

LİZBON ANTLAŞMASI VE AVRUPA CEZA HUKUKU'NUN GELECEĞİ

Treaty of Lisbon and the Future of European Criminal Law

*Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM**

Giriş

2002 ve 2003 yıllarında hazırlanan “Avrupa İçin Anayasa Taslağı”, 2005 yılı ortalarında Fransa ve Hollanda’da yapılan halkoylamasında reddedilmesi nedeniyle başarısızlığa uğramıştır. Bunun üzerine 23.6.2007 tarihinde Konsey ve o zamanki Konsey Başkanlığını yürüten Almanya, Avrupa Birliği Reform Antlaşması üzerinde çalışmak üzere hükümetler arası konferans yapılması konusunda görüş birliğine varmışlardır. 23.7.2007 tarihinde AB üyesi devletlerin dışişleri bakanları konferansı açılmış ve aynı gün, Konsey Başkanlığını yürüten Portekiz, yeni bir reform antlaşması için ilk tasarıyı sunmuştur. Tasarı, 27 üye devletten hukuk uzmanlarınca ele alınmış ve incelenmiştir. 5.10.2007 tarihinde AB Başkanlığını yürüten Portekiz, gözden geçirilmiş antlaşma tasarısını yayınlamış ve bu tasarı üzerinde 18/19.10.2007 tarihinde yapılan AB Doruğu’nda devlet ve hükümet başkanları görüş birliğine varmıştır. Nihai antlaşma metni 13.12.2007 tarihinde Portekiz’in başkenti Lizbon’da imzalanmıştır. 2008 yılı sonuna kadar Lizbon Antlaşması’nın AB’ye üye 27 devlet tarafından onaylanması ve böylece antlaşmanın 1.1.2009 tarihinde yürürlüğe girmesi planlanmıştır. Ancak reform antlaşmasının 12.6.2008 tarihinde İrlanda’da yapılan halkoylamasında reddedilmesi bu süreci kesintiye uğratmıştır. 2.10.2009’de

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

tekrarlanan ikinci halk oylamasında antlaşmanın kabul edilmesi ve öte yandan Çek Cumhuriyeti ve Polonya engellerinin aşılması ile birlikte Lizbon Antlaşması 1.1.2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Lizbon Anlaşması, birçok alanda olduğu gibi¹ ceza hukuku alanında da önemli yenilikler getirmektedir. Bu çalışmada, Lizbon Anlaşması ile değiştirilen Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Anlaşma ile, AB ve üye devletler arasında ceza hukuku alanında yetki dağılımına ilişkin getirilen değişiklikler üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda özellikle ABİA'nın 4. bölümü (m. 82 vd.) ve 325. madde ile getirilen düzenlemeler öncelikli olarak ele alınacaktır. Ancak bu yapılırken, Lizbon Antlaşması'ndan önceki duruma da yeri geldikçe değinilecektir. Bunun iki nedeni vardır: Bunlardan ilki, yeni getirilen düzenlemelerin daha kolay anlaşılmasını sağlamaktır. Ancak daha önemlisi, Lizbon Anlaşması'nın yürürlüğe girmesinden önce dayanağını ABA m. 29 vd. hükümlerinin oluşturduğu Kolluk ve Yargı Alanında İşbirliği çerçevesinde yapılan hukuksal işlemlerin 13.12.2007 tarihli Geçiş Hükümleri Hakkında Protokol m. 9 uyarınca² yeni hukuka alınıncaya, iptal edilinceye ya da değiştirilinceye kadar muhafaza edilmesidir.

Kuşkusuz Lizbon Antlaşması ile birlikte ceza hukuku alanında ortaya çıkan gelişmeleri bir makale boyutunda tüm yönleri ve ayrıntıları ile ele alma olanağı yoktur. Bu çalışmanın amacı da, 2004 yılında yayınladığım doçentlik tezimin konusunu oluşturan "*Avrupa Ceza Hukuku*" alanında³ güncel gelişmeleri yansıtmak ve yapılacak yeni çalışmalara ışık tutmaktır.

¹ Bkz. *Calliess*, Die Europäische Union nach dem Vertrag Lissabon, 2009; *Haltje/Kindt*, Der Vertrag von Lissabon -Europa endlich in guter Verfassung? NJW 2008, s. 1761; *Pernice*, Der Vertrag von Lissabon - Ende des Verfassungsprozesses der EU ?, EuZW 2008, s. 65; *Güneş*, Lizbon Antlaşması Sonrasında Avrupa Birliği, GÜHFD Haziran-Aralık 2008 (Prof. Dr. Atilla Özer'e Armağan Özel Sayısı), Ankara 2010, s. 739 vd.

² Bkz. ABl. EU 2007 no. C 306/157.

³ *Erdem*, Avrupa Birliği Hukukunun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri, 2004.

§ 1. Avrupa Ceza Hukuku Kavramı

“Ceza hukuku” deyimini, Birlik Hukukunda ve ATAD kararlarında tanımlanmadığı için, öncelikle bu deyimden ne anlaşılması gerektiği ve Birlik Hukukuna ait hangi normların bu kavram altında ele alınabileceği sorunu üzerinde durulmalıdır.

Avrupa Birliği'nin ceza hukuku alanındaki yetkisi ile ilgili tartışmalarda ceza hukukuna ait olmayan yaptırım normları (geniş anlamda ceza hukuku=yönetsel yaptırımlar) ve dar anlamda ceza hukuku normları (kriminal ceza hukuku) ayırımı yapılmaktadır⁴.

⁴ *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen der EG, 2004, s. 66 vd.; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 2007, § 4 no. 76 vd.; *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, s. 58 vd., 64 vd., 72 vd.; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2009, § 7 no. 2 vd.; *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften zur originären Strafgesetzgebung, 2000, s. 156 vd., 174 vd.; *Zuleeg*, Der Beitrag des Strafrechts zur europäischen Integration, JZ 1992, s. 763; Buna karşılık *Moll*, Topluluk hukukunda yer verilen yaptırımlar bakımından; a) geniş anlamda yaptırım (ceza niteliği bulunmayan münhasıran eski hale getirme veya önleme amacına yönelik tedbirler), b) geniş anlamda yönetsel yaptırım (bastırıcı ögeler içeren ve salt denkleştirme sınırını aşan yaptırımlar), c) dar anlamda para yaptırımı (bastırıcı işlevi bulunan ve gerçek anlamda ceza yaptırımı gibi geçmişte kalan bir haksızlığa yönelik olan ancak cezalandırılabilir haksızlıktan nicelik olarak farklılık gösteren yaptırımlar), d) birincil hukukta öngörülen kriminal cezalar (EURATOM çalışanlarının sır saklama yükümlülüğü ile tanık ve bilirkişilerin ATAD önünde yalan beyanda bulunmaları) biçiminde bir ayırıma gitmektedir (*Moll*, Europäisches Strafrecht durch nationale Blankettstrafgesetzgebung? 1998, s. 8 vd.). *Appel de*, Topluluk hukukundaki yaptırımları 4'e ayırmaktadır: a) salt eski hale getirme- denkleştirme veya önleme niteliği yüzünden ceza karakteri taşımayan medeni hukuka veya yönetim hukukuna ait tedbirler (geniş anlamda yaptırım). Bunlar arasında teminatın düşmesi, haksız yere elde edilen menfaatlerin götürü biçimde de belirlenebilen faiziyle birlikte geri verilmesi yükümlülüğü, haksız yere elde edilen menfaatin müsaderesi ve gelecekte elde edilecek menfaatlerin ertelenmesi veya tamamen yasaklanması sayılabilir. b) İkinci grubu, bastırıcı (punitif) ögeler içeren geniş anlamda yönetsel yaptırımlar oluşturmaktadır. Bunlar arasında haksız yere elde edilen menfaat ve bunun faizini de aşan biçimde menfaatin fazlasıyla geri ödenmesi sayılabilir. c) Üçüncü grubu birincil hukukun dar ve teknik anlamda para yaptırımları oluştur-

Birlik düzeyinde başvurulmuş yaptırım ve tedbirler, bunlar bastırıcı ve bir davranışı yaptırım altına alma amacına yönelik olsalar da, geniş anlamda ceza hukuku kavramı içerisinde ele alınmaktadır⁵. Bir normun bunlardan hangisi içerisinde ele alınacağı konusunda salt biçimsel ölçütlerden hareketle bir ayırıma gidilmektedir. Buna göre dar anlamda ceza hukuku, yaptırım olarak ceza öngören hukuk kurallarını ifade etmektedir. Bundan başka cezaya yalnızca yargıç tarafından hükmedilirken; düzene aykırılıklar veya yönetsel yaptırım gerektiren eylemler karşılığında uygulanacak yaptırımlar, yönetsel organlar tarafından tespit edilmektedir⁶. Aşağıda yapılacak açıklamalar bakımından da AB'nin ceza hukuku alanında yetkisinden söz edilirken, bundan anlaşılması gereken münhasıran dar anlamda (kriminal) ceza hukukudur⁷.

Ceza hukuku deyimi böylece açığa kavuşturulduktan sonra, "Avrupa" ceza hukuku deyimine açıklık getirilmelidir. Öncelikle belirtelim ki, AB organlarının doğrudan uygulanabilir ceza hukuku kuralı koyma yetkisinin bulunması ya da bulunmaması sorunundan bağımsız olarak, üye devletlerin ceza (ve ceza muhakemesi) hukuku,

maktadır. Rekabet hukukuna aykırı davranışlar için öngörülen para yaptırımı buna örnek verilebilir. d) Nihayet son grubu, birincil hukukta açıkça öngörülen kriminal cezalar oluşturur (*Appel*, Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft zur Überwachung und sanktionsrechtlichen Ausgestaltung des Lebensmittelrechts, in: Lebensmittelstrafrecht und Verwaltungssanktionen in der Europäischen Union (hrsg. Gerhard Dannecker), 1994, s. 171).

- ⁵ *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 4 no.76; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 7 no.3.
- ⁶ *Musil*, Umfang und Grenzen europäischer Rechtssetzungsbefugnisse im Bereich des Strafrechts nach dem Vertrag von Amsterdam, NSTZ 2000, s. 68 vd.; *Satzger*, Europäisierung, s. 79 vd.; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 4 no.77 vd.; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 7 no. 8 vd.
- ⁷ Buna karşılık AT'nin geniş anlamda ceza hukuku normu koyma konusundaki yetkisi için bkz. *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 7 no.4 vd.; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 4 no.78 vd.

son yıllarda dinamik bir “Avrupalılaştırma süreci”ne girmiştir⁸. Bununla birlikte “Avrupa Ceza Hukuku”, -en azından bugün için- kendine özgü bir hukuksal kavram değildir. Bunun nedeni, AB organları tarafından konulan gerçek anlamda bir “ulus üstü” ceza (ve ceza muhakemesi) hukukunun mevcut olmamasıdır; tekelleşmiş bir ceza verme yetkisinin bulunmadığı yerde bir “ceza hukuku”ndan söz etmek de olanaksızdır⁹. Bugün “Avrupa Ceza Hukuku” ile anlatılmak istenen, Birlik düzeyinde ceza hukukunun kapsamlı olarak kodifiye edilmesi değildir¹⁰; bu nedenle de sanki AB’nin bağlayıcı nitelikte ceza koyma yetkisi varmış izlenimi yarattığı için yanıltıcıdır¹¹. Bu yüzden bazı yazarlar “Avrupa Ceza/Ceza Muhakemesi Hukuku” yerine bizce de yerinde olarak “Ceza (ve Ceza Muhakemesi) Hukukunun Avrupalılaştırılması” deyimini tercih etmektedirler. Yazarların ceza hukukunun “Avrupalılaştırılması” deyiminden ne anladıkları da birbirinden farklıdır. Örneğin *Nelles*’e göre¹², bu deyimden anlaşılması gereken, öncelikle Avrupa Hukuku’ndaki gelişmelerin etkisi altında ulusal hukuk düzenlerinin uyumlulaştırılması süreci ve Avrupa Birliği Hukuku ile ulusal hukuk arasındaki karşılıklı etkileşimdir. *Eisele*, “Avrupa ceza hukuku”ndan, suç tiplerinin yaratılması ve mevcut suç tiplerinin tamamlanması anlamında AB’nin hukuksal yararlarını ve özellikle de finansal çıkarlarını etkili biçimde korumak için, AB’nin üye devletlerin ceza hukukuna etkide bulunmasını

⁸ *Hecker*, Europäisches Strafrecht als Antwort auf transnationale Kriminalität?, JA 2002, s. 724; *Hecker*, Die Strafbarkeit grenzüberschreitender Luftunvereinigung im deutschen und europäischen Umweltstrafrecht, ZStW 2003, s. 895; *Hecker*, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, 2001, s. 2.

⁹ *Albrecht/Braun*, Kontingentes “Europäisches Strafrecht” in actio: Schwerpunkte, Konturen, Defizite, KritV 2001, s. 313.

¹⁰ *Eisele*, Einführung in das Europäische Strafrecht - Sanktionskompetenzen auf europäischer Ebene, JA 2000, s. 897.

¹¹ *Moll*, s. 8.

¹² *Nelles*, Europäisierung des Strafverfahrens - Strafprozessrecht für Europa?, ZStW 1997, s. 730.

anlamaktadır¹³. Buna karşılık *Ambos*'a göre, "Avrupa Ceza Hukuku" dendiğinde, kapsamlı biçimde kodifiye edilmemiş ve bu yüzden bu kavram altında ele alınması oldukça güç olan karmaşık ve homojen olmayan bir yapı ile karşılaşılır. Yazara göre, AB faaliyetlerine ve hukukuna dayanan, ulusal ceza ve ceza muhakemesi hukuku düzenlerinin kapsamlı biçimde "tek düzeleşmesi" (harmonizasyonu) sonucuna yol açan tüm ceza ve ceza muhakemesi hukukuna ilişkin norm ve uygulamalar bu kavram altında ele alınmalıdır¹⁴. *Hecker*, bizce de yerinde olarak "Avrupa Ceza Hukuku" deyimini, gerek ceza hukuku açısından önem taşıyan uluslararası sözleşme ve Birlik hukuku; gerekse Birlik hukukunun etkisinde olan ulusal ceza hukukunu içeren üst bir kavram olarak kullanmakta ve ortak bir Avrupa hukuk alanı içerisinde ulus üstü bir güç tarafından konulan ulus üstü suç tipleri için "dar anlamda Avrupa ceza hukuku" deyimini tercih etmektedir¹⁵.

§ 2. Avrupa Birliği'nin Yapısı

Lizbon Antlaşmasından önce, *Avrupa Birliği* kendine özgü hukuksal kişiliğe sahip uluslararası bir örgüt değildi. AB, çatısını, ABA'nın ortak hükümlerinin oluşturduğu üç sütun üzerine kurulu bir hukuksal yapıya sahipti: İlk sütunu Avrupa Topluluğu; ikinci sütunu, ortak dış ve güvenlik politikası; üçüncü sütunu ise ceza işlerinde kolluk ve yargı alanında işbirliği oluşturmaktaydı. Birinci sütun ile ikinci ve üçüncü sütun arasındaki en önemli farklılık, ilk sütunun, "ulusüstü" (supranasyonal) olmasına rağmen, diğer iki sütunun klasik anlamda "hükümetlerarası işbirliği" niteliğine sahip bulunmasıydı¹⁶. Yalnızca birinci sütun içerisinde Avrupa Topluluğu

¹³ *Eisele*, Einflussnahme auf nationales Strafrecht durch Richtlinienggebung der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2001, s. 1157

¹⁴ *Ambos*, in: Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, 2003, §§ 3-7 no. 7

¹⁵ *Hecker*, ZStW 2003, s. 895.

¹⁶ *Akmann*, Die Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres als "3. Säule" des Maastrichter Unionsvertrages, JA 1994, s. 49; *Deutscher*, s. 9; *Di Fabio*, Die "Dritte Säule" der Union - Rechtsgrundlagen und Perspektiven der europäischen Polizei- und Justizzusammenarbeit, DöV 1997, s. 90; *Fischer*,

kendine özgü bir kişiliğe ve organlara sahipti ve üye devletlerden bağımsız bir irade oluşturabilmekteydi. Bu nedenle *Topluluk* organları, üye devletlerce iç hukuka aktarılmasına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya bireyler için hak ve yükümlülükler getiren düzenleme yapabiliyordu. Buna karşılık bizi ilgilendiren üçüncü sütun içerisine giren konularda üye devletler yetkilerini AT/AB'ye aktarmış değildi. Bu sütun içerisinde alınan kararlar üye devletlerin iç hukukunda doğrudan etkiye sahip olmayıp, bunların iç hukuka aktarılması, her bir üye devletin iç hukukuna göre ayrı bir işlemi gerektirmekteydi¹⁷.

Birinci ve üçüncü sütun arasındaki ilişkiyi düzenleyen önceki ABA m. 29 ve 47, hangi durumlarda yetkinin birinci sütun, hangi durumlarda ise üçüncü sütun içinde kullanılabileceği konusunda duraksama yaratmaktaydı. Özellikle çevrenin korunması, uyuşturucu madde, Avrupa Topluluğu'nun finansal çıkarlarına yönelik dolandırıcılık türü davranışlar gibi bazı konularda ATA'da yer verilen düzenlemeler, ABA'nın kolluk ve yargı alanında işbirliği ile ilgili hükümleriyle örtüşmekteydi. Üçüncü sütun içerisinde çıkarılan bazı çerçeve kararlar, Topluluğun yetkisine müdahale oluşturduğu gerekçesiyle üye devletler ve AB Komisyonu arasında sürekli tartışma konusu olmaktadır.

Öğretide bir görüş, ceza hukukunun, AB'nin üçüncü sütunu içinde "kolluk ve yargı alanında işbirliği" çerçevesinde ele alınmış olması nedeniyle, Avrupa *Topluluğunun* yetkisi dışına çıktığını ve

Die Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres, EuZW 1994, s. 747; *Haas*, Die Schengener Abkommen und ihre strafprozessualen Implikationen, 2001, s. 36 vd.; *Jokisch*, Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren. Die Überlagerung des deutschen Strafprozessrechts durch das Europäische Gemeinschaftsrecht, dargestellt anhand ausgewählter Problemfälle, 2000, s. 29; *Nelles*, ZStW 1997, s. 727 vd.; *Satzger*, Europäisierung, s. 19 vd.; *Ziegenhahn*, Der Schutz der Menschenrechte bei der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit in Strafsachen, 2002, s. 74; *Wasmeier*, Das Strafrecht der Europäischen Union, 2003, s. 9, *Zöller*, Europäische Strafgesetzgebung, ZIS 2009, s. 341.

¹⁷ *Zöller*, ZIS 2009, s. 341.

Topluluğun “birinci sütun” içinde artık ceza hukukuna ilişkin düzenleme getiremeyeceğini ileri sürmekteydi¹⁸.

Ancak bizce de yerinde olan diğer görüş, ceza hukukunun *hem* birinci ve *hem de* üçüncü sütun içerisinde düzenleme konusu yapılabileceğini ileri sürmekteydi. Nitekim üçüncü sütun içinde yetki kullanılmasını, bunun “Topluluğun yetkilerine dokunmaması” koşuluna bağlı tutan önceki ABA m. 29’daki düzenleme de, böyle bir sonuca varılmasını zorunlu kılmaktaydı. Birinci sütun içerisinde Topluluğun yetkisine giren konularda üçüncü sütun içerisinde bir düzenlemeye gidilememesinin sonucu olarak, ceza hukuku alanında da *Topluluğun* yetki kullanması söz konusu olabilirdi¹⁹. Bu alanda *esas itibarıyla* üye devletlerin yetkili olması, *Topluluğun* bu alanda yetki kullanmasına engel değildi. Ancak birinci sütun içerisinde ceza hukukuna ilişkin yetki kullanılması oldukça sınırlı bir çerçevede mümkün olabilmekteydi.

Lizbon Antlaşması’ndan önce ABA’da ceza işlerinde işbirliğine ilişkin konular, Topluluğun yetkisi dışında kalan ve *hükümetler arası* nitelik taşıyan üçüncü sütun içerisinde ele alınmıştı. Genel olarak AB’nin üçüncü sütunu içerisindeki işbirliği alanlarına, “suçlarla mücadele ve bunların önlenmesi” ile “ırkçılık ve yabancı düşmanlığı ile mücadele” girmektedir. Gerçekten önceki ABA m. 29 uyarınca “Avrupa Topluluğunun yetkilerine dokunmamak koşuluyla Birlik, vatandaşlarına özgürlük, güvenlik ve hukuk alanı içerisinde, ceza işlerinde kolluk ve yargı alanında işbirliği konusunda ortak tedbirler geliştirmek ve ırkçılık ve yabancı düşmanlığını önlemek ve bununla mücadele etmek suretiyle, yüksek düzeyde güvenlik sağlama amacı izler”. Buradan da anlaşılacağı üzere, işbirliği, ister organize olsun, ister olmasın tüm suçluluk

¹⁸ *Satzger*, in: Streinz/Ohler, Vertrag über Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Art. 29 no. 11; *Braum*, Das “Corpus Juris” – Legitimität, Erforderlichkeit und Machbarkeit, JZ 2000, s. 500.

¹⁹ *Zöller*, ZIS 2009, s. 341; *Jokisch*, s. 108; *Vogel*, Stand und Tendenzen der Harmonisierung des materiellen Strafrechts in der Europäischen Union, in: Strafrecht und Kriminalität in Europa (F. Zieschang/E. Hilgendorf/K. Laubenthal (hrsg) 2003, s. 41.

alanlarını kapsamaktaydı. Her ne kadar asgari standartların belirlenmesine, belirli suçluluk alanlarında (organize suçluluk, terörizm, yasa dışı uyuşturucu madde ticareti gibi) olanak tanınmış ise de, öğretide ABA m. 29'deki sayımın sınırlayıcı olmadığı ve suçluluğun diğer görünüş biçimlerinin de üçüncü sütun içerisinde işbirliğine konu yapılabileceği kabul edilmekteydi²⁰. Buradaki tek sınırlama, bu alandaki faaliyetlerin "ikincilik ilkesi"ne (ABA m. 2) bağlı olması²¹, "Avrupa Topluluğunun yetkilerine dokunulmaması"²² ve bunun ABA m.29'da ortaya konan amaca ulaşmak bakımından gerekli olmasıydı²³.

Lizbon Antlaşması *Avrupa Birliği*'nin birincil hukukunda yapısal bir değişiklik öngörmemektedir. Birincil hukukun dayanağını, bir taraftan *Avrupa Birliği Antlaşması*, diğer taraftan da *Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma* oluşturmaktadır. Bugüne kadar yürürlükte olan Avrupa Birliği Antlaşması, yeni içerikte ve önemli değişik-

²⁰ *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2008, § 12 no.9; *Callies*, Auf dem Weg zu einem Europäischen Strafrecht? Kompetenzgrundlagen und Kompetenzgrenzen einer dynamischen Entwicklung, ZEuS 2008, s. 12; *Eisele*, JZ 2001, s. 1158; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 11 no.84, 86; *Rosenau*, Zur Europäisierung im Strafrecht, ZIS 2008, s. 12; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 8 no.43; *Satzger*, in: Streinz/Ohler, Art. 29 EUV no. 8; *Satzger*, Auf dem Weg zu einem Europäischen Strafrecht. Kritische Anmerkungen zu dem Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft, ZRP 2001, s. 553.

²¹ *Brechmann*, in: Callies, Christian/Ruffert, Matthias, Kommentar zu EU-Vertrag und EG- Vertrag, 2002, Art. 29 EUV no. 5; *Satzger*, in: Streinz/Ohler, Art. 29 EUV no. 8.

²² ABA m. 29 uyarınca Birlik, kendisine verilen görevleri "Topluluğun yetkilerine dokunmamak" koşuluyla yerine getirir. ABA m. 29 vd. uyarınca başvurulanan tedbirlerle, Topluluğun mevcut yetkisi ne genişletilebilir ve ne de daraltılabilir. Bunun ifade ettiği anlam, Avrupa Birliği'nin, ancak Avrupa Topluluğunun yetkisi olmaması koşuluyla hareket edebilmesi; ayrıca üye devletlerin bu alandaki faaliyetlerinde Topluluk hukukunu göz önünde bulundurmasıdır (*Satzger*, in: Streinz/Ohler, Art. 29 EUV no. 18-19).

²³ *Callies*, ZEuS 2008, s. 12.

liklerle de olsa, yürürlükte kalmaya devam etmekte²⁴; ancak daha önce *hükümetler arası* nitelik taşıyan üçüncü sütun içerisinde ele alınan konular bundan böyle daha da genişletilmiş biçimde *Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma* ile düzenlenmekte ve böylece *ulus üstü* nitelik kazanmaktadır. Lizbon Antlaşması ile son biçimini alan ABA'nda, *Avrupa Birliği* ile daha önceki *Avrupa Topluluğu*, ulus üstü nitelikte bir örgüt olan yeni *Avrupa Birliği* çatısı altında birleştirilmektedir. Böylece bugüne kadarki *Avrupa Topluluğu* ve çatısını, *Avrupa Birliği'nin* oluşturduğu üç sütunlu yapı ortadan kalkmakta ve bunların yerini kendine özgü hukuksal kişilikle donatılmış "*Avrupa Birliği*" almaktadır (ABA m. 47). Bu yapı içerisinde, *Avrupa Birliği Antlaşması*, *Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma* ve *Temel Haklar Şartı* aynı düzeyde ve yan yana geçerlilik taşımaktadır (ABA m. 1/3 c.2, m. 6/1)²⁵. Bu yeni yapı içerisinde Birlik ile üye devletler arasındaki yetki dağılımı daha açık ve anlaşılır hale gelmektedir. Bu nedenle Lizbon Antlaşması gerek maddi ceza ve gerekse ceza muhakemesi hukuku alanında Birliğin yetkilerini yeni bir düzenlemeye kavuşturmaktadır. Bir taraftan ABİA m. 83 ile Birliğin tekdüzeleştirme yetkisi ile uzantı yetkisinin çerçevesi ortaya konmakta, diğer taraftan da ABİA m. 86, 325 ile AB'nin finansal çıkarları alanında yeni düzenlemeler getirilmektedir.

§ 3. AB'nin Ceza Hukuku Alanında Yetki Kullanmasının Sınırı

ABA m. 5/1'de sınırlı yetki ilkesi, m. 5/3'de dar anlamda ikincillik ilkesi ve m. 5/4'de oranlılık ilkesine yer verilmekte olup, her üç ilke de diğer alanlarda olduğu gibi ceza hukuku alanında da Birliğin yetki kullanımının sınırını oluşturmaktadır²⁶. Bu ilkelerin sınırlayıcı işlevi özellikle ceza hukukunda daha da önem taşımaktadır; çünkü ceza hukuku belirli bir

²⁴ Maurer, in: Lieb/Maurer (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon, Kurzkomentar, 2009 s. 10 vd.

²⁵ Heger, Perspektiven des Europaeischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon, ZIS 2009, s.408.

²⁶ Callies, ZEuS 2008, s. 5.

amaca ulaşmak için gelişigüzel yararlanılabilecek bir araç değildir²⁷. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi de, Lizbon kararında ceza ve ceza muhakemesi hukukuna ilişkin normların demokratik özerklikle duyarlı bir ilişki içerisinde bulunması nedeniyle Antlaşmada buna ilişkin yetki dayanağının dar yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkemeye göre, ceza hukuku, özü gereği uluslararası işbirliğini etkinleştirmede gelişigüzel yararlanılabilecek bir hukuk tekniği aracı olmayıp, buna başvurulması, özel bir meşruiyeti gerekli kılar. Ceza hukuku, bireyin özgürlüğüne yönelik en ağır müdahaleyi oluşturduğuna göre, Birliğin, ceza hukuku alanındaki yetkisi, eğer söz gelimi yönetsel nitelikteki yaptırımlar ile amaca ulaşmak mümkün değilse, ancak bu durumda gündeme gelebilir²⁸. Ancak hangi yaptırımın, amaca ulaşmak bakımından "gerekli" olduğunu önceden belirlemeye yönelik kesin bir ölçü bulunmadığına göre, bu ilkelerin ceza hukuku alanında Birliğin yetkisini sınırlamak bakımından oynadığı rol oldukça sınırlıdır.

I- Sınırlı Yetki İlkesi

Kural koyma yetkisi, Birlik ve üye devletler arasında paylaşılmış olup, bu alanda yetki "kural olarak" üye devletlere, Birlik hukukunun açıkça yetkilendirdiği "istisnai durumlarda" ise AB'ye aittir. Bu ilke gereğince AB, bir devlet açısından tipik olan yetki kullanma ve genişletme yetkisine sahip değildir. AB'nin herhangi bir alanda yetki kullanması, ancak ABA veya ABİA'nın, AB'ye bu konuda açıkça yetki vermesi durumunda mümkün olabilir (ABA m. 5/2). Birlik ile üye devletler arasındaki yetki dağılımı bakımından ABA m. 5/2 uyarınca Birlik, ancak kendisine tanınan yetki sınırları içinde ve yine öngörülen amaçla sınırlı olarak faaliyet gösterir ve bu ilke uyarınca her türlü hukuksal işlem, Birlik Hukukunda açık bir hukuksal dayanağın varlığını gerektirir²⁹. Gerçi görev ve yetkiye

²⁷ *Ambos/Rackow*, Erste Überlegungen des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts für das Europäische Strafrecht, ZIS 2009, s. 401.

²⁸ Bkz. *Hugger*, Punitive Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1996, s. 83 vd.

²⁹ *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 11 no. 1; *Dannecker*, Strafrecht in der Europäischen Gemeinschaft, in: Strafrechtsentwicklung in Europa IV, Teil 3, (hrsg. Albin Eser/Barbara Huber), 1995, s. 40; *Deutscher*, s. 199; *Gröblichhof*, Die Verpflichtung des deutschen Strafgesetzgebers zum

değinen her bir hüküm, antlaşmanın amacı doğrultusunda yorumlanabilir; ancak antlaşmanın amacı, tek başına yetki yaratmak veya bunun alanını genişletmek için yeterli değildir³⁰.

Önceki antlaşmalardan farklı olarak sınırlı yetki ilkesinin güçlü biçimde vurgulandığı ve sık sık tekrar edildiği göze çarpmaktadır. Böylece üye devletler Birliğin yetkilerinin genişlemesinden duydukları endişeyi dile getirmiş olmaktadır. Bu endişe, “egemenliğin son kalesi” olarak görünen ceza hukuku için öncelikle ve özellikle geçerlidir³¹.

Yetkinin kapsamı ve ölçüsü bakımından öncelikle ilgili normunun içeriği belirleyicidir. Bununla birlikte uygulamada iki dinamik yorum kuralı büyük önem kazanmıştır. Bunlar uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yorum kuralı olan *effet utile* kuralı, diğeri ise, *implied powers* kuralıdır³². *Effet utile* kuralına göre, bir norm, onunla veya anlaşma ile izlenen amaca olabildiğince etkinlik sağlayacak biçimde yorumlanmalıdır³³. *Implied powers* kuralı ise, belirli bir alanda kural koyma yetkisinin, bu konuda gerek yönetim ve gerekse ceza hukukuna ilişkin yaptırımları tesbit etme “uzantı yetkisini” de içerdiğini ifade etmektedir. Amacın etkili biçimde gerçekleşmesi için yaptırıma ilişkin düzenlemeler de gerekli olabilir. Bununla birlikte bir yorum

Schutz der Interessen der Europäischen Gemeinschaften, 1996, s. 91 vd.; Hecker, Europäisches Strafrecht, § 4 no. 54; Jokisch, s. 35, 43; Rosenau, ZIS 2008, s. 12; Satzger, Europäisierung, s. 33; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 7 no.23; Schröder, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, 2002, s. 7; Ziegenhahn, s. 91; Zöllner, ZIS 2009, s. 342; Zuleeg, JZ 1992, s. 762; Sturies, HRRS 2012, s. 273 vd.

³⁰ Schröder, s. 7; Callies, ZEuS 2008, s. 6.

³¹ Bkz. Sturies, HRRS 2012, s. 274.

³² ATAD’a göre anlaşmalar ile Topluluğa tanınmış olan bir yetki, olmadığı takdirde mantıklı biçimde kullanılamayacak olan başkaca her türlü yetkiyi de içermektedir (ATAD Slg. 1988, s. 5545, Komisyon/Konsey). Yine ATAD’a göre anlaşma hükümleri Topluluğa belirli bir yetki vermiş ise, bu görevin yerine getirilmesi için vazgeçilmez olan yetkileri de zorunlu olarak tanıdığından hareket edilmelidir (ATAD Slg. 1987, s. 3203, Almanya, Fransa, Hollanda, Danimarka, İngiltere/Komisyon).

³³ Callies, ZEuS 2008, s. 7.

kuralı olarak *implied powers*, ancak AB'ye tanınan yetkiyle sınırlı olarak geçerlilik taşımaktadır³⁴.

II- İkincilik İlkesi

İkincilik ilkesi, Birliğe, yalnızca amaca üye devletler düzeyinde “yetersiz”, Birlik düzeyinde “daha iyi” ulaşılabilecekse, ancak bu takdirde herhangi bir tedbire başvurma yetkisi vermektedir³⁵. Bu ilkeye göre Birlik, münhasır yetkisine girmeyen alanlarda, söz konusu tedbirin amacı, üye devletler tarafından merkezi, bölgesel ya da yerel düzeyde yeterli biçimde gerçekleştirilemeyecekse, aksine kapsamı ve etkileri nedeniyle Birlik düzeyinde daha iyi gerçekleştirilebilecekse, ancak bu takdirde faaliyet gösterebilir (ABA m. 5/3).

Birlik, izlenen amaca Birlik düzeyinde daha iyi ulaşılabilecekse, ancak bu takdirde ceza hukuku alanında yetki kullanılabilir. Bu açıdan bakıldığında ABA m. 5/3 bir “etkinlik testi”ni gerekli kılmaktadır. Burada incelenmesi gereken, üye devletlerin ceza hukuku araçlarını Avrupa Birliği'ne göre daha iyi kullanabilecek durumda olup olmalarıdır³⁶.

III- Oranlilik İlkesi

İlke, antlaşmada öngörülen amaçların gerçekleşmesi için Birlik düzeyinde başvurulacak tedbirlerin *gerekli* olmasını ve *gerekli ölçüyü aşmamasını* ifade etmektedir. Ceza hukuku alanında yetki kullanmak için, bunun somut durumda “gerekli” olması da aranır. Gereklilik ölçütü, ikincilik ve oranlilik ilkelerinden (ABA m.5) kaynaklanmaktadır. Böylece AB'nin başvurduğu tedbirlerin Antlaşma ile ulaşılmak istenen amaç için gerekli olan ölçüyü aşması engellenmek istenmektedir³⁷. Burada söz konusu olan, Birliğin *nasıl* hareket edeceğidir.

³⁴ *Callies*, ZEuS 2008, s. 7-8.

³⁵ *Hugger*, s. 81 vd.; *Sturies*, HRRS 2012, s. 274.

³⁶ Bkz. *Sturies*, HRRS 2012, s. 274.

³⁷ İkincilik ve Oranlilik İlkelerinin Uygulanması Hakkında Protokol için bkz. ABl. C 2007 306/148; *Becker*, in: Lieb/Maurer (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon, s. 12.

Bunun için de başvurulmuş bir tedbirin, niteliği, kapsamı ve yoğunluğu bakımından izlenen amaca uygun, gerekli ve izlenen amaçla karşılaştırıldığında ölçülü olup olmadığı göz önünde bulundurulmaktadır³⁸.

§ 4. AB'nin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Alanındaki Yetkileri

I- Avrupa Ceza Hukukunun Suç Politikası İlkeleri

Avrupa suç politikası, Avrupa Birliği düzeyinde ceza hukukuna hangi durumlarda ve hangi amaçla başvurulacağını konu almakta, bu müdahalenin asgari düzeyde ceza hukuku kurallarının uyumlulaştırılması ile mi, yoksa ceza hukuku alanında işbirliğinin iyileştirilmesi ile mi, yoksa doğrudan kural koymak suretiyle mi sağlanacağı sorularına yanıt aramaktadır³⁹.

Avrupa suç politikasının ilkeleri, oranlılık ilkesinin gerçekleştirilmesi ve bu bağlamda suç tiplerinin meydana getirilmesinde meşru bir koruma amacının bulunması ve ceza hukukunun ultima ratio olması, kusur, yasallık ve ikincillik ilkelerine uyulması ve nihayet üye devletlerin ceza hukuku geleneklerine saygı gösterilmesi olarak ifade edilebilir⁴⁰.

³⁸ *Callies*, ZEuS 2008, s. 9-10.

³⁹ Bkz. *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 1 no. 10; *Vogel*, Europäische Kriminalpolitik - europäische Strafrechtsdogmatik, GA 2002, s. 517; *Satzger*, Das "Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik" - Eine Antwort auf die (selten gestellte) Frage nach einer vernünftigen Kriminalpolitik der Europäischen Union, ZRP 2010, s. 137 vd.; *Prittowitz*, Lissabon als Chance zur kriminalpolitischen Neubestimmung. Das Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik, in: Kai Ambos (Hg.) Europäisches Strafrecht post-Lissabon, s. 35 vd.; *Sieber*, Die Zukunft des Europäischen Strafrechts - Ein neuer Ansatz zu den Zielen und Modellen des europäischen Strafrechtssystems -, ZStW 121 (2009), s. 1 vd.; *Perron*, Perspektiven der Europäischen Strafrechtsintegration, in: Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, s. 429 vd.; *Kubiciel*, Strafrechtswissenschaft und europäische Kriminalpolitik, ZIS 2010, s. 742 vd.

⁴⁰ *Satzger*, ZRP 2010, s. 137 vd.

A. Suç Politikasının Yönlendirici Bir İlkesi Olarak Özgürlük, Güvenlik ve Hukuk Alanı

Önceden olduğu gibi Lizbon Antlaşması'nda da Avrupa ceza hukukunun oluşturulmasında, ilk planda Birliğin, Birlik vatandaşlarına özgürlük, güvenlik ve hukuk alanı sağlama amacı göz önünde bulundurulmaktadır⁴¹. Bununla birlikte ortak hukuk ve özgürlük alanı, öncekinden farklı olarak yalnızca ulaşılması gereken bir amaç olarak ortaya konmamakta ve daha güçlü biçimde vurgulanmaktadır. Ortak hukuk ve özgürlük alanının Avrupa iç pazarından (ABA m. 3/3) önce düzenlenmiş olması (ABA m. 3/2)⁴², Birliğin, ortak ekonomik alandan ulus üstü yaşam alanına doğru bir gelişme gösterdiğini ortaya koymaktadır⁴³.

Ortak özgürlük ve güvenlik alanı yaratma amacı, Avrupa düzeyinde ceza hukukunun bütünleşmesinde yaşamsal bir önem taşımaktadır: Gerçi iç güvenlik politikası, öteden beri devletlerin egemenliğinin özünü oluşturmaktadır. Maastricht Anlaşması'nda bu alanda da ulus üstü faaliyette bulunma zorunluluğu bir ölçüde kabul edilmiş ise de; üye devletlerin egemenlikleri konusundaki çekimserlikleri yüzünden ABA m. 29 ve devamında bu konular hükümetler arası olma özelliğini yansıtmaktaydı. Lizbon Anlaşması, bu gelişmeyi devam ettirmekte ve ABİA m. 67/3'te iç güvenlik politikalarını daha da somutlaştırmaktadır⁴⁴. Buna göre AB,

⁴¹ *Hailbronner*, in: Hummer/Obwexer (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon, 2009, s. 362.

⁴² "Birlik, vatandaşlarına, -dış sınırlarda denetim, sığınma, göç ve suçluluğun önlenmesi ve bununla mücadele bakımından uygun tedbirlerle bağlantılı olarak- iç sınırları olmayan ve kişilerin serbest dolaşımının güvence altına alındığı bir özgürlük, güvenlik ve hukuk alanı sağlar".

⁴³ *Mansdörfer*, Das europäische Strafrecht nach dem Vertrag von Lissabon - oder: Europäisierung des Strafrechts unter nationalstaatlicher Mitverantwortung, HRRS 2010, s. 12.

⁴⁴ "Birlik, suçluluk, ırkçılık ve yabancı düşmanlığını önlemek ve bunlarla mücadele etmek, kolluk makamları ve yargı organları ve diğer yetkili organlar arasında eşgüdüm ve işbirliğini sağlamak için gerekli tedbirleri almak ve ceza kararlarının karşılıklı tanınması, gerektiğinde ceza mevzuatının yakınlaştırılması suretiyle yüksek düzeyde güvenlik sağlama amacına hizmet eder".

- Suçluluğun önlenmesi ve bununla mücadele için gerekli tedbirleri almak suretiyle,
- Ceza koğuşturma organlarının işbirliğini ve eşgüdümünü sağlamaya yönelik tedbirleri almak suretiyle,
- Ceza hukukuna ilişkin kararların tanınması suretiyle,
- Gerektiğinde ceza hukukuna ilişkin kuralların yakınlaştırılması suretiyle,

yüksek düzeyde güvenlik sağlama amacına hizmet eder.

ABİA m. 68 uyarınca Avrupa suç politikasının stratejik ilkeleri AB Konseyi tarafından belirlenecektir.

ABA m. 29'un önceki biçimiyle karşılaştırıldığında, suç politikasına ilişkin programın ABİA m. 67/3'de daha belirgin biçimde ortaya konduğu ve somutlaştırıldığı görülmektedir⁴⁵: Ceza koğuşturmasının eşgüdümüne ilişkin tedbirlerle birlikte suçluluğun önlenmesi ve bununla mücadele özellikle vurgulanmaktadır. Bu açıdan önceki ABA m. 29 ile karşılaştırıldığında, "suçluluğun önlenmesi ve bununla mücadeleye yönelik tedbirler" kendine özgü bir program noktası oluşturmakta ve ileride Birlik'ten daha güçlü bir suç politikasının beklenmesi gerektiğine işaret etmektedir. Buna, bugüne kadar olduğu gibi üye devletler arasında işbirliğinin eşgüdümü ve desteklenmesine ilişkin politikalar da dahildir. Öyle ki, ileride sınır ötesi nitelik taşımamakla birlikte, Avrupa çapında ortaya çıkacak olan yeni suçluluk görünüş biçimleri için görüş veya bağlayıcı olmayan model yasalarla Avrupa çapında ortak ilkeler önerilebilir⁴⁶.

Ayrıca ABİA m. 67, karşılıklı tanımaya, ceza hukuku kurallarının yakınlaştırılmasına göre daha öncelikli bir yer vermektedir

⁴⁵ *Mansdörfer*, HRRS 2010, s. 13; aynı yönde *Hailbronner*, in: Der Vertrag von Lissabon, s. 362; yine bkz. *Heger*, ZIS 2009, s. 409 vd.

⁴⁶ Somut olarak olası faaliyet alanları, örneğin internet üzerinden oynan kumardan, futbolda şike veya modern tıp ya da gen tekniği alanında ceza hukukuna başvurulması olabilir. Bu konuda bkz. *Fuchs*, Bemerkungen zur gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen, ZStW 116 (2004) ZStW 116 (2004), s. 368 vd.

("gerektiğinde")⁴⁷. Bu da gösteriyor ki, ileride ceza hukuku alanında bütünleşme, büyük ölçüde her bir üye devletin ceza adaletine karşılıklı güvene bağlı olacaktır. Bu karşılıklı güven ve ikincillik düşüncesi, zaman içerisinde ulusal hukuk düzenlerinin yakınlaştırılması düşüncesinin önüne geçecek ve hatta bunu gereksiz hale getirecektir⁴⁸.

B. Güvenlik ve Özgürlük İlişkisi

Sınır ötesi hızlı ve etkin soruşturma yapmak gereksinimi şu gerekçeye dayanmaktadır: Serbest dolaşım hakkının tanınmasıyla birlikte potansiyel failer engelsiz olarak üye devletler arasında hareket edebilmektedir. Oysa sınır ötesi ceza kovuşturmasının klasik araçları (örneğin adli yardımlaşma), zaman almakta, birçok formalitenin aşılmasını gerektirmekte ve bu yüzden de etkinliği sınırlı kalmaktadır⁴⁹. Bu açıdan bakıldığında ABİA m. 67 ile özgürlük karşısında güvenliğin tek yanlı olarak vurgulaması ve suçla mücadeleyi esas alan suç politikası anlayışı dikkat çekmektedir. Öğretide güvenliği öne çıkaran bu anlayış eleştiri ile karşılaşmıştır⁵⁰. Bazı

⁴⁷ Karşılıklı tanıma yoluyla ceza hukukunun bütünleşmesi düşüncesinin kökeni 1999 Tampere Doruğu'na uzanmaktadır. Komisyon'un raporu için bkz. KOM/2000/0495 endg. Karşılıklı tanıma ilkesi için bkz. bkz. *Fuchs*, ZStW 116 (2004), s. 368 vd.; *Gleß*, Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, ZStW 116 (2004), s. 353 vd.; *Meyer*, Aussagefreiheit und gegenseitige Anerkennung, GA 2007, s. 24 vd.; *Böse*, Der Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in der transnationalen Strafrechtspflege in der EU, in: Fragmentarisches Strafrecht (hrsg. Carsten Mommsen/René Bloy/Peter Rackow), 2003, s. 233 vd.

⁴⁸ *Walter*, Inwieweit erlaubt die Europäische Verfassung ein europäisches Strafgesetz? ZStW 117 (2005), s. 916, yazar haklı olarak gelenekler arasındaki "farklılıkların" korunması gereğine işaret etmektedir.

⁴⁹ *Satzger*, Die potentielle Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft – Plädoyer für ein Komplementaritätsmodell, NStZ 2013, s.206.

⁵⁰ Reddedilen AB Anayasa Taslağı konusunda benzer *Weigend*, Der Entwurf einer Europäischen Verfassung und das Strafrecht, ZStW 116 (2004), s. 277; Bu eğilim üye devletlerin ulusal hukukunda da görülmektedir. Örneğin bkz. *Frisch*, Konzepte der Strafe und Entwicklungen des Strafrechts in Europa, GA 2009, s. 390 vd.

yazarlar, Birliğin “bireyler için üst düzeyde güvenlik sağlama” yönündeki amacını, ortak özgürlük, güvenlik ve hukuk alanı içerisinde yalnızca nihai bir sonuç olarak algılamaktadır⁵¹. Güvenlik ve özgürlük arasında makul bir dengenin kurulmasını gerektiren bütüncül bir bakış açısı zorunlu görünmektedir⁵². Ne var ki, Lizbon Antlaşması’nın yürürlüğe girmesinden bu yana bu alanda gösterilen çabalara bakıldığında, güvenliği esas alan suç politikası anlayışının daha ağır bastığı görülmektedir. Nitekim Komisyonun, AB’nin “Avrupa Güvenlik Modeline Doğru” adını taşıyan İç Güvenlik Eylem Stratejisini yaşama geçirmek amacıyla “Avrupa İçin Daha Fazla Güvenliğin Beş Ağırlık Noktası” adlı planı⁵³ Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’ne göndermesi bu anlayışın bir yansımasıdır.

II. Birliğin Ceza Hukuku Alanındaki Yetkileri

A. Temel Kural: Paylaşılmış Yetki (ABİA m. 4/2-j)

Lizbon Antlaşması, ceza hukuku alanında kural koyma konusunda AB’ye kapsamlı bir münhasır yetki tanımış değildir. Ceza ve ceza muhakemesi hukuku, önceden olduğu gibi, özünde ulusal hukuka bırakılmış olan bir alandır. Ne var ki, ceza hukuku alanında Birliğin yetkilerini sürekli genişlettiğini ve üye devletlere fazla bir alan bırakmadığını deneyimler göstermektedir. Özellikle üye devletlerin suç olmaktan çıkarma ya da ceza hukukuna başka alternatifler arama yönündeki katıksız ulusal politikalar belirlemeleri neredeyse olanaksızlaşmaktadır⁵⁴. Bundan başka üye devletler, ceza hukuku alanında yorum tekeli de önemli ölçüde yitirmektedirler. Çünkü Lizbon Antlaşması ile birlikte bu alanda da ulusal yargı organları, Birliğe ait hukuksal işlemlerin geçerliği ve yorumuna

⁵¹ Sözelimi *Wilms*, in: Hailbronner/Wilms, *Recht der Europäischen Union - Kommentar*, 2009, Art. 29 no. 5.

⁵² Bkz. *Wilms*, Art. 29 no. 6.

⁵³ KOM (2010) 673 endg. v. 22.11.2010.

⁵⁴ *Vogel*, *Die Strafgesetzgebungskompetenzen der Europäischen Union nach Art. 83, 86 und 325 AEUV*, in: Kai Ambos (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht post-Lissabons*, 2011, s. 43.

ilişkin sorunları ön karar davası yoluyla AB Divanı'na (önceki ATAD) götürmek durumunda kalacaklardır⁵⁵.

AB, ceza (ve ceza muhakemesi) hukukuna ilişkin kuralları, sınırlı yetki ilkesi gereğince ancak paylaşılmış yetki çerçevesinde ortak bir özgürlük, güvenlik ve hukuk alanı oluşturmak için koyabilir⁵⁶. Bu alanın düzenlenmesine ilişkin Birliğin yetkileri öncekiyle karşılaştırıldığında (Önceki ABA m. 29), konu itibariyle önemli ölçüde genişlemiştir:

Bu yetkileri 3 başlık altında ele almak mümkündür:

- Üye devletler arasında *sınır ötesi işbirliğini kolaylaştırmaya yönelik tedbirlere* başvurma yetkisi (ABİA m. 82/1 alt fıkra 2);
- ABİA m. 82/2'de gösterilen alanlarda muhakeme hukukuna, m. 83'de gösterilen alanlarda maddi ceza hukukuna ilişkin kuralları *yakınlaştırma* yetkisi (ABİA m. 82/1 alt fıkra 1);
- *Doğrudan uygulanabilir* ceza hukuku kuralı koyma yetkisi (ABİA m. 325).

B. Sınır Ötesi İşbirliğini Kolaylaştırmaya Yönelik Tedbirler (ABİA m. 82/1-1)

ABİA m. 82/1 bent 2, Birliğe sınır ötesi işbirliği alanında bazı tedbirler alma yetkisi vermektedir. Buna,

- yargı kararlarının tanınmasını güvence altına alan kural ve yöntemler,
- yetki çatışmalarını önlemeye yönelik tedbirler,
- ceza kovuşturmasının, ceza kararlarının icra ve infazı alanlarında işbirliğini kolaylaştırma girmektedir.

Önceki ABA m. 31, yalnızca yargı alanında işbirliği konusunda ortak hareket etmeyi düzenlemekte iken, ABİA m. 82/1, sınır ötesi işbirliği alanında tedbire başvurma konusunda genel bir yetki

⁵⁵ *Vogel*, Strafgesetgebungskompetenzen, s. 43.

⁵⁶ *Heger*, ZIS 2009, s. 409; *Vogel*, Strafgesetgebungskompetenzen, s. 43.

içermektedir. Bunun için Birlik, ABİA m. 288'de yer verilen tüm araçlardan yararlanabilecektir⁵⁷.

1. Ceza Kararlarının Karşılıklı Tanınması Konusunda Ceza Muhakemesi İçin Asgari Kuralların Tespiti (ABİA m. 82/2)

Lizbon Antlaşması'ndan önce karşılıklı tanınma ilkesine yer veren çerçeve kararlar bulunmaktaydı. Ceza hukuku alanında *Avrupa yakalama emrine* ilişkin çerçeve karar bu ilkenin somut olarak yaşama geçirildiği ilk örnek olma özelliği taşımaktadır⁵⁸.

Maddi ceza hukukundan farklı olarak ceza muhakemesi hukuku, Avrupa Birliği ile daha az bağlantı noktası içermektedir. Ancak daha az yoğunlukta da olsa, ceza muhakemesi hukuku da Avrupa Birliği Hukuku'nun etkisi altındadır. Lizbon Antlaşması'na göre gelecekteki Avrupa ceza muhakemesi hukukunun merkezinde, ceza kararlarının karşılıklı tanınması ilkesi yer almaktadır⁵⁹. ATAD tarafından iç pazarı korumak ve malların Avrupa piyasasında dolaşımını güvence altına almak için geliştirilen ve daha sonra ceza ve ceza muhakemesi hukukuna aktarılan bu kurum⁶⁰, üye devletlerden herhangi birinde verilen yargısal bir kararın başka bir üye devlette de tanınması suretiyle değişik hukuk düzenleri arasında eşgüdümü sağlayacaktır. Bunun yanında bu yolla özellikle sanık hakları alanında-ulusal hukuk düzenlerine yoğun bir müdahalede bulunmaksızın- Birlik düzeyinde eşitsizlikler de ortadan kaldırılabilir⁶¹. Avrupa ceza hukukunun bu "*temel yapısal ilkesi*"⁶² ile adli

⁵⁷ *Diehm*, Das Strafrecht im (gescheiterten?) Vertrag von Lissabon, in: Laubenthal, Klaus (Hrsg.) Festgabe für Rainer Paulus zum 70. Geburtstag, 2009, s. 47; *Mansdörfer*, HRRS 2010, s. 15.

⁵⁸ *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 10 no. 26.

⁵⁹ *Satzger*, NStZ 2013, s. 207.

⁶⁰ İlkenin kökeni; ATA'da yer verilen ekonomik temel serbestliklere dayanmakta ve bu gelişmenin çıkış noktasını, ATAD'ın 1974 tarihli mal dolaşım serbestliğine ilişkin "*Dassonville kararı*" oluşturmaktadır (EuGH Slg. 1974, s. 852).

⁶¹ Bkz. *Mansdörfer*, HRRS 2010, s. 22-23.

⁶² Bu nitelendirme için bkz. *Eser/Hecker*, Vorbem. § 1 no. 27.

yardımlaşma engellerinin ortadan kaldırılması ve böylece sınır ötesi ceza kovuşturmasının etkinliğinin güvence altına alınması amacı izlenmektedir. “Nasıl ki, serbest dolaşım hakkı suçlulara sınırları sorunsuz biçimde aşma olanağı veriyorsa, karşılıklı tanıma ilkesi de esas itibariyle ulusal sınırlarla bağlı olan kovuşturma organlarının içinde bulunduğu bu dezavantajlı durumu dengelemek ve gerçek bir Avrupa hukuk alanına giden yolu açmak işlevini yerine getirecektir”⁶³.

ABİA m. 82/2, Birliğe bu konuda yönerge çıkarma yetkisi vermektedir. Bu yönergeler,

- üye devletler arasında delillerin karşılıklı olarak hukuka uygunluğuna ilişkin asgari kurallar,
- ceza muhakemesinde bireyin hakları,
- suç mağdurunun hakları ve,
- ceza muhakemesinin başkaca spesifik yönlerini belirlemeye yöneliktir.

Bunun için gerekli koşul, bunun, karşılıklı tanımanın ve gerek kolluk ve gerekse yargı alanında işbirliğinin kolaylaştırılması için zorunlu olmasıdır.

Özellikle ABİA m. 82/2 alt bent 2-d uyarınca “ceza muhakemesinin başkaca spesifik yönlerini belirlemek” için asgari kurallar konulmasına ilişkin yetki, kavram ne kadar dar yorumlanırsa yorumlansın hukuksal açıdan belirsizdir⁶⁴. Öğretide bu konuda Birliğin yetkisinin, asgari koruma düzeyinin oluşturulması ile sınırlı ve bu nedenle ulusal düzeyde ceza muhakemesine yapısal müdahalelere pratik açıdan kapalı olduğu belirtilmektedir. Sözgelimi Birlik, üye devletlerde soruşturma, kovuşturma ve yasa yollarına ilişkin düzenlemeler arasındaki farklılıklara müdahalede edemez. Aynı durum, kovuşturma mecburiyeti veya maslahata uygunluk ilkesinden hangisinin benimseneceği, doğrudan doğruyalık, sözlülük, kamu davası-

⁶³ Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 10 no. 24.

⁶⁴ Heger, ZIS 2009, s. 411.

nın resmiliği, maddi gerçeğin araştırılması ilkelerine göre ceza muhakemesinin nasıl biçimleneceği konusunda da geçerlidir⁶⁵.

Bu yetki, özellikle aşağıdaki konularla sınırlı olarak bir etki gösterecektir⁶⁶:

- Bazı özel muhakeme yöntemlerinin (örneğin sanığın yokluğunda yargılama) esas itibariyle hukuka aykırı sayılması,
- belirli bazı temel muhakeme güvencelerinin somutlaştırılması,
- sınır ötesi nitelikteki soruşturmalar için spesifik kurallar geliştirilmesi ve yaşama geçirilmesi.

Bugüne kadar karşılıklı tanıma ilkesine dayanarak bir kısmı Lizbon Antlaşması'ndan önce çok sayıda düzenlemeye yer verilmiştir: Avrupa Yakalama Emrine İlişkin Çerçeve Karar⁶⁷, Avrupa Gözetleme Kuralları, Malvarlığına İlişkin Değerlerin veya Delillerin Güvence Altına Alınmasına İlişkin Kararların İnfazı ile Avrupa Delil Kuralları buna örnek verilebilir.

2. Ceza Hukukunun Yakınlaştırılması Yetkisi (ABİA m. 83)

Lizbon Antlaşması'ndan önce ceza hukuku alanında AB'nin doğrudan uygulanabilir kural koyma yetkisi bulunmamakla birlikte, ceza hukuku kurallarının yakınlaştırılması amacıyla üye devletlere direktif verme yetkisi bulunduğu konusunda herhangi bir duraksama yoktu.

⁶⁵ *Mansdörfer*, HRRS 2010, s. 15.

⁶⁶ Bkz. *Mansdörfer*, HRRS 2010, s. 15.

⁶⁷ Bkz. *Heger*, Der europäische Haftbefehl: Zur Umsetzung europäischer Vorgaben in Deutschland, ZIS 2007, s. 221 vd.; *Brodowski*, Europäischer ordre public als Ablehnungsgrund für die Vollstreckung Europäischer Haftbefehle? - Anmerkung zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 29. Januar 2013 (EuGH C-396/11 - Radu) = HRRS 2013 Nr. 198 , HRRS 2013, s. 54 vd.; *Böse*, Der Grundsatz "ne bis in idem" und der Europäische Haftbefehl: europäischer ordre public vs. gegenseitige Anerkennung Besprechung von EuGH, Urt. v. 16.11.2010, Rs. C-261/09 - Gaetano Mantello, HRRS 2011 Nr. 970, HRRS 2012, s. 19 vd.

ATAD önceleri direktif yetkisinin birincil hukuktan kaynaklandığını kabul etmekte ve *Topluluğa sadakat* ilkesine (ATA m. 10) dayanarak, üye devletlerin birincil hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerinin gereği olarak, gerektiğinde ceza yaptırımına da başvurmakla yükümlü oldukları sonucuna ulaşmaktaydı⁶⁸. Üye devletler, Topluluk hukukunu, ceza hukuku yönünden korumak *yetkisine* değil, aynı zamanda *yükümlülüğüne* sahipti⁶⁹.

AT'nin, ulusal yasa koyucunun Topluluk hukukuna yönelik ihlaller karşılığında yaptırım öngörmesi yükümlülüğü konusunda özellikle ATAD'ın, Yunanistan'a karşı Komisyon tarafından açılan anlaşmayı ihlal davası çerçevesinde verdiği 1989 tarihli "*Yunanistan mısır skandalı kararı*"⁷⁰ önemli rol oynamıştır. 1986 yılında Komisyon'a, Yunanistan'dan Belçika'ya ihraç edilen iki gemi yükü olan mısırın, Yunan makamları tarafından "*Yunan mısırı*" olarak deklare edildiği, oysa mısırın Yunanistan'dan değil, o zamanki Yugoslavya'dan geldiği bilgisi ulaşır. Yunan makamlarının resmi deklarasyonu nedeniyle, Belçika makamları, ihracatta tarım kesintisi uygulamaz. Komisyon'un, mısırın nerden geldiğinin araştırılması amacıyla buna ilişkin kayıt ve belgeleri inceleme yönündeki talebi,

⁶⁸ ATAD Slg. 1996 I, s. 4345. Öğretide aynı yönde *Vogel*, Die Kompetenz der EG zur Einführung supranationaler Sanktionen, in: Die Bekämpfung des Subventionsbetruges im EG-Bereich, (hrsg. Gerhard Dannecker), 1993, s. 172; *Bleckmann*, Die Überlagerung des nationalen Strafrechts durch das Europäische Gemeinschaftsrecht, in: FS für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, s. 111 vd.

⁶⁹ *Hugger*, s. 31.

⁷⁰ ATAD Slg. 1989, s. 2965 vd. ATAD, Komisyon/Fransa kararında daha da ileri giderek, üye devletlerin ATA m. 10 ile bağlantılı olarak kendi ülkesinde mal dolaşım serbestliğinin özel kişiler tarafından engellenmesini önlemek amacıyla gerekli ve elverişli tüm tedbirleri almakla yükümlü oldukları sonucuna ulaşmıştır (ATAD Slg. 1997-I, s. 6959). Karara konu olan olayda başka bir üye devlet olan İspanya'dan gelen malların Fransa'dan içeri girmesini engellemeye yönelik Fransız çiftçileri tarafından başlatılan eylem nedeniyle etkin bir *ceza koşturması* yürütmemesi nedeniyle Fransa'nın anlaşmayı ihlal ettiği tespit edilmiştir. Divan, bu görüşünü başka kararlarında da tekrarlamıştır. ATAD - Slg. 1990-I, s. 3365 (Zwartweld); ATAD - Slg. 1990, s. 2935 (Hansen).

Yunan makamları tarafından geri çevrilir. Bizzat Komisyon tarafından yapılan araştırmalarda ise, mısırın gerçekte Yugoslavya'dan geldiği, ayrıca bu dolandırıcılığın aralarında yüksek düzeyde memurların da bulunduğu birçok Yunanlı memur tarafından sahte belge düzenlenmesi veya gerçekte dışı beyanda bulunulması suretiyle gizlendiği ortaya çıkar. Komisyon'un, tarımsal desteğin geri ödenmesi, olaya karışan Yunanlı memurların disiplin ve ceza koğuşturması yoluyla sorumluluğuna gidilmesi ve zimmete geçirilen miktarın müsadere edilmesi yönündeki talebine Yunanistan hükümetinin tepki göstermemesi üzerine, Komisyon Yunanistan aleyhine "anlaşmayı ihlal davası" açmıştır. ATAD, bu olaya ilişkin kararında, olaya katılan kişiler hakkında gerek ceza ve gerekse disiplin soruşturması başlatmadığı için Yunanistan'ın ATA m. 5'i (yeni m. 10) ihlal ettiği sonucuna varmıştır⁷¹. Divan'ın kanaatine göre, üye devletler Topluluk hukukunun geçerliğini ve etkinliğini sağlamak için tüm gerekli tedbirleri almak yükümlülüğü altındadır. Bu, Topluluğa sadakat ve etkinlik ilkelerinden ileri gelen bir zorunluluktur⁷². Buna, Topluluk hukukuna yönelik ihlalleri, gerek maddi hukuka ve gerekse muhakeme hukukuna ilişkin benzer düzenlemelere yer vermek suretiyle aynen ulusal hukuka yönelik benzer ihlaller gibi yaptırım altına almak da girmektedir.

AT'ye ait hukuksal yararların ve bu arada "finansal çıkarların"⁷³ iç hukukta korunması otomatik olarak gerçekteşmemekte, yalnızca üye devletler bu korumayı iç hukukunda gerçekteşirme yükümlülüğü

⁷¹ Mahkemenin bu konuda Topluluğun yetkisini EGV m. 5'e dayandırması bazı yazarlarca eleştirilmiştir (*Appel*, s. 172 vd.).

⁷² Bu konuda bkz. *Bleckmann*, FS für Stree/ Wessels, s. 209 vd.; *Zuleeg*, JZ 1992, s. 767; *Gröblichhoff*, Die Verpflichtung des deutschen Strafgesetzgebers zum Schutz der Interessen der Europäischen Gemeinschaften, 1996, s. 24 vd.; *Jokisch*, s. 78 vd.; *Hugger*, s. 30 vd.

⁷³ Kararda dile getirilen ilkeler, genel olarak Topluluk bütçesine yönelik her türlü dolandırıcılık türü davranış açısından geçerli olma özelliği taşımaktadır. Bu yüzden üye devletlerin Topluluğa ait hukuksal yararları koruma yükümlülüğü, yalnızca AT'nin "finansal çıkarları" ile sınırlı olmayıp, ayrıca Topluluk memurlarının rüşvet almaması, meslek sırrının açıklanmasının önlenmesi yanında rekabet, tüketicinin korunması ve çevre gibi alanları da

altına girmekteydiler⁷⁴. Üye devletler bunun için ceza normları meydana getirme yanında, bunların etkili biçimde uygulamakla da yükümlüydü⁷⁵ ve eğer ceza yaptırımını, Topluluk hukukunun pratik etkinliğini güvence altına almak bakımından diğer tedbirlere göre daha elverişli ise dar anlamda ceza hukuku yaptırımlarına başvurmak zorundaydı. Öyle ki, öngörülen ceza, tür ve ağırlık olarak Topluluğun finansal çıkarlarını korumaya elverişli olmalıydı⁷⁶. Ancak bu, üye devletlerin seçme özgürlüğünün tamamen ortadan kaldırıldığı anlamına gelmemekte; hangi türde ve ağırlıkta cezayı tercih edeceği sonuçta yine üye devletlere kalmaktaydı⁷⁷. Üye devletlerin AT'nin finansal çıkarlarını korumak amacıyla ceza normu koyma ve bunu etkin biçimde uygulama yükümlülüğü, doğrudan birincil hukuktan kaynaklanmakta, bu yönde üye devletten ayrıca bir istemde bulunulmasına veya Topluluğun herhangi bir direktifine gerek olmaksızın, kendiliğinden geçerlilik taşımaktaydı. Başka bir anlatımla bu yönde bir ceza normuna yer verilmesi için Topluluğun

içermektedir (*Bleckmann*, FS für Stree/Wessels, s. 112; *Tiedemann*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht, NJW 1993, s. 27; *Hecker*, JA 2002, s. 725; *Hecker*, ZStW 2003, s. 896 vd.; *Böse*, Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaft, 1996, s. 416; *Gröblichhoff*, s. 38 vd.; *Jokisch*, s. 61; *Deutscher*, s. 354 vd.; *Satzger*, Europäisierung, s. 347 vd.; *Moll*, s. 208; karşı görüş *Appel*, s. 172 vd. yazara göre karardan, ulusal yasa koyucuya yönelik "genel" bir direktif yetkisinin bulunduğu sonucu çıkmamaktadır. Bu tür bir yetki, Topluluk Hukuku'nun Topluluk organlarını açıkça yetkilendirdiği durumlarla sınırlıdır.

⁷⁴ *Möhrenschlager*, Einbeziehung ausländischer Rechtsgüter in den Schutzbereich nationaler Straftatbestände, in: Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich (hrsg. Gerhard Dannecker), 1993, s. 166.

⁷⁵ *Prieß/Spitzer*, Die Betrugsbekämpfung in der Europäischen Gemeinschaft, EuZW 1994, s. 299.

⁷⁶ *Bleckmann*, FS für Stree/Wessels, s. 110; *Deutscher*, s. 354 vd.; *Gröblichhoff*, s. 14; *Heitzer*, Punitive Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1996, s. 30; *Hugger*, s. 32; *Pache*, Der Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, 1994, s. 245; *Zuleeg*, JZ 1992, s. 765.

⁷⁷ *Hugger*, s. 32.

tüzük veya yönerge çıkarmış olmasına gerek yoktu⁷⁸. Her ne kadar Topluluk hukukunun korunmasına yönelik suç tipinin oluşturulmasında ve bunun karşılığında söz konusu olacak cezanın belirlenmesinde yasa koyucu serbest ise de, Topluluk hukukuna yönelik ihlaller karşılığında ulusal düzenlemenin içerdiği yaptırım, ulusal nitelikteki hukuksal yararlarla Topluluğa ait yararlar arasında bir ayırımı gitmemeli ve ayrıca ihlalin ağırlığı ile karşılaştırıldığında *etkin, orantılı ve caydırıcı* olmalıydı⁷⁹.

Öte yandan öğretide çoğunluk görüşü, birincil hukukta AT'nin ceza hukuku alanında direktif yetkisinin bulunduğuyla ilişkin açık bir düzenleme bulunmamasına karşın, bu yönde bir yetkisinin bulunduğunu kabul etmekteydi. Her ne kadar Topluluk organlarına belirli alanlarda hukukun yakınlaştırılması yetkisi tanıyan ATA'daki özel kurallar, ceza hukukunun yakınlaştırılması konusunda açık bir yetki içermese de, bu normlar geniş yorumlanmalıydı⁸⁰. Kaldı ki, ABA m.

⁷⁸ *Gröblichhoff*, s. 21; *Deutscher*, s. 355; *Jokisch*, s. 79; *Eisele*, JZ 2001, s. 1158; *Möhrenschlager*, s. 166; *Kert*, Die Sanktionierung von Verstößen gegen Gemeinschaftsrecht durch nationales Strafrecht am Beispiel des Lebensmittelstrafrechts, JBl 1999, s. 90 vd.

⁷⁹ *Eisele*, JZ 2001, s. 1158; *Deutscher*, s. 355; *Jokisch*, s. 79; *Hecker*, ZStW 2003, s. 896.

⁸⁰ *Appel*, s. 173; *Bleckmann*, FS für Stree/Wessels, s. 111; *Dannecker*, Die Entwicklung des Strafrechts unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts, Jura 1998, s. 82; *Dannecker*, Strafrecht in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 1996, s. 873; *Dannecker*, Strafrecht der EG, s. 59; *Dieblich*, Der strafrechtliche Schutz der Rechtsgüter der Europäischen Gemeinschaften, 1985 s. 262 vd.; *Deutscher*, s. 361 vd.; *Eisele*, JZ 2001, s. 1159; *Eisele*, Europäisches Strafrecht - Systematik des Rechtsgüterschutzes durch die Mitgliedstaaten, JA 2000, s. 993; *Gentzik*, Die Europäisierung des deutschen und englischen Geldwäschestrafrechts, 2002, s. 45; *Gröblichhoff*, s. 96, 104; *Hecker*, JA 2002, s. 726; *Heitzer*, s. 122; *Jokisch*, s. 80; *Pieth*, Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität, ZStW 1997, s. 767; *Rosenau*, ZIS 2008, s. 15; *Sieber*, Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, ZStW 1991, s. 972; *Tiedemann*, NJW 1993, s. 26; *Vogel*, Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts, JZ 1995, s. 333 vd.; *Vogel*, Geldwäsche - ein europaweit harmonisierter Straftatbestand?, ZStW 1997, s. 337; *Vogel*, Kompetenzen der EG, s. 172;

29/1'de açıkça, üye devletlerin, AT'nin yetkileri *saklı kalmak üzere*, kolluk ve yargı alanında işbirliği için birlikte hareket edebilecekleri öngörüldüğü için, AT'nin birinci sütunu içinde direktif yetkisi vardı⁸¹.

Topluluğun, kriminal ceza hukukunun yakınlaştırılması için üye devletlere direktif verme yetkisinin bulunduğu konusunda bir duraksama olmamakla birlikte, sorun, Topluluğun bu yetkisinin dayanağı ve sınırı bakımından kendisini göstermekteydi.

Öğretide ağırlıklı olarak bu yetkinin, topluluk anlaşmalarında yer alan ve Konsey'e, üye devletlerin hukuk düzenini yakınlaştırma, koordine etme ve tek düzeleştirme olanağı veren özel düzenlemelerle bağlantılı olarak "*uzanti yetki*"ye (Annexkompetenz) veya mevzuatın yakınlaştırılması amacıyla yönerge çıkarılmasını düzenleyen ATA m. 94, 95 ile 280/4'e dayandığı ileri sürülmekteydi⁸². Her ne kadar

Weigend, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen - Verlust an nationaler Strafrechtskultur?, ZStW 1993, s. 782 vd.; *Ulrich/Wolfgang*, Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1998, s. 640; *Ziegenhahn*, s. 95; *Zuleeg*, JZ 1992, s. 767; karşılaştırınız *Oehler*, Fragen zum Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft, in: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, (Hrsg. Theo Vogler), 1985, s. 1408 vd.

⁸¹ *Eisele*, JZ 2001, s. 1159.

⁸² *Dannecker*, Strafrecht der EU, s. 59; *Dannecker*, Jura 1998, s. 81; *Dannecker*, JZ 1996, s. 873; *Tiedemann*, NJW 1993, s. 26; *Vogel*, JZ 1995, s. 333 vd.; *Ulrich/Wolfgang*, EuR 1998, s. 640. Bu bağlamda ATA m. 94, 95 Konsey'e, "*doğrudan ortak pazarın işlevleri üzerinde etki gösteren*" ve "*ortak pazarda rekabet koşullarını bozan*" farklılıklar açısından Konsey'e ulusal hukuk düzenlerinin yakınlaştırılması amacıyla yönerge çıkarma yetkisi vermektedir. Öte yandan ATA m. 280/4'ün, Topluluğa ulus üstü nitelikte ceza koyma yetkisi verip vermediği yönündeki tartışma bir tarafa, Topluluğun finansal çıkarlarına karşı işlenen dolandırıcılık türü davranışlarla daha etkili mücadele amacıyla yönerge çıkarmak için anılan hükme dayanabilirdi. Her ne kadar m. 280/4, bir bütün olarak ceza hukukunu uygulama alanının dışına çıkarmış ise de; üye devletlerin "*egemenlik çekincesi*", yalnızca bizzat AT tarafından doğrudan kriminal ceza hukuku meydana getirilmesine yönelikti. Oysa burada sözü edilen durumda ceza hükümleri doğrudan AT tarafından değil, yönergeyi iç hukuka aktarma yükümlülüğü

anılan hükümlerde açıkça “ceza hukuku”ndan söz edilmemekte ise de; bu hükümlerle izlenen amaca ulaşılabilmesi için üye devletlere yaptırım öngörmeleri yönünde direktif verilebileceği kabul edilmekteydi⁸³. Öğretide bazı yazarlar⁸⁴ Topluluk hukukunda geçerli *effet utile* ve *implied powers* teorisine dayanarak, belirli bir alanda kural koyma yetkisinin, bu konuda gerek yönetim ve gerekse ceza hukukuna ilişkin yaptırımları tesbit etme “uzantı yetkisini” de içerdiği sonucuna varmaktaydı.

ATA m. 5/1’de öngörülen sınırlı yetki ilkesi uyarınca Topluğun yaptırım koyma yönünde *genel* bir direktif yetkisi yoktu. Bunun sonucu olarak da ATA’da düzenleme konusu yapılmayan alanlarda yaptırım öngören hükümlere yer verilmesi doğrudan doğruya bir direktif yetkisinden söz edilemezdi⁸⁵.

Ulusal yasa koyucuya yönelik direktifler uygulamada tüzükten çok *yönergeye* dayanarak gerçekleştirilmekteydi⁸⁶. Yönergenin iç hukuka

altında olan *ulusal yasa koyucu* tarafından meydana getirilmekteydi (*Eisele*, JZ 2001, s. 1160). Bundan başka bir yetki dayanağı mevcut değilse, ortak pazar çerçevesinde amaçlarından birisinin gerçekleşmesi için Topluğun harekete geçmesinin gerekli görüldüğü durumlarda, yönerge çıkarmak için ATA m. 308’e de dayanılabilir (Gröblichhoff, s. 107 vd.; Jokisch, s. 81; Heitzer, s. 150; Eisele, JZ 2001, s. 1160). Alman Anayasa Mahkemesi, Maastricht kararında dar bir yorumdan hareket etmiş ve AT’nin bu hükme dayanarak yeni yetkiler elde edemeyeceği sonucuna ulaşmıştı. Avrupa Topluluğuna yetki meydana getirme yetkisi tanınmış olmayıp, kendi yetkisini sınırsız bir biçimde genişletme hakkına sahip değildir. Özellikle kendisine tanınan yetkileri kullanması ile anlaşmada değişiklik yapılması zorunluluğu arasındaki sınır ortadan kalkar (BVerfGE 89, s. 210 vd.).

⁸³ Dieblich, s. 276; Gröblichhoff, s. 99 vd.; Jokisch, s. 62, 80 vd., 110 vd.; Johannes, Das Strafrecht im Bereich der Europäischen Gemeinschaften, EuR 1968, s. 67; Deutscher, s. 210 vd.; Heitzer, s. 149; Vogel, JZ 1995, s. 334; Weigend, ZStW 1993, s. 798; Eisele, JZ 2001, s. 1160.

⁸⁴ Heitzer, s. 140; Bleckmann, FS für Stree/Wessels, s. 111; Gröblichhoff, s. 94 vd.; karşı görüş Hugger, s. 56 vd.

⁸⁵ Rosenau, ZIS 2008, s. 16; Eisele, JZ 2001, s. 1159.

⁸⁶ AT’nin direktif yetkisini, tüzüklerle doğrudan ceza hukuku kuralı yaratılması ile karıştırmamak gerekir. Topluluk anlaşmalarına göre, üye devlet-

aktarılması gerektiğinden, cezalandırılabilirlik doğrudan yönergeye değil, ilgili üye devletin iç hukukuna aktarılmasından sonra o devletin ulusal hukukuna dayanmaktaydı. Bu yüzden yönerge, üye devletlerde doğrudan geçerli ulus üstü nitelikte ceza hukuku kuralı meydana getirmemekte ve AT'nin direktif yetkisi çerçevesinde ceza hukuku kuralı konulması, "ulusal düzeyde" olmaktaydı⁸⁷.

Burada sorun, daha çok Topluluğun üye devletlere yönelik direktifte bulunma yetkisinin "kapsamı"nın belirlenmesi bakımından ortaya çıkmaktaydı.

Öğretide yönergelerin, yalnızca ulaşılmak istenen amaç bakımından bağlayıcı olması nedeniyle, Topluluk organlarının yönergenin içeriğini belirlemede tamamen serbest olmadıkları, ulusal yasa koyucuya, yönergenin iç hukuka aktarılması konusunda belirli ve yeterli bir hareket alanının tanınmasının zorunlu olduğu ve bu nedenle

lerde doğrudan geçerli hukuk yaratılması, ancak "tüzük"ler bakımından söz konusu olabilirdi. Buna karşılık yönergelerin iç hukuka aktarılması gerektiği için, bu yolla üye devletlerde doğrudan geçerli ulus üstü nitelikte hukuk kuralı ve bu arada ceza normu konulması zaten mümkün değildi. Çünkü yönergelerden farklı olarak iç hukuka aktarılması gerekmeyen tüzükler, yasalar gibi genel ve soyut kurallar içermektedir. Bununla birlikte sınırlı yetki ilkesi gereğince Topluluk anlaşmaları, tüzük yoluyla tüm üye devletlerde doğrudan geçerli ulusüstü nitelikte ceza hukuku kuralı çıkarılması konusunda AT'ye yetki vermemekteydi. AT'nin kendine özgü ulus üstü nitelikte kriminal ceza normu koyma yetkisi bulunmadığı için, ikincil Topluluk hukuku işlemlerine ve bunlardan da özellikle tüzüğe dayanarak, üye devletlerde doğrudan bağlayıcı etkiye sahip kriminal ceza koyma yetkisi de söz konusu değildi (*Eisele*, JZ 2001, s. 1159; *Deutscher*, s. 350; *Moll*, s. 214; *Vogel*, Kompetenz der EG, s. 171 vd.; *Weigend*, ZStW 1993, s. 799; *Ambos*, in: MK §§ 3-7 no. 11; *Jokisch*, s. 87; *Gröblichhoff*, s. 52 vd.; *Tiedemann*, NJW 1993, s. 25; *Johannes*, EuR 1968, s. 69 vd., 81). Buna karşılık öğretide, tüzükle de ulusal yasa koyucuya direktif verilebileceği kabul edilmekteydi (*Deutscher*, s. 364; *Dieblich*, s. 269 vd.; *Eisele*, JZ 2001, s. 1159; *Hugger*, s. 80; *Johannes*, EuR 1968, s. 108). Ne var ki, ulusal yasa koyucuya yönelik olarak tüzükle verilebilecek bu tür direktifler açısından da, yönergeler için söz konusu olan ölçütler göz önünde bulundurulmalıydı (*Eisele*, JZ 2001, s. 1160).

⁸⁷ *Deutscher*, s. 362; *Satzger*, ZRP 2001, s. 552.

de yönergelerle gerek suç tipinin ögeleri ve gerekse yaptırımın tür ve ağırlığı konusunda ayrıntıya inilemeyeceği kabul edilmektedir⁸⁸.

Topluluk, zaman içinde direktif yetkisini, tüzük ve (genellikle de) yönerge çıkarmak suretiyle birçok kez kullanmıştır. Yukarıda

⁸⁸ Dannecker, Jura 1998, s. 82; Deutscher, s. 369 vd.; Dieblich, s. 282 vd.; Eisele, JZ 2001, s. 1161; Gentzik, s. 45; Gröblichhoff, s. 135 vd.; Hecker, JA 2002, s. 726; Jokisch, s. 84 vd.; Moll, s. 201 vd., 224; Oehler, in: FS für Jescheck, s. 1408; Rosenau, ZIS 2008, s. 15, Tiedemann, NJW 1993, s. 26; Weigend, ZStW 1993, s. 798; Ziegenhahn, s. 94. Öğretide genellikle Topluluğun yetkisinin kapsam ve sınırı bakımından bir taraftan suç tiplerinin meydana getirilmesi; diğer taraftan da bunun karşılığı söz konusu olabilecek yaptırımın tür ve ağırlığının belirlenmesi arasında bir ayırımı gidilmektedir. Öncelikle belirtelim ki, suç tipinin yapısı ve oluşturulması bakımından Topluluğun, suçun faili olabilecek kişi çevresi de dahil, korunacak hukuksal yarar ile emir ve yasağın içeriğini belirleyebileceği, ancak ayrıntıya inen konularda üye devletlerin serbest olduğu genellikle kabul edilmektedir. Buna karşılık yaptırımın tür ve ağırlığının doğrudan Topluluk organlarınca belirlenip belirlenemeyeceği konusunda görüşler birbirinden ayrılmaktaydı. Bir görüşe göre yaptırımın tür ve ağırlığının belirlenmesinde üye devletler tamamen serbest olup, yönerge özellikle kriminal nitelikli ceza koyma yönünde bir yükümlülük öngöremez. Çünkü üye devletlerin, ceza hukuku alanında egemenlik yetkisi, kriminal ceza koymama yetkisini de içermektedir (Deutscher, s. 371; Dieblich, s. 286 vd.; Jescheck, Möglichkeiten und Probleme eines europäischen Strafrechts, Greifswald 1997, s. 20; Moll, s. 215; Oehler, in: FS für Jescheck, s. 1408; Tiedemann, NJW 1993, s. 26; karşılaştırınız Hugger, s. 79 vd. yazara göre yönergeler bir taraftan ceza hukukuna ilişkin yaptırımlar içerebilirse de, cezanın türü ve ağırlığının belirlenmesi üye devletlere aittir). Buna karşılık diğer bir görüş, yönergelerin içeriğinin belirlenmesinde Topluluğun tamamen serbest olduğunu kabul etmektedir (Bkz. Gröblichhoff, s. 112; Heitzer, s. 32; Zeder, Der Rahmenbeschluss als Instrument der EU- Rechtsangleichung im Strafrecht am Beispiel des Rahmenbeschlusses gegen Geldfälschung, ÖJZ 2001, s. 83; Hugger, s. 79; Eisele, JZ 2001, s. 1163). Bu görüşte olan yazarlar, düzenlemenin amacının gerçekleşmesi bakımından gerekli ise ve daha önemli bir hukuksal yararın korunmasına hizmet ediyorsa, yönergede ayrıntılı bir direktife yer verilebileceğini ileri sürmektedir. Eğer üye devletlere hareket alanı bırakılırsa, özellikle rekabet kurallarına aykırı davranışları önlemek mümkün olmaz. Yönergelerin hangi yoğunlukta düzenleme içereceği konusunda ceza hukuku, diğer hukuk alanları ile karşılaştırıldığında farklı bir özelliğe sahip değildir.

değindiğimiz üzere, öğretide bazı yazarlar tarafından, Topluluğun üye devletlere belirli alanları düzenlemeye yönelik olarak ceza hukuku yaptırımlarına da yer vermeleri yönünde direktifte bulunabileceği kabul edilmesine rağmen, üye devletlere, açıkça (dar anlamda) *ceza hukukuna* ilişkin direktif verilmesi yönündeki çabalar, bugüne kadar Konsey'de dirençle karşılaşmıştır⁸⁹. Bu nedenle bugüne kadar Topluluk işlemleri genellikle açıkça "*ceza*" yaptırımına başvurulması yönünde bir direktif içermemiştir⁹⁰. Bundan başka, "*yönetmelik*" veya "*cezai*" nitelikte yaptırıma başvurma konusunda tercihi üye devletlere bırakan yönergeler de bulunmaktadır⁹¹. Topluluk, genellikle suç tipini tüm ayrıntılarıyla belirleme yoluna gitmiş; buna karşılık yaptırımın türünü ve ağırlığını somut olarak belirleme yoluna gitmeksizin, yalnızca üye devletlerin "*etkili yaptırım*" a başvurusu yönünde bir talepte bulunmuştur; amaca ulaşmak için ceza yaptırımının mutlaka gerekli olup olmadığı, ceza yaptırımı ya da yönetmelik yaptırımdan hangisinin tercih edileceği, ceza normunun nasıl oluşturulacağı ve mevcut ceza hukuku sistemine nasıl entegre edileceği ulusal yasa koyucuya bırakılmıştır⁹².

ABİA m. 83, AB'ye maddi ceza hukukunda açıkça direktifte bulunma yetkisi vermektedir. Bu konuda, sınırlayıcı olarak sayılan belirli alanlar için genel yetki ve halen tek düzeleşmiş olan politika alanlarında yakınlaştırma için uzantı yetki arasında bir ayırma gidilmelidir.

⁸⁹ *Wilkitzki*, Regionalisierung des Strafrechts, ZStW 1993, s. 826; *Dieblich*, s. 269 vd.; *Hugger*, s. 35 vd.; *Satzger*, Europäisierung, s. 396 vd.

⁹⁰ Buna karşılık AT Komisyonu'nun "*Çevrenin Ceza Hukuku Yönünden Korunmasına İlişkin Yönerge Önerisi*"nde, üye devletlere çevrenin korunması için ceza yaptırımı öngörme yükümlülüğü getirilmektedir. Bundan başka 14.6.1993 tarih ve 93/37 nolu Kamu İhale Sürecinin Koordinasyonu Hakkında Yönerge'de, işlediği bir suçtan dolayı halen mahkum edilmiş girişimcilere *ihale verilmesinin yasaklanmasını* öngörmektedir (ABİ No. L 199, 9.8.1993, s. 53 vd.)

⁹¹ Bunun için bkz. *Eisele*, JZ 2001, s. 1162; *Böse*, Strafen, s. 412.

⁹² *Dannecker*, Strafrecht der EG, s. 59 vd.; *Dannecker*, Jura 1998, s. 82; *Tiedemann*, NJW 1993, s. 26; *Eisele*, JZ 2001, s. 1161; *Jokisch*, s. 84; *Hecker*, JA 2002, s. 726; *Hugger*, s. 35; *Ziegenhahn*, s. 94; *Deutscher*, s. 362; *Böse*, Strafen, s. 413; *Sieber*, ZStW 1991, s. 965.

a) Genel Yetki (ABİA m. 83/1)

ABİA m. 83/1, Birliğe, özel ağır suçluluk alanlarında, eğer bu suçluluk sınır ötesi nitelik taşıyorsa, yönerge ile suç ve ceza için asgari kuralları belirleme yetkisi vermektedir. Suçun sınır ötesi olma niteliği, ya fiilin niteliğinden ve etkilerinden *ya da* ortak bir temele dayanarak fiille mücadele etme zorunluluğundan kaynaklanabilir. ABİA m. 83/1 alt bent 2, bu suçları, sınırlayıcı olarak⁹³ katalog halinde göstermektedir. Antlaşmada sayılan suçluluk alanları, AB'ye geniş bir hareket alanı tanımaktadır. Çünkü antlaşma, somut bir suç tipi ortaya koymamakta, yalnızca kriminolojik kavramlar kullanmaktadır. Böylece AB için anılan suçluluk biçimleriyle mücadele kapsamına girecek olan tüm suç tiplerini yakınlaştırma olanağı da tanınmış olmaktadır⁹⁴. Bunlar;

- terörizm,

⁹³ *Mansdörfer*, HRRS 2010, s. 15. Katalog sınırlayıcı olduğu için, ABİA m. 67/3'te iç güvenlik politikaları arasında "*ırkçılık ve yabancı düşmanlığını önlemek ve bunlarla mücadele etmek*" sayıldığı halde, ırkçılık ve yabancı düşmanlığı, ceza hukukunun yakınlaştırılması yetkisi kapsamında değildir. Irkçılık ve yabancı düşmanlığı AB'nin halen harmonize edilmiş politika alanları içerisine girmediği için AB'nin ABİA m. 83/2'ye dayanarak üye devletlerin ceza hukuku düzenlemeleri arasında yakınlaştırmaya gitme yetkisi de yoktur. Bununla birlikte aşağıda ele alacağımız üzere, ABİA m. 83/1-3, belirli koşullarla bu katalogun *genişletilmesine* olanak tanımaktadır. Buna göre katalog, AB'nin ilerideki bütünleşme süreci karşısında yetersiz kalır ve bu katalogu genişletme gereksinimi ortaya çıkarsa, ABİA m. 83/1 alt bent 3'de öngörülen *tamamlayıcı yetkiye* dayanarak antlaşmalarda bir değişikliğe gidilmeksizin katalog genişletilebilecektir. Irkçılık ve yabancı düşmanlığının sınır ötesi bir boyut taşımadığı göz önünde bulundurulduğunda, tamamlayıcı yetkiye dayanarak AB'nin yönerge ile bu alanda suç ve ceza için asgari kuralları belirleme yetkisi kullanması güçtür. Bu nedenle 06.12.2008 tarihinde yürürlüğe giren ve AB içerisinde ırkçılık ve yabancı düşmanlığı ile bağlantılı suçların etkin, uygun ve caydırıcı cezalarla yaptırım altına alınması amacı güden *Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığının Belirli Türleri ve İfade Biçimleri ile Ceza Hukuku Yoluyla Mücadele Hakkında Çerçeve Kararın* (ABl. L 328 vom 6.12.2008) kaderi belirsiz hale gelmiştir (Bkz. *Vogel*, Strafgesetzgebungskompetenzen, s. 45-46).

⁹⁴ *Kubiciel*, ZIS 2010, s. 743.

- insan ticareti ve kadın ve çocukların cinsel yönden sömürülmesi,
- yasa dışı uyuşturucu madde ticareti,
- yasa dışı silah ticareti,
- kara paranın aklanması,
- yolsuzluk,
- ödeme araçlarında sahtecilik,
- bilgisayar suçluluğu,
- organize suçluluk.

Dokuz kategori olarak ortaya konulan bu suçluluk alanları, AB'nin üçüncü sütünü içerisinde -genellikle çerçeve kararlara başvurmak suretiyle- zaten büyük ölçüde harmonize edilmiş bulunmaktaydı. Ne var ki, bu alanların deyim yerinde ise "*lizbonlaştırılması*", yani yönergelerin düzenleme alanına sokulması, Birlik açısından bakıldığında büyük önem taşımaktadır. Çünkü bu yolla yönergeyi iç hukuka aktarma konusunda isteksiz davranan üye devletler, antlaşmayı ihlal davası yoluyla ceza hukuku alanında çıkarılmış olan yönergeleri iç hukuka aktarmaya zorlanabilecektir⁹⁵.

ABİA m. 83/1'de öngörülen yetki *yakınlaştırma* yetkisidir ve bunun için Birliğin yararlanabileceği tek araç da yönerge'dir. Yönergelerin üye devletlerde doğrudan etkisi bulunmadığı için Birliğin kural olarak üye devletlerde doğrudan uygulanabilir dar anlamda ceza hukuku kuralı koyma yetkisi bulunmamaktadır⁹⁶. Suçların tespitine ilişkin asgari hükümlere, kast, yanılma, teşebbüs, gönüllü vazgeçme girdiği gibi, cezalara ilişkin asgari hükümler, müsadere, hak yoksunlukları, zamanaşımı yanında cezanın alt ve üst sınırlar arasında belirlenmesi ile cezanın ağırlaştırılmasını ya da indirilmesini gerektiren nitelikli haller de bu kapsamda ele alınabilir⁹⁷.

⁹⁵ *Vogel*, Strafgesetzgebungskompetenzen, s. 45.

⁹⁶ *Vogel*, Strafgesetzgebungskompetenzen, s. 44.

⁹⁷ *Vogel*, Strafgesetzgebungskompetenzen, s. 44.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre ABİA m. 83 bir bütün olarak dar yorumlanmalıdır, çünkü bundan kaynaklanan egemenlik yetkilerinin AB'ye aktarılması "özel bir gereksinimin varlığını" şart kılar. Belirli suçlarla sınır ötesi mücadele yönünde politik bir irade, sırf bu nedenle bu suçların ABİA m. 83 kapsamında ele alınması için yeterli değildir Bunun için belirli suçların, niteliği ve meydana getirdiği etkiler nedeniyle ortak temelde mücadele için özel bir zorunluluk ortaya koyması gerekir⁹⁸. Bundan başka bu konuda çıkarılan yönergelerin üye devletlere "bunun nasıl oluşturulacağı konusunda belirli bir hareket alanı" bırakması da gerekir⁹⁹.

Federal Anayasa Mahkemesi, bu yorumuyla anlaşmanın lafzını zorlamaktadır. Gerçekten Antlaşmada suçların sınır ötesi boyutu, seçimlik olarak suçun niteliği ve ceza kovuşturması gereksinimine dayandırılmakta iken, Anayasa Mahkemesi, her iki ölçütün de bir arada bulunmasını aramaktadır. Burada aslında Mahkeme, ABİA m. 83'ün aradığı koşulların politik irade oluşturma süreci ile giderek içinin boşaltılacağına yönelik kaygıları dile getirmek istemektedir. Ancak deyim yerinde ise, bu sürecin Alman Anayasa Mahkemesi hakimlerince engellenmesi mümkün değildir¹⁰⁰. Öte yandan ABİA m. 83'de yer verilen suç katalogu, (organize suçluluk, yolsuzluk, terörizm gibi) olsa olsa kriminolojik yönden algılanabilir belirsiz

⁹⁸ BVerfG NJW 2009, s. 2288, no. 359. Alman Anayasa Mahkemesinin 30.6.2009 tarihli "Lizbon kararı" için bkz. **Braum**, Europäisches Strafrecht im Fokus konfliktueller Verfassungsmodelle -Stopp das Bundesverfassungsgericht die europäische Strafrechtsentwicklung?, ZIS 2009, s. 418 vd.; **Ambos/Rackow**, ZIS 2009, s. 397 vd.

⁹⁹ BVerfG NJW 2009, s. 2288, no. 363.

¹⁰⁰ **Mansdörfer**, HRSS 2010, s. 16. **Zöller**, sınırlı yetki ilkesinin ceza hukukunda kağıt üstünde kaldığına işaret etmekte (ZIS 2009, s. 348); **Ambos/Rackow** da, ATAD'ın özellikle son kararlarına gönderme yaparak, Alman Anayasa Mahkemesinin yalnızca Antlaşmalarda yer verilen yetki dayanağının sınırları içerisinde kalması yönündeki temennisinin ikna edici olmadığını vurgulamaktadır (ZIS 2009, s. 401). **Vogel** ise, Mahkemenin bu görüşüne karşılık, Birlik hukukunda bir normun izlenen amaca en iyi ulaşılabilecek biçimde yorumlanması ("effet utile") ilkesinin yönlendirici olduğunu ve AB Divanı'nın ceza hukukuna ilişkin yetki dayanağını geniş ve dinamik yoruma tabi tuttuğunu belirtmektedir (**Vogel**, Strafrechtsetzgebungskompetenzen, s. 43).

kavramlar içermektedir ve bu nedenle Birliğin müdahale alanının nerelere kadar uzanacağını kestirmek zordur. Suçluluğun sınır ötesi nitelik taşıması zorunluluğu, yukarıda değindiğimiz genel ikincillik ilkesinin değişik biçimde formüle edilmesinden başka bir anlam taşımamaktadır¹⁰¹ ve bu nedenle de tek başına Birliğin yetkisini sınırlandırmak bakımından yetersizdir.

Öte yandan ABİA m. 83/1-3, belirli koşullarla bu katalogun genişletilmesine olanak tanımaktadır. Buna göre katalog, Avrupa Birliği'nin ilerideki bütünleşme süreci karşısında yetersiz kalır ve bu katalogu genişletme gereksinimi ortaya çıkarsa, ABİA m. 83/1 alt bent 3'de öngörülen tamamlayıcı yetkiye dayanarak antlaşmalarda bir değişikliğe gidilmeksizin katalog genişletilebilecektir. Ancak kataloga alınacak bu yeni suçluluk alanlarının da sınır ötesi bir boyut taşıması zorunludur. Bu nedenle salt somut bazı suçluluk alanlarıyla mücadele konusunda ortak bir politik irade, AB'nin bu suçluluk alanlarında üye devletlerin hukuk düzenlerini yakınlaştırmak için direktif vermesine yeterli değildir¹⁰². Bu tür suçluluk alanlarına örnek olarak sınır ötesi ekonomik suçluluk ve vergi suçları gösterilebilir. Bununla birlikte bu tür suçluluk alanlarının uzantı yetkiyi öngören ABİA m. 82/2'ye dayanarak da tekdüzeleştirilmesinin mümkün olduğu gözden uzak tutulmamalıdır¹⁰³.

Mevcut durumda tamamlayıcı yetkinin uygulama alanı sınırlı ve özü itibariyle belirsizdir. Alman Anayasa Mahkemesi, tamamlayıcı yetki çerçevesinde Birliğin yetkilerinin genişlemesini Alman Anayasası m. 23/1 c.2 çerçevesinde ele almış ve federal hükümetin bu yetkiyi kullanmasını, parlamentodan önceden izin alması koşuluna bağlı tutmuştur¹⁰⁴.

b) Uzantı Yetki (ABİA m. 83/2)

Uygulamada ABİA m. 83/1 uyarınca ceza hukukunun tek düzeleştirilmesi yetkisinden daha da önemli olan bir yetki, ABİA m.

¹⁰¹ Aynı yönde *Diehm*, in: FS für Paulus, s.46.

¹⁰² *Heger* ZIS 2009, s. 412.

¹⁰³ *Hecker* JA 2002, s. 724, yazar, söz gelimi sınır ötesi otomobil kaçakçılığı, gıda ve ilaç hukukuna aykırılıklar ve yasa dışı atık turizminden söz etmektedir.

¹⁰⁴ *Heger*, ZIS 2009, s. 412.

83/2 uyarınca halen tek düzeleşmiş politika alanlarda ceza hukukunun yakınlaştırılmasına ilişkin uzantı yetkidir. Ceza hukukunda da uzantı yetkinin açıkça dile getirilmesiyle birlikte, ATAD'ın uygulamada geliştirdiği bu tür bir yetki¹⁰⁵, bundan böyle birincil hukukta bir dayanak da elde etmiştir.

Gerçekten ATAD'ın 13.9.2005 tarihli kararına konu olan olayda, Komisyon 2001 yılında bir *yönerge* önerisi sunmuş, ancak bu öneri Konsey'in 27-28 Ocak 2003 tarihli oturumunda reddedilmişti. Bunun üzerine Danimarka'nın girişimiyle AB'nin üçüncü sütunu içerisinde Ceza İşlerinde Kolluk ve Yargı Alanında İşbirliği çerçevesinde ABA m. 29 ve 31/1-a ile bağlantılı olarak m. 34'e dayanarak *Ceza Hukuku Yolıyla Çevrenin Korunması Hakkında Çerçeve Karar* çıkarılmıştır¹⁰⁶. Çerçeve kararın amacı, giderek kaygı yaratan çevre suçluluğu ile mücadelede eşgüdümü sağlamaktır. Çerçeve karar, kasten (m. 2) ve taksirle (m. 3) işlenen bazı suçları çevre suçu olarak tanımlamakta ve üye devletleri bu suçlar karşılığında ceza yaptırımını öngörmekle yükümlü kılmaktaydı. Çerçeve kararın çıkarılmasından sonra, Avrupa Parlamentosu'nun da desteğiyle Komisyon, bu karara karşı ATAD nezdinde iptal davası açtı.

ATAD, *Topluluğun* yetkilerinin dokunulmaz olduğunu öngören ABA m. 29/1 ve 47'ye dayanarak çerçeve kararın iptaline karar verdi. Divan'a göre, düzenlemeye konu yapılan olay bakımından *Topluluğa ait* bir yetkinin kullanılması söz konusuydu ve bu da AB bünyesinde karar alınması olanağını ortadan kaldırıyordu. Çevrenin korunması, Topluluğun en önemli amaçlarından birisidir. Gerçi *esas itibariyle* ne ceza ve ne de ceza muhakemesi hukuku Topluluğun yetkisine girmektedir. Ancak bu durum, Topluluğu, çevrenin korunması amacıyla çıkardığı hukuk kurallarına etkinlik kazandırmak için gerekli tedbirlere başvurmaktan alıkoymazdı. Karara göre, Topluluk hukuku, çevreye yönelik ağır ihlallerin cezalandırılabilir olduğunu

¹⁰⁵ ATAD 13.9.2005 RS. C-176/03, JZ 2006, s. 307=NJW 2006, s. 281=EuZW 2005, s. 632.

¹⁰⁶ ABl. L 29 vom 5.2.2003.

belirleyebilirdi. Ancak başvurulacak ceza hukuku yaptırımlarının seçimi üye devletlere bırakılmalıydı. Somut olay bakımından çerçeve kararın temel amacının, çevrenin korunması olduğu sonucu ortaya çıkmaktaydı. Ancak Divan'a göre bu hükümler ATA m. 175'e dayanarak çıkarılsaydı, daha etkin bir çevre korunması gerçekleştirilebilirdi.

ATAD'ın, ilk kez ceza hukukuna ilişkin kural konulması konusunda üye devletlerin yetkisine müdahale eden bu kararı öğretilerde büyük yankı uyandırmış ve ağırlıklı olarak eleştiri ile karşı karşıya kalmıştır¹⁰⁷. Öyle ki, bazı yazarlar kararı *ultra vires* olarak değerlendirmiş ve "*Brüksel/Lüksemburg darbesi*"nden söz etmişlerdir¹⁰⁸. Her halde karar, daha çok pragmatik değişikliğini yansıtmaya açısından önemlidir. Çünkü o güne kadar Topluluğun ceza hukuku alanında kural koyma yetkisine sahip olmadığı yönündeki dogma bu kararlarla birlikte önemli ölçüde sarsılmıştır¹⁰⁹.

Karara göre, AT'nin üye devletlere ceza hukuku alanında kural koymasındaki direktif yetkisi acaba yalnızca *çevrenin korunması* amacı ile mi sınırlıdır? Öğretilerde çoğunluk görüşü, anılan karardan uzantı yetkinin, çevrenin korunması dışındaki alanları da kapsadığı sonucunun çıktığı doğrultusundadır¹¹⁰. Nitekim aşağıda ele

¹⁰⁷ *Sugmann Stubbs/Jager*, *Europäisches Strafrecht als Instrument europäischer Integration?*, *KritV* 2008, s. 81; *Zöller*, *ZIS* 2009, s. 345; *Heger*, *Anmerkung zu EUGH Urteil v. 13.09.2005 - Rs. C-176/03*, *JZ* 2006, s. 313; *Rosenau*, *ZIS* 2008, s. 13 vd.; *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, § 8 no. 41 vd.; *Hefendehl*, *Europäischer Umweltschutz: Demokratiespritze für Europa oder Brüsseler Putsch?*, *ZIS* 2006, s. 161 vd.; *Braun*, *Europäische Strafgesetzgebung: Demokratische Strafgesetzlichkeit oder administrative Opportunität?*, *wistra* 2006, s. 121 vd. Bu karardan sonra çıkarılan Çevrenin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması Hakkında Yönerge (ABl. EU 2008 6.12.2008 tarih ve L 328/28 nolu) için bkz. *Zimmermann*, *ZRP* 2009, s.74.

¹⁰⁸ *Hefendehl*, *ZIS* 2006, s. 167.

¹⁰⁹ *Rosenau*, *ZIS* 2008, s. 13.

¹¹⁰ *Heger*, *JZ* 2006, s. 313; *Fromm*, *Die Frage der Einführung einer partiellen strafrechtlichen Anweisungskompetenz des Rates der EG zum Schutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft unter besonderer Berücksichtigung der Unberührtheitsklausel in Art. 280 Abs. 4 S. 2 EG-*

alacağımız 2007 tarihli kararında ATAD bunu açıkça vurgulamaktadır.

ATAD'ın kararında soru işareti uyandırdan diğer bir konu da, Avrupa Topluluğu'nun yetkisinin *kapsamıdır*. Buna göre, acaba AT, yalnızca cezalandırılacak davranış biçimlerini belirleme yetkisine mi sahiptir, yoksa bu yetki, başvurulacak yaptırımın tür ve ağırlığını da kapsar mı?

Bu soruya yanıt vermek için ATAD'ın 23.10.2007 tarihli kararına¹¹¹ değinmekte yarar vardır. Kararın konusunu AB Komisyonu'nun 12.7.2005 tarihinde çıkardığı *Gemiler Tarafından Yaratılan Kirlilikle Ceza Hukuku Çerçevesinde Mücadelenin Güçlendirilmesine İlişkin Çerçeve Karar*¹¹² oluşturmaktadır. Anılan çerçeve kararının arkasında, denizlerin küresel kirlenmesine büyük ölçüde gemiler tarafından denize salınan atıkların yol açtığı düşünesi yatmakta idi. Söz konusu çerçeve karar, yukarıda anılan çevreye ilişkin çerçeve karardan, yalnızca suç tiplerine ilişkin asgari hükümlerin değil, aynı zamanda su kalitesine, insanlara, hayvanlara ve bitkilere yönelik zararın yoğunluğuna bağlı olarak ceza yaptırımının tür ve ağırlığının da belirlenmesi bakımından (örneğin ağır durumlarda en az üç yıla kadar hapis cezası) ayrılmakta idi. ATAD, bu kararında da Topluluk hukukunun önceliği ilkesine gönderme yapmış; ortak ulaşım politikalarının belirlenmesinin de Topluluğa ait bir yetki olduğunu ve ATA m. 80'e dayanarak¹¹³, ulaşım güvenliğinin iyileştirilmesi ve deniz ulaşım araçları ile seyahat alanında başkaca amaca uygun tüm tedbirlerin alınması konusunda Topluluğun geniş bir hukuk yaratma yetkisine sahip bulunduğunu vurgulamıştır. Ayrıca Topluluğun önemli amaçlarından birisi olarak çevrenin korunması da, ortak

Vertrag, ZIS 2007, s. 27, 29; *Eisele*, Besprechung von EuGH, Urteil v. 23.10.2007, Az. C-440/05, Nichtigkeit des Rahmenbeschlusses zur Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens zur Bekämpfung der Verschmutzung durch Schiffe, JZ 2008, s. 251; *Rackow*, ZIS 2008, s. 535

¹¹¹ ATAD'ın 23.10.2007 tarih ve C-440/05 sayılı kararı, JZ 2008, s. 251.

¹¹² ABl. L, s. 164.

¹¹³ ATAD'ın ATA m. 80'i dayanak göstermesi öğretide eleştirilmiştir. Bkz. *Eisele*, JZ 2008, s. 252 vd.; *Zimmermann*, NStZ 2008, s. 665 vd.

ulaşım politikasının ayrılmaz bir parçasıdır. Divan, bu kararda da, ceza ve ceza muhakemesi hukukunun *esas itibariyle* Topluluğun yetkisine girmediğini belirtmiştir. Bununla birlikte Topluluk, üye devletleri AB'nin birinci sütünü içerisinde çıkarılan hukuk kurallarının etkinliğini sağlamak için vazgeçilmez bir tedbir ise, ceza hukuku kuralı öngörmekle yükümlü kılabilir. Önceki karardan farklı olarak Divan, başvurulacak yaptırımların tür ve ağırlığını belirlemenin Topluluğun yetkisine girmediğini açıkça vurgulamıştır. Ancak cezayı gerektiren davranışların suç olarak tanımlanması ve bunun karşılığında uygulanacak yaptırımın ne olacağı sorunu birbirinden ayırlamayacağı için, Divan, çerçeve kararı bütünlüyle iptal etmiştir. Bu kararda ATAD, bir önceki karardaki çizgiyi esas itibariyle takip etmiş, ancak bir yönden sınırlandırmıştır. Buna göre ceza hukukuna ilişkin yaptırımların tür ve ağırlığı konusundaki karar prensip olarak üye devletlere ait olmalıdır¹¹⁴. Bu sınırlama ABİA m. 83/2'deki açık düzenleme karşısında anlamsız hale gelmiştir¹¹⁵. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi de ceza hukuku alanında kural koymaya ilişkin "uçsuz bucaksız" yetkinin "tehlikesine" işaret etmiştir¹¹⁶.

Görülüyor ki, ATAD tarafından ortaya konan görüş, Lizbon Anlaşması'nın içeriğiyle de uyumlu değildir. Gerçi Lizbon Anlaşması, açıkça ceza hukukuna ilişkin uzantı yetkiyi tüm politik alanlar için öngörmektedir (ABİA m. 83/2). Bundan başka Lizbon Anlaşması ile öngörülen yetki, ATAD kararında öngörülen konsepti de aşarak, ayrıca yaptırımı da içermektedir. Bununla birlikte Lizbon Anlaşması önemli bir sınırlama da getirmektedir. Buna göre, üye devletler, eğer ulusal ceza hukukunun temel kurallarına aykırılık oluşturuyorsa, bu yetkiye karşı koyabilirler (m. 83/3). Oysa ATAD kararı, üye devletleri böyle bir olanaktan yoksun bırakmaktaydı¹¹⁷.

ATAD kararları, ceza hukukunun özelliklerini de hesaba katmamaktadır. Gerçekten de ceza hukuku, ulusal gelenekleri ve değer

¹¹⁴ ATAD C-440/05, NStZ 2008, s. 703, Anm. *Zimmermann* NStZ 2008, s. 662.

¹¹⁵ Aynı yönde *Zimmermann* NStZ 2008, s. 665; *Heger* ZIS 2009, s. 413.

¹¹⁶ BVerfG NJW 2009, s. 2288, no. 361.

¹¹⁷ *Zöller*, ZIS 2009, s. 347.

yargılarını yansıtan ve kamusal ve bireysel yararlar arasında bir denge kurmayı amaçlayan bir alandır. Her bir üye devletin kendine özgü bir suç politikasının bulunduğu ve buna ilişkin yetkilerini ulus üstü bir organa aktarmadıkları göz önünde bulundurulduğunda, bu alandaki yakınlaştırmaya ilişkin AT'ye verilen yetkiyi, effet util kuralı ile açıklamak da olanaksızlaşmak-tadır¹¹⁸.

Buna karşılık kararda ortaya konan görüşü yerinde bulan yazarlar da vardır. Örneğin *Calliess*'e göre¹¹⁹, karara gösterilen tepki, 2005 yılından önce de AT'nin ceza hukuku alanında direktif yetkisinin olduğu göz önünde bulundurulduğunda yerinde değildir. Gerçi ulusal egemenlik kavramına işaretlerle, AT'nin ceza hukuku alanında direktif yetkisini reddeden bazı yazarlar vardı. Buna karşılık öğretilerde çoğunluk görüşü, AT'nin, üye devletlere suç tipinin ayrıntıları ve ceza yaptırımının tür ve ağırlığı ayrıntılı olarak gösterilmediği sürece, ceza hukuku alanında da direktif yetkisinin bulunduğu sonucuna ulaşmaktaydı. Oysa ceza hukukuna ilişkin AT'nin direktif yetkisi, ATA m. 5/1'de öngörülen *implied power* kuralından ileri gelmekteydi. Buna göre amaca ulaşmak bakımından zorunlu ise, ATA'nın ilgili yetki normundan (örneğin ATA m. 175), aynı zamanda ceza hukuku alanında direktif yetkisi de çıkmaktaydı. AT'nin ceza hukuku alanında direktif yetkisinin sınırını, yalnızca ATA m. 5/2 anlamında *ikincillik* ve m. 5/3 anlamında *oranlılık ilkesi* oluşturmaktaydı. ATAD'ın anılan kararının, AT'ye, ceza hukukunun *bütünüyle* yakınlaştırılması yetkisi verdiği yönündeki endişeler, AT'nin yetkisinin sınırlı olduğunu gözden kaçırmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, *implied powers*, ceza hukuku alanında Topluluğun yetkisinin hem dayanağını ve hem de sınırını oluşturmaktadır.

Lizbon Anlaşmasıyla uzantı yetkinin hangi koşullar altında kullanılmasına olanak tanındığı ele alınmalıdır. ABİA m. 83/2 bu bakımdan ilgili olduğu alanda Birlik politikalarının etkin biçimde uygulanması için üye devletlerin ceza hukukuna ilişkin mevzuatının

¹¹⁸ *Zöller*, ZIS 2009, s. 349; *Satzger*, Das Strafrecht als Gegenstand europäischer Gesetzgebungstätigkeit, KritV 2008, s. 23.

¹¹⁹ *Calliess*, ZEuS 2008, s. 27 vd.

yakınlaştırılmasına yönelik “vazgeçilmez” bir gereksinimin bulunmasını şart kılmaktadır. Buna karşılık önceki ABA m. 29, “gerekli” görülüyorsa, ancak bu takdirde ceza hukukunun tek düzeleşmesine olanak tanımış idi. Böylece uzantı yetkiye dayanarak ceza hukukunun tek düzeleşmesi olanakları oldukça sınırlı idi¹²⁰. *Vazgeçilmezlik* ölçütünün ne anlama geldiği konusu bugüne kadar kesin olarak açığa kavuşturulmuş değildir ve gerek öğreti ve gerekse uygulamada bu konudaki görüşler birbirinden büyük ölçüde ayrılmaktadır:

Örneğin *Zimmermann*'a göre bu koşul, ATAD tarafından topluluk hukuku için geliştirilen effet util düşüncesinin yansımından başka bir anlam ifade etmemektedir¹²¹. Buna karşılık *Heger*, vazgeçilmezlik ölçütüne daha fazla bir işlev yüklemekte ve uzantı yetkiye dayanarak ceza hukukunun tek düzeleşmesinin kural olarak göz ardı edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹²². *Walter* Topluluk düzeyinde ceza hukukunun tek düzeleşmesine yönelik girişimlerin, amaca ulaşmak bakımından olmazsa olmaz (conditio sine qua non) bir koşul olması gerektiğini vurgulamaktadır¹²³. *Mansdörfer* ise, bu ölçüte Birliğe özgü bir yorum getirilmesi gerektiğini ve her bir üye devlette cezalandırılabilirlik konusundaki farklılıklar bir cezalandırma boşluğu rizikosunu yaratıyorsa, ancak bu takdirde bu koşulun gerçekleşmiş sayılabileceğini; tek başına effet-utile ölçütü ile yetinilmemesi gerektiğini belirtmektedir¹²⁴. *Vogel*, bunun için cezasız kalması kabul edilemeyecek ve cezayı gerekli kılan bir haksızlığın söz konusu olması gerektiğini vurgulamaktadır¹²⁵.

Halen harmonize edilmiş alanlarda ceza hukukunun yakınlaştırılması yetkisi, önceki durumla karşılaştırıldığında önemli bir farklılık içermemektedir. Öyle ki, *Vogel*, halen harmonize edilmiş

¹²⁰ BVerfG NJW 2009, s. 2288, no. 361.

¹²¹ *Zimmermann*, Die 2. EuGH-Entscheidung zur Strafrechts-harmonisierung mittels EG-Richtlinien (Rs. C-440/05), NStZ 2008, s. 665.

¹²² *Heger* ZIS 2009, s. 409.

¹²³ *Walter*, ZStW 117 (2005), s. 928.

¹²⁴ *Mansdörfer*, HRSS 2010, s. 16.

¹²⁵ *Vogel*, Strafgesetzgebungskompetenzen, s. 46.

politik alanlarla sınırlı ve ABİA m. 83/3'teki "imdat freni" mekanizmasına bağlı olması nedeniyle uygulama alanının öncekine göre daha da sınırlı olduğunu belirtmektedir¹²⁶. Bununla birlikte AB kurumlarının, Avrupa politikasının gerçekleşmesinde özel etkili bir araç olması nedeniyle ceza hukukuna sıklıkla başvuracakları ve gelecekte bu alandaki tek düzeleşme faaliyetlerinin artacağını söyleyenler de vardır¹²⁷.

3. Doğrudan Uygulanabilir Ceza Hukuku Kuralı Koyma Yetkisi

Öğretide yerinde olarak AB'nin maddi ceza hukuku alanındaki yetkileri, doğrudan kural koyma yetkisi ve ceza hukukunun harmonize edilmesi yetkisi olarak ikiye ayrılmaktadır¹²⁸. Bugüne kadar AB'nin finansal çıkarlarının korunması, Avrupa Ceza Hukukunun gelişmesinde motor işlevi görmüştür. AB'ye, finansal çıkarlarının korunması için ceza hukuku alanında yetki verilmesine ilişkin tartışmaların odağında, AB'nin finansal çıkarlarının daha iyi korunmasını amaçlayan ABİA m. 325/4'e dayanarak üye devletlerde doğrudan uygulanabilir ceza hukuku kuralı koyup koyamayacağı sorunu yer almaktadır.

Bu sorununun çözümünü Lizbon Antlaşması'ndan önceki ve sonraki durumu karşılaştırarak bulmak daha yerinde olacaktır.

Lizbon Antlaşması'ndan önce AT'nin, üye devletlerde doğrudan uygulanabilir ulus üstü nitelikte ceza hukuku kuralı koyma yetkisine sahip olmadığı konusunda, gerek ATAD¹²⁹ ve üye devlet-

¹²⁶ Vogel, Strafgesetzgebungskompetenzen, s. 46.

¹²⁷ Kubiciel, ZIS 2010, s. 744.

¹²⁸ Ambos, Internationales Strafrecht, § 9 no. 13; Hecker, Europäisches Strafrecht, § 4 no. 57 vd.; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 7 no. 8.

¹²⁹ ATAD Slg. 1981, s. 2618 (Casati); ATAD Slg. 1989, s. 221 (Cowan/Trésor Public); ATAD Slg. 1998-I, s. 3731 vd. Anılan kararlara göre, ceza koyma yetkisi esas itibarıyla üye devletlere aittir.

lerin yargı organlarının kararlarında¹³⁰; gerekse öğretide¹³¹ geniş

¹³⁰ BGHSt 25, s. 193 vd.; 27, 182; 41, 131 vd. Alman Federal Mahkemesi, anılan kararlarında, üye devletlerin Roma Anlaşması'nı imzalarken, Avrupa Topluluğu'na kriminal ceza yetkisini devretmek istemediklerini açıkça vurgulamıştır.

¹³¹ Alman öğretisinde *Ambos*, in: MK, §§ 3-7 no. 9; *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 11 no.4; *Bleckmann*, FS für Stree/Wessels, s. 108; *Böse*, Die Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft für Strafrecht, GA 2006, s. 220 vd.; *Dannecker*, Der Einfluß des Gemeinschaftsrechts auf das nationale Strafrecht, in: Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in einem Europa auf dem Weg zu Memokratie und Privatisierung (hrsg. Walter Gropf), 1996, s. 162; *Dannecker*, Strafrecht der EG, s. 40; *Dannecker*, Jura 1998, s. 79; *Deutscher*, s. 213 vd., 281 vd., 309 vd.; *Eisele*, JA 2000, s. 897; *Griese*, Die Finanzierung der Europäischen Union, EuR 1998, s. 474; *Gröbblinghoff*, s. 34, 141 vd.; *Hecker*, Strafbare Produktwerbung s. 2, 102; *Hecker*, ZStW 2003, s. 895; *Hecker*, JA 2002, s. 724; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 4 no.88; *Heise*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationales Strafrecht, 1998, s. 12; *Gentzik*, s. 41; *Jescheck*, s. 23; *Jokisch*, s. 63, 104 vd.; *Jung*, Konturen und Perspektiven des europäischen Strafrechts, JuS 2000, s. 419; *Kühl*, Europäisierung der Strafrechtswissenschaft, ZStW 1997, s. 779; *Laubenthal/Beier*, Durch die Ausländereigenschaft bedingte Verbotsirrtümer und die Perspektiven europäischer Rechtsvereinheitlichung, GA 2000, s. 205; *Moll*, s. 4; *Musil*, NSTZ 2000, s. 68 vd.; *Nelles*, ZStW 1997, s. 742; *Oehler*, FS für Jescheck, s. 1403 vd.; *Oehler*, Internationales Strafrecht: Geltungsbereich des Strafrechts, internationales Rechtshilferecht, Recht der Gemeinschaften, Völkerstrafrecht, 1983, no. 919; *Otto*, Das Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union - Anmerkungen zum materiellrechtlichen Teil, Jura 2000, s. 98, *Pieth*, ZStW 1997, s. 766; *Priß/Spitzer*, EuZW 1994, s. 300; *Rosenau*, ZIS 2008, s. 15; *Satzger*, Europäisierung, s. 9, 109 vd.; *Satzger*, Zur Wirkung einer EG-Richtlinie im nationalen Strafverfahren, StV 1999, s. 132; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 7 no. 23 vd.; *Satzger*, KritV 2008, s. 20; *Schröder*, s. 104 vd.; *Sieber*, ZStW 1991, s. 969 vd.; *Stoffers*, Der Schutz der EU-Finanzinteressen durch das deutsche Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, EuZW 1994, s. 305; *Tiedemann*, NJW 1993, s. 24; *Tiedemann*, Der Strafschutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft, NJW 1990, s. 2231; *Vogel*, Die Kompetenz der EG, s. 175 vd.; *von Bubnoff*, Akteulle Fragen und Herausforderungen grenzüberschreitender Strafrechtspflege, 1997, s. 12; *Weigend*, ZStW 1993, s. 779; *Weigend*, Spricht Europa mit zwei Zungen?, StV 2001, s. 66 vd.;

ölçüde görüş birliği vardı. Görüşler, bunun gerekçesi bakımından birbirinden ayrılmaktaydı¹³². Burada sorun, özellikle 1997 yılında

Wilkitzki, ZStW 1993, s. 826; *Ziegenhahn*, s. 91; *Zuleeg*, JZ 1992, s. 762; Avusturya öğretisinde aynı yönde *Kert*, JBl 1999, s. 88; *Marquéz/Kert*, ÖJZ 1999, s. 214; Ancak öğretilerde çoğunluk görüşünü paylaşmayan ve Topluluğun belirli alanlarda genel kural koyma yetkisiyle bağlantılı olarak ceza normu koyma yetkisinden hareket eden bazı yazarlar da bulunmaktaydı (Bkz. *Böse*, Strafen, s. 78; *Pache*, s. 336; *Appel*, s. 177 vd.). *Heitzer* her ne kadar Topluluğun ceza hukuku alanında genel olarak düzenleme yapma yetkisinden hareket etmekte ise de, bunun karşılığında özgürlüğü bağlayıcı cezaya yer veremeyeceğini ileri sürmekteydi (*Heitzer*, s. 135 vd., 164).

¹³² Bir görüşe göre, ceza hukukuna ilişkin konuların özelliği, dar yorumu gerektirir; öyle ki, kriminal ceza hukukuna ilişkin yaptırım hükümlerini Topluluğu kuran anlaşmalarda mevcut yetki hükümlerine dayandırmak olanaksızdır. Topluluğu kuran anlaşmalar, yalnızca geniş anlamda yönetsel (punitif) nitelikte yaptırım koyma olanağı vermektedir. Üye devletler, ulusal egemenlik ve ulusal kültürle dar bir bağlantı içinde olan gerçek anlamda kriminal ceza öngörme ve buna hükmetme gibi böylesine önemli bir yetkiyi hiçbir zaman Topluluğa devretmemişlerdir. *Dannecker*, Strafrecht in der Europäischen Gemeinschaft, s. 26; *Dannecker*, Der Einfluß der Gemeinschaftsrechts, s. 162; *Dannecker*, Jura 1998, s. 80; *Deutscher*, s. 312 vd.; *Eisele*, JA 2000, s. 897; *Hecker*, Strafbare Produktwerbung, s. 2; *Hilgendorf*, Nationales oder transnationales Strafrecht? Europäisches Strafrecht, Völkerstrafrecht und Weltrechtsgrundsatz im Zeitalter der Globalisierung, in: Raum und Recht Festschrift 600 Jahre Würzburger Juristenfakültät (hrsg. Dreier/Forkel/Laubenthal), 2002, s. 339; *Jescheck*, s. 23; *Kühl*, ZStW 1997, s. 779; *Marquéz/Kert*, Strafrechtsänderungsgesetz 1998: Umsetzung des EU- Betrugs-Übereinkommens in Österreich, ÖJZ 1999, s. 214; *Moll*, s. 6; *Oehler*, in: FS für Jescheck, s. 1399 vd.; *Otto*, Jura 2000, s. 98; *Schulz*, Europäisches Strafrecht, in: Europäisierung des Rechts (hrsg. Hans-Werner Rengeling), 1996, s. 189; *Sieber*, ZStW 1991, s. 968 vd.; *Stoffers*, EuZW 1994, s. 305; *Tiedemann*, NJW 1993, s. 23; *Ziegenhahn*, s. 92; *Zöller*, ZIS 2009, s. 342; karşı görüş *Gentzik*, s. 41 vd.; *Pache*, s. 324; *Pache*, EuR 1993, s. 179 vd., yazar üye devletlerin Topluluğa yetki devretmeme yönündeki iradesinin “*tarihsel bir değer taşıdığını*” ileri sürmektedir. Topluluk hukukunun dinamik bir gelişme süreci içinde olduğu göz önünde bulundurulduğunda, ATA’nın imzalanmasında üye devletlerin egemenliklerinden vazgeçmedikleri görüşüne fazla itibar edilmemesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu yüzden yorumda tarafların geçmişteki iradesine değil, normun objektif içeriğine bakarak bir sonuca ulaşmak gere-

Amsterdam Anlaşması ile getirilen ATA m. 280 açısından ortaya çıkmıştır¹³³. Öğretide genellikle anılan hükmün AT'ye, finansal

kir. *Gentzik* de, üye devletlerin iradesinin, ceza hukukunun Avrupa'nın bütünleşme sürecinin dışında tutulması doğrultusunda olduğu görüşü, statik bir görüştür. Topluluk içi gelişmeler ve dış etkiler, yetki sorunu üzerinde daha farklı düşünülmesini gerektirmektedir. Ceza hukukunun Topluluk yetkisinin tamamen dışında tutulması, ileri bir aşamaya gelmiş olan bütünleşme eğilimi yüzünden artık geçerliliğini yitirmiştir. Avrupa'nın bütünleşmesi, salt ekonomik amaçları aşan gelişime açık ve dinamik bir süreçtir. Bütünleşme, doğrudan ve dolaylı tüm hukuk alanlarını ve bu arada ceza hukukunu da ilgilendirmektedir (*Gentzik*, s. 42). Diğer bir görüşe göre, ABA'nda yer verilen düzenlemeler, kriminal ceza hukukunu, ulusüstü nitelikteki Topluluk hukukuna değil, hükümetler arası nitelikte işbirliğine ait bir konu olarak görmektedir. Bu da, üye devletlerin ceza normu koyma konusundaki yetkilerini Topluluğa akatmadıkları yönündeki iradelerini açıkça ortaya koymaktadır. *Albrecht/Braum*, KritV 2001, s. 313 vd.; *Akmann*, JA 1994, s. 52; *Bubnoff*, s. 12; *Callies*, ZEuS 2009, s. S. 15; *Dannecker*, Jura 1998, s. 80; *Deutscher*, s. 346 vd; *Di Fabio*, DöV 1997, s. 90; *Eisele*, JA 2000, s. 898; *Eisele*, JZ 2001, s. 1158; *Gröblichhoff*, s. 34, 110; *Jokisch*, s. 63 vd.; *Moll*, s. 5; *Pache*, s. 298; *Rosenau*, ZIS 2008, s. 12; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 7 no. 29; *Ziegenhahn*, s. 92; *Zöllner*, ZIS 2009, s. 342. Nihayet ikincilik ilkesi, üye devletlerde doğrudan geçerli ceza hukuku konulmasını engellemektedir. *Satzger*, KritV 2008, s. 21.

¹³³ Söz konusu hükme göre; "(1) Topluluk ve üye devletler bu maddeye göre korkutucu olan ve üye devletlerde etkili bir koruma etkisi gösteren tedbirlerle dolandırıcılık türü ve Topluluğun finansal çıkarlarına yönelik diğer hukuka aykırı davranışlarla mücadele ederler.

(2) Topluluğun finansal çıkarlarına yönelik dolandırıcılık türü davranışlarla mücadele için üye devletler kendi finansal çıkarlarına yönelik dolandırıcılık türü davranışlar için de başvurdukları tedbirlerin aynısına başvururlar.

(3) Sözleşmede yer alan diğer hükümler saklı kalmak üzere, üye devletler dolandırıcılık türü davranışlara karşı Topluluğun finansal çıkarlarını korumak için faaliyetlerini koordine ederler. Bu amaçla Komisyonla birlikte yetkili makamlar arasında sıkı ve düzenli bir işbirliğini sağlarlar.

(4) Konsey, Sayıştay'ın görüşünü aldıktan sonra madde 251'de öngörülen usule uygun olarak üye devletlerde etkili ve aynı düzeyde bir korumayı gerçekleştirmek amacıyla Topluluğun finansal çıkarlarına yönelik dolandırıcılık türü davranışlarla mücadele ve bunların önlenmesi için gerekli tedbirleri kararlaştırır. Üye devletlerin ceza hukuku uygulaması ve ceza muhakemesi hukuku bu tedbirlerden bağımsızdır".

çıkarlarına karşı işlenen dolandırıcılık türü davranışlarla mücadele konusunda doğrudan uygulanabilir ulusüstü ceza (ve ceza muhakemesi) normu koyma yetkisi vermediği ve içerdiği yetkinin ceza hukukuna ilişkin olmayan yaptırımlarla sınırlı olduğu kabul edilmekteydi¹³⁴. AT'nin ceza hukuku alanında doğrudan kural koyma yetkisinin kabul edilmesi, ABA m. 29/2'de dolandırıcılıkla mücadele görevinin açıkça üye devletlere yüklendiği göz önünde bulundurulursa, ceza işlerinde hükümetler arası işbirliğine ilişkin düzenlemelere açık aykırılık oluşturur¹³⁵. Kaldı ki, AT Komisyonu'nun ATA m. 280'i, AT'nin finansal çıkarlarının korunması için ceza hukuku kuralı meydana getirmede yetersiz bir hüküm olarak görmesi ve Aralık 2000'de Nizza'da yapılan hükümetler arası konferansta bunun yerine yeni bir düzenlemeye gidilmesini önermesi de, bu görüşü desteklemektedir¹³⁶. ABA m. 280/2 de *üye devletlerin* iç hukukuna gönderme yapılması da, AT'nin finansal çıkarlarının ceza hukuku

¹³⁴ *Albrecht/Braum*, Defizite europäischer Strafrechtsentwicklung, KritV 1998, s. 470 vd.; *Ambos*, in: MK §§ 3-7 no. 9; *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 11 no. 10; *Braum*, JZ 2000, s. 500; *Deutscher*, s. 342 vd.; *Eisele*, JA 2000, s. 897 vd.; *Eisele*, JZ 2001, s. 1158; *Griese*, EuR 1998, s. 476; *Hecker*, Strafbare Produktwerbung, s. 2; *Heitzer*, s. 148; *Hilgendorf*, s. 340; *Jokisch*, s. 64 vd.; *Jung*, JuS 2000, s. 419 vd.; *Musil*, NStZ 2000, s. 68; *Otto*, Jura 2000, s. 98; *Rosenau*, ZIS 2008, s. 14 vd.; *Satzger*, ZRP 2001, s. 552 vd.; *Satzger*, StV 1999, s. 132; *Satzger*, Europäisierung, s. 106, 138 vd., 434 vd.; *Schröder*, s. 145 vd.; *Schulz* "Europäisches Strafrecht ante portas" -Tagungsbericht-, StV 2001, s. 85 vd.; *Schwarzburg/ Hamdorf*, Brauchen wir EU- Finanz-Strafgesetzbuch?, NStZ 2002, s. 618 vd.; *Weigend*, StV 2001, s. 67; *Wolter*, Die Polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen in der Europäischen Union, in: FS für Günter Kohlmann (hrsg. Hans-Joachim Hirsch/Jürgen Wolter/Uwe Brauns), 2003, s. 697 vd.; karşı görüş *Ulrich/Wolffgang*, EuR 1998, s. 627; *Hedtmann*, Unregelmäßigkeiten und Betrug im europäischen Agrarsektor. Maßnahmen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, EuR 2002, s. 133; *Fromm*, Strafrechtliche Schutz, s. 107 vd., 327 vd. Bu tartışmalar için bkz. *Satzger*, Europäisierung, s. 138 vd.

¹³⁵ *Zöllner*, ZIS 2009, s.342; *Rosenau*, ZIS 2008, s. 15.

¹³⁶ *Callies*, ZEuS 2008, s. 16; *Zöllner*, ZIS 2009, s. 342 vd.; *Rosenau*, ZIS 2008, s. 15.

yoluyla korunması yükümlülüğünün üye devletlere ait olduğunu açıkça göstermektedir¹³⁷.

Buna karşılık Lizbon Antlaşması, doğrudan uygulanabilir ceza hukuku kuralı koyma konusunda önceki duruma göre radikal bir değişime işaret etmektedir. ABİA m. 79, Birliğe, insan ticaretiyle mücadele, ABİA m. 325 de Birliğin finansal çıkarlarına karşı işlenen dolandırıcılık türü davranışlarla mücadele ve bunların önlenmesi için gerekli tedbirleri alma yetkisi vermektedir.

ABA m. 325'in lafzı yanında ortaya çıkış sürecine bakıldığında, buna ön gelen Avrupa Birliği Anayasa Taslağı'nda ceza hukuku alanında doğrudan kural koyma yetkisi kabul edilmişti¹³⁸: ABİA m. 325, Avrupa Birliği Anayasa Taslağı m. III-415'in karşılığını oluşturmakta ve ATA m. 280'in yerini almaktadır. Lizbon Anlaşması ile getirilen ABİA m. 325/4, büyük ölçüde ATA m. 280 ile örtüşmekte ise de; maddenin uygulama alanını genişletmektedir.

Yukarıda değinilen ATA m. 280'in ceza hukuku alanında üye devletlerde *doğrudan uygulanabilir* kural koyma yetkisini içerip içermediği konusundaki duraksamalar ABİA m. 325 ile ortadan kaldırılmakta ve böylece anılan hüküm, ceza hukuku tedbirlerine de açık hale gelmektedir. Öte yandan hüküm, yalnızca *üye devletlere* değil, Birliğin diğer organ, kurum ve makamlarına da tedbire başvurma yetkisi tanımaktadır. Aynı zamanda ABİA m. 86/1, Avrupa Savcılığı'nın kurulmasını öngörmektedir. Özellikle Avrupa Topluluğu'nun doğrudan uygulanabilir ceza hukuku kuralı koyma yetkisi bulunmadığını savunanların başvurduğu temel argüman olan "*üye devletlerin ceza hukukunun dokunulmaz olduğunu*" belirten önceki ATA m. 280/4'ün ABİA m. 325'e alınmaması, Birliğin bundan böyle gerçek anlamda üye devletlerde doğrudan uygulanabilir (ulus üstü) ceza hukuku kuralları getirebileceği, bu bağlamda örneğin çıkaracağı *tüzüklerle* ulus üstü suç tiplerine ve bunlar karşılığında uygulanabilecek cezalara yer verebileceği anlamına gelmektedir. Gerçi ABİA

¹³⁷ *Satzger*, KritV 2008, s. 21.

¹³⁸ Bu konuda ayrıntı için bkz. *Walter*, ZStW 117 (2005), s. 916 vd.; *Weigend*, ZStW 116 (2004), s. 288.

m. 325 ile ceza hukuku alanında kural koyma konusunda açıkça Birliğe bir yetki tanınmamıştır; ancak bu hükümlerin bu anlamda yorumlanması olanağı da ortadan kaldırılmış değildir. Çünkü Birliğin yönerge veya tüzük arasında bir seçim yapma olanağı açık tutulmuştur. Böylece Lizbon Antlaşmasıyla birlikte Avrupa Birliği, yalnızca kendine özgü hukuksal kişilik değil, aynı zamanda üye devletlerde doğrudan uygulanabilir suç tipleri yaratma ve böylece dar anlamda ulus üstü ceza hukuku kuralı koyma yetkisi elde etmiş bulunmaktadır¹³⁹. İleride Avrupa Savcılığı'nın kurulması ile birlikte, AB'nin finansal çıkarları ile sınırlı olmak üzere, Birlik, Avrupa Savcılığı tarafından kovuşturulabilecek deyim yerinde ise "Avrupa suç tipleri" meydana getirebilecektir. Bununla birlikte AB'nin yetkisinin, üye devletlerin, onların vatandaşlarının ya da işletmelerinin değil, yalnızca AB'nin finansal çıkarlarına yönelik olarak işlenen dolandırıcılık türü davranışları önleme ve kovuşturmakla sınırlı olduğu gözden uzak tutulmamalıdır¹⁴⁰. Öte yandan dolandırıcılık türü davranış deyimini de, dar anlamda dolandırıcılık suçu dışında

¹³⁹ *Mansdörfer*, HRRS 2010, s. 18; *Heger*, ZIS 2009, s. 416; *Rosenau*, ZIS 2008, s. 16; *Hecker*, Der Vertrag von Lissabon und das Europäische Strafrecht, Iurratio 2009, s. 85; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 4 no. 81, § 14 no. 44; *Fromm*, Neue supranationale Strafrechtsordnung zum Schutz der finanziellen Interessen der EG?, StraFo 2008, s. 365; *Fromm*, ZIS 2007, s. 26; *Schramm*, Acht Fragen zum Europäischen Strafrecht, ZJS 2010, s. 615; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 8 no. 24; *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 9 no. 8, § 11 no.11; *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, Vorbem. § 1 no. 29; *Diehm*, in: FS für Paulus, s.50; *Krüger*, Unmittelbare EU-Strafkompetenzen aus Sicht des deutschen Strafrechts, HRRS 2012, s. 311; *Callies*, ZEuS 2008, s. 37; *Nürnberg*, ZJS 2009, s. 497; *Noltenius* Strafverfahrensrecht als Seismograph der Europäischen Integration. Verfassung, Strafverfahrensrecht und der Vertrag von Lissabon, ZStW 122 (2010), s. 618; *Safferling*, Internationales Strafrecht, 2011, § 10 no. 41-42. ABAT'taki düzenleme için aynı yönde *Weigend* ZStW 116 (2004), s. 288; *Walter*, ZStW 117 (2005), s. 918; karşı görüş *Vogel*, Strafgesetzgebungskompetenzen, s. 47 vd.; *Sturges*, Ermächtigt der Vertrag von Lissabon wirklich zum Erlass supranationaler Wirtschaftsstrafgesetze? HRRS 2012, s. 273.

¹⁴⁰ *Schramm*, ZJS 2010, s. 615.

belgede sahtecilik gibi aldatıcı nitelik taşıyan tüm davranışları içerecek biçimde geniş yorumlanmalıdır¹⁴¹. Buna karşılık ABİA m. 325/1, burada belirtilen durumlar dışında Birliğe doğrudan uygulanabilir ceza hukuku kuralı koyma yetkisi vermemektedir¹⁴². Birliğin diğer alanlarda yalnızca ceza hukukunu yakınlaştırma yetkisi vardır.

Öte yandan Birliğe, insan ticaretiyle, özellikle çocuk ve kadın ticaretiyle mücadele için gerekli tedbirleri alma konusunda yetki veren ABİA m. 79 üzerinde de durulmalıdır. İçeriğinin belirsizliğine rağmen, bazı yazarlar bu hükümle ceza hukukuna ilişkin yetkilerin kastedildiğini kabul etmektedir¹⁴³. Ancak bize göre de böyle bir sonuca varılması mümkün değildir. Her şeyden önce Avrupa Birliği'ne yasa dışı yollardan giriş, AB'nin finansal çıkarları aleyhine dolandırıcılık türü davranışlarla mücadelenin aksine Birliğin orijinal çıkarlarını değil, daha çok üye devletlerin ülkesel çıkarlarını ilgilendirmektedir¹⁴⁴. Bu nedenle göç ve sığınma politikaları ilk planda bizzat üye devletleri ilgilendiren yükümlülükler içermektedir. Bu sorun, çok nadir durumlarda, -örneğin bir başka devlet aleyhine üye devleti salt bir transit ülke olarak kullanması gibi- sınır ötesi boyut elde edebilmektedir. Ulus üstü ceza kanunları ile bu amaca ulaşmak kolay değildir. Bu bakımdan insan ticaretiyle, özellikle çocuk ve kadın ticaretiyle mücadele için de ABİA m. 83/1'de öngörülen kurallar geçerli olmalıdır¹⁴⁵.

C. Suçluluğu Önlemede Üye Devletleri Desteklemeye Yönelik Tedbirlere Başvurma Yetkisi (ABİA m. 84)

ABİA m. 84, Birliğe, üye devletlere suçu önlemede yardımcı olabilecek ve onları destekleyecek tedbirleri alma konusunda yetki vermektedir. ABİA m. 84 özünde yenidir ve bugüne kadar birincil

¹⁴¹ *Schramm*, ZJS 2010, s. 615.

¹⁴² *Schramm*, ZJS 2010, s. 615.

¹⁴³ *Walter*, ZStW 117 (2005), s. 918 vd.

¹⁴⁴ Bu anlamda *Heger*, ZIS 2009, s. 416.

¹⁴⁵ *Mansdörfer*, HRRS 2010, s. 18; *Heger*, ZIS 2009, s. 416; *Schramm*, ZJS 2010, s. 615 vd.

hukukta bu düzenlemenin bir karşılığı da bulunmamaktadır. Ancak bu hükümden, üye devletlerin ceza mevzuatlarının tek düzeleştirilmesi yetkisi çıkmamaktadır.

Bu düzenlemeye göre Birlik, suç politikası alanında hareket yeteneğini de genişletmiş olmaktadır. İşlenmiş olan suçlara sonradan tepki göstermek yerine bundan böyle Birlik, henüz daha suçun ön alanında üye devletleri aktif olarak destekleyecektir. Bununla Birlik, bir taraftan suç politikası alanında yargı organlarının giderek artan biçimde suçluluğu önlemeye yönelik çabalarını içeren modern gelişmeleri izleyecektir. Bundan başka Birlik, değişik alanlarda (örneğin sosyal yapıda eksikliklerin giderilmesi, halkın aydınlatılması veya suçlulukla ilgili tüm alanlarda veri işlem gibi) üye devletleri destekleyici somut tedbirlere de başvurabilecektir. Birliğin ortak bir sosyal yaşam alanı oluşturduğu göz önünde bulundurulduğunda bu yetki yerinde ve makul görünmektedir¹⁴⁶.

Birliğin bu konudaki yetkisi, üye devletlere yardım ve onları desteklemekle sınırlı olduğu için, aynı zamanda üye devletlerin yetkisi saklı tutulmakta ve Birliğin üye devletlerin yetkilerine müdahale etmesi önlenmektedir¹⁴⁷.

III. Yetki Kullanmanın Sınırı Olarak “Korunma İlkesi” (Schonungsgrundsatz) (ABA m. 5, 4/2 ve ABİA m. 67/1)

ABA m. 4/2¹⁴⁸ ve ABİA m. 67/1¹⁴⁹, Birliği, üye devletlerin ulusal kimliğine, farklı hukuk düzenlerine ve hukuk geleneklerine saygı göstermekle yükümlü kılmaktadır. Öğretide bazı yazarlar, bu düzenlemelerle “korunma ilkesine” işaret edildiğini vurgulamaktadırlar. Bu ilkeye göre, ulusal ceza hukuku sistemlerine büyük bir

¹⁴⁶ *Mansdörfer*, HRRS 2010, s. 18.

¹⁴⁷ *Hailbronner*, in: Der Vertrag von Lissabon, s. 371.

¹⁴⁸ “Birlik, Antlaşmalar karşısında üye devletlerin eşitliğine ve onların bölgesel ve yerel yönetimler de dahil olmak üzere politik ve anayasal temel yapılarında ifadesini bulan ulusal kimliklerine saygı gösterir”.

¹⁴⁹ “Birlik, temel haklara ve değişik üye devletlerin hukuk düzenlerine ve geleneklerine saygı gösterildiği özgürlük, güvenlik ve hukuk alanı oluşturur”.

çekimsizlikle müdahale edilebilir¹⁵⁰. Ancak bu, kuşkusuz ceza hukuku alanında ulus üstü düzeyde kural koymaya yönelik her işlemin, ek olarak özel bir ve sıkı bir incelemeyi gerektirdiği anlamına gelmemektedir.

ABİA m. 67/1, ilk planda suç politikasına ilişkin bir program ortaya koymaktadır ve bu nedenle de genel ikincillik ilkesinin suç politikası alanında bir yansıması olarak ele alınmalıdır. Karşılıklı tanıma ilkesinin ceza hukukunun bütünleşmesinin merkezi haline gelmesi, Avrupa çapında ceza hukukunun bütünüyle tek düzeleşmesi düşüncesinin prensip olarak reddedilmiş olduğunu göstermektedir. Bu nedenle kural olarak ABA m. 5'de ortaya konan genel ölçütler ve bunlar arasında özellikle oranlılık ilkesi, her bir yetkinin kapsamının belirlenmesi açısından yeterli olacaktır¹⁵¹.

Bugünkü durumda korunma ilkesi, ceza hukukunun tek düzeleştirilmesi amacıyla başvuru tedbirin ulusal ceza hukuku sistemine ne kadar yoğun müdahale oluşturursa, o ölçüde de AB'nin işlevini yerine getirmesi için gerekli olması anlamına gelmektedir. Üye devletlerin ceza hukukunun kimliğini oluşturan öz değerlerine¹⁵², ancak mutlaka zorunlu ise müdahale edilebilecektir. Görüldüğü üzere, korunma ilkesi, üye devletlere, ulusal ceza hukukunun dokunulmaz alanlarına hiçbir şekilde müdahale edilmeyeceği güveni vermemektedir¹⁵³. Avrupa düzeyinde ceza hukukunun tek düzeleşmesi amacına ilk planda karşılıklı tanıma ilkesi çerçevesinde ulaşılmaya çalışılacak; bu yolla amaç gerçekleştirilebiliyorsa, üye devletleri karakterize eden uluslar arasındaki sosyo kültürel ve tarihsel politik farklılıklara saygı gösterilecektir¹⁵⁴.

¹⁵⁰ *Satzger*, Europäisierung, s. 166 vd.; *Heger*, ZIS 2009, s. 410.

¹⁵¹ *Mansdörfer*, HRRS 2010, s. 18; önceki hukuksal duruma ilişkin olarak bu anlamda *Satzger*, Europäisierung, s. 170.

¹⁵² Dokunulmaz alanların ne olduğunun belirlenmesi konusunda bir deneme için bkz. *Heger*, ZIS 2009, s. 414.

¹⁵³ *Mansdörfer*, HRRS 2010, s. 18. Ceza hukukunun "Avrupalaşması" ile bağlantılı olarak hukukun etkinliğinin bir koşulu olarak normun benimsenmesi ve güvenilirliği konusunda bkz. *Frisch*, GA 2007, s. 263.

¹⁵⁴ Yine bu doğrultuda BVerfGE 113, s. 299.

§ 5. Kural Koyma Süreci

Lizbon Anlaşması, bu konuda şu ana kadarki birincil hukuka göre iki önemli yenilik getirmektedir: Bunlardan ilki, Avrupa Parlamentosu ve ulusal parlamentoların rolünün önemli ölçüde güçlendirilmesi ikinci olarak da üye devlete, belirli bir hukuksal işlemi kendi hukuku için tamamen yürürlük dışı bırakma olanağı verilmesidir (“Notbremseverfahren”). Böylece o güne kadar sürekli tartışma konusu yapılan Avrupa ceza hukukunun demokratik meşruluğu sorunu¹⁵⁵, önemli ölçüde giderilmiş olmaktadır.

I. Avrupa Parlamentosu ve Ulusal Parlamentoların Kural Koyma Sürecine Daha Güçlü Biçimde Katılmaları

Lizbon Anlaşması ile AB'nin hukuksal işlemlerinin demokratik meşruluğu önemli ölçüde güçlendirilmiştir¹⁵⁶. Bu amaçla AP ve ulusal parlamentolar, Birliğin karar alma sürecine daha etkin biçimde katılmakta ve ortak sorumluluk altına girmektedir. AP'nin kural koyma sürecine, özellikle değişiklik önerisi sunmak suretiyle katılması önemli bir yenilik olarak gözlenmektedir¹⁵⁷. Lizbon Anlaşması bu bakımdan ulusal parlamentolara karşı bilgi verme yükümlülüğünü öngörmekte ve bu, onu ikincillik ilkesinin koruyucusu durumuna getirmektedir. Kolluk ve yargı alanında işbirliği konusunda ABİA m. 69'da bir kez daha parlamentonun bu görevi tekrarlan-

¹⁵⁵ Bkz. *Eisele*, JA 2000, s. 897; *Tiedemann*, NJW 1993, s. 28; *Dieblich*, Strafrechtliche Schutz, s. 282; *Dannecker*, JZ 1996, s. 874; *Weigend*, ZStW 1993, s. 789; *Heitzer*, s. 165; *Hecker*, Ist die Zeit reif für die Schaffung eines “Europäischen Staatsanwaltschaftes” zum Schutz der EG-Finanzinteressen?, in: Kriminologische Spuren in Hessen, Freundesgabe für Arthur Kreuzer (hrsg. Kube/Schneider/Stock), 2003, s. 181 vd., 193.

¹⁵⁶ *Vogel*, Strafgesetzgebungskompetenzen, s. 44.

¹⁵⁷ Ne var ki, özellikle İnsan Ticaretinin Önlenmesi ve Bununla Mücadele ve Mağdurların Korunması İle Konsey'in 2002/629 JI (ABl. I. 101, 15.4.2011, s. 1 vd.) sayılı Çerçeve Kararının Tamamlanmasına İlişkin 5.4.2011 tarihli Yönerge üzerindeki görüşmeler sırasında, AP'nin en çok yakınma konusu olan Birlik Hukukunun punitifliğini azaltacağı yönündeki beklentileri boşa çıkardığı söylenmektedir (Bkz. *Vogel*, Strafgesetzgebungskompetenzen, s. 44).

maktadır. Ulusal parlamentolar bundan böyle yasama işlemine ilişkin bir tasarının kendisine gelmesinden itibaren 6 hafta içerisinde hangi nedenle tasarının ikincilik ilkesi ile bağdaşmadığına ilişkin gerekçeli görüşünü bildirebilir (İkincilik Protokolü m. 6). Eğer tasarıya yönelik itirazların sayısı, ulusal parlamentolarda temsil edilen oyların en az 1/4'üne ulaşmış ise, tasarı tekrar gözden geçirilmelidir.

II. Veto Hakkı (ABİA m. 82/3, 83/3)

Kural koyma sürecine ilişkin ikinci önemli yenilik, “ceza hukukunda imdat freni” olarak nitelendirilen veto hakkıdır (ABİA m 83/3).

A. Veto hakkının niteliği ve uygulama alanı

ABİA m. 83'e göre Konsey, Yönerge tasarısını nitelikli çoğunlukla kabul ettiğinde, söz konusu yönerge, öneriye karşı olan üye devletler açısından da bağlayıcılık kazanmaktadır. Bununla birlikte ABİA m. 82/3 ve 83/3, ceza hukukunun tek düzeleşmesi amacına yönelik tedbirin “kendi hukuk düzeninin temel değerlerini” tehdit ettiğini düşünen üye devletlere veto hakkı tanımaktadır¹⁵⁸: Buna göre bir üye devlet, kural koyma sürecinin ertelenmesini ve duruma AB Konseyi'nin elkoymasını talep edebilir. Ertelenen kural koyma sürecinin yeniden başlatılması oybirliğini gerektirir. Oybirliğine ulaşılamamış ise, en az 9 üyeden oluşan bir grup¹⁵⁹, yönerge tasarısına dayanarak kendi aralarında güçlendirilmiş işbirliğine gidebilirler.

İçerik olarak veto hakkı, ceza muhakemesi hukukunda delillerin serbest dolaşımı, sanık ve mağdur hakları ve bunun gibi Konsey tarafından belirlenecek ceza muhakemesinin diğer alanlarına ilişkin, maddi ceza hukukunda ise, önemli ölçüde sınır ötesi ağır suçluluğa karşı yönerge tasarıları ile uzantı yetki çerçevesinde başvuru ceza hukukunun tek düzeleştirilmesi amacına yönelik tedbirlerle sınırlıdır. Buna karşılık karşılıklı tanıma ilkesinin uygulanmasına ilişkin

¹⁵⁸ Heger ZIS 2009, s.413; Vogel, Strafgesetzgebungskompetenzen, s. 44 vd.

¹⁵⁹ Anayasa Taslağında böyle bir düzenleme yoktu (Diehm, in: FS für Paulus, s. 44).

tedbirlerde veto hakkı tanınmış değildir¹⁶⁰. Öyle ki, veto hakkının, Birlik tarafından *doğrudan* kural konulması yetkisi veren ABİA m. 325 açısından geçerli olmaması da şaşırtıcıdır¹⁶¹. Çünkü doğrudan konulan kurallar, ilgili üye devletin “*hukuk düzeninin temel değerlerini*” daha yoğun biçimde tehdit eder.

B. “Ulusal hukuk düzeninin temel değerlerine müdahale” koşulu

Veto hakkı, ancak yönerge tasarısı, ilgili üye devletin ulusal hukuk düzeninin temel değerlerine müdahale oluşturuyorsa, ancak bu takdirde kullanılabilir. Bir taraftan bu olanağın, makul olmayan amaçlar izlemek suretiyle kötüye kullanılmasına engel olunmalı; ancak diğer taraftan da üye devletlere dar bir hareket alanı bırakılmamalıdır¹⁶². Bu nedenle bu koşul, yönerge tasarısının, ilgili üye devletin hukuk düzeni ile çatışmaya girmesi biçiminde anlaşılmalıdır. Bundan anlaşılması gereken, daha çok yönerge tasarısının, ilgili devletin hukuk düzeninin değişmez değerlerine müdahale oluşturmasıdır¹⁶³. Özellikle kusur, yasallık, belirlilik ilkesi gibi ulusal anayasa hukukuyla güvence altına alınan ilkeler yanında yargı sistemine yönelik müdahaleler bu kapsamda ele alınmalıdır¹⁶⁴. Bununla birlikte bu koşulun da, AB Divanı’nın kötüye kullanmaya karşı denetim olanağına sahip olduğu göz önünde bulundurulduğunda¹⁶⁵, Birliğin ceza hukuku alanındaki yetkisini sınırlamak bakımından oynayacağı rolün oldukça sınırlı olacağına işaret etmek gerekir.

¹⁶⁰ Heger ZIS 2009, s. 411.

¹⁶¹ Eleştiri için bkz. Heger, ZIS 2009, s. 417; karşılaştırınız Mansdörfer, HRRS 2010, s. 19.

¹⁶² Schramm, ZJS 2010, s. 617 vd.

¹⁶³ Vogel’e göre bunun için üye devletin suç politikasına ilişkin farklı bir bakış açısına sahip olması yeterli olmayıp, Yönerge önerisi, ilgili üye devletin anayasal düzeni açısından önemli sorunlara yol açmış olmalıdır (Vogel, Strafgesetzgebungskompetenzen, s. 45).

¹⁶⁴ Callies, ZEuS 2008, s. 37.

¹⁶⁵ Schramm, ZJS 2010, s. 618.

§ 6. Güncel Gelişmeler

I. Yönlendirici İlkeler

1. Yeni Güvenlik Modeli

AB Konseyi, 25-26.2.2010 tarihli 2998. oturumunda İspanya'nın başkanlığında "Avrupa Birliği İçin İç Güvenlik Stratejisi" tasarısını kabul etmiştir: "Avrupa Güvenlik Modeline Doğru"¹⁶⁶. Anılan tasarıya göre tehdit sıralamasında öncelik terörizm olup, bunu ağır ve organize suçluluk izlemektedir. Buna örnek olarak, uyuşturucu madde ticareti, ekonomik suçluluk, insan ticareti, silah ticareti, çocukların cinsel istismarı, çocuk pornografisi, şiddet suçluluğu, kara para aklama ve belgede sahtecilik suçları gösterilmektedir. Özellikle siber suçluluk, sınır ötesi suçluluk ve gençler arasında ve spor karşılaşmalarında şiddet tehlike yaratmaktadır. Tasarı, bu tehlike durumuna yanıt olarak farklı hukuk düzenlerinin sınır ötesi suçluluğun önlenmesinde adım atılmasını engellememesini öngörmektedir. Bunun için aşağıdaki ilkelere riayet edilmelidir:

- Özgürlük, güvenlik ve hukukla ilgili tedbirler karşılıklı olarak güçlendirilmeli ve aynı zamanda temel haklar, uluslararası koruma, hukuk devleti ve özel yaşam güvence altına alınmalıdır.

- Tüm vatandaşların, özellikle de tehlike altına bulunan vatandaşların, bu bağlamda insan ticareti ve cinsiyete dayalı suçluluk mağdurlarının korunmasına öncelik verilmelidir.
- Sosyal entegrasyon ve ayrımcılıkla mücadele güvenlik modelinin önemli bir unsurudur.
- Diyalog, düşünce farklılıklarını açığa çıkarmanın bir yoludur ve hoşgörü, saygı ve düşünce özgürlüğü sağlanmalıdır.
- Tedbirler şeffaf ve öngörülebilir olmalıdır.
- Karşılıklı güven, üye devletler arasında başarılı bir işbirliğinin önemli koşuludur.

¹⁶⁶ KOM[2010] 171 endgültig v. 20.4.2010.

Tasarı, ileride alınacak tedbirlerle ilgili 10 ilke belirlemiştir:

- Gerek yatay boyutu (sözgelimi kolluk ve ceza kovuşturma organları arasında işbirliği) ve gerekse dikey boyutu (sözgelimi uluslar arası işbirliği gibi) göz önünde bulunduran daha kapsamlı ve daha kapsayıcı bir bakış açısı belirlenmelidir.
- Tedbirler ve faaliyetler yasama ve yargının etkin denetimi altında olmalıdır.
- “Proaktif ve bilgiye dayalı” önleme anlayışı ön planda olmalıdır. Örnek olarak uçak yolcu bilgileri (PNR bilgileri), kara para aklama ile mücadele için finans kurumları ile işbirliğine değinilmelidir.
- Veri değişimi için kapsamlı bir model geliştirilmelidir.
- COSİ Komisyonu tarafından yönetilen ve koordine edilen (ABİA m. 71) Europol, Eurojust, Avrupa Yargı Ağı, diğer kurumlar ve üye devletler arasında eşgüdüm güçlendirilmelidir.
- Ceza işlerinde yargısal işbirliği, Eurojust’un etkinleştirilmesi kadar önemlidir. Polis, sınır koruma ve yargı organları arasındaki sinerjiden, sınır ötesi suçlulukla mücadelede yararlanılmalıdır.
- Entegre edilmiş bir sınır işletimi, bir taraftan FRONTEX, EUROSUR ve SIS’in daha da geliştirilmesine, diğer taraftan dış sınırlarda sınır denetimlerini hızlandıran ve basitleştiren IT-Sınır Denetim Sistemine dayanmalıdır.
- Bilgi teknolojisi sistemlerinde ve eldeki verilerin değerlendirilmesinde yeni düşünce yaratma zorunluluğu yanında aktörlerin eğitilmesi ve gelişimi önemlidir.
- Üçüncü devletlerle işbirliği yoluyla “ekstern boyut” sağlanmalıdır.
- Strateji, pragmatik, esnek ve gerçekçi düşüncelerle ilerideki gelişmelere uyum sağlamalıdır.

2. Stocholm Programı

Avrupa Konseyi, 11.12.2009 tarihli oturumunda Stockholm Programını kabul etmiştir. Bu programda ceza hukuku açısından önem taşıyan noktaları şöyle özetleyebiliriz:

Politik öncelik, temel hakların korunması ve güvenliğin sağlanması arasında bir denge kurulmasına dayanmaktadır. Bunlardan ilki, özellikle AİHS'e taraf olmak suretiyle sağlanmalıdır. Gerçekçi politika çerçevesinde mevcut araçların tam ve etkin biçimde uygulamaya ve yaşama geçirilmesi ve değerlendirilmesine öncelik verilmelidir. Yeni hukuk kurumlarından, yalnızca oranlılık, ikincillik çerçevesinde ve yeterli ön çalışmadan sonra yararlanılmalıdır. Dikkatler, mevzuatın niteliğinin artırılmasına ve işbirliğinin güçlendirilmesine çevrilmelidir. Karşılıklı güven, karşılıklı tanıma tedbiri için zorunlu bir tedbir olarak görünmektedir. Güven artırıcı önlemler arasında – AİHS'ye üye olma yanında- ceza muhakemesinde yargısal hakların güvence altına alınması gibi başkaca tedbirler de göz önünde bulundurulmalıdır. Diğer bir ağırlık noktasını da, ceza adalet sisteminin ve AB düzeyindeki hukuksal işlemlerin göz önünde bulundurulması oluşturmaktadır. Burada amaç, “*gerçek anlamda bir Avrupa ceza muhakemesi kültürünün*” yaratılmasıdır. Temel haklara koruma sağlanması, tasarının önem verdiği önemli konulardan birisidir. Sanığın yargısal haklarının güçlendirilmesine ilişkin yol haritası Stockholm Programı'nın bir parçasıdır. Ayrıca karşılıklı tanıma ilkesi, ceza işlerinde adli yardımlaşma için yönlendirici ilke olmalıdır. Bu olanağın, uygulamacılar tarafından “*daha sevimli hale getirilmesi*” amacıyla delil elde edilmesi için, geleneksel adli yardımlaşma hukukunun esnekliğini ve karşılıklı tanıma ilkesini birbiriyle bağdaştıran kapsamlı bir sistemin (“*Avrupa Soruşturma Kuralları*”) meydana getirilmesi amacı izlenmeye devam edilmelidir. Bu sistem, olabildiğince tüm delil türlerini içermeli ve red nedenlerine olabildiğince sınırlandırma getirmelidir. Bir başka devletin kamusal ya da özel makamlarından – koruma tedbiri niteliği taşımayan ve başka bir devletin yargı organlarının müdahalesini gerektirmeyen- verilerin elde edilmesinin kolaylaştırılması ve ABİA m. 89'a dayanarak soruşturma tedbirlerinin sınır ötesi uygulanması üzerinde düşünülmelidir. Uzun vadeli

bir hedef olarak –mahkumiyetin bir sonucu olarak- belirli haklardan yoksun bırakmanın karşılıklı tanınması konusunda çaba gösterilmelidir. Ceza mevzuatının uyumlu hale getirilmesinde programın ağırlık noktasını “katalog suçlarında” adli yardımlaşma araçlarında çifte cezalandırılabilirlikten vazgeçilmesi oluşturmaktadır. Program, insan ticareti, çocukların cinsel yönden sömürülmesi ve çocuk pornografisini dolaylı olarak bu suçlar arasında ele almıştır. AB içinde suçlulukla mücadele için önleyici ve bastırıcı olanaklar Avrupa iç güvenlik stratejisi ile uyumlu hale getirilmelidir. Avrupa Veri Ajansı çerçevesinde stratejik analizler için yeni teknolojilerin kullanılması da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda kamusal ya da özel kuruluşlar tarafından kişilerle ilgili tutulan bilgilerin depolanması (örneğin uçak yolcuları ile ilgili PNR bilgileri) yanında polis tarafından kişilerle ilgili yapılan ceza muhakemesine ilişkin bilgilerin depolanması ile seyahat halindeki şiddet suçluları (özellikle sportif gösterilerde) hakkında veri değişimi ve belirli mesleklere girişin etkin biçimde kontrol edilmesi için adli sicil bilgilerinin elektronik ortamda tutulması bakımından Avrupa Adli Sicil Ağının kurulmasına özel bir önem atfedilmektedir. AB’nin dış ilişkileri, ceza ve ceza muhakemesi alanında da güçlendirilmelidir.

Nisan 2010 sonunda Komisyon bu konuda bir çalışma programı hazırlamıştır¹⁶⁷. Stockholm Programı’nın ağırlık noktasını, bir taraftan Avrupa ceza muhakemesi hukukunun gelişmesi (özellikle delil elde etme ve delil transferi, üçüncü devletlerle adli yardımlaşma), diğer taraftan da veri değişiminin güçlendirilmesi oluşturmaktadır. Ne var ki, AB Konseyi’nin 23.4.2010 tarihli 3008. oturumunda alınan kararlar Stockholm Programı’nda öngörülen gereklilikleri karşılamaktan uzak kalmış; temel hakların korunması ve sanık hakları açısından AB’nin AİHS’e taraf olması konusundaki çabalara ve verilerin korunması için yeni ve kapsamlı bir hukuksal çerçevenin oluşturulmasına işaret edilmekle yetinilmiştir. Sanık haklarının güçlendirilmesine ilişkin yol haritası 2014 yılına kadar belirlenmeli ve şüpheli ve sanık için ek

¹⁶⁷ KOM[2010] 171 endgültig v. 20.4.2010.

asgari muhakeme güvencelerini ortaya koyan yeşil kitap hazırlığına başlanmalıdır.

II. Ceza Muhakemesi Hukukunda

1. AB'nin AİHS'e Taraf Olması¹⁶⁸

ABA, Birliği temel haklara uyma yükümlülüğü altına koymaktadır. Lizbon Anlaşmasıyla birlikte AB, hem AİHS'e taraf olmakta (ABA m. 6/2) ve hem de AB Temel Haklar Şartı'nı tanımaktadır (ABA m. 6/1).

Bazı yazarlar, AB'nin doğrudan temel haklar ve insan haklarına bağlı tutulmasının, Avrupa ceza hukukunun gelişmesinde de önemli etkilere sahip olacağını belirtmektedir. Çünkü Birlik düzeyinde kural koyma, ileride AB Temel Haklar Şartı'nda öngörülen güvencelere uyulmasını gerektirecektir¹⁶⁹. Birlik hukukunun temel haklara uygun yorumlanması gerektiğinden, İngiltere, Çek Cumhuriyeti, Polonya gibi, Temel Haklar Şartı'nın doğrudan bağlayıcı etkisini kabul etmeyen ülkeler¹⁷⁰ açısından da temel haklar geçerlilik kazanacaktır.

Her ne kadar öğretilerde bazı yazarlar AB'nin, AİHS'e taraf olmasının yalnızca sembolik bir değer taşıdığını belirtmekte ise de¹⁷¹; kurumsal olarak temel hakların ve insan haklarının öneminin, özellikle AB'nin AİHS'ye taraf olmasıyla daha da güçleneceği ortadadır. Bugüne kadar ATAD'ın temel haklar konusunda AİHM'e göre daha çekimser bir tutum içerisine girdiği bilinmektedir¹⁷². Oysa AİHM'in,

¹⁶⁸ Bkz. *Kohler/Malferrari*, Um letzte und vorletzte Worte: Zum geplanten Zusammenwirken von EGMR und EuGH nach dem Beitritt der EU zur EMRK, *EuZW* 2011, s.849 vd.

¹⁶⁹ *Heger*, *ZIS* 2009, s. 408; *Mansdörfer*, *HRRS* 2010, s. 14.

¹⁷⁰ Temel Haklar Şartı'nın Polonya ve Birleşik Krallık bakımından uygulanmasının sınırlandırılmasına ilişkin 31.12.2007 tarihli Protokol için bkz. *ABl* EU no. C 306/154.

¹⁷¹ Örneğin bkz. *Heger*, *ZIS* 2009, s. 409.

¹⁷² ATAD'ın bu konuda 12.6.2003 tarihli *Eugen Schmidberger kararı* için bkz. *EuZW* 2003, s. 592, no. 78 vd. mit Anm. *Koch*, s. 598, yine 14.10.2004 tarihli *Laserdrome kararı* için bkz. *EuZW* 2004, s. 753.

AİHS ile güvence altına alınan hakları, bunlara uygulamada yeterli etkinlik kazandırmak için oldukça geniş olarak yorumlama eğiliminde olduğu, bu yolla AİHS'in uygulama alanının birey lehine genişlettiği ve hakların korunmasına ağırlık vererek AİHS hükümlerini yorumladığı görülmektedir¹⁷³.

6-7.7.2010 tarihinde AB'nin AİHS'e taraf olması ile ilgili görüşmelere başlanmış ve AB'nin AİHS'e taraf olmasına olanak sağlayan 14 nolu Ek Protokol 1.6.2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak AB'nin AİHS'e üyeliği, gerek AİHS ve gerekse ek protokollerde bazı değişiklikler yapılmasını zorunlu kılmıştır. AB'nin AİHS'e taraf olmasına ilişkin 20-24.6.2011 tarihleri arasında yapılan görüşmeler başarıyla sonuçlanmıştır. Görüşmeler sonunda oluşturulan çalışma grubu, Steering Comitte for Human Rights (CDDH) üzerinden, Bakanlar Komitesi'ne üyelik sözleşmesi tasarısını sunmuştur. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi ve Bakanlar Komitesi'nin kabulünden sonra Avrupa Konseyi'ne üye tüm devletler ve AB'nce üyelik sözleşmesinin imzalanması ile birlikte üyelik gerçekleşmiş olacaktır. Sözleşme tasarısı m. 1/1 uyarınca AB, yalnızca 11 ve 15 nolu protokollerle değişik AİHS'e değil, aynı zamanda 1 ve 6 nolu protokollere de katılmış olacaktır. AİHS m. 59/2-a'da yapılan değişiklikle AB'ye, dilediği zaman diğer protokollere de katılabilme olanağı verilmiştir. Yine aynı maddede yapılan değişiklikle, AB'nin sözleşmeye taraf olmasının, onun yetkilerine dokunmayacağı yönünde koruyucu bir düzenlemeye de gidilmiştir. Zaten Lizbon Anlaşmasına ek 8 nolu Portokol'un 2. maddesi de bunu gerektirmektedir.

Çalışma grubu tarafından hazırlanan AB'nin AİHS'e taraf olmasına ilişkin katılım anlaşması taslağı, bazı üye devletler tarafından, üye devletler ile AB arasında yetki dağılımı açısından sakınca yaratacağı gerekçesiyle eleştiriye uğramıştır. Bununla birlikte AB Konseyi'nin 26-27.4.2012 tarihli 3162. Oturumunda bu taslağa dayanarak Avrupa Konseyi ve ona üye (diğer) devletlerle görüşmelere derhal başlanması konusunda görüş birliğine varılmıştır. Öneriler arasında AB'ye, AİHS m. 57/1 uyarınca çekince koyma olanağı tanın-

¹⁷³ Bkz. *Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok*, İnsan Hakları El Kitabı, 2011, s. 169 vd.

ması ve AB aleyine verilen kararların Bakanlar Konseyi tarafından denetimine ilişkin sınırlamaya gidilmesi de vardır. Ancak bu durumun, AB Hukuku bakımından AİHS ile öngörülen koruma sistemini önemli ölçüde zayıflatacağından endişe edilmektedir.

AİHS ile öngörülen hukuksal korunma sisteminin ikincilliği ilkesi ışığında (AİHS m. 35/1) Avrupa Adalet Divanı'na, AİHM tarafından bir karar verilmeden önce AB işleminin temel haklara uygunluğu yönünde bir değerlendirme yapma olanağı tanınmaktadır. Bununla birlikte başvuru AAD önünde ön karar davası (ABİA m. 267) açmaya zorlanamaz. Bu bakımdan katılım sözleşmesi m. 4/6, AİHM önündeki davada, AAD'a temel haklara uygunluk açısından bir değerlendirme yapması için yeterli zaman tanınması gerektiği konusunda bir düzenleme içermektedir.

2. Ceza Muhakemesinde Yargısal Haklar

Bizzat birincil hukuk, Temel Haklar Şartı'nın VI. bölümünde Avrupa ceza muhakemesi hukukunun önemli temel ilkelerini belirlemiştir: Temel Haklar Şartı'nın VI. Bölümü, 47 ve devamı maddelerinde "yargısal haklar" başlığı altında değişik bireysel hakları bir araya getirmiş bulunmaktadır: Somut olarak etkili hukuksal başvuru hakkı, tarafsız mahkeme ve adli yardım hakkı (m. 47), suçsuzluk karinesi ve savunma hakkı (m. 48), "nullum crimen, nulla poena sine lege" ve cezanın oranlılığı ilkesi (m. 50). Avrupa Birliğinin işlemlerine karşı hukuksal korunma¹⁷⁴ ya da birden fazla ceza kovuşturması yasağının kapsam ve koşulları gibi bazı münferit sorunlar ise¹⁷⁵ henüz aydınlığa kavuşmuş değildir.

¹⁷⁴ *Hailbronner*, in: Der Vertrag von Lissabon, s. 371.

¹⁷⁵ Bkz. *Böse*, Der Grundsatz "ne bis in idem" in der Europäischen Union (Art. 54 SDÜ), GA 2003, s. 744 vd.; *Dannecker*, Die Garantie des Grundsatzes "ne bis in idem" in Europa, in: FS für Günter Kohlmann (hrsg. Hans-Joachim Hirsch/Jürgen Wolter/Uwe Brauns), Köln 2003, s. 593 vd.; *Endriß/Kinzig*, Eine Straftat -Zwei Strafen Nachdenken über ein erweitertes "ne bis in idem", StV 1997, s. 665 vd.; *Hecker*, Das Prinzip "Ne bis in idem" im Schengener Rechtsraum (Art. 54 SDÜ), StV 2001, s. 306 vd.; *Jung*, Zur "Internationalisierung" des Grundsatzes "ne bis in idem", FS Schüler-

AB Konseyi'nin 2979. oturumunda ceza muhakemesinde sanık veya şüphelinin yargısal haklarının güçlendirilmesine ilişkin yol haritası hakkında Konsey'in 30.11.2009 tarihli kararı kabul edilmiştir¹⁷⁶. Üye devletlerin adli sistemine karşılıklı güveni güvence altına almaya yönelik bu tedbirler 6 başlık altında ele alınmıştır: Bunlar, ceza muhakemesinde çevirmen yardımından ve çeviriden yararlanma hakkı, suçlamanın bildirilmesi ve hakların öğretilmesi hakkı, müdafî yardımından yararlanma hakkı ve adli yardım, yakınlarla, işverenle ve konsoloslukla temas kurma hakkı, korunmaya gereksinim duyan şüpheli ya da sanıklar için özel güvencelerdir¹⁷⁷.

A. Ceza Muhakemesinde Çevirmen Yardımından ve Çeviriden Yararlanma Hakkı

AB Konseyi ve Avrupa Parlamentosu, 16.6.2010 ve 7-8.10.2010 tarihlerinde "Ceza Muhakemesinde Çevirmen Yardımından ve Çeviriden

Springorum 1993, s. 493 vd.; *Kühne*, Ne bis in idem in den Schengener Vertragsstaaten. Die Reichweite des Art. 54 SDÜ im deutsch-französischen Kontext, JZ 1998, s. 876 vd.; *Lagodny*, Teileuropäisches "ne bis in idem" durch Art. 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ), NStZ 1997, s. 265 vd.; *Mansdörfer*, Das Prinzip des ne bis in idem im Europäischen Strafrecht, 2004, s. 1 vd.; *Mayer*, Ne bis in idem Wirkung europäischer Strafscheidungen, 1992, s. 1 vd.; *Plöckinger/Leidenmühler*, Zum Verbot doppelter Strafverfolgung nach Art 54 SDÜ 1990, wistra 2003, s.81; *Schomburg*, Internationales "ne bis in idem" nach Art. 54 SDÜ, StV 1997, s. 383 vd.; *Schomburg*, Die Europäisierung des Verbots doppelter Strafverfolgung - Ein Zwischenbericht, NJW 2000, s.1833 vd.; *Specht*, Die zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes ne bis in idem -Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Art. 103 Abs. 3 Grundgesetz, 1999, s. 1 v d.; *Stein*, Ein Meilenstein für europäische "ne bis in idem", NJW 2003, s. 1163 vd.; *Thomas*, Das Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung -vom nationalen zum internationalen ne bis in idem, 2002, s. 1 vd.; *Vogel/Norouzi*, Europäisches ne bis in idem, JuS 2003, s. 1059 vd.

¹⁷⁶ ABl. C 295 v. 4.12.2009, s. 1.

¹⁷⁷ Bkz. *Yalçın*, Das Stigma des Finanzierungsvorbehalts - Stärkung der Beschuldigtenrechte im Strafverfahren, ZRP 2013, s. 104 vd.; *Ronsfeld*, Tagungsbericht: Europa - Hochspannung zwischen Eingriffs- und Beschuldigtenrechten 5. EU-Strafrechtstag, Bonn, 14.9.-15.9.2012, Strafverteidigervereinigung NRW e.V, ZIS 2010, s. 636 vd.

Yararlanma Hakkına İlişkin Yönerge" üzerinde uzlaşma sağladılar¹⁷⁸. Üye devletlere Yönergenin 27.10.2013 tarihine kadar iç hukuka aktarılması için süre verilmiştir. Buna göre gerek ulusal düzeyde yapılan soruşturma ve kovuşturmada ve gerekse Avrupa Yakalama Emrinden sonraki teslim sürecinde müdafiiyle iletişime geçme de dahil olmak üzere tüm aşamalarda çevirmen yardımından yararlanma hakkı güvence altına alınmalıdır (m. 2). Komisyon'un önerisine göre önemli tüm dökümanların "önemli bölümü" -en azından yakalama emri, iddianame ve karar- çevrilmelidir (m. 3). Bununla birlikte sözlü çeviri ya da dökümanların sözlü olarak özetlenmesi, eğer bu, adil yargılamayı ihlal etmiyorsa, yeterli olmalıdır (m. 3/6). Ancak Komisyon'un yalnızca "önemli" dökümanların (örneğin tutuklama kararı, iddianame, karar) çevrilmesi ve çevirinin sözlü de olabileceği yönündeki önerisi Konsey'de kabul görmemiştir¹⁷⁹. Çevirmen için yapılan ödemeler üye devletlerce karşılanmalıdır (m. 4). Sanık ya da müdafii önemli gördüğü dökümanların çevrilmesine veya çevirmen yardımından yararlanmaya engel olunması durumunda buna karşı yasa yolları mümkün olmalıdır (m. 2/4, m. 3/4).

Bu girişimden bağımsız olarak Komisyon 9.4.2010 tarihinde, diğerleri yanında, yukarıda anılan önemli dökümanların tamamen çevrilmesini öngören yeni bir yönerge tasarısı sunmuştur¹⁸⁰.

B. Ceza Muhakemesinde Sanığın Aydınlatılması

Ceza muhakemesinde sanığın konumunun güçlendirilmesine yönelik olarak Komisyon 20.7.2010 tarihinde "*Ceza Muhakemesinde Aydınlatma Hakkına İlişkin Yönerge*" Tasarısı sunmuştur¹⁸¹. Yönerge, AİHS m. 5/2, 6/3-a ve AİHM kararlarıyla öngörülen aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin asgari standartları daha geliştirme ve güçlendirme amacını gütmektedir. Öneri, ister sınır ötesi, isterse salt ulusal

¹⁷⁸ ABl. EU 2010 no. L 280, s. 1.

¹⁷⁹ *Brodowski*, Dominik, Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick, ZIS 2010, s. 754.

¹⁸⁰ KOM[2010] 82 endgültig v. 9.3.2010.

¹⁸¹ KOM [2010] 392 endgültig v. 20.7.2010.

nitelikli bir olay söz konusu olsun, kişinin “bir suçta işleme şüphesi altında olduğunun resmi yolla bildirildiği” veya başkaca yolla öğrenildiği andan itibaren aydınlatma yükümlülüğünü öngörmektedir (m.2). Böyle bir durumda sanığa “geciktirmeksizin basit ve kolayca anlayabileceği bir dille” muhakeme hukukuna ilişkin hakları anlatılacaktır (m. 3/1). Yakalama söz konusu olduğunda aydınlatma yazılı olmalıdır (m. 4/1). Öneri, sanık veya onun müdafii için kapsamlı, ücretsiz ve uygun zamanda dosyayı inceleme hakkını güvence altına almaktadır. Ancak “eğer bir başkasının yaşamını ciddi olarak tehlikeye koyacaksa veya iç güvenliği ciddi olarak bozacaksa” bazı dökümanların incelenmesine engel olunabilir (m. 7/2). Yönerge, ayrıca aydınlatma veya dosyayı inceleme hakkının engellenmesi durumunda etkili başvuru yolları sağlanması gerektiğini öngörmektedir.

AB Konseyi'nin 8.10.2010 ve 9.11.2010 tarihli 3034 ve 3043. toplantılarında, önemsiz işlerin (örneğin kabahatler, düzene aykırılıklar) bu yönergenin uygulama alanının dışında bırakılması, dosya inceleme hakkının her durumda ücretsiz olmasının gerektiği, aksine mahkumiyet durumunda yargılama masrafı olarak hükümlüye yüklenebileceği konusunda yönergeye bazı eleştiriler getirilmiştir¹⁸². Bunun sonucu olarak Komisyon, Avrupa Parlamentosu ve Konsey arasında yapılan görüşmelerde, idari nitelikteki yaptırımlar yönergenin uygulama alanının dışında bırakılmıştır (m. 2/3). Bundan başka eğer yakalanan kişiye başka bir fiil ya da olay yüklenmiş ise, aydınlatma tamamlanmalı ya da tekrarlanmalıdır (m. 6/4). Sanık, kendisini suçlamaya zorlanamayacağı, dosyayı inceleyebileceği, geciktirmeksizin gerekli hekim muayenesi isteyebileceği ve tutukluluk durumunun incelenmesini nasıl talep edebileceği konularında aydınlatılır.

C. Müdafî Yardımından Yararlanma

8.6.2011 tarihinde Komisyon, ceza muhakemesinde şüpheli ya da sanığın muhakemedeki durumunu güçlendirmek için diğer bir tedbir olarak “Ceza Muhakemesinde Müdafî Yardımından Yararlanma ve

¹⁸² Diğer eleştiriler için bkz. *Brodowski*, ZIS 2010, s. 754.

Yakalama Sırasında Onunla Bağlantıya Geçme Hakkında Yönerge" Tasarısı hazırlamıştır. Yönerge, bir kişinin ister sınır ötesi ister salt ulusal nitelikte olsun bir suçu işlediği şüphesi altında olduğunu öğrendiği andan itibaren devreye girmektedir. Burada Konsey tarafından öngörülen iki sınırlama dikkat çekicidir: İlk olarak yönerge önemsiz işlerde uygulanmamalıdır. İkinci olarak da Avrupa yakalama emrine dayanarak yakalama söz konusu olduğunda bunu icra edecek olan üye devlette bir müdafinin görevlendirilmesi yeterli olmalıdır, buna karşılık emri çıkaran devlette ayrıca avukat görevlendirilmesine gerek yoktur.

3. Ceza İşlerinde İşbirliği

A. Uçak Yolcularına İlişkin Veriler (PNR verileri)

25.12.2009 tarihinde Detroit'te yolcu uçağına düzenlenen ve sonuçsuz kalan saldırının sonucu olarak AB Konseyi 21-22.1.2010 tarihli oturumunda *Ceza Muhakemesi Amacıyla Uçak Yolcu Bilgilerinin Kullanılmasına İlişkin Çerçeve Karar*'ın acil biçimde çıkarılması üzerinde görüş birliğine varmıştır. Komisyon bu konuda gerekli yasama çalışmalarına başlamıştır.

B. Ceza Muhakemesinin Aktarılması

Konsey'in Ceza Muhakemesinin Aktarılmasına İlişkin Çerçeve Karar Tasarısına göre bir üye devlet, diğer bir üye devletten bir suçun kovuşturulmasını üstlenmeyi talep edebilir. Öneri bunun için m. 7'de öngörülen koşulların yerine getirilmiş olmasını, örneğin hareket ya da neticenin kovuşturmayı üstlenecek devletin ülkesinde gerçekleşmesini, failin kovuşturmayı üstlenecek devletin uyruğu olmasını, mutad meskeninin orada bulunmasını veya cezanın orada infaz edilecek olmasını aramaktadır. Ayrıca mağdurun olağan yerleşim yeri kovuşturmayı üstlenecek devlette olmalı ya da önemli delil araçları o ülkede bulunmalıdır.

C. Avrupa Soruşturma Kuralları

Bir grup üye devlet 29.4.2010 tarihinde "*Ceza İşlerinde Avrupa Soruşturma Kuralları Hakkında Yönerge*" için bir girişimde bulundu.

Karşılıklı tanıma ilkesi uyarınca bir başka üye devlet tarafından ceza kovuşturma organının bir kararına dayanarak hemen tüm soruşturma tedbirleri icra edilebilir. Bu istem, ancak çok sıkı koşullar altında reddedilebilir. Tasarıya göre bu yönerge, eğer ceza kovuşturması amacıyla delillerin elde edilmesi ve transferine yönelik ise, bugüne kadarki diğer tüm adli yardımlaşma kurallarının da yerine geçecektir. Yalnızca ortak soruşturma timleri ve iletişimin denetlenmesinin belirli türleri Avrupa delil kurallarının uygulama alanının dışında bırakılmaktadır¹⁸³. Tutuklu kişilerin bir başka üye devlete gönderilmesi (m. 19-20), banka hesapları ile ilgili bilgi alışverişi (m. 23), finansal transaksyonların denetimi (m. 24-25), uyuşturucu maddelerin kontrollü teslimatı (m. 26) konusunda özel düzenlemelere yer verilmiştir. Her bir tedbire ilişkin sıkı kurallar yanında tasarı, dokunulmazlık ve bağışıklık (m. 10/1-a), ulusal güvenlik ve istihbarat faaliyetleri (m. 10/1-b), istenen soruşturma tedbirinin onu icra edecek olan devlette mevcut olmaması (m. 10/1-c) gibi genel red olanaklarına da yer vermektedir.

Avrupa Delil Kurallarına ilişkin girişim bazı noktalarda eleştiriye uğramıştır: Ortak soruşturma timleri oluşturma ve iletişimin denetlenmesinin belirli biçimlerinin yönergenin uygulama alanının dışına çıkarılması yanında, soruşturma hakimi, mahkeme ve savcılık yanında “diğer yargı organlarına” da Avrupa soruşturma tedbirlerine karar verme yetkisi tanınması eleştirilmiş, ayrıca çok dar olan red nedenlerinin genişletilmesi (örneğin oranlılık, ne bis in idem, temel hakların ihlali, çifte cezalandırılabilirlik gibi) önerilmiştir¹⁸⁴.

4. AB Kurumları İle İlgili Düzenlemeler

Organizasyon açısından Lizbon Anlaşması, bir taraftan Eurojust’un merkezi bir işbirliği makamı olarak rolünü güçlendirmekte, diğer taraftan bağımsız ve Eurojust’tan ayrı bir organ olarak Birliğe Avrupa Savcılığı’nı kurma yetkisi vermektedir.

¹⁸³ *Brodowski*, ZIS 2010, s. 755.

¹⁸⁴ Bkz. *Brodowski*, ZIS 2010, s. 756 vd.

A. Eurojust

Eurojust'un sınır ötesi ağır suçların soruşturulması ve kovuşturulmasında destek ve eşgüdüm görevi bundan sonra da devam etmektedir. Eurojust'un yapılanması ve faaliyet alanı tüzüklerle belirlenecektir. Buna, özellikle eşgüdüm tedbirleri ve ceza soruşturmasının başlatılması da dahildir. Kurumsal olarak Eurojust'a 2012'de, Avrupa Savcılığının kurulmasına ilişkin Komisyon'un raporu hazırlanmadan önce soruşturmayı başlatma yetkisi verilmesi öngörülmüştür.

Eurojust'un yetkileri, daha genel tutulmuştur; öyle ki, Birlik, Eurojust ve Europol'ün yetkilerinin ayrıntılı olarak belirlenmesinde geniş bir takdir yetkisine sahiptir¹⁸⁵. Muhakeme hukukuna ilişkin işlemler önceden olduğu gibi yalnızca ulusal makamlar tarafından gerçekleştirilecektir¹⁸⁶.

Avrupa Komisyonu, üye devletler ve Eurojust'un katılımıyla Eylül 2010'da "Eurojust Plus" modeli tartışmaya açılmıştır. Bundan böyle Eurojust'un yalnızca üye devletler arasında yatay değişimi desteklemesi değil, aynı zamanda dikey bütünleşmeye de hizmet etmesi gerektiği savunulmaktadır. Bunun da yolu, Eurojust'a, ceza soruşturması başlatma ve koruma tedbirlerine başvurma ya da bunları koordine etme yetkisi tanınmasıdır. Bunun için, Eurojust'un ilgili devletteki üyesinin, ilgili devlete olan bağlılığından kurtarılması zorunludur. Mayıs 2011'de bir başka seminerde de, ileride Eurojust'un bir eşgüdüm organı olmaktan çok, operatif yetkilerle donatılmış bağımsız bir Avrupa soruşturma organına dönüştürülmesi yönündeki görüşler ağırlık kazanmıştır.

B. OLAF

Komisyon 17.3.2011 tarihinde Dolandırıcılıkla Mücadele Avrupa Ofisi'nin (OLAF) yapacağı soruşturmalar hakkında AP ve Konsey'in 1073/1999 nolu Tüzüğü'nün değiştirilmesine ilişkin bir tüzük taslağı hazırlamıştır. Bu yolla özellikle OLAF'ın, Eurojust,

¹⁸⁵ *Kietz/Parkes*, in: Lieb/Maurer (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon, s. 85

¹⁸⁶ *Hailbronner*, in: Der Vertrag von Lissabon, s. 371.

Europol ve üye devletlerin organlarıyla işbirliğinin güçlendirilmesi amaçlanmıştır. Bu bağlamda Taslak m. 10a/a alt fıkra 2'de "dolandırıcılık ve yolsuzluk biçimindeki ağır suçlar"ın işlendiğine ilişkin şüphe söz konusu olduğunda zorunlu olarak ve kapsamlı biçimde Eurojust'un bilgilendirilmesini öngörmektedir.

C. Europol

ABİA m. 88/2 c.3 uyarınca AP ve ulusal parlamentoların Europol'ü denetlemesi, ileride çıkarılacak Europol Tüzüğü ile düzenlemeye kavuşturulmalıdır. Bu konuda Komisyon 17.12.2010 tarihinde "Ulusal Parlamentoların Katılımı Altında AP Tarafından Europol'ün Faaliyetlerinin Kontrolü Süreci" başlıklı bir tartışma platformu oluşturmuştur. Europol'ün bugünkü durumda zorlayıcı yetkilerinin bulunmaması nedeniyle (ABİA m. 88/3) mevcut kontrol olanaklarını Komisyon yeterli görmektedir. Bununla birlikte Komisyon, mevcut hukuksal durumda bir değişikliğe gitmeden düzenli olarak Europol müdürü tarafından faaliyetleri hakkında bilgilendirilmesi için AP ve ulusal parlamentolardan bir forum oluşturulmasını önermiş bulunmaktadır.

D. Avrupa Savcılığı (ABA m. 86)

Avrupa düzeyinde suçlulukla mücadelenin yalnızca ulusal düzeyde ele alınmasına olanak yoktur. Avrupa'nın bütünleşme sürecinin daha ileri bir aşamaya taşınması ve iç sınır denetimlerinin kaldırılması suçluluk için de yeni olanaklara kapı açmaktadır. AB'ye üye devletlerin hukuk düzenleri arasındaki farklılıklardan amaçlı olarak yararlanmak isteyen suç örgütlerine fırsat verilmemesi için, Avrupa düzeyinde etkin bir ceza kovuşturması sistemi oluşturulması zorunludur. Bunun için de, özel yetkiyle donatılmış ve ulusal mahkemeler nezdinde kamu davası açabilecek bir Avrupa Savcılığının kurulmasına olan gereksinim açıktır¹⁸⁷. Bu noktada Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde olduğunun aksine, kendi mahkemesi ve savcılık örgütü olan ulusüstü bir yargı sistemi planlanmamakta, ulusal

¹⁸⁷ Nürnberg, JZS 2009, s. 494.

savcılığın yerine geçmeyecek ve ilk plandaki amacı AB'nin finansal çıkarlarını daha etkin biçimde korumak olan ulusal ve ulusüstü karma özellikler içeren bir temel model benimsenmektedir¹⁸⁸.

Lizbon Antlaşması'ndan önce AB'nin finansal çıkarlarının korunması için bu tür ulus üstü bir ceza kovuşturma organının kurulması ve buna eşlik eden gerekli muhakeme kurallarına yer verilmesi için Birlik düzeyinde herhangi bir hukuksal dayanak bulunmamaktaydı¹⁸⁹. İşte ABA m. 86, ilk kez Birliğin finansal çıkarlarına karşı işlenen suçlarla mücadele amacıyla Avrupa Savcılığı'nın kurulması için birincil hukukta bir dayanak oluşturmaktadır¹⁹⁰. Savcılığın yetkisi, öncelikle Birliğin finansal çıkarlarına karşı işlenen suçlarla mücadele ile sınırlıdır, ancak sınır aşan öteki ağır suçluluk alanlarına da genişletilebilir¹⁹¹.

¹⁸⁸ *Satzger*, NStZ 2013, s. 207.

¹⁸⁹ *Nürnberg*, JZS 2009, s. 497.

¹⁹⁰ "Avrupa Savcılığı" projesi, 1997 tarihli "Avrupa Birliğinin Finansal Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Ceza Hukuku Düzenlemelerinin Corpus Jurisi" başlıklı çalışmaya dayanmaktadır. Bu çalışma, Avrupa Parlamentosu tarafından, Başkanlığını Fransız ceza hukuku profesörü *Mireille Delmas-Marty*'nin yaptığı ve Avrupa Ceza Hukuku Derneği'nin üyelerinin katıldığı bir çalışma grubuna yaptırılmıştır (Bkz. *Sieber*, in: *Delmas-Marty* (Hrsg.), *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, 1998, s. 4). *Corpus Juris*, son biçimi verilen "Corpus Juris Florence" adıyla Eylül 1999'da nihai rapor olarak Avrupa Parlamentosu'na sunulmuştur („Corpus Juris Florence" ve „Corpus Juris 2000" için bkz. http://ec.europa.eu/anti_fraud/green_paper/corpus/de.doc). Yine bkz. *Braun*, JZ 2000, s. 493 vd.; *Koll*, *Corpus Juris: Der Anfang eines Europäischen Strafrechts?*, JBl. 1999, s. 683 vd.; *Nelles*, *Die verfahrensrechtliche Vorgaben der Corpus Juris, insbesondere Stellung und Aufgaben einer europäischen Strafverfolgungsbehörde*, in: *Das Corpus Juris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts*, (Europäisches Kolloquium, Trier, 4.-6. März 1999) (hrsg. Barbara Huber), 2000, s. 261 vd.; *Otto*, Jura 2000, s. 98 vd.; *Wattenberg*, *Der "Corpus Juris" - Tauglicher Entwurf für ein einheitliches europäisches Straf- und Strafprozeßrecht?* StV 2000, s. 95 vd.

¹⁹¹ Diğerleri yanında özellikle Avrupa Savcılığının yetkilerinin genişletilmesinin ulusal savcılarla olumlu yetki uyumsuzluğuna yol açacağı eleştirisi için

Avrupa Savcılığı'nın nasıl örgütleneceği konusunda Antlaşmalarda açık bir düzenleme yoktur. Birincil hukuk, Avrupa Savcılığının kuruluş ve örgütlenmesinde önemli bir hareket alanı bırakmaktadır¹⁹². Öğretide bu konuda 2001 yılında hazırlanan Avrupa Savcılığının Kuruluşuna İlişkin Yeşil Kitap'taki konseptten¹⁹³ yararlanılabileceği belirtilmektedir¹⁹⁴. Buna göre Avrupa Savcılığı merkezi olarak örgütlenmeyen bir kurum olarak Avrupa savcısı ve kamu davasını da temsil eden her bir üye devletteki delege savcılardan oluşturulabilir. Birliğe özgü bir ceza muhakemesi hukukundan büyük ölçüde vazgeçilmiştir. Zorlayıcı nitelik taşımayan soruşturma tedbirlerine Avrupa Savcılığı tarafından kendi inisiyatifi ile başvurulabilir. Temel haklara müdahale oluşturan soruşturma tedbirlerine ise, ilgili ulusal hukuk düzenine dayanarak başvurulabilir ve bu yolla elde edilen delillerin gerekirse sınır ötesi kullanılmasına olanak tanınabilir. İleride çıkarılacak yönergelerle, bu konuda Avrupa delil kurallarına ilişkin çerçeve kararda önerilen yolun izlenmesi akılcı görünmektedir. Bu kuruma egemen olan temel düşünce, kararı veren devletin delil kurallarının onu infaz edecek olan devlette doğrudan uygulanması ve kararın uygulanmasının reddini gerektiren nedenlerin, onu uygulayacak devlet için oldukça sınırlı olmasıdır. Kararı

bkz. *Heine*, Die Rechtsstellung des Beschuldigten im Rahmen der Europäisierung des Strafverfahrens, 2009, s. 218.

¹⁹² *Satzger*, NStZ 2013, s.208.

¹⁹³ Bkz. *Nürnberg*, JZS 2009, s. 497 vd.; *Brüner/ Spitzer*, Der Europäische Staatsanwaltschaft -ein Instrument zur Verbesserung des Schutzes der EU-Finanzien oder ein Beitrag zur Verwirklichung eines Europas der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts?, NStZ 2002, s. 393 vd.; *Frank*, Der Europäische Staatsanwalt: Ein denkbare Modell, DRiZ 2002, s. 210; *Kempf*, Der Europäische Staatsanwalt: Freier Fuchs im freien Hühnerstall?, StV 2003, s. 128 vd.; *Sommer*, Die Europäische Staatsanwaltschaft, AnwBl 2003, s. 126 vd.; *Satzger*, NStZ 2013, s.207 vd.

¹⁹⁴ Bkz. *Mansdörfer*, HRRS 2010, s. 21. Avrupa Birliğinin Finansal Çıkarlarının Korunmasına ve Avrupa Savcılığının Kurulmasına İlişkin Yeşil Kitap, (KOM[2001]715 endg.), Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Biehler/Gleiß/Parra/Zeitler*, Analyse der Grünbuchs zum Schutz der finanziellen Interessen der EG und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, 2002.

uygulayacak devlette ilk planda nemo tentur se ipsum accusare ilkesine uyulması için özen gösterilecektir; ayrıca ceza muhakemesinde delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesinde devletler AİHS'in asgari güvencelerine riayet edecek ve bir bütün olarak adil bir yargılamayı güvence altına alacaklardır.

Önerilen bu modele göre kamu davası, ulusal mahkemeler önünde Avrupa Savcılığı tarafından açılmakla birlikte, son soruşturma konusunda yetki tamamen üye devletlere bırakılmaktadır. Birden fazla üye devleti ilgilendiren sınır ötesi suçlarda Avrupa Savcısı'nın, dilediği üye devlette kamu davası açabilecek durumda olması, öğretide "forum shopping" kavramı altında ele alınmakta ve eleştirilmektedir. Gerçekten Avrupa Savcısı'nın öncelikli görevi suçla mücadele olarak belirlendiğinde, savcı, ceza soruşturması için, sanığın mahkum edilmesine olanak sağlayan en elverişli üye devleti seçme yoluna gidebilecektir¹⁹⁵. Gerek Yeşil Kitap ve gerekse Corpus Juris 2000 m. 37/2, AT'nin finansal çıkarlarının ihlal edildiği iddiasına dayanan ceza muhakemesini yürüten üye devletin, bir başka üye devletin ulusal hukukuna göre hukuka uygun olarak elde edilmiş bulunan her türlü delile geçerlilik tanıma yükümlülüğü altında olduğunu öngörmektedir. Bunun gerekçesi olarak, Yeşil Kitap'ta, geleneksel adli yardımlaşma sürecinin ağır işlemesine işaret edilmekte ve AB üyesi devletlerin tümünde AİHS'in geçerli olması nedeniyle ortak bir asgari standart oluştuğu, bunun da hukuka uygun olarak elde edilen delil araçlarının sınır ötesi değerlendirilmesine olanak tanıdığı vurgulanmaktadır¹⁹⁶. Somut olarak bunun

¹⁹⁵ Nelles, ZStW 1997, s. 727 vd.; Sommer, AnwBl 2003, s. 63; Gleß/Lüke, Strafverfolgung über die Grenzen hinweg, Jura 1998, s. 70 vd.; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 9 no. 36; Biehler/Gleß/Parra/Zeitler, s. 31 vd.

¹⁹⁶ Benzer gerekçe Corpus Juris m. 25/2'de de yer almaktadır. Öğretide de bazı yazarlar AB'nin finansal çıkarlarının korunması için yargı kararlarının da serbest dolaşımında olduğu bir "Avrupa hukuk alanı"nın yaratılması zorunluluğundan söz etmekteydi (Sieber, Subventionsbetrug und Steuerhinterziehung zum Nachteil der Europäischen Gemeinschaft, ZStrR 1996, s. 393).

ifade ettiği anlam, AB üyesi bir devlette hukuka uygun olarak elde edilen bir delil, bir başka üye devlette “başkaca bir incelemeye gerek olmaksızın” kabul edilecektir. Avrupa çapında soruşturmadan elde edilen delillerin serbestçe dolaşımı konsepti, “fair trial” anlamında ceza koğuşturmasına ve sanık haklarına ilişkin yararlar arasında bir denge sağlayan ve sanığı tek yanlı olarak baskı altına almaktan kaçınan muhakeme hukukuna ilişkin güvencelerle donatılmış ise, ancak bu takdirde kabul edilebilir¹⁹⁷. Somut tehlike kaynaklarının neler olabileceği bellidir¹⁹⁸: Genel olarak,

- soruşturma yetkisinin gelişigüzel genişletilmesini engellemek,
- delilin elde edilmesi ve değerlendirilmesinde uyumu sağlamak,
- gerek kararı veren ve gerekse onu uygulayan devlette adil yargılanma, sanığın muhakemeye katılma ve savunmaya ilişkin haklarını, etkili bireysel korunmasını güvence altına almak,
- soruşturma organlarının bağımsız ve etkin bir hakim tarafından denetimini güvence altına almak,
- ulusal ceza muhakemesinde yetki kurallarının (özellikle doğrudan doğruyalık ve sözlülük ilkeleri açısından) soruş-

¹⁹⁷ *Mansdörfer*, HRRS 2010, s. 21-22. Bu bağlamda adil yargılanma ilkesinin önemi hakkında bkz. *Gleß*, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, 2006, s. 198 vd. AIHS'nin uygulanmasıyla bağlantılı denetim olanakları için bkz. *Geade*, Nullum iudicium sine lege - Die völkerrechtliche Bindung eines gemeinschaftsrechtlichen Sonderstrafverfahrens an das Potential der Europäischen Konvention für Menschenrechte und Grundfreiheiten, ZStW 115 (2003), s. 863 vd.; *Haase*, Die Anforderungen an ein faires Gerichtsverfahren auf europäischer Ebene, 2006, s. 277 vd.

¹⁹⁸ Geniş bilgi için bkz. *Gleß*, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, 2006; *Heine*, Die Rechtsstellung des Beschuldigten im Rahmen der Europäisierung des Strafverfahrens, 2009.

turma ve kovuşturma evresini olabildiğince farklı biçimde düzenlemesine riayet etmek.

Muhakemenin nasıl yürüyeceğine ilişkin ayrıntılar ABİA m. 86'da düzenlenmiş değildir. Bunun yerine Konsey'e tüzük çıkarmak suretiyle Avrupa Savcılığının görevini yerine getirmesi için gerekli ayrıntıları belirleme yetkisi verilmiştir. Avrupa Savcılığının yargısal denetiminin yalnızca onun görevine ilişkin "muhakeme işlemleriyle" sınırlı tutulması, esas itibariyle bağımsız bir konumda olduğunu da göstermektedir. Muhakeme işlemleri deyimi, bununla sanki kamu davasını açmadan önceki aşamada yargısal denetimden bağımsız bir alan varmış izlenimini yarattığı için yanıltıcıdır¹⁹⁹. Buna karşılık Birliğe özgü bir ceza muhakemesi hukuku yaratılması yetkisi verilmemiştir. Bu, tesadüf değildir: "Ulusüstü" bir ceza muhakemesi hukukundan vazgeçilmesi, Avrupa Savcılığı'nın kurulmasına ilişkin Yeşil Kitap'ın anlayışını yansıtmaktadır. Nitekim Yeşil Kitap'ta da bu tür bir ceza muhakemesi konsepti reddedilmişti²⁰⁰.

Sanık haklarının korunması ABİA m. 86'da ayrıca dile getirilmiş olmamakla birlikte, ABİA m. 82/2 ye göre başvurulacak tekdüzeleştirme tedbirleri açısından söz konusu olabilecek güvenceler, Avrupa Savcılığı'nın faaliyetlerinde de göz önünde bulundurulmalıdır²⁰¹. Sanığa bir bütün olarak adil yargılanma güvencesi tanınması görevinin esas itibariyle her bir devletin ulusal hukukuna bırakılması da Yeşil Kitap'ın Avrupa Savcılığı konseptine uygundur²⁰². Bir Avrupa Ceza Mahkemesi ya da yargısal denetim organı mevcut olmadığı gibi, görünür bir gelecekte planlanmış da değil-

¹⁹⁹ Bkz. *Diehm*, in: FS für Paulus, s. 48.

²⁰⁰ Bu konuda eleştiri için bkz. *Radtko*, GA 2004, s. 6, 16 vd., yazar bu modelin kabul edilebilir olmadığını düşünmektedir. Perron ise, Avrupa savcılığı modelinin ortak Avrupa Ceza Muhakemesine giden yolda bir adım olarak değerlendirmektedir. *Perron*, Auf dem Weg zu einem europäischen Ermittlungsverfahren?, ZStW 112 (2000), s. 222 vd.

²⁰¹ *Mansdörfer*, HRRS 2010, s. 22.

²⁰² Bu yönde ATAD'ın 13.7.2007 tarihli kararı, no. 59 (Avrupa yakalama emri) mit Anm. *Tinkl*, ZIS 2007, s.419 vd.

dir²⁰³. Bu nedenle konuda da Avrupa bünyesinde ortaya konan çözümler yerine ulusal çözümler benimsenmiştir²⁰⁴.

İspanya'nın dönem başkanlığı döneminde Avrupa Savcılığı'nın kurulması için mevcut olanakların ortaya konulmasına çalışılmıştır. Bu noktada tartışmalar ağırlıklı olarak iki temel sorun üzerinde yoğunlaşmalıdır: Öncelikle Avrupa Savcılığının kuruluşu için nasıl bir yol izlenmesi gerektiği açığa kavuşturulmalıdır. İkinci olarak da daha baştan ABİA m. 86/4'teki yetkinin diğer suçluluk alanlarını da Avrupa Savcılığı'nın yetkisine dahil etme konusunda kullanılıp kullanılmayacağı sorusuna açık bir yanıt verilmelidir. Avrupa'da ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun bugüne kadarki oluşumunu devrimci biçimde yeniden değiştiren²⁰⁵ Avrupa Savcılığı'nın kuruluşu, yalnızca bir zaman sorunu olarak görülmektedir²⁰⁶.

III. Maddi Ceza Hukukunda

1. AB'nin Finansal Çıkarlarının Korunması

Henüz daha üye devletler tarafından imzalanmamış olan "Avrupa Topluluğu'nun Finansal Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Sözleşme"nin yerine geçmek üzere, ABİA m. 325/4'e dayanarak Komisyon "Avrupa Birliği'nin Finansal Çıkarlarına Yönelik Dolandırıcılıkla Ceza Hukuku Yoluyla Mücadele Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey

²⁰³ *Fromm*, StraFo 2008, s. 364.

²⁰⁴ Ulusal hukuk düzenleri arasındaki farklılıklara bir bakış için *Radtke*, GA 2004, s. 18; *Perron*, ZStW 112 (2000), s. 219 vd.

²⁰⁵ *Radtke*, Der Europäische Staatsanwaltschaft Ein Model für Strafverfolgung in Europa mit Zukunft, GA 2004, s. 1

²⁰⁶ *Heger*, ZIS 2009, s.416, Avrupa Savcılığının kurulması için Konsey'de gerekli oybirliğine ulaşılması konusunda kötümser görünmektedir. Bununla birlikte ABİA m. 86/3 güçlendirilmiş işbirliği yoluyla 9 üye devletten oluşan bir grup Avrupa Savcılığının kurulmasını gerçekleştirebilir. *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 9 no. 21; *Satzger*, NStZ 2013, s. 708. *Nürnberg*, Avrupa Savcılığının kaderinin belirsizliğine işaret etmektedir (*Nürnberg*, Die zukünftige Europäische Staatsanwaltschaft – Eine Einführung, ZJS 2009, s. 505).

Yönerge" Tasarısı sunmuştur. Tasarı, maddi ceza hukukunun tekdüzeleşmesi üzerinde yoğunlaşmakta ve 2013 için planlanan Avrupa Savcılığı'nın kurulmasına ilişkin önlemler bakımından muhakeme hukukuna ilişkin sorunlar üzerinde durmaktadır. Bununla üye devletler, dolandırıcılık ve dolandırıcılık benzeri suçları (kara paranın aklanması, rüşvet, zimmet gibi) ve bunlara iştirak ve teşebbüsü cezalandırmakla yükümlü kılınmaktadır. Diğer tekdüzeleşme araçlarıyla karşılaştırıldığında tasarının 3. Başlığının "*genel hükümler*" olması ve hapis cezasının asgari miktarı, nitelikli haller, zamanaşımı gibi konularda düzenlemeye gidilmek istenmesi dikkat çekicidir. Bununla birlikte Komisyon, tekdüzeleşme aracı olarak *tüzük* değil, *yönergeyi* tercih etmekte ve böylece doğrudan uygulanabilir ceza normu koyma yönündeki çekimserliğini de ortaya koymaktadır. Ayrıca tasarı, yardım ve azmettirme, teşebbüs ve tamamlanma, kast ve taksir konularında ayrıntılı tanımlar vermekten de kaçınmaktadır.

2. İçeriden Öğrenilen Bilgilerin Ticareti ve Borsa Manipulasyonları

20.10.2011 tarihinde Komisyon "*İçeriden Öğrenilenlerin Ticareti ve Borsa Manipulasyonları Hakkında Ceza Hukuku Yaptırımlarına İlişkin Yönerge*" Tasarısı sunmuştur. Gerçi idare hukukuna ilişkin hükümler daha önce harmonize edilmiş, ancak ceza hukukuna ilişkin kurallar bu düzenlemenin dışında bırakılmıştı. Yalnızca idari nitelikteki yaptırımları Komisyon uzun zamandır yeterli görmemektedir. Bunun en önemli nedeni, içeriden öğrenilenlerin ticareti ve borsa manipulasyonlarına ilişkin ceza hukuku düzenlemelerinin her bir üye devlette çok farklı olmasıdır. ABİA m. 83/2'ye dayandırılan yönerge tasarısı, üye devletler için içeriden öğrenilenlerin ticareti bakımından suç tipine yer verilmesi yükümlülüğü öngörmektedir. AB Konseyi'nin 26-27.4.2012 tarihleri arasında yapılan 3168. Oturumunda "*Avrupa Parlamentosu ve Konsey'in İçeriden Öğrenilenlerin Ticareti ve Borsa Manipulasyonları Hakkında Yönerge*"nin 5-12. Maddeleri bakımından görüş birliğine varmıştır. Bu, teşebbüs, azmettirme ve yardım ile (m.5), yaptırıma (m. 6-7) ilişkin hükümler için geçerlidir. Bununla birlikte bazı üye devletlerin arzu etmesine rağmen, asgari bir cezalandırılabilirlik sınırı öngörülmemiştir. Ancak üye devletler tara-

findan öngörülecek olan ceza hukuku yaptırımları etkin, ölçülü ve caydırıcı olmalıdır.

3. Çocukların Cinsel İstismarı ve Çocuk Pornografisi

13.12.2011 tarihinde Avrupa Parlamentosu ve AB Konseyi, "Çocukların İstismarı ve Çocuk Pornografisi ile Mücadele Hakkında Yönergeyi" çıkarmıştır²⁰⁷. Taslak, cinsel istismar (m. 3), cinsel sömürü (m. 4) ve cinsel açıdan istismar etmek amacıyla çocuklarla bağlantı kurma ("grooming", m. 6) ile bağlantılı olarak cezalandırma yükümlülüğü öngörmektedir²⁰⁸. Komisyon önerisinin aksine aynı yaştaki kişilerin karşılıklı rızaya dayalı cinsel davranışlarını daha ayrıntılı olarak düzenleme (m. 8, 5/9), "dış görünüş olarak çocuğa benzeyen, ancak çekimin yapıldığı tarihte 18 yaş ya da üzerinde bulunan kişiler" in çocuk pornografisi sayılıp sayılmayacağına karar verme (m. 5/8) üye devletlere bırakılmıştır. Çocuk pornografisi bakımından, bilişim ve iletişim teknolojilerinden yararlanarak çocuk pornografisini depolamak en az bir yıl hapis cezası ile cezalandırılmalıdır (m. 5/3). Hak yoksunluğuna ve meslekten yasaklanmaya (m. 10), bilişim sistemlerinin kullanıldığı durumlarda gizli operasyonlar da dahil etkin soruşturma yapılmasına ilişkin yükümlülükler de (m.14) yönerge taslağında yer almıştır. Konsey'de, meslekten yasaklanmaya (m.10) ve internette pornografik içeriklere erişmeyi engelleme ya da güçleştirmeye ilişkin hükümler (m. 21) ile şüpheli içerik niteliğindeki tüm internet bağlantılarının otomatik denetimi ("Deep Packet Inspection") üye devletlerin iç hukukuna bırakılmıştır.

4. Uyuşturucu Madde Ticareti

Komisyon, *Uyuşturucu Maddelerin Yasa Dışı Ticareti Alanında Cezalar ve Suçun Tipik Unsurlarına İlişkin Asgari Hükümlerin Tespiti Hakkında* 2004/757/JI sayılı Çerçeve Kararın uygulamaya geçirilmesine ilişkin raporunda, mevcut durumun, çerçeve kararın yeteri

²⁰⁷ ABIEU No. L 335 v. 17.12.2011, s. 1.

²⁰⁸ Bkz. *Ziemann/Ziethen*, Die neue EU-Richtlinie zur Bekämpfung von Kindesmissbrauch und Kinderpornografie, ZRP 2012, s.168 vd.

açıklık ve kesinlikte uygulanmasına olanak sağlamadığına işaret etmiştir.

5. İnsan Ticareti

Komisyon, “İnsan Ticaretinin Önlenmesi ve Bununla Mücadele ve Mağdurların Korunmasına İlişkin Öneri”yi yeni hukuksal duruma uyumunu sağlamak için 29.3.2010 tarihinde *yönerge tasarısına* dönüştürmüştür, AB Konseyi de 3-4.6.2010 tarihli 3018. toplantısında bu taslak üzerinde görüş birliğine varmıştır. Taslak, arada geçen süre içerisinde nitelikli hallerin kapsamının genişletilmesine (m.4/2), teşebbüs ve iştirakte asgari cezalandırılabilirlik sınırından vazgeçilmesine (m. 4/3) ilişkin çalışmaları da göz önünde bulundurmıştır.

6. Çevrenin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması

ATAD'ın yukarıda sözünü ettiğimiz 13.9.2005 tarihli Çevrenin Ceza Hukuku Yoluyla Korunmasına İlişkin Çerçeve Karara ilişkin kararı üzerine Çevrenin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması Hakkında Yönerge 19.11.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir²⁰⁹. Yönerge, çevrenin daha etkin korunması amacıyla bir dizi ceza hukuku tedbirine yer vermektedir. Üye devletler ulusal mevzuatında çevreye yönelik ağır ihlaller için ceza yaptırımını öngörmekle yükümlüdür. Yönerge üye devletler tarafından aşılamayacak asgari koruma standardı öngörmektedir. Yönerge m. 3 çevreye zarar veren hukuka aykırı davranışların bir katalogunu içermekte ve ihlal oluşturabilecek dokuz tip davranış biçimi öngörmektedir. Ceza hukukunun ultima-ratio düşüncesini göz önünde bulundurmamak ve salt idare hukukuna yönelik aykırılıkları cezalandırmaktan kaçınmak amacıyla belirli sınır değerler ve elverişlilik koşuluna yer verilmektedir²¹⁰. Katalog suçları, birisi dışında salt hareket suçu olarak değerlendirilmiş ve bu nedenle de esas itibarıyla bir neticenin meydana gelmesi aranmamış; ayrıca ihmalî davranışın da aktif bir davranışla aynı etkisi doğurması öngörülmüştür.

²⁰⁹ ABl. EU 2008 No. L 328, s. 28.

²¹⁰ Bkz. *Ruhs*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, ZJS 2011, s. 13 vd.

Sonuç

Amsterdam Antlaşması'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte daha ileri bir aşamaya taşınan Avrupa'nın politik bütünleşme süreci, Lizbon Antlaşması'yla ceza hukuku alanında yeni bir aşamaya ulaşmıştır. Antlaşma, ceza hukuku alanında Birliğin yetkilerine açıklık getirmekte, bunun için hukuksal dayanak yaratmakta ve faaliyet alanlarının ileride genişlemesine olanak sağlamaktadır. ABA ve ABİA, bundan böyle açık, hukuk tekniği açısından sevindirici ve gelecek için üye devletlerin ortak sorumluluğu altında ceza hukukunun Avrupalılaşması yönünde bir suç politikası konsepti ortaya koymaktadır. Bunun temelinde ulusal ceza ve ceza muhakemesi hukukunun yakınlaştırılmasına ilişkin yetki ile tamamlanan karşılıklı tanıma ilkesi yatmaktadır. Lizbon Antlaşması Avrupa ceza hukukunun temel yapısal unsurları olan işbirliği, eşgüdüm, tekdüzeleşmeyi sürdürmekle kalmamakta, aynı zamanda bunları daha da geliştirmektedir²¹¹. Ceza hukuku alanında Birliğin kendine özgü faaliyetleri, öncelikli olarak yönetsel ve eşgüdümsel faaliyetlerle ve dar bir alanda Birliğin finansal çıkarlarının korunması amacına yönelik olarak Avrupa ceza hukuku ve Avrupa Savcılığı biçiminde ulus üstü bir ceza hukuku koymakla sınırlı tutulmuştur. Buna karşılık ceza muhakemesi alanında Lizbon Antlaşması'yla sağlanan gelişmelere rağmen, Birliğin yetkileri daha sınırlıdır.

Ceza hukuku alanında sağlanan en önemli gelişme, kuşkusuz birinci ve üçüncü sütun arasında ceza hukukuna ait yetkinin kullanılması konusundaki karışıklığa son verilmiş olmasıdır. Bunun sonucu olarak ceza hukukunun yakınlaşması için artık *çerçeve karar* yerine başvurulabilecek tek araç *yönerge* olacaktır. Üye devletlerde doğrudan bağlayıcılığı bulunmayan çerçeve kararlardan farklı olarak, ceza hukuku alanındaki düzenlemeleri yakınlaştırmak amacıyla çıkarılan yönergelerin üye devletler tarafından süresi içerisinde ve tam olarak iç hukuka aktarılması gerekir. Yönergeleri iç hukuka aktarıp aktarmama konusunda üye devletlerin bir tercih hakkı

²¹¹ Hecker, Iurratio 2009, s. 85.

bulunmamaktadır²¹². Bunun sonucu olarak da ileride ceza hukuku kurallarının yakınlaştırılması amacıyla çıkarılan yönergeleri hiç veya *gereği gibi* iç hukuka aktarmayan üye devletler *antlaşmayı ihlal davaları* ile karşı karşıya kalabilecektir²¹³.

Ortak bir "Avrupa hukuk kültürü"ne dayalı bütünleşmiş bir Avrupa'dan söz edilmekte ise de; bu kültürün ortak yönleri yanında farklı yönlerinin de bulunduğu gözden uzak tutulamaz. Belirtilen nedenlerle gerçek anlamda "Avrupa Ceza Yasası" modelinin gerçekleşme şansının –en azından şimdilik- bulunmadığını söyleyebiliriz²¹⁴. Her ne kadar ceza hukukunun bütünleştirilmesinde kültürel ve etnik farklılıklar ve dil farklılıklarını aşmak zorunda kalan İsviçre deneyimine işaret edilmekte ise de; kantonların, AB'den daha ileri bir bütünleşme aşamasına gelmiş olduğu göz önüne alındığında, bu modelin, tüm Avrupa için genelleştirilmesi mümkün değildir²¹⁵. Bunun için en önemli engel, AB'ye üye devletlerin egemenlik çekincelerinin aşılabilmesidir²¹⁶. Nitekim bu görüşte olan *Sieber*, model ceza yasasının, Avrupa ceza hukuku sistemlerinin yakınlaştırılması konusundaki opsiyonlardan yalnızca birisi olduğunu dile getirmiş

²¹² Lizbon Antlaşmasından önce üçüncü sütun içerisinde çıkarılan çerçeve kararlarının –yönergeden farklı olarak- doğrudan bir etkisi bulunmamaktaydı. Bununla birlikte ATAD (şimdiki AB Divanı), *Maria Pupino kararında* (ATAD'ın 16.6.2005 tarih ve C-105/03 sayılı Maria Pupino kararı, NJW 2005, s. 2839), çerçeve kararları nerdeyse yönergelere eş tutmuş ve bunlara zorlayıcı bir nitelik yüklemiştir.

²¹³ *Vogel*, Strafgesetzgebungskompetenzen, s. 44.

²¹⁴ *Dannecker*, Jura 1998, s. 87; *Eisele*, JA 2000, s. 901; *Laubenthal/Beier*, GA 2000, s. 206; *Dannecker*, Einfluß der Gemeinschaftsrechts, s. 184; *Blau*, Bemerkungen zur Europäisierung des Strafrechts, in: Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen Vorträge anlässlich des Symposiums zum 70. Geburtstag von Gerd Geilen (hrsg. Klaus Bernsmann/Klaus Ulsenheimer), Köln 2003, s. 37; *Jescheck*, in: Vitt, Elmar, Tagungsbericht: Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1993 in Basel, ZStW 1993, s. 817; *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, s. 44.

²¹⁵ *Blau*, Europäisierung, s. 37 vd.

²¹⁶ *Esser*, s. 44.

olmakla, Avrupa Ceza Kanunu için zamanın henüz gelmediğini de kabul etmiş görünmektedir²¹⁷. Lizbon Antlaşmasından sonra da gerçek anlamda ve kapsamlı bir “Avrupa Ceza Kanunu” görünür gelecekte mevcut değildir²¹⁸.

²¹⁷ *Sieber*, Einheitliches europäisches Strafgesetzbuch als Ziel der Strafanleichung? in: Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, hrsg. Duttge, Gunnar/Geilen, Gerd/ Meyer-Goßner, Lutz/Warda, Günter, 2002, s. 115

²¹⁸ *Callies*, ZEuS 2008, s. 41 vd.