR 1994 SC 2599.

JUDGING THE JUDGES: JUDICIAL IMMUNITY IN PAKISTAN

*Muhammad Munir**

Abstract

A judge is completely protected from personal liability for exercising his judicial functions. This work attempts to analyze what precisely is meant by judicial immunity; why is it necessary to protect judges for judging; what is judicial function or judicial act; what are non-judicial acts; is judicial immunity confined to judicial functions of the judge or does it also cover his or her administrative, consultative, and executive functions; how did the jurisprudence of judicial immunity evolve in Pakistan; and what is the latest judicial pronouncement on this point by the Supreme Court This work concludes that judicial immunity should be confined to judicial acts of a judge only and should not be extended to his or her administrative, executive, consultative, and legislative orders; that decisions of higher courts in Pakistan that protected judges from civil and criminal liability for their judicial as well as administrative and executive acts were wrong; and that the latest decision of the Honorable Supreme Court on this point has stated the correct position of judicial immunity in Pakistan.

Key words: judge, judicial immunity, administrative, executive, consultative functions, Pakistan, Supreme Court, High Court, Lahore High Court, India, Indian Supreme Court, judicial immunity in the United States, judicial immunity in the U.K.

1. Introduction

Judicial immunity protects judges from civil liability for monetary damages in civil court, for acts they perform pursuant to their judicial function. Judges have complete immunity from civil damages if she or he has jurisdiction over the subject matter in issue. Judicial immunity also protects a judge in criminal cases even if his or her decision is reversed by the higher court and is declared as wrong. The Supreme Court of Pakistan as well as the High Courts have ruled on many occasions that judges have immunity for their judicial functions. Until recently, Superior Courts in Pakistan were of the opinion that non-judicial acts of judges are also protected and are not amenable to writ. The questions that are discussed in this work are: what is judicial immunity; what is judicial function or judicial act; what are non-judicial acts; is judicial immunity confined to judicial functions of the judge or does it also cover his or her administrative, consultative, legislative and executive functions; how did the jurisprudence of judicial immunity evolve in Pakistan; and what is the latest judicial pronouncement on this point by the Supreme Court These are some of the questions that are attempted in this work.

2. Why is Immunity Given to Judges?

Judges must enjoy complete and absolute immunity for their judicial functions to be able to judge freely, independently and without any fear of prosecution or liability later on. Should there be no immunity for judges, they would not be judging in the first place and would pursue another career. Every legal system has, therefore, protected the judges for their judicial functions or judicial acts. Although, there is no precise definition of what exactly constitutes a judicial act, it is clear that the immunity attaches to the act itself, not the person performing the act[1]. The scope of judicial

* Prof. Dr. Muhammad Munir is Vice President Higher Studies & Research, at the International Islamic University, Islamabad. He is also Director Shari'ah Academy as well as Professor of Law at the same University. This paper is presented in the International Istanbul Law Congress held on 17-19 October, 2016. He wishes to thank Susic Sejo, Usman Quddus, Sohail Khan and Hifzur Rahman for their help.
E-mail: muhammadmunir@iiu.edu.pk

1 *See*, J. Randolph Block, "Stump v. Starkman and the History of Judicial Immunity", (1980) *Duke Law Journal*, 879,

immunity has not been settled till the decision of the Supreme Court in September 2016[2]. This decision has expounded what constitutes judicial immunity; what is judicial function; whether a judge has immunity for judicial functions only and whether his or her immunity also encompasses his or her administrative and executive functions. The Constitutional Petition had challenged the administrative and executive functions of the Chief Justice of Islamabad High Court. The new decision of the Supreme Court has overruled many earlier decisions of its own and that of Lahore High Court.

3. Immunity or Impunity: Judicial Immunity in the U.S. and the U.K.

Judicial immunity in Pakistani legal system seems to have ignored the evolution of this doctrine in the United States, the United Kingdom as well as India. In Pakistan judicial immunity was given a very wide meaning by some decisions of higher courts. Thus, judges have to judge fellow judges. The Chief Justice of a High Court or the Supreme Court is given vast powers for administrative, executive and legislative works of the respective court. Higher courts have to make rules and regulation for the smooth functioning of the courts. At the same time the Chief Justice of a higher court is the chief executive officer for the administration of the court. He has to supervise the functions of all those officials who work in the courts. Judicial immunity is discussed in detail below.

It may not be fair to judge Pakistani legal system and case law with American yardstick; some American cases are mentioned here to have an idea of how judicial immunity is evolved in the United States. Legal scholars and jurists in the United States are of the view that conduct not requiring judicial discretion is a non-judicial conduct[3]. In addition, non-judicial conduct includes administrative and legislative acts[4]. Since these acts do not involve any exercise of judicial discretion, judicial independence does not require that the law should provide absolute immunity to them[5]. Judges enjoy absolute immunity from civil liability for their judicial acts so long as they are not outside their jurisdiction[6]. Because of absolute immunity judges may not be sued for their wrongful judicial behavior, even if they act for purely corrupt or ulterior motives or malicious reasons[7] although it is difficult to defend the idea that a man who has an arguable case that a judge has acted corruptly or maliciously to his detriment, should have no cause of action against the judge[8]. At the same time, if judicial matters are drawn into question by frivolous and vexatious actions "there never will be an end of causes: but controversies will be infinite[9]." Moreover, it might lead to the possibility of an endless cycle and the burden placed on judges compelled to answer in civil actions for their judicial acts[10].

4. History and Reasons of Judicial Immunity

There seems some exaggeration in the history of judicial immunity in the United States.

---

at 916-21, and Joseph Romagnoli, "What Constitutes a Judicial Act for the Purpose of Judicial Immunity?", 53 *Fordham Law Review*, (1985), 1503, 1504.

2 Constitution Petition No. 03 of 2014 and C.M.A. No. 8540 of 2015.

3 See Jeffrey M. Shaman, "Judicial Immunity from Civil and Criminal Liability", *San Diego Law Review*, 27:1 (1990), at 9.

4 See, *Forrester v. White*, 484 U.S. at 228-30 (1988).

5 *See McMillan v. Svetanoff*, 793 F.2d (7th Cir. 1986), at 155.

6 *See Pierson v. Ray*, 386 U.S. 547 (1967); *Stump v. Sparkman*, 435 U.S. 349 (1978).

7 See *Pierson*, 386 U.S. at 554; *Stump* 435 U.S. at 356.

8 See David Pannick, *Judges* (Oxford: Oxford University Press, 1988), 99.

9 See *Floyd v. Barker* (1607) 77 ER 1305 at 1306; and *Bradley v. Fisher*, 80 U.S. (13 Wall.) 335, 349 (1872)

10 *ibid*.

In the U. S. case of *Pierson v. Ray* (1967)[11] it was claimed that the doctrine of judicial immunity had been settled and accepted throughout the states by the year 1871[12]. Writing about the history of judicial immunity in the U.S. Shahman argues that "in 1871 there was substantial variation about judicial immunity from state to state[13]." He asserts that judicial immunity in the U.S. was far from being a settled area of law at that time. The leading modern American case on judicial immunity is *Stump v. Sparkman*[14], in which the Supreme Court held that a judge will remain absolutely immune from a damage suit if he acted within his jurisdiction, or even in "excess of his jurisdiction[15]." but not in the "clear absence of all jurisdiction[16]."

Once appeal was made available any wrong made by the lower court judges was highlighted and they had to be protected from civil and criminal liability. In the historic English case of *Floyd v. Barker*[17], Lord Coke articulated that judges who served on English courts of record have judicial immunity. Lord Coke stated that judicial immunity servers the following purposes: first, it insures the finality of judgments; secondly, it protects judicial independence; thirdly, it avoids continual attacks upon judges who may be sincere in their conduct; and finally, it protects the system of justice from falling into disrepute[18]. Point number one, that is, finality of judgments, may be disputed in our times but point number two, that is, judicial independence is generally recognized as the most important purpose of judicial immunity[19]. Judges who decide contentious, twisted, controversial, and emotionally laden cases need judicial immunity from civil and criminal liability so that they should not be charged by disgruntled litigants for improper judicial behavior. In England judicial immunity is extended to defamatory remarks uttered by judges and other judicial officers[20] in the course of judicial proceedings. In addition, inferior courts enjoy the same immunity as superior courts[21]. However, judicial immunity in England is available for judicial acts only and is not extended "to administrative acts of Her Majesty's and Tribunals Service (HMCTS)[22]." Similarly, in England judicial immunity is also provided to officials who have 'quasi-judicial' functions. These include prosecutors[23], arbitrators[24], and military tribunals[25].

11 See *Pierson*, 386 U.S. at 560.

12 Ibid.

13 See Note, "Liability of Judicial Officers Under Section 1983", *The Yale Law Journal* 79, no. 2 (1969): 322-37; Shaman, at 3.

14 *Stump v. Sparkman*, 435 U.S. 349 (1978).

15 *Ibid.* at 356-57 (quoting *Bradley v. Fisher*, 80 U.S. (13 Wall.) 335, 351 (1872)).

16 See *Stump*, at 360.

17 *Floyd v. Barker* (1607) 77 ER 1305.

18 *Ibid*. at 1307.

19 See Shahman, at 4; and Charles W. Wolfram, *Modern Legal Ethics*, (Minn: West Publishing Co. 1986), 970.

20 See *R v. Skinner* (1772) 98 ER 529, 530 [Lord Mansfield].

21 See *Thomson v. Sheriff Kenneth Ross and others* [2000] Scot CS 202.

22 See Shimon Shetreet and Sophie Turenne, *Judges on Trial: The Independence and Accountability of Judges of the English Judiciary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 275.

23 See *Hester v. McDonald* [1961] SC 370.

24 See *Sutcliffe v. Thackrah* [1974] AC 727; *Arenson v. Casson* [1975] 3 WLR.

25 See *Dawkins v. Lord Rockeby* [1873] LR 8 QB 255.

5. Judicial Immunity in Pakistan: Immunity for Non-Judicial and Quasi Judicial Acts

In Pakistan judges of the superior judiciary, that is, the Supreme Court and the High Courts are protected by Article 199(5) of the Constitution of the Islamic Republic of Pakistan of 1973. Article 199(5) of the Constitution gives the definition of 'person' and mentions that a person include, "any body politic or corporate any authority of or under the control of the Federal Government, or of a Provincial Government, and any Court or Tribunal, other than the Supreme Court, a High Court, or a Court or Tribunal established under a law relating to the Armed Forces of Pakistan…". In other words, the Supreme Court, a High Court or a military court or tribunal are excluded from the definition of person and cannot be subjected to writ petitions under Article 199 of the Constitution. On the other hand judicial officers and quasi judicial officers are protected by the Judicial Officers' Protection Act, 1850[26]. Section 1 of the Act gives absolute immunity to judicial and quasi judicial officers. It says:

"No Judge, Magistrate, Justice of the Peace, Collector or other person acting judicially shall be liable to be sued in any Civil Court for any act done or ordered to be done by him in the discharge of his judicial duty, whether or not within the limits of his jurisdiction: Provided that he at the time, in good faith, believed himself to have jurisdiction to do or order the act complained of; and no officer of any Court or other person, bound to execute the lawful warrants or orders of any such Judge, Magistrate, Justice of the Peace, Collector or other person acting judicially shall be liable to be sued in any Civil Court, for the execution of any warrant or order, which he would be bound to execute, if within the jurisdiction of the person issuing the same[27]."

There have been unanimity and consistency among the Superior Courts in Pakistan regarding their interpretations that the judicial functions or judicial acts of a judge of a High Court under Article 199(5) are absolutely immune. However, they have differed on whether the administrative, executive, and consultative acts or orders or functions of a judge are immune or not. In the earlier case of *Muhammad Mohsin Siddiqi v. Government of West Pakistan*[28] the order of the Administrative Judge of the High Court was challenged in the writ and the question involved was, whether such an order could be so assailed. An employee of the District Court, Hyderabad had been dismissed by the District Judge on the basis of misconduct and misbehavour. The District Judge had himself conducted an enquiry and had dismissed the employee as a result. An Administrative Judge of the High Court had affirmed the dismissal order with some modification[29]. The said employee had challenged the administrative order of the Administrative Judge in a writ before the same High Court but the High Court dismissed the petition on the ground that it cannot issue a writ to itself to quash its Administrative order. The aggrieved employee challenged the decision of the High Court before the Supreme Court of Pakistan on the grounds that a complainant, the District Judge, was not supposed to be conducting the enquiry as this was against the established legal principle that 'no one shall be a judge in his own cause;' and that the Administrative order of the judge of the High Court was amenable to writ. The Supreme Court agreed with the petitioner and ruled that "the District Judge had made himself the Judge in his own cause[30]" and that its

26 The Judicial Officers' Protection Act, 1850, Act No. XVIII of 1850 available at <http://pakistancode.gov.pk/english/UY2FqaJw1-apaUY2Fqa-apaUY2Fvb50%3D-sg-jjjjjjjjjjj> (last visited 11-10-2016).

27 *Ibid*.

28 PLD 1964 SC 64.

29 The Administrative Judge of the High Court declared the dismissed employee suitable for other jobs.

30 PLD 1964 SC 64 at 65(*per* A.R. Cornelius, C.J. for the Full Bench. Other members of the Bench were B. Z. Kaikaus and Hamoodur Rahman, JJ.)

subsequent ratification by the Administrative Judge of the High Court has not cured the "patent defect by which the enquiry proceedings were allegedly affected[31]." The Supreme Court accepted the appeal and set aside the order of the Administrative judge of the High Court. Consequently, all proceedings and actions against the appellant were rendered void and of no legal effect[32].

The Honorable Supreme Court ruled in *Ibrar Hussain v. Government of Sind*[33] that "It seems that intention of the Constitution-makers is to exclude, from the writ jurisdiction of the High Court, all actions, acts and orders made by the High Court or the Supreme Court, or by any Judge thereof in the exercise of the functions and powers of his office, but the immunity would not extend to the actions of a Judge in his private or individual capacity, in which capacity he continues to be amendable to the laws of the land like any other citizen[34]." In *Muhammad Ikram Chaudhry v. Federation of Pakistan*[35], the Supreme Court ruled that "There seems to be unanimity of view among the superior Courts on the question that a High Court or the Supreme Court cannot in exercise of its Constitutional jurisdiction under Article 199 of the Constitution interfere with an order passed by another Judge or another Bench of the same Court[36]." The word 'order' in this judgment is considered later on, as was seen in subsequent case law, to encompass all types of orders, that is, administrative, consultative, legislative, and judicial.

In *Malik Asad Ali v. Federation of Pakistan*[37] the Supreme Court ruled that "the actions of the judge which relate to the performance of his duty and functions as a Judge of the Court or as a member of the Court, cannot be brought under challenge under Article 199 of the Constitution before the High Court. Only such actions of a judge of superior Court are amenable to the jurisdiction of High Court under Article 199 of the Constitution, which he performs in his personal capacity, having no nexus with his official functions as a Judge of the Court[38]." Thus, the Supreme Court seems to have overruled its earlier decision of *Muhammad Mohsin Siddiqi*[39] and established that any order of a High Court judge is immune no matter it be judicial or administrative, legislative, executive, or consultative. The Supreme Court has taken a similar view in *Wukala Mohaz Barai Thafaz Dastoor v. Federation of Pakistan*[40] where the Court provided protection to the superior judiciary and has placed as immune from challenging its administrative orders[41].

In *Nusrat Elahi v. The Registrar Lahore High Court*[42], the Lahore High Court had ruled in 1991 that the Constitutional jurisdiction of the High Court "cannot be invoked by the employees of this Court [that is, the Lahore High Court] against the orders passed by the Chief Justice

31 Ibid. The Court stated that "The Whole proceeding in a departmental enquiry is required by the Rules to be conducted in accordance with the principles of justice." PLD 1964 SC 64 at 67.

32 PLD 1964 SC 65 at 68.

33 PLD 1976 SC 315.

34 Ibid., at 342-43 (*per* Anwarul Haq, J)

35 PLD 1998 SC 103.

36 Ibid., at 113 (*per* Ajmal Mian, CJ for the larger Bench. Other members of the Bench were Munawar Ahmad Mirza, Sh. Ijaz Nisar, Abdur Rehman Khan and Ch. Muhammad Arif, JJ).

37 PLD 1998 SC 161.

38 See ibid., at 295 (*per* Saiduzzaman Siddiqui, J for the ten Members Bench).

39 PLD 1964 SC 64.

40 PLD 1998 SC 1263.

41 Ibid., at 1301.

42 1991 MLD 2546 (M. Mahboob Ahmad, CJ and Malik Muhammad Qayyum, J for the Divisional Bench).

or the Registrar on behalf of the Court[43]." The Court ruled that "while defining 'person', sub-Article (5) of Article 199 of the Constitution excludes the Supreme Court, the High Court or a Tribunal established under a law relating to the Armed Forces of Pakistan from its purview. That being so, no petition can be entertained under Article 199 of the Constitution against the High Court itself[44]." This view was endorsed by a Full Bench of the same High Court eight years later in *Asif Saeed v. Registrar Lahore High Court*[45]. In the later case many petitioners had previously applied for license to practice as advocates of Lahore High Court under the Legal Practitioners and Bar Council Act, 1973. Under section 27 of the said Act "a person shall be qualified to be admitted as an advocate of a High Court" if he has (a) practiced as an advocate before a lower Court for at least two years; or (b) "he has practiced outside Pakistan as an advocate before any High Court" specified by the Pakistan Bar Council; or (c) "he has, for reason of his legal training or experience, been exempted by the Provincial Bar Council, with the previous approval of the High Court, from the requirements of clause (a) and clause (b)…"[46]. The licenses were declined by the Punjab Bar Council because the Lahore High Court did not grant its approval as required under section 27(c) of the said Act. Although there were different reasons for refusal of approval, the aggrieved petitioners had challenged the actions or orders of the Lahore High Court believing it to be administrative in nature. They wanted the High Court to declare the same illegal and unlawful. The petitioners made the High Court as a party to the case along with Punjab Bar Council. The learned Counsel for the petitioners argued that judicial orders of the High Court cannot be challenged under Article 199(5), however, administrative orders and actions of a judge of a High Court are always amenable to writ and sub Article (5) would not operate as a bar against the exercise of such jurisdiction. The learned counsel argued that powers of the High Court to make ules under Articles 202 and 208 of the Constitution, its supervision of subordinate courts under Article 203 and its powers of recruiting, transferring, and terminating of services of its employees and officers are administrative functions of the Court and if any mistake or error is committed, the same shall "always be assailed before and corrected by this Court in exercise of its judicial functions under Article 199[47]."

It is interesting to note that the two leading counsels for the petitioners differed themselves regarding the nature of the orders of the High Court, that is, refusal to approve the exemption under Section 27(c) of the Legal Practitioners and Bar Council Act, 1973. According to the learned counsel Syed Mansoor Ali Shah, it was administrative in nature but according to Hamid Khan, it was a consultative act. Both agreed that whether the act was administrative or consultative in nature it was not a judicial act and was thereby not protected under Article 199(5). It was also argued by the learned counsel Hamid Khan that Article 199(5) excludes "Person" only from the ambit of writ jurisdiction but not the "Authority", which is deliberately omitted, consequently, when an administrative order "has been passed by the High Court that violates any fundamental right of a citizen, a writ would be competent, because then the High Court would be acting as an "Authority" and not as a person[48]."

43 Ibid. at 2549 (*per* Malik Muhammad Qayyum).

44 Ibid. at 2548 and 2549.

45 PLD 1999 Lahore 350. (Ihsanul Haq Chaudhry,Karamat Nazir Bhandari and Mian Saqib Nisar, JJ).

46 Section 27 of Legal Practitioners and Bar Councils Act, 1973.

47 *Asif Saeed*, at 355-56.

48 See *Asif Saeed*, at 357.

The Lahore High Court distinguished *Muhammad Mohsin Siddiqiue* case[49] discussed above and opined that "the order originally 'passed and assailed, which was the foundation of the case was quasi judicial in nature, though passed in exercise of administrative function[50]." In other words, the Court admitted that a non-judicial or quasi judicial order of the Court was administrative in nature. The Lahore High Court dismissed the petitions and ruled that Article 199(5) has excluded both the Supreme Court and the High Court from the definition of 'person' and if administrative orders of the High Courts are amenable to writ, "orders of the Supreme Court on its judicial side can be challenged before the High Court in writ, irrespective of sub-Article (5)[51]."

The reasons behind the ruling of the Court are reproduced in full:

"Now if the interpretation of the petitioners that administrative order of the High Court *can in writ be challenged* [can be challenged in writ][52] is accepted, the same rule would also apply to the Supreme Court, situation may arise where a full Court of the apex forum takes a non-judicial decision then on the basis of above reasoning a Single Judge of this Court may issue writ to quash the same which would he just preposterous. This also applies to the administrative decision taken by the Full Court of a High Court, particularly, when the same Judge/Judges are party to such a decision. There can be numerous examples cited to show [the] fallacy of such an interpretation. If the same rule is allowed to prevail, rules made by the Supreme Court, under Article 191 and by the High Courts, under Articles 203, and 208 are not safe from attack and may become subject of every day's litigation leading to a hazardous situation[53]."

The Court went one step further and stated that judicial orders of the Supreme Court and the High Court "were already protected from the exercise of writ. It is only the administrative/ executive or consultative functions/orders and acts which in fact have been saved under this sub-Article [5]. By plain reading of sub-Article (5) and by applying settled rules of interpretation, High Court cannot be deemed to be conferred with two distinct characters i.e. one judicial, which is immune from writ, and the other administrative which is amenable to the writ[54]." The Court ruled that "Under section 27(c) of the Legal Practitioners and Bar Councils Act, 1973, the requisite approval is to be obtained from the High Court not from any individual Judge of the Court so mentioned by designation or otherwise, not even from any Judge performing duties of an "Administrative Judge." The order passed is always of the High Court, not by a Judge having a character different than of a High Court[55]." The Court ruled that an "Administrative Judge does not act in his unofficial or personal capacity, but performs function for and on behest of the Court and acts as a High Court[56]." In other words, whether particular judge acts in his consultative, executive, or administrative capacity, he is acting as a High Court which is not amenable to writ under 199.

This decision grants blanket immunity to all actions and orders whatever their nature, that is, whether these are administrative, consultative, executive, legislative, judicial or non-judicial. All

49 PLD 1964 SC 64.

50 See *Asif Saeed*, at 358.

51 Ibid. at 359.

52 The text seems to have some mistakes.

53 See *Asif Saeed case*, at para. 15. (*Per* Mian Saqib Nisar for the Full Bench).

54 *Ibid*. at para. 17.

55 *Ibid*. at 360-61.

56 Ibid. at 362.

the above decisions that protect judges for their non-judicial acts are unique as the Courts in the United States, the United Kingdom, and India do not give any immunity to acts or functions of judges that are non-judicial in nature, that is, administrative, consultative, or legislative in nature. The jurisprudence of judicial immunity in these three countries provides immunity to judges only for their judicial acts.

In *Muhammad Iqbal v. Lahore High Court*[57] the Supreme Court endorsed the Lahore High Court's decision, that is, *Asif Saeed case*, and ruled that:

"We perfectly agree with the view taken by the Lahore High Court that all judicial orders passed by a High Court can be challenged in accordance with the Constitution or the law and are individually and specifically protected. For such purpose of protecting judicial orders, there was no need absolutely to enact the provisions of sub-Article (5) of Article 199 and that such provisions are were given in the Constitution to protect, rather, the non-judicial orders of the High Court. We are further of the view if such orders are allowed to be challenged before the same High Court, it would lead to creating ludicrous situations and hazardous consequences[58]."

The Supreme Court has reproduced many paragraphs of *Asif Saeed case* in approval which has raised that decision to the status of an important precedent.

6. Expounding the True Scope of Judicial Immunity by the Supreme Court

The Supreme Court has taken a different view in 2016 in a Constitutional petition of 2014[59]. In this case the administrative actions taken by the Chief Justice of Islamabad High Court were challenged. It was alleged that the Chief Justice has either appointed the respondents without advertisement thus denying other capable candidates the right to openly compete for the said posts; or some deputationists were absorbed in much higher scales; or some respondents were appointed in relaxation of rules. It was argued before the Court that "under Article 199(5) of the Constitution, the Supreme Court has no jurisdiction to question an order of a High Court since Article 199(5) provides blanket protection to all orders passed by this Court or the High Courts[60]." The Court stated that the orders challenged before the Supreme Court are the orders made by the Chief Justice of Islamabad High Court "in his capacity as the Chairman of the Administration Committee and not the judicial orders passed by him in his capacity as a Judge[61]." The Court opined that the Chief Justice the exercise of power by the Chief Justice of Islamabad High Court was unlawful and was a violation[62] of the fundamental rights guaranteed under Article 18 of the Constitution "which protects an individual's right to enter upon a lawful profession or occupation[63]." The Court ruled that Article 18 "has to be read with Article 4 of the Constitution which provides every citizen the right to be dealt with in accordance with the law[64]."

57 2010 SCMR 632 (Sardar Muhammad Raza Khan and Nasir-ul-Mulk, JJ for the Divisional Bench).

58 *Ibid*. at 635-36 (*per* Sardar Muhammad Raza Khan, J).

59 Constitutional Petition No. 3 of 2014.

60 Constitutional Petition No. 3 of 2014, paragraf No. 35.

61 Ibid., paragraf No. 37 (*per* Justice Amir Hani Muslim for the Full Bench. Other members of the Bench were Mushir Alam, and Dost Muhammad Khan, JJ).

62 The Supreme Court mentioned the word 'abrogation', instead of 'violation'. See, *ibid*. paragraf No. 38. Fundamental rights under the Constitution can be violated by State's institutions but cannot be abrogated by them.

63 Constitutional Petition No. 3 of 2014, paragraf No. 38.

64 Ibid.

The common contention of the respondents was that both judicial and non-judicial acts of the High Court and the Supreme Court are protected under Article 199(5) of the Constitution. The Court specifically referred to *Asif Saeed* case of the Full Bench of Lahore High Court of 1999 and *Muhammad Iqbal* case decided by the Supreme Court in 2010 and overruled both[65]. The Court ruled that "It is our considered view that the Constitution confers judicial powers (jurisdiction) on the High Court only under Article 199 and the administrative, consultative or executive powers are conferred on the High Court by virtue of the rules framed under Article 208[66]." The Court opined that the view of Lahore High Court in *Asif Saeed* case which was endorsed by the Supreme Court in *Muhammad Iqbal* case "is against the language of Article 192 and Article 199 of the Constitution" and that both decisions have overlooked the provisions of Article 208 which empowers the High Court as well as the Supreme Court to frame rules for both Courts respectively. The Court stated that the two decisions mentioned above have mixed up judicial powers and the powers that are executive/administrative/consultative in nature[67]. The Court concluded that this mixing up has lead "to denial of remedy to an aggrieved person even in a case where codal formalities or eligibility or other mandatory requirements have been blatantly disregarded[68]." In the opinion of the Court by Article 199(5) "the framers of Constitution envisaged judicial jurisdiction and not the extraneous administrative/ executive/consultative matters pertaining to the Establishment of the Courts[69]." The Court concluded that:

"the provisions of Article 199(5) would bar a writ against a High Court if the issue is relatable to judicial order or judgment; whereas a writ may lie against an administrative/consultative/ executive order passed by the Chief Justice or the Administration Committee, involving any violation of the Rules framed under Article 208, causing infringement of the fundamental rights of a citizen[70]."

The Court ruled that the Chief Justice of Islamabad High Court has relaxed rules which cannot be permitted, "especially when it impinges upon the statutory rights of the citizens and other employees of the High Court[71]." It is important to note that the Supreme Court's latest decision seems to suggest that administrative, or executive, or legislative, or consultative orders of the Supreme Court can also be challenged.

It is pertinent to note that in India the administrative order of the High Court could validly be challenged on its judicial side. The Indian Supreme Court has ruled in 1994 that a High Court could be moved on its judicial side to consider the validity of the order passed by it on the administrative side and issue a writ in that behalf.[72] In other words, the administrative orders or acts of a High Court in India are not protected by judicial immunity which only covers judicial acts or functions.

65 The Supreme Court described both decisions as *per incuriam* and against the provisions of the Constitution, See. *ibid*. paragraf No. 44.

66 See Constitutional Petition No. 3 of 2014, paragraf No. 42.

67 *Ibid*, at paragraf No. 43.

68 Ibid, paragraf No. 43.

69 Ibid, paragraf No. 44.

70 Ibid, paragraf No. 45.

71 Ibid, paragraf No. 51.

72 AIR 1994 SC 2599.

Conclusion

In the United States only judicial acts of judges are immune but there is no judicial immunity for non-judicial acts. The situation in the United Kingdom is similar. Superior Courts in Pakistan were earlier of the opinion that judicial as well as non-judicial acts of a judge of the High Court are protected and therefore, administrative, consultative, executive, and legislative functions and acts of the High Courts are immune under Article 199(5) of the Constitution. The Lahore High Court as well as the Supreme Court had held this view repeatedly. The two important cases upholding this view are *Asif Saeed* of the Full Bench of the Lahore High Court. The second case is *Muhammad Iqbal* which is a decision of the Supreme Court that maintained the view taken in *Asif Saeed*. The latest decision by a Full Bench of the Honorable Supreme Court of Pakistan in a Constitutional Petition has overruled both *Asif Saeed* as well as *Muhammad Iqbal* cases. The Supreme Court has declared both cases to be against the provisions of the Constitution and *per incuriam*. The Supreme Court has held that only judicial decisions/orders/acts are protected under Article 199(5) of the Constitution and that administrative, consultative, executive, and legislative acts/functions of a High Court are not immune under the same Article; that these powers are conferred on the High Court by virtue of the rules framed under Article 208 of the Constitution and are therefore not immune; that citizens can challenge such orders of the High Court if these are in violation of their fundamental rights guaranteed under the Constitution.

ULUSLARARASI İSTANBUL HUKUK KONGRESİ
INTERNATIONAL İSTANBUL LAW CONGRESS
17-19 EKİM 2016
17-19 OCTOBER 2016

ÜÇÜNCÜ GÜN
THIRD DAY

MABEYN SALONU
MABEYN HALL

Mültecilerin Hukuki Sorunları
Legal Challenges of Refugees

UKRAYNA'DA ÜLKE İÇİNDE YERİ DEĞİŞTİRİLEN İNSANLARIN HAKLARININ KORUNMASI

Ganna Onyshchenko[*]

Sayın meslektaşlarım,

Öncelikle, bu önemli etkinliğe ve mükemmel organizasyona katılım daveti için teşekkürlerimi sunmak isterim.

Etkili bir hukuk sistemi ve insan hakları uygulaması olmadan demokratik bir ülkenin varlığından söz edilemez ve fonksiyonunu iyi şekilde yerine getiren avukatlık, noterlik ve adli sistem kurumları olmadan özgürlük mümkün değildir.

Etnik kökenine, dinine veya cinsiyetine bakılmaksızın, bütün vatandaşların insan haklarının ve özgürlüklerinin korunması bu bağlamda temel teşkil etmektedir. Bu sebepten, bugün yapılacak tartışmanın bütün ülkelerdeki bütün katılımcılar için faydalı ve yararlı olacağına inanıyorum.

Ülke İçinde Yeri Değiştirilmiş İnsanlar

Ne yazık ki, son dönemde Ukrayna'da, Ukrayna halkının büyük bir kısmının medeni haklarının uygulanışını önemli ölçüde etkileyen bazı olaylar gerçekleşti. Mart 2013'te Rusya Federasyonu ile yaşanan sorunların sonucunda, Kırım Özerk Cumhuriyeti bölgesi yasadışı olarak işgal edildi ve ülkemizin doğusunda halen devam etmekte olan silahlı bir çatışma süreci başladı.

Bu olaylar sebebiyle Ukrayna, İkinci Dünya Savaşı'ndan bu yana tarihinde ilk defa büyük bir iç göç dalgası ile yüzleşti.

2014 yılı Mart ayından başlayarak, 2016 Eylül ayının sonuna kadar 1 701 571 (yaklaşık 2 milyon) kişinin ülke içinde yer değiştirdiği veya 1 milyon 378 (üç yüz 78 bin) 033 ailenin zorla Donetsk veya Lugansk bölgelerinden veya Kırım Özerk Cumhuriyeti'nden işgal sebebiyle taşınmaya zorlandığı kayıtlara geçmiştir.

20 Ekim 2014 tarihinde (Ukrayna'nın doğu bölgesinde Rusya ile ilişkili problemlerinin başlanmasından itibaren birkaç ay içerisinde) Ukrayna'da "Ülke içinde yeri değiştirilen kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması" kanunu kabul edilmiştir.

Bu kanun istihdam hakkı, emeklilik hakkı, zorunlu sosyal sigorta, sosyal hizmetler, eğitim ve Ukrayna yasalarının ve Anayasası'nın belirlediği diğer haklar da dahil olmak üzere, ülke içinde yeri değiştirilen kişilerin haklarını ve özgürlüklerini ve hukuki menfaatlerini garanti altına almaktadır.

İnsan Hakları Ulusal Stratejisinin Uygulanması

Ukrayna'daki insan hakları ve özgürlüklerin korunması ile ilgili faaliyetleri gündeme getirmek amacıyla, 25 Ağustos 2015 tarihinde Ukrayna Devlet Başkanının kararnamesi ile İnsan Hakları Ulusal Stratejisi onaylanmıştır.

Adalet Bakanlığı, bu stratejinin sağladığı çok sayıda önlemi uygulamakta olup, bu önlemler özellikle aşağıdaki gibidir:

· Ücretsiz hukuki yardım sağlamak,

[*] Ukrayna Adalet Bakan Yardımcısı.

· Efektif bir adalet sisteminin getirilmesi,

· Tutukluların haklarının korunması ve iyileştirilmesi

· Vatandaşların medeni durum ve ilişkilerine ait resmi kayıt prosedürünün iyileştirilmesi.

Ukrayna'nın doğusundaki durum hesaba katıldığı zaman, ülke içinde yerleri değiştirilen kişilerin haklarının korunmasına yönelik tedbirlere özellikle dikkat edilmektedir.

Örneğin: Temmuz 2015 - Ekim 2016 arasındaki dönemde, ülke içinde yeri değiştirilen yaklaşık 2000 (1951) vatandaş ve Terör Örgütleri ile mücadele gazisi olan 3596 vatandaş ücretsiz hukuki yardım talep etmiştir.

Ücretsiz hukuki yardım merkezleri ve yaklaşık 700 (670) sivil toplum örgütü arasında etkili bir işbirliği kurulmuş olup, ücretsiz yasal yardım sağlanmasına ilişkin yaklaşık 1080 memorandum (mutabakat, protokol) imzalanmıştır.

Aşağıdaki hususlardaki yasa taslakları neredeyse son haline gelmiştir:

- Ülke içinde yerleri değiştirilen kişilerin seçme ve seçilme haklarının sağlanması,

- Kriz durumlarındaki insani destek,

- Ukrayna'nın "mülteciler ve tamamlayıcı koruma ihtiyacı içindeki kişilerin entegrasyonunu ve entegrasyon önlemlerini belirlemeyi amaçlayan tamamlayıcı ve geçici koruma ihtiyacı duyan kişiler ve mülteciler ile ilgili yasa" üzerinde değişiklikler,

- Geçici olarak işgal edilmiş bölgede veya resmi organlarının yetkilerini geçici olarak uygulayamadığı yerlerde, kendilerine verilen cezayı çekmekte olan mahkumların hukuki durumlarının tanımlanması.

Ülke İçinde Yerleri Değiştirilmiş Kişiler İçin Ücretsiz Hukuki Yardım

Ülke içinde yerleri değiştirmiş kişiler toplumdaki en hassas gruplardan biri olduğu için, bu kişilere ücretsiz hukuki destek verme konusu Ukrayna hükümeti için çok daha büyük önem kazanmıştır.

1 Temmuz 2015 tarihinden itibaren, Ukrayna'daki "ücretsiz hukuki yardım" yasasının gereksinimleri uyarınca, Ukrayna'nın birçok yerinde lokal ücretsiz ikincil hukuki destek verme merkezleri kurulmuştur.

1 Temmuz 2015'ten başlayıp 29 Eylül 2016 tarihine kadar varan dönemdeki resmi istatistiklere göre, yurtiçinde yerleri değiştirilen 1951 vatandaş ücretsiz hukuki destek talebinde bulunmuştur. Özellikle:

- 1293 kişiye sosyal huzur, iş bulma, ev bulma konularında uygun merkezdeki çalışanlar tarafından danışmanlık hizmeti verilmiştir;

- Ücretsiz ikincil hukuki destek sağlamak üzere 315 kişiye avukat verilmiştir, yani bu kişiler mahkemelerde, diğer resmi organlarda, yerel yönetimlerde, diğer kişiler karşısında ve prosedür belgelerinin hazırlanmasında temsil edilme hakkına kavuşmuştur;

- 282 kişiye, özellikle tebligat belgelerinin hazırlanması aşamasında, ücretsiz ikincil hukuki destek verilmiştir.

Ancak ne yazık ki Ukrayna'nın ücretsiz hukuki yardım kanunu uyarınca, bugün yurtiçinde yeri değiştirilmiş olan kişiler ücretsiz ikincil hukuki yardımı alma hakkına sahip

değillerdir ve bu hakkı ancak yukarıda bahsi geçen kanunla belirlenen hassas gruplardan herhangi birine giriyorlarsa kazanmaktadırlar.

Ülke içinde yeri değiştirilmiş kişilerin haklarını korumak amacıyla, Ukrayna'daki "ücretsiz hukuki desteğe erişimin basitleştirilmesi ve bu yardımı sağlama kalitesinin iyileştirilmesi ile ilgili olarak Ukrayna'daki bazı yasalar üzerindeki değişiklikler" başlıklı taslak yasa hazırlanmış ve Ukrayna Parlamentosu'na sunulmuştur.

Bu taslak ile, ücretsiz ikincil hukuki yardım hakkını kazanan kişilerin listesine, ülke içinde yeri değiştirilen kişiler ve yalnızca kayıt hakkı elde etmek üzere başvuru yapan Ukrayna vatandaşları gibi diğer kategorilerin de eklenmesi önerilmektedir.

Bugün Ukrayna Adalet Bakanlığı ücretsiz hukuki yardıma erişiminin basitleştirilmesi ve bu yardımı sağlama kalitesinin iyileştirilmesi bakımından Ukrayna'daki bazı yasalar üzerinde değişiklik taslağı üzerinde çalışmaktadır, bu yasalar da sırasıyla, ücretsiz ikincil hukuki yardım hakkına sahip olacak kişilere, ülke içinde yeri değiştirilmiş kişilerin ve ülke içinde yeri değiştirilmiş olduğu yönünde kaydedilmek için başvuru yapan kişilerin dahil edilmesini de sağlayacaktır.

Ücretsiz Hukuki Yardıma Uzaktan Erişim Noktaları

Ülke içinde yeri değiştirilmiş olan kişiler ve teröre karşı yapılan operasyonlarda gazi olmuş kişiler de dahil olmak üzere, ücretsiz hukuki yardıma erişimi arttırmak üzere, yerel merkezler uzaktan erişim noktaları kurmuştur. Eylül 2016 itibariyle ücretsiz hukuki yardıma uzaktan erişim sağlamak üzere 992 nokta faaliyet göstermekte ve 2300'den fazla mobil danışma merkezi (vatandaşlar için kurulan daire dışındaki beyaz masalarına bu ad verilmektedir) organize edilmiştir. Özellikle bu uzaktan erişim noktaları aşağıdaki yerlerde kurulmuştur:

- Yerel idare organları (ilçe ve belediye idareleri);

- Merkezi icra organlarının bölge müdürlükleri (Çalışma Ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve, Ukrayna Emeklilik Fonu, Devlet Göçmenlik Hizmeti Bölge Üniteleri dahil);

- Yerel öz yönetimler (köy, kasaba, şehir ve ilçe meclisleri);

- Sosyal hizmet kurumları (sosyal ve psikolojik rehabilitasyon merkezleri ve ülke içinde yerleri değiştirmiş kişilere yönelik sosyal hosteller dahil);

- İş bulma merkezleri;

- Askeri birimler ve askeri polis merkezleri;

- Başta Ukrayna Savunma Bakanlığı askeri sağlık merkezleri olmak üzere sağlık kuruluşları.

Farklı türlerde yardım ve destekler, terörle mücadele gazilerinin maaşları, Ukrayna'nın geçici olarak işgal altında olan bölgelerindeki vatandaşlar ve teröristle mücadele bölgelerindeki vatandaşlar tarafından talep edilen maaşlar da dahil olmak üzere, vatandaşların büyük bir kısmı sosyal hizmetler için başvuruda bulunmuştur. Bu istişareler temel olarak arazi mevzuatı, barınma ve toplum hizmetleri mevzuatları, aile hukuku, vergi hukuku ve çalışma hukuku gibi konuları kapsamaktadır.

Ülke içinde yerleri değiştirilen kişiler dahil olmak üzere uzaktan erişim noktalarının ve mobil danışma merkezlerinin çalışması esnasında hukuki hususlar konusunda açıklama ve danışma için başvuru yapan toplam vatandaş sayısı 13 000 kişinin üzerinde olmuştur.

Ülke İçinde Yerleri Değiştirilen Kişileri Desteklemek Üzere Adalet Bakanlığının Faaliyetleri

Adalet Bakanlığı ülke içinde yerleri değiştirilen kişilerin hak ve menfaatlerinin sağlanması ve korunması adına sürekli olarak çeşitli önlemler uygulamaya koymaktadır.

Bunlardan bazıları aşağıdadır:

- Ukrayna'nın geçici olarak işgal altında olan bölgelerinde yaşamakta olan vatandaşların veya bu bölgelerden çıkartılmış olan vatandaşların başvuruları ile yenileme ve iptal işlemleri de dahil olmak üzere medeni durum kaydı ile ilgili değişiklikler yapmak üzere nüfus kayıt prosedürü, bölge dışında yer alan herhangi bir nüfus idaresi tarafından verilebilmektedir;

- (Başvuru sahibinin doğum veya ölümün resmi kaydı için ilgili sağlık belgelerini verme şansı olmadığı hesaba katılarak) geçici olarak işgal altındaki bölgede yaşamakta olan bir kişinin doğum veya ölümünü belirten mahkeme dava prosedürü belirlenmiştir;

- Kırım Özerk Cumhuriyeti, Sivastopol ve Donetsk ve Lugansk geçici işgal bölgelerinde yer alan gayrimenkuller ile ilgili mülkiyet ve diğer özel hakların resmi tescili ile ilgili prosedür, söz konusu mülkün yerine bakılmaksızın (mülk sahiplerinin hak ve menfaatlerini korumak adına) yapılabilmektedir;

- Doğumların resmi kayıtları için gerekli olan belgelerin ibraz edilmesi ve doğum belgelerinin doğrudan çocuğun doğumunun gerçekleştiği hastanelerde düzenlenmesi için özel mekanizma (Mart 2016'dan itibaren bu hizmet Lugansk bölgesindeki 8 sağlık kuruluşunda mevcuttur; 1 Eylül 2016 itibariyle halkın %15 veya 705 vatandaş özel prosedüründen faydalanmıştır).

Sayın meslektaşlarım,

Konuşmamın sonunda, katılımcılara çalışmalarında başarılar dilerim ve ülke içinde yerleri değiştirilmiş kişiler de dâhil olmak üzere kendi vatandaşlarımızın hak, özgürlük ve hukuki menfaatlerini garanti altına almaya yönelik daha ileri ana esasların araştırılması konusunda başarılar dilerim.

Beni dinlediğiniz için teşekkür ederim.

PROTECTION OF THE RIGHTS OF INTERNALLY DISPLACED PERSONS IN UKRAINE

Ganna Onyshchenko[*]

Dearcolleagues,

First of all let me express my gratitude for the invitation to participate in this important event and for its excellent organization.

The existence of democratic state is not possible without efficient legal system and enforcement of human rights and freedoms is not possible without well-functioning institutions of advocacy, notarial and judicial systems.

Enforcement of human rights and freedoms of all the citizens without regard to ethnicity, religion, or gender is the basis in this context. Therefore, I believe that today's discussion will be fruitful and useful for all participants, all of our countries.

Internally Displaced Persons

Unfortunately, recently in Ukraine the events took place that significantly influenced the implementation of civil rights of a large segment of the Ukrainian population. As a result of aggression of the Russian Federation in March 2013 the territory of the Autonomous Republic of Crimea was illegally occupied and an armed conflict started that continues in the East of our country until now.

Because of these events Ukraine for the first time in its history since the Second World War faced the phenomenon of the huge internal migration.

From March, 2014 till the end of September 2016 (about 2 million) 1 701 571 internally displaced persons (IDPs) or 1 million 378 families were registered who were forced to move from the Donetsk and Lugansk regions or Autonomous Republic of Crimea because of the occupation.

On the 20th of October 2014 (in couple of months from the beginning of Russian aggression in the Eastern part of Ukraine) the Law of Ukraine "On enforcement of rights and freedoms of internally displaced persons" was adopted.

It guarantees the rights, freedoms and legal interests' protection of internally displaced persons, including the right for employment, pensions, compulsory social insurance, social services, education and other rights determined by the Constitution and laws of Ukraine.

Implementation of the National Strategy on Human Rights

In order to bring up to date the activities on human rights and freedoms enforcement in Ukraine the National Strategy in the field of human rights was approved by Decree of the President of Ukraine on August 25,2015.

The Ministry of Justice is implementing a number of measures, provided by the Strategy, These are particularly:

· Providing free legal aid,

[*] Deputy Minister of Justice, Ukraine.

· Introduction of an effective justice system,

· Enforcing and improving the rights of prisoners,

· Improving the procedure of state registration of civil status and associations of citizens.

Considering the situation in Eastern Ukraine special attention is given to the measures aimed at protection of the internally displaced persons' rights.

For instance, in the period of July 2015 - October 2016 about two thousand (1951) citizens, which were internally displaced and 3590 ATO veterans asked for free legal aid.

Effective cooperation has been established among the free legal aid Centers and almost seven hundred (670) NGOs, nearly 1080 memorandums on free legal aid providing were signed.

We Almost Finalized the Draft- Laws On

- Ensuring of electoral rights of internally displaced persons,

- Humanitarian assistance in crisis situations,

- Amendments to the Law of Ukraine «On refugees and persons in need of complementary or temporary protection aimed at defining the integration and integration measures for refugees and persons in need of complementary protection,

- Definition of the legal status of convicted persons which have served sentence in the temporarily occupied territory or in the territory of communities, where public authorities temporarily do not exercise their powers.

Free legal aid for internally displaced persons

Whereas internally displaced persons are one of the most vulnerable population groups, the issue of providing them with free legal aid is of greater significance and actuality for Ukrainian Government.

From 1 July 2015 local centers of free secondary legal aid were formed throughout Ukraine in pursuance of the Law of Ukraine "On free legal aid" requirements.

According to the official statistics in the period from 1 July 2015 to 29 September 20161951 citizens, who were internally displaced, asked for free legal aid. In particular:

- 1293 persons were given consultations on social welfare, employment, housing by employees of appropriate centers;

- 315 persons were provided with lawyers for providing free secondary legal aid, which means representation of their rights in courts, other state agencies, local governments, others persons and drawing up procedural documents;

- 282 persons were provided with free secondary legal aid particularly in drawing up service documents.

However, unfortunately, according to the Law of Ukraine "On free legal aid" today internally displaced persons are not holder of right for free secondary legal aid and can get it only if they belong to one of the vulnerable population groups, identified by the aforementioned Law.

In order to ensure the rights of internally displaced persons the draft Law of Ukraine "On Amendments to Some Laws of Ukraine on simplification of access to free legal aid and the improvement of quality of its providing", was prepared and submitted to the Parliament of Ukraine.

The Draft offers to supplement the list of subjects of the right to free secondary legal aid by

such categories of persons as internally displaced persons and citizens of Ukraine who only apply for obtaining registration.

Today the Ministry of Justice of Ukraine is working on amendments drafting to some laws of Ukraine in terms of simplification of access to free legal aid and the improvement of quality of its providing, which, inter alia, provides inclusion of the subjects of the right to free secondary legal aid internally displaced persons and persons who apply for obtaining registration as internally displaced.

Remote Access Points to Free Legal Aid

To increase the access to free legal aid, including for those who are internally displaced, and veterans of anti-terrorist operations, local centers established remote access points. As for September 2016, 992 remote access points to free legal aid were functioning and more than 2 300 mobile counseling centers (so called citizens reception out of the office) were organized. In particular, these remote access points were based at:

- Local executive bodies (district and municipal administrations);

- Regional offices of central executive bodies, including the Department of Labor and Social Welfare, Pension Fund of Ukraine, territorial units of the State Migration Service;

- Local self-government (village, town, city and district councils);

- Social service institutions (including centers for social and psychological rehabilitation and social hostels for internally displaced persons);

- Employment centers;

- Military units and military police stations;

- Health care institutions, particularly in military medical centers of the Ministry of Defense of Ukraine.

Most of the citizens applied for social services, including obtaining of different types of benefits and subsidies, pensions by ATO veterans, citizens from temporarily occupied territory of Ukraine and regions of the antiterrorist operation. Consultations mainly covers such spheres as land legislation, housing and communal services legislation, family law, tax law, labor law.

The total number of citizens, including the internally displaced, who applied for consultations and clarifications on legal issues during the work of remote access points and mobile counseling centers, was more than 13 000 people.

MoJ Actions to Support Internally Displaced Persons

The Ministry of Justice implements measures aimed at ensuring and protecting the rights and interests of internally displaced persons on constant bases.

Here are some of them:

- Procedure of civil registration, to amendments to the civil status registry, including renewal and cancellation, by the applications of the citizens residing on the temporarily occupied territory of Ukraine or displaced from these areas, can be provided by ANY department of civil registry, located outside the territory;

- Procedure of the court cases on establishing the fact of birth or death of a person on the temporarily occupied territory are established (taking into account that applicant has no possibility

to provide relevant medical documents for state registration of birth and death;

- Procedure of state registration of ownership and other proprietary rights to immovable property, located within the territory of the Autonomous Republic of Crimea, Sevastopol, and temporarily occupied territory of Donetsk and Lugansk regions, can be performed irrespective of the location of such property (to protect the rights and interests of proprietors);

- Special mechanism for submission of documents necessary for state registration of birth and issuance of birth certificates directly in maternity hospitals where childbirth is performed (from March 2016 this service is available in 8 medical institutions of Luhansk region; 15% used this special procedure as for September 1, 2016, or 705 citizens).

Dear colleagues,

At the end of my speech, I would like to wish the participants fruitful work, success and achievements in the search of new more progressive guidelines to guarantee rights, freedoms and legal interests of own citizens, including internally displaced persons.

Thank you for your attention.

YABANCI DÜŞMANLIĞININ VE DIŞLAMANIN ÖTESİNDE: GÖÇMENLERİN VE YABANCI GRUPLARIN SOSYAL UYUMU İÇİN YEREL ORTAKLIKLAR VE EYLEM

Goetz Schmidt-Bremme[*]

Teşekkürler, Başkan, Ekselansları, bayanlar ve baylar. Bugün bu konferansın Almanya adına seçkin katılımcıları olan sizlere seslenmek benim için özel bir onur kaynağı.

Almanya, uzun zamandır önemli karışık göç dalgalarının son noktası olmuştur.

2015'te yaklaşık 1,2 milyon kişilik kayıtlı göç seviyesine ulaştık. 2015'te yaklaşık dokuz yüz bin kişinin Almanya'ya sığındığını çoğunuz duymuş olmalısınız.

Özellikle Avrupa Birliği çerçevesinde, başta işçi hareketliliği bağlamında AB ortaklarımızdan gelen "serbest dolaşım rejimi" ile buna 300.000 göçmen daha ekleyebilirsiniz.

Sorunlar ve Almanya'nın Aldığı Önlemler

Yakın geçmişte yaşanan yoğun mülteci ve sığınmacı akınıyla ilgili olarak Almanya, entegrasyon tedbirlerini artırmıştır; bunları ayrıntılı olarak açıklayacağım. Ülkemizde eğitim ve dil kurslarına yapılan harcamalar önemli ölçüde artmıştır. Yeni gelen mülteci ve sığınmacılar için güçlü bir yerel destek de bulunmaktadır. Onların toplumumuzun bir parçası olmasına yardımcı olmak için, devlet kurumlarıyla iletişim kurma ve dil eğitimi konusunda yardım almaktalar. Mülteci ve sığınmacı akını ile ilgili yeni durumla birlikte, mevcut hükümet Parlamento tarafından kabul edilen üç kanun teklif etmiştir: Bunlar; İkamet Yasası (ve İltica Yasası) gibi mevcut yasaları değiştiren, İltica Paketi I ve II ve Entegrasyon Yasalarıdır.

Bu İki Yasanın Arkasındaki Büyük Fikir

Federal Hükümetin entegrasyon politikası, şartları daha sıkı hale getirirken entegrasyon çabalarına daha fazla destek verme ilkesine dayanmaktadır. Göçmenlerin, hükümet hizmetleri ile desteklenerek, Almanca öğrenmek ve Almanya'nın hukuk sistemini, tarihini, kültürünü ve ayrıca Almanya'da önemli olan değerleri tanımak için çaba sarf etmesi beklenmektedir.

İkamet Yasası (Aufenthaltsgesetz), Federal Cumhuriyetin yabancıları kabul etme ve entegre etme kapasitesi göz önüne alınarak göçün gerçekleştirilmesine ve yönetilmesine imkan vermektedir. Hükümet, tüm yeni göçmenlere, Almanya'daki uzun vadeli yabancı uyruklulara, etnik Alman yerleşimcilere ve ailelerine ve AB vatandaşlarına açık olan temel entegrasyon tedbirleri sunmaktadır.

2015 yılında bu tedbirleri mülteciler için, özellikle de ülkemizde kalma şansı yüksek olanlar için devreye sokmuş bulunuyoruz.

Entegrasyon Yasası (Integrationsgesetz) 7 Temmuz 2016'da kabul edilmiştir. Bu tedbirin odak noktası, mümkünse sığınma prosedürleri devam ederken, iş bulmayı desteklemektir. Dahası, Entegrasyon Yasası, kendilerini entegre olmaya zorlamayan sığınmacılara karşı alınabilecek zorlayıcı önlemleri de içerir. Bu kapsamda;

- Sığınmacılar için 100.000 iş teklifi oluşturulmuştur.

[*] Büyükelçi, Göç Dahil Yasal ve Konsolosluk Konuları Direktörü, Alman Federal Dışişleri Bakanlığı.

- Sığınmacılar ve Almanya'da kalma şansı yüksek ayrıcalık tanınan kişiler eğitim yardımlarından yararlanabilmektedirler.
- Öte yandan, entegrasyon kurslarından ayrılan ya da entegrasyon önlemlerine katılmayan sığınmacılar için sosyal yardımlar azaltılmaktadır.
- Süresiz oturum izni verilmesi artık kanıtlanmış dil becerilerine ve entegrasyon çabalarına bağlanmıştır. Sığınmacının üç yıl içinde C1 Almanca dil yeterlilik seviyesine ulaşması ve yakınlarının geçimini garanti altına alması beklenmektedir.

II. Sığınma Paketi (Asylpaket II) 17 Mart 2016'da kabul edildi. Öncelikle bu tedbir, iltica prosedürlerini iyileştirmeye hizmet etmektedir. Bu amaçla, öncelikli olarak güvenli devletlerden gelen sığınmacılara yönelik hızlandırılmış usuller getirilmiştir. Bu nedenle, iltica başvuruları üzerine verilen karar bir hafta içinde alınmakta ve maddi konulara ilişkin işlemleri iki hafta içinde sonuçlandırılmaktadır.

- Karar alınana kadar sığınmacılar belirlenen adreslerinden ayrılmamak zorundadır. Yükümlülüklerin herhangi bir şekilde ihlal edilmesi prosedürlerin sona erdirilmesine yol açmaktadır.
- Tam sosyal yardımlar ancak kayıt işlemlerinin tamamlanması ve yer tahsis edilmesinden sonra ödenmektedir.
- 1 Mart 2016'dan itibaren başlamak üzere yalnızca ikincil koruma verilen sığınmacıların ailesi ile birleşmesi 2 yıl için geçici olarak askıya alınmıştır.

Genel Olarak Entegrasyon Kursları

Federal önlemlerin ana unsuru, katılımcılara yeterli Almanca becerisi kazandırmak için bir dil kursu ve katılımcılara Almanya'nın tarihini, kültürünü ve hukuk sistemini tanıtan bir oryantasyon kursu içeren entegrasyon kurslarıdır.

Entegrasyon Kurslarına ilişkin Federal Kanun (Integrationsverordnung, IntV) kursların yürütülmesi ilişkin ayrıntılarını düzenlemektedir. Entegrasyon kurslarının temel çerçevesi aşağıdaki gibidir:

- Bireysel katılımcıların ihtiyaçlarını karşılamak için hizmet veren dil kursları, her biri 100 saat eğitim içeren altı kurs biriminden oluşan modüler bir yapıya sahiptir ve öğrencilerin kendi hızlarında ilerlemelerine imkân tanımaktadır. Okur-yazar olmayan gençleri, ebeveynleri, kadınları ve özel dil öğretimi ihtiyacı olan kişileri hedef alan özel entegrasyon kursları, 900 saate kadar ders verebilmektedir. Katılımcılar, 300 saate kadar ders tekrarı yapma fırsatından da yararlanarak gerekirse 1.200 saate kadar ders alabilmektedirler.
- Dil kursları, katılımcılara gerekli yeterliliği sağlamak üzere tasarlanmıştır. Bu dil yeterliliği, göçmenlerin günlük yaşantılarını kendi başlarına sürdürmelerine, konuşmaları becerilerini geliştirmeye, yaşlarına ve eğitimlerine uygun olarak kendilerini yazılı olarak ifade etmelerine olanak tanımaktadır.

Oryantasyon kursunun amacı, göçmenlere Almanya'daki hükümet ve kamu yönetimi sistemini, özellikle de özgür ve demokratik düzenin önemini, siyasi parti yapısını, Almanya'nın federalist yapısını, sosyal yardım sistemini, eşit haklar, hoşgörü ve din özgürlüğünün içeriklerini kavratmaktır. Gaye, göçmenlerin yeni toplum içinde daha kolay ilerlemelerine yardımcı olmak ve onlara benimseyecekleri kendilerinden bir şeyler sunmaktır. Kısaca anlatmak gerekirse: Bir kadın polis memuru ile erkek bir meslektaşı ile aynı saygıyı hak etmektedirler.

Göçmen Danışmanlık Hizmetleri Hakkında

Entegrasyon kurslarına ek olarak göçmen danışmanlık hizmetleri de entegrasyonu teşvik etme çabasının değişmez bir parçasıdır. Yetişkin göçmenler için göçmen danışmanlığından Federal İçişleri Bakanlığı sorumludur; Federal Aile İşleri Bakanlığı (Kıdemli Vatandaşlar, Kadınlar ve Gençlik) ise, 27 yaşın altındaki göçmenlere yönelik danışmanlık hizmetlerini yürütmektedir (genç göçmen hizmetleri, www.jugendmigrationsdienste.de). Her iki hizmet birimi birlikte çalışır ve entegrasyon kursuna ek olarak, tüm göçmenler, sığınmacı ve mülteciler için profesyonel bir irtibat noktası işlevini görmektedirler. Bu birimler, entegrasyon sürecini başlatır, yönetir ve ilgililere yardımcı olurlar. Bir göçmen, bu hizmetlerden en fazla üç yıl süre için yaralanabilmektedir.

Bu birimler öncelikle yeni göçmenlere yöneliktir, ancak sığınmacı ve mülteciler gibi Almanya'da uzun süre yaşayan göçmenler de bu hizmetleri kullanabilmektedirler. Bundan başka, insancıl hukukun uygulanması yoluyla Almanya'ya gelen, ve bu statüden yararlanma imkanı verilen sığınmacılık ve göçmenlik başvurusunda bulunanlar da, göçmen danışmanlık hizmetlerinden yaralanabilmektedirler

Göçmen danışmanlığı, entegrasyon kurslarına destek veren bir hizmet olduğundan, danışmanlık merkezleri entegrasyon kurslarının bulunduğu yerlere yakın olarak kurulmuşlardır. Hedef, entegrasyon sürecini başlatmak, süreci yönetmek ve göçmenlerin günlük hayatın her alanında bağımsız hareket edebilmelerini sağlamaktır. Vaka yönetimi, açıklayıcı bir konuşma ve becerilerin bireysel analizini içermektedir. Sonrasında danışmanlar, bireysel bir destek planı geliştirmek ve bunları uygulamalarına yardımcı olmak için başvurucularla çalışırlar.

Almanya'da Kalma Şansına Sahip Göçmenlerin, Sığınmacıların ve Mültecilerin Toplumsal Entegrasyonu için Destekleyici Tedbirler

Federal Hükümet, federal entegrasyon imkanlarını tamamlamak için, sığınmacıların ve mültecilerin yanı sıra kendi yerel topluluklarında daimi ikamete sahip göçmenlerin toplumsal entegrasyonunu teşvik edecek tedbirleri desteklemektedir. Federal Göç ve Mülteciler Bürosu projeleri ortak finansman kurallarına dayanarak uygulamaktadır. Günümüzde finansman, bir karşılama ve tanıma kültürünün geliştirilmesi, karşılıklı kabulü geliştirmek için gönüllü katılımın ve entegrasyon tedbirlerinin teşvik edilmesi ve entegrasyona özel ihtiyaç duyan göçmenler ile kabul eden toplum arasındaki diyalogun güçlendirilmesi yoluyla sosyal uyumun geliştirilmesine odaklanmaktadır. Gençlik projeleri, genç göçmenler arasındaki sivil katılımı teşvik etmek için, göçmen kökenli gençlerin ve bireysel göçmen gruplarının kamusal imajının geliştirilmesine ve düşük eşikli mahalle projelerine odaklanmaktadır.

Çok teşekkür ederim.

BEYOND XENOPHOBIA AND EXCLUSION: LOCAL PARTNERSHIPS AND ACTION FOR THE SOCIAL INCLUSION OF MIGRANTS AND THE DIASPORA

*Goetz Schmidt-Bremme**

Thank you, Chair. Excellencies, ladies and gentlemen, it is a special honor for me today to address you, distinguished participants of this conference on behalf of Germany.

Germany has been the destination of significant mixed migration flows for a long time.

In 2015, we registered a record net immigration level of about 1.2 million persons. Many of you will have heard the number of approximately nine hundred thousand persons taking refuge in Germany in 2015.

You may add 300,000 migrants, mainly in the framework of the EU - "freedom of movement regime" from our EU-partners mainly in the context of labor mobility.

Challenges, What is Germany's Response?

With regard to the recent strong flow of refugees and asylum seekers, Germany stepped up integration measures for them, which I will explain in detail in a moment. Expenditure on education and language courses increased significantly in my country. There is also a strong local support to newly arrived refugees and asylum seekers. To help them become part of our society, they receive assistance regarding the establishment of contacts with government agencies as well as language training. With the new situation regarding the flows of refugees and asylum seekers, the current government proposed three sets of laws which were accepted by Parliament: the Asylum Package I and II, both of which modify existing law such as the Residence Act (and the Asylum Act)and the Integration Act.

The Broad Idea Behind both Acts:

The Federal Government's integration policy is based on the principle of offering more support for integration efforts while making requirements stricter. Immigrants are expected to make efforts - supported by government services - to learn German and become acquainted with Germany's legal system, history and culture as well as values that are important in Germany.

The Residence Act (Aufenthaltsgesetz) allows for and manages immigration with an eye for the Federal Republic's capacity to receive and integrate foreigners. The government offers basic integration measures open to all new immigrants, long-term foreign residents of Germany, ethnic German resettlers and their families as well as EU citizens.

In 2015 we opened these measures for refugees particularly to those with a good chance to stay in our country.

The integration Act (Integrationsgesetz) was passed on 7th July 2016. The focus of this measure is the promotion of finding work, if possible as early as during the asylum procedures. Furthermore, the Integration Act includes coercive measures that can be taken against asylum seekers who do not push themselves to be integrated.

---

* Ambassador, Director for Legal and Consular Issues, including Migration, German Federal Foreign Office.

- 100,000 job offers have been created for asylum seekers
- Asylum seekers and tolerated persons with a good chance to stay in Germany have access to education grants
- On the other hand, social benefits will be reduced for asylum seekers who abandon integration courses or who do not participate in integration measures
- The granting of an indefinite settlement permit now depends on proven language skills and integration efforts. It is expected that the asylum seeker reaches language skill level C1 and ensures his or her relatives' subsistence within three years.

The Asylum Package II (Asylpaket II) was passed on 17 March 2016. Primarily this measure serves to improve asylum procedures. For this purpose the accelerated procedures have been introduced, primarily for asylum seekers from secure states. Therefore a decision on their application for asylum is taken within one week, and redress procedures are concluded within two weeks.

- Until the decision has been taken, asylum seekers have to stay in their residence. Any violation of the obligations leads to the termination of the procedures.
- Full social benefits are only paid after the asylum seeker has been registered and arrived in the assigned accommodation facilities for refugees
- The family reunion for asylum seekers who have been granted only subsidiary protection is suspended temporarily for 2 years starting 1st March 2016.

Integration Courses in General

The core element of federal measures is the integration course, consisting of a language course to provide participants with sufficient German skills and an orientation course to familiarize participants with the history, culture and legal system of Germany.

The Federal Ordinance on Integration Courses (Integrationsverordnung, IntV) governs the details of conducting the courses. The key framework conditions for the integration courses are as follows:

- In order to meet the individual participants' need, the language courses have a modular structure made up of six course units each of which comprises 100 hours of instruction, allowing learners to proceed at their own pace. Special integration courses targeted at youths, parents, women, persons who are illiterate and persons with special language teaching needs may include up to 900 hours of instruction. By taking advantage of the opportunity to repeat up to 300 hours of instruction, course participants may receive up to 1,200 hours of instruction if necessary.
- The language courses are designed to provide participants with adequate proficiency. This language proficiency allows immigrants to deal on their own with everyday situations, to conduct conversations and express themselves in writing appropriate to their age and education.

The orientation course is intended to give immigrants an understanding of the system of government and public administration in Germany, in particular the significance of the free and democratic order, the party system, Germany's federalist structure, the welfare system, equal rights, tolerance and religious freedom. The aim is to help immigrants find their way more easily within the new society and to offer them something, which they can embrace. To put it in a

nutshell: A female police officer merits the same respect as her male colleague.

As to the Migration Advising Services

In addition to the integration courses, migration advising services are a regular part of the effort to promote integration. The Federal Ministry of the Interior is responsible for migration advising for adult immigrants, while the Federal Ministry of Family Affairs (Senior Citizens, Women and Youth) runs the advising services for immigrants under age 27 (youth migration services, www.jugendmigrationsdienste.de). Both services work together and have become established as a professional point of contact and supplement to the integration courses for all immigrants and now for asylum seekers and refugees, too. They initiate, manage and assist with the integration process; an immigrant may make use of them for a maximum of three years.

They are primarily addressed to new immigrants, but immigrants who have been living in Germany a longer time already may also use these services as well as asylum seekers and refugees. In addition, recognized asylum applicants and refugees who came to Germany through a humanitarian admission procedure may use the migration advising services.

Since migration advising is a service accompanying integration courses, the advising centers are located close to where the integration courses take place. The goal is to initiate and manage the integration process and to enable immigrants to act independently in all aspects of daily life. Case management includes an exploratory talk and an individual analysis of skills.

Next, advisers work with advisees to develop an individual support plan and help them implementing it.

Supporting Measures for Social Integration of Immigrants, Asylum Seekers and Refugees Who Have a Good Chance to Stay in Germany

To complete the federal integration offerings, the Federal Government support measures to promote the social integration of immigrants with permanent residence status in their local communities as well as of asylum seekers and refugees. The Federal Office for Migration and Refugees implements the projects on the basis of joint funding guidelines. Currently, funding focuses on promoting social cohesion by advancing a culture of welcome and recognition, promoting voluntary engagement and integration measures to enhance mutual acceptance and dialogue between the receiving society and immigrants with a special need for integration. Youth projects focus on improving the public image of young people with an immigrant background and of individual groups of immigrants and on low-threshold neighborhood projects to encourage civic engagement with and among young immigrants.

Thank you very much.

MÜLTECİLERİN KARŞILAŞTIKLARI YASAL ZORLUKLAR

Antoinette I. Oche-Obe[*]

Giriş

Mültecilerin yasal hakları, Mülteci hukuku ile ilgili bir husustur. Mülteci hukuku ve uluslararası insan hakları hukuku birbirine sıkı sıkıya bağlıdır. Mülteciler, temel insan haklarını koruyamadığı veya korumak istemediği için hükümetlerinden kaçan vatandaşlar veya önceden yerleşmiş kişilerdir. Buna ek olarak, bir silahlı çatışmadan kaynaklanan zulüm korkusu ya da can ve mal güvenliği tehdidi ortaya çıktığında, bundan etkilenen kişiler daha güvenli ve daha insani bir yere taşınmak zorunda kalmaktadır. Mülteci hukuku, uluslararası insani hukuk ile de kesişir.

Diğer savunmasız insanlar gibi, mültecilerin de yasal sorunlarla / zorluklarla karşılaşma ihtimali yüksektir. Bu sorunlar sadece yerinden olmakla doğrudan bağlantılı değildir, aynı zamanda çoğunlukla fakir olan mültecilerin karşı karşıya kalacağı genel yasal zorlukları da yansıtmaktadır. Bu yasal zorluklar aile, sivil hayat ve ceza konularıyla ilgilidir. Yer değişikliği ne kadar uzun sürecekse, yasal sorunların, özellikle de yerinden olmayla daha az bağlantılı zorlukların ortaya çıkma eğilimi artacak ve bu sorunlar yerel kurumları zorlamaya başlayacaktır.

Yasal Zorluklar

1. Sınır Dışı Edilme Korkusu

Dünyanın dört bir yanındaki mültecilerin, hayatlarının ve özgürlüklerinin tehdit altında olduğu sınır bölgelerine dönme olasılığından korkarak yaşadıkları ortadadır. Avrupa ve Amerika'daki hükümetlerin, topraklarına akın eden göçmen nüfusa ilişkin tepkileri, bu zorlukların yaklaştığının açık bir göstergesidir ve bu durum, mültecilerin sınır dışı edilmemesi konusunda Devletlerin evrensel olarak kabul görmüş yükümlülüklerine aykırıdır.

Mülteci hukukunun temel ilkesi olan sınır dışı etmeme, bir mülteciyi "ırkı, dini, uyruğu ve üyelikleri sebebiyle hayatının veya özgürlüğünün tehdit edileceği toprakların sınırlarına" sınır dışı etmeme veya geri göndermeme yükümlülüğünü ifade eder. Belirli bir sosyal grup ya da siyasi görüşün "1951 Mültecilerin Durumu ile İlgili Sözleşme, Madde 33 (1). Sınır dışı edilmeme, evrensel olarak bir insan hakkı olarak kabul edilmektedir. Bu, İşkenceye Karşı Sözleşmenin 3. Maddesi ve Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 22 (8) Maddesi gibi insan hakları sözleşmelerinde açıkça belirtilmiştir.

Buna ek olarak, hem bölgesel hem de ulusal mahkemeler, yaşam hakkını ve işkence görmeme özgürlüğünü, sınır dışı etme yasağına dâhil edecek şekilde yorumlamışlardır. Sınır dışı etmeme ilkesi, sadece bireylerin çıkarılmasını değil, aynı zamanda mültecilerin topluca sürülmesini de yasaklar. Bkz. Ör. Afrika [Banjul] İnsan ve Kişi Hakları Bildirgesi, Madde 12 (5).

Bu ilke için iki önemli kısıtlama vardır. Başka şekilde mülteci statüsünde olan kimseler, mülteciyi ev sahibi ülkenin ulusal güvenliği için bir tehlike olarak görmek için "makul gerekçeler" bulunduğu veya çok ciddi bir suçtan dolayı hüküm giymiş mültecilerin, ev sahibi topluluk için bir tehlike oluşturduğu durumlarda, bu ilke uyarınca koruma talep edemezler. 1951 Sözleşmesi, Madde 33 (2).

---

[*] Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuk Birimi Genel Müdür Yardımcısı.

2. Hareket Özgürlüğü

Mültecilerin korunması için sınırlı ulusal kaynaklara ve/veya sınırlı hukuki çerçeveye sahip olmasına rağmen büyük mülteci nüfusuna ev sahipliği yapan ülkelerde uzun süredir devam eden mülteci durumlarıyla ilgili olarak, hareket özgürlüğü özellikle önemli bir konudur. Bu tür ülkelerde, depolama - mültecilerin mülteci kampları ile sınırlandırılması ve bu yüzden istihdam ve eğitim erişimlerinin kısıtlanması - yaygın olarak uygulanmaktadır. Kenya ve Etiyopya gibi ülkeler, mültecilerin ülke genelindeki hareketlerinin sınırlandırılabileceğini ve mültecilerin yaşamlarının belirli alanlarla, yani mülteci kamplarıyla sınırlı olduğunu ulusal yasalarında belirtmektedir. Ulusal Mülteci Bildirimi, No. 409/2004, Madde 21 (1) (Eh); Mülteci Hukuku, No. 13, Yasama Eki No. 7 (2009), Kenya Gazete Eki No. 11 ve 35.

Mültecilerin hareket hakları kısıtlanarak, yasal birleşme hakları engellenmekte ve böylece bireylerin hakları konusundaki evrensel beyanat ilkeleri kaçınılmaz olarak reddedilmektedir. Ev sahibi ülkedeki hareket özgürlüğü mülteciler için önemli bir haktır. Örneğin bkz. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Madde 12. 1951 Sözleşmesinin 26. Maddesi, Devletlerin mültecilere bölge içinde kendi ikamet yerlerini seçme ve Devlet içinde serbestçe dolaşma hakkını vermesini öngörmektedir. Bu arada, 28. Madde, Taraf Devletlerden "ulusal güvenliğin veya kamu düzeninin gerekçeleri aksini gerektirmedikçe", mültecilerin Devlet dışına çıkmalarına izin veren mülteci seyahat belgeleri vermelerini zorunlu kılmaktadır.

3. Özgürlük Hakları ve Mültecilerin Güvenliği

Mültecilerin dünya üzerinde karşılaştığı bir diğer yasal zorluk, ev sahibi ülkelerde bireysel özgürlükler ve güvenlikler üzerinde oluşan tehdittir. Birkaç ülkenin ulusal yasaları, iddialarının değerlendirilmesi sırasında mültecilerin bir noktada veya başka bir yerde gözaltında tutulmasını öngörür. Mültecilerin/sığınmacıların gözaltına alınması, birçok ülkenin gözaltı tesislerinde bulunan koşullar nedeniyle tartışmalı bir konudur. Bu özellikle, başka bir Avrupa ülkesine girmeye çalışırken Yunanistan'ı bir liman olarak kullanan yoğun sığınmacı sayısıyla karşı karşıya kalan Yunanistan'da bir sorundur. Belirli bir sığınma başvurusu için hangi ülkenin sorumluluğunun bulunduğunu açıklığa kavuşturmak için, Avrupa Konseyi, 18 Şubat 2003 tarihli ve Ec No.343/2003 sayılı Konsey Tüzüğünü yayınlamıştır, bu tüzük, Üye Devletlerden birine üçüncü bir ülke vatandaşı tarafından yapılan bir sığınma başvurusunu incelemekle sorumlu Üye Devleti belirleyecek kriterleri ve mekanizmayı belirtir (Genellikle Dublin Yönetmeliği olarak bilinir).

Dublin Yönetmeliği uyarınca, üçüncü ülke vatandaşının Avrupa'ya ilk girdiği Devlet, bu uyruğun sığınma talebini değerlendirmekle yükümlü olan Devlet olarak kabul edilir. Bkz. Dublin Yönetmeliği, Madde 10 (1). Sonuç olarak, bu sığınmacıların birçoğu iddialarının karara bağlanması için Yunanistan'a geri gönderilmektedir. Uluslararası Af Örgütü de dahil olmak üzere insan hakları örgütleri, Yunan gözaltı merkezlerinin sağlıksız, aşırı kalabalık ve güvensiz olduğunu bildirmiştir. Bkz. Uluslararası Af Örgütü, Yıllık Rapor 2012 - Yunanistan (2012).

4. Aile Yaşamı Hakkı

Yasa, bir mülteciye sığınma hakkı tanınması durumunda, onun bakıma muhtaç akrabalarının da kendisi aracılığıyla koruma altına alınacağını belirtir. Bkz. Göçmenlik Kuralları, 2012, S.I. 2012/11, Madde 339, Q (U.K); Ulusal Mülteci Bildirimi, No. 409/2004, Madde 12 (Et.). Bu hakla ilgili olarak, bir takım ülkeler bakıma muhtaç akrabalara türev statüsü verilmesini öngörmektedir. Buradaki sonuç, bireyin mülteci statüsünün feshedilmesi durumunda, masum bakıma muhtaç akrabaların statüsünün de sonlandırılacağıdır. Bir mülteci, ev sahibi ülkenin ulusal güvenliği için tehlike teşkil ederse veya özellikle ciddi bir suçtan dolayı hüküm giymiş bir mülteci ev sahibi topluluk için tehlike teşkil ediyorsa, mülteci statüsünün feshi ve bunun sonucunda sınır

dışı edilmesi, bakıma muhtaç bu kişiler kendi bağımsız sığınma taleplerinde bulunmadıkları sürece, tüm bakıma muhtaç akrabaları için geçerli olacaktır.

Bununla birlikte, bakıma muhtaç akraba tanımı, Taraf Devlette yaygın olan kültürel aile görüşüne göre değişmektedir. İngiltere'de bakıma muhtaç akraba, bakıma muhtaç aileleri, "başvuru sahibine eşlik eden eş, sivil partner, evli olmadığı ya da hemcins partner ya da küçük çocuğu" olarak tanımlanırken, Kenya'da bakıma muhtaç akraba, başvuru sahibinin on sekiz yaşın altındaki kız ya da erkek kardeşini ya da "göçmenle aynı hanede yaşayan herhangi bir büyükbaba, ebeveyn, torun ya da vesayet altındaki kişi"yi de kapsar. Göçmenlik Kuralları, 2012, SI 2012/11, Madde 349 (Birleşik Krallık); Mülteci Hukuku, No. 13 (2006), Kenya Gazete Eki 11 ve 2.

5. Adalete Erişim

1951 Sözleşmesi, Madde 16, tüm mültecilere mahkemelere eşit erişim hakkı verilmesini garanti etmektedir. Bu, Taraf Devletler arasında tamamen ihlal edilmekte olan bir hükümdür. Mültecilerin maddi durumlarının iyi olmaması sebebiyle genellikle avukat tutma imkânına sahip olamazlar ve adalet için mahkemeye erişimleri bulunmaz. Çeşitli ev sahibi ülkelerin iç hukukları genellikle mültecilerin yasal olarak temsil edilmesini yasaklamaktadır. Ayrıca, adli yardım gruplarının yasal temsilciliklerine de pek erişimleri yoktur. Uygun kovuşturma için mültecilerin yasal kayıtlarına veya suç kayıtlarına erişemeyebileceklerinden, hukuki yardım klinikleri veya grupları genellikle mültecilerin taraf olduğu davalardan kaçınmaktadır.

6. İstihdam Hakkı, Nitelik ve Eğitim Alma Hakkı

1951 Sözleşmesi, mültecilerin eğitim, istihdam ve uluslararası ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinde de belirtilen diğer temel özgürlükler ve imtiyazlar gibi diğer haklarını korur. Mülteciler genellikle işsizlik veya eksik istihdam zorluğuyla karşı karşıya kalırlar. 1951 Sözleşmesinin 17'inci Maddesi, mültecilerin ücretli istihdama erişiminin yabancı uyruklularla aynı olmasını gerektirmektedir. Benzer şekilde, Sözleşmenin 13. Maddesi, mültecilerin taşınabilir ve taşınmaz mal sahibi olma hakkını da yabancı uyruklularla aynı olacağını belirtmektedir.

Bununla birlikte, mülteci ve sığınmacılara sağlanacak ücret ve istihdamda ayrımcılık yapılması, ev sahibi ülkelerin yerel yasalarında bile normal görüldüğünden dolayı, gerçekte bu eşitlik hiç bir zaman uygulanmamaktadır. Örneğin Lübnan, çoğunlukla Filistinliler olmak üzere geniş bir mülteci nüfusuna ev sahipliği yapmaktadır. Lübnan'daki çalışma ve mülk kanunlarının kısıtlayıcı olması, Filistinlilerin hukuk, tıp ve mühendislik gibi sendika üyeliği gerektiren meslekleri icra etmelerini ve tapu sicili yaptırmalarını engellemektedir. İnsan Hakları İzleme Örgütü, 2011 Dünya Raporu: Lübnan (2011). Benzer bir şekilde Etiyopya, bu maddelere yükümlülükler yerine tavsiyeler gibi davranarak, Madde 22 (kamu eğitimi) ve Madde 17'ye ayrımlar koymuştur. ABD Mülteciler ve Göçmenler Bildirisi, 2009 Dünya Mülteci Araştırması: Etiyopya (2009).

7. Aile İçi Şiddet ve Küçük Yaşta Evlilik

Çoğunlukla mültecileri etkileyen, ancak göz ardı edilen iki yasal zorluk, mülteci kamplarında aile içi şiddet ve küçük yaşta evliliktir. Tecrübeler ve klasik çalışmalar, mülteci toplumlarında aile içi şiddetin yüksek olduğunu ortaya koymaktadır. Örneğin, Ürdün Nüfus ve Aile Sağlığı Araştırmaları, Filistinli mülteci kamplarında Ürdünlülere oranla daha yüksek aile içi şiddet oranı söz konusu olduğunu ortaya koymaktadır. Mültecilerin refahının ve güvenliğinin ev sahibi ülkeler tarafından görmezden gelinmesi, aile içi şiddete neden olabilen huzursuzlukla sonuçlanacak ve bu da kontrol edilemeyen bir boyuta ulaşabilecektir.

Benzer şekilde, anekdotlara ilişkin kanıtlar, küçük yaşta evliliklerin mülteciler arasında daha yaygın olduğunu ortaya koymaktadır. Mülteci çiftlerin, Mahkeme hâkiminden evlilik belgesi

alması halinde bu tür evlilikler yasal olabilse de, burada nihai husus, Mahkeme sistemlerinin dışına gerçekleşen bu evliliklerin genç mülteci kızları gelecekte, çocukların velayeti ve evlilikte edinilen varlıklara erişim gibi bir dizi yasal soruna maruz bırakmasıdır. Küçük yaşta evlendiklerinde kızların aile içi şiddet görme riski daha fazladır.

Sonuç

Mültecilerin yasal zorluklarını anlamak, aynı bilginin insanlığın yararı için kullanılmasına veya değişiklik yapılmasına neden olacağından, her zaman önem taşıyacaktır. Ancak, ele alınmadığı takdirde, bu sorunlar mültecilere sağlanan insani yardım ve kalkınma yardımının etkinliğini zayıflatabilecektir. Ayrıca, mülteciler ve ev sahibi topluluklar arasındaki gerginlikleri daha da arttırabilecektir.

Mültecilerin uygunsuz muamelelere maruz kalmadıkları, toplumdaki diğer her birey gibi saygı gördükleri ve beslendikleri bir dünya, toplumu herkesin yaşayabileceği şekilde güvence altına alacaktır.

LEGAL CHALLENGES OF REFUGEES

Antoinette I. Oche-Obe[*]

Introduction

Legal rights of refugees are an aspect of Refugee law. Refugee law and international human rights law are closely intertwined. Refugees are citizens or former settlers fleeing their governments for either being unable or unwilling to protect their basic human rights. Additionally, in cases where the fear of persecution or threat to life or safety arises in the context of an armed conflict, the persons so affected are bound to relocate to a safer and more humanitarian settlement. Refugee law also intersects with international humanitarian law

Like other vulnerable people, refugees are likely to encounter legal problems/challenges. These problems are not just often linked directly to their displacement, but also reflect general legal challenges the refugees, who are mostly poor people, will encounter. These legal challenges are related to family, civil, and criminal matters. The longer the displacement, the more legal problems that tends to arise, especially challenges that are less closely linked to displacement. And these problems begin to strain local institutions.

Legal Challenges

1. Fear of Refoulement

It is evident that refugees all over the world over are living with fear of possible return to their frontiers of territories where their lives and freedom are being threatened. Reactions of governments of countries in Europe and America on the current influx of migrants into their territory are a clear indication of the imminence of this challenge which is contrary to the universally acclaimed obligations of States on non refoulement of refugees.

The basic principle of refugee law, non-refoulement refers to the obligation of States not to refoule, or return, a refugee to "the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion." 1951 Convention relating to the Status of Refugees, art. 33 (1). Non-refoulement is universally acknowledged as a human right. It is expressly stated in human rights treaties such as Article 3 of the Convention against Torture and Article 22(8) of the American Convention on Human Rights.

Additionally, both regional and domestic courts have interpreted the rights to life and freedom from torture to include a prohibition against refoulement. The principle of non-refoulement prohibits not only the removal of individuals but also the mass expulsion of refugees. See, e.g., African [Banjul] Charter on Human and Peoples' Rights, art. 12(5).

There are two important restrictions to this principle. Persons who otherwise qualify as refugees may not claim protection under this principle where there are "reasonable grounds" for regarding the refugee as a danger to the national security of the host country or where the refugee, having been convicted of a particularly serious crime, constitutes a danger to the host community. 1951 Convention, art.33 (2).

---

[*] Deputy General Director of International and Comparative Law Unit.

2. Freedom of Movement

Freedom of movement is an especially important issue with regard to protracted refugee situations in countries with limited national resources and/or limited legal frameworks for protecting refugees who nonetheless host large refugee populations. In such countries, refugee warehousing – in which refugees are confined to refugee camps, thereby restricting their access to employment and education – is commonly practiced. Countries such as Kenya and Ethiopia specify in their national laws that the movement of refugees throughout the country may be restricted and that refugees may be limited to living in designated areas, namely refugee camps. National Refugee Proclamation, No. 409/2004, Art. 21(1) (Eth.); The Refugees Act, No. 13, Legislative Supplement No. 7 (2009), Kenya Gazette Supplement No. 11 & 35.

By restricting the rights of movement of refugees, the legal right of association are being hampered with, which invariably negates the tenets of the universal declaration on rights of individuals. Freedom of movement is a key right for refugees within their host country. See, e.g., International Covenant on Civil and Political Rights, arts. 12. Article 26 of the 1951 Convention provides that States shall afford refugees the right to choose their place of residence within the territory and to move freely within the State. Meanwhile, Article 28 obliges States Parties to issue refugees travel documents permitting them to travel outside the State "unless compelling reasons of national security or public order otherwise require."

3. Rights to Liberty and Security of Refugees

Another legal challenge encountered by refugees world over is the threat to their individual liberty and security in their host countries. The national laws of several countries provide for the detention of refugees at one point or another during the adjudication of their claims. The detention of refugees/asylum seekers is a contentious issue because of the conditions found in the detention facilities of several countries. This is particularly an issue in Greece, a country overwhelmed by the number of asylum-seekers it receives, many of whom use Greece as a port of entry as they try to access other European countries. In order to clarify which State has responsibility for a particular asylum applicant, the Council of Europe issued Council Regulation EC No. 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third country national (commonly known as the Dublin Regulation).

Under the Dublin Regulation, the State through which the third country national first entered Europe is generally considered the State responsible for adjudicating that national's asylum claim. See Dublin Regulation, art. 10 (1). As a result, many of these asylum seekers are returned to Greece to have their claims adjudicated on. Human rights organizations including Amnesty International have reported on unsanitary, over-crowded and unsecured conditions of Greek detention centers. See Amnesty International, Annual Report 2012 – Greece (2012).

4. Right to Family Life

The law is that, where a refugee is granted asylum, his or her dependent relatives will also receive protection through him or her. See Immigration Rules, 2012, S.I. 2012/11, art. 339, Q (U.K.); National Refugee Proclamation, No. 409/2004, art.12 (Eth.). In respect of this right, a number of countries provide for the granting of derivative status to dependent relatives. The implication here is that, should that individual's refugee status be terminated, the status of innocent dependent relatives will also be terminated. Where a refugee poses as a danger to the national security of the host country or where the refugee, having been convicted of a particularly serious crime, constitutes a danger to the host community, the termination of his refugee status as well as

his consequent refoulement would be applicable to his entire dependants, unless these dependants apply for their own independent asylum claim.

The definition of a dependent relative, however, varies by the cultural notions of family prevalent in the State Party. In the U.K., dependents are defined as the "spouse, civil partner, unmarried or same-sex partner, or minor child accompanying the applicant" while in Kenya, dependent relatives include the brother or sister of an applicant under the age of eighteen, "or any dependent grandparent, parent, grandchild or ward living in the same household as the refugee." Immigration Rules, 2012, S.I. 2012/11, art. 349 (U.K.); The Refugees Act, No. 13 (2006), Kenya Gazette Supplement No. 11 & 2.

5. Access to Justice

The 1951 Convention, Art. 16 guarantee that all refugees are to be granted equal access to the courts. This is a provision that is in total breach among State parties. The poor status of the refugees usually denies them the capability of hiring a lawyer, thus rendering them unable to access the court for justice. Domestic laws of several host countries usually forbid legal representation for refugees. Also, Legal representations from legal aid groups are hardly accessed. Legal aid clinics or groups usually avoid cases with refugees as parties, since they may not be able to access the legal history or crime records of such refugees for proper prosecution.

6. Right to Employment, Acquisition of Properties and Education

The 1951 Convention protects other rights of refugees, such as the rights to education, employment and other fundamental freedoms and privileges similarly enshrined in international and regional human rights treaties. Refugees usually face challenges of unemployment or under employment. Art. 17 of the 1951 Convention require that refugees are to be afforded the same access to wage-earning employment as foreign nationals. Similarly, Art. 13 of the Convention require that refugees are to be afforded the same rights to moveable and immoveable property as foreign nationals.

In reality however, this is never the practice, as discrimination in wages and employment for refugees and asylum seekers are even domesticated in the local laws of host countries. For example, Lebanon is host to a large population of refugees, predominately Palestinians. Restrictive labor and property laws in Lebanon prevent Palestinians from practicing professions requiring syndicate membership, such as law, medicine, and engineering, and from registering property. Human Rights Watch, World Report 2011: Lebanon (2011). In similar vein, Ethiopia made reservations to Articles 22 (public education) and Article 17, treating these articles as recommendations rather than obligations. U.S. Comm. for Refugees & Immigrants, World Refugee Survey 2009: Ethiopia (2009).

7. Domestic Violence and the Marriage of Minors

Two legal challenges mostly affecting refugees but usually being ignored are domestic violence and the marriage of minors in refugee camps. Experience and classical studies suggests domestic violence is higher in refugee communities. For instance, the Jordan's Population and Family Health Surveys demonstrate higher rates of domestic violence in Palestinian refugee camps than for Jordanians. When the welfare and security of refugees are being ignored by host countries, the attendant result will not be far from restiveness, which may result to domestic violence, and may further polarize to an uncontrollable dimension.

In similar vein, anecdotal evidence suggests that marriages of minors are more prevalent among refugees. Although such marriages may be made legal if the refugee couples are able to

afford the formal certification of the marriage by a Court judge, the ultimate concern here is that such marriages when conducted outside the Court systems, exposes young refugee girls to a host of legal problems in the future, such as guardianship of children and access to marital assets. And girls are often more at risk of domestic violence when married as minors.

8. Conclusion

Understanding the legal challenges of refugees will always remain important, as knowledge of same will lead to the address and or amelioration of same for the benefit of humanity. However, if left unaddressed, these problems may likely undermine the effectiveness of humanitarian and development assistance provided to refugees. They may also exacerbate tensions between refugees and their host communities.

A world where refugees are not subjected to untoward treatments, but respected and catered for like every other individuals in the society, makes the society safe for all to inhabit.

TÜRKİYE'DE YAŞAYAN SURİYELİ MÜLTECİLERİN KÜLTÜREL UYUM VE SOSYOLOJİK SORUNLARI

Muharrem Purbagheri

Özet

Tarih kadar eski olan göç, şimidiki dünyada bir soruna çevrilmiş gibi gözükmektedir. Özellikle Suriye savaşından sonra dünyayı ve Türkiyeyi etkileyen bu olgu, gittikçe büyük sorunlara sebep olmaktadır, 2.8 milyona ulaşan Suriyeli mülteciler, Türkiyeye sığınarak, bu ülkenin, toplumuna, ekonomisine, kültürüne ve yasalarına olumlu ve olumsul etkilerde bulunmaktadır.

Sayısının yarısından çoğunu 0-18 yaş arasını oluşturan bu mülteciler, savaştan kaçıp Türkiyede huzur aramaktadırlar. Bu huzuru, iş fırsatlarında, eğitimde, sağlık bakımında ve özellikle yeni hayatta arayan Suriyeli mülteciler, Türkiye toplumuna uymak konusunda bir kaç sorunlara karşı karşıya gelmektedirler.

Genelde vasıfsız (niteliksiz) ve eğitim düzeyi düşük olan Suriyeli mülteciler, dil, çalışma izni, eğitim, çocuklar sorunlar (çocukların çalışması, çocuk suçu vb), kültürel uyum vs konularında bir kaç problemlerde bulunmaktadır.

Bu arada hem Suriyelilerin uzun süre Türkiye yaşamalarını göz önünde alarak, devleti, mültecilerin güney ve doğu gibi çok yaşadıklar bölgelerde yeni yatırımlar ve iş fırsatları yaratmakla, hemde onlara belli bir koşullar içinde çalışma, eğitim, sağlık sistemi ve diğer yollarla destek vermesi önem taşıyor. Diğer taraftanda da Türkiyenin özellikle sivil toplumu, mültecilerin yeni ülkede uyum sağlamaları ve çokkültürlü bir toplum içinde yaşamak için büyük rola sahip çıkması gerekmektedir.

Anahtar kelimeler*: Göçmen, Suriyeli mülteciler, Türkiye toplumu, Kültürel sorunlar, Tpolumsal uyum, Çokkültürlük.*

Giriş

Dünya çapında günden güne çeşitli sebeplerden dolayı sayı çoğalan göçmen ve mülteciler konusu, tüm dünya ülkelerini etkilemektedir ve devletleri, toplumları ve yasaları, zorlamaktadır.

Kimisi ekonomik sebeple, kimisi eğitim almak amacıyla kimisi de siyasi nedenlerden dolayı ülkesini terk edip başka daha gelişmiş ve ya sakin bir ülkeye yerleşmiştir. Fakat orta doğunun özellikle Arap Baharı adlandırılan dönemden sonra birinci ve çok önemli nedene çevrilen savaş meselesi göçmenlerin ve mültecilerin sayını kat kat artmıştır. Örneğin Suriye iç savaşından sonra bu ülkeden yaklaşık 8 milyon kişi yerinden olmuş ve 4 milyondan fazlada ülke dışına gitmek zorunda kalmış. Bunlardan 2.8 milyonu 2016 verilerine göre Türkiye'de bulunmaktadır. Bu Farklı kimliğe ve kültüre sahip olan ve verilere göre yarısından çoğu 0-18 yaş arası olan ve genelde niteliksiz ve düşük eğitimli iş gücü olan bu mülteciler kaç sorunla karşı karşıyalar. Genel olarak Türkiye'deki Suriyeli mülteciler hakkında üç gerçeği göz önünde bulundurmamız lazımdır. Birincisi Türkiye'deki Suriyelilerin önemli bir kısmı ya uzun yıllar sonra ülkesine dönecek ya da bundan sonraki yaşamlarını Türkiye'de sürdürecektir. İkinci tespit, bu gerçekten hareketle yerel halkın tepkisini önlemeyi de içeren geniş kapsamlı Suriyeli mülteci politikasının hayata geçirilmesi kaçınılmaz bir hal almıştır. Konunun bir sosyal uyum meselesi olarak ele alınması gerektiği savunulmakta ve sonuç kısmında karar alıcılara yönelik somut öneriler sunulmaktadır. Üçüncü tespit ise Suriyeli sığınmacılar konusu entegrasyon sürecinin başarılı yönetilmesi durumunda uzun vadede Türkiye'nin toplumsal zenginliği ve çok kültürlü yapısının gelişmesine katkı sağlayacaktır.

Mülteci, Sığınmacı, Göçmen Terimleri

Uluslararası hukukta mülteci (refugee), sığınmacı (asylumseeker), göçmen (immigrant) terimleri kullanılıyor.

Türkiye'de ise Avrupa dışından gelenlere mültecilik hakkı verilmiyor ve sığınmacı terimi hukuk sisteminde yer almıyor.

Göçmen (muhacir): bir ülkeden başka bir ülkeye yerleşmek amacıyla göç eden kişidir. Hukuki olarak göçmen veya göçmenler, en az iki ülkeyi ilgilendirmektedir. Biri bırakılan ülkedir, öteki yerleşilen ülkedir. Bırakılan ülke için göç bir dışa göç (emigration), yerleşilen ülke içinse bir iç göç (immigration) olayıdır. İçe göçene immigrant, dışa göçene emigrant denir.

Birleşmiş milletler tanımına göre göçmen, vatandaşlığı olan ülkenin dışına girip en az 12 ay orda yaşam süren kişidir(UN, 1998: 2-5).

Genel olarak Göçmen; hem maddi ve sosyal durumlarını iyileştirmek hem de kendileri veya ailelerinin gelecekten beklentilerini arttırmak için başka bir ülkeye veya bölgeye göç eden kişi ve aile fertlerini kapsamaktadır. Esas olarak, ülkesinden zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için değil, eğitim ve çalışma gibi nedenlerle ayrılan kişiler olarak tanımlanabilir. Göçmenler, vatandaşı oldukları ülkelerin korumasından yararlanmaya devam ederlerken, daha iyi bir yaşam standardına kavuşabilmek için, kendi istekleri ile bu yolculuğa çıkarlar. Bu yolculukların bir kısmı pasaport, vize gibi yasal belgelerle düzenli bir halde yapılırken, bazıları ülkelerin yasal sistemlerine aykırı bir şekilde düzensiz olarak yapılabiliyor.

Birleşmiş Milletler Demografi Sözlüğüne göre, Göç, iki coğrafi ünite arasında gerçekleşen, coğrafi hareketlilik ya da mekânsal hareketlilik şeklidir. Bu coğrafi hareketlilik, bir menşe ve ya çıkış ülkeden ve toplumdan bir hedef topluma ve ülkeye doğru yapılmaktadır. Bu tür göçlere sürekli göç denir ve onu sürekli olmayan ve yaşam yerimizi değişmemiz durumda olan geçici göçten ayırmamız gerekmektedir. (Zanjani, 2002: 8).

Sığınmacı: Sığınmacı, mülteci olarak uluslararası koruma arayan ancak statüleri henüz resmi olarak tanınmamış kişilere denir. Bu terim genellikle, mülteci statüsü almaya yönelik başvurularının hükümet ya da Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) tarafından karara bağlanmasını bekleyen kişiler için kullanılır. Statüleri resmi olarak tanınmamış da olsa, sığınmacılar menşei ülkelerine zorla geri gönderilemezler ve haklarının korunması gerekir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, sığınma hakkını şöyle tanımlar: «Herkesin zulüm karşısında başka ülkelere sığınmacı ve bu ülkelerce sığınmacı işlemi görme hakkı vardır» (madde 14/1). Göçmenlere bazen ekonomik sığınmacı denilmektedir. Toplu sığınma, iç savaşlar ve çatışmalarda, yoğun baskılarda, büyük afetlerde ortaya çıkmaktadır. Bireysel sığınma daha çok siyasal sebeplerledir. Bazen yabancı elçilikler, savaş gemileri ve uçaklar kendilerine sığınanları korur. Yurtsuzlar da bazen mülteci konumundadırlar.

Mülteci: Mültecilerle ilgili ilk düzenleme Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1951 Cenevre Sözleşmedir. Bu sözleşmede "Irkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen her şahıs mülteci olarak tanımlanmaktadır.

Genel olarak Mülteci veya sığınmacı; dini, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle zulüm gören veya göreceği korkusu ve endişesi taşıyan, bu sebeple

ülkesinden ayrılan/ayrılmak zorunda bırakılan ve korkusu nedeniyle geri dönemeyen veya dönmek istemeyen, iltica ettiği ülke tarafından endişeleri haklı bulunan kişi.

Sığınma talebi geri çevrilen kimseler sığınmacı olarak nitelenemeyeceğinden, sığınmacı sıfatını kullanabilmek için kişi endişelerinde, korkularında haklı bulunmalıdır.

BM'nin tanımı ile, "ırkı, dini, milliyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri nedeniyle zulüm göreceği konusunda haklı bir korku taşıyan ve bu yüzden ülkesinden ayrılan ve korkusu nedeniyle geri dönmeyen veya dönmek istemeyen kişi"dir.

İsrail devleti kurulandan sonra, çok sayıda Filistinlinin, Urdun, Lübnan, Mısır, Suriye ve diğer ülkelere sığınmaları, Sovyetler Birliğinin Afganistan'a olan saldırısı ve onun ardınca bu ülkede yaranan iç savaşı sebebiyle millyonlar Afganistanlının İran ve Pakistana göç etmeleri ve ya 2003den sonra Amerikanın İraka girmesi ve bu ülkede özellikle Daeçten sonra yaranan çatışmalar neticesinde 100 binlerce Iraklının komşu ülkelere sığınmacı olarak göç etmeleri, mülteci topluluklarının en başta gelen örneklerindendir.

2001 Arab Baharı adlanan olaylardan sonrada Suriyede başlayan iç savaşı 8 milyona yaklaşık insanın yurtsuz kalmasına ve onların dört milyondan fazlasının ülke dışına göçmesine sebep olmuştur. Bu rakamdan 3 milyona yaklaşık Suriyeli mülteci Türkiyeye sığınmış ve muhtemelen uzun zamanlı bir yaşam sürdürmek için bu ülkede hayatlarını kurmak amacındadırlar.

Dünya Çapında Olan Mülteciler ve Sığınmacı Durumunda Olan Göçmenlerin Sayısı

Birleşmiş Billetler verdiği statistikalara göre 2015 yılının sonuna kadar dünyada 65 milyon yurtsuz insan vardır bu rakam 2014 yılında 60 milyondu (yaklaşık %10 artış var). BM mülteciler yüksek komiserliğinin (UNHCR) verdiği verilere göre de geçen sene her dakikada 24 kişi yersiz hale gelmişti yani her gün 34 bin kişiden fazla. Bu rakam 2005'de sadece 6 kişiydi. Göç ve mültecilik 1997'den bu tarafa iki kat olmuştur ve 2011'den bu tarafa %50 artmıştır.

Birleşmiş Milletler dünyadaki göçmen sayısının son 15 yılda yüzde 41 arttığını ve 2015 yılında 244 milyona ulaştığını açıkladı. Bu rakamın yaklaşık 20 milyonun mülteci olduğu belirtildi.

Ekonomik ve Sosyal İşlerden Sorumlu Genel Sekreter Yardımcısı Wu Hongbo, göçmen sayısındaki âni artışın, küresel ekonomi ve toplumun ayrılmaz bir parçası haline gelen uluslararası göçün artan önemini yansıttığını belirterek, "İyi yönetilen göç akımları, insanların çıktığı ve vardığı ülkeler, göçmenler ve aileleri için çok büyük yararlar sağlıyor" dedi.

Öte yandan BMıye göre, uluslararası göçmen sayısındaki artış dünya nüfusundaki artıştan daha hızlı. Göçmenlerin dünya nüfusu içindeki payı, 2015 yılında yüzde 3,3ıe vardı. 2000 yılında bu oran yüzde 2,8ıdi.

Afganistan, Suriye, Irak ve Somalıya dünya çapında olan göç sayısının yarısından çoğunu oluşturuyor.

Türkiye'de üçüncü sene olarak en çok mülteci alan ülkeye çevrilmiştir(bu senede öyle görünmektedir).

Göçmenlerin genelde seçtiği ülkeler, tabi gelişmiş Batı ülkeleridir. Amerika, Kanada, Avustralya ve Avrupa ülkeleri gibi. Bu arada Avrupa, Asya kıtası ve Orta Doğu ile yerden bağlantıları olduğu için ve Afrika'da Avrupa'ya denizden yolu olması sebebiyle, Mültecilerin ilk ve kolay seçenekleri halına çevrilmiştir. Ekonomik refah, Demokratik siyasi yapılar ve insan hakları, hem de, güçlü sivil toplum, azınlık hakları, tarihi ve siyasi derinliğe dayalı olduğu için, Avrupa, mültecilerin ve göçmenlerin en başta gelen seçeneklerindendir. Bunlarında Başında Almanya,

Fransa, İngiltere ve İsveç çok kürlü siyasetler yürüttükleri için mültecilerin ve göçmenlerin birinci tercihlerine çevrilmiştir.

Fakat mültecilerin Avrupa'da gittikçe sayı çoğalmaya başlayınca bu ülkelerde doğal olarak bir korku oluşmuştur. Bu korkular şu sebeplerden kaynaklanabilir:

1. Mültecileri almakla, kültürel dengenin bozulması

2. Ekonomik dengelerinin bozulması

3. Bu insani dalganın ardınca emniyet sorunlarının korkusu

4. Eğer onların(mültecilerin) gelmelerine engel olurlarsa, insan hakları, çok kültürlülük ve demokratik prestij ve pozlarının rengi kaçması. Ama en başta olan sorun, Aslında Avrupalılar için, mültecilerin barındırması, gıdalandırmaları, iş vermesi ve güvenlik kontrolü değil, göçmenlerin bu yeni ülkenin toplumu ve kanunlarıyla uymaları ve onların nasıl entegre ola bilmesidir. Bu sorun Müslümanlar olunca daha derinleşiyor çünkü bunların krisitiyen Avrupalılarla olan kültürel farklılıkları, özellikle aile, ahlak, gelenekler, kadın erkek ilişkileri, kristiyenlere vergi ödemek, ataerkillik ve bu tür değerlerin farklılığı, bu yeni göçmenleri ve mültecileri uyumluluklarını oldukça zorlaştırıyor. Ve hatta Avrupa ülkelerinde anti göç ve bazen ırkçı gruplar ortaya çıkmaktadır. Bu durumda yerliler ve farklı değerlere sahip olan yeni gelen insanlar ve toplumlar, nasıl bir arada yaşaya bilecek sorusu ortaya çıkıyor. O yüzden ne kadar insan haklarından, azınlıklardan veya çok kültürlükten konuşulsa da, Avrupa ülkeleri mülteci ve göçmen almalarında çok dikkat etmekteler. Örneğin Orta doğudan göçen mültecilerin Fransa, İngiltere, İsveç ve diğer cazip ülkelerde sayları oran olarak yok denilecek kadardı. Mesela Fransa planlayarak gelecek 2 sene için 24bin Suriyeli ve Iraklı mülteci almayı planlıyor. Fakat bu arada Almanya çok mülteci almakla insanı görevini de yapmaktadır. Ama bence sadece insani değil belki biraz da başka sebepler var. Almanya'nın nüfusunun %20 65 yaş üzerindedirler böyle giderse 2040 yılında %30 olacaktır. Şimdiden Almanya'da iş gücü azlığı vardır. Almanya'nın 140 bin mühendis ve nitelikli işgücüne ihtiyaç duymaktadır. Onun yanında bu ülkenin otelcilik ve el sanatlarında ciddi olarak iş gücüne ihtiyacı olması görünmektedir. Almanya'da yapılan bir araştırmaya göre bu ülke 2020'ye kadar bir milyon 800 bin ve 2040'a kadar dört milyona yakın yeni iş gücü talep edecektir.

Fakat Türkiye'ye gelen mülteciler konusu farklıdır. Türkiye bu ülkelerle komşudur ve binler kilometre kare toprak yolu ile bir birlerine yapışmışlar. Mültecilerin ilk ve kolay olarak sığındığı yer Türkiye'dir.

Türkiye'de Bulunan Suriyeli Mültecilerin Sayısı

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin 11 Nisan 2016 tarihli verilerine göre 4,842,896 Suriyeli mülteci konumundadır. Bunlardan 2,7 milyonu Türkiye'de, 2,1milyonu Lübnan'da, Ürdün'de, Irak'ta, Mısır'da ve az sayıda da yani 29,000 kuzey Afrika'da yaşamlarını sürdürmektedirler (UNHCR, 2016:11).

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği açıklamada, «Türkiye'ye ulaşan yeni sığınmacılar dahil komşu ülkelerdeki Suriyeli sığınmacı sayısı 4.8 milyon ulaştı" ifadesi kullanıldı. Suriye'de ülke içinde yerinden edilenlerin sayısının da en az 7,6 milyon olduğu kaydedildi. Açıklamada, Suriye'deki çatışmaların beşinci yılında sona ereceğine yönelik sinyalin bulunmadığı ve sığınmacı sayısının artmaya devam ettiği vurgulandı.

Başbakan Yardımcısı Yalçın Akdoğan 2016 da Suriyeli mülteci sayılarını açıklayarak , "Bugün itibarıyla Türkiye'deki Suriyeli göçmen sayısı 2 milyon 733 bin 784, 26 geçici barınma merkezinde kalan Suriyeli sayısı ise 282 bin 815'e ulaştı" dedi.

Birleşmiş Milletlerde, Suriye'deki çatışmalardan kaçarak komşu ülkelere sığınan Suriyeli sayısının 4 milyonu aştığını açıkladı. Suriyelilerin yüzde 45'i en çok mülteci kabul eden ülke konumundaki Türkiye'de bulunuyor.

Avrupa komsiyonuda açıkladığına göre de Suriye, Irak ve başka uyruklu mülteciler dâhil olmak üzere şu ana kadar 3,1 milyonun üzerinde mülteci Türkiye'de kayıtlıdır. Komşu ülkelerde şiddetin durmadan yükselmesi nedeniyle 2016'da Suriye ve Irak'tan Türkiye'ye mülteci akınının ölçeğinin ne olacağı belirsizdir. Ayrıca, 2015'te deniz yoluyla 850.000'den fazla kişinin Türkiye'den Yunanistan'a geçtiği kaydedilmiştir. Çoğunluğu Suriyeli olmak üzere, bunların 100.000'den fazlası 2016'nın yalnızca ilk iki ayında yeni gelmiştir. Şu an Türkiye Hükümeti sağlık, eğitim, gıda güvenliği ve sosyal ve sağlanan diğer hizmetler hususunda süregiden masraflarla 25 kampta 280.000 mülteciye ev sahipliği yapmaktadır (StratejikOrtak.com). Hükümet, krizin başlangıcından beri 7 milyar Avro'nun üstünde harcama yaptıklarını tahmin etmektedir. Hükümetin muazzam çabalarına, yerel makamların ve ev sahibi toplulukların cömertliğine rağmen, kampların dışında şehirde veya kırsal alanda yaşayan Suriyeli mültecilerin %90'ının çoğu genellikle bilinmez durumdadır ve oldukça zorlayıcı koşullar altında hayatta kalmaktadır. Bilgiye, kayda, eğitie ve sağlık hizmetleri dâhil olmak üzere kamu hizmetlerine erişime ciddi bir şekilde sınırlıdır. Kampların dışındaki birçok mülteci, zaten tükenmiş kaynaklarında genellikle büyük bir yüke neden olan kiralarla kötü koşullarda yaşamaktadır. Hem mültecilerin varlığının hem de Suriye ve Irak'ta devam etmekte olan çatışmanın sosyoekonomik ve politik etkisi, ülke çapında mülteci barındıran bölgelerde toplumlar arası gerginliğe yol açmış ve göçmenlerin ve mültecilerin hareketinin AB sınırlarına doğru artmasına neden olmuştur (ECHO Mart 2016).

Mülteciler ve Göçmenlerin Etkileri

Göç insanları farklı ve çeşitli olarak olumlu ve olumsul etkilemektedir. Göç hem göçmenlerin toplumu, hem göç gönderen ülke ve toplum hemde göç alan toplumu etkilemektedir (Lahsayizadeh 1998).

Özellikle eğeee göçmenler eğitimli ve nitelikli iş güçü olurlarsa, göz alan ülkeye aktif ve eğitimli insani güçü alması için olumlu etkileri ve tabi göç gönderen ülkelre olumsuz olarak etkileyecektir.

Genel olarak söylemek istersek göçün aşağda gelen olumlu ve olumsuz yönleri vardır:

a) Göç gönderen ülkelere olumlu ve olumsuz etkiler:
b) Nüfus artımının azalması
c) Yaş piramidinin dönüşümü
d) Evliliklerin ve doğumların azalması
e) Genç iş gücünün göçmesi ile ekonomuk gücün zayıhlaması
f) Eğitimli gençlere olan ekonomik ve kültürel yatırımın sonuçsuzluğu.
g) Kalanlar (göç etmeyenler) için iş fırsatlarının çoğalması
h) Göç edilen ve göç olunan ülkeler arasında, kültürel, ticari ve ekonomik ilişkilerin artması

Göçmen alan ülkelere olan olumlu ve olumsuz yönler:

a) Nüfusun çoğalması
b) Hiç bir yatırım yapmadan nitelikli iş gücünden faydalanmak
c) Yerli insanların çalışmak istemediği maden, inşaat, hayvancılık, çifcilik ve bu tür işlerde, göçmen iş gücünden faydalana bilmek

d) Düşük ücretle göçmenleri çalıştıra bilmek

e) Farklı geleneklere, kültüre, dile, alışkanlıklara ve dine sahip olan göçmenlerin entegre ve yeni toolumda uyum sağlamaları sorunu

f) Şehirlerde yaranan kalabalıklık ve kenar mahalle oluşması sorunu (Lahsayizadeh, 1990:21).

Suriyeli Mültecilerin Eğitimi

AFAD 15 Mart 2016 verilerine göre 2.7 milyon Suriyeli Türkiye'de bulunmaktadır. Bunların 280 bini AFAD'ın kurduğu barınma merkezindedir. Milli Eğitim Bakanlığı işbirliğiyle atılan adımlar neticesinde anaokulundan lise son sınıfa kadar toplam 310.000 çocuk sokaklardan alınarak okula devam etmeleri sağlandı. Bunların 80 bini AFAD kamplarında eğitim görmektedir. Bugüne dek Suriye ve Iraklı sığınmacıların tedavileri kapsamında 335 bin ameliyat gerçekleştirildi; 500 bin yatan hasta ve 12 milyon poliklinik hizmeti verildi. 152 bin Suriyeli bebek de gözlerini Türk topraklarında açtı. Türkiye, Suriyeli sığınmacıların yaralarının sarılması ve yeniden hayata tutunmaları için BM standartlarında 9,3 milyar ABD doları tutarında bir kaynak harcadı. Uluslararası toplumun, Türkiye'nin bu fedakârlığına katkısı ise yalnızca 462 milyon ABD doları oldu (AFAD, 2016). Fakat her bir uluslararası örgüt ve ya kurum mülteciler konusunda Türkiye'ye yardım etse de etmese de, bu sayıda okul ve eğitim yaşta olan mülteci kesimi, iyi ve doğru bir biçim içerisinde eğitim alamazlarsa, uzun zamanda büyük bir toplumsal uyum ve hatta sosyal suç sorunu ile karışı karşıya gelecekler. Tabi bu eğitimin başında da dil konusu gelmektedir.

Türkiye'deki Suriyelilerin yaş ve cinsiyet dağılımı aşağıdaki tabloya göre incelendiğinde büyük çoğunluğunun genç bir nüfus olduğu, çocuk nüfusunun da giderek arttığı görülmüştür. Genel olarak değerlendirildiğinde bu kadar çok sayıdaki Suriyeli mülteci; sosyal, kültürel, eğitim, toplumsal, sağlık, güvenlik, temel hizmetler, ekonomik, işgücü piyasası bakımından hiç kuşkusuz Türkiye'yi etkileyecektir. Bu kadar çok çocuk nüfusun oluşu ülkenin eğitim, sağlık, okullaşma vb. konularda daha fazla kaynak harcamasını da beraberinde getirecektir. Yine çalışma çağındaki nüfusun da bu kadar çok olması hiç kuşkusuz ülkenin işgücü piyasasını da etkileyecek kayıt dışı istihdamın artmasına neden olacaktır.

Hem de ORSAM'ın anket çalışmasına dayalı olarak Suriyelilerin Türkiye'ye ekonomik etkisini inceleyen raporundaki bulgulara göre sınır illerinde işini kaybedenlerin %40 ile %100'ü arasında değişen oranlardaki bölümü "Suriyeliler nedeni ile işini kaybettiğine" inanmaktadır. Bu durum yerel halk arasında iş fırsatlarının ellerinden alındığı şeklinde bir tepkiye neden olmaktadır(Orhan ve Gündoğar, 2015:17-18).

Türkiye'deki Suriyelilerin Yaş ve Cinsiyet Dağılımı

(23 Haziran 2016 tarihine göre 2.733.850 Kayıt Altına Alınmış Suriyeli Üzerinden)

Erkek % 50,8	**Yaş**	**Kadın % 49,2**
%10,4	0-4	%9,5
%10,4	5-11	%9,9
%7,2	12-17	%6,8
%21,1	18-59	%21,3
%1,7	60-+	%1,8

Kaynak:http://data.unher.org/syrianrefugees/country.php?id,224 (Erişim Tarihi : 11.07.2016)

Fakat bu büyük rakamda Türkiye'ye göçen Suriyelilerin büyük bir kısmının eğitimsiz ve

ya düşük seviyeli eğitimlerini görmekteyiz. Örneğin AFAD 2013 raporuna göre (bkz. Aşağıdaki tabloya), kamplarda yaşayan Suriyeli sığınmacıların %12'si okuma-yazma bilmezken, kamp dışında bu oran %19 seviyesindedir. Okuma-yazma bilenler kategorisi okuma-yazma bilen fakat bir okuldan mezun olmamış olanlardan oluşmaktadır. Bu kategori kamplarda yaşayan sığınmacıların %6'sı ve kamp dışında yaşayan sığınmacıların %10'udur. Türkiye'deki Suriyeli sığınmacıların çoğunluğu ilkokul mezunudur. Kamplarda yaşayanlar ile kamp dışında yaşayanlar içerisinde ilkokul mezunu olan sığınmacıların yüzdesi sırasıyla %37 ve %33'tür. Orta öğretim mezunları ikinci büyük grubu oluşturmaktadır. Bu grup kamp içinde yaşayanlar ile kamp dışında yaşayanlar içinde sırasıyla %25 ve %19'dur. Özet olarak söylemek gerekirse, ilkokul mezunu ve altı eğitimliler, kamplarda yaşayan Suriyeli sığınmacıların %54'ü iken, kamp dışında yaşayanların %61'ini oluşturmaktadır. Bunun tersine, lise ve üstü eğitimliler kamplarda yaşayanların %21'i iken kamp dışında yaşayanların %19'unu oluşturmaktadır (AFAD, 2013: 26). Hacettepe Üniversitesi Göç ve siyaset Araştırmalar Merkezi (HÜGO) tarafından Almanya ve Türkiye'deki sığınmacıların eğitim durumları üzerine yapılan bir araştırmaya göre, Almanya'da üniversite mezunu Suriyelilerin oranı %70, okuryazar olmayanların oranı da % 5 civarındadır. Türkiye'de ise sığınmacıların %50'si okur-yazar bile değilken sadece 40 bin sığınmacı üniversite mezunu olduğunu beyan etmiştir ki bu %2 nin bile altında bir orandır. (Şensoy, 2016).

2013 AFAD Raporuna Göre Türkiye'deki Suriyeli Sığınmacıların Eğitim Düzeyi

Eğitim Düzeyi	Kamplarda Yaşayan Suriyeli Sığınmacılar	Kamp Dışında Yaşayan Suriyeli Sığınmacılar
Okuma Yazma Bilmeyen	%12	%19
Okur-Yazar	%6	%10
İlkokul Mezunu	%37	%33
Ortaöğretim Mezunu	%25	%19
Lise ve Üstü Eğitimliler	%21	%17

Kaynak: AFAD, 2013:26.

Eğitimin ne kadar toplumsal uyumda ve entegraysonunda önemini göze aldığımızda, Suriye'den gelen mültecilerin uzun zamanda yeni toplumla olan uyum sorunu daha çok öngörülmektedir. Hem de farklı kültür, dil ve milliyete sahip olmakta, tabi onların bu yeni toplumda entegre ola bilmelerini zorlaştıracaktır.

Toplumsal Uyum Teorileri

Sayısı 3 milyona yaklaşan Suriyeli mültecilerin, Türkiye toplumunda yaşanacak sorunun en başta geleni, bu mültecilerin yeni toplumla, kültürel ve toplumsal uyumlarıdır. Farklı kimlik, kültür, dil ve ırka sahip olan Suriyeli mülteciler, bir taraftan eğitim düzeylerinin düşük olması ve bir taraftan da Türkiye'de halen okul yaşlarında olan çocuklar için düzenli ve kapsamlı eğitim imkânlarının olmaması sebebiyle, hem de dil konusunda çok zorluk çeken bu mülteciler, hem çalışma konusunda ve hem Türk toplumu ile iletişimlerinde bir çok sorunlarla karşı karşıya gelmektedirler.

Toplumsal uyumsuzluk, göç sürecinde ve sonrasında, göçmenler ve göç alan toplumların

karşılaştığı önemli sorunlardan biri olmuştur. Göç nedenleri, işleyiş süreci ve türleri toplumsal uyumsuzluk düzeyi üzerinde belirleyici olmuştur. Göçün iradi veya zorunlu olup olmaması, göçün hızı ve büyüklüğü göçün toplumsal etki boyutuyla yakından ilişkilidir. Göçün neden olduğu toplumsal uyumsuzluk sorununa yönelik çözüm arayışları çeşitli yaklaşımları ortaya çıkartmıştır. Asimilasyon (erime) ve entegrasyon (toplumsal bütünleşme) bunlar içinde öne çıkan iki yaklaşımdır (Yavuz, 2013: 615).

Entegrasyon, toplumsal ayrışmanın ortaya çıkarttığı veya çıkartma potansiyeli taşıdığı sorunların ekonomik, siyasi, sosyal ve psikolojik maliyetini düşürmeye yönelen bir yaklaşımdır. Entegrasyon yaklaşımı bir taraftan göçmenlerin yaşadıkları topluma, kendi kültürlerinden kopmadan, uyumunu esas alırken diğer taraftan göç edilen toplumun da uyum süreci için gerekli zemini hazırlamasına özellikle vurgu yapmaktadır(Yavuz, 2013: 617). Farklılıklar ile azınlıkları görmezden gelen veya ortadan kaldırmaya yönelen yaklaşımların insani olmaması, farklılık ve azınlıkların kabul gördüğü bir toplumsal uyuma odaklanan entegrasyon yaklaşımını daha bir öne çıkartmıştır. Toplumsal farklılık ve ayrışmanın marjinalleşme ve radikalize olmasının önüne geçilmesinin etkili yollarından biri olan (Esser, 2000: 58-61) entegrasyon yaklaşımı, toplumsal ve siyasal amaçların gerçekleşmesi hususunda şiddetin araç olarak kullanılmasını engelleyebilecek bir potansiyele sahiptir.

Bu yüzden bunların toplumsal uyum ve ya entegre olma sürecinde, Türkiye devletinin kültürel siyaseti ve sivil toplum katkısı ve sunduğu modeller önem taşımaktadır.

Chicago Okulu ve Göçmenler Sorunu

Robert Park öncülüğünde çalışmalar yürütmüş olan bu sosyologlara göre Amerikan toplumunun en önemli önceliği alınan göçler neticesinde Amerikan ulusal birliğinin nasıl sağlanacağı yönündedir. Schnapper (2005: 201) 1920 ile 1935 arasında Chicago okulu olarak adlandırılan akımın insanlara kendi kökenlerindeki tarihsel ortaklaşmalara sadık kalma özgürlüğü ile yeni uluslarına tam anlamıyla katılma olanağı arasındaki çatışkıyı Amerikan demokrasisine bağlı kalarak çözme imkânı tanıdığına değinmiştir. Amerika'da göçmen ve etnik gruplarla ilgili çalışmalara temel teşkil eden yaklaşımın Chicago Okulu tarafından önerilen asimilasyon teorisi olduğunu; göçmenlerin gittikleri bölgenin kültürü içerisinde asimile olmaları konusuna odaklandıklarını da görmekteyiz. Okulun temsilcileri olan Park ve Burgess (1969: 735)'in analizlerinde asimilasyon, "kişilerin ve grupların, diğerlerinin hatıralarını, duygu ve düşüncelerini, tutumlarını edindikleri, onlarla yaygın bir kültürel hayatta birleşerek tecrübelerini ve tarihlerini paylaştıkları bir nüfuz etme, yayılma ve nihayet benzeşme süreci" olarak tanımlanmıştır. Bu nedenle birleşen topluluklar birbirlerini tamamlayıcı farklılıklar temeline dayanmaktadırlar (akt. Schnapper,2005: 202). "Chicago Okulu, azınlık grup üyelerini, kendi köken kültürlerinden vazgeçmeye zorlamadan kolektif yaşama katmanın demokratik yolunun asimilasyon olduğunu düşünüyorlardı. Aynı sıralar melting potun bir başarısızlık olduğunu ve mahkum edileceğini ortaya çıkarıyor, etnisitenin bir olgu olduğunu ve değer taşıdığını öne sürüyorlardı" (Schnapper, 2005: 273). Bunun yanı sıra 1920'li yıllarda Chicago sosyologlarının çözümlemesine uygun olarak etnik gruplar bir evre oluşturmamakta, asimilasyon sürecini kolaylaştıran bir araç olarak karşımıza çıkmamaktadırlar. Schnapper Öteki İle İlişki adlı eserinde, çalışmalarına yer vermiş olduğu Chicago Okulu'nun toplumsal katmanlaşmayı üstü kapalı düşünen sosyologların ve genel olarak Merton'un etkisinde kalan bütün işlevselci sosyologların düşündüğü gibi Gesellschaft'ın kendi mantığı yayıldıkça ortadan kalkacak olan Gemeinschaft'a bağlı bir tortu da olmadığını savunmaktadır. Etnik grupların özgül biçimini "üreten"in Amerikan toplumunun kendisi olduğunu aynı zamanda ve karşılıklı olarak etnik grupların da çeşitli öğelerin birbirine karıştığı bir toplum "üretmiş" olduklarını aktarmaktadır. Sonuç olarak Schnapper'e göre Chicago sosyologlarının çoğu etnik toplulukların

olumlu etkisini kanıtlamışlardır ve çeşitli grupların birleşmiş bir ulus kurmasından önceki evreyi bu toplulukların oluşturduğunu göstererek bundan böyle etnisite, sınıflar halinde bölünmeyle olan ilişkisini sorgulamışlardır. Bu durum Schnapper'ın kitabında belirtmiş olduğu gibi toplumsal eşitsizliklerin ve iktidarın yapısını açıklamak için toplumsal sınıfa göre ayrışmaların, etnik ya da ırksal aidiyetten doğan ayrışmalarla nasıl buluştuğunun sorgulanmasını da beraberinde getirmiştir (Schnapper,2005: 281-290). Fraizer ise Amerikan toplumuna yönelik yapmış olduğu çalışmasında etnik grupları oluşturan Avrupa kökenli nüfusların asimilasyonu ile ırk gruplarını oluşturan yani farklı oldukları hemen algılanan siyahların ve Asyalıların asimilasyonu arasındaki farkı ortaya koymuştur. Ona göre Avrupa kökenliler Amerikan toplumuna gerçekten asimile olurken farklı ırklardan gruplar söz konusu olduğunda çevrim, asimilasyonla değil birbirinden ayrı iki toplumsal sistemin oluşmasıyla tanımlanmaktadır. Kültürel asimilasyon ile yapısal asimilasyonu birbirinden ayırmanın önemli olduğunu belirten Fraizer, zencilerin Amerikan kültürünü edinmiş olsalar da aynı ölçüde Amerikan kültürüne asimile olmadıklarına dikkat çekmiştir (akt. Schnapper,2005: 325-6).

Talcott Parsons

Toplumsal eylem aynı insanın davranışıdır ve her bir eylemci dış dünyadan aldığı anlama dayanarak davranmağa başlıyor. Her bir toplumsal eylemin iki yolu vardır. Birincisi, her bir bireyin yapmak istediğidir. İkincisi ise, toplumun ve diğer insanların ondan olan beklentisidir. Bu arada, ortaya çıkan eylem her iki tarafın beklentilerini öne sürmektir. Parsons'a göre, her bir göçmen ev sahipliği eden toplum tarafından kabullenmek isterse, o toplumun değerleri ve normlarına uygun eylem yapmalıdır.

Robert Ezra Park

Her toplumun temel ve merkez noktası toplumsal kontroldür ve onun işlevi düzenlemek, bütünleştirmek ve bireylerin yeteneklerine yön vermektir. Toplumsal süreç

Her bir millet ve kavimlerde kültürlerin yapısı, içeriği ve manevi varlıklarda her türlü değişim ve dönüşüm sadece dil ile mümkündür. Bir kültürün kimliğini değiştirmek ve o kültüre ait olan toplumun ruhunu ve zihnini değiştirmek için ve onları geçmişlerinden farklı bir topluma dönüştürme yolu dillerini değişmekten başlıyor. O yüzden göçmen alan ülkelerde de yeni gelen insanları kendi kültürlerine adapte etmek için dil öğretmek ve yaymak önde gelen yöntemlerdendir. Hatta bazı ülkeler göçmenlere ve mültecilere dil sınavının geçilmesini, vatandaşlık almanın şartlarından biri olarak sunmaktadırlar. Tabi, yeni ülke ve toplumda bir göçmene iletişim ve etkileşim, iş bulmak, eğitim haklarından faydalanmak, medya ve kitle iletişim araçlarından faydalanmak ve diğer ihtiyaçlarını gidermek için dil öğrenmek zorunludur. Fakat, göçmen alan ülkeler sadece bu göçmenlerin barınma, çalışma ve eğitim gibi sorunlarını değil, onları kendi kültürlerine entegre edebilmeleridir. O yüzden göçmenlere dil öğretmek kültürleştirmenin ilk adımıdır. Yeni dil aracıyla yeni ülke ve toplumla ilişkiye girerek o toplumun unsurlarını benimseyip uzun zamanda kendi kültürü haline gelecektir.

Kültürel/Etniksel Çok Kültürlülük Teorisi: Ayrışma ve Entegrasyon Modeli

Uyum teorilerinde genellikle iki farklı görüş vardır: özümseme ve çok kültürlülük. Özümseme perspektifi göçmen grupların nasıl ve ne kadar gittiği topluma uymalarını incelemektedir.

Çok kültürlülük perspektifi de farklı kültürden, soydan ve etnikten olan gruplar arasında ayrımcılık, zıtlık ve sömürü konularını incelemektedir (Chang, 1984:81). Özümseme ve çok kültürlülük perspektifleri farklı açıdan mültecilerin uyum sağlamaklarını inceleyerek farklı ülkelerde denenmiştir. Özümseme teorisi etniksel ve kültürel farklılıkları aradan kaldırarak bir

ulusal ve ya ortak bir kimliği oluşturmaya çalışmaktadır ve çok kültürlülük farklı kimliklerden ve kültürlerden faydalanarak ortak bir kimliği elde etmek çabasındadır. (Kim Hiver, 1993:696) Çok kültürlülük perspektifi göçmen ve onların kuşaklarının yeni toplumda yaşama sürecine bakmayarak o toplumun siyasal ve ekonomik boyutunun ayrılmaz bir bölümü gibi görmektedir. Bu yüzden çok kültürlülük teorisi özümseme teorisinin karşısında durarak göçmenlerin ve onların ikinci kuşağını kendi etniksel kimliklerine doğru dönmelerini öngörmektedir. Genel olarak, toplumun içinde farklı etniksel ve kültürel gruplar, hoşgörü, tolerans ve ya karşılıklı nefret, şiddetli çatışmalar şeklinde görülmektedir. Plüralizm ve ya çok kültürlülük, toplumda olan gruplar içinde farklı dil, mezhep, gelenek ve yaşam tarzlarını koruyup toplumsallaşmak ve diğer gruplarla aynı yerde sosyal bir uyum içinde yaşamayı savunmaktadır. Aslında bu teori ırksal ve etniksel azınlıkların farklılıklarını yaşatarak dominant kimlikle de toplumsal uyum içinde geçinmeği savunmaktadır. Özümseme yaklaşımının aksine göçmen gruplar kültürel miraslarının hepsini ve ya bazı unsurlarını yeni toplumun toplumsal ve yapısal düzeninde kullanarak göç ettikleri toplumun bazı kültürel ve yapısal unsurlarını kabul etmektedirler. Mozaik model olarak isimlendirilen çok kültürlülük yaklaşımı göçmenlerin toplumsal uyumlarında ırkın, etnisitenin ve farklı kültürün veya kimliğin önemini vurgulamaktadır.

Uyum Stratejilerini Seçmek Teorisi: Dörtlü Model

Çağdaş toplumların çok kültürlülük taleplerinin artmasıyla geçen otuz senede çift yönlü modelleri tercih edilmiştir (Chang ve diğerleri, 2007:2). Bu çift taraflı modellerin en önemlisi ve meşhuru, aynı zamanda araştırmacılar tarafından da genişçe incelenen, Kanadalı sosyal psikoloji uzmanı John W. Berry ve arkadaşları tarafından öne sürülen teoridir. Bu teori modeli iki kültürlü matris dayalı ve çift kültürlülükle ilgili bir modeldir ve göç gönderen ve göç alan toplumlar arasında olan etkileşimsel bağlantıları ve onların göçmenlere olan bireysel ve grupsal değişimlerinin etkilerini incelemektedir. Bu etkileşim, göçmenlerin bir taraftan yeni toplumun kültürünü ve yapılarını ne kadar benimsemesi ve diğer taraftan da kendi kültür ve etniksel yapılarını korumaları uyum stratejisi modeli gibi görmektedir. Berry'nin sunduğu bu modelde göçmenler, toplumsal uyum sürecinde dört model ve ya yoldan birini seçmek zorundadırlar. Bu dört model: özümseme (assimilation), bütünleşme (integration), ayrışma (seperation), marjinalleşme (marginalization).

Bu teorinin temel varsayımı bireylerin uyum strateji ve modellerini seçmelerinde özgür olmalarıdır (Berry ve Sam, 1997). Bu varsayım göçmenlerin ister istemez yeni toplumun durumundan zorunlu olarak etkilenmeleri sebebinden bazı araştırmacılar tarafından eleştirilmiş ve göçmenlerin çok ta özgür olmadıklarını söylemişler (Cubas, 2003:135) Buna bakarak Berry ve diğerleri 2006 yılında uyum modeline yeni bir kavram getirdiler. Onlar erime noktası (melting pot), çok kültürcülük, toplumsal ayrıştırma ve marjinalleştirme gibi toplumsal uyum teorilerini inceleyerek stratejik uyum modeline yeni bir boyut eklediler. Bu yeni modelde göç alan ülkelerin sistemlerinin ve yapılarının göçmenlerin kendi etniksel ve kültürel kimliklerini koruma ve ya yeni toplumun yapılarını ve kimliğini benimsemede önemini öne sürmektedirler(Pourbagheri, 2013: 100).

Kaynakça

AFAD (2013). Türkiye'deki Suriyeli Sığınmacılar, 2015 Saha Araştırması Sonuçları.

UN(united nation), report, 1998. recommendations on Statistics' of International Migration,StatisticalPapers,No,58.NewYork:UN

Berry, J.W. (1997). Immigration, acculturation, and adaptation Applied Psychology, 46(1), 5-34.

Berry, J.W.(1990). Psychology of acculturation. In Berman, John J. (Ed), Nebraska Symposium on Motivation, 1989: Cross-cultural perspectives. Current theory and research in motivation, Vol. 37., (pp. 201–234). Lincoln, NE, US: University of Nebraska Press

John W. Berry&Jean S. Phinney& David L. Sam& Paul Vedder(2006). Immigrant Youth: Acculturation, Identity, and Adaptation, APPLIED PSYCHOLOGY: AN INTERNATIONAL REVIEW

Baubock, R., Heller, A., & Zolberg, A. (Eds.) (1996). The challenge of diversity:Integration and pluralism in societies of immigration. Aldershot: Avebury.

SCHNAPPER, D. (2005) Öteki İle İlişki, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.

TİSK (2015). Türk İş Dünyasının Türkiye'deki Suriyeliler Konusundaki Görüş, Beklenti Ve Önerileri. Yayın No: 353.

Orhan, Oytun ve Gündoğar, Sabiha (2015). Suriyeli Sığınmacıların Türkiye'ye Etkileri. Ortadoğu Stratejik Araştırmalar Merkezi. ORSAM ve TESEV.

http://data.unhcr.org/syrianrefugees/country.php?id=224 (Erişim Tarihi: 11.07.2016).

Lahsayizadeh, Abdolali, Nazariyate Mohajerat, Shiraz, Entesharate Navid, 1386. (Göç Teorileri, Shiraz, Nevid yayın evi, 1996).

Zanjani, Habibollah, Mohajerat, Tehran, Entesharate Samy: 1368. (Göç, Tehran, Samt yayın evi, 1990).

Pourbagheri, Moharram: Barrasi Hoviyat və sazghariye farhangiye Torkhaye Tehran, Tehran Daneshghahe Shahed: 1392. (Tharana göçen Azerbaycan Tüklerinin Kimlik ve toplumsal uyumları, 2013, Tehran, Shahid üniversitesi).

Şensoy, Tahsin (2016). Sığınmacı Varlığının Sosyoekonomik Maliyeti.

ECHO Tanıtım Belgesi - Türkiye - Mart 2016.

Yavuz, S. (2013),"Göç, Entegrasyon ve Din: Avrupa'da Yaşayan Türkler Bağ- lamında Bir Değerlendirme", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt 6, Sayı 26, 610-623.

http://results.unhcr.org.tr/

لهسائی‌زاده،عبدالعلی، نظریات مهاجرت ، شیراز ، انتشارات نوید ، سال ۱۳۶۸

زنجانی، حبیب‌اله، مهاجرت، تهران: انتشارات سمت) ،1380

بررسی هویت و سازگاری فرهنگی مهاجران ترک آذربایجانی به تهران، 1392، تهران دانشگاه شاهد

ACCULTURATION AND SOCIOLOGICAL PROBLEMS OF THE SYRIAN REFUGEES LIVING IN TURKEY

Muharrem Purbagheri

Abstract

Migration, being as old as history, looks like it has become a problem in today's world. Having affected Turkey and the world, particularly after the Syrian war, this phenomenon has been increasingly causing big problems. Having reached a population of 2.8 million, the Syrian refugees have took shelter in Turkey and affected the society, economy, culture and laws positively and negatively.

More than half being between the ages 0-18, these refugees have escaped war to seek peace in Turkey. Looking for the said peace in job opportunities, education, healthcare and especially the new life, Syrian refugees face a number of problems in adapting to the Turkish society.

The Syrian refugees, being unqualified(unskilled) and poorly educated in general, experience some problems in terms of language, work permit, education, problems related to children (child labor, crimes committed by children, etc.), acculturation and the like.

Meanwhile, taking into account them living in Turkey for a long time, it is of great importance to support Syrians by both creating new job opportunities and new investments in the areas where they live such as the southern and eastern regions, by providing them with certain circumstances of work, education, healthcare and by other means. On the other hand, Turkey needs to claim its big role in the civil society, adaptation of refugees to the new country, and living in a multi-cultural society.

Keywords: *Immigrant, Syrian refugees, Turkish society, Cultural issues, Social harmony, Multiculturalism*

Introduction

The issue of migrants and refugees, of whom the numbers are growing more each day worldwide, affects all countries of the world and rise difficulties for governments, societies and laws.

Some being due to economic reasons, some for education and some for political reasons, people have been leaving their countries and settled in a more developed or quieter country. However, the war situation of the Middle East, which has become a primary and highly important cause after the period called the Arab Spring, has multiplied the number of migrants and refugees. For instance, after the Syrian civil war, approximately 8 million people in the territory have been displaced and more than 4 million people have been compelled to escape the country. 2.8 million of these people are currently in Turkey, according to the data of 2016. How many problems do these unqualified and poorly educated refugees with a different identity and culture, mostly between the ages of 0-18, have? In general, we need to take into consideration three realities about refugees in Turkey. First of all, a significant part of the Syrians in Turkey will either return to their countries after many years, or continue living in Turkey from now on. The second point is that from this point of view, it has become inevitable to materialize a well-rounded Syrian refugee policy which includes also the prevention of the reaction of the local community. It is argued that the issue should be tackled as a social adaptation matter and concrete proposals are being made to decision-makers in the conclusion part. The third point is that the subject of the integration process of the

Syrian refugees being managed successfully will contribute in the social wealth and multicultural structure of Turkey in the long run.

The Terms Refugee, Asylum Seeker, Immigrant

In international law, the terms refugee, asylum seeker and immigrant are used.

On the other hand, the right of immigration hasn't been given to those outside Europe, and the term asylum seeker does not exist within the law system in Turkey.

Immigrant (incomer): A person who migrates from one country to another to settle. Legally, immigrant or immigrants concern at least two countries. One of these is the country left behind, and the other is the country settled in. Migration is an emigration for the first country, while it is immigration for the second. Those who immigrate are immigrants, while those who emigrate are called emigrants.

According to the definition of the United Nations, an immigrant is a person who exits the country of which they are a citizen of and stays in another country for at least 12 months (UN, 1998:2-5).

Immigrant in general refers to a person and their family members who immigrate to another country or territory in order to both improve their economic and social conditions and increase the future expectations of themselves and their families. Essentially, an immigrant can be defined as a person who leaves their country for reasons of education and work, not with rightful reasons due to persecution. Immigrants continue to benefit from the protection of their own countries while taking this journey by their own will in order to have better life standards. Some of these journeys are made in an orderly manner through legal documents such as passports and visas, some are made irregularly against legal systems of countries.

According to the United Nations Demographic Glossary, migration is the geographical mobility or spatial mobility between two geographical units. This geographical mobility is being done from a source or a destination country and from society to a target gathering and country. Such migrations are called perpetual migration and we need to distinguish between temporary migration, in which we are not constant, and where we change our residential area. (Zanjani, 2002: 8).

Asylum Seeker: Asylum seekers are people who seek international protection as refugees but whose status has not yet been officially recognized. The term is usually used for those who are waiting for the application of refugee status to be settled by the government or the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR). Even if the statuses are not officially recognized, asylum-seekers cannot be forced to return to their country of origin and their rights must be protected.

The Universal Declaration of Human Rights defines the right to asylum as follows: "Everyone has the right to seek asylum and be treated as such in other countries in the face of persecution" (art. 14/1). Immigrants are sometimes called economic asylum seekers. Collective asylum occurs in civil wars and conflicts, in intense pressures, in major disasters. Individual asylum is mostly political. Sometimes foreign embassies, combat ships and planes protect the asylum seekers. The rootless are also sometimes refugees.

Refugee: The first regulation on refugees is the 1951 Geneva Convention regarding the legal status of refugees. The agreement indicates that "persons who are outside the country of which they are citizens because of the rightful fear of persecution due to their social group or political views, and are unable to be protected by their country or due to their fear, do not want

the protection of said country, those who do not have a nationality, or those who are outside their country of domicile as a result of such incidences, those who are unable to go back, or do not want to go back due to the fear in question" are defined as refugees.

A refugee or asylum seeker in general, is a person who is persecuted or has a fear and worry of being persecuted due to their religion, nationality, membership of a certain social group or political views, thus has left/was made to leave their country, who cannot or does not wish to return due to their fear, and whose apprehension is found rightful by the destination country.

Since those whose request to asylum has been declined cannot be deemed asylum seekers, the person must be right in their fears and apprehension, in order to be able to use the title of asylum seeker.

The definition of the UN is "a person who carries a righteous fear that they will experience persecution due to the fear of persecution for their race, religion, nationality, membership of a certain social group or political views, and therefore has left their country and does not (wish to) return because of this fear".

The leading examples of refugee communities are; many Palestinians taking shelter in Jordan, Lebanon, Egypt, Syria and other countries after the founding of the State of Israel, millions of Afghans migrating to Iran and Pakistan due to the attack of the Soviet Union on Afghanistan and the civil war, and hundreds of thousands of Iraqis migrating to neighboring countries as asylum seekers as a result of America entering Iraq after 2003 and the conflicts especially after Daeç.

The civil war in Syria which has started after the 2001 Arab Spring has caused approximately 8 million people to be left homeless, and more than four million of these people to migrate abroad. Nearly 3 million Syrian refugees has taken shelter in Turkey and aim to probably live in this country for a long time.

Number of Refugees and Asylum Seekers Worldwide

According to the statistics provided by the United Nations, there are 65 million displaced people in the world until the end of 2015, while the number was 60 million in 2014(roughly 10% increase). According to the data provided by UNHCR, last year, 24 people became displaced per minute, which equals to more than 34 thousand people a day. The same value was 6 people in 2005. Migration and immigration has doubled since 1997 and increased by 50% since 2011.

The United Nations announced that the number of immigrants in the world has increased by 41 percent in the last 15 years and reached 244 million by 2015. 20 million of this number were stated to be refugees.

Wu Hongbo, Deputy Secretary General for Economic and Social Affairs, stated that the sudden increase in the number of immigrants reflects the growing importance of international migration, which has become an integral part of the global economy and society and stated, "Well-managed migration flows have very big benefits for immigrants and their families and the origin and destination countries.

On the other hand, according to the UN, the increase in the number of international immigrants is heavier than the increase in the world population. The share of immigrants in the world population has become 3.3 per cent in 2015. In 2000, this rate was 2.8 percent.

Afghanistan, Syria, Iraq and Somalia account for the majority of the world's migration.

As is for the third year, Turkey, has become the most refugee-receiving country (this seems to be the case this year also).

The countries preferred the most by the immigrants are of course the developed Western countries, such as the USA, Canada, Australia and European countries. Europe, on the other hand, has become the first and easiest option for refugees due to its connection with the Asia continent and the Middle East, and the seaways in Africa to Europe. Europe is one of the first choices of refugees and immigrants due to the economic welfare, democratic political structures and human rights, as well as the strong civil society, minority rights, and the fact that Europe is based on historical and political depth. Germany, France, England, and Sweden have become the first choices of refugees and immigrants due to their multicultural politics.

But as refugees began to multiply in Europe, naturally there was a fear in these countries. These fears are due to the following reasons:

1. Deterioration of the cultural balance with the arrival of refugees
2. Deterioration of economical balance
3. Fear of security issues after this wave
4. Human rights, multiculturalism, and the democratic prestige being harmed if they (the refugees) are prevented from coming in. However, the main problem for the Europeans is not the accommodation, recruitment, and the security check of the refugees, but the adaptation of the refugees to the society and laws of their new countries and how they'll be integrated. This problem deepens for Muslims because the cultural differences of Muslims and Christians, particularly their family structure, morals, traditions, man-woman relationships, paying taxes to Christians, patriarchy, and the differences between these values make it difficult for the refugees and immigrants to adapt. In fact, anti-migration and sometimes racist groups emerge in the European countries. Under these circumstances, the question of how the locals and new comers and societies with different values live together arises. Thus, no matter how much human rights, minorities, or multiculturalism are mentioned, European countries pay close attention when it comes to accepting refugees and immigrants. For example, the number of Middle Eastern refugees in France, England, Sweden and other appealing countries was quite scarce, if any. For instance, France plans on taking in 24thousand Syrian and Iraqi refugees for the next 2 years. However, Germany fulfills its humanly duty by accepting a big number of refugees. However, I am of the opinion that there are other reasons for this act than fulfilling a duty as humans. 20% of the population of Germany is over the age of 65.

The way things stand, the percentage will be 30% by 2040. Already, Germany suffers from labor force deficit. Germany is in need of 140 thousand engineers and qualified workforce. Apart from that, the country seems to be in need of a serious amount of workforce in the fields of hotel management and crafts. According to a research conducted in Germany, the country will require a workforce of one million eight thousand by 2020 and nearly four million by 2040.

However, the issue of refugees in Turkey is different. Turkey is a neighboring country to these countries and these lands cling together for thousands of kilometers. The first and easiest asylum for the refugees is Turkey.

The Number of Syrian Refugees in Turkey:

According to the United Nations High Commissioner for Refugees data dated April 11, 2016, there are 4,842,896 Syrian refugees. 2,7 million of these are currently living in Turkey, 2,1 million in Lebanon, Jordan, Iraq, Egypt, and a few, i.e. 29,000 in northern Africa.(UNHCR, 2016:

11).

The United Nations High Commissioner for Refugees explained that "The number of Syrian asylum seekers in neighboring countries, including new asylum seekers arriving in Turkey, has reached 4.8 million."

It has been noted that the number of those who have been displaced in Syria is at least 7.6 million.

In the statement, it was emphasized that no signal for the end of the conflicts in Syria in the fifth year was seen and that the number of asylum seekers continue to increase.

Deputy Prime Minister Yalçın Akdoğan announced the number of Syrian refugees in 2016, and said, "As of today, the number of Syrian immigrants in Turkey has reached 2 million 733 thousand 784, and the number of Syrian residents in the 26 temporary accommodation centers has reached 282 thousand 815.

In the United Nations, it was announced that people who have escaped from the conflicts in Syria and taken shelter in neighboring countries has exceeded 4 million. 45% of the Syrians are in Turkey, which is the country taking in the most refugees.

According to the European commission statement, over 3.1 millions of refugees, including Syrians, Iraqis and refugees from other nationalities, are currently registered in Turkey. Due to the violence gradually increasing in the neighboring countries, it is uncertain what the size of the inflow of refugees from Syria and Iraq to Turkey will be in 2016. It is also noted that in 2015, more than 850,000 people have crossed over from Turkey to Greece by sea. More than 100.000 of these people, the majority of whom are Syrians, have just arrived within the first two months of 2016. Currently, Turkey is hosting 280.000 refugees in 25 camps with ongoing expenditure on health, education, food safety and social and other services provided (StratejikOrtak.com). According to the estimations of the government, over 7 billion Euros have been spent since the beginning of the crisis. Despite the tremendous efforts of the government, the generosity of local authorities and host communities, most of the 90% of Syrian refugees who live outside the camps in the city or in the countryside are generally unknown and survive under very challenging conditions. Their access to public services, including information, education, training and health services, is severely limited. Many refugees outside the camps live in bad conditions with rents, which are often a major burden on their already exhausted resources. Both the presence of refugees and the socioeconomic and political impact of the ongoing conflict in Syria and Iraq has led to tensions between communities in regions that host refugees across the country, causing the movement of migrants and refugees to move towards the EU (ECHO March 2016).

The Effects of Refugees and Immigrants

Migration affects people differently and in various ways both positively and negatively. Migration affects both the immigrant's society, the country sending the immigrants and the society receiving the immigration (Lahsayizadeh 1998).

Particularly if immigrants become educated and qualified labor force, they will positively affect immigrant-receiving countries, and of course, negatively the emigrant countries.

To generalize, migration has its positive and negative effects such as those given below:

a) Positive and Negative Effects on Emigrant Countries:

b) Decrease in population growth

c) Transformation of age pyramid

d) Decline of marriages and births

e) Weaker economy due to the migration of the young labor force

f) The ineffectiveness of economic and cultural investment for educated young people.

g) Increase of business opportunities for residents (non-immigrants)

h) Increased cultural, commercial and economic relations between immigrated and emigrated countries

Positive and Negative Effects on Immigrant Receiving Countries:

a) Increase of population

b) Benefiting from qualified workforce without investment

c) Ability to benefit from the immigrant workforce in jobs such as mining, construction, animal breeding, farming, and the like that the local community is unwilling to do

d) Employment of immigrants at low rates of payment

e) The problem of integration and adaptation to a new society of immigrants with different traditions, habits, a different culture, language, and religion.

f) Crowding and the slum formation problems in cities (Lahsayizadeh, 1990:21).

Education of Syrian Refugees:

According to the data of AFAD dated March 15, 2016, there are 2.7 million Syrians in Turkey. 280 thousand of them are located in the accommodation center established by AFAD. In the wake of the steps taken with the cooperation of the Ministry of National Education, a total of 310,000 school children, between the ages for kinder garden to high school, were taken from the streets and ensured to attend school. 80 thousand of them are trained in AFAD camps. Until today, 335 thousand operations were carried out within the scope of the treatments of Syrian and Iraqi asylum seekers; 500 thousand inpatient and 12 million outpatient treatments were provided. 152 thousand Syrian babies also opened their eyes on Turkish land. Turkey has spent 9.3 billion US dollars in UN standards to dress the wounds of Syrian asylum seekers and to help them hold onto life again. The contribution of the international community to this generosity of Turkey, was only 462 million USD (AFAD, 2016). But whether or not each international organization or institution helps Turkey with refugees, if the refugee children at schooling age are not able to receive education in a good and correct way, they will face a big problem regarding social integration, and even social crime in the long run. Of course, language comes first in terms of education.

When the age and gender distribution of the Syrians in Turkey are examined according to the table below, it can be seen that the vast majority consists of young population and that the population of children is gradually increasing. When assessed in general, so many Syrian refugees will undoubtedly affect Turkey socially, culturally, educationally, and in terms of health, security, basic services, economics, and the labor market. This many children within the population will cause more resources to be put into issues such as education, health, schooling, etc. Again, the fact that there is such a big working age population, will undoubtedly affect the country's labor market and will lead to the increase of illicit work. The findings of the study of the economic impact of the Syrians on Turkey based on the questionnaire of ORSAM shows that 40% to 100% of those in border towns who have lost their jobs believe that they have "lost their jobs because of Syrians". This situation causes a reaction among the local people that job opportunities are being taken away from them. (Orhan and Gündoğar, 2015: 17-18).

Age and Gender Distribution of Syrians in Turkey

(On 2.733.850 Registered Syrians According to June 23, 2016)

Males 50,8%	Age	Females 49,2%
10,4%	0-4	9,5%
10,4%	5-11	9,9%
7,2%	12-17	6,8%
21,1%	18-59	21,3%
1,7%	60+	1,8%

Source: http://data.unher.org/syrianrefugees/country.php?id=224 (Accessed On: 11.07.2016)

However, among this big number we see that most of the Syrians who have migrated to Turkey are illiterate or poorly educated. For instance, according to the 2013 report of AFAD (see. Table below), 12% of the Syrians living in the camps are illiterate, while this percentage is 19% outside the camps. The literate category consists of those who can read and write, but haven't graduated from any school. This category constitutes 6% of asylum seekers living in camps and 10% of asylum seekers outside the camps. Most of the Syrian asylum seekers in Turkey are primary school graduates. The percentages of primary school graduate asylum seekers within and outside the camps are respectively 37% and 33%. Secondary education graduates constitute the second largest group. The percentages of this group within and outside the camps are respectively 25% and 19%. In brief, those of primary school and lower level education account for 54% of the Syrian asylum seekers living in the camps, and 61% of those living outside the camps. By contrast, refugees of high school and above level education constitute 21% of those living in the camps and 19% of those living outside the camps (AFAD, 2013: 26). According to a study conducted by the Hacettepe University Center for Migration and Political Research (HUGO) on the educational status of asylum seekers in Germany and Turkey, the ratio of Syrians with a university degree in Germany is about 70% and the rate of illiterates is around 5%. In Turkey, 50% of asylum seekers are not even literate, whereas only 40,000 asylum seekers have declared that they are university graduates, which is a ratio even below 2%. (Şensoy, 2016).

Education Level of Syrian Asylum Seekers in Turkey According to the 2013 AFAD Report

Level of Education	Syrian Asylum Seekers Living in Camps	Syrian Asylum Seekers Living Outside Camps
Illiterates	12%	19%
Literates	6%	10%
Primary School Graduate	37%	33%
Secondary School Graduate	25%	19%
High school and Higher Education Graduates	21%	19%

Source: AFAD, 2013:26.

Considering the importance of education on social adaptation and integration, further problems of adaptation to the society is foreseen for Syrian refugees. Being of a different culture and nationality, and speaking a different language will obstruct their integration process further.

Social Adaptation Theories

The biggest problem of Syrian refugees, of whom the number is reaching 3 million, is the adaptation of these people to the new society, culture and community. Syrian refugees, having a different identity, culture, language and race, due to the fact that they are poorly educated and that there are still no regular and comprehensive education opportunities for their schooling aged children, and the language barrier, have been facing many problems related to both work and communication with the Turkish society.

Social disharmony has become one of the major problems immigrants and immigrant communities face during and after the migration process. The reasons for migration, the process and types of this mechanism have been determinant on the level of social disharmony. Whether the migration is voluntary or imperative, the speed and size of migration is closely related to the dimension of social impact of migration. The search for solutions to the problem of social disharmony, which is caused by migration, has led to various approaches being uncovered. Assimilation (melting) and integration (social integration) are two prominent approaches among all. (Yavuz, 2013: 615).

Integration is an approach that gravitates towards reducing the economic, political, social and psychological costs of problems that are caused or may potentially be caused by social differentiations. While the integration approach is based on the adaptation of immigrants to the society in which they live in without detaching from their own culture, it also emphasizes particularly the need to lay the necessary groundwork for also the adaptation process of the local community of the immigrant country. (Yavuz, 2013: 617). The fact that the approaches that ignore diversity and minorities, or tend to annihilate them are inhuman, has brought the integration approach, which focuses on a social adaptation process that accepts diversity and minorities, into the forefront even more. The integration approach (Esser, 2000: 58-61), which is one of the effective ways of preventing social diversity and differentiation from marginalization and radicalization, has got the potential to prevent the use of violence as a means of achieving social and political goals.

Therefore, the cultural policy of the Turkish state and the models contributed and offered by the civil society are important in the process of social harmony and integration.

The Chicago School and Immigrant Problem

According to these sociologists who have conducted studies under the leadership of Robert Park, the most important priority of American society is how the American national unity can be achieved in the wake of the migrations. Schnapper (2005: 201) mentions that between 1920 and 1935 the movement called the Chicago school gave people the opportunity to resolve the conflict between the freedom of loyalty to historical collectives in one's own origins and full participation in new nations, while adhering to the American democracy. We also see that the approach that constitutes the basis for the studies on immigrants and ethnic groups is the assimilation theory proposed by the Chicago School, and that immigrants focus on assimilation within the culture of the region to which they move. Assimilation, in the analyses of the school representatives Park and Burgess (1969: 735), has been defined as "a process of penetration, expansion and finally similitude where people and groups share the memories, emotions and thoughts, attitudes, and acquisitions of others within a common cultural life ". Therefore, uniting communities are built on

the foundation of complementary differences (Akt. Schnapper, 2005: 202). “The Chicago School believed that the democratic way of interfusing the members of minority groups into a collective life without forcing them to abandon their cultural roots was assimilation. In the meantime, they revealed the melting pot was a throwback and would be convicted, ethnicity was a fact and of high value.” (Schnapper, 2005: 273). In addition, in the 1920s, in response to the resolution of Chicago sociologists, ethnic groups did not form a phase, and did not come across as a tool that simplifies the assimilation process. In his work called “Relations with the Other”, Schnapper argues that the Chicago School isn’t a sediment of Gemeinschaft that will die out as the logic of Gesellschaft spreads, as sociologists vaguely consider social stratification, and all functionalist sociologists in general that are affected by Merton think. He indicates that what “produces” the specific form of ethnic groups is the American society itself, and that at the same time, ethnic groups also have “produced” a society in which various elements intertwine. As a result, according to Schnapper, most Chicago sociologists have proved the positive influence of ethnic communities, pointed at the fact that these communities have formed the phase prior to various groups forming a united nation, and have questioned the relation of ethnicity to class divisions from that point on. This has brought with it the question of how the separation by social class came together with the separation by ethnicity or racial relations in order to explain the social inequalities and the structure of power (Schnapper, 2005: 281-290). Frazier, on the other hand, revealed the difference between the assimilation of European populations that form the ethnic groups and the assimilation of the African Americans or Asians who form the race groups, meaning whose differences can be perceived right away, in his work regarding the American society. In his opinion, while Europeans really are assimilated into the American society, when it comes to groups of different races, the cycle is defined through not assimilation, but the formation of two different social systems. Stating that it is important to differentiate between cultural assimilation and structural assimilation, Frazier emphasizes that although African Americans have acquired the American culture, they also haven’t been assimilated to the American culture to the same degree.(as cited in: Schnapper,2005: 325-6).

Talcott Parsons

Social action is the behavior of the same person, and each activist begins to act on the basis of the meaning he receives from the outside world. There are two ways for each social action. First, what each individual wants to do. The second is the expectation of society and other people from that individual. Meanwhile, the resulting action is to put forward both sides’ expectations. According to Parsons, if every immigrant wants to be accepted by the host community, they must act in accordance with the values and norms of that community.

Robert Ezra Park

The basic and central point of every society is social control and its function is to organize, integrate and direct the capabilities of individuals.

In every nation and tribe, every change and transformation in the structure, content and spiritual beings of cultures is only possible through language. The first step of transforming a culture into a community different than its past in order to change its identity and change the soul and mind is to change its language. So, it is a prominent method of immigrant receiving countries to teach and spread their language in order to adapt the newcomers to their culture. In fact, some countries even require immigrants and refugees to pass a language test as a condition of acquiring citizenship. Of course, it is obligatory for the immigrant to learn the language of the new country and society to communicate and interact, to find a job, to benefit from educational rights, to benefit from the media and mass media, and to meet other needs. However, immigrant-receiving countries are not only responsible for the accommodation, recruitment and education

needs of these immigrants, but also for their integration to their own cultures. So, teaching the language to immigrants is the first step in acculturalization. By interacting with the new country and community through the new language, the immigrant will adopt the new culture's elements and thus it will become the immigrant's own culture in the long run.

Cultural / Ethnic Multiculturalism Theory: The Separation and Integration Model

There are generally two different views on integration theories: assimilation and multiculturalism. The assimilation perspective examines how and how much the immigrant groups adapt to the society they have joined.

The multicultural perspective, on the other hand, examines issues of discrimination, opposition and exploitation among groups of different cultures, societies and ethnic groups (Chang, 1984: 81). The perspectives of assimilation and multiculturalism have been tested in different countries, examining the adaptation of refugees from different perspectives. The theory of assimilation seeks to establish a national or common identity by removing ethnic and cultural differences, and multiculturalism strives to obtain a common identity by taking advantage of different identities and cultures. (Kim Hiver, 1993: 696) The multicultural perspective sees immigrants and their generations as an integral part of the political and economic dimension of that society, regardless of the process of living in the new society. Thus, the theory of multiculturalism takes a stand against the assimilation theory, foreseeing that immigrants and their second generation turn towards their ethnic identities. In general, different ethnic and cultural groups within the society are seen as understanding, tolerance or mutual hatred, violent conflicts. Pluralism or multiculturalism upholds protecting the different languages, sects, traditions and lifestyles within the society and becoming socialized, and living in a social harmony with other groups in the same place. In fact, this theory upholds living in a social harmony also with the dominant identity by sustaining the differences of racial and ethnic minorities. In contrast to the assimilation approach, immigrant groups accept some cultural and structural elements of the community to which they have migrated, using all or some of their cultural heritage in the social and structural order of the new society. The multicultural approach, called the mosaic model, emphasizes the importance of race, ethnicity and different cultures or identities in the social adaptation of migrants.

The Theory of Choosing Adaptation Strategies: The Quad Model

With the increase in the demand for multiculturalism in contemporary societies, dual models have been preferred over the past thirty years (Chang et al., 2007: 2). The most important and well-known of these dual models is the theory of the Canadian social psychologist John W. Berry and his colleagues, which has also been widely studied by researchers. This theory model is a model based on the bi-directional matrix and dual culturism, and examines the interactional links between emigrant and immigrant communities and the effects of individual and group changes of these on immigrants. This interaction regards immigrants adopting the new culture and structure of the new society while also protecting their own culture and ethnic structure as the adaptation strategy model. In this model offered by Berry, immigrants have to choose one of the four models or ways in the process of social adaptation. These four models are: assimilation, integration, separation, and marginalization.

The basic assumption of this theory is that individuals should be free to choose their adaptation strategies and models (Berry and Sam, 1997). This assumption has been criticized by some researchers due to immigrants being inevitably and necessarily affected by the condition of the new community, and argued that immigrants are not so free after all. (Cubas, 2003: 135)

On this basis, Berry et al. have brought a new concept to the adaptation model. They examined the social adaptation theories such as the melting pot, multiculturalism, social separation, and marginalization, and added a new dimension to the strategic adaptation model. In this new model, they assert the importance of the systems and structures of immigrant receiving countries, in immigrants protecting their own ethnic and cultural identities or adopting the structures and identities of the new society. (Pourbagheri, 2013: 100).

References

AFAD (2013). Türkiye'deki Suriyeli Sığınmacılar, 2015 Saha Araştırması Sonuçları.

UN (united nation), report, 1998. Recommendations on Statistics' of International Migration, Statistical Papers, No, 58.NewYork: UN

Berry, J.W. (1997). Immigration, acculturation, and adaptation Applied Psychology, 46(1), 5-34.

Berry, J.W. (1990). Psychology of acculturation. In Berman, John J. (Ed), Nebraska Symposium on Motivation, 1989: Cross-cultural perspectives. Current theory and research in motivation, Vol. 37. (pp. 201–234). Lincoln, NE, US: University of Nebraska Press

John W. Berry&Jean S. Phinney& David L. Sam& Paul Vedder (2006). Immigrant Youth: Acculturation, Identity, and Adaptation, APPLIED PSYCHOLOGY: AN INTERNATIONAL REVIEW

Baubock, R., Heller, A., & Zolberg, A. (Eds.) (1996). The challenge of diversity: Integration and pluralism in societies of immigration. Aldershot: Avebury.

SCHNAPPER, D. (2005) Öteki İle İlişki, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.

TİSK (2015). Türk İş Dünyasının Türkiye'deki Suriyeliler Konusundaki Görüş, Beklenti Ve Önerileri. Yayın No: 353.

Orhan, Oytun ve Gündoğar, Sabiha (2015). Suriyeli Sığınmacıların Türkiye'ye Etkileri. Ortadoğu Stratejik Araştırmalar Merkezi. ORSAM ve TESEV.

http://data.unhcr.org/syrianrefugees/country.php?id=224 (Erişim Tarihi: 11.07.2016).

Lahsayizadeh, Abdolali, Nazariyate Mohajerat, Shiraz, Entesharate Navid, 1386. (Göç Teorileri, Shiraz, Nevid yayın evi, 1996).

Zanjani, Habibollah, Mohajerat, Tehran, Entesharate Samy: 1368. (Göç, Tehran, Samt yayın evi, 1990).

Pourbagheri, Moharram: Barrasi Hoviyat və sazghariye farhangiye Torkhaye Tehran, Tehran Daneshghahe Shahed: 1392. (Tharana göçen Azerbaycan Tüklerinin Kimlik ve toplumsal uyumları, 2013, Tehran, Shahid üniversitesi).

Şensoy, Tahsin (2016). Sığınmacı Varlığının Sosyoekonomik Maliyeti.

ECHO Tanıtım Belgesi - Türkiye - Mart 2016.

Yavuz, S. (2013),"Göç, Entegrasyon ve Din: Avrupa'da Yaşayan Türkler Bağlamında Bir Değerlendirme", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt 6, Sayı 26, 610-623.

http://results.unhcr.org.tr/

لهسائی زاده، عبدالعلی، نظریات مهاجرت، شیراز، انتشارات نوید، سال ۱۳۶۸

زنجانی، حبیبالله، مهاجرت: تهران، انتشارات سمت (، ۱۳۸۰)

بررسی هویت و سازگاری فرهنگی مهاجران ترک آذربایجانی به تهران، ۱۳۹۲، تهران، دانشگاه شاهد

ULUSLARARASI İSTANBUL HUKUK KONGRESİ
INTERNATIONAL İSTANBUL LAW CONGRESS
17-19 EKİM 2016
17-19 OCTOBER 2016

ÜÇÜNCÜ GÜN
THIRD DAY

MABEYN SALONU
MABEYN HALL

Mağdur Hakları
Victims' Rights

CEZA HUKUKU BAĞLAMINDA MAĞDUR HAKLARI

Jeremy Krahn[*]
N. Chethana Perera[**]
John Sonsteng[***]

Birleşik Devletler' in kuruluşundan bu yana ceza sanıklarının çok sayıda hakkı olmuştur. Nitekim, Anayasa - Amerikan yasal sisteminin temel taşı - sanık haklarını ayrıntılı olarak açıklamaktadır[1]. Ancak, bir mağdurun - bir suçun sonuçlarından etkilenen kişi - Anayasa'da belli herhangi bir hakkı yoktur.

Tarih boyunca, hükümet, mağdurları bir araç olarak görmüştür: mağdur, sanıkların cezai sorumluluğunu belirlemeye yardım etmiştir[2]. Ancak 1970'lerde, mağdur hakları savunucuları hükümetin, bir suçun bir mağdurun yaşamına etkisini dikkate almasını talep etmiştir[3]. 1981 yılına gelindiğinde, Birleşik Devletler Başkanı bu ulusal harekete katılmıştır[4]. 1982'de Başkan Reagan'ın Suç Mağdurları Görev Gücü, ceza adalet sistemindeki suç mağdurlarının durumunu açıklamıştır. Görev gücü, mağdurların "adalet taleplerinin önemsenmediğini ve - kişisel, duygusal ve maddi - zararlarının gözetilmediğini"[5] ortaya koymuştur. Rapor, "ceza adalet sisteminin dengesinin geri kazandırılması için", "federal, eyalet ve yerel yönetimlerin gayretli çabaları ile birlikte, özel sektörün kaynaklarına" ihtiyaç olduğunu vurgulamıştır[6].

Birleşik Devletler 1980'lerden beri çok yol kat etmiştir. Hükümetimiz, bir suç mağdurunun durumunu sadece kabul etmek yerine, artık yasal sistemimizde mağdurun haklarını belirlemek için aktif bir şekilde çalışmaktadır. Bu monogram, ABD'deki mağdurların haklarını aşağıdaki aşamalarda kısaca kapsar: (1) yargılama öncesi; (2) yargılama ve (3) yargılama sonrası. Yargılama öncesinde pek az federal hak ve kaynak söz konusudur, ancak bazı eyaletler çeşitli adımlar atmış ve bazı yasal yapılar uygulamıştır. Tersine, Birleşik Devletler hükümeti, Cezai Mağdurların Korunması Yasası ve Federal Ceza Muhakemesi Hükümlerindeki değişiklikler yoluyla, federal düzeyde, yargılama aşamasında aktif olarak mağdurların haklarını aramaktadır. Yargılama sonrası aşamasında, Birleşik Devletler mağduru hem federal düzeyde hem de eyalet düzeyinde korumaya ve zararları tazmin etmeye çalışmaktadır. Bu haklar, topluca, Birleşik Devletler'de bir mağdur hakları resmi çizmektedir.

Mağdurların Yargılama Öncesi Hakları ve Kaynakları

Son on yılda, yargılama öncesi aşamasında daha fazla adalet sağlanması için artan momentum, mağdurların haklarının ve kaynaklarının artmasına neden olmuştur. Bu aşamada değişim, federal seviyeden ziyade eyalet seviyesinde gerçekleşme eğilimindedir. Aşağıda bazı örnekler verilmektedir:

(1) Connecticut, yargılama öncesi aile içi şiddet eğitim programlarına katılan bir sanığın uygunluğunu izlemek için, aile mahkemesi şiddet müdahale birimlerini şart koşmaktadır[7],

(2) Louisiana, daha önce ağır ceza nedeniyle kefaletle serbest bırakılmış olan ve sonuçta mahkeme tarihinde ortada olmayan bir sanığın, kefaletle serbest bırakılmasını reddetmektedir[8];

* Jeremy Krahn: Mitchell Hamline Hukuk Fakültesi, Hukuk Doktoru.

** N. Chethena Perara: Mitchel Hamline Hukuk Fakültesi, Hukuk Doktoru.

*** John Sonsteng: Mitchell Hamline Hukuk Fakültesi, Hukuk Profesörü.

(3) Maine, sanığın hapishaneden çıkarıldığını aile içi şiddet mağduruna bildirmekte ve mümkün olan en kısa sürede koruma talimatı vermektedir[9],

(4) Yirmi dört eyalet, bir sanığın yargılama öncesinde serbest bırakılmasının mağdura bildirilmesini ve kırk bir eyalet, bir sanığın yargılamadan önce serbest bırakılmasının bildirilmesini şart koşmaktadır ve[10]

(5) On sekiz eyalet mağdurun yargılama öncesi duruşmalara katılmasına izin verirken, on dört eyalet mağdurun dinlenmesine veya görüşme yapılmasına izin vermektedir[11].

Mağdurlar için daha güvenli, daha sorumlu, yasal bir yapı oluşturmak için dâhili olarak çalışan diğer birçok eyalet örneği vardır. Özel örgütler ve kâr amacı gütmeyen kuruluşlar da bu harekete katılmıştır ve mağdurlarla günlük olarak ilgilenen özel ve resmi kurumlara kaynak sağlama konusunda vesile olmaktadır. Örneğin özel danışmanlık firmaları, müfettişleri, her zaman bir davaya "bir şey" olduğuna inanarak yaklaşmaya yönlendirir[12]. Benzer şekilde, İnsan Hakları İzleme Örgütü gibi ulusal kâr amacı gütmeyen kuruluşlar, mağdur odaklı bir yaklaşımı nasıl teşvik edecekleri konusunda polis memurlarını yönlendiren raporlar yayınlamaktadır[13].

Mağdurların Yargılama Hakları

Yargılama öncesi aşamasından farklı olarak, yargılama aşaması mağdurların haklarını tanımlamak ve uygulamak için bazı federal mevzuatlar içerir. 2004'te Kongre, "mağdur haklarının üçüncü dalgasının en çağdaşı" olarak Suç Mağdurlarının Hakları Yasasını (CVRA) geçirmiştir[14]. CVRA, yargılama sırasında federal suç mağdurlarının hakları konusunda en önemli değişiklik olmuştur. CVRA, suç mağdurlarına sekiz temel hak sağlar:

(1) Suçludan makul derecede korunma hakkı;

(2) Suçlunun suçunu veya herhangi bir şekilde serbest bırakılmasını ya da kaçışını da içeren, herhangi bir kamuya açık mahkeme davası ya da şartlı tahliye işlemi hakkında makul, doğru ve zamanında haber alma hakkı;

(3) Mahkemenin, böyle bir davada diğer ifadeleri dinledikten sonra mağdurun ifadesinin maddi olarak değişeceğine dair açık ve ikna edici kanıtları yoksa, bir kamuya açık mahkeme davası kapsamından çıkarılmama hakkı;

(4) Serbest bırakılma, itiraz, ceza veya şartlı tahliye içeren yerel mahkemedeki herhangi bir kamu davasında makul bir şekilde dinlenme hakkı;

(5) Davanın hükümet avukatıyla görüşülmesine ilişkin makul bir hak;

(6) Kanunla sağlanan tam ve zamanında tazminat hakkı;

(7) Usulsüz gecikme olmaksızın işlem görme hakkı; ve

(8) Adaletle muamele görme ve mağdurun haysiyetine ve mahremiyetine saygı gösterilmesi hakkı[15].

Daha önceki mağdur hakları yasalarından farklı olarak, CVRA hükümetin ve mağdurun bu hakları uygulamasına izin verir[16]. CVRA, hükümet kurumlarının ve mahkemelerin, mağdurları bu haklar konusunda bilgilendirmesini ve mağdurların bu hakları almalarını sağlamak için makul davranmalarını da şart koşmaktadır[17]. Sonuç olarak, CVRA bu hükümleri yerine getirmeyen devlet kurumları için cezalar öngörmektedir[18]. Bunlara uymayan bir devlet memuru, gerekli bir eğitim kursuna gitmek zorundadır ve kasıtlı olarak uymayan çalışan, disiplin cezalarına maruz kalmaktadır[19].

CVRA, eyalet hükümetleri için bir model belirlemeyi ummaktadır. Senatör Feinstein'ın iddia ettiği gibi:

Elbette ki bu yasa sadece federal sistemi bağlar, ancak eyaletleri de etkilemek için tasarlanmıştır. İlk olarak, eyaletlerin bu yasaya model olarak bakacağı ve kendi sistemlerine dahil edeceği umulmaktadır. Bu yasa, eyalet kuruluşlarına sağlanacak her iki tür imtiyaza - yasal yardım ve mağdur bildirimi – izin verilmesini ve eyaletin bu yasaya "esas itibariyle eşdeğer kanunlarının" olduğu eyalet sistemlerinde kullanılmasını teşvik etmektedir[20].

CVRA' nın benimsendiği eyaletler üzerindeki etkisi belli olmamasına rağmen, Federal Ceza Muhakemesi Hükümleri, CVRA'dan bir takım haklar benimsemiştir. Bu, iki nedenden ötürü son derece önemlidir. Birincisi, CVRA mağdur hakları için yasal sisteme ne kadar çok katılırsa, eyaletlerin CVRA'nın bir kısmını veya tamamını kabul etmeleri için daha fazla ivme kazanılacaktır. İkincisi, CVRA'nın Federal Ceza Muhakemesi Hükümleri'ne uyarlanması mahkemelere mağdurun haklarını uygulamak için daha fazla baskı yapacaktır, zira bu kuralların ihlali yargıların tersine dönmesine veya yeniden açılmasına neden olabilir.

CVRA, suçlanan kişileri açıkça dışarıda bırakmak ve "Federal suçun işlenmesinin sonucu olarak doğrudan veya dolaylı olarak zarar gören herhangi bir kişiyi dâhil etmek" üzere "mağdur" tanımını genişletmektedir…[21]. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi bu tanımlamayı kabul etmiş ve 2008 yılı Federal Ceza Usul Kuralları Danışma Komitesine sunmuştur. Komite bu tanımlamayı kabul etmiştir ve artık Hüküm 1'de yer almaktadır[22].

Adaletle muamele görme ve haysiyetine ve mahremiyetine saygı gösterilmesi hakkı geniş bir haktır, ancak Federal Ceza Muhakemesi Hükümleri Komisyonu'nu da etkilemiştir. Hüküm 12.1, bir gerekçe savunması yapıldığında, bir mağdurun adresinin ve telefon numarasının otomatik olarak savunmaya verilmesini yasaklamaktadır[23]. Hüküm 17 aşağıdakileri gerektirir: (1) bir mağdurun kişisel bilgileri için bir sanık üçüncü bir tarafı mahkemeye çağırırsa mahkemenin bu konudaki onayı; (2) mağdura celp hakkında bilgi verilmesi ve (3) mağdura, celbi reddetme veya değiştirme fırsatı sunulması[24]. Hüküm 18, bir mahkemenin davanın yerini belirlerken mağdurun rahatlığını göz önünde bulundurmasını şart koşar[25]. Hüküm 60 - "Mağdurun Hakları" başlıklı - mahkemelerin mağduru mahkeme işlemleri konusunda bilgilendirmesini, ayrıca katılma fırsatı ve bu tür işlemlerde dinlenme hakkı vermesini şart koşar[26]. Hüküm 60 ayrıca, bir davalının, mağdurun ifadesini maddi olarak değiştireceğinin "açık ve inandırıcı bir kanıtını" göstermesini istemek suretiyle eyalet sistemlerinin çoğunun daha yüksek bir kanıt göstermesi koşulunu getirir[27].

CVRA, mağdurlara mahkemede hazır bulunmak için, hem yargılama hem de temyiz aşamasında bazı davalara katılmak için zemin sunmaktadır. Senatör Feinstein'ın açıklaması:

Bu hüküm, bir mağdurun, mağdura karşı işlenmiş suçun görüldüğü mahkemelerde duruşmaya girmesine, mahkemede diğer dava vekiliyle birlikte bulunmasına ve bu yasa ile öngörülen haklarını öne sürmesine izin verir. Bu hüküm, suç mağdurlarının mahkemelerde dinlenmesini, böylece haklarının tehlikeye girdiği anda sesini duyurmasını sağlamaktadır, bu da, ceza adalet sistemini mağdurun haklarına zamanında cevap vermeye zorlamaktadır[28].

CVRA, mağdurların kendi avukatlarını seçmelerine ve yasal olarak mahkemede hazır bulunma ve ceza yargılamasına katılma haklarını savunmalarına izin verir[29]. Örneğin, bir mağdur bölge mahkemesinde bir savunmayı tekrar açma kararı verebilir[30]. Bölge mahkemesi mağdurun talebini reddederse, mağdurun temyiz başlatmayı seçmesi halinde, CVRA hızlandırılmış bir itiraz incelemesi süreci (yetmiş iki saat içinde) gerektirir.[31] CVRA bu temyiz inceleme sürecini yaratmada önemli bir rol oynamıştır - ancak maalesef bu hak mahkemelerde tutarsız olarak uygulanmaktadır.

CVRA'nın Sınırlamaları: Federal Mağdurların Haklarında Daha Fazla Genişleme Alanları

CVRA, sanıklardan makul derecede korunma ve yargılanma öncesi tahliye görüşmelerinde

hazır bulunma ve makul bir şekilde dinlenme hakkı konusunda karışık bir başarıya sahiptir. Bu haklar çok önemlidir. Zira bir suç mağduru savcı tarafından bilinmeyen, ancak hâkimin davayla ilgili kararı verme aşamasında konuyla alakalı bulabileceği bir bilgiye sahip olabilir. Bazı mahkemeler bu hakkı uygularken diğerleri uygulamamaktadır. Örneğin, *Birleşik Devletler ile Degenhardt* davasında mahkeme, bir suç mağdurunun cezalandırma sırasında makul bir şekilde dinlenme hakkının, mağdurun hâkimle doğrudan görüşmesine izin verdiğini tespit etmiştir[32]. Alternatif olarak *Birleşik Devletler ile Marcello* davasında mahkeme, aynı hakkın yazılı ifadelerle uygulanabileceğini ve mağdurun mahkeme önünde şahsen bulunma hakkını içermediğini tespit etmiştir[33]. Mağdur hakları savunucuları, *Degenhardt* kararının yüksek mahkemeler tarafından onanmasını veya Kongre'nin mağdurun bir mahkemeyle doğrudan görüşme hakkına hitap eden ek yasaları geçirmesini ummaktadır.

CVRA - bazı açılardan - mağdurların haklarını uygulamaya koyma gücünden de yoksundur. Zira, mağdurların zararları için dava açabilecekleri bir dava açma gerekçesi oluşturmamaktadır. CVRA şunu belirtir:

Dava Açma Gerekçesi Yoktur. Bu bölümdeki hiçbir husus, zararlar için dava açma gerekçesi vermek ya da herhangi bir mağdura veya diğer kişilere, ABD'nin veya herhangi bir memurunun veya çalışanın zararlardan sorumlu tutulabileceği herhangi bir ihlalden dolayı herhangi bir görev ya da yükümlülük oluşturmak, genişletmek ya da ima etmek şeklinde yorumlanamaz[34].

CVRA, - muhtemelen dava açma gerekçesinin eksikliğinin yerini tutması için - bir mağdurun CVRA haklarının ihlal edildiği hususunda derhal başvuru yapmalarına izin verir. Fakat mahkemeler, bir mağdurun iddia edilen ihlal konusunda başvuruda bulunmasının, isteğe bağlı veya zorunlu bir hak olup olmadığı konusunda farklı hareket etmektedir. İkinci, Üçüncü ve Dokuzuncu Gezici Mahkemeler, mağdur destekli bir gözden geçirme standardı benimsemiş ve CVRA'yı iddia edilen ihlalleri düzenli olarak incelemek şeklinde yorumlamışlardır[35]. Alternatif olarak, Beşinci ve Onuncu Gezici Mahkemeler, bu maddeyi, iddia edilen ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemek üzere geniş bir takdir yetkisine izin verecek şekilde yorumlamışlardır[36]. Dolayısıyla CVRA, mağdurların iddia edilen ihlallerden dolayı hükümet birimlerini sorumlu tutabilmesi için hiçbir *garantili* yasal yola sahip değildir.

Mağdurların Yargılama Sonrası Hakları

Mağdurun Korunması

Bazı suç mağdurları saldırganlarını tanımıyor olsalar da, çoğunun bir tür ilişkisi vardır. Özellikle de cinsel saldırıda[37]. Olası cezalandırma yüzünden rahatsız olan bazı saldırganlar, mağdur veya tanıklara saldırmaya çalışabilir. Bu davalarda, hükümet saldırganın yargılanması ile ilgilenmenin yanı sıra mağduru ve tanıkları korumakla da ilgilenmektedir. Federal hükümet, bir ceza davasındaki bu önemli aktörleri, yasalarla korumayı hedeflemektedir.

Birleşik Devletler Kongresi, hükümetin kanıt toplama sürecindeki araçlarını güçlendirerek ve sanıklar için daha sert yaptırımlar düzenleyerek, organize suçu ortadan kaldırmayı amaçlayan 1970 tarihli Organize Suç Kontrol Yasasını[38] yürürlüğe koymuştur[39]. Bu Yasa, tehdit edilen tanıkları duruşma süreci boyunca ve sonrasında koruyan Tanık Güvenlik Programını (WITSEC)[40] içerir[41]. Örneğin, WITSEC tehdit altındaki tanıklara ve mağdurlara yeni kimlikler, konutlar ve hatta istihdam sağlar[42]. Kaliforniya gibi bazı eyaletler, WITSEC'in kapsamadığı suçlar için, yasal boşlukları doldurmaya çalışan kendi tanık koruma programlarını oluşturmuştur[43].

1970'lerde mağdurların haklarına yönelik iki partili destek dalgası ortasında, WITSEC'e 1982'de Mağdur ve Tanık Koruma Yasası (VWPA) eklenmiştir[44]. Bu yasanın amacı şudur:

Ceza adaleti sürecinde suç mağdurlarının ve tanıklarının rolünü geliştirmek ve korumak; Federal Hükümetin, sanıkların anayasal haklarını ihlal etmeksizin suç mağdurları ve tanıklara yardımcı olmak, mevcut kaynakların sınırları dahilinde mümkün olan her şeyin yapılmasını sağlamak; ve eyalet ve yerel yönetimler için bir mevzuat modeli sağlamak[45].

VWPA, "tanık" tanımını mağdurları kapsayacak şekilde ve tanık koruma kapsamındaki organize suçlar dışındaki davaları da kapsayacak şekilde genişletmiştir[46]. Ayrıca, ceza yaptırımları, mağdurların ve tanıkların tehdit edilmesini içerecek şekilde yapılandırmış ve tehdidin oluşumu için belirlenen soruşturmaya eşiğini aşağı çekmiştir[47].

Mağdurların Zararlarının Tazmin Edilmesi

Amerika Birleşik Devletleri'nde, ceza davalarında mağdurların kaybı telafi edilebilir. Bu tazminat türü "tazmin" olarak bilinir.

Cezai anlamda tazmin, bir suçlu tarafından, "cezasının bir parçası olarak veya şartlı tahliye koşulu olarak bir mağdura ödenen tazminat" anlamına gelir[48]. Cezai tazminin iki amacı vardır: suç mağdurlarını maddi olarak eski haline getirerek sanığın haksız zenginleşmesini önlemek ve davalıyı rehabilite etmek[49]. Birleşik Devletler'de bir suç mağduru için bu tür bir çare, son zamanlarda ortaya çıkmış yeni bir konsepttir. Bu konsept, mağdur dostu yasal düzenlemelerin federal ve eyalet düzeyinde yürürlüğe girmesine neden olan, 1970'lerin mağdur hakları hareketi sırasındaki haksız fiil köklerinden canlanarak gelişmiştir[50].

Federal düzeyde, Birleşik Devletler Kanunu'nun çeşitli hükümleri, suç mağdurları için tazmini geçerli hale getirmiştir. VWPA, tanıkların ve mağdurların gelecekte tacizden korunmasına ek olarak, "uygulanması cezalandırma sürecini gereksiz yere güçleştirmediği ya da uzatmadığı" sürece suç mağdurları için tazmini de onaylamıştır[51]. Bu kanundan önce hâkimler, tazmine ancak bir şartlı tahliye koşulu olarak hükmedebiliyordu[52]. Kongre, 1996'da Zorunlu Mağdur Tazmini Yasası'nı (MVRA)[53] hayata geçirinceye kadar, federal tazmin yapısı büyük ölçüde bozulmadan kalmıştır. Kongre tarafından, suç mağdurlarının zararlarının VWPA kapsamında yeteri kadar tazmin edilmediğine düşüncesiyle yürürlüğe konulan MVRA[54], tazminin geçerli olduğu durumları genişletmiştir. Aslında, MVRA bazı suçlar için, özellikle de "mağdurun tanımlanabilir bir maddi kaybının olduğu"[55] suçlar için tazmini *zorunlu* hale getirmiştir. Zorunlu tazminin gerekli olduğu suçlar, maddi hasar veya maddi kaybın ve mağdurun bedeni yaralanmasının meydana geldiği suçlardır.

Her bir mağdurun yararlanabileceği tazminat miktarı farklıdır - her tazmin eşit değildir. Elbette, suçlular her zaman aynı ekonomik statüde değildir. Büyük bir tazmin ödemesi, bir suçlu için zor iken, bir diğeri için daha kolay olabilir. Her ne kadar bir sanığın ödeme gücü, bir mahkemenin tazmine karar verirken göz önünde bulundurması gereken bir faktör olsa da, hiçbir şekilde karar verilmesine engel teşkil eden bir araç işlevi göremez[56]. Sonuç olarak bu düşünce, "tazmin kararının, suçlunun ödeme gücünü aşmamasını sağlamak şeklinde bir pratik etki"ye sahiptir.[57]

Bir Eyaletin Yaklaşımı: Minnesota'da Bir Suç Mağdurunun Hakları

Minnesota'da suç mağdurları, CVRA'nın federal haklarından çok öte, geniş kapsamlı haklara sahiptir. Bu haklar, mağdurun Minnesota eyaleti yasaları uyarınca haklarının ve kaynaklarının kapsamlı bir resmini vermek için aşağıda kısaca özetlenmiştir.[58]

1. Mağdurun bildirimde bulunulma hakkı vardır:

- Yasal takibat süreci ve sürece katılma hakkı

- En yakın suç mağduru yardım programı

- Şiddet içeren bir suçtan kaynaklanan gayri maddi zararlar için maddi tazminat talep etme hakkı
- Önerilen herhangi bir yargılama öncesi yönlendirme
- Mağdurun tanıklık ettiği duruşma programında yapılan her türlü değişiklik
- Failin suçlu bulunması halinde, failden tazminat talebinde bulunma hakkı
- İtiraf durumunda, teklif edilen herhangi bir ceza indirimi pazarlığının ayrıntıları
- Mahkeme işlemlerinin sonuçları
- Davalının yaptığı herhangi bir itiraz ve bu itirazın sonucu
- Cezai ya da şiddet içeren suçlarda cezaya ilişkin değişiklik önerisi ve mahkemeye bilgi verme hakkı
- Bozma için dilekçe verme hakkı

2. Bir mağdurun sürece katılma hakkı şunları kapsar:

- Yargılama öncesi karar sürecine katılmak
- Yargılama sürecinin hızlandırılması için savcı tarafından mahkemeden talepte bulunmasını isteme
- Tazminat ve ceza duruşmalarıyla ilgili bilgilendirilmek ve bunlara katılabilmek
- Mahkemede önerilen savunma anlaşmalarına itiraz hakkı
- Suçun mağdurun yaşamı üzerindeki etkisinin soruşturma sürecinde tartışılması
- Bir ceza yargılaması sırasında yazılı veya sözlü olarak mağdurun ifadesinin alınmasının sağlanması

3. Mağdurun gizlilik ve korunma hakları aşağıdakileri içerir:

- Şiddet veya aile içi kötü muamele içeren suçla ilgili bir kefalet duruşmasında bildirim alma ve bilgi verebilme
- Mahkeme salonunda sanık ve sanığın destekçilerine karşı güvenli bir bekleme alanı veya güvenlik önlemleri
- Kısıtlama kararına uymama ve iradesinin fesada uğradığından şüphelenilen tanıklara ilişkin bilgilendirilme
- Kişisel iletişim bilgilerinin mahkemelerde ve sanığa karşı gizli tutulması
- Mahkemeye katılmak için işten makul bir süre uzak kalabilmek
- Bir cinsel saldırı veya şiddet suçunda, mahkemeden suçluya HIV testi yaptırılmasını gizli bir şekilde istemek
- Bir cinayet davasında, mağdurun eşyalarının sanık tarafından kullanılmasının önlenilmesini mahkemeden istemek

4. Aile içi şiddet, cinsel saldırı ve taciz mağdurları aşağıdaki ek haklara sahiptir:

- Savcının bir davanın reddedildiğine dair kararları ve kısıtlama kararı verilebilmesi için gerekli bilgileri mağdura bildirmesi
- Şiddet içeren bir durum söz konusu olduğunda, kira sözleşmesini finansal sonuçları

olmaksızın feshedebilmek

- Davaya yönelik bir aile içi istismar raporunun ücretsiz kopyasını kolluk kuvvetlerinden istemek
- Bir cinsel saldırı suçu durumunda, ücretsiz cinsel saldırı muayenesi istemek
- Cinsel saldırı suçunda yalan makinesi testini reddetmek

5. Tazminata ilişkin olarak:

- Bir mahkeme kendisi tazmine hükmedebilir
- Bir mahkeme, tazmin yapılandırılmasında geniş bir takdir yetkisine sahiptir
- Bir mağdur, şiddet içeren bir suçla ilgili manevi zararlarının tazminini talep edebilir
- Bir mağdur, failin cezalandırılması halinde suçtan kaynaklı kişisel masrafları mahkemeden talep edebilir
- Bir mağdur, sanık aleyhine dava açabilir
- Bir mağdur, mahkemenin emrettiği tazminatın sanık tarafından ödememesi halinde, mahkûm edilmiş sanığın nezaret görevlisinden, duruşma açmasını isteyebilir

Sonuç

Bugünkü Birleşik Devletler hükümeti, yalnızca suçluların yargılanması ile değil, mağdurların refahı ile de ilgilenmektedir. Geçtiğimiz elli yılda, federal hükümet ve eyalet hükümetleri kaynaklarını genişletmiş ve bir mağduru yasal, ekonomik ve duygusal düzeyde iyileştirmeye yardımcı olan yasalar uygulamıştır. Ve yakın tarihli Kongre kararlarına bakıldığında[59], mağdur haklarını genişletme hareketinin arkasındaki düşüncenin, 1980'lerden sonra yok olmadığı açıktır. Suç mağdurlarının tanınmaya ve haklarının uygulanmaya devam edileceğine inanmak için iyi bir neden olduğunu söyleyebiliriz.

Dipnotlar

1 Bakınız ör. Amerikan Anayasası, değişik V–VII.

2 Leigh Glenn, Victims 'Rights 4 (ABC-CLIO, Inc., 1. baskı, 1997).

3 Id. 13-17'de.

4 Id.

5 Devlet Başkanlığı Dairesi, Suç Mağdurları Başkan Görev Gücü, 'de (1982).

6 Id.

7 2015 Conn. Acts. 589 (Teknik Şartname).

8 LA. Kanun No. 261 (2013) http://www.legis.state.la.us/Legis/ViewDocument.aspx?d=858693.

9 ME. Rev. Stat. Ann. tit. 17-A, § 1175-A (2016).

10 Susan Keilitz, Addressing Victims' Rights in Pretrial Justice Reform, 1 (Mahkeme Özetleri için Yargılama Öncesi Adalet Merkezi, 2016), http://www.ncsc.org/~/media/Microsites/Files/PJCC/Pretrial%20victims%20issues% 20 kısaca% 20Final.ashx.

11 Id. 2'de.

12 Başlık IX İncelemeler - 2012 Yükseköğretimde Yasal Konular (slayt 26), http://www.slideshare.net/margolishealy/mha-title-ix-investigations-2012-legal-issues-in-higher-education 13, 2016).

13 Human Rights Watch, Improving Police Response to Sexual Assault s. 3-16 (2013), https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/improvingSAInvest_0.pdf.

14 Douglas E. Beloof, The Third Wave of Crime Victims' Rights: Standing, Remedy, and Review, 255 B.Y.U. L. REV. 255, 343 (2005).

15 Bkz. 18 U.S.C. § 3771 (a) (2016).

16 Bkz. 18 U.S.C. § 3771 (b) (2016).

17 Bkz. 18 U.S.C. § 3771 (c) (2016).

18 Bkz. 18 U.S.C. § 3771 (f) (2016).

19 Bkz. 18 U.S.C. § 3771 (f) (2) (C) - (D) (2016).

20 150 CONG. REC. S4262 (Günlük yayın, 22 Nisan 2004) (Sen. Feinstein'ın ifadesi).

21 18 U.S.C. § 3771 (e) (2016).

22 FED. R. CRIM. S. 1 ("18 U.S.C. § 3771 (e)."de tanımlandığı üzere 'Mağdur' bir 'suç mağduru' anlamına gelir").

23 Bkz. FED. R. CRIM. s. 12.1.

24 Bkz. FED. R. CRIM. s. 17.

25 Bkz. FED. R. CRIM. s. 18.

26 Bkz. FED. R. CRIM. s. 60.

27 Id.

28 150 CONG. REC. S4269 (22 nisan 2004 tarihli) (Senyn Feinstein'ın ifadesi).

29 Bkz. 18 U.S.C. § 3771 (d) (1) (2016).

30 Id.

31 Bkz. 18 U.S.C. § 3771 (d) (3) (2016).

32 David E. Aaronson, New Rights and Remedies: The Federal Crime Victims' Rights Act of 2004, 28 PACE L. REV. 623, 649 (2008) (Amerika Birleşik Devletleri ile Degenhardt'tan alıntı, 405 F. Supp. 2d 1341 (D. Utah 2005)). Ayrıca bakınız Birleşik Devletler ile Degenhardt, 405 F. Supp. 2d 1341, 1345 (D. Utah 2005) ("CVRA, ceza belirlenmesinde suç mağdurlarına makul olarak dinlenme hakkı tanımaktadır. Bu cümlenin olası bir yorumu, mahkemeye verilecek bir mağdur ifade formu gibi, yazılı bir sunum yoluyla mağdurların dinlenme hakkına sahip olmasıdır. Bu cümle şu şekilde de yorumlanabilir: mahkemeler, bazı diğer durumlarda, "dinlenme hakkını", yazılı olarak "dinlenme" hakkından ziyade, bir zorunluluk olarak yorumlamıştır. Ancak, böyle bir hak, CVRA'yı hazırlayan kişilerin amaçlarına ters düşebilir, sanıkların ve savcıların cezalandırma konusunda sözlü ifadeler ürettikleri gerçeğini görmezden gelebilir ve mağdurun konuşmasının altında yatan mantığı göz ardı edebilir. Tüm bu nedenlerden dolayı mahkeme, CVRA'nın mağdurlara cezalandırmada doğrudan konuşma hakkı verdiği sonucuna varmıştır").

33 David E. Aaronson, New Rights and Remedies: The Federal Crime Victims' Rights Act of 2004, 28 PACE L. REV. 623, 649 (2008) (Amerika Birleşik Devletleri ile Marcello'dan alıntı, 370 F. Supp. 2d 745 (N.D.I11. 2005)). Ayrıca bkz. Amerika Birleşik Devletleri ile Marcello, 370 F. Supp. 2d 745, 748 (ND I11. 2005) ("Tüzük açık ve net bir şekilde suç mağdurlarına makul bir şekilde dinlenme hakkı tanımaktadır.Tüzüğün sade dili, mağdurun ifadesini sözlü olarak sunmasını zorunlu kılmaz. Sıradan İngilizcede "dinlenme" kelimesi sözlü sunum anlamına gelmesine rağmen, en yeni terim olduğu mahkemelerde bu anlamı taşımamaktadır").

34 18 U.S.C. § 3771 (d) (6) (2016).

35 David E. New Rights and Remedies: The Federal Crime Victims' Rights Act of 2004, 28 PACE L. REV. 623, 672 (2008).

36 Id.

37 Most Victims Know Their Attacker, Ulusal Adalet Kurumu, http://www.nij.gov/topics/crime/rape-sexual-violence/campus/pages/know-attacker.aspx (son olarak 13 Ekim 2016'da ziyaret edildi).

38 1970 Organize Suç Kontrol Yasası, Pub. L. No. 91-452, 84 Stat. 922 (1970).

39 Michael N. Glanz, RICO and Securities Fraud: A Workable Limitation, 83 Columbia L. REV 1513, 1513-14 (1983).

40 18 U.S.C. § 3521 (2006).

41 Tanık Güvenlik Programı, ABD Marshals Service, https://www.usmarshals.gov/witsec/index.html (son ziyaret tarihi: 13 Ekim 2016).

42 Id.

43 Kaliforniya Şahitlerin Yeniden Yerleştirilmesi ve Yardım Programı, Kalifornia Eyaleti Adalet Departmanı: Başsavcılık Bürosu, https://oag.ca.gov/witness-protection (son ziyaret tarihi: 13 Ekim 2016).

44 1982 Mağdur ve Tanık Koruma Yasası, Pub. L. No. 97-291, 96 Stat. 1248 (1982).

45 Mağdur - Tanık Programı, Amerika Birleşik Devletleri Avukatlık Ofisi: Washington Batı Bölgesi, https://www.justice.gov/usao-wdwa/victim-witness (son olarak 13 Ekim 2016 günü ziyaret edildi).

46 Douglas J. Kepple, the Victim and Witness Protection Act of 1982: Retroactive Application for Continuing Crimes, 58 FORDHAM L. REV. 87, 89 (1989).

47 Id. 89-90'da; Bkz. 18 U.S.C. § 1512 (a) - (k) (2008).

48 Tazmin, Black's Law Dictionary (10. baskı, 2014).

49 Id. 91'de.

50 Matthew Dickman, Should Crime Pay?: A Critical Assessment of the Mandatory Victims Restitution Act of 1996, 97 CAL. L. REV 1687, 1687 (2009).

51 Bkz. Kepple, yukarıdaki not 46, 89'da.

52 Bkz.Dickman, yukarıdaki not 50, 1688'de.

53 Bkz. Dickman, yukarıdaki not 50, 1688'de.

54 Bkz. Dickman, yukarıdaki not 50, 1689'da.

55 Bkz. Dickman, yukarıdaki not 50, 1689'da.

56 Bkz. Amerika Birleşik Devletleri ile Mounts, 793 F.2d 125, 128 (6'ncı Cir. 1986) ("Bir sanığın ödeme kabiliyeti tazminin belirlenmesinde önemli olsa da,maddi gücün olmaması tazmin kararı için bir engel değildir") (Dahili atıf yoktur).

57 Dickman, yukarıdaki not 50, 1688'de.

58 Minnesota Kamu Güvenliği Bölümü, Suç Mağduru Hakları (2016), https://dps.mn.gov/divisions/ojp/forms-documents/Documents/Crime%20Victim%20Rights%20-%20English.pdf.

59 Adalet Bölümü Suç Mağdurlarına Hizmetlerini Artırıyor, ABD Adalet Bölümü, https://www.justice.gov/opa/pr/department-justice-expands-services-crime-victims (son ziyaret tarihi: 13 Ekim 2016) (Kongrenin Suçla Mücadele Fonu ödenek seviyesinin 2014'te 745 milyon dolardan 2016'da 3 milyar doları aştığı belirtilmiştir).

RIGHTS OF VICTIMS IN THE CRIMINAL CONTEXT

Jeremy Krahn[*]
N. Chethana Perera[**]
John Sonsteng[***]

Criminal defendants have enjoyed numerous rights since the establishment of the United States. Indeed, the Constitution the bedrock of the American legal system expressly details a criminal defendant's rights[1]. Yet a victim the person who suffers the consequences of a crime has no express rights in the Constitution.

Historically, our government saw victims as a means to an end: the victim served to help establish a defendant's criminal liability[2]. But in the 1970s, victims' rights advocates demanded that the government pay attention to the impact of a crime on a victim's life[3]. By 1981, the President of the United States had joined this national movement.[4] President Reagan's Task Force on Victims of Crime in 1982 described the plight of crime victims in the criminal justice system. The task force found that victims' "pleas for justice have gone unheeded, and their wounds personal, emotional, and financial have gone unattended[5]." The report emphasized that "sustained efforts of federal, state and local governments, combined with the resources of the private sector" were required to "restore the balance to the criminal justice system[6]."

The United States has come a long way since the 1980s. Instead of merely recognizing a crime victim's plight, our government is now actively working to establish a victim's rights in our legal system. This monogram briefly covers victims' rights in the United States in the following phases: (1) pretrial; (2) trial; and (3) post trial. There are few federal pretrial rights and resources, but individual states have stepped in and implemented certain legal structures. Conversely, the United States government has actively pursued victims' rights during the trial phase at a federal level through the Criminal Victims Protection Act and amendments to the Federal Laws of Criminal Procedure. In the post-trial phase, the United States attempts to protect and compensate the victim on both a federal and state level. These rights, collectively, paint a picture of victims' rights in the United States.

Pretrial Rights and Resources for Victims

In the past decade, growing momentum for greater justice in the pretrial phase has resulted in increased rights and resources for victims. In this phase, change tends to happen on a state-by-state level, rather than a federal level. A few examples include:

(1) Connecticut requires family court violent intervention units to monitor compliance of a defendant participating in pretrial family violence education programs[7],

(2) Louisiana denies a defendant the ability to be released on recognizance if the defendant was previously released on recognizance for a felony charge and consequently failed to appear for a court date[8],

(3) Maine notifies a victim of domestic violence of a defendant's release from jail, and

[*] Jeremy Krahn: Mitchell Hamline school of Law. Juris Doctor spring, 2018.

[**] N. Chethena Perara: Mitchel Hamline School of Law, Juris Doctor spring, 2018.

[***] John Sonsteng: Mitchell Hamline School of Law, Professor of Law.

issues a protection order as soon as possible[9],

(4) Twenty-four states require notice to the victim of a defendant's pretrial release hearing and forty-one states require notice when a defendant is released before trial[10]; and

(5) Eighteen states allow victims to participate in the pretrial hearings, while fourteen states allow victims to be heard or consulted[11].

There are many other examples of states working internally to create a safer, and more responsible, legal structure for victims. Private organizations and non-profits have also joined this movement, and are instrumental in providing resources to both private and government agencies dealing with victims on a daily basis. For example, private consulting firms instruct investigators to always approach a case believing that "something" has occurred[12]. Similarly, national non-profits, like the Human Rights Watch, release reports instructing police officers on how to promote a victim-centered approach[13].

Trial Rights for Victims

Unlike the pretrial phase, the trial phase incorporates some federal legislation to describe and enforce victims' rights. In 2004, Congress passed the Crime Victims' Rights Act (CVRA) the "cutting edge of the third wave of victims' rights[14]." The CVRA has been the most significant change for federal crime victims' rights during trial. The CVRA provides eight basic rights to crime victims:

(1) The right to be reasonably protected from the accused;

(2) The right to reasonable, accurate, and timely notice of any public court proceeding, or any parole proceeding, involving the crime or any release or escape of the accused;

(3) The right to not be excluded from a public court proceeding unless the court has clear and convincing evidence that the victim's testimony would be materially altered after hearing other testimony at such a proceeding;

(4) The right to be reasonably heard at any public proceeding in the district court involving release, plea, sentencing, or parole;

(5) The reasonable right to confer with the attorney for the government in the case;

(6) The right to full and timely restitution as provided by law;

(7) The right to proceedings free from unreasonable delay; and

(8) The right to be treated with fairness and with respect for the victim's dignity and privacy[15].

Unlike previous victims' rights legislation, the CVRA allows the government and the victim to enforce these rights[16]. The CVRA also requires government agencies and courts to reasonably act to notify victims of these rights and to ensure victims receive these rights[17]. Finally, the CVRA includes penalties for government agencies that fail to ensure these rights[18]. A government employee who fails to comply must undergo a required training course, and an employee who intentionally fails to comply faces disciplinary sanctions[19].

The CVRA hopes to set a model for state governments. As Senator Feinstein asserted:

This act, of course, binds only the federal system, but is designed to affect the states also. First it is hoped that states will look to this law as a model and incorporate it into their own systems. This

law encourages that by allowing both types of grants legal assistance and victim notification to be provided to state entities, and for use in state systems where the state has in place 'laws substantially equivalent' to this act[20].

While the effect on states incorporating the CVRA remains unclear, the Federal Rules of Criminal Procedure have incorporated a number of rights from the CVRA. This is incredibly important for two reasons. First, the more the CVRA is incorporated into the legal system for victims' rights, the more momentum there is for states to adopt some or all of the CVRA. Second, the adoption of the CVRA into the Federal Rules of Criminal Procedure puts further pressure on courts to enforce victims' rights because violation of these rules can result in judgments being overturned or re-opened.

The CVRA expands the definition of "victim" to expressly exclude any person accused of a crime, and to include any "person directly and proximately harmed as a result of the commission of a Federal offense . . . ."[21] The Supreme Court of the United States adopted this definition and submitted it to the 2008 advisory committee of the Federal Rules of Criminal Procedure. The committee adopted the definition, and it is now incorporated in Rule 1[22].

The right to be treated with fairness and respect for dignity and privacy is a broad right, but it has also influenced the Federal Rules for Criminal Procedure Rules Committee. Rule 12.1 prohibits a victim's address and telephone number from being automatically provided to the defense when an alibi defense is raised[23]. Rule 17 requires: (1) court approval if a defendant subpoenas a third party for a victim's personal information; (2) giving the victim notice of the subpoena; and (3) providing the victim an opportunity to quash or modify the subpoena[24]. Rule 18 mandates a court to consider a victim's convenience when setting the location of the tria[25]. Rule 60 labeled "Victim's Rights" obligates courts to give a victim notice of court proceedings, along with the opportunity to attend and the right to be heard at such proceedings[26]. Rule 60 also imposes a higher burden of proof that most state systems by requiring a defendant to show "clear and convincing evidence" that a victim will materially alter her testimony[27].

The CVRA gives victims standing to be present, and to participate in certain proceedings at both the trial and appellate levels. As Senator Feinstein explained:

This provision allows a victim to enter the criminal trial court during proceedings involving the crime against the victim, to stand with other counsel in the well of the court, and assert the rights provided by this bill. This provisions ensures that crime victims have standing to be heard in trial courts so that they are heard at the very moment when their rights are at stake and this, in turn, forces the criminal justice system to be responsive to a victim's rights in a timely way[28].

The CVRA allows victims to choose their own attorney and to legally assert their right to be present and participate in a criminal proceeding[29]. For example, a victim may make a motion to reopen a plea argument in the district court[30]. If the district court denies the victim's motion, the CVRA requires an expedited appellate review process (within seventy-two hours) if the victim chooses to pursue an appeal[31]. The CVRA has been consequential in creating this appellate review process but unfortunately this right is inconsistently applied in courts.

Limitations of the CVRA: Areas for Further Expansion on Federal Victims' Rights

The CVRA has had mixed success concerning the right to be reasonably protected from the accused and to be present and reasonably heard at pretrial release meetings. These rights are so important because a crime victim may have information unknown to the prosecutor that a judge may find relevant in deciding the case. Some courts have enforced this right while others have

not. For example, in *United States v. Degenhardt*, the court found that a crime victim's right to be reasonably heard at sentencing allowed the victim to directly speak to the judge[32]. Alternatively, in *United States v. Marcello*, the court found that this same right could be obliged through written statements and did not include a victim's right to appear in person before the court[33]. Victims' rights advocates will have to hope that the *Degenhardt* holding will be upheld by higher courts, or that Congress will pass additional legislation addressing a victim's right to directly speak to a court.

The CVRA in some ways also lacks the teeth to enforce victims' rights because it does not create a cause of action under which victims can sue for damages. The CVRA states:

No Cause of Action. Nothing in this chapter shall be construed to authorize a cause of action for damages or to create, to enlarge, or to imply any duty or obligation to any victim or other person for the breach of which the United States or any of its officers or employees could be held liable in damages[34].

The CVRA allows victims to immediately appeal an alleged violation of a victim's CVRA rights likely to substitute for a lack of cause of action. But courts have differed on whether a victim has a discretionary or mandatory right to appeal an alleged violation. The Second, Third, and Ninth Circuits have adopted a pro-victim standard of review and have interpreted the CVRA to regularly review alleged violations[35]. Alternatively, the Fifth and Tenth Circuits have interpreted this clause to allow broad discretion on reviewing whether an alleged violation has occurred[36]. Thus the CVRA has no *assured* legal avenue for victims to hold government agencies accountable for alleged violations.

Post-Trial Rights for Victims

Protecting the Victim

Although some victims of crimes do not know their attackers, most have some sort of relationship particularly in the case of sexual assault[37]. Some aggressors, disgruntled by the prospective punishment, may try to attack the victim or witnesses. In these cases, the government not only has an interest in prosecuting the aggressor, but also an interest in protecting the victim and witnesses. The federal government seeks to protect these crucial actors in a criminal case through legislation.

The United States Congress enacted the Organized Crime Control Act of 1970[38], which sought to eradicate organized crime by strengthening the government's tools in the evidence-gathering process and by enacting stiffer sanctions for the accused[39]. This Act includes the Witness Security Program (WITSEC)[40], which protects threatened witnesses throughout the trial process and beyond[41]. For example, WITSEC provides threatened witnesses and victims with new identities, housing, and even employment[42]. Some states, such as California, have created their own witness protection programs that seek to fill in the gaps for crimes not covered by WITSEC[43].

Amid the wave of bipartisan support for victims' rights in the 1970s, WITSEC was supplemented by the Victim and Witness Protection Act (VWPA) of 1982[44]. The goal of this law was:

[T]o enhance and protect the necessary role of crime victims and witnesses in the criminal justice process; to ensure that the Federal government does all that is possible within limits of available resources to assist victims and witnesses of crime without infringing on the constitutional rights of defendants; and to provide a model for legislation for state and local governments[45].

The VWPA broadened the definition of "witness" to include victims and expanded witness protection to cases beyond organized crime offenses[46]. It also included criminal penalties for

intimidation of victims and witnesses, and lowered the threshold for the prosecution to establish that intimidation had occurred[47].

Compensating the Victim

In the United States, victims in criminal cases can be compensated for their loss. This type of compensation is known as "restitution."

Restitution in the criminal context refers to compensation "paid by a criminal to a victim (...) ordered as part of a criminal sentence or as a condition of probation[48]." Criminal restitution serves a dual purpose: to prevent unjust enrichment to the defendant by financially restoring crime victims, and to rehabilitate the defendant[49]. In the United States, this type of remedy for a crime victim is a fairly recent concept. It developed from its tort-based roots during the same 1970s victims' rights movement that led to the passage of victim-friendly legislation on the federal and state level[50].

On the federal level, several provisions of the United States Code have made restitution available to victims of crime. The VWPA, in addition to protecting witnesses and victims from future harassment, authorized restitution for crime victims so long as "its imposition [does] not unduly complicate or prolong the sentencing process[51]." Before this Act, judges could only order restitution as a condition of probation[52]. The federal restitution structure remained largely intact until Congress passed the Mandatory Victims Restitution Act of 1996 (MVRA)[53]. The MVRA, passed by Congress with the belief that crime victims were inadequately compensated under the VWPA[54], expanded the instances in which restitution is available. In fact, the MVRA made restitution *mandatory* for certain crimes, particularly those in "which the victim suffered an identifiable monetary loss[55]." The crimes in which mandatory restitution is required include those in which damage to or loss of property occurs, and those involving bodily injury to the victim.

The amount of restitution available to a victim differs not all restitution awards are equal. Criminals are, of course, not always of the same economic status. A large restitution payment may be much easier for one criminal to pay than another. Although a defendant's ability to pay is a factor that a court must consider when making a judgment on restitution, it does not by any means act as a bar to the judgment[56]. Ultimately, this consideration has the "practical effect of ensuring that restitution judgments d[o] not exceed offenders' ability to pay[57]."

One State's Approach: The Rights of a Crime Victim in Minnesota

Crime victims in Minnesota have extensive rights far beyond the federal rights of the CVRA. These rights are briefly detailed below to give a comprehensive picture of a victim's rights and resources under Minnesota state law[58].

1. Victims have the right to be notified of:

- The prosecution process and their right to participate in the process
- The nearest crime victim assistance program
- The right to apply for financial compensation for non-property losses caused by a violent crime
- Any proposed pretrial diversion referral
- Any changes to a hearing schedule where the victim is testifying
- The right to ask the offender for restitution if the offender is convicted
- The details of any proposed plea bargains

- The outcome of court proceedings.
- Any appeal the defendant makes and the result of that appeal.
- Any proposed modification to sentences in felony or violent crimes, and the right to give the court input.
- The right to petition for expungement.
- A victim's right to participate in the process covers:
- Participating in the pretrial diversion decision.
- Asking the prosecutor to petition the court for a speedy trial.
- Being notified of, and being able to attend, plea and sentencing hearings.
- The right to object to proposed plea agreements at court proceedings.
- Discussing the crime's impact on the victim's life at the presentence investigation.
- Providing a written or oral victim impact statement at a sentencing hearing.
- A victim's privacy and protection rights include:
- Having notice and being able to give input at a bail hearing for a violent or domestic abuse crime.
- A safe waiting area or safety precautions against the defendant and/or the defendant's supporters in the court room.
- Reporting noncompliance with restraining orders and suspected witness tampering.
- Having personal contact information withheld in court proceedings and from the defendant.
- Being able to take reasonable time off work to attend court proceedings.
- Confidentially asking the court to order an HIV test of an offender in a sexual assault or violent crime.
- Asking a court to prevent the defendant from disposing a deceased victim's belongings in a homicide case.
- Domestic violence, sexual assault, and stalking victims have additional rights such as:
- The prosecutor notifying the victim of decisions to dismiss a case, and the information to seek a free restraining order.
- Terminating a lease without financial consequences in the case of a violent situation.
- Asking the law enforcement agency for a free copy of a domestic abuse report filed on the case.
- Asking for a free sexual assault medical examination in the case of a sexual assault crime.
- Refusing a polygraph exam for a sexual assault crime.
- Regarding financial compensation:
- A court can order restitution on its own.

- A court has broad discretion in structuring restitution
- A victim can ask for non-property expenses related to a violent crime
- A victim can ask the court for personal expenses related to the crime if the defendant is convicted
- A victim can file a civil case against the defendant
- A victim can ask a convicted defendant's probation officer to set a court hearing if the defendant fails to pay court ordered restitution

The Commissioner of Public Safety may give local officials grants to help victims with expenses of relocation or creating a new identity

Conclusion

The United States government of today is not merely concerned with prosecuting criminals, but also the welfare of victims. Over the past fifty years, federal and state governments have expanded resources and implemented legislation that help restore a victim on a legal, economic, and emotional level. And judging by recent acts of Congress,[59] it is clear that the sentiment behind the movement for extending victims' rights did not dissolve after the 1980s. There is good reason to believe that victims of crimes will continue to be recognized, and their rights will continue to be enforced.

Endnotes

1 See e.g., U.S. Const. amend. V–VII.
2 Leigh Glenn, Victims' Rights 4 (ABC-CLIO, Inc., 1st ed. 1997).
3 Id. at 13–17.
4 Id.
5 Exec. Office of the President, President's Task Force on Victims of Crime at ii (1982).
6 Id.
7 2015 Conn. Acts. 589 (Spec. Sess.).
8 LA. Act No. 261 (2013) http://www.legis.state.la.us/Legis/ViewDocument.aspx?d=858693.
9 ME. Rev. Stat. Ann. tit. 17-A, § 1175-A (2016).
10 Susan Keilitz, Addressing Victims' Rights in Pretrial Justice Reform, 1 (Pretrial Justice Center for Courts Brief, 2016), http://www.ncsc.org/~/media/Microsites/Files/PJCC/Pretrial%20victims%20issues%20brief%20Final.ashx.
11 Id. at 2.
12 Title IX Investigations - 2012 Legal Issues in Higher Education (slide 26), http://www.slideshare.net/margolishealy/mha-title-ix-investigations-2012-legal-issues-in-higher-education (last visited Oct. 13, 2016).
13 Human Rights Watch, Improving Police Response to Sexual Assault p. 3–16 (2013), https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/improvingSAInvest_0.pdf.
14 Douglas E. Beloof, The Third Wave of Crime Victims' Rights: Standing, Remedy, and Review, 255 B.Y.U. L. Rev. 255, 343 (2005).
15 See 18 U.S.C. § 3771(a) (2016).
16 See 18 U.S.C. § 3771(b) (2016).
17 See 18 U.S.C. § 3771(c) (2016).
18 See 18 U.S.C. § 3771(f) (2016).
19 See 18 U.S.C. § 3771(f)(2)(C)–(D) (2016).
20 150 Cong. Rec. S4262 (daily ed. Apr. 22, 2004) (statement of Sen. Feinstein).
21 18 U.S.C. § 3771(e) (2016).
22 Fed. R. Crim. P. 1 ("'Victim' means a 'crime victim' as defined in 18 U.S.C. § 3771(e).").
23 See Fed. R. Crim. P. 12.1.
24 See Fed. R. Crim. P. 17.
25 See Fed. R. Crim. P. 18.
26 See Fed. R. Crim. P. 60.
27 Id.
28 150 Cong. Rec. S4269 (daily ed. Apr. 22, 2004) (statement of Sen. Feinstein).
29 See 18 U.S.C. § 3771(d)(1) (2016).

30 Id.
31 See 18 U.S.C. § 3771(d)(3) (2016).
32 David E. Aaronson, New Rights and Remedies: The Federal Crime Victims' Rights Act of 2004, 28 Pace L. Rev. 623, 649 (2008) (citing United States v. Degenhardt, 405 F. Supp. 2d 1341 (D. Utah 2005)). See also United States v. Degenhardt, 405 F. Supp. 2d 1341, 1345 (D. Utah 2005) ("The CVRA gives crime victims the right to be 'reasonably heard' at sentencing. One possible interpretation of this phrase is that victims have a right to be heard via a written submission to the court, such as a victim impact form. Such an interpretation would rely on the fact that, in some other contexts, courts have construed a right 'to be heard' as mandating no more than an opportunity to be heard in writing. Such a construction, however, would defy the intentions of the CVRA's drafters, ignore the fact that defendants and prosecutors make oral statements at sentencing, and disregard the rationales underlying victim allocution. For all these reasons, the court concludes that the CVRA gives victims the right to speak directly to the judge at sentencing.").
33 David E. Aaronson, New Rights and Remedies: The Federal Crime Victims' Rights Act of 2004, 28 Pace L. Rev. 623, 649 (2008) (citing United States v. Marcello, 370 F. Supp. 2d 745 (N.D. Ill. 2005)). See also United States v. Marcello, 370 F. Supp. 2d 745, 748 (N.D. Ill. 2005) ("The statute clearly and unambiguously grants crime victims the right to be reasonably heard. The plain language of the statute does not mandate oral presentation of the victim's statement. While the word 'heard' does imply oral presentation in ordinary English, it does not have that meaning in courts where it is a term of art.").
34 18 U.S.C. § 3771(d)(6) (2016).
35 David E. Aaronson, New Rights and Remedies: The Federal Crime Victims' Rights Act of 2004, 28 Pace L. Rev. 623, 672 (2008).
36 Id.
37 Most Victims Know Their Attacker, National Institute of Justice, http://www.nij.gov/topics/crime/rape-sexual-violence/campus/pages/know-attacker.aspx (last visited Oct. 13, 2016).
38 Organized Crime Control Act of 1970, Pub. L. No. 91-452, 84 Stat. 922 (1970).
39 Michael N. Glanz, RICO and Securities Fraud: A Workable Limitation, 83 Columbia L. Rev 1513, 1513–14 (1983).
40 18 U.S.C. § 3521 (2006).
41 Witness Security Program, United States Marshals Service, https://www.usmarshals.gov/witsec/index.html (last visited Oct. 13, 2016).
42 Id.
43 California Witness Relocation and Assistance Program, State of California Department of Justice: Office of the Attorney General, https://oag.ca.gov/witness-protection (last visited Oct. 13, 2016).
44 Victim and Witness Protection Act of 1982, Pub. L. No. 97-291, 96 Stat. 1248 (1982).
45 Victim-Witness Program, United States Attorney's Office: Western District of Washington, https://www.justice.gov/usao-wdwa/victim-witness (last visited Oct. 13, 2016).
46 Douglas J. Kepple, The Victim and Witness Protection Act of 1982: Retroactive Application for Continuing Crimes, 58 Fordham L. Rev. 87, 89 (1989).
47 Id. at 89–90; see 18 U.S.C. § 1512(a)–(k) (2008).
48 Restitution, Black's Law Dictionary (10th ed. 2014).
49 Id. at 91.
50 Matthew Dickman, Should Crime Pay?: A Critical Assessment of the Mandatory Victims Restitution Act of 1996, 97 Cal. L. Rev 1687, 1687 (2009).
51 See Kepple, supra note 46, at 89.
52 See Dickman, supra note 50, at 1688.
53 See Dickman, supra note 50, at 1688.
54 See Dickman, supra note 50, at 1689.
55 Dickman, supra note 50, at 1689.
56 See United States v. Mounts, 793 F.2d 125, 128 (6th Cir. 1986) ("While a defendant's ability to pay is a consideration in the determination of restitution . . . indigency is not a bar to an order of restitution.") (internal citation omitted).
57 Dickman, supra note 50, at 1688.
58 Minnesota Department of Public Safety, Crime Victim Rights (2016), https://dps.mn.gov/divisions/ojp/forms-documents/Documents/Crime%20Victim%20Rights%20-%20English.pdf.
59 Department of Justice Expands Services for Crime Victims, United States Department of Justice, https://www.justice.gov/opa/pr/department-justice-expands-services-crime-victims (last visited Oct. 13, 2016) (noting that Congress has raised the appropriation level of the Crime Victims Fund from $745 million in 2014 to more than $3 billion in 2016).

ULUSLARARASI HUKUK IŞIĞINDA BİRLEŞİK KRALLIK'TA MAĞDUR HAKLARI

Doç. Dr. Özgür H. Çınar[*]

Özet

Bu sunumda öncelikle mağdur haklarının uluslararası hukukta nasıl güvenceye alındığına dair genel bir sunum yapılmaktadır. Ayrıca Anglo-Sakson Hukuku'nun anavatanı olan Birleşik Krallık özelinde mağdur haklarının uluslararası hukuk çerçevesinde nasıl geliştirildiği anlatılacaktır. Böylesine karşılaştırmalı bir incelemeyle Türkiye'deki mağdur hakları ile ilgili literatürede katkı sağlanması hedeflenmektedir.

Anahtar Kelimeler

Mağdur hakları, Uluslararası Hukuk, Anglo Sakson Hukuk Sistemi, Birleşik Krallık, Türk Hukuku, Karşılaştırmalı Hukuk.

I- Giriş

Ceza Hukuku'nun temel hedeflerinden birisi ise failin bozmuş olduğu kamu düzeninin yeniden inşaa edilerek bu yolla toplumsal barışın sağlanmasıdır. Devlet bu anlamda kendisine düşen negatif ve pozitif yükümlülükler çerçevesinde mağdurun uğradığı zararları gidermek zorundadır. Bu zararlar duruma göre psikolojik, sosyal veya maddi olabilmektedir. Devletin mağdurun bu tip zararlarını gidermesindeki asli görevi hem sosyal hukuk devletinin gerekliliğinden hem de ceza hukukunun kamusallığı ilkesinden kaynaklanmaktadır. Mağdurun zararlarının giderilmesi halinde hem mağdur yanlızlıktan kurtulacaktır hem de fail ile mağdur arasındaki çatışmanın şiddetini azaltacaktır. Özetle, tam olarak adaletin sağlanabilmesi için mağdurun zararlarının karşılanması çok önemlidir[1].

1980 yılından beridir uluslararası hukukta mağdur hakları ciddi anlamda gözden geçirilmeye ve güvence altına alınmaya başlanmıştır. Bu güvencelere rağmen Dünya'da halen bazı ülkeler mağdur hakları ile ilgili üzerlerine düşen görevlerini tam olarak yerine getirmemektedir. Mağdur haklarının gelişkin olduğu ülkelerde mevcuttur. Bunların başında Anglo Sakson Hukuk Sistemi'nin anavatanı olan Birleşik Krallık gelmektedir. Tamamiyle yazılı tek bir Anayasa'nın olmadığı bu ülkede, 'common law' dedigimiz hukuk yasalar ve içtihatlar üzerinden tahsis edilmektedir. Anglo Sakson Hukuku'nun kökleri 11 yy'a kadar dayanmaktadır. 15. yy'da yasalara dayalı bir hukuk sisteminin mağdurların zararlarını gidermeyeceği anlaşılmıştır. Nitekim, 1485 yılında 'Kral'ın vicdanı' esasına dayalı 'Hakkaniyet Hukuku' (Equity Law) geliştirilmiştir. Bu hukukla gerçekte mağdur olanların zararları karşılanarak adalet sağlanmaya çalışılmıştır.

Birleşik Krallık'ta mağdur hakları özelinde insan hakları standartları 1990'lı yıllardan sonra daha da iyileştirilmistir. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) vermiş olduğu kararların etkisi ülkede çok daha ciddi hissedilmeye başlanmıştır. 1998 yılında çıkarılan İnsan Hakları Kanunu (Human Rights Act) ile birlikte Birleşik Krallık'ta mağdur hakları farklı bir boyut kazanmıştır. 2005 yılında ise Suçun Mağdurları için Uygulama Kanunu (The Code of Practice for Victims of Crime), 1990 tarihli Mağdur Tüzüğü'nün (Victim's Charter) yerine kabul edilmiştir. Bu

* Doç. Dr., BPP Üniversitesi, Londra.

1 Fatma Karakaş Doğan, Uluslararası Düzenlemeler Işığında Mağdur Haklarının ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi, s. 1027, http://magdur.adalet.gov.tr/kaynaklar/bilimsel_belgeler/diger_belgeler/uluslararasi_duzenlemeler_isiginda_magdur_haklarinin_ve_suc.pdf (Son erişim 10 Aralık 2016).

yazıda bu belgelerin esas unsurları anlatılmakla birlikte uluslararası hukukta özellikle Şiddet Suçu Mağdurlarına Devlet Tarafından Tazminat Ödenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi ve AİHM'in kararlarına da yakından bakılacaktır. Bu noktada AİHM'in mağduru nasıl tarif ettiği, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) çerçevesinde devletin yükümlülükleride kısaca anlatılacaktır.

Sonuç olarak Anglo-Sakson Hukuku'nun anavatanı olan Birleşik Krallık özelinde mağdur haklarının uluslararası hukuk çerçevesinde nasıl geliştirildiği anlatılacaktır. Bu sunumla Türkiye'deki mağdur hakları ile ilgili literatürede katkı sağlanması hedeflenmektedir. Nitekim, Türk Hukuk Sistemi'nin sivil hukuk sistemine dayandığı gözönüne alındığında Anglo Sakson Hukuku'nun kökenlerine ve mağdur haklarının nasıl güvenceye alındığı özellikle Türkiye'de bu alanda çalışan uzmanlar için farklı bir bakış açısı sağlayacaktır.

II- Common Law Sistemine Giriş

Birleşik Krallık'ta Anglo Sakson dedigimiz yani 'common law' (teamül/içtihat hukuku) sistemi bulunmaktadır. Bu hukuk sisteminde içtihatlar çok önemliyken Parlemento'nun üstünlüğü ilkesi (Parlementary Supremacy) çerçevesinde kanunlarda çok etkilidir. Birleşik Krallık'ta tamamiyle yazılı tek bir Anayasa bulunmamaktadır. Bir başka değişle 'uncodified' bir anayasa mevcuttur. Cumhuriyetçi olmayan, ancak üniter ve değişken (flexible) bir anayasaya sahiptir. Söz konusu Anayasa'nın yedi tane kaynakçası bulunmaktadır. Yedi kaynakçadan yasalar, içtihat hukuku, AB Hukuku ve Kraliyet'e ait imtiyazlı haklar (Royal Progrative Power) yasal bağlayıcılığı olanlardır. Politik örf ve adetler (conventions), gelenekler (customs) ve akademik görüşlerde yasal bağlayıcılığı olmayan ancak politik anlamda bağlayıcı olan kaynakçalardır[2].

Bu hukuk sisteminin kökleri 11. yy'a kadar uzanmaktadır. 1066 öncesine kadar Birleşik Krallık'ta tek bir hukuk sistemi mevcut değildi. Her bir bölgesinde farklı hukuk sistemleri uygulanmaktaydı. Batı'da Keltik uygarlıkları, Kuzeydoğuda ise Vikinkler bulunmaktaydı. 1066'da Normandiya yani Fransız işgali ile birlikte merkezi bir hukuk sistemine geçiş başlamıştır. 1066-1485 yılları arasında nitekim merkezi mahkemeler kurulmuştur ki, yazılı yasalar kabul edilmiştir[3].

1485'de yazılı yasaların mağdurların zararları gidermesi noktasında yetersiz kalması üzerine halkın şikayetlerinin artmasıyla birlikte o dönemde Kral olan Henry VII kendi vicdanına göre kararlar vererek gerçek mağdurların zararlarını sağlamaya çalışmıştır. Nitekim, o dönemde Kral'ın aslında kendisini kanun olarak görmesini de hesaba kattığımızda böylesine bir yaklaşıma şaşırmamak gerekmektedir. Bu gelişme üzerine Birleşik Krallık'ta 'Hakkaniyet Hukuku' (Equity Law) gelişmeye başlamıştır. Halen bu Anglo Sakson hukuk sisteminin asli unsuru olarak uygulanmaktadır. Hatta şunu belirtmeliyim ki, 'common law' ile bir çatışmanın olması halinde 'hakkaniyet hukuku' esas alınmaktadır. Hakkaniyet hukukunun esası 'clean hands' yani 'temiz eller' kavramına dayanmaktadır. Yani mağdurun ciddi bir mağduriyetinin olması gerekmektedir. Bunun olması halinde mağdurun devlet tarafından korunabilmesi mümkündür. Bu noktada Birleşik Krallık'ta hukuk fakultelerinde de öğretilen emsal bir davaya değinmek istiyorum.

Bu davanın adı *Tinsley v Milligan*'dır[4]. Bu dava da iki bayan birlikte ortak bir ev alıyorlar. Ancak ev kredisini (mortgage) Bayan Tinsley resmi olarak kendi üstüne alıyor. Buyüzden de tapuya evin sahibi olarak Bayan Tinsley yazılıyor. Fakat gerçekte Bayan Milligan her ay bu ev kredisinin yarısını Bayan Milligan'a ödemektedir. Bu çift bir müddet sonra ilişkilerinin sona ermesi üzerine ayrılma kararı almışlardır. Ayrıldıklarında common law mahkemeleri Bayan Tinsley'e evi vermektedir.

2 Nick Howard, Beginning Constitutional Law, Taylor and Francis: Londra, 1st Baskı, 2013.

3 John Hamilton Baker, An Intrduction to English Legal History, Butterworths LexisNexis: London, 2002; Martin Partington, Introduction to the English Legal System, Oxford University Press: Oxford, 2011.

4 *Tinsley v Milligan* [1993] UKHL 3; CA [1992].

Çünkü, tapu kayıtları kendisinin üzerinedir. Ancak Bayan Milligan'nın Equity (Hakkaniyet) Mahkemesine gitmesiyle birlikte Mahkeme common law sistemi üzerinden gidilmesi halinde sadece tapu kayıtları gözedileceğinden kendisinin mağdur olacağından evin yarısının kendisine ait olduğunu belirtmiştir. Tabiiki bu olay özel hukuk kapsamı içerisindedir. Ancak halen hakkaniyet kavramı içerisinde mağdur'un zarara uğramaması için hakkaniyet hukukunun etkisini göstermesi noktasında önemlidir[5].

Mağdur haklarına ilişkin yazılı yasaların etki alanının artması ise 1990 sonrasına rastlamaktadır. Bu yıllardan sonra Birleşik Krallık'da özelde mağdur hakları genelde insan hakları gayet gelişmiştir. 1990 yılı öncesi Birleşik Krallık insan hakları standartları açısından sıkıntılı bir ülkedir. Nitekim, İrlanda Ulusal Kurtuluş Ordusu ile çatışmalardan dolayı AİHM önünde Birleşik Krallık'la ile ilgili bir çok kararlar verilmiştir. Hatta, Birleşik Krallık AİHS'i en fazla ihlal eden ilk beş ülkeden birisiydi[6]. Mahkeme'nin özellikle 5. ve 6. maddelerine yönelik vermiş olduğu kararlarına baktığınız zaman içtihatını genelde Birleşik Krallık ile ilgili davalar üzerinden kurduğunu görmekteyiz[7].

Ancak 1990 yılından sonra insan hakları ile ilgili ciddi iyileştirmeler yapılmıştır. Bunun sonucunda AİHM'in 2015 tarihli yıllık raporuna göre ülke nüfusuna göre 2015'de Birleşik Krallık'dan getirilen dava sayısı 0.09 (575)'dir. 1959 ile 2015 yılları arasında toplamda Birleşik Krallık ile ilgili 526 karar verilmiştir, bunların sadece 305 tanesinde ihlal kararı verilmiştir. Türkiye ile ilgili ise 1053 karar verilmiştir ki, 1036'sında ihlal kararı verilmiştir. Nüfusa göre 0,028'dir (2,208)[8].

Bu sonuçlara göre Birleşik Krallık artık Sözleşmeyi ihlal eden ülkeler arasında üst sıralarda değildir. Bunun başlıca nedenlerinden birisi AİHS başta olmak üzere taraf olduğu uluslararası Sözleşmeler çerçevesinde yüklendikleri yükümlülükleri ciddiye alması ve ulusal hukuktaki mekanizmaları daha da etkili hale getirmesidir. Bu anlamda öncelikle mağdur hakları ile ilgili uluslararası hukuktaki standartlara bakmakta fayda olacaktır. Böylesine bir inceleme devletlerin uluslararası hukuktan doğan görevlerini anlamamıza da yardımcı olacaktır.

III- Uluslararası Hukukta Mağdur Hakları

Avrupa Konseyi bu konuda ilk olarak 1977 yılında 'Suç Mağdurlarına Tazminat Ödenmesi Hakkında 77(27) sayılı tavsiye kararını' almıştır. Bu çalışmanın etkişiyle 116 sayılı 'Şiddet Suçu Mağdurlarına Devlet Tarafından Tazminat Ödenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi' ortaya çıkmıştır. 24 Kasım 1983 tarihinde imzaya açılan Sözleşme, 1 Şubat 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Birleşik Krallık bu Sözleşme'yi 24 Kasım 1983 tarihinde imzalamış ve 1 Haziran 1990 tarihinde yürürlüğe koymuştur. Türkiye ise 24 Nisan 1985 tarihinde Sözleşmeyi imzalamış ancak henüz onaylanması ile ilgili kanununu çıkartmamıştır.

Sözleşme uyarınca yaralanma veya ölümle sonuçlanan kasıtlı şiddet suçunun olması halinde söz konusu mağdura devletlerin tazminat ödemesi gerektiği belirtilmiştir. Burda önemli olan mağdurun uyruğu değildir. Önemli olan üye devletin ülkesinde işlenen bir suçun olmasıdır.

5 Ayrıca bu konuda *D & C Builders v Rees* [1966] 2 WLR 28 adlı davaya da bakınız.

6 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2015 Yıllık Rapor, Avrupa Konseyi: Strazburg, http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2015_ENG.pdf (Son erişim 10 Aralık 2016).

7 Örnek davalar için bkz. *İrlanda - Birleşik Krallık* , 18 Ocak 1978, Series A no. 25; *McVeigh ve Diğerleri - Birleşik Krallık* , nos.8022/77, 8025/77, 8027/77, 18 Mart 1981 tarihli Komisyon Raporu; *Monnell ve Morris - Birleşik Krallık* , 2 Mart 1987, Series A no. 115; *Ashingdane - Birleşik Krallık* , 28 Mayıs 1985, Series A no. 93; *Golder - Birleşik Krallık* , 21 Şubat 1975, Series A no. 18; *H. - Birleşik Krallık* , 8 Temmuz 1987, Series A no. 120.

8 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2015 Yıllık Rapor, Avrupa Konseyi: Strazburg, http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2015_ENG.pdf (Son erişim 10 Aralık 2016).

Devlet bedenen ciddi olarak olarak yaralanmış veya sağlıkları bozulmuş kişilere ve bu tür suçlar sonucu ölenlerin yakınlarına tazminat ödemekle yükümlüdür. Ancak devletin tazminat ödemesi Sözleşmeye göre başka kaynaklardan tazminat ödenmesinin mümkün olmadığı durumlarda mümkün olmaktadır[9].

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 1985 yılında 'Ceza Hukuku ve Ceza Yargılama Usulü Çerçevesinde Mağdurun Konumu Hakkında' 85(11) sayılı, 1987'de ise 'Mağdurlara Yardım ve Mağdur Edilmenin Önlenmesi Hakkında' (87)21 sayılı tavsiye kararlarını kabul etmiştir. Bu tavsiye kararlarında göze çarpan husus yargılamanın tüm aşamalarında mağdurun hakları ve onuru ihlal edilmemelidir. Bir diğer değisle gerek soruşturma gereksede yargılama aşamasında özel hayatının gizliliği korunmalı, bunun dışında suç türünün gerektirmesi halinde kendisinin ve ailesinin güvenliği sağlanmalıdır[10].

Bunların dışında 'Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına dair Temel Prensipler Bildirisi'de mağdur hakları açısından önemli bir belgedir. Bildiri, 26 Ağustos-6 Eylül 1985 tarihleri arasında Milano'da toplanan 'Suçların Önlenmesi ve Suçluların Islahı' üzerine Yedinci Birleşmiş Milletler Kongresi'nin tavsiyesi ile BM Genel Kurulu tarafından 29 Kasım 1985 tarihli ve 40/34 sayılı karar ile kabul edilmiştir. Bildiri'nin 1 maddesine göre "üye devletlerin yetki istismarını suç olarak yasaklayan kanunları gibi yürürlükte bulunan ceza kanunlarının eylem veya ihmal yoluyla ihlal edilmesi nedeniyle, bireysel veya toplu olarak, fiziksel veya ruhsal biçimde yaralanma da dahil olmak üzere manevi acılar çeken, ekonomik kayba uğrayan veya temel hakları esaslı bir biçimde zayıflayan ve bu suretle zarar gören kimseye 'mağdur' denir."

Bildiri'nin 8 maddesinde mağdurlara ve bunların ailelerine veya bakmakla yükümlü oldukları kimselere adil bir giderim vermesi gerektiği belirtilmiştir. 12. madde ise devletin tazminatı failden veya diğer kaynaklardan tam olarak karşılayamaması durumunda tazminat ödeme yükümlülüğünden bahsedilmektedir[11].

116 sayılı Sözleşmenin terör suçları mağdurlarının desteklenmesinde yetersiz kaldığından hareketle 16 Mayıs 2005 tarihinde 196 sayılı 'Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi' yürürlüğe konulmuştur[12].

Avrupa Konseyi'nin 15 Mart 2001 tarihli çerçeve kararı ile 14 Haziran 2006 tarihli ve 967. oturumda alınan (2006)8 sayılı tavsiye kararına göre mağdurlara ceza davası sırasında ve sonrasında her türlü sosyal, ekonomik ve psikolojik yardımın yapılması gerekmektedir. Bu yardımın sağlanabilmesi için ise suç mağdurlarına destek verebilecek özel birimlerin kurulması ve personellerin eğitilmesi önerilmiştir[13].

Özetle, şuandaki mevcut uluslararası belgelerde mağdur haklarını şöyle özetleyebiliriz: "1-) Saygı görme ve tanınma hakkı; 2-) Bilgi edinme hakkı; 3-) Bilgi sağlama hakkı; 4-) Yazılı ve sözlü çeviriden yararlanma hakkı; 5-) Mağdur destek hizmetlerine erişim hakkı; 6-) Hukuki yardım alma hakkı; 7-) Tazminat ve giderlerin geri ödenmesi hakkı; 8-) Korunma ve mahremiyet hakkı[14]."

9 Fatma Karataş Doğan, Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı, TBB Dergisi, 2011(95), s. 217.

10 Ibid, s. 217.

11 Ibid, s. 217.

12 Türkiye Sözleşmeyi 19 Ocak 2006 tarihinde imzalamıştır. 2011 tarihinde ise onaylanmıştır (Kanun No. 6135, Kabul Tarihi 23 Şubat 2011).

13 Doğan, Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı, s. 217.

14 Ivo Aertsen, Türkiye'de Mağdur Haklarının ve Mağdurlara Verilen Hizmetlerin Güçlendirilmesi: Etkin Uygulamaya

IV- Ulusal Hukuk Boyutu: Birleşik Krallık

Uluslararası hukukta mağdur haklarının ciddi anlamda korunduğu ortadayken ulusal hukukta bunun nasıl hayata geçirildiği ise daha önemlidir. Öncelikle 1998 yılında çıkarılan ancak 2000 yılında yürürlüğe giren İnsan Hakları Kanunu (Human Rights Act) ile birlikte Birleşik Krallık'ta mağdur haklarının daha da iyileştirildiğini belirtmem gerekiyor[15]. Bu Kanun AİHS'in bir kopyasıdır. Nitekim AİHS'in 1. ve 13. maddeleri dışında bütün temel hak ve özgürlükler aynen buraya aktarılmıştır. Bu anlamda Birleşik Krallık mahkemelerinin mağduru tanımlamasıda AİHM'in kararlarıyla paralel hale getirilmiştir.

Bu Kanun'un 7. bölümünde (section) mağdur kavramından bahsedilmekle birlikte tanımı verilmemiştir. Aynı bölümün 7. bendinde mağdur kavramını anlayabilmek için AİHS'in 34. maddesine atıf yapılmaktadır. AİHS'in 34. maddesinde ise şöyle denilmektedir: "Bu Sözleşme veya protokollerinde tanınan haklarının Yüksek Sözleşmeci Taraflar'dan biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir…"

Bu maddede mağdurun gerçek kişi, hükümet dışı kuruluşlar veya kişi grupları olabileceği belirtmektedir. Bunun içerisine tüzel kişileride dahil edebiliriz. Burda önemli olan tüzel kişiliğin 'hükümet dışı kuruluş' olmasıdır. Birleşik Krallık'ta yer alan Suçun Mağdurları için Uygulama Kanunu'nda (The Code of Practice for Victims of Crime) iş yerlerine tanınan hakları görmekteyiz[16]. Ancak Türkiye'de ki mağdur hakları ile ilgili hazırlanan taslak kanunda tüzel kişilikler dahil edilmemiştir[17].

Birleşik Krallık'ta mağdurun tam olarak neyi ifade ettiğini anlayabilmemiz için mahkeme kararlarına bakmak gerekmektedir. Nitekim, yerel Mahkemeler 'Klass v Almanya' kararı başta olmak üzere AİHM'in diğer kararlarına atıflar yapmaktadırlar[18]. Bu karara göre mağdur bir suçtan doğrudan etkilenen kişidir. Bu kişilere 'doğrudan mağdur' denilmektedir.

AİHM daha sonra 'dolaylı've 'potansiyel' mağdur kavramlarını geliştirmiştir[19]. Bu mağdur kavramlarıda yerel mahkemeler tarafından kabul görmüştür. Özellikle yaşam hakkına ilişkin ihlallerde doğrudan mağdurun ölmesi halinde dolaylı mağdur kavramı kapsamında 'next of kin' olarak akraba/hısım grubuna giren anne, baba, eş veya başka birisini kabul etmektedir[20].

Doğru, Mayıs 2014, ss. 10-11.

15 The Human Rights Act 1998 (c42), 9 Kasım 1998. 2 Ekim 2000 tarihinde ise yürürlüğe girdi.

16 Suçun Mağdurları için Uygulama Kodu (The Code of Practice for Victims of Crime), s. 79, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/476900/code-of-practice-for-victims-of-crime.PDF (Son erişim 10 Aralık 2016).

17 "Mağdur' kelimesi Sözleşme'nin 34. maddesi bağlamında, iddia edilen ihlalden doğrudan veya dolaylı olarak etkilenen kişileri ifade etmektedir. Bu nedenle 34. madde sadece iddia edilen ihlalin doğrudan mağdurlarını değil, ayrıca ihlalin zarar verdiği veya ihlalin sonlandırılmasını istemek için geçerli ve kişisel bir menfaati olan dolaylı mağdurları da ilgilendirmektedir (Vallianatos ve Diğerleri-Yunanistan [BD], § 47). Her ne kadar Mahkeme'nin başvuranın yerel yargılamalara taraf olduğu gerçeğini dikkate alması gerekse de (Aksu-Türkiye [BD], § 52; Micallef-Malta [BD], § 48), `mağdur` kavramı, dava açmadaki menfaate veya dava açma ehliyetine ilişkin iç hukuk kurallarından bağımsız bir şekilde ve özerk olarak yorumlanmaktadır (Gorraiz Lizarraga ve Diğerleri-İspanya, § 35). Bu kavram, zararın varlığını gerektirmemektedir (Brumărescu-Romanya [BD], § 50); sadece geçici hukuki etkileri bulunan bir eylem de yeterli olabilmektedir (Monnat-İsviçre, § 33)" (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kabul Edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi, Avrupa Konseyi: Strazburg, 2014, s. 15).

18 *Klass ve Diğerleri - Almanya* , 6 Eylül 1978, A Serisi No. 28.

19 *Campbell ve Cosans - Birleşik Krallık* , No. 7511/76, 16 Mayıs 1980.

20 *McCann ve Diğerleri - Birleşik Krallık* , 27 Eylül 1995, A Serisi no. 324; *Salman - Türkiye* [BD], No. 21986/93, AİHM 2000-VII; *Ramsahai ve Diğerleri - Hollanda* [BD], No. 52391/99, AİHM 2007-II.

Birleşik Krallık'ta 2004 yılında 'Civil Partnership Act' (Sivil Eşlik Kanunu) ile birlikte LGBTT kategorisindeki kişilerde en yakın akraba/hısım grubuna girmektedirler.

Mahkeme ayrıca potansiyel mağdur kavramını ilk *Dudgeon v. Birleşik Krallık*[21] davasıyla gündeme getirmiştir. Bu dava Ceza Hukuku Değişiklik Yasası 1885 (Criminal Law Amendment Act 1885)'ın eşcinsellere yönelik ayrımcı olduğunu iddia eden eşcinsellerle ile ilgilidir. Mahkeme sunulan deliller çerçevesinde kişinin haklarının ciddi anlamda ihlal edilme ihtimalinin olduğunu bundan dolayıda kendilerinin potansiyel mağdur olduğunu belirtmiştir. Potansiyel mağdur olabilmek için mağdur olunduğu sanısı veya şüphesi tek başına yeterli olmamaktadır. Başvuranın makul ve ikna edici deliller sunarak kişisel olarak kendisini etkileyen bir ihlalin meydana gelme ihtimalini ispatlaması gerekmektedir[22].

Mağdur çesitleri bu olmakla birlikte bir nokta çok önemlidir. Mağdurun tespiti yapılırken milleyetine bakılmamaktadır. Bu da aslında Sözleşme'nin 1. maddesinin devletlere yüklediği yükumlülükle ilgilidir. Nitekim bu maddede Sözleşmeci her bir devletin kendi yetki alanı içerisinde herkesin Sözleşme'de belirtilen hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlamakla görevli olduğu belirtilmektedir. Birleşik Krallık'ta da uygulamada yerel mahkemeler bu ilkeyi dikkatlice gözönüne almaktadırlar. Ancak Türkiye'de mağdur hakları ile ilgili yasa gözönüne alındığında, bu yasadaki Türk vatandaşı olmak veya en az 3 yıldır Türkiye'de yaşamak gibi kıstasların getirilmesi Sözleşme'nin 1. maddesinin açık ihlalini oluşturmaktadır[23].

Birleşik Krallık nitekim *Al-Skeini ve diğerleri* davasında Irak'ta ölen 6 Iraklı vatandaşın ailelerine 2. maddenin ihlalinden dolayı tazminat ödemek zorunda kalmıştır[24]. Çünkü, ihlalin olduğu dönemde olayın geçtiği Irak'ın Basra şehrinin kontrolünü Birleşik Krallık ordusu sağlamaktadır. Burda önemli olan bir bölgenin kontrol edilmesidir. AİHM Birleşik Krallık'ın yükumlülüklerini yerine getirmemelerinden dolayı tazminat ödemeye mahkum etmiştir[25].

Bunun dışında mağdur haklarında bir diğer önemli husus ise mağdurun mağduriyetini tazminat veya başka bir yolla giderecek olan hukuk yolunun süratıda dahil olmak üzere etkinliği meselesidir[26]. Bu noktada devletlerin AİHS'in 13. maddesi uyarınca taraflara etkin ulaşım yollarını sağlaması gerekmektedir. Ayrıca 6. madde kapsamında adil yargılanma hakkı kapsamında da devletlerin negatif ve pozitif yükumlülüklerininde olduğu unutulmamalıdır.

İnsan Hakları Kanunu'nun dışında Birleşik Krallık'ta suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinin kökenleri ilk olarak aslında 1964 yılında yapılan düzenlemelerle yani 'compensation order' (tazminat emiri) ile olmaktadır. Halen bu yaygın olarak kullanılmaktadır. 1964 yılındaki düzenlemeye göre Devlet'e suçtan zarar gören mağdurların zararlarının giderilmesi yükümlülüğü getirilmiş, ancak mağdurların zararın giderilmesini talep etme hakkı ozamanlar verilmemiştir. 1982 yılında yapılan yeni bir düzenleme ile mağduriyetin giderilmemesi halinde gerekçesinin açıklanması zorunluluğu getirilmiştir[27].

21 *Dudgeon - Birleşik Krallık* , 22 Ekim 1981, A Serisi no. 45; *Norris - İrlanda* , no. 10581/83, 26 Ekim 1988.

22 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kabul Edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi, s. 17.

23 Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı, 4. maddesi, b ve c bendleri.

24 *Al-Skeini ve Diğerleri - Birleşik Krallık* [BD], no. 55721/07, 7 Temmuz 2011.

25 Ayrica bkz. *Banković ve Diğerleri - Belçika ve Diğerleri* (k.k.) [BD], No. 52207/99, AİHM 2001-XII.

26 *Normann - Danimarka* (k.k.), no. 44704/98, 14 Haziran 2001; *Scordino - İtalya (no. 1)* [BD], no. 36813/97, AİHM 2006-V; *Jensen ve Rasmussen - Danimarka* (k.k.), no. 52620/99, 20 Mart 2003.

27 Doğan, Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı, s. 217.

Mağdur Tüzüğü (Victim's Charter) ise 1990 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşme cezai adalet kurumları'dan -örneğin mahkemeler ve polisten- neler beklenmesi gerektiğini belirtmektedir. Mağdurların talep haklarının olduğunu inandıkları haklara sahip olamamaları halinde ne yapabileceklerine ilişkin bir belgedir. Bu metin 1996 yılında güncellenmiştir. Bu güncellemeyle kolluk kuvvetlerine, savcılara ve hakimlere kararlarını verirken mağdur tarafınca verilen ifadelerin göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir.

Bu belge daha sonradan yani 18 Ekim 2005 yılında Suçun Mağdurları için Uygulama Kanunu (The Code of Practice for Victims of Crime) adlı belgeye yerini bırakmıştır. Söz konusu bu belge ise Nisan 2006 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu belgeye göre mağdurların cezai adli sistemden en minimum seviyede servis almaları düzenlenmektedir. Bu belge bütün cezai adlı mekanizmalarını yani polis, Cumhuriyet Savcılığı (Crown Prosecution Service - CPS), Mahkeme Servisleri ve Gözetim Servisi (Denetimli Serbestlik Servisi) kapsamaktadır.

Mağdur olduğuna inanan bir kişi haklarının ihlal edildiğini düşünüyorsa polis veya cumhuriyet savcılığına başvuru hakkına sahiptir. Halen sunulan mekanizmaların etkinliğinden memnun olunmaması halinde Parlemento veya mağdur hakları ile ilgilenen şikayetlerden sorumlu Omdusman'a başvuru yapılabilinmektedir. Omdusman'a başvuru yapabilmek için ise bölge milletvekiliyle bağlantıya geçmek gerekmektedir. Omdusmanlar kamudan gelen doğrudan şikayetlerle ilgilenmemektedirler.

Bu belgeye göre temel mağdur haklarının şunlar olduğunu şöyle özetleyebiliriz:

Polis tarafından soruşturmaya ilişkin düzenli bilgilendirilme.

Failin tutuklanması, kefalet ile serbest bırakılması veya mahkum olması halinde bu konularda mağdur bilgilendirilmeli.

Savunmasız, korkmuş veya çocuklar için ekstra yardım almak için başvuru yapılabilmesi. Buna 'özel önlemler' (special measures)[28] denilmektedir. Bu özel önlemler mahkemede mağdurların delil verdiğinde özellikle alınmaktadır.

Tazminat hakkı. Mahkeme tazminata hükmederse cezadan ayrı olarak sanığı tazminata da hükmeder. Bu ödeme yapılmazsa tutuklama kararı verilebilinir veya 12 aya kadar hapsi uygulanabilinir. Ayrıca şiddet suçu mağdurları Suç Zararlarını Tazmin Birimi'ne (Criminal Injuris Compensation Authority) başvuru yapıp, zararlarının tazminini isteyebilir[29].

Mahkemenin izin vermesi halinde mağdur 'Victim Personal Statement' (Mağduriyete İlişkin Kişisel İfade) verme hakkına sahiptir. Bu ifade suçun etkileri üzerinedir. Bu 2013 yılında yapılan değişiklikle sağlanmıştır.

'Restorative justice schemes' yani 'onarıcı adalet programları' hakkında bilgi sahibi olmak. Buda 2013 yılında yapılan değişiklikle sağlanmış.

'Mağdurların Desteklenmesi Servisleri'ne (Victims' Support Services) mağdurun havale edilmesi. Mağdurun muhakeme dışında korunmasının yanında muhakemede kendisine destek olunması mağdurla ilişkinin merkezini oluşturmaktadır. Bu koruma 1979 yılında kurulan hükümet dışı ulusal bir kuruluş

28 Bu özel önlemlere ilişkin mahkemelere basının veya kamuoyunun sokulmaması, şahitlerin ve mağdurun faille veya ailesiyle yüzleşmemesi için video ile ifadesinin alınması örnek gösterilebilinir.

29 Ayrıntılar için ayrıca bkz. Olgun Değirmenci, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları, TBB Dergisi 77 (2008), s. 73.

olan 'Victim Support' (Mağdur Destek Birimi) tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu Destek Birimi bütün mağdurlara hizmet sunmaktadır. Bunun içerisine şekli olarak ceza muhakemesine konu olan eylemlerin mağdurlarıda dahildir[30].

Takipsizlik kararı verilmesi halinde kararın gözden geçirilmesini talep etme hakkı.

Bu belge yürürlüğe girmesinden beri iki kere güncellenmiştir. En son yapılan değişiklikler Ekim 2015 tarihli olup 25 Ekim 2012 tarihli 'Avrupa Birliği'nin Mağdurlarla ilgili Direktifine'[31] uygun hale getirilmiştir. Bu değişiklikler şöyledir:

Mağdur kavramının kapsamı genişletilmiştir. Bütün suçların mağdurları koruma altına alınmıştır. Bu değişiklikten önce bazı suçlardan -örneğin dikkatsiz araç kullanma veya bazı ikincil nitelikteki suçlardan dolayı mağdur olanlar- bu Belge'nin koruması altında değildirler.

Mağdurlar kamu alanındaki kuruluşların hepsinden destek ve bilgi alma hakkına sahiptirler. Örneğin, HMRC yani Vergi Dairesi, Fraud Office yani Dolandırıcılık Ofisi veya Ulusal Suç Ajansı (National Crime Agency) yani polisin mağdurlara yönelik bu belge ışığında sorumlulukları vardır.

Suçu bildiren bütün mağdurlar polisten suç duyurusunda bulunduğuna dair bir çesit yazılı teyit alma hakkına sahiptirler.

Özetle, Birleşik Krallık'daki ceza muhakemesinde mağdur mahkemeyi ihbar üzerine harekete geçirebilir. Tanık statüsü dışında özel bir rolü yoktur. Nitekim, suçtan zarar gören soruşturma ve kovuşturma sırasında tanık olarak haklara sahiptir. Mahkumiyet kararının kesinleşmesiyle mağdur statüsü kazanılmaktadır. Teorik olarak kamu davasını açma yetkisi bir resmi kuruma ait değildir. Ancak uygulamada Cumhuriyet Savcılığı (Public Prosecution Service) bunu yapmaktadır[32]. Bir diğer değişle Kıta-Avrupasından farklı olarak "şahsi hak davası hiçbir dönemde benimsenmemiştir. Suçtan kaynaklanan özel hukuka ilişkin taleplerin ceza muhakemesinde talep edilmesi konusunda İngiliz Ceza Muhakemesi mağdura pasif bir katılım rolü tanımaktadır. Bununla birlikte, bu konuda bir talep bulunmasa dahi, mahkemenin, mahkûmiyet kararıyla birlikte tazminata hükmetmesine olanak tanınmıştır. Tazminatın miktarı mahkemenin takdirine bırakılmıştır[33]." Kıta Avrupası'na göre daha etkili bir mağdur hakları mekanizmasına sahip olan Birleşik Krallık'ta devlet mağdur olana failin kavuşturulup mahkum olmasını gözetmeden zararın giderilmesini de sağlayabilmektedir[34].

İskoçya'da ise Birleşik Krallık'taki diğer ülkelerle (İngiltere, Galler ve Kuzey İrlanda) ile benzerlikler bulunmaktadır. Burda da Avrupa Birliği'nin 2012/29/EU sayılı Direktifi uyarınca 'Mağdurlar ve Tanıklar İçin İskoçya Yasası' hazırlanmış ve bu yasa 2014 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu Yasada İngiltere, Galler ve Kuzey İrlanda'dan farklı olarak "mağdur tanımı, geniş tutulmuş; sadece suç mağdurlarını değil tüm mağdurları kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Yasada, mağdur ve tanık hakları, verilecek hizmetler, hizmet verilmesinde uyulması gereken yeni standartlar, mağdurlarla ilişkisi olan polis, savcılık, mahkeme, cezaevi, mağdur destek birimi gibi kurumlar düzenlenmektedir. Nitekim, 'Mağdur Bilgisi ve Tavsiye Servisi' (Victim Information and Advice

30 Veli Kafes, Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi, AUHFD 60 (1) 2011, s. 113.

31 Directive 2012/29/EU, 25 Ekim 2012. Bu Direktif uyarınca üye devletlerin ilgili ulusal hukuktaki düzenlemeleri için 16 Kasım 2015 tarihine kadar süre verilmiştir. Bkz. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0029&from=EN (Son erişim 10 Aralık 2016).

32 Kafes, s. 113.

33 Ibid, s. 113.

34 Ibid, s.113; Ayrıca bkz. Yıldız, Ali Kemal, Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Suçtan Zarar Gören Şikayetçi, Seçkin Yayınevi: Ankara, 2008, s. 74.

Service) 2003 yılından beri faaliyettedir[35]."

V- Sonuç

Anglo Sakson hukukunda mağdur zararlarının nasıl giderileceğine dair mekanizmaların kökenleri bahsettiğim gibi 1485 tarihine kadar uzanmaktadır. Tamamiyle yazılı bir anayasanın olmamasına rağmen sosyal bir hukuk devletinin gelişmiş olduğu Birleşik Krallık'ta mağdur hakları farklı güvencelere alınmıştır. Özellikle mağdur haklarına ilişkin uluslararası hukuktan doğan görevler çerçevesinde 1990 yılından beri ciddi iyileştirmeler yapılmıştır. Nitekim, gelinen aşamada -tabiiki eksiklikler vardır, dört dörtlük bir sistem diyemeyiz- özelde mağdur haklarına genel de ise insan haklarına ilişkin ciddi iyileştirmeler yapılmıştır. Bu güvenceler başlangıçta da bahsettiğim gibi faille mağdur arasındaki tansiyonu düşürmekte ve mağdur için tam olarak adaletin sağlandığı duygusunu vermektedir. Bu anlamda mağdurun sadece maddi değil sosyal ve psikolojik zararlarının giderilmesi önemlidir.

Uluslararası hukuktan doğan negatif ve pozitif yukümlülükleri doğru bir şekilde anlamak ve bu görevlerin çerçevesinde gerekli olan adımları atmak çok önemlidir. Türkiye'de Mağdur Haklarına ilişkin halen bir kanunun çıkarılmadığı bir süreçte Birleşik Krallık'a ilişkin yakından bir karşılaştırmalı çalışmanın yapılmasının bu alanda çalışan uzmanlara faydalı olacağını umut etmekteyim.

35 Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, Birleşik Krallık Ceza Adalet Sisteminde Mağdur Hakları ve Hizmetleri, Adalet Bakanlığı: Ankara, 2014, s. 25.

VICTIMS' RIGHTS IN THE UNITED KINGDOM IN CONSIDERATION OF THE INTERNATIONAL LAW

Assoc. Prof. Özgür H. Çınar *

Abstract

First of all, an overall presentation on how victims' rights are guaranteed within the international law will be made in this presentation. Moreover, how the rights of victims in the United Kingdom, the home of Anglo-Saxon Law, were developed within the framework of international law with such a comparative analysis, it is aimed to contribute to the literature on victim rights in Turkey

Keywords

Victims' rights, International Law, Anglo-Saxon Law System, United Kingdom, Turkish Law, Comparative Law.

I. Introduction

One of the main objectives of Criminal Law is to rebuild the public order which has been deranged by the offender and thus ensure social peace. The state is obliged to indemnify the losses of the victim as part of its negative and positive liabilities. These losses may be psychological, social or material, depending on the situation. The main duty of the state in indemnifying this type of loss of the victim stems from both the necessity of the social law state and the publicity principle of the criminal law. When the victim's losses are indemnified, the victim will avoid being alone, and the conflict between the offender and the victim will de-escalate. In short, in order for justice to be served fully, it is highly important that the victim be reimbursed[1].

Since 1980, victims' rights in international law have been started to be scrutinized and secured. Despite these guarantees, some countries in the world still aren't able to fulfil their duties regarding victims' rights. There are also countries in which victims' rights are at an advanced level. The leading country in this group is the United Kingdom, which is the homeland of the Anglo-Saxon Law System. In this country, where there isn't a fully written single Constitution, the law called "common law" allocated over legal laws and jurisprudence The roots of the Anglo-Saxon Law date back to the 11th century. It has been understood in the 15th century that a law system based on laws will not indemnify the losses of victims. Hence, the Equity Law has been developed on the basis of "Conscience of the King" in 1485. With this law, justice has been tried to be served by indemnifying the losses of those who were essentially victimized.

The human rights standards in victims' rights in the United Kingdom have been further improved after the 1990s. The impact of the decisions made by the European Court of Human Rights (ECHR) has been felt especially more strongly. Victims' rights in the United Kingdom have gained a different dimension along with the Human Rights Act of 1998. In 2005, the Victims' Charter of 1990 has been replaced by The Code of Practice for Victims of Crime. The main elements of these documents are mentioned within this transcript along with the close examination

* Assoc. Prof., BPP University, London.

1 Fatma Karakaş Doğan, Uluslararası Düzenlemeler Işığında Mağdur Haklarının ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi, p. 1027, http://magdur.adalet.gov.tr/kaynaklar/bilimsel_belgeler/diger_belgeler/uluslararasi_duzenlemeler_isiginda_magdur_haklarinin_ve_suc.pdf (Last accessed on December 10, 2016).

of the rulings of the European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes by the State and ECHR. At this point, a short description on how the ECHR defines a victim and the liabilities of the government as part of the European Convention on Human Rights (ECHR) will be provided.

Herewith, how victims' rights were improved in the United Kingdom, the homeland of the Anglo-Saxon Law, within international law will be elucidated. The aim of this presentation is to make a contribution in the literature of Turkey in the field of victims' rights. Thus, taking into consideration that the Turkish Law System is based on the civil law system, the roots of the Anglo-Saxon Law and the how the victims' rights are secured will give the experts in Turkey in the field a different point of view.

II. Introduction to the Common Law System

In the United Kingdom, the Anglo-Saxon law, i.e. the common-law (consuetudinary/decisional law) is in force. While judicial decisions are of quite great importance in this law system, they are very much influential on laws within the scope of the Parliamentary Supremacy principle. In the United Kingdom there is no single complete Constitution in written. In other words, there is an 'uncodified' constitution. The United Kingdom has got a non-Republican, however unitary and flexible constitution. The Constitution in question has got seven sources. Among these sources, laws, the decisional law, EU Law and Royal Prerogative Powers are the ones that are legally binding. Political conventions, customs, and academic opinions are sources that are not legally binding, but are actually binding in the political sense[2].

The roots of this legal system extend back to the 11th century. Until before 1066, there was no single legal system in the United Kingdom. Different legal systems were implemented in each region. There were the Celtic civilizations in the West and Vikings in the Northeast. In 1066, the transition to a centralized legal system began with the Normandy, i.e. French occupation. Centralized courts were established between 1066 and 1485, and written laws were accepted[3].

With the increase in public complaints that the laws of 1485 were insufficient for indemnifying victims' losses, Henry VII, the King at that time, has made decisions according to his own conscience in order to ensure the recovery of the loss of real victims. As a matter of fact, we should not be surprised to see such an approach when we consider that the King saw himself as the law at that time. Upon this development, the 'Equity Law' began to develop in the United Kingdom. It is still applied as an essential element of this Anglo-Saxon legal system. I should even mention that in times of conflict with the 'common law', the 'equity law' is taken into account. The essence of equity law is based on the concept of 'clean hands'. In other words, the victim should have been seriously victimized. If this is the case, it is possible for the victim to be protected by the government. At this point, I would like to mention a precedent case also taught in the law faculties in the United Kingdom.

The case in question is the *Tinsley v Milligan* case[4]. In this case, two women buy a house together. However, Mrs. Tinsley takes on the mortgage in her name. Hence, the title deed is in her name too. However, Mrs. Milligan pays Mrs. Tinsley half of the mortgage payment every month. The couple, after a while, decides to separate upon ending their relationship. The common law courts give the house to Mrs. Tinsley, on the grounds that the house belongs to Mrs. Tinsley

2 Nick Howard, Beginning Constitutional Law, Taylor and Francis: London, 1st Edition, 2013.

3 John Hamilton Baker, an Introduction to English Legal History, Butterworths LexisNexis: London, 2002; Martin Partington, Introduction to the English Legal System, Oxford University Press: Oxford, 2011.

4 *Tinsley v Milligan* [1993] UKHL 3; CA [1992].

according to the title deed. However, when Mrs. Milligan applied to the Equity Court, the court stated that she will be victimized in the event that the common law is abided by, because in that case merely the land registration would be observed, and that half of the house belongs to her. Of course, this example is within the scope of private law. However, it is still important in the sense that it provides an insight to the effect of the equity law in protecting the victim from losses[5].

The expansion of the sphere of influence of written laws on victims' rights occurred after 1990. After these years, victims' rights in private and human rights in general have developed significantly in the United Kingdom. The United Kingdom prior to 1990 was a constrained country in terms of human rights standards. As a matter of fact, many decisions have been made regarding the United Kingdom before ECHR for the conflicts with the Irish Liberation Army. Moreover, the United Kingdom was one of the top five countries that violated the ECHR[6]. When we look at particularly the decisions of the court directed at Articles 5 and 6, we can see that it has basically established its court practices through cases related to the United Kingdom[7].

However, serious improvements have been made to human rights since 1990. Consequently, according to the ECHR's annual report of 2015, the number of cases brought from the United Kingdom in 2015 according to the population of the country is 0.09 (575). Between 1959 and 2015, a total of 526 decisions were made concerning the United Kingdom, of which only 305 resulted with a violation ruling. On the other hand, 1053 decisions have been made regarding Turkey, and 1036 cases have ended up with a decision of violation. According to the population, this is 0,028 (2,208)[8]

According to these results, the United Kingdom is no longer among the top countries violating the Convention. One of the main reasons for this is the fact that it takes its liabilities it has undertaken as part of the international Conventions it has become a party to, and especially ECHR, and that it has made the mechanisms within the national law more effective. In this sense, it would be useful first to look at the international standards on victim rights. Such a review would also help to understand the duties of states resulting from international law.

III. Victims' Rights in International Law

The Council of Europe first adopted the Recommendation on the Compensation of Victims of Crime No. 77 (27) in 1977. The impact of this study has led to the publication of the European Convention on the State's Compensation of Victims of Violent Crime No. 116. The Convention, opened for signature on November 24, 1983, entered into force on February 1, 1988. The United Kingdom signed this Convention on November 24, 1983 and brought it into force on 1 June 1990. Turkey ratified the Convention on April 24, 1985, but has not yet enacted the law on its ratification.

It is stated as per the Convention that, if the casualty is a criminal offence resulting in injury or death, it is necessary for the state to pay compensation to the victim. The important thing here is not the victim's nationality. What's important is that there is a crime committed in the country of

5 Also see case: *D & C Builders v Rees* [1966] 2 WLR 28 related to the issue.

6 European Court of Human Rights, Annual Report for 2015, European Council: Strasbourg, http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2015_ENG.pdf (Last accessed on December 10, 2016).

7 For sample cases, see. Ireland - United Kingdom, January 18, 1978, Series A no. 25; McVeigh et al. - United Kingdom, nos. 8022/77, 8025/77, 8027/77, Commission Report of March 18, 1981; Monnell and Morris v. United Kingdom, March 2, 1987, Series A no. 115; Ashingdane - United Kingdom, May 28, 1985, Series A no. 93; Golder - United Kingdom, February 21, 1975, Series A no. 18; H. - United Kingdom, July 8, 1987, Series A no. 120.

8 European Court of Human Rights, Annual Report for 2015, European Council: Strasbourg, http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2015_ENG.pdf (Last accessed on December 10, 2016).

the member state. The State is obliged to pay damages to persons who have been seriously injured or whose health has been impaired, and relatives of those who have passed away due to such offences. However, according to the convention, payment of compensation by the state is possible only when compensation payment by other sources is not possible[9].

The Committee of Ministers of the Council of Europe adopted Recommendation No. 85 (11) on the Position of the Victim in the Frame of Criminal Law and Criminal Procedure in 1985, and Recommendation No. (87)21 on the Victims' Assistance and Prevention of Victimization in 1987. The striking aspect in these recommendations is that the rights and dignity of the victim is not to be violated at all stages of the judgement process. In other words, the confidentiality of private life must be preserved in the stages of both investigation and trial, and if necessary due to the type of crime, the security of the victim and their family should be ensured[10].

Besides the aforementioned, the 'Declaration of Fundamental Principles on Justice for Victims of Crime and Authority Exploitation' is also an important document in terms of victims' rights. The Declaration has been adopted with the decision no. 40/34 dated November 29, 1985 of the UN General Assembly with the recommendation of the Seventh United Nations Congress held between August 6-September 6, 1985 in Milan on the 'Prevention of Crime and Rehabilitation of Criminals'. According to Article 1 of the Declaration, "a 'victim' is a person who has suffered morally as an individual or collectively, including physical or mental injuries, who has incurred economic losses or a person whose basic rights have weakened substantially resulting in the suffering of the individual, due to the violation through an act or neglect of the criminal laws in force such as those which forbid the abuse of authority of the member states as a crime"

It is stated in Article 8 of the Declaration that victims and their families, and those who the victims are obliged to look after, should be given a fair remedy. Article 12 mentions the obligation of the state to pay compensation in case it is unable to fully obtain the compensation from the offender or other sources[11].

As the Convention No. 116 was insufficient in supporting the victims of terrorism, the 'Council of Europe Convention on the Elimination of Terrorism' numbered 196 on 16 May 2005 was put into effect[12].

With the framework decision of the Council of Europe dated March 15, 2001 and according to the recommendation no. (2006)8 of the 967th session and dated June 14, 2006, every kind of social, economic and psychological support is required to be provided for victims during and after criminal cases. And in order for this support to be able to be provided, it was recommended that special units and personnel able to support the victims be established and trained[13].

In sum, we can summarize victims' rights in current international documents as follows: "1-)The right to be respected and recognized; 2-) The right to obtain information; 3-) The right to provide information; 4-) The right to benefit from document translation and oral interpretation; 5-) The right to access victim support services; 6-) The right for legal support; 7-) The right to the

9 Fatma Karataş Doğan, Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı, TBB Dergisi, 2011(95), p. 217.

10 Ibid, p. 217.

11 Ibid, p. 217.

12 Turkey has signed the Convention on January 19, 2006. It was ratified in 2011. (Law No. 6135, date of acceptance February 23, 2011).

13 Doğan, Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı, p. 217.

reimbursement of compensation and expenses; 8-) The right of protection and confidentiality[14]."

IV. National Law Dimension : The United Kingdom

When it is apparent that victims' rights are substantially protected within the international law, how this applies to the national law is of greater importance. First of all, we need to emphasize that the rights of victims in the United Kingdom have been further improved together with the Human Rights Act, which was enacted in 1998 but entered into force in 2000[15]. This law is a copy of the ECHR. As a matter of fact, all basic rights and freedoms except Articles 1 and 13 of the ECHR have been directly copied. In this sense, the identification of the victims of the United Kingdom courts has been made parallel to the decisions of the ECHR.

Even though the victim concept has been mentioned within Section 7 of this Law, its definition hasn't been made. Article 34 of the ECHR has been referenced in order to understand the victim concept within the 7th clause of the same section. Article 34 of ECHR indicates as follows: "Every natural entity, non-governmental organization or group of persons claiming to have become a victim due to the violation of the rights within this Convention or its protocols by one of the High Contracting Parties may apply to the court…"

The article states that the victim may be a natural person, non-governmental organizations or a group of persons. We can also include legal entities here. The important thing at this point is the legal entity being a "non-governmental organization". In the Code of Practice for Victims of Crime in the United Kingdom, we see the rights given to businesses[16]. However, legal entities haven't been included in the draft law prepared on victims' rights in Turkey[17].

In order to comprehend what exactly a victim is for the United Kingdom, it is necessary to look into court rulings. Hence, local Courts reference other decisions of the ECHR, particularly the 'Klass v Germany' decision[18]. According to this decision, a victim is the person who has been directly affected by a crime. These people are called "direct victims".

The ECHR developed the notions of 'indirect' and 'potential' victims later on[19]. These notions have also been accepted by local courts. Especially in violations regarding the right to live, in the event of the direct victim's death, the mother, father, spouse or any other person within the relative/cognate group as a 'next of kin' is considered within the definition of an indirect victim[20].

14 Ivo Aertsen, Türkiye'de Mağdur Haklarının ve Mağdurlara Verilen Hizmetlerin Güçlendirilmesi: Etkin Uygulamaya Doğru, Mayıs 2014, p. 10-11.

15 The Human Rights Act 1998 (c42), November 9, 1998. Entered into force on October 2, 2000.

16 Suçun Mağdurları için Uygulama Kodu (The Code of Practice for Victims of Crime), p. 79, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/476900/code-of-practice-for-victims-of-crime.PDF (Last access December 10,2016).

17 "The word 'victim' refers to persons who are directly or indirectly affected by the alleged violation in the context of Article 34 of the Convention. For this reason Article 34 concerns not only the direct victims of the alleged violation but also the indirect victims of whom the violation is harmful or has a valid and personal interest in seeking termination of the violation (Vallianatos et al. v. Greece [GC], § 47). Although the Court has to consider the fact that the applicant is a local prosecution party (Aksu v. Turkey [GC], § 52, Micallef - Malta [BD], § 48), the concept of "victim" (Gorraiz Lizarraga et al. - Spain, § 35), independent of the relevant domestic rules of law. This concept does not require the existence of harm (Brumărescu - Romania [BD], § 50); (Monnat - Switzerland, § 33) "(European Court of Human Rights, Guidelines for the Application of Acceptability Criteria, Council of Europe: Strasbourg, 2014, p.15).

18 *Klass et al. - Germany,* September 6, 1978, A Series No.28

19 *Campbell and Cosans - United Kingdom* , No.7511/76, May 16, 1980.

20 *McCann et al. - United Kingdom*, September 27, 1995, A Series No.324; *Salman - Türkiye* [BD], No.21986/93, AİHM 2000-VII; *Ramsahai et al. - Netherlands* [BD], No.52391/99, AİHM 2007-II.

Members of the LGBTT community are also included in the relative/cognate group since the Civil Partnership Act of 2004 in the United Kingdom.

The court also brought the potential victim notion forward in the *Dudgeon v. United Kingdom*[21] case. This case is also related to the homosexual community claiming that the Criminal Law Amendment Act of 1885 is discriminative against the homosexuals. The court has stated that within the scope of the evidence submitted, there is a chance that the rights of the person may seriously be violated and thus the person is a potential victim. The assumption or suspicion that one is a victim is not enough in order to be deemed a potential victim. The applicant must submit reasonable and convincing evidence and prove the possibility of a violation that will affect them personally[22].

These stated are the types of victims; however, one point in particular is quite important. When determining the victim, the nationality isn't taken into consideration. This is actually about the liability attributed to the states by Article 1 of the Convention. This article indicates that each state is liable for ensuring that everyone within their jurisdiction benefits from the rights and freedoms stated within the Convention. In practice, in the United Kingdom, local courts take this principle seriously. However, when the law on victim rights in Turkey is taken into consideration, the introduction of such criteria as the requirement of being having lived in Turkey for 3 years or being a Turkish citizen constitutes a clear violation of Article 1 of the Convention[23].

The United Kingdom, as a matter of fact, was obliged pay compensation to the families of 6 Iraqi citizens who had died in Iraq due to the violation of Article 2 in the *Al-Skeini et al.* case[24]. Because in the period when the violation occurred, the control of the Iraqi city of Basra was in the hands of the army of the United Kingdom. The important thing here is a region being controlled. The ECHR has condemned the United Kingdom to pay compensation due to its failure in fulfilling its obligations[25].

Apart from that, another important issue in victims' rights is the issue of effectiveness, including the speed, of the remedy that will relieve the victimhood of the victims through a compensation or any other way[26]. At this point, governments should provide parties with effective ways of access as per Article 13 of the ECHR Convention. It should also be noted that governments have the negative and positive liabilities as part of fair justice under article 6.

Aside from the Human Rights Act, the roots of eliminating the victimhood resulting from crime in the United Kingdom date back to the regulations of 1964, i.e., the compensation order. This regulation is still used commonly to this day. In the regulation of 1964, the obligation of compensating the loss of victims who have been harmed from a crime had been imposed, however the right to request compensation hadn't yet been given to victims. With a new regulation in 1982, the obligation to profess the rationale in the event of the victimhood not being relieved has been imposed[27].

21 *Dudgeon - United Kingdom*, October 22, 1981, A Series No. 45; *Norris - Ireland*, No. 10581/83, October 26, 1988.

22 European Court of Human Rights, Application Guide for Eligiblity Criteria, p. 17.

23 Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı, Article 4, clauses b and c.

24 *Al-Skeini et al. - United Kingdom* [BD], No.55721/07, 7 Temmuz 2011.

25 Also see. *Banković et al. - Belgium et al.* (k.k.) [BD], No.52207/99, AİHM 2001-XII.

26 *Normann - Denmark* (k.k.), No.44704/98, June 14, 2001; *Scordino - Italy (No. 1)*[BD], No.36813/97, AİHM 2006-V; *Jensen and Rasmussen - Denmark* (k.k.), No. 52620/99, March 20, 2003.

27 Doğan, Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı, p. 217.

The Victim's Charter, on the other hand, has come into force in 1990. This Convention indicates what to expect from criminal justice institutions –for example courts and police-. It is a document on what victims can do if they are unable to claim the rights they believe they have. The text has been updated in 1996. This update informed law enforcement agencies, prosecutors and judges that the statements made by the victim must be taken into consideration when making a decision.

This document later, became known as The Code of Practice for Victims of Crime on October 18, 2005 later on. This aforementioned document was put into force in April 2006. According to this document, victims are provided with the minimum level of service from the criminal justice system. The document includes all criminal justice mechanisms, i.e. the police, the Crown Prosecution Service – CPS, Court Services and Surveillance Service (Probation).

If a person who believes they are a victim thinks their rights have been violated, they have the right to apply to the police or the public prosecution office. In the event that the victim is still not satisfied with the efficiency of the mechanisms provided, they may apply to the Parliament or Ombudsman responsible for complaints on victims' rights. In order to be able to apply to the Ombudsman, the district deputy must be contacted. Ombudsmen aren't interested in direct to complaints directly from the public.

We can sum up the basic victims' rights according to this document as follows:

Regular informing of the investigation by the police

Victim must be informed regarding the arrest, release on bail, or conviction of the offender when they occur

Ability to apply for extra support for the defenceless, frightened or children. These are called special measures[28]. These special measures are taken particularly when victims provide evidence in court.

The right to compensation. If the court decides on compensation, it also decides on the compensation of the offender apart from the penalty. If this payment is not made, an arrest warrant may be issued or imprisonment up to 12 months may be decided on. Also victims of a violent crime may apply to the Criminal Injuries Compensation Authority and request a compensation for their loss[29].

If the courts permit, the victim has the right to make a 'Victim Personal Statement'. This statement will be on the effects of the crime. It was provided through the amendment of 2013.

The victim must be informed on when the offender will be released. It occurs when the offender is condemned to a year or more time of imprisonment.

Obtaining information on the 'Restorative justice schemes'. This was also provided with the amendment of 2013.

Referring the victims to the Victims' Support Services. In addition to protecting the victim outside court, support for the victim in court forms the basis of the relationship with the victim. This protection is carried out by Victim Support, a national non-governmental organization founded in 1979.

This Support Unit provides services for all victims. This includes victims of actions subject to criminal court in terms of its form[30].

28 Closing the courts to the press or public, taking video statements in order for the victim to avoid facing the offender or their family can be held up as examples to these special measures.

29 For details also see. Olgun Değirmenci, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları, TBB Dergisi, 77 (2008), p. 73.

30 Veli Kafes, Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi, AUHFD 60 (1) 2011, p. 113.

The right to demand that the decision be reviewed in case of a decision of non-prosecution.

This document has been updated twice since its date of effect. The last amendments have been made in October 2015, with which it has been made in compliance with the European Union Directive on Victims dated October 25, 2012[31]. These amendments are as follows:

The scope of the notion of 'victim' has been expanded. Victims of all crimes have been taken into protection. The victims of certain crimes –such as reckless driving or some crimes of secondary quality- weren't under the protection of the Document prior to the amendment.

The victims have the right to receive support and information from all public organizations

For example, the HMRC, i.e. the Tax Office, the Fraud Office, or the National Crime Agency, i.e. the police, all have responsibilities against the victims in the light of this document.

All victims who report the crime are entitled to some sort of written confirmation on their denunciation from the police.

In short, the victim may prompt the court upon a denunciation in the code of criminal procedure in the United Kingdom. They have no special role other than the witness status. Hence, those who have been harmed by the crime have certain rights during investigation and prosecution. The victim status is gained by the finalization of the conviction decision. Theoretically, the authority to initiate a criminal case does not belong to a governmental agency. However, the Public Prosecution Service does this in practice[32]. In other words, as distinct from Continental Europe, "individual rights cases have never been adopted. The British Criminal Court entitles the victim to a passive participation role in making requests related to private law arising from a crime. However, even if there is no demand in this regard, it has been allowed for the court to award compensation together with the sentence of conviction. The amount of compensation has been left to the discretion of the court[33]." In the United Kingdom, which has a more effective victims' rights mechanism than Continental Europe, the state can also ensure that the victim is relieved from loss regardless of whether the offender is arrested and convicted[34].

In Scotland, on the other hand, there are similarities with other countries of the United Kingdom (England, Wales and Northern Ireland). Here, the 'Scottish Law for Victims and Witnesses' was drafted in accordance with the European Union's Directive No. 2012/29 / EU and this law entered into force in 2014. In this law, unlike England, Wales and Northern Ireland, the net of the definition of "victim" has been cast wider; and it has been regulated to include not only crime victims, but all victims in general. The law regulates victim and witness rights, services to be provided, new standards to follow in providing the services, and institutions such as the police, prosecution, court, penal institutions, and victim support units. Hence, the 'Victim Information and Advice Service' has been operating since 2003[35]."

31 Directive 2012/29/EU, October 25, 2012. As per this Directive, time has been given until November 16, 2015 for member states' regulations on relevant national law. See. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0029&from=EN (Last access December 10, 2016).

32 Kafes, p. 113.

33 Ibid, p. 113.

34 Ibid, p.113; Also see Yıldız, Ali Kemal, Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Suçtan Zarar Gören Şikayetçi, Seçkin Yayınevi: Ankara, 2008, p. 74.

35 Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, Birleşik Krallık Ceza Adalet Sisteminde Mağdur Hakları ve Hizmetleri, Adalet Bakanlığı: Ankara, 2014, p. 25.

V. Conclusion

As I mentioned earlier, the origins of the mechanisms on how victim harm Anglo-Saxon law have been eliminated are as far back as 1485 Victims' rights in the United Kingdom, where a social law state has developed, although there is no completely written constitution, have been secured differently. Significant improvements have been made since 1990, particularly within the framework of the duties that arise from the international law victim rights. Thus, where we stand now -of course there are some deficiencies, we cannot say it's a perfect system-, serious improvements have been made regarding victims' rights in particular and human rights in general. These safeguards, as I mentioned while starting off, reduce the tension between the victim and the offender and give the feeling that justice is fully served for the victim. In this sense, it is important that the victim be compensated not only materially but also socially and psychologically.

It is very important to correctly understand the negative and positive obligations arising from international law and to take the necessary steps within the framework of these duties. I hope that, in a time when a law regarding Victims' Rights still hasn't been enacted in Turkey, experts working in this field will benefit from a close comparison examination on the United Kingdom.

SUÇ MAĞDURLARINA YENİ YAKLAŞIMLAR: TÜRKİYE ÖRNEĞİ

Muhittin Özdemir*

Kuruluş Süreci

Günümüz ceza hukuku sisteminde cezalandırıcı adalet anlayışından onarıcı adalet anlayışına geçiş sağlanmış ve bu doğrultuda mağdurun maddi ve manevi zararlarının telafi edilmesi anlayışı ön plana çıkmıştır. Ayrıca temel insan hakları arasında yer alan ve hukukun üstünlüğü ilkesinin önemli bir parçasını oluşturan adalete erişim konusu mağdurlar açısından özellikle de kırılgan gruba mensup olan kadınlar ve çocuklar açısından çok daha fazla önem arz etmektedir. Toplum içerisinde dezavantajlı durumda bulunan kadınlar ve çocukların adli süreçte desteklenmesi ve adalete erişim hakkından eşit olarak yararlanmaları için yasal, kurumsal, sosyo-ekonomik ve kültürel alanda pek çok tedbir alınmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Bu alandaki eksiklik ve ihtiyaçlara ilişkin olarak bir kısım araştırma ve inceleme raporlarında tespitler yer almaktadır.

Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu tarafından hazırlanan 30.05.2013 tarihli ve 'Merkezi ve yerel kurum ve kuruluşlar ile sivil toplum kuruluşlarının kadın ve çocuklara yönelik şiddetle mücadele kapasite ve imkânlarının değerlendirilmesi' konulu araştırma ve inceleme raporunda; "Müdahale, yardım, destek ve koruma sürecinde, kurumlar ve aktörler açısından çok başlılık bulunduğu, bütüncül bir destek sisteminin bulunmadığı, kurumların kendi görev ve yetki alanı ile sınırlı olarak diğer hizmet paydaşları ile koordine olmadan bir süreç yürütmekte olduğu, mağdurların etkin ve verimli bir kamu hizmeti alamadıkları" yönünde tespitler yapılmaktadır.

"Şiddet ve istismar mağdurlarına ihtiyaç duydukları hukuki, sosyal, psikolojik ve ekonomik desteği sağlamak, kurumlararası koordinasyonu yürütmek, ilgili birimlere yönlendirmek ve işlemlerini takip etmek, mağdura ilişkin işlemlerin tek dosya üzerinden takip edilmesini ve tamamlanmasını sağlamak, ikincil örselenmeler yaşanmaması için doğrudan yardımlar yapmak, bilimsel altyapıyı oluşturmak ve etki analizleri yapmak, verilen hizmetleri bir veri tabanı üzerinde kayıt altına alarak hizmetlerin etkinliğini ölçmek ve kötüye kullanımları engellemek üzere bir Mağdur Destek Hizmetleri birimi kurulması, ayrıca suçtan zarar gören mağdura destek fonksiyonunun suça ve faile odaklı bir sistem içerisinde yer alan denetimli serbestlik müessesesinin uhdesinden alınarak yeni bir kurumsal yapılanma ile yerine getirilmesi" önerilmektedir.

Yine Bakanlığımız İç Denetim Birimi Başkanlığı tarafından hazırlanan 10.07.2013 tarihli ve 'Ceza Adalet Sisteminde Mağdur Hakları' konulu inceleme raporunda; "Suç mağdurlarını koruma kanunu bulunmadığı ve mağdurlarla ilgilenecek merkezi bir birimin oluşturulmadığı" yönünde tespitler yapılmakta, "Suç sonrası mağdurlara destek olunması, rehberlik hizmeti sunulması ve benzeri sair hizmetlerin şeklinin ve içeriğinin düzenlendiği müstakil bir Mağdur Hakları Kanunu çıkartılması ve mağdurlarla ilgili işlemleri düzenleyip koordine edecek merkezi bir birimin oluşturulması, bu birimin taşra teşkilatının Cumhuriyet başsavcılıkları bünyesinde örgütlenmesi" önerilmektedir.

Bu tespit ve ihtiyaçlar doğrultusunda, bütüncül bir yaklaşımla başta kırılgan gruba mensup olan kadınlar ve suça sürüklenen, mağdur yada tanık sıfatıyla adli sisteme dahil olan çocuklar ile diğer suç mağdurlarına ve tanıklara ilişkin hak ve hizmetlerin geliştirilmesine ve uygulanmasına yönelik faaliyetleri yürütmek, mağdurlara, suç sonrası dönemde destek olmak, mağdurlarla ilgili kamu ve sivil toplum kuruluşlarınca yapılan faaliyetleri koordine etmek, uluslararası alanda mağdur

* Adalet Bakanlığı Mağdur Hakları Daire Başkanı.

haklarına yönelik gelişmeleri takip etmek, mağdurun maddi ve manevi tatmini ile alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının gelişmesine katkı sağlamak ikincil mağduriyetlerinin önlenmesi için her türlü tedbiri almak, bilgilendirme, psiko-sosyal destek, hizmetleri sunmak amacıyla; Mağdur Hakları Daire Başkanlığı 18/11/2013 tarihli Bakan Olur'u ile kurulmuştur.

Kuruluş ve teşkilatlanma sürecinde bulunan Başkanlığımızın temel amacı; Mağdur Hakları Kanunu hazırlanmasına katkı sunmak ve bu kanunu uygulayacak yapıyı oluşturarak mağdurların adalete erişimini güçlendirmektir. Bu amaca yönelik olarak; Yargı Reformu Stratejisi Belgesi'nde "Çocuklar, Kadınlar ve Engelliler Gibi Dezavantajlı Gruplara Yönelik Uygulamaları Geliştirmek" ve "Adalete Erişimi Güçlendirmek", Bakanlığımız Stratejik Plânı'nda ise " Adalete Erişim ile Mağdurlara ve Dezavantajlı Gruplara Yönelik Uygulamaları Geliştirmek" hedeflerine yer verilmiştir.

Bu bağlamda; Türkiye'de suç mağdurlarının temel haklarını, verilecek destek hizmetlerini, bu hizmetlerin hangi birimler tarafından yürütüleceğini, belirlemek üzere kapsayıcı Mağdur Hakları Kanun Taslağı çalışmaları devam etmektedir. Bu çalışmalar yürütülürken sivil toplum kuruluşları, barolar, üniversiteler ve diğer kamu kurumlarının da görüş ve önerilerinden yararlanılmaktadır. Bu kapsamda; 'Uluslararası Mağdur Hakları Sempozyumu'nun yanı sıra çok sayıda panel ve çalıştay düzenlenmiştir.

Çalışmaları devam etmekte olan Mağdur Hakları Kanun Taslağı, mağdurlara yönelik yepyeni bir anlayış benimseyerek, adli süreçte mağdurlara yalnız olmadıklarını hissettirmeyi, onları bu süreçte her yönden desteklemeyi ve sanık haklarına zarar vermeden mağdura tanınan hakları güçlendirerek sanık-mağdur dengesini kurmayı, onarıcı adalet uygulamalarını geliştirmeyi amaçlamaktadır.

Mevcut Teşkilatlanmanın Yetersizliği

Mağdur hakları sisteminin kurulmasına yönelik mevcut teşkilatta birçok eksik alan bulunmaktadır. Bunlar; 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu'nun 12/1-c, 13/1-c maddelerinde düzenlenen "Suçtan zarar gören kişilerin karşılaştıkları psiko-sosyal ve ekonomik sorunların çözümünde danışmanlık yapmak ve bu kişilere yardımcı olmak" görevinin yeterince yerine getirilememiş olması,yabancı ülke uygulamaları ve uluslararası alanda mağdur haklarına yönelik gelişmeleri takip edebilecek, uygulama yapabilecek yapıya duyulan ihtiyaç; kamu ve sivil toplum kuruluşlarınca yürütülen faaliyetlerin koordinesine duyulan ihtiyaç; sanık odaklı yapıya ve dolayısıyla adalete yönelik olumsuz kamuoyu bakışının değiştirilmesine imkan sağlaması; başta uzlaşma olmak üzere alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile mağdur haklarının içiçe oluşu ve mağdur tatmin edilmeden alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının gelişme imkanının olmaması; durumlarıdır.

Hedefimiz

Mağdur Hakları Daire Başkanlığı olarak mağdurlara sunulacak hizmetlerde ve yol gösterici olması açısından kurum politikasını ortaya koyan misyon ve vizyon belirlemiştir.

Misyonumuz; sosyal hukuk devleti ve onarıcı adalet çerçevesinde adli süreçte; mağdurların beklenti ve ihtiyaçlarını değerlendirerek, maruz kaldıkları olayın etki ve izlerine karşı telafi edici, ikincil mağduriyetlerini önleyici, erişilebilir, uzmanlık ve gönüllülüğe dayalı adli sosyal destek hizmetlerinin sunulmasını sağlayacak politikaları geliştirmek ve uygulamaktır.

Vizyonumuz; uluslararası standartlara uygun, etik değerlere bağlı, sürdürülebilir, mağdur odaklı ve etkin bir destek hizmet modelini kurarak ülke geneline yaymak.

Mağdurlara hizmet sunumunda ve onlara yaklaşımda hem kurumsal hem de bireysel

olarak çeşitli temel değerler ışığında hareket edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda temel değerler aşağıda yer almaktadır.

Temel Değerler

- Adalet, eşitlik ve dürüstlük
- Hukukun üstünlüğü ve onarıcı adalet
- Sosyal hukuk devleti
- Mağdurun haklarına saygı
- Mağdurun onuruna saygı
- Mağdurun beklentilerine duyarlılık
- Mağduriyetin anlaşılması
- Mağdurun mahremiyetinin korunması
- Mağdurun süreci anlamlandırmasına saygı
- Mağdurların bireysel olarak değerlendirilmesi
- Adli sürece dair etkin bilgilendirme
- Mesleki etik ve değerlere bağlılık
- Uzmanlık ve gönüllüğe dayalı, erişilebilir, etkili ve çözüm odaklı hizmet
- Kurumlararası işbirliğini önemseme

2015-2019 Yargı Reformu Stratejisi

Mağdur hakları alanında Yargı Reformu Strateji Belgesinde belirlenen amaçlar kapsamında çeşitli hizmetlerin yerine getirilmesi öngörülmektedir. Bu hizmetler ve aktiviteler amaç başlığı altında çeşitli hedeflerle ele alınmıştır. Bunlar;

Amaç 7- 'Çocuklar, kadınlar ve engelliler gibi dezavantajlı gruplara yönelik uygulamaları geliştirmek'

Hedef 7.5 'Aile içi şiddetle mücadelede koruma ve soruşturmanınetkinliğinin artırılması'

Hedef 8.5 'Mağdurların adalete erişiminin güçlendirilmesi'

- Mevzuat çalışması yapılması
- Kurumsal yapının güçlendirilmesi
- Mağdurlara yönelik müdahale programı geliştirilmesi
- STK ile kamu kurum ve kuruluşları ile etkin işbirliği yapılması

2015-2019 Adalet Bakanlığı Stratejik Planı

Mağdur hakları alanında Adalet Bakanlığı Stratejik Planda belirlenen amaçlar kapsamında çeşitli hizmetlerin yerine getirilmesi öngörülmektedir.Bu hizmetler ve aktiviteler amaç başlığı altında çeşitli hedeflerle ele alınmıştır. Bunlar;

Amaç 2- 'Adalete erişim ile mağdurlara ve dezavantajlı gruplara yönelik uygulamaları geliştirmek'

Hedef 2.8 'Aile İçi Şiddet Suçları Konusunda Adalet Sisteminin Kapasitesinin Güçlendirilmesi'

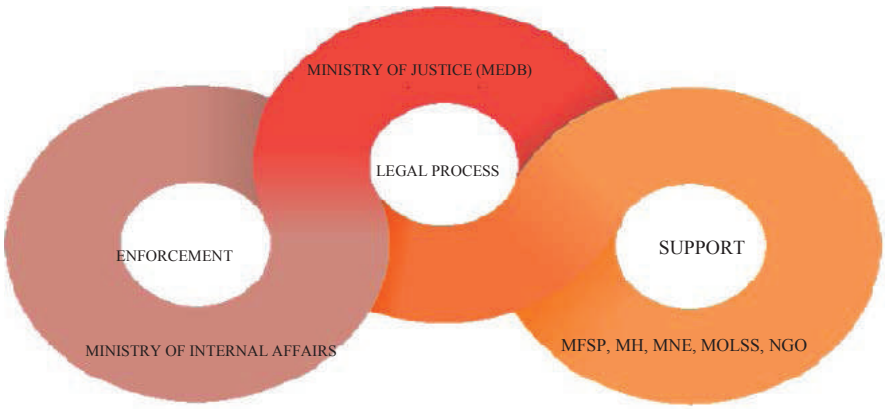
Hedef 2.9 'Dezavantajlı Gruplara Duyarlı Bir Sistem Oluşturulması'

Hedef 2.10 'Adalet Sisteminde Mağdur Odaklı Uygulamalar Geliştirilmesi'

- Mağdur Hakları Kanun Taslağı hazırlanması,
- Mağdur hakları konusunda merkez dışı birimlerde kurumsal yapılanma oluşturulması,
- Kolluk ve diğer kamu görevlileri için mağdura yaklaşım kılavuzu hazırlanması,

Suç Mağdurları için Kapsamlı Destek; Desteğin Üç Aşaması

Suç mağdurlarına verilmesi planlanan hizmetler üç aşamadan oluşmaktadır. Bu hizmetlerin Mağdur Destek büroları tarafından planlı ve etkili bir şekilde verilmesi öngörülmektedir. Bu bağlamda planlanan hizmetler; Bilgilendirme, Soruşturma ve Kovuşturma Evresinde Psiko-Sosyal Destek, Koordinasyon, Şiddet Suçu Mağdurlarının Zararının Tazmini'dir.



Mağduriyet ve Suçun Önlenmesi Rehabilite Edici Psiko-Sosyal Destek Barınma, Tedavi, Eğitim, İstihdam vs.

Mağdur Hizmetleri Alanındaki İhtiyaçlar

Türkiye'de mağdur hakları sistemine dair yeni bir alan olması sebebiyle çeşitli sorunlar ve ihtiyaçlar bulunmaktadır. Bu ihtiyaçların tespiti ve ayrıntılı olarak ele alınması hizmet sunumunun doğru ve sistemli yapılması adına büyük önem taşımaktadır. Daha önce mağdurlara yönelik hizmetler dağınık ve çok çeşitli kurumların destekleriyle yürütülmüştür. Mevcut durumda yeni tek elden yürütülen bir mağdur hakları sistemine ihtiyaç duyulmasını sağlamıştır. Bu kapsamda mağdurlara yönelik sistemde duyulan ihtiyaçlar şunlardır;

1. Mağdurların Bilgilendirilmesi İhtiyacı

2. Mağdurların Adli Süreç Esnasında Desteklenmesi İhtiyacı

2.1. Soruşturma Aşamasında İhtiyaç Duyulan Destek Hizmetleri

2.2. Kovuşturma Aşamasında İhtiyaç Duyulan Destek Hizmetleri

3. Aile ve Çocuk Mahkemeleri'nde Görev Yapan Profesyonel Meslek Elemanlarının (Pedagog, Psikolog, SHU) Tek Bir Çatı Altında Örgütlenmeleri İhtiyacı

3.1. Mesleki Anlamda Standartların Oluşturulamaması

3.2. Profesyonel Meslek Elemanlarının (Pedagog, Psikolog, SHU) Mesleki ve Özlük Hakları Konusunda Sorunları ve Bu Sorunların Çözümleri İle İlgilenecek Ayrı Bir Birimin Bulunmaması

3.3. Mahkemelere ve Cumhuriyet Başsavcılıklarına Yönelik Uzman Desteği Sağlayacak Bir Birim İhtiyacı

4. "Şiddet Suçu Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi' nin TBMM Tarafından Onaylanması Halinde Maddi Yardımlara İlişkin Hizmetleri Yürütecek Bir Birim İhtiyacı

5. Tanıklara İlişkin Hizmetlerin Yürütülmesinden Sorumlu Bir Birim İhtiyacı

Kanun Çalışmaları

A- Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonunca Hazırlanan Rapor

Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonunca 'Mağdur Hakları Alanında Çalışmalar' yapmak amacıyla Alt Komisyon kurulmuştur. Komisyonun mağdur hakları konusuna verdiği öneme binaen, 10 Aralık Dünya İnsan Hakları Günü vesilesiyle 11 Aralık 2013'te 'İnsan Haklarının Unutulan Parçası – Mağdur Hakları' konulu panel düzenlenmiştir. TBMM Başkanı Sayın Cemil Çiçek'in katılımıyla gerçekleşen Panelde, Mağdur Hakları Kavramı, Tarihsel Gelişimi, Mevzuatımızda ve Uygulamada Mağdur Hakları konularında oturumlar düzenlenmiş; bu kapsamda, suç mağduru kavramı ve önemi, seçenek yaptırımlar bağlamında mağdur hakları, ülkemizde ve mukayeseli hukukta mağdura yardım mağdurlara yardımda avukatın rolü konuları hakkında sunumlar gerçekleştirilmiştir. Gerek Alt Komisyon çalışmaları gerekse söz konusu Panel dolayısıyla Komisyon ile Başkanlığımız arasında yakın işbirliği kurulmuştur. Rapor, Komisyonun 12.06.2014 tarihli toplantısında kabul edilmiştir.

B- Mağdur Hakları Kanun Taslağı Çalışmaları

Mağdur hakları alanında temel bir kanun tasarısı hazırlamak ve diğer kanunlardaki eksiklikleri tespit ederek gerekmesi halinde değişiklikler yapmak amacıyla 2014 yılı Mart ayında Bilim Komisyonu oluşturularak çalışmalarına başlamıştır. Kanun Taslağı; Ülkemiz tarafından imzalanan ancak henüz TBMM tarafından uygun bulma Kanunu çıkarılmayan 1983 tarihli "Şiddet Suçu Mağdurlarına Tazminat Ödenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi" hükümlerini de karşılayan maddeler içermektedir. Bu nedenle Kanunun yürürlüğe girmesiyle anılan sözleşmenin uygun bulunma süreci de hızlanacaktır.

Kanun Taslağında; Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyinin 25 Ekim 2012 tarihli ve 2012/29/EU sayılı 'Suç Mağdurlarının Korunmaları, Desteklenmeleri ve Haklarına Yönelik Asgari Standartların Oluşturulması'na yönelik Direktifi standartlarının üzerinde mevzuat ve hizmet öngörülmektedir.

C- Mağdur Hakları Kanunu Taslağı

- Amaç ve kapsam
- Tanımlar
- Temel İlkeler: Saygı, Anlaşılma ve Özür
- Temel Hak ve Hizmetler
    - Bilgilendirilme Hakkı
    - Korunma Hakkı
    - İstihdam Hakkı
    - Tedavi Hakkı

- Eğitim Hakkı
- Ceza muhakemesine yönelik haklar
- Merkez-Taşra Teşkilatı
  - MHDB
  - Müdürlükler
  - Danışma Kurulu
  - Koordinasyon Kurulları
- Mağdurlara Yönelik Destek ve Hizmetler
  - Soruşturma-Kovuşturma Aşamasında Sunulacak Hizmetler
  - Çocuk İzlem Merkezleri (ÇİM)
- STK, Baro, Belediye ve Üniversitelerden hizmet alımı- Gönüllü çalışanlar
- Maddi Yardımlar

D- Mağdur Hakları Daire Başkanlığının Teşkilatlanması

Adalet Bakanlığı bünyesinde uluslararası belgeler ve hukuk sisteminde öne çıkan onarıcı adalet kapsamında dikkate alınması gereken; mağdurlar, tanıklar, kadınlar ve çocukların adli süreçte desteklenmelerine yönelik hizmet sunacak, adalete erişim ve adli yardım uygulamalarını takip edecek merkez ve taşra birimi kurulması öngörülmektedir.

1 - Merkez

2 - Taşra

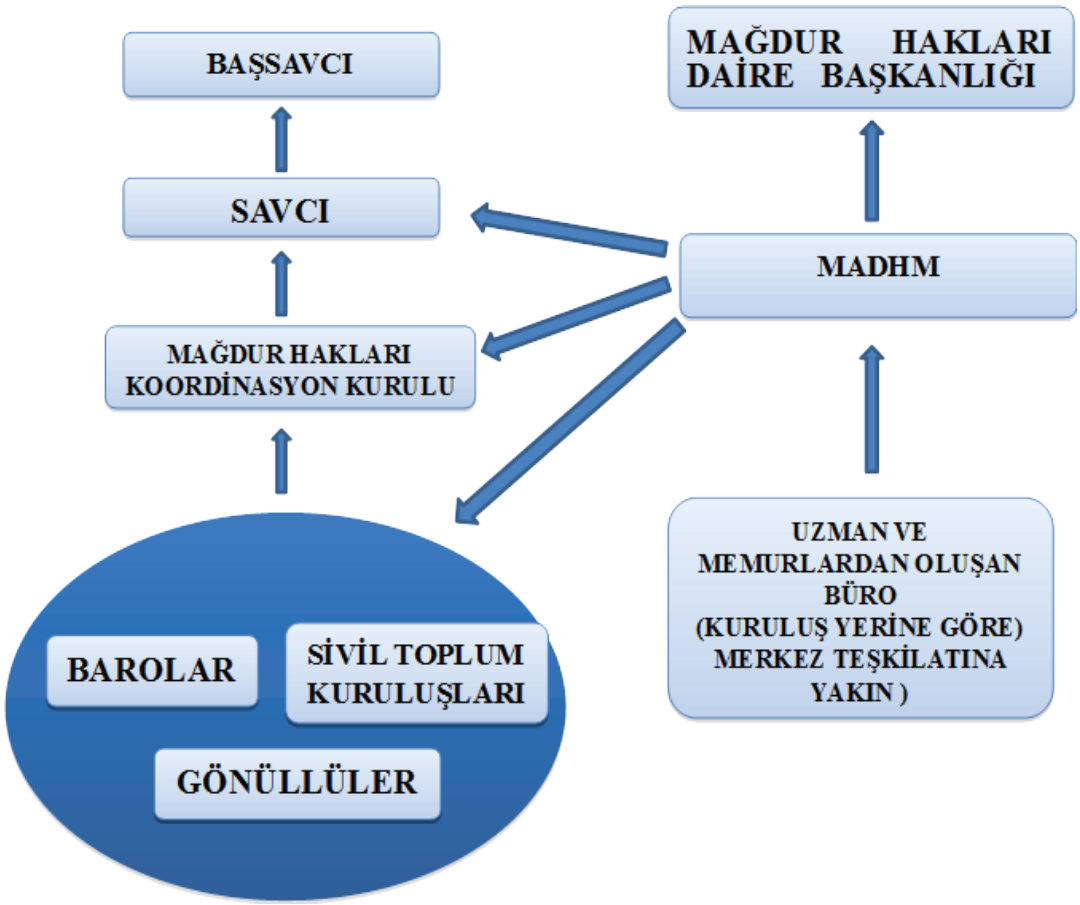
Merkez Teşkilat Şeması

Mağdur Hakları Daire Başkanlığı merkez ve taşra olmak üzere iki ayrı teşkilat yapısı öngörmektedir. Bunlar;

Taşra Teşkilat Şeması

Mağdur ve Adli Destek Hizmetleri Müdürlüğü

Mağdurlara yönelik sunulacak hizmetlerde öngörülen taşra sistemi ve onun yapılanması aşağıda yer almaktadır.



Sonuç

Mağdur haklarıyla ilgili olarak son yıllarda bir kısım mevzuat kapsamında önemli değişiklikleri yapılmıştır. Mevcut düzenlemelere bakıldığında, soruşturma veya kovuşturma evresine yönelik mağdura tanınan haklar birçok Avrupa ülkesinden ileri düzeydedir. Ancak yargılamanın süjesi olarak tanınan haklar dışında mağdura yaklaşımda eksiklikler mevcuttur. Suç mağdurları kendilerini savunmasız, kimsesiz hissetmekte, maddi gerçeğe ulaşma hedefine kilitlenmiş sistemin bir aracı olarak kullanılmakta, maddi ve manevi olarak tatmin edilmemektedirler. Bununla birlikte farklı kurumlar tarafından verilen kamu hizmetlerinde ise koordinasyonsuzluk ve bilgilendirme eksikliği göze çarpmaktadır.

Her olayda yer alan mağdur-sanık denkleminde sosyal hukuk devleti olan devletimiz; suçluyu cezalandırırken mağdurun yanında yer almalı, mağdurun maddi ve manevi olarak onarılmasının toplum barışı ve adalete güven duygusunun gelişiminde çok önemli olduğunun farkına varılması gerekmektedir. Bu kapsamda müstakil bir Mağdur Hakları Yasası çıkarılmalı, ilgili diğer mevzuat gözden geçirilmelidir.

Hazırlanan Kanunda Yer Alması Gereken Hususlar

Direktife uygun şekilde mağdur ve hakları yeniden tanımlanmalıdır. Suç mağduruna tanınan temel haklar belirlendikten sonra temel hizmetler belirlenmeli, hizmet veren kamu kurumlarının görev sınırları çizilmelidir. Soruşturmanın ve kovuşturmanın ana kumandasının adliyeler olduğu dikkate alındığında etkili mağdur desteğinin adliyelerden başlayacağı unutulmamalıdır. Bu nedenle mağdur hizmetinde koordinasyon Adalet Bakanlığı'nda olmalıdır. Bilgilendirme hizmeti ve

soruşturma-yargılama aşamasında kırılgan gruplara sürece ilişkin psiko-sosyal destek adliyelerde sağlanmalıdır.

Barınma, korunma, tedavi, istihdam v.b hizmetler ilgili kamu kuruluşlarınca verilmelidir. Her kurum kendi görev alanına giren konularda hizmet vermeye devam etmelidir. Ancak hizmetlerin koordinesi sağlanmalı ve takip edilmelidir. Mağdur hizmetlerinin kamu odaklı başlatılması, zamanla STK'lara devri sağlanmalıdır. Kolluk Ve Diğer Görevlilerin, Görevlerinin İfası Sırasında Mutlak Surette Uymak Zorunda Olacakları "Mağdura Yaklaşım Kılavuzu" nun oluşturulması sağlanmalıdır. Suça Maruz Kalan Mağdurların Bilgilendirilmesi amacıyla "Mağdur Hakları Kılavuzu" oluşturulması sağlanmalıdır.

Kanun Tasarısı Yasalaştığında Verilecek Hizmetler

Kanun tasarısının yasalaşması halinde mağdurlara yönelik bakanlık düzeyinde birçok hizmet öngörülmektedir. Bu hizmetler; suç mağdurlarının tamamına yönelik adalete erişim kapsamında etkin bir bilgilendirme ve yönlendirme sistemi kurulacaktır. Halen çocuk ve aile mahkemelerinde (84 merkez) bulunan uzmanlar aracılığıyla sağlanan psiko-sosyal destek çalışmaları 139 ağır ceza merkezinde tüm adli süreci kapsayacak şekilde verilecektir. Çocuk ve boşanma sürecine has kurgulanan mevcut sistem tüm kırılgan grup mensuplarını kapsayacak şekilde genişleyecektir. Adli süreçte; cinsel suç, aile içi şiddet, terör, göçmen kaçakçılığı veya insan ticareti suçu mağdurları ile çocuk, kadın, yaşlı ve engelli mağdurlar özel olarak desteklenecektir. Hizmet sunumuna ilişkin standartlar geliştirilecek, vaka yönetiminin uygulandığı, özel görüşme odalarının kullanıldığı etkin bir sistem kurulacaktır.

Mağdurlara yönelik öngörülen hizmetler devletin birçok yükümlülüğü yerine getirmesine de imkân tanıyacaktır. Bu açıdan; suç mağdurlarına yönelik temel hak ve ilkeler belirlenmiş olacak, onarıcı adalet kapsamında sosyal hukuk devleti ilkesinin gereği yerine getirilmiş olacaktır. Başbakanlık Genelgesi ile kurulan ÇİM uygulaması yasal alt yapıya kavuşacak ve yaygınlaştırılacaktır. Suç mağdurlarının ikincil mağduriyetlerinin önlenmesi için; tedavileri, korunmaları, barınmaları ve çalışmalarına yönelik kamu kurum kuruluşları arasında işbirliğine yönelik ikincil mevzuat için alt yapı oluşturulmuş olacaktır. Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu tarafından hazırlanan 'Merkezi ve yerel kurum ve kuruluşlar ile sivil toplum kuruluşlarının kadın ve çocuklara yönelik şiddetle mücadele kapasite ve imkânlarının değerlendirilmesi' konulu 30.05.2013 tarihli araştırma ve inceleme raporunda belirtilen sorunların çözümüne ilişkin öneriler karşılanmış olacaktır.

NEW APPROACHES TO CRIME VICTIMS: THE EXPERIENCE OF TURKEY

Muhittin Özdemir[*]

The Establishment Process

The transition from the sense of punitive justice to a sense of restorative justice has been achieved, and accordingly the understanding of compensating the material and moral damages of the victim has come to the forefront in today's criminal justice system. Moreover, the issue of access to justice, which counts among basic human rights and constitutes an important part of the rule of law principle, is much more important from the point of women and children, who belong in the fragile group. It is necessary to take many legal, institutional, socio-economic and cultural measures in order for women and children, who are more disadvantaged within the society, to be supported in the judicial process and benefit from the access to justice right equally. Some deficiencies and needs in this area are identified in some research and analysis reports.

In the research and analysis report dated 30.05.2013 prepared by the Presidential State Supervisory Council themed "Evaluation of the capacity and capabilities of central and local institutions and organizations, and non-governmental organizations in fighting against violence against women and children", it was identified that "In the process of intervention, assistance, support and protection, there is a multi-headedness in terms of institutions, there is no holistic support system, institutions have been conducting a process without coordinating with other service partners, limited to their own realm of duty and authority, and victims are unable to receive an effective and fertile public service".

It is recommended that "A Victim Support Services unit must be established in order to provide victims of violence and abuse with the legal, social, psychological and economic support they need, facilitate the coordination between institutions, steer victims towards the relevant departments and track processes, ensure that the processes related to the victim are tracked and completed through a single file, provide direct support in order for the avoidance of secondary disturbances, to create the scientific infrastructure and conduct impact analyses, record the services provided on a database, measure the effectiveness of the services and prevent these from being abused, and that the support for victim damaged by the crime function be removed from the area of responsibility of probation, which falls within a crime and criminal oriented system, and administered through a new institutional structuring".

Again, the analysis report titled "Victims' Rights within the Criminal Justice System" dated 10.07.2013 prepared by the Directorate of the Internal Audit Unit of our Ministry indicates "There is no protection law for crime victims and a central unit to attend to victims was not established", and recommends that "A detached Victims' Rights Law be introduced where the methods and content of supporting victims after crimes, providing guidance services and services of the like are regulated, and a central unit to regulated and coordinate the processes related to victims be established, and organized within the Chief Public Prosecutor's Offices of the provincial organization".

In line with these rulings and needs, the Department of Victims' Rights has been established on 18/11/2013 with the Consent of the Ministry with the purposes of conducting activities aimed at developing and implementing rights and services related to women within the fragile group and juveniles pushed to crime and included in judiciary as victims or witnesses and

[*] Head of Department, Victims' Rights, Ministry of Justice.

other crime victims and witnesses, standing by the victims post facto, coordinating activities of public institutions and non-governmental organizations related to victims, following international developments on victims' rights, contributing to the material and moral satisfaction of victims and development of alternative dispute resolution methods, taking all sorts of measures to prevent secondary victimization, providing services of information and psycho-social support with an integrated approach.

The main purpose of our Department, which is in the process of establishment and organization, is to provide contributions in the preparation of a Victims' Rights Law and strengthen the justice access of victims by creating the structure that will implement this law. For this purpose, the aims of "Developing Implementations for Disadvantaged Groups Such as Children, Women and the Disabled" and "Strengthening the Access to Justice" were included in the Legal Reform Strategy Paper, while the aim of "Developing Implementations Directed at Victims and Disadvantaged Groups with Access to Justice" was included in the Ministry Strategic Plan.

In this sense, the studies for a comprehensive Victims' Rights Law continue in order to determine the basic rights of crime victims in Turkey, the support services to be provided, and by which units these services will be provided by. As these studies are conducted, the opinions and suggestions of non-governmental organizations, bar associations, universities and other public institutions are utilized. In this context, many panels and workshops have been held besides the "International Victims' Rights Symposium".

The Victims' Rights Draft Law, for which the studies continue, aims to adopt a brand new understanding of victims and help them feel they are not alone during the judicial process, support them in every respect, find the defendant-victim balance by strengthening the rights granted to the victims, without damaging the rights of the defendant, and develop restorative justice implementations.

The Inadequacy of the Current Organization

There are a lot of inadequate aspects within the current organization directed at the establishment of a victims' rights system. These are, the dissatisfaction of the duty of "Mentoring in the solution of economic and psycho-social problems of those who have been harmed by the crime" as regulated within articles 12/1-c, 13/1-c of the Probation Services Law No. 5402, the need for a structure to follow and implement the implementations of other countries or international developments directed at victims' rights, the need for the coordination of activities conducted by public institutions and non-governmental organizations, enabling a change in the negative public opinion on the defendant oriented structure and thus justice, the fact that alternative methods of dispute resolution, particularly reconciliation go hand in hand with victims' rights, and the impossibility of the development of alternative methods of dispute resolution without the satisfaction of the victim.

Our Objective

As the Department of Victims' Rights, we have set the mission and vision that outlines the institutional policy in terms of services and guidance that will be offered to the victims.

Our mission is to develop and implement, by evaluating the expectations and needs of the victims, policies that will enable the initiation of social support services that are compensatory against the effects and traces of the events victims were exposed to, preventive of secondary victimization, accessible, and based on specialization and willingness, within the frame of the social law state and restorative justice.

Our vision is to establish and spread nationwide a support service model that is compliant to the international standards, bound to ethical values, sustainable, victim oriented and effective. It is necessary to act upon certain fundamental values both institutionally and individually in approaching victims and providing services directed at them. The fundamental values in this context are given below.

Fundamental Values

- Justice, equality and honesty
- Supremacy of law and restorative justice
- Social law state
- Respect for the victim's rights
- Respect for the victim's honour
- Sensitivity towards the victim's expectations
- Understanding of victimization
- Protection of the privacy of the victim
- Respect for the victim's making sense of the period
- Evaluation of victims individually
- Effective information regarding the legal process
- Obedience to professional ethics and values
- Accessible, efficient and solution oriented service based on specialty and willingness
- Regard to interinstitutional cooperation

2015-2019 Judicial Reform Strategy

Various services are stipulated to be administered within the scope of the purposes identified in the Judicial Reform Strategy Paper in the field of victims' rights. These services and activities are tackled with different objectives under the title of purpose. These are:

Purpose 7- 'Improving The Implementations Intended For Disadvantaged Groups Such As Children, Women And The Disabled'

Objective 7.5 "increasing the effectiveness of protection and investigation in the fight against domestic violence"

Objective 8.5 "reinforcing the access of victims to justice"

- Legislation work
- Reinforcing the corporate structure
- Development of an intervention program for victims
- Effective cooperation with NGOs and public institutions and organizations

2015-2019 Strategic Plan of the Ministry of Justice

Various services are stipulated to be administered within the scope of the purposes identified in the Strategic Plan of the Ministry of Justice in the field of victims' rights. These services and activities are tackled with different objectives under the title of purpose. These are:

Purpose 2- 'Improving The Implementations Intended For Victims And Disadvantaged Groups With Access To Justice'

Objective 2.8 'Strengthening the Capacity of the Justice System in Respect of Domestic Violence Crimes'

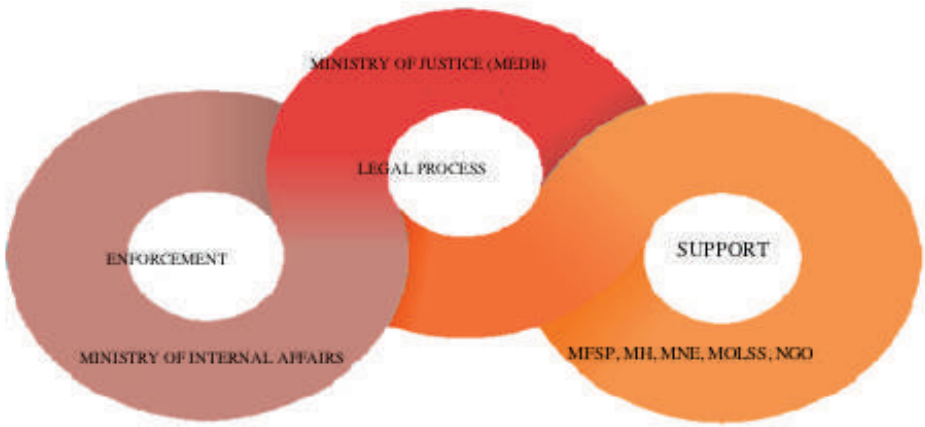
Objective 2.9 'Creating a System Sensitive towards Disadvantaged Groups'

Objective 2.10 'Developing Victim Oriented Implementations in the Justice System'

- Preparation of a Victims' Rights Draft Law
- Constitution of an institutional structuring in off-centre units on victims' rights
- Preparation of an 'approaching victims' guide for enforcement forces and other public officials.

Comprehensive Support for Crime Victims; the Three Stages of Support

The services scheduled to be provided for crime victims consists of three stages. It is stipulated that these services be provided in a planned and effective manner by the Victim Support Bureaus. The services planned on in this context are; Informing, Psycho-Social Support during the Investigation and Trial, Coordination, and Compensation for the Damage of the Victims of Violent Crimes.



Prevention of Victimization and Crime Rehabilitating Psycho-Social Support, Sheltering, Treatment, Education, Recruitment, etc.

Requirements For Victim Services

There are various problems and needs in Turkey due to the fact that it is a new area of the victim rights system. The determination and detailed consideration of these needs is of great importance for the correct and systematic construction of service delivery. Previously, the services for the victims were scattered and carried out with the support of various institutions. In the present case, it was necessary to have a single victim rights system implemented. In this context, the needs in the system for victims' are as follows;

1. The Need of Informing Victims

2. The Need of Victims Being Supported Throughout the Legal Process

2.1. Support Services Needed During the Prosecution

2.2. Support Services Needed During the proceedings

3. The Need for Professionals (Pedagogue, Psychologist, Social Worker) Carrying out Their Duties within Family and Children's Courts to be Organized under a Single Roof

3.1. The inability to constitute standards in the professional sense

3.2. The problems of professionals (Pedagogues, Psychologists, and Social Workers) related to their occupational and personal rights, and the lack of a separate unit to handle these problems

3.3. The Need for a Unit Which Will Provide Expert Support for Courts and Chief Public Prosecutor's Offices

4. The Need for a Unit Which Will Operate the Services Related to the Financial Support In the Event that the "European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes" is approved by the Grand National Assembly of Turkey

5. The Need for a Unit Responsible for Operating Services Related to Witnesses

Legislation Process

A- The Report Prepared by the Human Rights Investigation Commission of the Grand National Assembly of Turkey

A sub-commission has been established by the Human Rights Investigation Commission of the Grand National Assembly of Turkey with the purpose of conducting "Studies in the Field of Victims' Rights". On November 11, 2013, a panel titled "The Forgotten Part of Human Rights - Victims' Rights" was held on the occasion of December 10th, World Human Rights Day, based on the importance placed by the Commission on the issue of victims' rights. In the panel, which took place with the participation of the President of the Grand National Assembly of Turkey, Cemil Çiçek, sessions were held on the concept of victims' rights, the historical development of victims' rights, and victims' rights in our legislation and in practice. In this context, presentations were given on topics such as the concept of crime victims and the importance of victim rights, victims' rights in the context of alternative sanctions, victim support in our country and in comparative law, and the role of attorneys in helping victims. Due to both the work of the Sub Commission and the aforementioned Panel, a cooperation between the Commission and our Department has taken place. The reports have been accepted in the Commission meeting dated 12.06.2014.

B- Victims' Rights Draft Law Process

The Science Commission was created in March 2014 and has started its works in order to prepare a basic draft law on victims' rights and determine the deficiencies in other laws and make amendments where needed. The Draft Law also includes some provisions that meet those of the "European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crime" dated 1983, which was also signed by our country although an assent law hasn't been made yet by the National Assembly. Therefore, the assent process of the said convention will also be accelerated with the Law coming into force.

In the draft law, legislation and service above the standards of Directive No. 2012/29/EU dated October 25th, 2012 of the European Parliament and the European Council, aimed at "The Protection and Supporting of Crime Victims and the Formation of Minimum Standards Regarding their Rights" is stipulated.

C- Victims' Rights Draft Law

- Purpose and Scope
- Definitions
- Basic Principles: Respect, Understanding and Excuse
- Basic Rights and Services
    - Right to being informed
    - Right to protection
    - Right to recruitment
    - Right to treatment
    - Right to education
- Rights related to criminal proceedings
- Central-Provincial Organization
    - Department of Victims' Rights
    - Directorates
    - Advisory Board
    - Coordination Commissions
- Support and Services for Victims
    - Services to be provided during investigation-trial
    - Child Monitoring Center (CMC)
- Service procurement-volunteers from NGOs, Bars, Municipalities and Universities
- Financial Support

D- The Organization of the Department of Victims' Rights

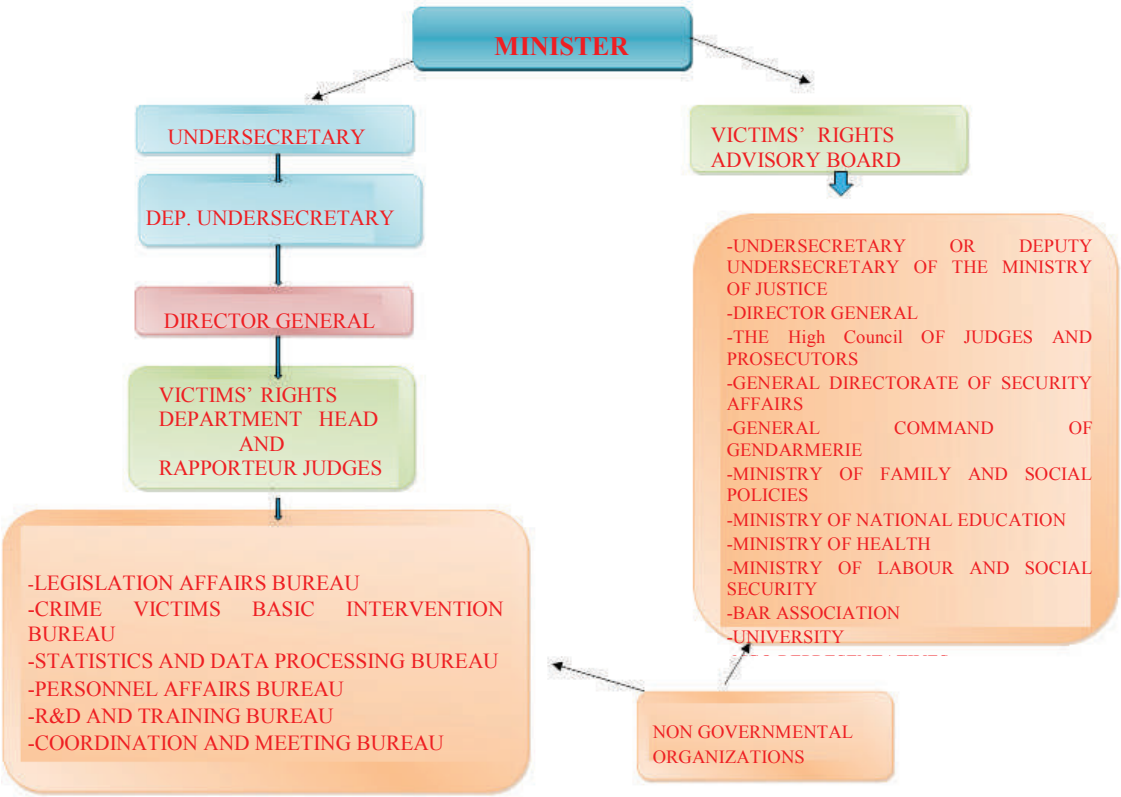
Central and provincial units, which are required to be taken into consideration within the scope of restorative justice that is prominent in international documents and the law system in the Ministry of Justice, will provide service directed at supporting victims, witnesses, women and children during legal procedures, and will follow the justice access and judicial assistance implementations, are stipulated to be established.

1 - Central

2 - Provincial

The Central Organization Scheme

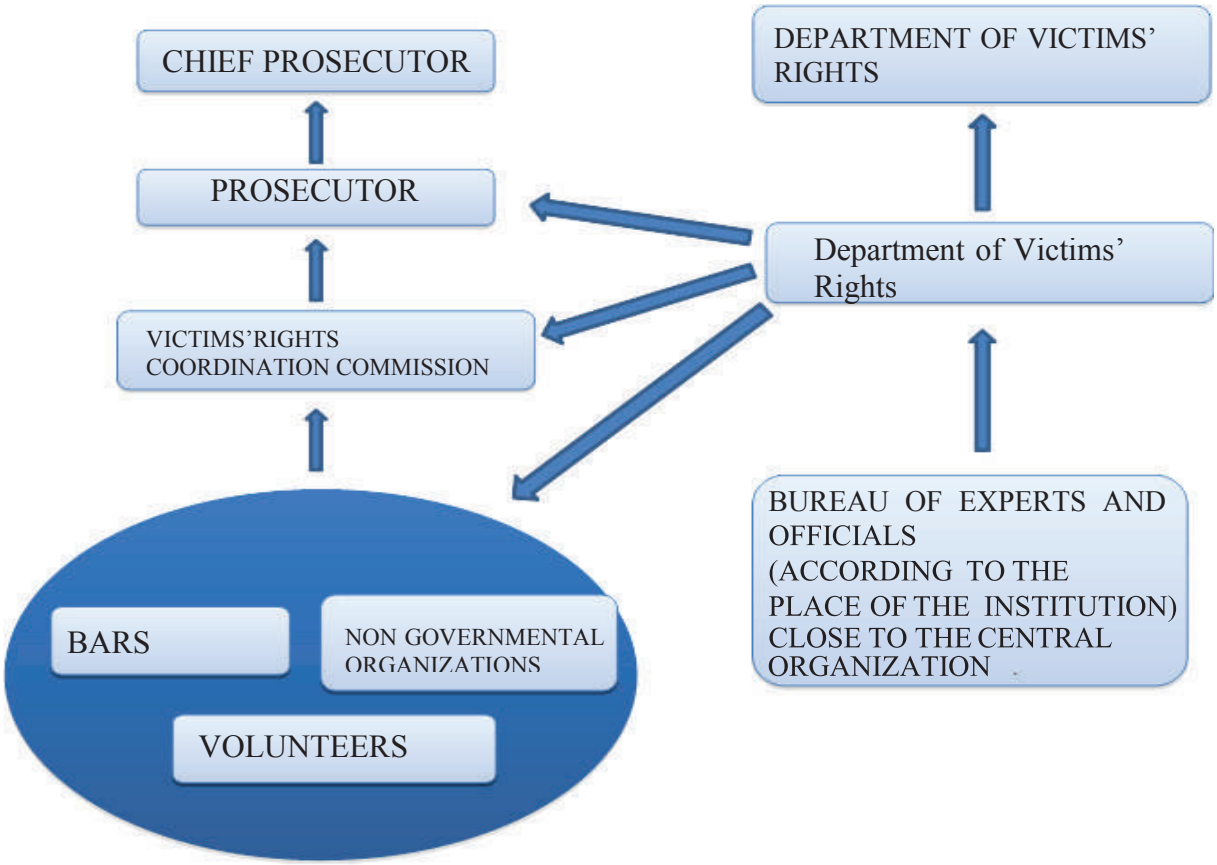
The Department of Victims' Rights stipulates two separate organization structures, being the central and the provincial. These are:



The Provincial Organization Scheme

Directorate of Victims And Judicial Support Services

The provincial system stipulated for services directed at victims and its structuring is given below.



Conclusion

Significant changes have been made within certain parts of the legislation related to victims' rights in the recent years. Judging from the existing regulations, the rights given to victims during the investigation and trial stages are more advanced than most European countries. However, there are deficiencies in the approach to the victims, other than the rights recognized as the subject of the judgment. Crime victims feel vulnerable, orphaned, are used as tools of the system locked on finding out the material truth, and are not satisfied both materially and morally. Nonetheless, in public services provided by different institutions, a lack of coordination and of information is in evidence .

Our state, which is a social law state within the victim-defendant equation taking part in every incident, should stand by the victim while punishing the criminal, and it must be realized that the victim's restoration both materially and morally is very important in the development of peace within the society and the trust in justice. An independent Victims' Rights Law must be introduced in this sense, and the remaining related legislation should be reviewed.

Aspects That Should Take Part in the Law to be Prepared

The victim and victims' rights must be re-defined in accordance with the directive. After the fundamental rights that are given to the crime victim are determined, the fundamental services must be determined and the boundaries of the duty of the public institutions providing the service must be set. Considering that the main drives of investigations and trials are courthouses, it must be remembered that effective victim support starts in courthouses. Therefore, the coordination

must be at the hands of the Ministry of Justice in serving victims. The information service and the psycho-social support related to the process must be offered within courthouses during the investigation-trial stages.

Services such as sheltering, protection, treatment, recruitment, etc. must be provided by relevant public institutions. Each institution must continue providing services on issues within its field of duty. However, the services must be coordinated and tracked. The initialization of victims' services must be public oriented, and these services must be ensured to be transferred to NGOs over time. The "Guide to Approaching the Victim", which enforcement forces and other officials will be obliged to abide by while performing their duties must be constituted. The "Victims' Rights Guide" must be constituted for the purpose of informing Victims Who Have Been Exposed to a Crime.

Services to Be Provided When the Draft Law Passes

In the event of the law being enacted, many services are stipulated to be provided at the ministerial level for the victims. These services include an effective information and guidance system for the entire crime victims within the scope of access to justice. The psycho-social support provided today by experts in family and children's courts (84 centres) will be provided in 139 criminal centres so as to include the judicial process. The current process built proper to children and the divorce process will be expanded to include all fragile group members. Victims of sexual offence, domestic violence, terrorism, migrant smuggling and human trafficking, along with victims who are children, women, senior citizens and disabled, will be supported in particular. The standards related to service delivery will be improved; an effective system in which case management is implemented and special interview rules are used will be built.

Services stipulated for victims will also enable the state to fulfil many obligations. In this respect, the basic rights and principles related to crime victims will have been determined, and the requirement of the social law state principle within restorative justice will have been administered. The CMC application established with the Circular of the Prime Ministry will attain the legal infrastructure and be generalized. The infrastructure for a secondary legislation for the coordination between public institutions and organizations related to the treatment, protection, sheltering and recruitment of crime victims in order to prevent a secondary victimization will have been established. Recommendations regarding the resolution of the problems indicated within the research and analysis report titled "The evaluation of the capacity and opportunities of central and local institution and organizations and non-governmental organizations in fighting violence against women and children" dated 30.05.2013 and prepared by the Presidential Supervisory Board, will have been met.

ULUSLARARASI İSTANBUL HUKUK KONGRESİ
INTERNATIONAL İSTANBUL LAW CONGRESS
17-19 EKİM 2016
17-19 OCTOBER 2016

ÜÇÜNCÜ GÜN
THIRD DAY

Sonuç Bildirgesi
Final Declaration

SONUÇ BİLDİRGESİ*

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Sayın Recep Tayyip ERDOĞAN'ın himayeleriyle 17-19 Ekim 2016 tarihlerinde İstanbul Çırağan Sarayı'nda "Uluslararası İstanbul Hukuk Kongresi" gerçekleştirilmiştir. Kongreye, 47 ülkeden aralarında Adalet Bakanı, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu başkan ve üyeleri, Adalet Akademisi muadili kurum temsilcileri ile hukukçu ve akademisyenlerden oluşan 210 kişi ve yurtiçinden yüksek mahkeme başkan ve üyeleri, hâkim-savcılar, akademisyenler, avukatlar ile çok sayıda saygın meslek mensubu katılım sağlamıştır.

Kongrede, küresel bir yapılanma olan Fetullahçı Terör Örgütü (FETÖ/PDY) tarafından 15 Temmuz 2016 tarihinde; seçilmiş Cumhurbaşkanına, Hükümete ve Meclise karşı gerçekleştirilen silahlı darbe teşebbüsü, demokrasi ve hukukun üstünlüğünü hedef alan, kabul edilemez bir eylem olarak nitelendirilmiş ve en güçlü şekilde kınanmıştır. Darbe teşebbüsüne karşı demokrasi, hukuk devleti ve milli iradeye sahip çıkan ve bu uğurda bedel ödeyen Türk milletinin fedakârlığı büyük bir takdirle karşılanmıştır. Türk milletinin bu mücadelesinin, tüm dünyaya örnek teşkil edecek birçok yönü bulunduğu vurgulanmıştır. Katılımcılar; hayatını kaybedenlerin ailelerine en derin taziyelerini sunmuşlardır.

Kongrede yapılan müzakereler ve değerlendirmeler sonucunda aşağıdaki hususların kamuoyuna duyurulması kararlaştırılmıştır:

1. İnsanlık suçu olan terörizmin tüm ülkeler için öncelikli bir sorun olduğuna, terörizmin sınır aşan niteliğinin uluslararası işbirliğini zorunlu hâle getirdiğine, terörizme karşı hukuk temelinde ve dayanışma içerisinde, etkin ve kararlı şekilde netice almaya yönelik mücadele edilmesinin önemine vurgu yapılmıştır.

2. Suriye ve Irak'ta yaşanan iç çatışmalar ile bölgede yaşanan terör eylemleri sonucu milyonlarca insan yerini-yurdunu terk etmek zorunda kalmış ve mülteci durumuna düşmüştür. Türkiye, Ürdün ve Lübnan başta olmak üzere birçok devlet ciddi sayıda mülteciyi barındırmaktadır. Buna rağmen milyonlarca mülteci; özellikle barınma, beslenme, sağlık, eğitim ve güvenlik gibi pek çok sorunla karşı karşıya kalmıştır. Bu bakımdan, mültecilere koruma ve destek sağlanması ile onların sorunlarına kalıcı çözümler bulunması yönündeki faaliyetlere kararlılıkla devam edilmelidir. Uluslararası toplumun Suriye ve Irak'ta yaşanan sorunları çözme konusunda ortak hareket edememesi, bu bölgeden kaynaklı terörü sonlandıramaması, mülteci sayısının her geçen gün artmasına yol açmaktadır. Halen Türkiye'de üç milyon, Lübnan'da bir milyon, Ürdün'de ise 600 bini aşkın mülteci bulunmaktadır. Mültecilik sorununun kalıcı olarak çözümü ancak uluslararası toplumun birlikte, samimiyetle ve cesaretle konuyu ele alıp somut adımlar atmasıyla mümkündür. Sorunu görmemek, mağduriyet yaşayanların feryadını duymamak, konunun çözümü için gerekli reaksiyonu göstermemek meseleyi sadece büyütmektedir. Mülteci sorununun kalıcı çözümü, sınırlara tel örgüler veya duvarlar inşa etmeyi değil, soruna etkin ve kalıcı çözümler bulmayı gerektirir. Bunun için, başta Birleşmiş Milletler olmak üzere uluslararası toplumun, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmek için acilen birlikte hareket etmesi büyük önem taşımaktadır.

3. Terörizmin finansmanı, sanal ortamda işlenen suçlar, insan ticareti, göçmen kaçakçılığı, uyuşturucu madde ticareti gibi insanlığın ortak sorunu olan ve uluslararası işbirliğini zorunlu kılan örgütlü suçlarla mücadele için etkin ve kaçakçılığı, uyuşturucu madde ticareti gibi insanlığın ortak

* Danıştay Üyesi Doç. Dr. Gürsel ÖZKAN tarafından okunmuştur.

sorunu olan ve uluslararası işbirliğini zorunlu kılan örgütlü suçlarla mücadele için etkin ve verimli adli işbirliği gerekli ve zorunludur.

4. Yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmasıyla adalete güven arasında doğrudan bir ilişki bulunmaktadır. Yargılamaların hızlandırılması amacıyla, bilişim sistemlerinin yargı hizmetlerinde etkin bir şekilde kullanılması ve mahkemelerde uzmanlaşmaya gidilmesi tavsiye edilmiştir

5. Adaletin tecellisi, kanunların objektif ve etkili bir şekilde uygulanması sonucu isabetli karar verilmesiyle doğru orantılıdır. Hukuku özümsemiş, güncel gelişmeleri takip eden ve sağlıklı analiz yapabilen hukukçular yetiştirilmesi ancak iyi bir hukuk eğitimiyle mümkündür. Bu nedenle, hâkim ve savcıların meslek öncesi ve meslek içi eğitimleri de dâhil olmak üzere hukuk eğitiminde uluslararası asgari standartların belirlenmesinin gerekliliği ve önemi vurgulanmıştır.

6. Adalete erişimin önündeki engellerin kaldırılması, toplumun tüm kesimlerine adli yardım hizmetlerinin etkin bir şekilde sağlanması yönünde çalışmalar teşvik edilmiştir.

7. Hukuk devleti, mağduru ve mağdur haklarını koruyan bir devlettir. Ayrıca, sadece suç mağdurlarının değil, haksızlığa muhatap olması nedeniyle mağduriyet yaşayan kişilerin sorunlarıyla da ilgilenilmelidir. Bunun yanı sıra, suç nedeniyle ortaya çıkan mağduriyetin giderilmesi için mağdura her türlü destek ve hizmet sunulmalı, uğradığı zararlar mümkün olduğunca giderilmelidir.

8. Uyuşmazlıklarda dava yolu her zaman en uygun ve tek çözüm yolu değildir. Sayıları her geçen gün artan ve çeşitlenen uyuşmazlıkların çözümünde, uyuşmazlığın mahkeme önüne getirilmeden çözülmesini sağlayacak alternatif yöntemlerin geliştirilmesine ve etkin bir şekilde uygulanmasına önem verilmelidir.

9. Suçla mücadelede etkin soruşturma yöntemlerinin geliştirilmesi, delillerin sağlıklı toplanması ve muhafazası amacıyla adli kolluğun kapasitesi artırılmalı ve savcılık kurumu güçlendirilmelidir.

10. Yatırım ve ticaretin teşviki ile korunması için uluslararası asgari hukuk standartları oluşturulması gerekmektedir.

11. Katılımcı ülkeler, yargı kurumları arasındaki temas ve işbirliği ile bilgi ve tecrübe paylaşımının artırılmasını vurgulayarak, Uluslararası İstanbul Hukuk Kongresinin 2 yılda bir İstanbul'da yapılması, Kongrenin gündeminin bir önceki Kongrenin katılımcılarıyla istişare edilerek belirlenmesi ve organizasyon işlemlerinin yürütülmesi için Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı bünyesinde Uluslararası İstanbul Hukuk Kongresi Sekretaryasının oluşturulmasını önermişlerdir.

FINAL DECLARATION*

The International Istanbul Law Congress was held between 17-19 October 2016 at Istanbul Çırağan Palace under the auspices of Esteemed Recep Tayyip ERDOĞAN, the President of the Republic of Turkey. The Congress was attended by 210 persons from 47 countries including the representatives of the institutions who are counterparts of the Minister of Justice, the presidents and members of the Constitutional Court, the Court of Cassation, the Council of State, the High Council of Judges and Prosecutors and the Justice Academy as well as jurists and academicians; and from Turkey, the presidents and members of high courts, judges and prosecutors, academicians, lawyers and many respectable members of professions.

The armed coup attempt which was staged on 15 July 2016 by Gulenist Terror Organization (FETÖ/PDY), which is a global structure, against the elected President, the Government and the Turkish Grand National Assembly was described as an unacceptable action targeting the democracy and rule of law and was strongly condemned during the Congress. The self-devotion of the Turkish nation which protected democracy, rule of law and national will from the coup attempt and which paid a price for this aim was highly appreciated. It was stressed that this struggle of the Turkish nation has many aspects which serves as a model for the whole world. The participants extended their deepest condolences to the families of those who lost their lives.

Following the negotiations and assessments made during the Congress, the following issues were decided to be made public:

1. It was stressed that terrorism, which is a crime against humanity, has become a problem of priority for all countries, that the transboundary nature of terrorism has rendered international cooperation an obligation, and that effective and determined fight against terrorism on the basis of law and within solidarity is of great importance in order to achieve results.

2. As a result of the internal conflicts taking place in Syria and Iraq and the terrorist acts committed in the region, millions of people had to leave their homeland and they became refugees. Several countries, notably Turkey, Jordan and Lebanon accommodate a significant number of refugees. Nevertheless, millions of refugees have faced numerous problems particularly in terms of accommodation, nutrition, health, education and security. In this respect, the activities aimed at providing the refugees with protection and security and finding permanent solutions to their problems must be carried on decidedly. The inability of the international community to take common action with a view to solving the problems encountered in Syria and Iraq and their inability to terminate the terrorism originating from the region in question cause the number of refugees to increase with each passing day. Currently, the number of refugees in Turkey, Lebanon and Jordan are three million, one million and over six hundred thousand, respectively. Permanent settlement of the refugee problem can only be achieved if the international community jointly, sincerely and bravely addresses the matter and takes concrete steps. The failure to see the problem, to hear the cries of those aggrieved or to show the necessary reaction only makes the issue bigger. Permanent settlement of the refugee problem requires finding effective and lasting solutions, not constructing wire fences or walls on the borders. Therefore, it is of great importance that the international community, notably the United Nations immediately acts in unity in order to discharge its obligations under international law.

3. Effective and efficient judicial cooperation is essential and mandatory in the fight against

* It was read by the Member of the Council of State, Assoc. Prof. Gürsel Özkan.

organized crimes such as financing terrorism, cybercrimes, human trafficking, migrant smuggling and drug trafficking which constitute a common problem of humanity and require international cooperation.

4. There exists a direct relation between concluding the proceedings within a reasonable time and the confidence injustice. Effective use of information systems within judicial services and specialization of courts were recommended with a view to expediting the proceedings.

5. Administration of justice is directly proportional to making rightful decisions as a result of objective and effective application of laws. Raising jurists who have internalized the law, who follow up current developments and who are able to perform rightful analysis will only be achieved through a good legal education. Accordingly, the necessity and importance of determining international minimum standards for legal education, including pre-service and in-service trainings of judges and prosecutors, were emphasized.

6. The studies for elimination of the obstacles in the way of the access to justice and for providing all groups of the society with legal aid services in an effective manner were encouraged.

7. A State of law is one which protects the victim and his/her rights. Furthermore, not only the problems of the victims of crimes, but also the problems faced by those who are aggrieved due to being subjected to injustice must be dealt with. In addition to this, ali kinds of support and services must be provided to victims in order to relieve the unjust suffering caused by the crime, and the damage they have sustained must be redressed as far as possible.

8. Legal remedies do not always constitute the ultimate and the most appropriate way in the settlement of disputes. Emphasis should be placed on the development and efficient use of alternative methods that would ensure the settlement of disputes, the number and diversity of which increase day by day, before they are brought before the courts.

9. The capacity of the law enforcement agency must be increased and the prosecution must be strengthened in order for development of effective investigation methods for combating crime and for collection and preservation of evidence in a sound manner.

10. Minimum standards of international law must be established in order to promote and safeguard investment and trade.

11. Placing emphasis on increasing the information and experience sharing between judicial institutions through communication and cooperation, the Participating States proposed that that a Secretariat of the Istanbul International Law Congress be established within the Ministry of Justice of the Republic of Turkey in order to ensure that the International Istanbul Law Congress is held in Istanbul every two years, that the agenda of the Congress is set in consultation with the participants of the previous Congress and that the organization related procedures are carried out.

FOTOĞRAFLARLA
ULUSLARARASI
İSTANBUL HUKUK KONGRESİ

PHOTOGRAPHS FROM
INTERNATIONAL
İSTANBUL LAW CONGRESS

17-19 EKİM / OCTOBER 2016

ÇIRAĞAN SARAYI / ÇIRAĞAN PALACE

AÇILIŞ KONUŞMALARI (ÇIRAĞAN BALO SALONU)
OPENING SPEECHES & REMARKS (ÇIRAĞAN BALLROOM)

Cumhurbaşkanı Sayın Recep Tayyip ERDOĞAN'ın Konuşmaları
The Speech of the President of the Republic of Turkey, Mr. Recep Tayyip Erdoğan

Adalet Bakanı Sayın Bekir BOZDAĞ'ın Konuşmaları
The Speech of the Minister of Justice of the Republic of Turkey, Mr. Bekir Bozdağ

Azerbaycan Adalet Bakanı Sayın Fikret Mammadov'un Konuşmaları
The Speech of the Minister of Justice of the Republic of Azerbaijan, Mr. Fikret Mammadov

Afganistan Adalet Bakanı Sayın Dr. Abdul Basir ANWAR'ın Konuşmaları
The Speech of the Minister of Justice of the Republic of Afghanistan, Mr. Abdul Basir Anwar

Somali Adalet Bakanı Sayın Abdullahi Ahmed Jama'nın Konuşmaları
The Speech of the Minister of Justice of the Republic of Somali, Mr. Ahmed Jama

Salondan Genel Bir Görüntü
General View From The Hall

Aile Fotoğrafı
Family Photo

OTURUMLAR / *SESSIONS*

Yargılamanın Hızlandırılması ve Yargıda Eğitim
Acceleration of Trial Process and Training of Judiciary

Oturum Başkanı / *Session Chair*
İsmail Rüştü CİRİT
Yargıtay Birinci Başkanı / *The First President of the Court of Cassation*

Oturumdan Genel Bir Görüntü
General View from the Session

Yargılamanın Hızlandırılması ve Yargıda Eğitim
Acceleration of Trial Process and Training of Judiciary

Oturum Başkanı / ***Session Chair***
Metin YANDIRMAZ
HSYK Daire Başkanı / *Head of Department HCJP*

Oturumdan Genel Bir Görüntü
General View from the Session

Arabuluculuk
Mediation

Oturum Başkanı / ***Session Chair***
Halil KOÇ
HSYK Daire Başkanı / *Head of Department HCJP*

Oturumdan Genel Bir Görüntü
General View from the Session

Anayasa Yargısı ve Bireysel Başvuru Hakkı
Counstitutional Justice and the Right to Individual Application

Oturum Başkanı / *Session Chair*
Mehmet YILMAZ
HSYK Başkan Vekili / *Vice President of HCJP*

Oturumdan Genel Bir Görüntü
General View from the Session

Yargılamanın Hızlandırılması ve Yargıda Eğitim
Acceleration of Trial Process and Training of Judiciary

Oturum Başkanı / ***Session Chair***
Abubakar MALAMİ
Nijerya Adalet Bakanı ve Federal Başsavcı
Minister of Justice and Federal Prosecutor General of Nigeria

Oturumdan Genel Bir Görüntü
General View from the Session

Arabuluculuk
Mediation

Oturum Başkanı / ***Session Chair***
Zerrin GÜNGÖR
Danıştay Başkanı / *The President of the Council of State*

Savcılık Kurumu ve Etkin Soruşturma
Structure of Prosecutor's Office and Effective Investigation

Oturum Başkanı / ***Session Chair***
Mehmet AKARCA
Yargıtay Başsavcısı / *The General Prosecutor of the Court of Cassation*

Oturumdan Genel Bir Görüntü
General View from the Session

Anayasa Yargısı ve Bireysel Başvuru Hakkı
Constitutional Justice and the Right to Individual Application

Oturum Başkanı / ***Session Chair***
Prof. Dr. Zühtü Arslan
Anayasa Mahkemesi Başkanı / *President of the Constitutional Court*

Oturumdan Genel Bir Görüntü
General View from the Session

Tahkim
Arbitration

Oturum Başkanı / *Session Chair*
Prof. Dr. Çiğdem KIRCA
TOBB ETU Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı / *Dean, Faculty of Law, TOBB ETU University*

Oturumdan Genel Bir Görüntü
General View from the Session

Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması
Mutual Encouragement and Protection of Investments

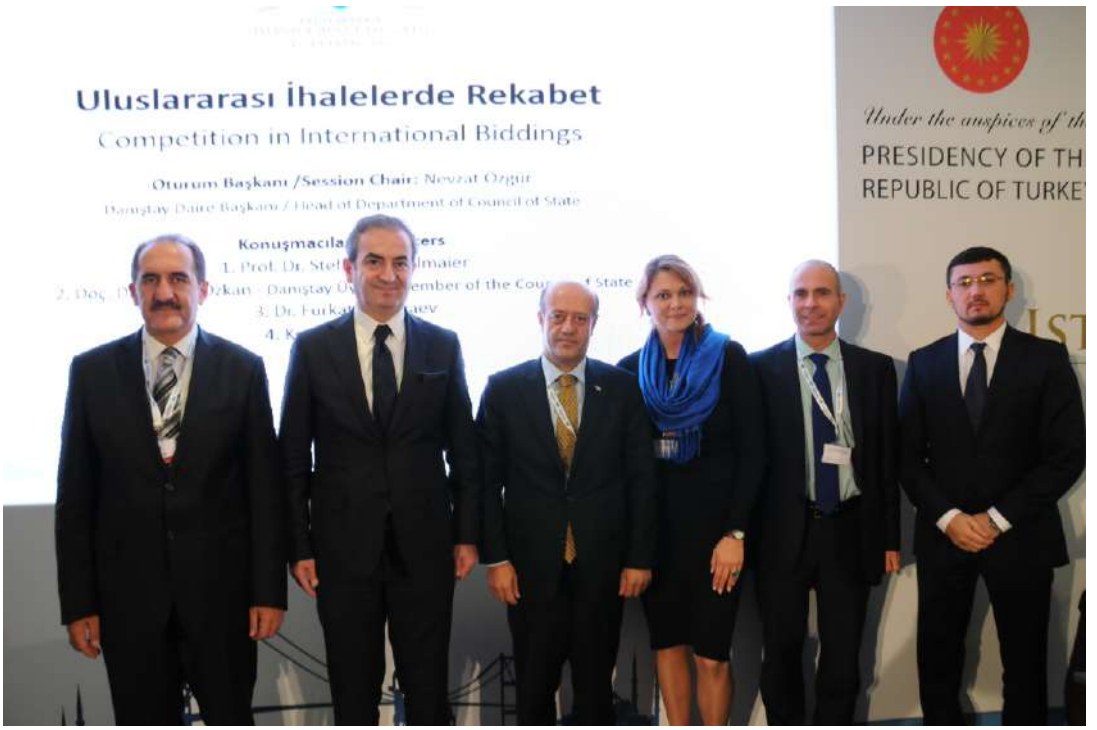
Oturum Başkanı / ***Session Chair***
Prof. Dr. Yusuf Çalışkan
İstanbul Şehir Üniversitesi / *İstanbul City University*

Tahkim
Arbitration

Oturum Başkanı / ***Session Chair***
Prof. Dr. Ziya AKINCI
İstanbul Tahkim Kurulu Başkanı / *President of ISTAC İstanbul Arbitration Centre*

Uluslararası İhalelerde Rekabet
Competition in International Biddings

Oturum Başkanı / ***Session Chair***
Nevzat Özgür
Danıştay Daire Başkanı / *Head of Department of Council of State*



Sosyal Medya, Hukuki ve Cezai Sorumluluk
Social Media, Civil and Criminal Responsibility

Oturum Başkanı / *Session Chair*
Prof. Dr. Seldağ Güneş Peschke
Yıldırım Beyazıt Üniversitesi / *Yıldırım Beyazıt University*

Uluslararası Yargısal Muafiyet
Mutual Encouragement and Protection of Investments

Oturum Başkanı / ***Session Chair***
Prof. Dr. Hakan Taşdemir
Gazi Üniversitesi / *Gazi University*

Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanun Yolları
Legal Remedies in the Law of Criminal Procedure Session

Oturum Başkanı / *Session Chair*
Dr. Ali Khashan
Filistin Adalet Eski Bakanı ve Avrupa Konseyi Venedik Komisyon Üyesi
Palestine Former Minister of Justice and Member of the Venice Commission of the Council of Europe

Oturumdan Genel Bir Görüntü
General View from the Session

Ceza Yargılamasında Uzlaşma
Conciliation in Criminal Jurisdiction

Oturum Başkanı / Session Chair
Prof. Dr. Muharrem Özen
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı / *Dean, Faculty of Law, Ankara University*

Oturumdan Genel Bir Görüntü
General View from the Session

Mağdur Hakları
Victims' Rights

Oturum Başkanı / ***Session Chair***
Ashraf Rifi
Lübnan Adalet Bakanı / *Minister of Justice of Lebanon*

Mültecilerin Hukuki Sorunları
Legal Challenges of Refugees

Oturum Başkanı / ***Session Chair***
Prof. Dr. Nuray EKŞİ
Yeditepe Üniversitesi / Yeditepe University

SONUÇ BİLDİRGESİ
FINAL DECLARATION

Bilim Kurulu Adına Doç. Dr. Gürsel Özkan
Assoc. Prof. Gürsel Özkan on behalf of the Science Board

Salondan Genel Bir Görüntü
General View from the Hall

SOSYAL AKTİVİTELER
SOCIAL ACTIVITIES

17-19 OCTOBER 2016

INTERNATIONAL
ISTANBUL LAW CONGRESS
17-19 OCTOBER 2016

INTERNATIONAL
ISTANBUL LAW CONGRESS
17-19 OCTOBER 2016

INTERNATIONAL
ISTANBUL LAW CONGRESS
17-19 OCTOBER 2016

INTERNATIONAL
ISTANBUL LAW CONGRESS
17-19 OCTOBER 2016

INTERNATIONAL
ISTANBUL LAW CONGRESS
17-19 OCTOBER 2016

TURKISH ARMED FORCES
MEHTERAN UNIT

JUSTICE ACADEMY
OF TURKEY

Ziraat Bankası
Ziraat Bankası