

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

Yılda iki sayı yayınlanan hakemli dergi

**Cilt : III
Sayı : 1
Yıl : 2006**



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

ULUSAL, AVRUPA VE ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA YENİ GELİŞMELER

21. Yüzyılda Bir Süğ Politikası İğın Perspektifler mi?*

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich JESCHKE**

Çeviren: Ar. Gör. Zeynel T. KANGAL***

Tebliğimde sizler, ceza hukukunun yapısını ve etki şeklini derin-
den etkileyen *ulusal, Avrupa ve uluslararası ceza hukukundaki yeni ge-
lişmeler* sunmak istiyorum. Bugünkü durum, 21. yüzyılda süğ politikası
iğın hangi perspektiflerin meydana gıkacağı noktasında ele alacağız.

Ulusal ceza hukukundaki gelişmeleri ele alan birinci kısım ko-
nusu hafif ve orta derece suçluluk bakımından *ceza hukukunun geri
plana çekilmesi* ve onun yerine faili gerçek anlamda cezadan kurtarması
veya cezayı hafifletmesi gereken tedbirlerin gçemesidir. Burada Alman
ve İtalyan ceza hukukundan alınmış örnekler vasıtasıyla bir sonuca var-
mak bakımından, bu yolun devam ettirilmesinin ya da bugünkü düze-
yinde tutulmasının gerekip gerekmediği sorusunu yöneltmek istiyorum.

Tebliğimin ikinci kısmında, hızla ilerleyen *Avrupa hukuku* çerçe-
vesinde iğeriği ve sınırları uluslararası tartışmada münakaşalı olan cezaya
ilişkin hukuk kısmının nasıl oluştuğunu anlatacağım. "Avrupa ceza hu-
kuku", bir tarafta Avrupa organlarının Avrupa Toplulukları'nın hukuksal

* Bu galışma 25 Eylül 2002'de İtalya'da Modena Üniversitesi'nde düzenlenen "21. Yü-
zyılda Bir Süğ Politikası İğın Perspektifler" konulu kolokyumda İtalyanca iğbiğ olarak
sunulmuş, daha sonra "Neuere Entwicklungen im nationalen, europäischen und
internationalen Strafrecht: Perspektiven für Albin ESER, München 2005, sh: 991-1003'de
yayınlanmış olup, yazarm izniyle tercüme edilmiştir.
** Max-Planck Karşılaşımali ve Uluslararası Ceza Hukuku Enstitüsü (Freiburg-Al-
manya) Emekli Müdürü.
*** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı.

değerleri bakımından kendine özgü bir ceza hukuku korumasını amaçladığı diğer tarafta Avrupa Andlaşmaları'nın dar yetki sınırları, üye devletler tarafından ulusal ceza hukuku kültürünün yüksek değeri bakımından ve ikincililik ilkesine dayanılarak savunulmaktadır. Burada, Avrupa'nın gelişimi dolayısıyla Avrupa çerçevesinde ceza hukukunun ilerletişti sonucuna varılıp varılmayacağı ve sınırların nerede çizilmesi gerektiği sorusu ortaya çıkmaktadır.

Tebliğimin öncüsü kısmının ayrıldığı *millelervası ceza hukuku*, Birinci Dünya Savaşı'nın sonundan beri klasik uluslararası ceza hukukundan çıkan kendine özgü bir hukuk alanı olarak oluşmuştur ve şimdi de uygulamaya devam etmek ve pratik olarak uygulanabilir olmak zorundadır. Bir defa burada ABD'nin direnmesine karşın millileterası topluluğun işlevsel organı olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulması ve ikinci olarak da Roma Statüsü'ndeki suç tiplerinin üye devletlerin ulusal ceza hukukuna aktarılması sözkonusudur.

I.

Karşılaşılmalı ceza hukukunda, uzun zamandan beri devlet ceza hukukunda hafif ve orta dereceli suçluluk alanında "ceza hukukunun geri plana çekilmesi" olarak anlaşılabilen bir yapı değişikliği saplanabilmektedir.

Hukuk düzeninin muhafazası için devletin zor kullanma yetkisinin güvencesi olarak ceza hukukunun vazgeçilmezliği eski ilkesi geçen son onar yıllık zaman dilimlerinde gevşemiş ve bunun yerini hafif suçluluk bakımından kapsamlı bir suç olmaktan çıkarma, orta dereceli suçluluk bakımından ise devlet tepkisinin başka biçimleri ceza olarak doldurmuştur. Ceza hukukunun geri plana çekilmesinin nedenleri çeşitlidir. Hafif hak-sızlıklar bakımından gerçek anlamda cezanın önemli ölçüde gereksiz olduğu yönündeki kamu yayımlarıdır. Orta dereceli suçluluk alanında failin sosyal bütünleşmesi konusundaki endişe gittikçe damgalamayın, fakat buna karşın zorlayıcı yaptırımlara götürülmektedir. Bu durumda bu iki alan bakımından önemli bir gerekçe olarak, ceza muhakemesi olmaksızın ya da basitleştirilmiş bir usul içerisinde yapılabilen olağan aykırı hareketler konusunda adalete yardımı eklenmektedir.

I. Bwağlamada Almanya'da klasik ceza hukukuna özellikle önemli müdahale zikredilebilir.

a) "Hif suçların" suç olmaktan çıkartılması bakımından onar yıllık birgök zaan dilimi içerisinde aykırı hareketlerin yeni kategorisi olarak, krımınentivite olarak olmayan para yaptırımıyla tehdit edilen "düzce aykırılıklar" kabul edilmesi şeklinde radikal bir gözüm gerçekleştirilmiştir. Ceza hukukureformu için alınan bu erken adım kapsamlı sonuçlara sah olmıştır. 18 yılında trafik kabahatleri düzene aykırılıklara dönüşümlülmüştür. Arica 1969 yılında kabahat suç şekli tamamen ortadan kaldırılmıştır. Bunun, bütün kabahat suç tiplerinin düzene aykırılıklara dönüşümüne doğrudan beri ceza hükümlerinin yanında ya da yere düzene aykırılıklar içeren federal ve federe kanunların sayısı sürekli olarak artmaktadır.

Hafif aykırılıklarda ceza hukukunun geri plana çekilmesinin temel amacı, aykırılıklar hakkındaki Kanun'da (1987 tarihli yeni şekli) aykırılıkların ortadan kaldırılmasıdır. Para yaptırımı (Geldbuße) geri para cezasına benzeren zayıf bir yaptırımdır, fakat sosyal etik bakımdan etkiz olduğundan ara yaptırımı idadesinden dolayı ilgilinin itibarının azaltılmasıyla, ceza hukukunla aynı yapıya sahiptir. Bununla birlikte, hukuki bakımından e alınmaları açısından önemli farklılıklar mevcuttur. Para yaptırımı ac sictile kaydedilmez. İlk derece muhakeme usulü yalın ir idari usulü Kefaret parasına ilişkin kararın icrası bakımından idari makamlar yetkilidir. Para yaptırımının tahsil edilememesi halinde alimatif bir yaptırım yoktur. Aksine sadece, mahkeme tarafından karar bağlanması gereken tedbir olarak zorlayıcı hapis mevcuttur. İlgi acz haidesyce, icra esas itibarıyla yapılamaz. Özellikle ilgili tairinden itibaren mahkeme önünde adli bir usule götürür. Bu mahkeme nin kararın karşı belirlen koşullar altında yüksek eyalet mahkemesi, temyizden öya edilen hukuksal itiraz yolları mevcuttur.

Düze aykırılıkların kabul edilmesi sayesinde hafif haksızlıklar dan ceza hukukunun tamamen geri plana çekilmesi kamunoyunun bilimde bağar olmıştır. Düzene aykırılıklardan dolayı muhakeme gök k

gerçekleşmektedir. Bunlar kamuoyunda “küçük ceza muhakemeleri” olarak görülmemektedir. Vatandaş bunları gerçi can sıkıcı ve belki de masraflı bulmaktadır. Fakat yalnızca çok yüksek bir para yaptırımını (olağan hâllerde 1 000 avroya kadar) ve özellikle trafik düzenine bir aykırılığın yan sonucu olarak üç aya kadar trafikten menî ağır görmektedir.

b) Bundan başka ceza hukukunun geri plâna çekilmesi diversion’un** çeşitli türleri sayesinde sınırlı olaylar bakımından da gerçekleşebilir.

En basit biçimi, basitlikten dolayı savcılık tarafından ceza muhakemesinin durdurulması şeklindeki 1924 yılında kabul edilen *takipsiz diversion*’dur (CMK § 153). Fail bakımından diğer zamanlarda olduğu gibi hissedilmeyen bu diversion’a savcılığın etkin olmak zorunda olduğu fail-mağdur uzlaşması ve zararın giderilmesi dâhil edilebilir (CMK § 155a). Fakat uygulamada takipsiz diversion’un desteklenmesi için bizahtili makbul olan bu önleme araçları seyrek tatbik edilmektedir. Bilakis yılda 400 000’den fazla olayda uygulanan basitlikten dolayı mutlak takipsiz durdurma Almanya’da kuraldır ve zaman israfına yol açan katilim yükümlülüklerinden de mümkün olduğunca kaçınılmasını sağlayan adalete yardımın en önemli şeklidir.

Yükümlülüklerin ve talimatların yerine getirilmesinin ardından savcılık tarafından muhakemenin durdurulması şeklindeki müdahale eden diversion da (CMK § 153a) Almanya’da sık uygulama alanı bulmaktadır. Diversion’un bu şekli yılda yaklaşık 200 000 muhakemede gerçekleşmektedir. Savcılığın kitlesel sorunların çözülmesine yönelttiği rutin çalışmasında toplum yararına çalışma veya fail-mağdur uzlaşması gibi önleyici talimatların esasen Avusturya’dakinden farklı olarak sayısal olarak çöktüğü esnada, koşulların bütünsel katalogu içerisinde olayların yaklaşık %98’inde para yükümlülüğü uygulanmaktadır. Para cezasına benzer kefalet parasının egemenliğine karşın, Almanya’da CMK § 153a’ya göre durdurma bağımsız yaptırım olarak kendini kabul ettirmiştir. Buna

** Diversion kelimesi “başka yöne çevir(il)me” anlamına gelmektedir. Ceza muhakemesi hukuku anlamında diversion, adli organların suça reaksiyon hususundaki rolünü azaltma yönündeki her türlü çabadır. Başka bir deyişle diversion, az tehlikeli faillerin hafif veya orta dereceli suçlarının olağan ceza muhakemesi kapsamından çıkartılarak, alternatif yollarla çözüme kavuşturulması yönündeki bütün girişimlerin üst başlığını oluşturmaktadır (ÇN.).

karşın, büyük ekonomik, çevre ve vergi ceza muhakemelerinde CMK § 153a’daki olanakların fazla gerilmesi ve yüzbinlere gidebilen para yükümlülüklerine emredilmesi şeklindeki kaygılar ortaya konulmaktadır. Özellikle, güveni kötüye kullanma suçunun (CK § 266) objektif tipikliğindeki mevcut şüpheye rağmen, savcılığın 300 000 Alman Markı karşılığındaki durdurmasını mahkemenin son soruşturmadan kaçınmak için onayladığı, parti bağışlarını gizlemekten dolayı Helmut Kohl’a yönelik ceza kovuşturmasında gözlemlenebilen hassas ceza muhakemelerinin kapalı yapılması çabası da eleştirilmiştir.

1999 yılında CMK § 153b gereğince kabul edilen *radikal diversion* biçimi en ileriye gitmektedir. Bu durumda, yalnızca son soruşturma muhakemesinin dosya durumuna göre cezadan vazgeçebilmesi hâlinde muvafakatiyle birlikte, savcılık olması gereken bir fail-mağdur uzlaşmasını ya da önceden yapılan zarar giderimini dikkate alarak muhakemeyi durdurabilir. Böylece burada savcılık CK § 46’ya göre bizzat zamamı gelmiş olan mahkûmiyet hükmünü bile engelleyebilmektedir. Bir yıla kadar olan hürriyeti bağlayıcı bir cezada cezadan vazgeçilmesi uygulama tarafından çok hafif olarak görüldüğünden, kuşkusuz bu olaylara da seyrek rastlanacaktır. Fakat CMK § 153b’deki düzenleme Almanya’da radikal diversion’a kadar olan yasal gelişim bakımından ayrıca özelliğe sahiptir.

2. İtalya’da da hafif suçluluktan ceza hukukunun genel bir geri çekilmesi ve bugün sınırlı olaylarda ilk diversion olanakları da mevcuttur.

a) Alman düzene aykırılıklar hukukuyla karşılaştırılabilecek olan hafif haksızlıkların suç olmaktan çıkartılması, 1981 yılında cezalandırma amacı güden idarî yaptırımın kabul edilmesiyle gerçekleşmiştir. Ne de olsa kabahatler suç olarak mevcut kaldığından İtalya’da bu adım çok da fazla ileriye gitmemiştir. Bununla beraber, kuşkusuz tek bir kanunda yer almayan kurallar, zaten tamamen çok benzer şekilde düzenlenmiştir. İdarî aykırı hareketler çok sayıdaki yasal düzenlemede saptanmıştır. Aynı şekilde yaptırımlar da kanunda belirlenen sınırlar içerisinde para yükümlülükleridir. Tercihin görünüşü, burada da haksızlık içeriğinde daha hafif aykırı hareketlerin dönüştürülmüş olduğunu ortaya koymaktadır. Almanya’daki gibi maslahata uygunluk ilkesiyle beraber idare yetkilidir. Para yaptırımları dışında hukuksal bakımdan Almanya’daki trafikten menî ile karşılaştırılabilecek olan yan sonuçlar mevcuttur. İdarî yaptırımların

uygulanması bakımından Ceza Sisteminde Değişiklikler (“Modifiche al sistema penale”) Kanunu’nda (1981) ceza hukukundan kopya edilen genel ilkelerle ilgili bir bölüm öne alınmıştır. Para yaptırımlarının yerine getirilmesi doğrudan vergilerin tahsili için öngörülen idarî usul çerçevesinde gerçekleşmektedir. İtalya’da da idarenin kanun yolu muhakemesi yargıya götürmektedir. İdarî makamlarca karara bağlanan bir para yaptırımını veya bir yan sonuç yükümlülüğüne karşı ilgili bakımından uzlaşma hâkiminin (Giudice di pace) ve daha önemli durumlarda mahkemenin karara bağladığı itiraz (opposizione) usulü öngörülmüştür. Adli yargının son merciinde temyiz mahkemesine bile başvurulabilmektedir.

b) Buna karşın İtalya’da diversion olanağı Almanya’dakine göre çok daha sınırlı olarak düzenlenmiştir.

Basitlikten dolayı, yükümlülüklerin ya da talimatların yerine getirilmesi karşılığında veya mahkeme tarafından cezadan vazgeçilmesi olanağı bakımından Almanya’daki diversion ile karşılaştırılabilecek savcılık tarafından ceza muhakemesinin durdurulma şekillerinden biri, Anayasa’nın 112. maddesi gereğince savcılık dava açmakla yükümlü olduğu için, mevcut değildir. Yalnızca, bir suça bağlı olan idarî bir haksızlıktan dolayı bir tüzel kişiye yönelik yeni usulde bugün savcılık muhakemeyi durdurma olanağına sahiptir (8.6.2001 tarih ve 231 sayılı Kanun Hükmünde Kararname – Decreto legislativo – md. 58). Ancak burada bir ceza davasının açılmaması söz konusu değildir. Gerek tek hâkimli gerek çok hâkimli mahkeme de yükümlülükler ve talimatlar karşılığında durdurma suretiyle diversion olanaklarına sahip *değildir*. Bu, dava açılmış olduğunda savcılığın muvafakatiyle mahkemeye basitlikten dolayı ya da yükümlülükler ve talimatlar karşılığında muhakemenin durdurulması olanağını veren Alman hukuku karşısında daha açık bir farklılıktır.

Diversion açısından adli yetki ilk önce uzlaşma hâkimi bakımından oluşturulmuştu. 28 Ağustos 2000 tarih ve 274 sayılı Kanun Hükmünde Kararname md. 2/2’ye göre, uzlaşma hâkimi, taraflar arasında mümkün olandan daha çok bir uzlaşma sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu düzenleme Almanya’da aşağı yukarı aynı zamanda kabul edilen, savcıya ve hâkime uygun hâllerde taraflar arasında bir uzlaşma sağlama görevi yükleyen CMK § 155a’ya uygun düşmektedir. Almanya’da, savcı ve hâkime bir fail-mağdur uzlaşması ya da bir zarar giderimi amacıyla,

Avusturya’daki *€* son diversion şeklinde (mahkeme dışı eylem uzlaşması) yardımcı arak adlandırıldığı gibi, bir “çatışma düzenleyicisi” tayin etme olanakları veren CMK § 155b daha ileri gitmektedir. Ayrıca 34. maddeye görüldüğü üzere hâkim bugüne kadar hâkimde olmayan muhakemeyi basitlikten dolayı durdurma olanağına sahiptir. Nihayet 3. maddeyle oluşturulan, daha önceden gerçekleştirilen zarar giderimini suçun ortadan kamış sayılmasından (estinzione del reato) ibaret olan diversion’un yenşekli özellikle önemlidir. Zararın giderimi açısından zaman kazanmak için uzlaşma hâkimi muhakemeye üç ay için ara bile verebilmektedir.

3. 21. yüzyılda hafif suçluluğun ele alınmasına göz atıldığında Alman düzenine aykılıklar hukukunun model olarak iyi görünümüne sahip olduğu peşinen söylenebilecektir. Bunun sayesinde genel önleme yeteri sağlanmaktadır. Aynı şekilde uygun bir ibret anlamında bireysel önleme de derecendirilebilir para yaptırımını sayesinde garanti edilmektedir. İtalya açısından her şeyden önce tek bir kanunda bütünsel olarak konunun düzenlenmesi önemli görünmektedir. Çünkü bu sayede idare açısından genel fir edinme ve sorumlular bakımından da etkinlik denetimi kolaylaşacaktır.

İtalya’da bit diversion’un benimsenmesini daha önceden *Gros* tasarısı önermişti Bunun, gelecekte kendiliğinden anlaşılması gerekcekti. Yükümlülükler ve talimatlar karşılığında muhakemenin durdurulması suretiyle mahale eden diversion yayılacak ve hem savcıya hem de mahkemeye tanımlanacaktır. Bununla beraber para yükümlülüğünü kötüye kullanmaları engellemek için bugün Almanya’dakine göre daha dar olarak sınırlanarak ve daha katı olarak kanunen tanımlanarak gerçekleştirilmektedir.

Fransa’da mevcut olan (médiation) savcı ve mahkemenin yükümlülüğü olarak fail-mağdur uzlaşması çabası gittikçe kendini kabettirecektir. Ancak belki zaman israfı dolayısıyla uygulamada seyrek kalacaktır. Verin özel uzlaşma mercileri de burada ceza adaletini yardımcı etmelidir.

II.

Bundan böyle tebliğimin *Avrupa ceza hukukundaki yeniliklere ilişkin* ikinci kısmına değineceğim. Burada bir defa, kendine özgü bir Avrupa ceza hukukunun kabul edilmesinin gerekip gerekmediği ve hangi ölçüde kabul edilmesi gerektiği ve de ayrıca Avrupa yararlarının ve hukuksal değerlerinin korunması için bir Avrupa savcılığının zorunlu olup olmadığı sorunu sözkonusudur. Diğer taraftan, gerçek bir Avrupa ceza hukukundan şimdilik vazgeçilmesi hâlinde Avrupa Topluluğu'nun hukuksal değerlerinin korunması için hangi yaptırımların bugün gerekli olduğu ve bu yaptırımların yürürlükteki hukuka nasıl dâhil edilebileceği pratik sorusu ortaya çıkmaktadır.

Avrupa Birliği'nin ceza hukuku bakımından bir yasama yetkisi bulunmadığından gerçek anlamda bir Avrupa ceza hukuku henüz mevcut değildir. Bununla birlikte, üye devletlerin ceza ve idarî ceza hukuku aracılığıyla Avrupa Birliği'nin dolaylı korunmasından faydalanmanın yanı sıra, bir idarî yaptırımlar hukuku bulunmaktadır. Bundan başka bilim alanında ve Komisyon'da çeşitli yollarda ve çeşitli ölçüde gerçek bir Avrupa ceza hukuku için hazırlıklar üzerinde çalışılmaktadır. Özellikle dolandırıcılık ve rüşvete karşı Avrupa Birliği'nin malvarlığı yararlarının uluslararası plânda hareket eden organize suçluluk karşısında ulusal adalet tarafından korunması yeterince sağlanamadığı için, böyle bir ceza hukuku ihtiyacı kabul edilmektedir.

I. 1953 yılında kurulan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'ndan beri işletmelere yönelik *idarî yaptırımlar* olarak para yaptırımları Komisyon'un elinde bulunmaktadır. Faiz zammı, sübvansiyonların veya teminat vadesinin dışında bırakma gibi *bastırıcı* nitelikteki diğer zorlama araçları Avrupa Konseyi'nin 1995 yılındaki bir tüzüğünde düzenlenmiştir. Bu tüzükte "usulsüzlük" adı altında genel bir suç tipi de formüle edilmiştir. Fakat bu suç tipi o kadar belirsiz tutulmuştur ki, ortak idarî yaptırımlar hukuku bakımından temel norm olarak hukuk güvensizliğine götürmektedir. Burada zorunlu olan husus, uzun zamandır uygulanan, esasen idarî ceza hukuku olan bir zorlama aracı bakımından da bu arada beklenebileceği gibi, hukuk devleti açısından tasarlanan bir Avrupa yaptırımlar hukukudur. Bu durum özellikle, bugün rekabet kurallarına aykırılık hâlinde büyük işletmelere yönelik olarak yüzlerce milyon avroya varabilen para

yaptırımlarının tayini hakkındaki kesin ve yeterince belirli bir düzenleme açısından geçerlidir. Cezanın tayinine ilişkin temel kurallar hatıra geldiğinde, eylemin önemi, kusur kinamasına ağırlığı ve failin ekonomik ilişkilerini dikkate alan ve oldukça sade olan Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu § 17/3 model olarak kullanılabilir.

2. Avrupa Birliği'nin ve Toplulukların hukuksal değerlerinin cezaî korunmasının ikinci yolu *üye devletler ceza ve idarî ceza hukukunun kullanılmasıdır*. Avrupa Toplulukları İdalet Mahkemesi 1989 yılındaki temel bir kararında ifade etmiş olduğu bi, üye devletler kendilerine yüklenen Avrupa sadakatinden dolayı yaptım güçlerini faaliyete geçirmekle yükümlüdürler. Avrupa organının Avrupa Topluluğu Andlaşması md. 249/3 uyarınca yönergeler acılığıyla ulusal ceza hukukundan taleplerinin üstlenilmesine ilişkin örnek, Almanya'daki CK § 264'deki sübvansiyon dolandırıcılığını önali ölçüde genişleten ve bu sayede de olağan dolandırıcılıktan ayırmışulunan 1998 tarihli Avrupa Toplulukları maliyesinin korunması kanıdır. Fakat Avrupa Birliği Andlaşması md. 34/2b'ye göre, Avrupa Birli Konseyi'nin yalın çerçeve kararlarından dolayı da üye devletler adli işliğinin güçlendirilmesi için tedbirlerin yerine getirilmesiyle açıkça yükümlü kılınabilmektedirler. Bunun için üye devletlerin yaptırımlar hukunun kullanılması bir bahsetme karşısında, üye devletlerin Avrupa öeliklerinin yerine getirilmesinde kendi idarî ve kriminel ceza hukukları bizzat uyarlayarak ve genişleterek uygulayabilme avantajına sahiptir. Fakat tam olarak çerçeve kararlar üye devletlerin hukukunun çok uzına gidebilmektedirler. Bunun için bir örnek gelecekteki Avrupa tutukma müzekkeresi hakkındaki 7.6.2002 tarihli çerçeve karardır¹. Bu Avrupa tutuklama müzekkeresi, kararda yazılı, kısmen çok açık olmayarak aret edilen 32 suç tipi bakımından, geri verme yasakları ve çifte cezalandırılabilme prensibi gibi çok önemli hukuksal güvenceler de dâhil olmakzere şimdiye kadarki bütün geri verne usulünün yerine, sanığın tutuklan müzekkeresini kesen devlete doğrudan verilmesini ikame etmektedir. Karar, üye devletler arasında

¹ Avrupa tutuklama müzekkeresi ve Avrupa Birliği ü devletleri arasındaki geri verme usulü hakkındaki çerçeve kararın dönüşümüne dair kanun (Avrupa tutuklama müzekkeresi kanunu) Konsey'in kararındaki önceliklere göre 1.3.2004'te Federal Parlamento tarafından oylanmış, ancak henüz federal resmî gazete yayımlanmamıştır. Bu kanunu Federal hükümetin 15.8.2003 tarihli gerekçeli tasarıyla karşılaştırmız, Bundesrats-Drucksache 547/03.

daki bir geri verme sözleşmesi hakkındaki, ne de olsa burada onaylama sırasında hala çekimceler iheri sürülebildiğinden, Konsey'in 27.9.1996 tarihli hukuksal işleminde kapsama dâhil edilen müdahaleler üzerinden tarihli hukuksal işleminde kapsama dâhil edilen müdahaleler üzerinden onaylanmaktadır. Fakat bu tür gerçeğe kararlar, hâttârlanılması gerekir ki, Avrupa Birliği Andlaşması md. 34/2b'ye göre, yalnızca ulaşması gerekli amaçlar bakımından bağlayıcıdır. Bununla birlikte, gerçeğe kararlar şekli ve amaçların seçimini üye devletlere bırakılmaktadır. Buna göre, geri verme usulünün hızlandırılması için arag olarak Avrupa tutuklama müzakeresi- nin kabul edilmesi üye devletlere mecburiyet olarak emredilememektedir. Böylece Avrupa tutuklama müzakeresi hakkındaki gerçeğe kararlar karşı, Avrupa tutuklama müzakeresini kabul etmek istemeyen üye devletler tarafından Avrupa Topuluğuna Andlaşması md. 230/2'ye göre Konsey'in yetki aşımından dolayı Avrupa Topulukları Adalet Mahkemesi'ne itirazda bulunulabilir.

3. Gerçek bir Avrupa ceza hukukunun geleceğini üye devletlerin *bilimsel hareketler* göstermektedir. Bu gelişmelerde, ortaçağın başlangıcından beri İtalya ve İspanya'dan – özellikle İtalya'da *Gandinus*, *Theodoricus* ve *Clarus* tarafından üzerinde çalışılan – "Jus Commune Europaeum" (Avrupa Müstacer Hukuku) olarak bütün Avrupa Üniversitesilerine yayılan ve modern karşılaşımah hukuk sayesinde yeniden canlanımy olan ceza hukukunda ortak bir Avrupa temel inancının hâla bu- lunduyu iyi bilinmekteydi.

(1) Bu tür hazırlıklar bağlamında öncelikle, Paris I (Sorbonne) Üniversitesinden Profesör Delmas-Marty'nin başkanlığında Avrupa'da bir gelişme grubu tarafından hazırlanan Avrupa Birliği'nin Mali Çikarlarının Korunması'na dair 1998 tarihli *Corpus Juris* zikredilmektedir. Aynı Avrupa suç tipleri olarak Avrupa Birliği'nin zararına olarak dolan- diriciliği, evrakta sahibikarlığı, rüşveti, memuriyet yetkilerinin kötüye kullanılması ve memuriyet yükümlülüklerine aykırılığı, karapara aktama ve yataklığı ve de bir Avrupa Savcılığı'nın kurulması önerisini içermek- tedir. Kuşkusuz Corpus Juris gittikçe artan oranda eleştiri bulmuştur. Eleştiri evvela, dolandırıcılık suç tipinin ağır takrir halinde cezalandırıl- maları bir soyut tehlike suçuna kadar genişletilmesine yöneliktir. Ayrıca bir topluluk kusuru için kriterler gösterilmeksizin bütün Corpus Juris suçları bakımından tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna itiraz edilmektedir. Nihai- yen, Avrupa Savcılığı'na yönelik, her şeyden önce üye devletlerin uygu-

lanmalarından kaynaklanan kaygılar mevcuttur. Bununla beraber bütün bu üç yenilik Komisyon'un yakın zamanda yayımladığı yeşil kitapta gelecek için talepler olarak tekrarılmıştır.

Avrupa Birliği'nin yetkisinin topluluğum mali güçlerini ceza hü- kümlerinin girakıtılmasına kadar genişletilmesi için, yeşil kitap tasarımla- rında bahah olarak belirtildiği gibi, Komisyon tarafından Avrupa Topuluğuna Andlaşması'nın tamamlanması amaçlanmaktadır. Böyle bir tamamlama Alman hukukuna göre AY. md. 23/1c.2 gereğince Feral Konsey'in iştirakıyla bir onaylama yasaını gerçekletrir. Fakat böyle r kanun için de onaylanan konunun, yetki devrinin kapsamının melderacağıca anlaşıl- mitesi ve ikincilik ilkesiyle ölçülü olabilmesi için huk devletci baki- mindan behtenebilirlik ve öngörülebilirlik taleplerini erine getirmesi gerekir. Fakat Komisyon tasarımladaki md. 280a/3a'nın emi (yeşil kitap s. 91 vd.) bunun için yeterli değildir.

(2) İkinci bilimsel girişim Corpus Juris'in gerçeğini aşmaktadır.

"Avrupa Birliği Ekonomik Ceza Hukuku" başlığı anda yayımlanan Freiburglu meslektaşım *Klaus Tiedemann*'in başkanlığıdaki başka bir Avrupa gelişme grubunun tasarımlı Avrupa Topuluğunun maliyesyle ilgili müstacer bir Avrupa ekonomik sahasında ortak r korumaya itti- yağ duyulan alanların bızatibi ceza hukuku ağından komasına ilişkin- dir. Buna göre, bu tasarımlın özel bölümü, kısmen Avrupaekonomi alanını dışarıya karşı koruması gerekir, kısmen de bu alan içerisinde ekonomi ceza hukukunu standartlaştıran Avrupa suçlarını içerektedir. Burada organize insan ticaretine karşı işçilerin ve gelişim piyasasını koruması, tükelelelerin, rekabedin ve gerenin, ticaret ve şirketlerhukuku alanına ilişkin diğer ceza normlarının korunması ve önceden mecut olan Avrupa ortak pazartının korunması hakkında ceza hükümleri öngörülmüştür.

Bütün bu suç tiplerinin Avrupa Konseyi'nin tügü araçılığıyla gerçek anlamda Avrupa ceza hukukuna dönüştürülme gibi önemli bir sorun ve gözümü, Avrupa Birliği'nin ceza hukuku alanında kanun koyma konusunda ağık bir yetkisi olmadan düşünülmez. Birula birliğic, bu alanda topluluğum ve üyelerin ceza hukuku alanına kanun koyma otori- tesi ilikisini terisine gevtren böyle bir yetki dağılımı evla, şu anda 2004

Mahkeme, ceza muhakemesi nizamnamesi ve kurulması için teşkilat ve mali kuralları önceden bir hazırlık komisyonu tarafından gerçekleştirildiğinden 2003 yılından itibaren faaliyetine başlamıştır. Böylece milletlerarası topluluğun, uzun yıllar süren bilimsel çabaları tamamlayan, siyasi, hukuki ve örgütsel çok büyük bir başarısının tanıkları olacaktır.

ABD'nin Statü'ye katılmayıp, Uluslararası Ceza Mahkemesi'yle hatta hararetle mücadele etmesi, Amerikalıların Nürnberg'ten beri böyle daimi bir uluslararası merciyi her zaman desteklemelerinden dolayı, tabii ki üzücüdür. Fakat ben evvela bundan değil, bizatihi Uluslararası Ceza Mahkemesi'nden bahsetmek ve sonuç olarak Güvenlik Konseyi'nin 12 Temmuz 2002 tarih ve 1422 sayılı kararıyla ortaya çıkan hukuksal durumu tartışmak istiyorum.

2. Uluslararası Ceza Mahkemesi mevcut Yugoslavya Mahkemesi'nden önemli ölçüde ayrılmaktadır. Yugoslavya Mahkemesi yer ve zaman bakımından sınırlı bir alanda, yani Eski Yugoslavya'da 1991'den beri işlenen ağır milletlerarası hukuk suçlarını mahkûm etmek için Güvenlik Konseyi'nin kararıyla ad hoc olarak kurulan, devlet yargısına *öngelen* Birleşmiş Milletler'in özel bir mahkemesidir. Buna karşın yeni Uluslararası Ceza Mahkemesi, bir milletlerarası hukuk sözleşmesiyle oluşturulmuş, maddi vakıa bakımından Yugoslavya Mahkemesi'nin de yetkili olduğu aynı milletlerarası hukuk suçları bakımından yer ve zaman sınırlaması olmaksızın evrensel yetkiyle donatılmış *daimî, genel* bir Mahkeme'dir. Fakat yetkisi çok önemli iki hükümle sınırlandırılmıştır. Birincisi, sanığın ya sözleşen bir devletin vatandaşı olması ya da sözleşmeye taraf olmayan bir devletin vatandaşı olarak eylemi sözleşen bir devletin ülkesinde işlemiş olması zorunluluğudur. Burada dayanılan aktif kişisel ilkesi ve ülkesellik ilkesi milletlerarası hukuk bakımından itiraz edilemeyen uluslararası ceza hukukunun kabul gören bağlantı noktalarıdır. İkincisi, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin bir olayı yalnızca, tamamlayıcılık ("complementarity") ilkesine göre, ceza kovuşturması bakımından öncelikle yetkili devlet, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin nihai yetkisine bağlı belirli bir suçu ciddi olarak aydınlatma ve kovuşturma arzusunda ya da kudretinde değilse, kendisine çekebilmesidir. Bir ceza mahkemesi kararının uluslararası bir merci tarafından denetlenmesinin kabul edilmesi sözleşen devletin egemenliği kapsamında yer almaktadır. Devlet yargısının isteksizliği ("unwillingness") ya da kudretsizliği

("unability") hâlinde böyle bir tamamlayıcı müdahalenin *kabul edilebilirliğine* (admissibility) şüphesi Uluslararası Ceza Mahkemesi bizzat karar verecektir. Bununla birlikte bu taviz de kuşkusuz sözleşen devletin egemenliğine ilişkin bir kaddedir. Mahkeme'nin etkinliği için vazgeçilemez olan ülkesellik ilki, ABD'nin vatandaşlarını, özellikle de yurtdışında bulunan askerlerini uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yetkisinin esas itibariyle dışında tutmaya yönelik girişimlerine karşı, burada aynı hukuk herkes için geçerli mak zorunda olduğu ve ABD için bir istisna bütünü gözden düşürecek için, sözleşen devletlerin büyük çoğunluğu tarafından dramatik bir ücadelede müdafaa edilmiştir.

Bütün hazırlık döneminininkisine olarak, Roma Statüsü'nün büyük ilerleyişi soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları *suç tiplerinin* etrafına kurala bağlanmasında ymaktadır. Soykırım bakımından Statü 1948 tarihli Soykırım Sözleşme'nin tanımını kabul etmektedir. Soykırım bakımından Balkan Savaşı'lan alınan temel örnek, bugün hâlâ kaçak olan sanık General Mladić'iemriyle Sırp birliklerince Sebrenica'da 7 000 Boşnak'ın katledilmesidir. İnsanlığa karşı suçlar devlet veya bir örgüt tarafından benimsenen birolitika çerçevesinde kendi sivil halkına ya da başka bir sivil halka yönelik yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenen belirli ağırtaki suçlardır. Yakın geçmişten alınan temel örnek, 1999 yılında son olarak NATO müdahalesine götüren, Kosova'nın kötü ün kazanan "atik temizliği"dir. Statü'de gösterilen savaş suçlarının listesi uzundur: insanları çoğu yerde rahat bırakmayan *halk* savaşlarında milletlerarası vafş hukukuna karşı suçları da ana başlığında içermektedir. Hazırlık komisyonunun bu arada Statü metnine eklediği suçun unsurları ("elements of crime") bu metnin yorumlanması bakımından önemli ipuçları vermektedir.

Ceza olarak yalnızca hüyeti bağlayıcı cezalar öngörülmüştür. Fakat Nürnberg'teki gibi ölüm zasının da öngörülmemesi, kaldırılması yönündeki uluslararası hareketi kayda değer bir başarısını ortaya koymaktadır.

3. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin faaliyetine hazırlık için *Almanya* iki önemli adım atmıştı Birincisi, Mahkeme ile işbirliğine ilişkindir. Statü'nün 9. maddesi bütün sözleşen devletler için buna ilişkin kurallar içermektedir. 89. maddesözleşen devletleri özellikle bu ödevle-

rini yerine getirmeleri için ulusal hukukta gerekli düzenlemeleri öngör-
mekle yükümlü kılmalıdır. Almanya Roma Statüsü'nü yerine getirmek
için ayrıntılı bir kanunu 21.6.2002'de kabul etmiştir.

İkinci adım, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin daha sonra faaliyete
gececeğini gözardı ettiğinden her zaman büyük önem taşıdığı için daha
önemlidir. Federal Adalet Bakanlığı'nın görevlendirmesiyle bir çalışma
grubu Alman *Uluslararası Ceza Kanunu* tasarısını hazırlamış, bu tasarı
da Uluslararası Ceza Kanunu'nun kabul edilmesi hakkındaki 26.6.2002
tarihli kanunla (BGBl. I S. 2254) geçerli hukuk hâline gelmiştir. Bu ka-
nunun amacı Statü'deki suç tiplerini Alman hukukuna nakletmek ve bu
sayede Alman hukukunun Statü'deki suçların kovuşturulması bakımından
boşluksuz olmasını, böylece de Almanya için kudretsizlik ("unability")
durumunun yer bulamamasını sağlamaktır. Ayrıca bu dönüşüm saye-
sinde, ilke olarak Statü'deki suçların cezalandırılması kendi yetkisinden
dolayı Alman hukukunca olanaklı kılınmaktadır. Bu da, milletlerarası
hukukun etkili korunmasını her durumda garanti altına almaktadır. Ulus-
lararası Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinde bu yükümlülük bakımın-
dan, Alman hukukunun Uluslararası Ceza Kanunu gereğince bütün suçlar
açısından eylem yeri ve failin vatandaşlığından bağımsız olarak yetkili
olduğu anlamına gelen evrensellik ilkesi öngörülmüştür. Bununla birlikte,
yurtdışında işlenen eylemlerde savcılığın dava açma yükümlülüğü, savci-
lığın eyleme yurtiçinde ilgi olmaması hâlinde harekete geçmek zorunda
olmamasıyla hukuken sınırlandırılmıştır. Bu durumda savcılık yabancı
veya uluslararası ceza kovuşturması makamlarına öncelik vermelidir.

İtalya'da bir grup muhalefet milletvekili, gerektiren sebepler açı-
sından Almanya'dakine benzeyen, Uluslararası Ceza Kanunu ("Codice
penale internazionale") olarak adlandırılan 9 Mayıs 2002 tarihli bir kanun
tasarısıyla aynı yönde bir adım atmıştır. Tasarı soykırım, insanlığa karşı
suçlar ve savaş suçları hakkındaki Statü'deki suç tiplerini münferit hü-
kümlere bölerek İtalyan hukukuna aktarmaktadır. Ulusal ceza yetkisi,
benzeri olan Alman hukukundan farklı olarak evrensellik ilkesiyle değil,
daha dar olarak aktif ve pasif kişisel (fail ve mağdura göre şahsılık)
ilkeleriyle belirlenmektedir. Buna bağlı olarak, sözleşen bir devlet ya da
Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından ceza kovuşturması yapılmayan
Statü'deki suçlarda tamamlayıcı ceza yetkisinin bir türü ortaya çıkmakta-

dır. Uluslararası Ceza Mahkemesi'yle işbirliği Almanya'dağibi ayrıntı-
lı olarak aynı kanun içerisinde tasarı tarafından düzenlenmiştir.

4. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin geleceği açısından Güvenlik
Konseyi'nin 12 Temmuz 2002 tarihli kararıyla yeni bir dum ortaya
çıkmıştır. Karar şunları ifade etmektedir: Birleşmiş Milletler tarafından
yapılan ya da tasvip edilen bir operasyona katılan sözleşmeytaraf olma-
yan bütün devletlerin personeli 1 Temmuz 2002'den itibaren iki aylık
süre için Statü'nün 12. maddesinin 2a numarasındaki ülkesik ilkesine
göre Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ceza yetkisinin dışta tutulur.
Güvenlik Konseyi aynı zamanda, bu kuralın gelecek her 1 Temmuz'da
zorunlu olduğu takdirde aynı koşullarla yenilenmesi niyeti de ortaya
koymuştur³.

Güvenlik Konseyi, kararı için, Güvenlik Konseyi II Şartı'nın
VII. Bölümüne göre alınan bir kararda Uluslararası Ceza Mahke-
mesi'nden talep ettiği takdirde, Statü'ye göre bir ceza kovuşturmasının 12
aylık bir zaman dilimi bakımından yapılamayacağını öngör. Statü'nün
16. maddesine dayanmaktadır. Bununla birlikte, 12.7.2002 tarihli kararın
BM Şartı Bölüm VII md. 39 ile ve böylece Statü'nün 16. maddesiyle de
karşılanmadığından, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin tamamlayıcı yet-
kisini yerine getirmesinde barışın tehdit edilmesi ve bozunması ve de
saldırı eylemi açıkça mevcut olmadığı, aksine tam olarak bışın korun-
ması amaçlandığı için, şüphe edilemez. Fakat Güvenlik Konseyi'nin ka-
rarı (Statü'nün üyesi Büyük Britanya ve Fransa'nın oyları (dâhil) oy-
birliğiyle alınmış olduğu için, fiilî etkililiğinden de şüphe duylamaz.

Bu durumda Statü'nün sözleşen devletleri bakımındanelecek için
iki çözüm dikkate alınmalıdır:

Sözleşen devletlerin toplantı kararıyla BM faaliyetlerle taraf ol-
mayan devletlerin personeli lehine geçici bir istisna eklenebilir ya da
Statü değiştirilmeden kalabilir ve gelecekte böyle bir durumdrtaya çıktığı-
nda, Yugoslavya Mahkemesi'nde de Kosova çatışmasında Nato hava

³ Dokunulmazlık kararının ilk yenilenmesi 1 Temmuz 2003'te gerçekleşmiştir. Güvenlik
Konseyi'nde ABD'nin güçlü baskısına karşı 1 Temmuz 2004'te ikinci 1 yenilenmenin
engellenmesine çalışılmıştır. Dünya kamuoyunu kızdıran çeşitli bölgelerdeğir milletle-
rarası hukuk ihlalleri karşısında Uluslararası Ceza Mahkemesi bugün fâyetine engel
olmadan başlayabilmelidir.

kuvvetlerinin faaliyetlerinden dolayı suç ihbarı açısından gerçekleştiği gibi, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde karar davacıya bırakılabilir. Ben ikinci çözümden yanayım. Çünkü Statü'nün değiştirilmesi ABD'nin baskısıyla yetkisini aşmış olan Güvenlik Konseyi'nin kararının resmî olarak kabul edilmesi anlamına gelecektir. Buna karşın, münferit olayda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nce ceza kovuşturmasından, her ne kadar bu kovuşturma bizzat tamamıyla haklı da olsa, vazgeçilmesi uluslararası ve siyasi maslahata uygunluk nedenlerinden dolayı kabul edilebilir.

Soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları şeklindeki Statü'deki suç tiplerinin mümkün olduğunca çok devletin ulusal ceza hukukuna kabul edilmesi sayesinde dünya kamuoyunun bilincine geçerli hukuk olarak yerleştirilmesi ve devlet yargısı tarafından ulusal hukuka göre uygulanabilir kılınması da her durumda önemli kalmaktadır.

COMPARATIVE ANALYSIS OF COLLECTIVE DOMINANCE

Şahin ARDIYOK*

It passed more than a half of century after John K. Galbraith stated that "The final problem of antitrust policy is its inability to make satisfactory contact with oligopoly". By this time a new type of antitrust rules have evolved in Europe and progressed by practice. For, the theory of oligopolistic interdependence asserts that firms will be able to earn supra-competitive profits without entering into collusive agreements generally proscribed by antitrust laws; the topic is still hot on both side of the Atlantic Ocean.

Article 81 and 82 of the EC Treaty adopt two pronged attack¹ on antitrust problems in oligopolies similar to the Sherman Act. By using the wording of "one or more undertaking" in Article 82, the European Commission, developed "concept of collective dominance" in Italian Flat Glass case². This concept created a basis for recognizing tacitly colluding oligopolists as possessing dominant position or market power. Along a couple of cases handled in collective dominance concept, existence of "economic links" among oligopolists evolved as a focal point for finding of collective dominance. And developments are likely to involve clarification of the substantive content of this term.

In 2002, the Commission was disappointed by a decision of Court of First Instance in Airtours/First Choice merger³. In that case the Com-

*Istanbul Bar Association. I'd like to thank you to Judge and Prof. Richard A. Posner for his guidance through this study and to Prof. Sam Peltzman for his supports on the study.

¹ Agreements or concerted practices restraining competition and abuse of market power.

² Società Italiana Vetro SPA, Fabbrica Pisana SPA and PPG Vernante Pennitalia SPA v. Commission, Cases T-68/89, T-77/89, T-78/89, (1992) ECR II-1403.

³ Airtours v. Commission, Case T-342/99, (2002).