

## CEZA HUKUKUNUN KÜRESELLEŞMESİ: BEKLENTİLER VE PERSPEKTİFLER\*

Prof. Dr. Jean PRADEL\*\*

Çeviren: Araş. Gör. Zeynel T. KANGAL\*\*\*

Bugün her konuda kullanılan bir terim olan küreselleşme tam olarak neyi ifade etmektedir? Doğrusunu söylemek gerekirse, kelime *Robert*'in Fransız diline ilişkin eserinin 1998 basısında bile zikredilmeyecek derecede yenidir. *Thierry de Montbrial*'a göre küreselleşme, "etkin birliklerin"<sup>1</sup>, "çalışma alanlarına göre, amaçlarını ve stratejilerini... artık dünya ölçeğinde hazırlamaları" fenomeninden başka bir şey değildir<sup>2</sup>. Böylece küreselleşme, sınırların silinmesini ve mesafelerin ortadan kalkmasını ifade etmektedir. Buna, küreselleşmenin (uluslararası işletmelerin yayılması ve malî piyasaların genişlemesi sonucunda) ekonomik, (Birleşmiş Milletler ya da Dünya Bankası gibi ulusalüstü örgütlerin gittikçe açık müdahalesi sonucunda) siyasal, (bir ülkeden başka bir ülkeye göçler sonucunda) sosyal, (televizyon, sinema, internet gibi kitle iletişim araçlarının gelişmesi sonucunda) kültürel boyuta da sahip olduğunu ve Amerika Birleşik Devletleri'nin üstün gücü ile bu alanlara ege-men olduğunu eklemek mümkündür.

Bu küreselleşme, aynı şekilde, suç fenomeni biçimine de bürünmektedir. Zira suçluluk, günümüzde sınırları önemsememektedir. Doktrinde de ifade edildiği gibi, "bazı kaçakçılık biçimleri artık şaşırtıcı boyutta bir yoğunluk ta-

---

\* "La mondialisation du droit pénal: enjeux et perspectives" başlığıyla *Revue juridique Thémis* (Montréal), vol.: 35, sy.: 1-2, 2001, sh: 241-272'de yayınlanmış olup, yazarın izniyle tercüme edilmiştir.

\*\* Fransa Poitiers Üniversitesi Hukuk ve Sosyal Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi; Fransız Ceza Hukuku Derneği Başkanı.

\*\*\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı.

1 Bu yazara göre, etkin birlik, amaçlar ve stratejiler üzerinde yoğunlaşma kabiliyetine sahip ve gerekli olanakları elinde bulunduran her türlü organize gruptur. Bkz. Thierry de MONTBRIAL, *Pour combattre les pensées uniques*, Flammarion, 2000, sh: 34.

2 *Id.*

şımakta ve çok kez dünya ölçeğinde bir yer tutmaktadır”<sup>3</sup>. Bu husus uyuşturucu, silâh, çalıntı otomobil... kaçakçılıkları bakımından açıktır. Québec’li kriminolog Maurice Cusson organize suçluluk konusunda, “son zamanlarda uluslararası boyutun, önceden zengin olan bir kavramı daha da zenginleştirdiğini” yazmakta ve artık “geniş çaplı uluslararası organize suçluluğun” veya “uluslararası suçluluğun ağır biçimlerinin” söz konusu olduğunu saptamaktadır<sup>4</sup>. Xavier Raufer’nin yönetimi altında hazırlanan “Yeni Tehditler Sözlüğü”nde, özellikle suç kartellerinin sahip olduğu veya uyuşturucu kaçakçılığından elde edilen karaparanın söz konusu olduğu uluslararası nitelik taşıyan faaliyetlere sık sık yer verilmiştir. Bu çalışma aynı zamanda, küreselleşmenin olumsuz sonuçları üzerinde de durmaktadır: Küreselleşme, ulusal kimliğin korunmasına ya da şiddete dayalı devrimlere eğilim gösteren bütün halk yığınlarının dışlanmasına neden olmakta, yasadışı malların (uyuşturucu, çalıntı otomobil, çalıntı sanat eserleri, silâh...) dünyada dolaşımına olanak sağlamakta, toprakları üzerinde hukuk normlarının hazırlanması tekeli elinden alınan ulus devletleri zayıflatmakta, gizli örgütler hâlinde organize olmuş, sınır tanımayan ve vergi cennetlerini geniş ölçüde kullanan yeni bir suçluluğun ortaya çıkmasına yol açmaktadır<sup>5</sup>.

Şu hâlde ceza hukukunun küreselleşmesi sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmada, ceza hukukunu geniş anlamda, yani ceza muhakemesini ve ceza mahkûmiyetinin infazını da içerecek biçimde ele alacağız. Suça karşı toplumun daha iyi korunmasını sağlamak için devlet sınırlarını ortadan kaldırmak ve çeşitli hukuk sistemlerini yakınlaştırmak olanaklı mıdır ve arzu edilen bir husus mudur? Bu güzel rüyaya ters düşen iki güçlü argüman mevcuttur: Birinci argüman öncelikle, tıpkı bir müziği veya mutfağı yansıttığı gibi, hukuku da ifade eden ulusal kültürlerdir. Bu bağlamda Hans Kelsen’in kültür çeşitliliğinin altını çizdiğini hatırlatalım<sup>6</sup>. İkinci argüman ise, her devletin kendi ülkesinde adalet, özellikle de ceza adaleti konusunda söz sahibi olmasını gerektiren ulusal egemenliktir. Zira “ceza hukuku, Topluluk yetki alanına girmeyen, ancak her üye devletin yetki sahasında kalan bir konudur”<sup>7</sup>. Lüksemburg’taki Avrupa Toplulukları Adalet Mahkemesi (ATAM) de benzer biçimde, ceza mevzuatının üye devletlerin yetkisi içerisinde kaldığı-

<sup>3</sup> François FALLETTI ve Frédéric DEBOVE, *Planète criminelle. Le crime, phénomène social du siècle?*, coll. “Criminalité internationale”, Paris, Puf, 1998, sh: 19.

<sup>4</sup> Maurice CUSSON, *Criminologie actuelle*, Paris, Puf, 1997.

<sup>5</sup> Xavier RAUFER (dir.), *Dictionnaire technique et critique des nouvelles menaces*, Paris, Puf, 1998, bkz. *Küreselleşme*, sh: 176.

<sup>6</sup> Bu özellik, ülkeleri, *common law*’a mensup ülkeler (Anglosakson ülkeleri) ve Roma-Cermen hukuk sistemine mensup ülkeler (Kıta Avrupası ülkeleri) şeklinde ikiye bölünen ceza muhakemesinde daha fazla belirgindir.

<sup>7</sup> Avrupa Toplulukları Komisyonu, 8. faaliyet raporu, 1974.

nı teyit etmektedir<sup>8</sup>. Bununla birlikte, diğer taraftan, bu güzel rüya hiç şüphesiz yararlı ve hatta zorunlu bir rüyadır. Öncelikle bunun açık ve somut bir nedeni vardır: Uluslararası suçlulukla mücadele yalnızca uluslararası ölçekte yapılabilir. Çünkü sınırların açılması suçlulara daha kolay bir şekilde hareket etme olanağı vermektedir. Buna karşılık, polislerin ve adalet mekanizmalarının ulusal egemenlikle ve büyük suçluların alay ettikleri sınırlarla karşı karşıya kalmamaları gereklidir. Bu nedenle, devletler arasında zorunlu bir işbirliği, ceza hukuku sistemlerinin ve bu sistemlerin aktörlerinin yakınlaşmalarına yol açacak ve böylece de küreselleşmenin biçimlerinden birini kaçınılmaz olarak sonuçlayacaktır. Bu somut nedene ideolojik nitelikteki başka bir neden eklenebilir: Bireyin önemsenmemesinin hâlâ serpildiği bir dünyada – muğlak değilse bile, biraz belirsiz olmakla birlikte – oldukça güncel ve gerekli bir kavram olan insan haklarına saygı söz konusudur. XVIII. yüzyıl düşüncesindeki hristiyanlık ve felsefi köklerine bağlı bulunan etkileri nedeniyle, insan hakları, ceza hukukunu, daha önce de belirtildiği şekliyle, bu hukukun geniş anlamda bütün dallarını derinden etkilemektedir. Bütün bu nedenler, genel olarak ceza hukukunun asgarî bir küreselleşmesinin açık açık istenildiğini ortaya koymaktadır.

Böylece doğruluğu şüphesiz olan belirli bir konudaki küreselleşmenin lehindeki argümanlar, ceza hukukunun küreselleşmesinin günümüze kadar nasıl bir seyir izlediğinin bilinmesi sorununu ortaya çıkarmaktadır. Ceza hukukunun küreselleşmesi nasıl bir gelişim göstermiştir? Geçmiş ve şimdiki zamanı ikiye ayırarak ayrıntılı şekilde cevap vermek gerekir. XIX. yüzyıl diyebileceğimiz söz konusu geçmişte, en azından Avrupa'da iki dönemde gerçekleşen, dikkat çekici bir gelişime tanık olunmuştur. Birinci dönemde, iki büyük model Avrupa'yı aralarında bölüşmüşlerdi: geleceğin temel ilkelerini (suçların ikili ayrımı, kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı, kastın aranması gerekliliği, ihmalin benimsenmesi, cezaların çok çeşitliliği...) <sup>9</sup> önceden ortaya koyan 1803 tarihli Avusturya Ceza Kanunu<sup>10</sup> ve 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu (suçların üçlü ayrımı, kanunilik ilkesi, kastın yanısıra taksirin benimsenmesi, ihmalin az önemsenmesi, cezaların sayısının azlığı...). Avusturya Ceza Kanunu, Kuzey İtalya da dahil olmak üzere merkezî Avrupa'da uygulanmıştır. Buna karşın Fransız Ceza Kanunu (ya da modeli), Belçika, Hollanda, İs-

<sup>8</sup> ATAM, 11 Kasım 1981 tarih ve 203/80 sayılı *Casatti* Davası, Rec. sh: 2595; 25 Şubat 1988 tarih ve 299/86 sayılı *Drexl* Davası, Rec. sh: 1213; 14 Aralık 1995 tarih ve 387/93 sayılı *Blanchero* Davası, Rec. sh: 4663.

<sup>9</sup> A. CADOPPI, "Il modello rivale del Code penal. Le 'forme piuttosto didattiche' del Codice penale universale austriaco del 1803", in S. VINCIGUERRA (dir.), *Codice penale universale austriaco (1803)*, Padoue, Cedam, 1997.

<sup>10</sup> Böylece genelliğini belirtmek için *Evrensel Ceza Kanunu* olarak adlandırılan bu kanunun, ceza muhakemesini de ele aldığını unutmayalım.

viçre ve İtalya'nın bir kısmı, İspanya ve hatta daha sonra Prusya'ya kadar yayılmıştır. Bu iki ceza kanunu, Avrupa'nın önemli bir bölümünü paylaşmak suretiyle, ceza hukukunun küçük ölçekli küreselleşmesine neden olmuşlardı. İkinci dönem, Almanya'nın (1871) ve İtalya'nın (1870) birliklerini kurmalarıyla beraber XIX. yüzyılın sonunda yer almaktadır. Bu iki devlet, kendilerine özgü ceza kanunlarına sahip olan çok sayıdaki küçük krallık, düklük ve prensliği bir araya getirmişlerdi<sup>11</sup>. Bu iki devlet, birliklerini gerçekleştirmek suretiyle, böylece Almanya'nın (1871 tarihli Ceza Kanunu) ve İtalya'nın (1889 tarihli Zanardelli Ceza Kanunu) tamamına yayılacak olan birer ceza kanununa sahip olmuşlardı. Yine de, ne olursa olsun XIX. yüzyılda küreselleşmeden bahsetmek güçtür. Olsa olsa birçok devlet veya vilayet ya da daha sonra daha büyük bir ölçekte biraraya gelen küçük devletler için ortak bir ceza mevzuatı mevcuttu.

Aksine, günümüzde küreselleşme fenomeni kabul edilmiş görünmektedir. Fakat bu fenomenin temelinde yatan teknik deyeknesak olmaktan uzaktır. Basite indirgenecek olursa, bu teknik iki tanedir. Kimi kez, ılımlı ve en olağan şekli olan, ulusal hukuk sistemlerini bağdaşır kılmak için bunların basitçe yakınlaştırılması tekniği, kimi kez de, cesur ve daha az rastlanılan şekli olan, birdenbire ortaya çıkan ve böylece belirli sayıdaki ülkelerde yeknesak şekilde uygulanacak olan ulusalüstü hukuk sistemleri tekniği söz konusu olmaktadır. Kısacası ceza hukukunun küreselleşmesi, alışlagelmiş görünüşte bir küreselleşme (veya ulusal ceza hukuklarının uyumlulaştırılması) şeklinde ortaya çıktığı gibi, istisnaî nitelikteki gerçek bir küreselleşmede de (veya ulusalüstü bir hukukun ortaya çıkması) yansımaları bulmaktadır.

### **I. Alışlagelmiş Görünüşte Küreselleşme (Ulusal Ceza Hukuklarının Uyumlulaştırılması)**

Daha önce de ifade edildiği gibi, pratik ve insancıl nedenlerden dolayı kaçınılmaz olan küreselleşme birçok etken dolayısıyla olanaklı kılınmaktadır: Bu etkenler arasında, bir taraftan uluslararası sözleşmeler ve diğer taraftan karşılaştırmalı hukuk çalışmaları ile kendini gösteren uygulamanın zorlanması veya baskısı ön plâna çıkmaktadır.

<sup>11</sup> Örneğin İtalya'da Parma, Sardinya, iki Sicilya, Verona ceza kanunları bir arada bulunmaktaydı. Bu yapıtların 1988'den başlayarak *Casi fonti e studi per il diritto penale* derlemesinde (Cedam, Padoue) Profesör S. VINCIGUERRA tarafından gerçekleştirilen yeni basılarının okunması yararlı olacaktır. Hatta özellikle *Feuerbach* tarafından hazırlanan 1813 tarihli ünlü Bavyera Ceza Kanunu'yla birlikte Almanya'daki bölünme fenomeni zikredilebilir. Almanya'da önceden mevcut olan kanunlardan bazılarını kaleme aldıktan sonra, bunların birleştirilmesinde önemli bir rol oynayan *Mittermaier*'dir.

Avrupa Konseyi'ne mensup ülkeler için *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi* (ve bütün polisiye ve adli yardımlaşma sözleşmeleri) ya da Amerikan devletleri için *San Jose Paktı* gibi bölgesel nitelikteki ve Uyuşturucu-Uyarıcı Maddeler Hakkındaki 1988 tarihli *Viyana Sözleşmesi* gibi dünya ölçeğindeki önemli uluslararası sözleşmeler bilinmektedir. Hukuk sistemlerinin yakınlaştırılması bakımından bu sözleşmelerin önemi, devletlerin bunları onaylamaları suretiyle, hukuk sistemlerini bu sözleşmelere uyarlamak için değiştirme konusunda, kendilerini genel olarak bağlamalarından ileri gelmektedir. Sözleşmeleri hazırlayanlar yakınlaştırmayı daha da güçlendirmek için bazen, en güzel örneklerini (*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*'ne uyulmasını sağlamak için) Strasbourg'da bulunan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin ve (*San Jose Sözleşmesi*'ne uyulmasını sağlamak için) Kosta Rika'nın San Jose şehrinde bulunan Amerikan Mahkemesi'nin teşkil ettiği, ulusalüstü bir yargılama mercii kurmaktadır<sup>12</sup>.

Göze daha az çarpan husus *karşılaştırmalı hukuk* çalışmalarıdır. Bazı hukukçuların karşılaştırmalı ceza hukuku ile ilgilenmeleri uzun zaman öncesine dayanmaktadır. 1840 yılında *Ortolan*'ın *Cours de législation pénale comparée* (*Karşılaştırmalı Ceza Mevzuatı Dersleri*) başlığını taşıyan bir eser yazmış olduğu<sup>13</sup> ve 1852 yılından itibaren Paris Hukuk Fakültesi'nde lisans öğrencilerine ceza hukuku ve karşılaştırmalı ceza mevzuatı dersinin verildiği<sup>14</sup> bilinmektedir. Bugün karşılaştırmalı ceza hukukunun yerindeliği, en azından Fransa'da ve İtalya, Belçika, hatta İngiltere gibi diğer bazı ülkelerde, belki de belli bir ölçüde rutinleşmeden bahsedilebilecek derecede, artık yadsınmamaktadır<sup>15</sup>. Ancak karşılaştırmalı hukuk çalışmalarında, daha ziyade, ince farklılıkların araştırılması söz konusudur ve aşağı yukarı her ülkede karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının öngelmediği ceza hukuku (veya cezaî nitelikte olmayan bir hukuk dalı) reformu artık gerçekleştirilmemektedir<sup>16</sup>. En azından bunu yapabilen hukuk sistemlerinde hâkimler, başka bir ülkede düşünülmüş çözüm tarzlarını ithal etmeye çalışmaktadırlar. Örneğin Kanada Yüksek Mahkemesi ve İngiliz Lordlar Kamarası yabancı hukuklara başvurulması konusunda artık tereddüt yaşamamaktadırlar.

<sup>12</sup> Jacques-Yvan MORIN, *L'état de droit: émergence d'un principe du droit international*, La Haye, Boston, Londres, Académie de droit international, Martinus Nijhoff, 1995, sh: 274 vd.

<sup>13</sup> 1839 – 1841. Bkz. Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 1995, no: 12.

<sup>14</sup> Xavier BLANC-JOUVAN, *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, Paris, Société de législation comparée, 2000 eserine önsöz, sh: 10.

<sup>15</sup> *Id.*, sh: 8.

<sup>16</sup> Örneğin 1994 Ceza Kanunu'nu sonuçlayan Fransız Ceza Kanunu Tasarısı'nı kaleme alanlar tüzel kişilerin ceza sorumluluğu, iştirak ve akıl hastalığı hakkındaki incelemeleri yabancı ülkelere istemişlerdi.

Böylece karşılaştırmalı hukuk, ulusal hukuk düzeninin yerindeliğini şüpheye düşürmek ve bunu savunan ve yorumlayan kişileri önemsiz kılmak suretiyle, bu düzeni temelinden sarsarak gerçek yıkıcı bir işlev görmektedir. Bununla birlikte, karşılaştırmalı hukuka bağlı hukuk ithalatının işleyişi, “*hukukun amerikanlaşması*” olarak adlandırılan açık bir olguya da neden olmaktadır<sup>17</sup>. Üstelik bu usul tehlikesiz de değildir. Zira her hukuk ithalatı, kültürel sorunları da beraberinde getirmektedir.

Her şeye rağmen, bu etkenler sayesinde uyumlulaştırma rahat bir gelişim göstermektedir. Günümüzde uyumlulaştırma, uyumlulaştırmanın ceza hukukunun bütün dallarını kapsadığı anlamda, fenomenin dallara göre çok eşit olmadığı muhakkak olsa bile, evrenseldir.

### A. Maddî Ceza Hukuku

Maddî hukuk içerisinde ceza hukuku, sınırlı bir analiz çerçevesinde, genel hükümler ve özel hükümler şeklinde ikiye ayrılabilir.

#### 1. Ceza Hukuku Genel Hükümler

Ceza hukuku genel hükümler bakımından ilk bakışta söylenecek çok az şey vardır. Çünkü geniş ölçüde uyumlulaştırma şimdiden gerçekleştirilmiştir ve gerçekleştirilmeye de devam etmektedir. Bütün ceza kanunları kanunilik ilkesi, önemli derecede akıl hastası olanların sorumsuzluğu, kast ve haklı savunma gibi hukuka uygunluk nedenlerinin bulunduğu genel bir bölüm içermektedirler. Bununla birlikte, son yıllarda uyumlulaştırma hız kazanmıştır. Bunlardan iki tane örnek verilecektir.

a. Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu, uzun zaman boyunca, yalnızca *common law*'a mensup ülkelerde (özellikle Birleşik Krallık, Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada'da) kabul edilmiştir. Bununla birlikte, özellikle son yıllarda kıta Avrupası hukuk sistemleri de bu sorumluluk modelini kabul etme noktasına gelmişlerdir: 1952'de Hollanda, 1994'de Fransa, 1995'de Finlandiya, 1998'de Estonya, 1999'da Belçika... Cezaî nitelikte olmayan bastırıcı bir idarî sorumluluğu kabul eden Almanya ile mahkemeye, tüzel kişiye kurumun kapatılması gibi mahkûmiyetin “ikincil sonuçlarını” uygulama olanağı veren İspanya'dan<sup>18</sup> burada fazla bahsetmeye gerek yoktur. Bu yeni sorumluluk modelini açıkça kabul eden hukuk sistemlerinde uygulanan rejim, kuşkusuz aynı değildir. Örneğin Fransa'da, tüzel kişi, yalnızca, bir yöneticisinin bizzat

<sup>17</sup> *Le droit s'américanise-t-il?*, Paris, Revue des deux Mondes, Haziran 2000.

<sup>18</sup> E. BACIGALUPO, *Curso de derecho penal económico*, Madrid, Barcelone, Marcial Pons, 1998, sh: 65 vd.

suç işlemesi hâlinde sorumlu olurken (yansıma sorumluluk teorisi), Hollanda ve Belçika, herhangi bir gerçek kişinin kişisel olarak bir suç işlemiş olduğu ortaya çıkmamış olsa bile, tüzel varlığın sorumluluğunu kabul etmektedirler. Ayrıca bazı kanun koyucular, diğerlerine göre sözü çok fazla uzatmışlardır. Fransız, Belçika ve Hollanda hukuklarındaki yavanlık, sorumluluk ilkesi kabul edildiğinde mahkûmiyetin esaslarını sıralamaya dek varan Finlandiya *Ceza Kanunu*'nun ayrıntılı lüksüyle karşılaştırılabilecektir<sup>19</sup>. Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu örneğinden hareketle, *common law* ülkeleri ile kıta Avrupası arasında anlamlı bir yakınlaşmanın mevcut olduğu sonucuna varmak mümkündür<sup>20</sup>.

b. Cezanın belirlenmesi konusundaki yakınlaşma da aynı şekilde şaşırtıcıdır.

Öncelikle belirtelim ki, ilk bakışta ülkeler, cezanın esası konusunda bölünmüş görünüyorlar. Bazı ülkelerde ceza, failin kusurluluğuna dayanmaktadır. Böylece bu düşünceye, Avusturya'da (CK. md. 32) ve "*failin kusurluluğu cezanın hesaplanmasının esasını teşkil eder*" düzenlemesini getiren *Ceza Kanunu*'nun 46. maddesiyle beraber Almanya'da da iştirak edilmektedir. Diğer bazı ülkelerde ceza, kusurluluğu gözönünde bulundurulmaksızın failin kişiliğine dayanmaktadır. Ceza Kanunu'nun 132-24. maddesinde, "*kanunda belirlenen sınırlar çerçevesinde, mahkeme cezalara hükmeder ve bunların rejimini suçun koşullarına ve failinin kişiliğine göre belirler*" şeklinde bir çözüm getiren Fransa, bu düşünceye bir örnek teşkil etmektedir. Doğrusunu söylemek gerekirse, Almanya ile Fransa arasındaki bu noktadaki farklılıklar görünenden daha azdır. Zira Fransız Ceza Kanunu, özellikle açık bir kusurluluğun gözönünde bulundurulmasını ifade eden, suçun örgütlü çete hâlinde, taammüden ya da kapı kırma, silâh ile ... işlenmesi gibi ağırlatıcı nedenlerle doludur.

Ardından, hukuk sistemleri arasındaki büyük yakınlığı gösteren cezaların tipolojisi gelmektedir. Özellikle Cezaevleri Derneği'nin büyük başarı sağladığı XIX. yüzyılın sonuna kadar uzanan doktriner sert eleştirilerin ve XX. yüzyılda Avrupa Konseyi'nin de çabalarının, örneğin hürriyeti bağlayıcı cezalar dışında da cezaların bulunması gerekliliği hakkındaki 22 Ocak 1965 tarihli bir tavsiye kararının<sup>21</sup> ardından kanun koyucular alternatif cezalar

<sup>19</sup> 1995'de değiştirilen 1889 tarihli Ceza Kanunu bap 9 md. 4'de kusurun niteliği, failin tüzel kişi içerisindeki statüsü, suçun ağırlığı ve sonuçları, yeni suçların işlenmesine engel olmak için tüzel kişi tarafından alınacak önleme tedbirleri vb. sıralanmıştır.

<sup>20</sup> Latin Amerika'da, örneğin Brezilya'da bu sorumluluğun çekingen bir görünümü ortaya çıkmaktadır.

<sup>21</sup> Bu tavsiye kararı *erteleme, denetimli serbestlik ve hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine geçen diğer tedbirler*, Strasbourg, Avrupa Konseyi, 1966, adli eserde yeniden dile getirilmektedir, sh: 4 vd.

oluşturmaya, daha sonra da bunları çoğaltmaya başlamışlardır. 53 ve devamı maddelerinde (hâkim bir yılı aşmayan bir cezaya hükmettiğinde) yarı özgürlük gibi “kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların yerine geçen yaptırımları” ele alan ve ceza sistemini değiştiren 24 Kasım 1981 tarihli İtalyan kanunu burada zikredilebilir<sup>22</sup>. 1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu, hâkimin, hapis cezasıyla cezalandırılan bir suç bakımından hapis cezasının yerine karar verebileceği on cezanın (sürücü ehliyetinin askıya alınması, aracın müsadereci, silâh taşımanın yasaklanması, av tezkeresinin geri alınması...) bir listesini sunmaktadır (md. 131-6). Ayrıca Fransız Ceza Kanunu, hâkimin hükmedilen hapis cezasının yerini kamu yararına çalışma cezasıyla da doldurabileceğini öngörmektedir (md. 131-8). İngiltere (community service order) ve Québec (topluluk çalışmaları) kaynaklı bu kamu yararına çalışma cezası, bugün pek çok ulusal mevzuatta uygulama alanı bulmaktadır<sup>23</sup>.

Bireyselleştirme ceza muhakemesinin tehir edilmesi, bir denetimli serbestlik sürecinin başlatılması ve iyi hâl durumunda mahkûm edilmeme sayesinde daha da ileri gidebilmektedir. Bu olanağın başlangıç noktası, hâkimin hükümden önce dikkate değer sanıklara geçici serbestlik tanınması, hükümden önce hâkimin sanıkları sınıflandırmasına yardımcı olması ve başarı hâlinde hâkimin bir tür ihtar kararı vermesiyle yetinmesi için kefil olan Boston’lı insansever bir kunduracıyla birlikte XIX. yüzyılda bulunmaktadır<sup>24</sup>. Mahkûmiyet kararının ertelenmesi ve sembolik mahkûmiyet fikirleriyle kaynaştırılan denetimli serbestlik işte bu şekilde doğmuş oldu. Kurum tüm dünyaya, özellikle Avrupa’ya<sup>25</sup> ve Amerika’ya, örneğin, denetimli serbestliği de kapsayan hükmün ertelenmesi adı altında Kanada’ya<sup>26</sup> ve muhakemenin koşullu askıya alınması adı altında Brezilya’ya<sup>27</sup> kadar yayılmıştır.

## 2. Ceza Hukuku Özel Hükümler

Ceza hukukunun özel hükümleri, mevzuatların yakınlaştırılması bakımından belki de daha uygun bir alanı teşkil etmektedir. Çoğu durumda, bir ka-

<sup>22</sup> G. FIANDACA ve E. MUSCO, *Diritto penale*, 3<sup>e</sup> éd., Zanichelli 2000, sh: 679.

<sup>23</sup> Buna Amerikan kıtası da dahildir. Örneğin bkz. 9-714/1998 sayılı Brezilya Kanunu, Cezar Roberto BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, éd. Saraiva, 1999, sh: 133 vd.

<sup>24</sup> Roger MERLE ve André VITU, *Traité de droit criminel*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Cujas, 1997, no: 859.

<sup>25</sup> Fransız hukuku ceza mahkûmiyetinin ertelenmesinden bahsetmektedir.

<sup>26</sup> Hélène DUMONT, *Pénologie. Le droit canadien relatif aux peines et aux sentences*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, sh: 399 vd.

<sup>27</sup> A. PELLEGRINI GRINOVER, A. MAGALHAES GOMES FILHO, A. SCARANU FERNANDES ve L. FLAVIO GOMES, *Juizados especiais criminais*, 3<sup>e</sup> éd., Revista dos tribunais, 2000, sh: 232 vd.’da incelenen 26 Eylül 1993 tarihli kanun.



nunda yer alan suç kataloğu bir başka kanundan alınmaktadır. Peru asıllı İsviçreli Profesör J. Hurtado Pozo, Peru Ceza Kanunu'nda bulunan suç tanımlarının aşağı yukarı tamamınının 1938 tarihli İsviçre Ceza Kanunu Öntasarısı'ndakilere benzediğini çok iyi bir şekilde ortaya koymuştur<sup>28</sup>. 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu 1889 tarihli İtalyan Zanardelli kanununa çok yakındır.

Uluslararası iki belgenin, ulusal hukukların özel alanlarına etkisinin altını çizmek de oldukça ilginç olacaktır. Burada uyuşturucu maddeler hukuku örneğini ele alacağız.

19 Aralık 1988'de Viyana'da kabul edilen ve devletleri uyuşturucu ve uyarıcı mamullerin üretilmesi veya ticaretinin yapılması gibi bazı eylemlere "suç niteliği" vermeye, hürriyeti bağlayıcı cezanın yanısıra, müsadere ve para cezası verilmesini de öngörmeye, devletler arasında adli yardımlaşmayı gerçekleştirmeye, denetimli teslimlere olanak sağlamaya... davet eden uyuşturucu, uyarıcı ve ruhsal bağımlılık yapan maddelerin kaçakçılığına karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi öncelikle zikredilmelidir. Hemen hemen her devlet bu Sözleşme'yi onayladığı için, Sözleşme'deki bütün bu noktalar hukuk sistemlerinin yakınlaştırılmasına katkı sağlamaktadır. Bununla birlikte, belirtmek gerekir ki, hukuk sistemleri, aynı kuralların tam olarak benimsenmesi zorunlu olmaksızın, yalnızca birbirlerine yakınlaştırılmak istenmektedir. Gerçekten, Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. fıkrası, " tarafların, devletlerin egemen eşitliği ve ülke bütünlüğü ilkeleriyle ve diğer devletlerin iç işlerine müdahale etmeme ilkesiyle bağdaşır bir şekilde bu Sözleşme başlığı altındaki yükümlülüklerini yerine getireceklerini" ifade etmektedir. Denetimli hassas teslim uygulamasını konu edinen 11. madde, taraflar için bu uygulamanın, " iç hukuk sistemlerinin temel ilkelerinin izin verdiği" takdirde olanaklı olduğunu açıklamakta ve "devletlerin tüm olanaklarını gözönünde bulundurmaktadır". Şüphesiz Sözleşme, hukuk sistemlerinin yakınlaştırılmasını amaç edinmiş olmakla birlikte, uyarılama konusunda oldukça ihtiyatlıdır.

Şema, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği çatısı altında da aynıdır. Avrupa Konseyi bakımından, örneğin, Suç Kökenli Gelirlerin Aklanması, Aranması, Zapt ve Müsadere Edilmesi ile ilgili Sözleşme zikredilmelidir. 8 Kasım 1990'da Strasbourg'da imzalanan bu metin çok önemlidir. Zira bu sözleşme, devletleri, karapara aklama suçu (madde 6, §1'de bu suçun tanımı yer almaktadır), (madde 6, §2-c'ye göre, "objektif olgusal koşullardan çıkartılabil-

<sup>28</sup> J. HURTADO POZO, *La ley importada, Recepcion del derecho penal en el Peru*, Centro de estudios de derecho y sociedad, 1979, özellikle sh: 135.

len”) kastın ispatı, müsadere, özel soruşturma yetkileri<sup>29</sup> ve elbette adlî yardımlaşmanın söz konusu olduğu çok sayıdaki nokta hakkında hukuk sistemlerini uyumlulaştırmaya davet etmektedir. Kuşkusuz ihtirazî kayıtlar öngörülmektedir. Avrupa Birliği bağlamında, Amsterdam Andlaşması (1997) madde 31-e, “organize suçluluk, terörizm ve uyuşturucu kaçakçılığı alanlarında suçların kurucu unsurları ve uygulanacak yaptırımlar ile ilgili asgarî kuralları düzenleyen tedbirlerin kademeli benimsenmesini” öngörmek suretiyle, ağır suçluluk konusunda suçların ve yaptırımların uyumlulaştırılması bakımından çok daha ileri gitmektedir.

Avrupalı meslektaşlarına benzer şekilde, bugün ünlü Mercosur’u kuran Güney Amerikalı hukukçuların çabalarını anmamak da mümkün değildir. Bu yapılanma Brezilya, Arjantin, Uruguay ve Paraguay’ı biraraya getirmektedir. Bu ülkelerin iç hukukları, birçok belgenin ardından, birbirleriyle oldukça yakınlaşmışlardır. Bu belgeler arasında, 1992’de Rio de Janeiro’da imzalanan Çevre Suçlarıyla ilgili Cumhurbaşkanları Deklarasyonu, Organize Suçluluk hakkındaki 1997 tarihli Deklarasyon ve Endüstriyel Tasarım Konusundaki Suçlara dair 1998 tarihli Protokol zikredilebilecektir<sup>30</sup>.

### 3. Avrupa Ceza Kanunu

Ceza hukuku genel ve özel hükümlerini biraraya getiren bir Avrupa Ceza Kanunu düşüncesi, somut adım atmaya çekinerek başlamaktadır. Profesör Antonio Pagliaro 1967 yılında, “ceza hukukunun birleştirilmesinin doğrudan bir amaç olmadığını, fakat bu amaca ulaşılmasının da mümkün olmadığını” yazmaktaydı<sup>31</sup>. E. Garçon’un uzun zaman önce, “günümüzde yalnızca beyaz ırktan gelen halkları değil, aynı zamanda Uzakdoğu ülkelerini de yöneten müşterek bir ceza hukukunun var olduğunu” yazdığı dönemde ifade etmiş olduğu gibi<sup>32</sup>, birçok noktada ceza kanunlarının şimdiden birbirlerine benze-meleri anlaşılabilir bir husustur.

Günümüzde Avrupa Ceza Kanunu düşüncesi hakkındaki incelemeler şimdiden oldukça çok sayıdadır<sup>33</sup>. Bize göre, sorunu özetlemek suretiyle aşağıda-

<sup>29</sup> 4. maddede banka hesaplarının denetlenmesi, iletişimin engellenmesi, bilişim sistemlerine giriş... yer almaktadır, ancak denetimli teslimler bulunmamaktadır.

<sup>30</sup> Alejandro E. ALVAREZ, “L’internationalisation du droit pénal: l’exemple du Mercosur”, *Rev. Sc. Crim.* 1999, sh: 741 vd.

<sup>31</sup> Antonio PAGLIARO, *Limites a la unificacion del derecho penal europeo. Hacia un derecho penal economico europeo. Jornadas en honor del professor Klaus Tiedemann*, Boletín oficial del Estado, Estudios jurídicos, Serie Derecho publico, 1995, sh: 689.

<sup>32</sup> Emile GARÇON, *Le droit pénal*, Paris, Payot, 1922, sh: 82.

<sup>33</sup> F. PALAZZO, *L’avenir de la codification pénale en Europe*, Les Cahiers de la sécurité intérieure, 1994, sh: 81; A. BERNARDI, *Verso una codificazione penale Europea? Os-*

ki noktaları ileri sürmek mümkündür. Öncelikle birinci noktaya değinelim. Avrupa Birliği'ne mensup bütün devletlerde (bugün için 25 devlet), hatta Avrupa Konseyi'ni oluşturan bütün devletlerde (bugün için 41 devlet) bütünsel olarak uygulanabilecek tam anlamıyla bir ceza kanunu öngörmek açıkçası söz konusu değildir. Böyle bir olasılık uzun vadede düşünülebilir. Ancak bugün için yalnızca, örneğin Avrupa Birliği çerçevesinde bir yönerge ya da çerçeve karara yol açabilecek genel kurallar (*guidelines*) söz konusu olabilecektir. Her üye devlet yönerge veya çerçeve-kararın içeriğini hukuk sistemine uyarlayacaktır. Bir Avrupa kültürünün su yüzüne çıkması ve “devletlerin kendi özelliklerine bağlı koruyuculuk” şeklindeki iki çatışan etkeni gözönünde bulunduran bu yol, şüphesiz en iyi yoldur<sup>34</sup>. Belirli sayıdaki devlet ceza kanunlarından esinlenen Amerikan Model Ceza Kanunu gibi, örnek alınabilecek bir tür model ceza kanunu hazırlamayı başarmak gerekecektir. İkinci nokta, bu model ceza kanunu bütün ceza hukuku kurallarını içerisinde toplayan bir kanun olamayacak, yalnızca (Fransa'da söylendiği gibi) ticarî ceza hukukunu veya diğer ülkelerde söylendiği gibi ekonomi ceza hukukunu (*Business Criminal Law, Wirtschaftsstrafrecht*) kapsayan bir kanun olabilecektir. Zira, uyumlulaştırmanın en kolay ve aynı zamanda en gerekli olduğu alan, bu alandır. Çünkü ekonomik suçlar, ulusal sınırları çok kolaylıkla ihlâl eden suçlardır. Şimdiden “Euro suçlar”dan bahsedilmektedir<sup>35</sup>. Şüphesiz uyumlulaştırmanın gerçekleştirilmesi ceza muhakemesi alanında çok daha hassas bir konudur.

---

*tacoli e prospective*, Université de Ferrare, 1996; M. DELMAS-MARTY, *Vers un droit pénal européen commun?*, Archives de politique criminelle, 1997, sh: 9; Jean PRADEL, *La grande aventure d'un Code pénal européen. Entre le rêve et la réalité*, in *Juris as the Basis for an European Criminal Code*, Max Planck Institut, 2000; *Verso un codice penale modello per l'Europa*, Parma Üniversitesi tarafından Eylül 2000'de düzenlenen kolokyum.

<sup>34</sup> A. PAGLIARO, *op.cit.*, not 31.

<sup>35</sup> 1999'dan beri bir grup ceza hukukçusu (İspanya'dan Prof. Luis Arroyo ve Prof. Gonzalo Quintero, Fransa'dan Prof. Jean Pradel, Almanya'dan Prof. Klaus Tiedemann ve İtalya'dan Prof. Sergio Vinciguerra) “Euro Suçlar, Avrupa Birliği Ülkelerinin Ekonomi Ceza Hukukunda Uyumlaştırma Önerileri” hakkındaki bir tasarinin hazırlanmasına çalışmaktadır. Elli kadar maddesi yazılmış durumdadır. Bazı maddeler (ekonomik suçlara özgü) genel kısım hakkında, diğer bazı maddeler ise (şirketler, iş hukuku, borsa, rüşvet, çevre, aldatıcı reklâm, topluluk markaları hakkında dolandırıcılık, hukuka aykırı göç ve insan ticareti, hileli iflas ve kredi dolandırıcılığı, rekabet ve tüketim, ihale ve piyasanın düzenlenmesi alanında hileli hareketler ile ilgili) temel nitelikteki suçlar hakkındadır. Ekim 2000'de tamamlanan bu tasarı, Freiburg im Breggau'daki son bir toplantı esnasında Avrupa Birliği ülkeleri adalet bakanlarına ve Avrupa makamlarına sunulmuştur. Bu tasarı, topluluk hileli hareketleri suçuyla sınırlı olan *Corpus Juris*'i tamamlayıcı niteliktedir. Bkz. *infra* II, A.

## B. Ceza Muhakemesi Hukuku

Usulün uyumlulaştırılması, kuşkusuz, maddî ceza hukukundan daha kolaydır. Gerçekten de, bir ceza muhakemesi model kanununun hazırlanmasının hiç düşünülmemesi, bunu ispatlamaktadır. Özellikle *common law* muhakeme usulü ile kıta Avrupası ülkelerinin muhakeme usulü arasındaki karşıtlığın ortadan kaldırılamaz noktaları şüphesiz vardır ve daima da var olacaktır. Örneğin, yalnızca kıta Avrupası muhakeme usulü şahsî hak davasını ve sorgu hâkimini kabul etmektedir. Bununla birlikte, hukuk sistemleri arasında yakınlaşmalar mevcuttur ve hem ortak normların oluşturulması, hem de işbirliğinin güçlendirilmesi ile kendisini göstermektedir.

### 1. Ortak Normlar

Ortak normların, en azından ilkelerin işleyişine ilişkin normların ortaya çıkması, göze çarpan bir olgudur. Bir ülkede benimsenen bir norm, bir tür etkiyle başka bir ülkede de görülebilmektedir. Bu durum, zorunluluğun etkisiyle ya da bir modelin çekimleyici gücü ile izâh edilebilir.

– Ceza adaletinin iyi bir şekilde işlemesi ihtiyacı, *zorunlu olarak* bazı ortak normların ortaya çıkmasına yol açmıştır. Örneğin, ekonomik suçluluğun veya suç işleme oranının yükselmesi karşısında, sayıları ekonomik suçların sayısından daha yavaş artan hâkimler, hızlı yolları kullanabilmelidirler. Bundan dolayı, hemen hemen her ülkede kanun koyucular, “*kısa yolları*” mevzuatları içerisine yerleştirmişlerdir. Ceza kovuşturmasının mecburiliği sisteminin bulunmadığı (maslahata uygunluk sistemi) ülkelerde, kovuşturmanın yerini, – suç ağır olmadığı takdirde – ikrar hâlinde eylemin faili tarafından hazineye bir miktar paranın ödenmesinin aldığı bir cezalandırma sistemi uygulanmaktadır. Böylece muhakemenin ağır işleyişinin önlenmesi bir yana, kişinin adalet önüne çıkartılmasının ve iş yükünün artmasının da önüne geçilmiş olunmaktadır. Hollanda, İskoçya ve Belçika’da ortaya atılan bu usul, Fransa’ya 23 Haziran 1999 tarihli kanunla girmiştir<sup>36</sup>. Burada daha genel bir sistemden bahsetmek mümkündür. Pek çok ülkede ve özellikle Amerika Birleşik Devletleri’nde kovuşturmacı, fail ile mağdur arasında bir uzlaşmayı veya alkol ya da uyuşturucu-uyarıcı madde bağımlılığından kurtulma tedavisini kabul ettirebilmektedir<sup>37</sup>. Maslahata uygunluğu kabul eden mevzuatlarda böyle yolların<sup>38</sup> düşünülmesi açıkçası kolaydır. Fakat ko-

<sup>36</sup> Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, 1995, no: 381; Jean PRADEL, *Procédure pénale*, 10 éd., Paris, Cujas, 2000, no: 238 vd. ve 541 vd.

<sup>37</sup> B. J. GEORGE, “*Diversión et médiation*”, Rev. int. dr. pénal 1983, sh: 995.

<sup>38</sup> Genel olarak, koğuşturma ile takipsizlik kararı arasında orta yol veya “üçüncü yol”dan bahsedilmektedir.

vuşturmama teknikleri, kovuşturma mecburiyetini (kanunilik sistemini) kabul eden kanun koyucular bakımından da önem taşıdığı için, dikkate değer ve dahası uyumlulaştırma fikrini güçlendiren bir husustur. Böylece, kanunilik ilkesini hukukunda belirleyici olarak dile getiren Alman hukuku bile, benzer bir yöntemi açıkça kabul etmektedir. StPO § 153-a'ya göre, savcılık, eylemlerin failine mağdurda yol açılan zararın giderilmesini veya hazineye bir miktar paranın ödenmesini kabul ettirdiği takdirde, kovuşturmadan bir süre için, mahkemenin de onayıyla, vazgeçebilmektedir<sup>39</sup>.

İkinci örnek, muhakemenin seyri üzerine pazarlık konusundan çıkartılabilir. Herkes Amerikan ve Kanada kökenli *plea bargaining* veya adli pazarlığı bilmektedir. Bu usulde sanık, kovuşturmacının suçlamayı azaltması veya belirli bir kararın verilmesini sağlamak koşuluyla suçlu olduğunu kabul etmektedir<sup>40</sup>. Açık sakıncalarına karşın, duruşmada ispatı ortadan kaldırması ve sonuç olarak duruşmaların tıkanıklığını önlemesi dolayısıyla, hâkimin doğrudan hüküm aşamasına geçmesini sağlaması nedeniyle, yararlı bir kurumdur. Hatırlatalım ki, davaların yaklaşık % 90'ı kusurluluğun ikrarıyla sona ermektedir. Bu rakam yalnızca % 10 düşecek olursa, normal muhakemenin seyrinde birkaç dava şeklinde bir artışın ortaya çıkacağı, bunun da uygulamada eriyeceği sonucu çıkarılmaktadır<sup>41</sup>. Bu nedenle, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, "adli pazarlığın adaletin esas bir unsuru olduğunu ve usulüne uygun olarak yürütülürse, teşvik edilmesi gerektiğini" açıklayan baş yargıç *Burger*'in düşüncesi çerçevesinde adli pazarlığı geçerli saymıştır<sup>42</sup>. Bu yüzden, bu uygulamanın benzer şekiller altında Avrupa'da da kurumsallaştırılmasına şaşırılmamalıdır. Mesela İspanya'da<sup>43</sup>, *patteggiamento* adı altında İtalya'da<sup>44</sup>, hatta İngiltere ve Almanya'da da benzer kurumlar söz konusudur.

– Normların uyumlulaştırılmasının ikinci nedeni, zorunluluktan değil, bazı uluslararası sözleşmelerden kaynaklanmaktadır. Ulusal adli veya idarî kararların uygunluğunu yargılayan Strasbourg Mahkemesi'nin (AIHM) içtihat

<sup>39</sup> M.E. BANDERET, *Étude de l'article 153-a StPO*, Rev. Sc. crim. 1985, sh: 174.

<sup>40</sup> Pierre BÉLIVEAU ve Martin VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 6<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, no: 1542.

<sup>41</sup> Pierre BÉLIVEAU, "Le procès pénal en droit canadien" in *La phase décisive du procès pénal en droit comparé*, Siracusa'da düzenlenen uluslararası seminer, Ekim 1985, (1986) *Rev. Internat. Dr. Pénal*, sh: 694.

<sup>42</sup> *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257, 260 (1971).

<sup>43</sup> M. SENDRA, *Los movimientos de reforma del proceso penal y la protección de los derechos del hombre en España*, Tolède, Nisan 1992, Rev. int. dr. pénal 1993, sh: 1054.

<sup>44</sup> Veya *applicazione delle pena su richiesta delle parti* (tarafaların talebi üzerine cezanın uygulanması), D. SIRACUSANO, A. GAMETI, G. TRANCHINA ve E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, vol. II, Giuffrè, 1999, sh: 418.

politikasını öncelikle belirtelim. Zira, AIHS'nin az sözle çok şey anlatan ve kapalı metinlerine dayanan Strasbourg hâkimi, özellikle çabukluk, hakkaniyet, özgürlük ve özel yaşam konularında ulusal makamlara sınırlar belirlemeyi sürdüren bir yapı kurmuş ve kurmaya da devam etmektedir. Böylece, mahkûm olan devletler telefon dinleme, adlî görevlerin ayrılması veya muhakeme usullerinin çabukluğu gibi esasa ilişkin olmayan belirli noktalarda mevzuatlarını değiştirmeye itilmektedirler<sup>45</sup>. Bütün bunlar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*'ni kaleme alanların "insanlık dışı ve onur kırıcı muameleler" (md. 3), "makul süre" (md. 5 §3 ve md. 6 §1), "adil yargılanma" (md. 6 §1), "suç isnadı" (id.), "demokratik bir toplumda zorunlu müdahaleler" (md. 8 § 2)... gibi geniş, muğlak, belirsiz ifadeler<sup>46</sup> kullanması dolayısıyla olanaklı olmaktadır. Hatta Strasbourg Mahkemesi, Sözleşme kavramlarının yorumlanmasında bazen çok daha ileri gitmektedir<sup>47</sup>.

Bununla birlikte, yalnızca genel ilkelerin doğrulanması yoluyla uyumlulaştırmanın söz konusu olduğunu unutmayalım. Örneğin, AIHM hiçbir zaman tahkik sisteminin veya itham sisteminin bizzat kendisini mahkûm etmemiş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*'nin 6. maddesine uygun davranılmadığının tespiti bakımından gerçek bir ihlâlin varlığını gerekli görmekte yetinmiştir. Hatta daha genel olarak, mahkeme, ünlü "ulusal yorum payı" kriterine uygun hareket etmektedir<sup>48</sup>: "Mahkeme, ulusal mahkemelerin yerini almak işlevine sahip olmadığı gibi, ne ulusal mevzuatı ve uyum düzenlemelerini yorumlama ne de ulusal mahkemeler tarafından yapılan içtihat politikası tercihlerinin yerindeliğini değerlendirme yetkisine tek başına sahip değildir. Mahkeme'nin rolü, ulusal mahkemelerden doğan sonuçların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygunluğunu incelemekle sınırlıdır"<sup>49</sup>. Böylece ispat konusunda Strasbourg hâkimleri, ulusal mercilere geniş bir serbestlik alanı bırakmaktadırlar. Ulusal yasal özelliklerin gözönünde tutulduğu bu sistem, oldukça başarılı bir şekilde işlemektedir.

<sup>45</sup> Jean PRADEL, "Vers des principes directeurs communs aux diverses procédures pénales européennes", in Mélanges offerts à Georges Levasseur: droit pénal, droit européen, Paris, Gaz. Pal. Et Litec, 1992, sh: 459.

<sup>46</sup> M. MELCHIOR, "Notions vagues ou 'indéterminées' et 'lacunes' dans la Convention européenne des droits de l'homme", in Frantz MATSCHER ve Herbert PETZOLD (dir.), *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1988, sh: 411.

<sup>47</sup> Bir örnek için bkz. AIHM'nin 18 Şubat 1997 tarihli *İsviçre'ye karşı Nideröst Huben* kararı: İsviçre'de kanton mahkemesi, usulüne uygun bir başvuruyu inceleyen federal mahkemeye itirazlarını yapabilmektedir. Bu itirazlar ilgili tarafa bildirilmelidir.

<sup>48</sup> Jean PRADEL ve G. CORSTENS, *Droit pénal européen*, Paris, Dalloz, 1999, no: 269.

<sup>49</sup> AIHM'nin 19 Aralık 1997 tarihli *İspanya'ya karşı Brualla Gomez de la Torre* kararı, D. 1998, Somm. 210, N. Fricero'nun incelemesi. Dava medenî yargılama ile ilgili olmasına karşın, kullanılan formül genel nitelikte bir değer taşımaktadır.

Bununla birlikte, AIHM tarafından “kabul ettirilen” kaçınılmaz bir ilerleme sonucunda muhakemenin uyumlulaştırılması, hukukun uygulanmasında güçlükler neden olabilmektedir. Sonuçta, bu güçlükler uyumlulaştırmanın meşruiyeti hakkında bir şüpheyi doğurabilmektedir. Bu konuda Fransa ile ilgili iki açıklama yapacağız. Örneğin, Yargıtay tarafından temyiz incelemesi bitirilmeden önce sanığın hükümlü statüsüne sokulması, başka bir deyişle, bu aşamadan önce sanığın adalete teslim olma yükümlülüğü, 15 Haziran 2000 tarihli kanunla ortadan kaldırılmıştır. Bu duruma, bu tür hâlleri masumiyet karinesinin bir ihlâli olarak gören Strasbourg içtihadıyla yol açılmıştır<sup>50</sup>. Bundan şu sonuç çıkar ki, hükümlü tarafından yapılan temyiz başvurusunun reddi hâlinde, hükümlünün kaçması bütün infazı engelleyecektir. Belki, hâkimler duruşmada çoğu zaman tutuklama kararı vererek böyle bir duruma engel olacak bir davranışta bulunabileceklerdir. Bu durum ise, muhakemenin gerçek yönünün değiştirilmesi anlamına gelecektir. Zira, böyle bir tutuklama müzekkeresinin kesilmesi istisnaî bir uygulamadır. İkinci örnek, 2 Temmuz 1931 tarihli bir kanunla suçtan zarar görenin davaya müdahalesi ile ilgili her türlü bilginin hükümden önce yayınlanmasının, ceza yaptırımını da öngörülerek yasaklanmasıyla ilgilidir. Yargıtay Ceza Dairesi, bu kanun ile *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*'nin ifade özgürlüğü hakkındaki 10. maddesi (çünkü bu madde, üçüncü kişilerin haklarını korumak bakımından sınırlamalar öngörmektedir) arasında hiçbir bağdaşmazlık görmemesine karşın<sup>51</sup>, AIHM, 3 Ekim 2000 tarihli bir kararında, 10. maddeyi ulusal kanuna baskın çıkartarak Fransa'yı mahkûm etmiştir. Bununla birlikte, bir suçun mağduru olduğunu ileri süren kişi hakkında yayın yapılması veya yayın yapılması tehdidi, kovuşturulan kişide, özellikle yararlandığı masumiyet karinesini gerçekten ihlâl etmek suretiyle, bir zarara yol açabilir. Bu iki örnek – ve burada başkaları da zikredilebilecektir – uyumlulaştırma konusunda aşırı bir zorluğu, hatta geniş çaplı bir uyumlulaştırmanın bazı varsayımlar içerisindeki tehlikeliliğini ortaya çıkartmaktadır.

*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi* ve AIHM, insan haklarıyla ilgili Amerikan Sözleşmesi'ni (1969 tarihli *San Jose Paktı*) açıkça çağrıştırmaktadır. Bu uluslararası belge *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*'yle aynı ilkeleri (örneğin adil yargılanma, makul süre, hâkimlerin bağımsızlığı, savunma hakları, devlet makamları tarafından yapılan ihlâllerin tazminatla giderimi... ilkelere) benimsemiş ve bu ilkelere uygun davranılmasını sağlamakla görevli olan

<sup>50</sup> AIHM'nin 14 Aralık 1999 tarihli *Fransa'ya karşı Khalfaoui kararı*, D. 2000, Somm. 180, obs. J.F. Renucci; *Procédures*, Şubat 2000, no: 41, obs. J. Buisson; Jean PRADEL, *Procédure pénale*, 10 éd., Paris, Cujas, 2000, n° 932.

<sup>51</sup> Ceza Dairesi 19 Mart 1996, *Procédures*, 1996, comm. 225. J. Buisson; karar adli yetkinin üstünlüğüne başvurmaktadır; 14 Haziran 2000, B.C. no: 223, karar masumiyet karinesine ilişkindir.

bir mahkeme kurmuştur. Bununla birlikte, öyle görünüyor ki, bu devletlerarası mahkemenin faaliyeti Strasbourg mahkemesinden daha az önem taşımaktadır. Çünkü amerikan devletlerinin yalnızca yarısı mahkemenin yargılama yetkisini kabul etmiştir. Şu hâlde, mahkeme özellikle istişarî görüşler vermektedir<sup>52</sup>.

*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*'nde ve *Amerikan Sözleşmesi*'nde yer alan ilkeler, zaten ulusal iki metinde de çoğunlukla bulunmaktadır. Bunlar Amerikan Anayasası değişiklikleri (Bill of Rights, 1791)<sup>53</sup> ve *Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı* (1982)'dir. Pek çok mevzuat ortak temel ilkeleri benimseyerek ve hatta bunları şekli olarak ifade ederek birbirlerine yavaş yavaş yaklaşmaktadırlar. Burada, birbirlerine oldukça uzak olan iki ülkenin ceza muhakemesi kanunlarıyla ilgili çarpıcı bir örnek verilebilir. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu, 15 Haziran 2000 tarihli bir kanunla, muhakemeye yön veren bütün önemli ilkeleri içeren bir giriş maddesi (adil ve tartışmalı yargılama, taraflar arasında denge, kovuşturma ve yargılama makamlarının ayrımı, mağdur haklarına saygı, masumiyet karinesi, çabukluk...) ile zenginleşmiştir. 1996 tarihli Arjantin'in Buenos Aires Eyaleti Ceza Muhakemesi Kanunu da, Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'na paralel olarak ilk iki maddesinde, neredeyse tam olarak aynı temel ilkeleri, çok kez aynı kelimelerle ifade etmiştir<sup>54</sup>.

Bu şekilde, aynı ilkelere tâbi bulunan pek çok sayıda devlet vardır. Çünkü 1981 tarihli Afrika İnsan Hakları ve Halkları Şartı da mevcuttur. Az gelişmişliğin mağduru bu kıtada, insan haklarının her zaman saygı gösterilen bir kavram olmaktan çok uzak olduğu da ne yazık ki bir gerçektir<sup>55</sup>.

## 2. Devletler Arasındaki İşbirliği

Ceza muhakemesi hukukunda uyumlulaştırmanın ikinci şekli, devletler arasındaki işbirliğidir. Artık normatif bir uyumlulaştırma değil, işlevsel bir uyumlulaştırma söz konusudur. İki düzlem de zaten birbirine bağlıdır. Zira, karşılıklı bir yardım, yalnızca göreceli usulî bir yakınlığın varlığı koşuluyla anlaşılabilir.

<sup>52</sup> Jacques-Yvan MORIN, *L'état de droit: émergence d'un principe de droit international*, Académie de droit international, La Haye, éd. Nijhoff, 1995, sh: 281.

<sup>53</sup> Amerika Birleşik Devletleri *San Jose Paktı* ile bağlanmamıştır.

<sup>54</sup> P. BERTOLINO, *Código procesal penal de la provincia de Buenos Aires (Ley II. 922). Commentado y concordato*, Buenos Aires, Depalma, 1998.

<sup>55</sup> J.-Y. MORIN, *op.cit.*, note 52, sh: 301.



Öncelikle, *Avrupa yargılama alanı* örneği verilebilir<sup>56</sup>. Bu alan, evvela Avrupa Konseyi'nin çeşitli sözleşmeleriyle kabul edilmiştir. Bunlardan bazılarına göre (birincil nitelikte sözleşmeler), talep eden devlet, yargılama yetkisini, talep ettiği devlete kesin ve iradî olarak terk eder, bu egemenliğin kullanılmasından vazgeçilmesi anlamına gelmektedir<sup>57</sup>; ikincil olarak adlandırılacak olan diğer sözleşmelere göre, talepte bulunan devlet egemenliğinden vazgeçmemekte ve cezalandırma görevini daha iyi yerine getirmek için, talepte bulunduğu devletten bir yardım istemekle yetinmektedir<sup>58</sup>. Bununla birlikte, bu sözleşmelerin karmaşık ve çekincelerle dolu olmaları yüzünden yavaş işleyen bir uygulamaya sahip olmaları dolayısıyla, çok daha sınırlı bir yapı olan Avrupa Birliği (41 yerine 25 devlet), *Amsterdam Andlaşması* (1997) ile tek bir bütün hâline getirilen bir yargılama alanını pekiştirmiştir. Andlaşma'nın 30. maddesi polisiye işbirliğini geliştirmekte (soruşturmaların merkezileştirilmesi, irtibat bürosu görevlilerinin değişimi...) ve 31. maddesi de aynı şekilde adli işbirliğini (suçluların geri verilmesinin kolaylaştırılması, yetki uyuşmazlıklarının önlenmesi...) öngörmektedir.

*Mercosur, Adli Yardımlaşma Hakkındaki Avrupa Sözleşmesi*'ne bir ölçüde denk düşen *Cezaî Konularda Karşılıklı Yardım Hakkındaki Protokol* (Buenos Aires, 1996) ile devletlerarası işbirliğinin de bir örneğini sunmaktadır. Yine de pratik bir farkın altını çizmek gerekir: Avrupa'da A devletinin bir hâkiminin B devleti hâkiminden yardım talepleri, kural olarak Adalet Bakanlıkları tarafından iletilmesine karşın, Latin Amerika'da bu talepler hâkimler arasında doğrudan doğruya gerçekleştirilmektedir. İkinci metin, *Avrupa Suçluların Geri Verilmesi Sözleşmesi*'nin bir ölçüde ikiz kardeşi olan *Suçluların Geri Verilmesi Sözleşmesi* (Rio de Janeiro, 1998)'dir.

Muhakeme aşamasından ceza infaz aşamasına yalnızca bir adım kala, ceza infaz hukukunun çok daha açık bir uyumlulaştırmaya yer verdiği söylenebilecektir.

### C. Ceza İnfaz Hukuku

Uluslararası belgelerin teşviki ya da zorlaması sayesinde ulusal infaz hukuku sistemleri birbirleriyle yakınlaşmaya doğru gitmektedirler.

<sup>56</sup> Jean PRADEL, "Vias para la creación de un espacio judicial europeo único", (Şubat 1999) 3 *Revista penal* (Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla la Mancha) 42.

<sup>57</sup> Bu anlamda kovuşturmanın aktarılması ile ilgili sözleşmeler zikredilebilecektir (1959 ve 1972).

<sup>58</sup> Bu anlamda Karşılıklı Yardımlaşma Hakkındaki Sözleşme (1951) ve Adli Yardımlaşma Hakkındaki Sözleşme (1959) zikredilebilecektir.

## 1. Belgeler

Ceza infaz hukukuna ilişkin belgeler çok iyi bilinmektedir. Öncelikle, 1955 yılında suçun önlenmesi ve suçluların tretmanı için Birleşmiş Milletler Birinci Kongresi esnasında kabul edilen “*Hükümlülerin Tretmanı için Asgarî Kurallar*”<sup>59</sup> belirtmek gerekir. Doksan beş maddeden oluşan bu metinde, ana hatlarıyla bir tür ideal sistem ele alınmaktadır. “*Bir infaz modeli sisteminin ayrıntılı olarak tasvir edilmesi*” söz konusu değildir (md. 1). Yalnızca, “*Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen asgarî koşulların, bütünlüğü içerisinde, oluşturulmaları anlayışına bağlı olarak, kuralların uygulanmasını amaçlayan cesur gayretlerin teşvik edilmesi*” söz konusudur (md. 2).

Dünya düzeyindeki bu belgenin yanısıra, bölgesel nitelikte de, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından insan onuru, sosyal bütünleşme, bireysel haklar gibi fikirlerin iç içe bulunduğu altı “temel ilkesiyle” birlikte, 12 Şubat 1987’de kabul edilen R (87)3 sayılı tavsiye kararına egemen olan “*Avrupa Cezaevleri Kuralları*”<sup>60</sup> nı zikretmek gerekir<sup>60</sup>. Burada, hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûm olan kişinin, yaşamının bütün boyutları hakkındaki genel kurallar ortaya konmaktadır. Şüphesiz, dünya düzeyindeki ve bölgesel nitelikteki bu iki belge uygulama tarafından uyulması zorunlu bütün ayrıntıların göstermektedir. Kuşkusuz, yalnızca açıklayıcı bir değere sahiptirler. Bununla birlikte, *Avrupa Cezaevi Kuralları*’nın, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*’nde yer alan temel ilkelerin infaz alanındaki somut uygulamalarının iyileştirilmesini” oluşturduğu haklı olarak saptanmaktadır (bu saptama Hükümlülerin Tretmanı için Asgarî Kurallar bakımından da geçerli olacaktır)<sup>61</sup>. Bu kuralların uygulamadaki önemi açıktır. Aslında bu kurallar, bir tür hukuksal asgarî çerçeve sunmaları nedeniyle ulusal kanun koyucular için bir rehber oluşturmaktadırlar. Böylece, ulusal kanun koyucular da bu kuralları kendi hukuk sistemlerine yansıtabilmektedirler. Bu konuda bir örnek verilebilir. *Avrupa Cezaevleri Kuralları*’nın 35. maddesi, “*a) bir disiplin suçu oluşturan davranış; b) hükmedilebilecek disiplin yaptırımlarının türü ve süresi; c) bu yaptırımlara karar vermek bakımından yetkili makam; d) bir başvurunun yapılacağı makam ve bu konuda izlenecek usul*”ün kanunla veya idarî bir tasarrufla belirlenmek zorunda olduğunu belirtmektedir.

<sup>59</sup> *Droits de l’homme. Recueil d’instruments internationaux*, New York, Nations unies, 1983, sh: 81’de yayınlanmıştır.

<sup>60</sup> P. COUV RAT, “*Commentaires*”, *Rev. Sc. Crim.* 1998. 132 vd.; Jean PRADEL, “*Commentaires*”, *Revue pénitentiaire et de droit pénal* 1998. 700 vd.

<sup>61</sup> 1987 *Kuralları*’nın doğduğu Avrupa Konseyi’nin (73) 5 sayılı kararı konusunda bkz. A. REYNAUD, *Les droits de l’homme dans les prisons*, Conseil de l’Europe, 1986, sh: 36.

Yine Avrupa Konseyi çerçevesinde, yukarıda zikrettiğimiz 1987 tarihli *Cezaevi Kuralları*'nın benzeri olan 1992 tarihli *Toplulukta Uygulanan Yaptırımlar ve Tedbirler Hakkında Avrupa Kuralları*'nı belirtmek gerekir. 1992 kurallarını kaleme alanlar tarafından izlenen amaç, "daha ziyade, üye devletler için bir başvuru metni oluşturabilen, onlara ulusal mevzuatlarında ve uygulamalarında rehberlik ve yardım eden, toplulukta uygulanan yaptırımlar ve tedbirler için bir Avrupa hukuku derlemesini ortaya koymaktır"<sup>62</sup>. Burada bir temel ilkeler derlemesi ile karşılaşmaktayız: Uygulanan normların kanuniliği, yaptırımların ve tedbirlerin suçun ağırlığıyla orantılılığı, infazdan imtina hâlinde yaptırım veya tedbirin otomatik olarak hapis cezasına çevrilmesi yasağı, suçlunun başvuru hakkı, suçlular arasında ayrımcılık yasağı, infazda etik kurallara uyulması, suçlunun ortaklaşa çalışması ve hatta bunun için rızasının aranması...

## 2. Ulusal Hukuk Sistemleri

*Ulusal hukuk sistemleri* hangi ölçüde bu düzenlemelere ayak uydurmuşlardır? Bazı açılardan uygulamalar, her zaman bu düzenlemelerle uyum göstermemektedir. Hükümet dışı üç örgüt, hükümlü haklarını savunmak için mücadele etmektedir. Bu örgütler Uluslararası Kızılhaç, Uluslararası Af Örgütü ve İnsan Hakları Uluslararası Federasyonu'dur<sup>63</sup>. Fransa'da bir kısım parlâmenter tarafından yürütülen bir araştırma, ünlü bir raporda açıkça eleştirilen önemli bazı işlev bozukluklarını ortaya koymuştur<sup>64</sup>. Bununla birlikte, Avrupa'da, İşkencenin Önlenmesi Avrupa Komitesi'nin denetimlerinin ve raporlarının ortaya çıkmasına olanak verildiği için durumun genel hatlarıyla kabul edilebilir olduğu sonucuna varmak gerekir<sup>65</sup>.

Buna karşılık, ulusal mevzuatlar incelendiğinde, izlenim farklı olacaktır. Ceza infaz hukukuna ilişkin uluslararası düzenlemeler, kanunlar ve idarî tasarruflarda gittikçe yansımaları bulmaktadır. Tek bir örnek kâfi olacaktır: 1987 tarihli Avrupa Cezaevi Kuralları'nda tasvir edilen hükümlünün disiplin hukuku (yasaklanmış eylemler ve yaptırım usulü kataloğu) aşağı yukarı

<sup>62</sup> *Toplulukta Uygulanan Yaptırımlar ve Tedbirler Hakkında Avrupa Kuralları*, Gerekçelerin açıklaması, Avrupa Konseyi, sh: 31.

<sup>63</sup> Roller ve kötüye kullanma örnekleri hakkında bkz. D. SZABO, "Le système carcéral canadien et le respect (ou irrespect) des droits de l'homme", (1999) *Rev. internat. de crim. et de pol. technique* 208.

<sup>64</sup> *Hapishaneler: Cumhuriyet için küçük düşürücü bir davranış*, J.J. HYEEST'in başkanlığında ve G.P. Cabanel'in raportörlüğünde Senato Raporları, Fransa'da infaz kurumlarındaki infaz koşulları hakkında araştırma komisyonu, no: 449, 1999-2000.

<sup>65</sup> Bu komite için bkz. J. PRADEL ve G. CORSTENS, *Droit pénal européen*, Paris, Dalloz, 1999, no: 182 vd.

bu şekliyle İspanyol (8 Mayıs 1981 tarihli kararname) ve Fransız (2 Nisan 1996 tarihli kararname) hukuklarında yer almaktadır. Her ülkede, yasal metinler, hapis cezasının ya da daha genel olarak cezaların, hükümlünün toplumsal bütünleşmesine yardımcı olması gerektiğini hatırlatmaktadır. Ayrıca, neredeyse hiçbir ülkede, kefaretin gerekleri olumsuz bir biçimde dile getirilmemektedir.

Buna karşılık, teknik ayrıntıda derin farklılıklar varlığını sürdürmektedir. Bazı ülkelerde infazın gerçekleştirilmesi mahkûmiyet kararını veren mahkeme tarafından, bazı ülkelerde infaz idaresi tarafından, bazı ülkelerde de yalnızca cezayı düzene koyabilen (Fransız ceza infaz hâkimi) ya da tam anlamıyla cezayı “düzeltebilen” (İtalyan gözlem mahkemesi) uzman bir makam tarafından sağlanmaktadır.

Böylece genel şekilde uyumlulaştırma, çeşitlilik içerisinde birlik düşüncesi çerçevesinde gelişim göstermektedir. Zira görülmektedir ki, – kuşkusuz *common law* ülkeleri ve Roma-Cermen ülkeleri arasındaki tarihsel farklılaşmanın ötesinde bile – hukuk sistemleri birbirlerine yaklaşılmaktadırlar. Fakat özgünlüklerini de korumaktadırlar. Oysa ki, istisnaî varsayımlar çerçevesinde zorlayıcı gereklerin kendini gösterdiği noktada, belirli sayıdaki devletin oluşturduğu ulusalüstü hukuk sistemleri ortaya çıkmaktadır.

## II. İstisnaî Nitelikteki Gerçek Küreselleşme (Ulusalüstü Bir Ceza Hukukunun Ortaya Çıkması)

Özdeş veya müşterek bir hukuk anlamında ulusalüstü hukuk, henüz emekleme döneminde değildir. Gerçekten de ulusalüstü hukuk, yalnızca sınırlı alanlarda anlaşılabilir. Böylece ulusalüstü hukuk, yalnızca zorunlu gereklilikler nedeniyle mevcut olan istisnaî bir hukuktur. Burada, aslında ikincillik ilkesinin bir uygulaması ile karşılaşmaktayız. Bu ilkeye göre, bir devletler topluluğu yalnızca, özellikle Avrupa Birliği'nde, üye devletler bir sorunu etkili şekilde bizzat çözemedikleri takdirde bu sorunu ele alabilir ve inceleyebilir<sup>66</sup>.

Ulusalüstü nitelikteki bu ceza hukuku, oldukça sınırlı bir uygulama alanı bulabilmektedir. Yalnızca hukuk parçalarıyla ilgili olmayıp, aynı zamanda da istisnaî olarak dünyanın bütününü içine almakta ya da dahası içine almak eğilimindedir. Bugün için genel olarak söz konusu olan husus, gerçek anlamda bir küreselleşmeden çok, bölgeselleşmedir. Böylece küreselleşme, bölgesel nitelikteki bazı ulusalüstü hukuk sistemlerinde ve çok istisnaî özel

<sup>66</sup> Guy ISAAC, *Droit communautaire général*, Paris, A. Colin, 1996, sh: 49. Avrupa Birliği hakkındaki Maastricht Andlaşması'nın konsolide edilen versiyonunu düzenleyen 1997 tarihli *Amsterdam Andlaşması*'nın 2. maddesinde bu ilke açıklanmaktadır.

bir durumda küresel eğilimli ulusalüstü bir hukukta yansımalarını bulmaktadır.

### A. Bölgesel Nitelikteki Bazı Ulusalüstü Hukuk Sistemleri

Bir devletler kümesi bakımından ortak hukuksal yapılar, ekonomik suçluluk alanında ve insanlığa karşı suçlar alanında görülmektedir.

#### 1. Ekonomi Alanında

Burada öncelikle, ekonomi konusunda daha önce mevcut olan hukuksal yapılanmalar belirtilmelidir. 1997 tarihli Amsterdam Andlaşması ile değişik 1957 tarihli Roma Andlaşması, Ortak Pazar'a mensup olan ülkeler dahilinde serbest rekabeti sağlamak amacıyla bazı suçlar öngörmüştür. Amsterdam Andlaşması'nın 81. maddesi tam olarak, "*üye devletler arasındaki ticareti etkilemeye elverişli ve Ortak Pazar içinde rekabetin işleyişini engelleyici, kısıtlayıcı veya bozucu amaca ya da etkiye sahip bulunan işletmeler arası bütün anlaşmaların, işletme birliklerinin bütün kararlarının ve uyumlu bütün eylemlerin ve özellikle de fiyatların belirlenmesinden, üretiminin sınırlandırılmasından, pazarların paylaşılmasından, ticarî rakipleriyle ilgili olarak eşit olmayan koşullar öngörülmesinden... ibaret olanların Ortak Pazar ile bağdaşmadığını ve yasak olduğunu*" çözüme bağlamıştır (Roma Andlaşması'nın eski 85. maddesi). Amsterdam Andlaşması'nın 82. maddesi de, örneğin hakka niyete uygun olmayan koşullar kabul ettirerek veya tüketicilerin aleyhine üretim ya da teknik gelişimi sınırlandırarak, "*bir ya da birden çok işletme bakımından Ortak Pazar üzerinde hakim bir durumu kötüye kullanma eylemini*" yasaklamaktadır (Roma Andlaşması'nın eski 86. maddesi). Bu düzenlemelerin niteliğinden biraz bahsetmek gerekir. Zira bu hükümler tam olarak cezaî nitelik taşımamakta olup, yarı cezaî bir karaktere sahiptirler. Amsterdam Andlaşması'nın 83. maddesi, Komisyon'dan ve ilk derece mahkemesinin kararının istinafindan sonra, son kanun yolu olarak karar veren ve ulusalüstü bir yargılama merci olan Avrupa Toplulukları Adalet Mahkemesi'nin hükmedebildiği "*para cezalarına ve para yaptırımlarına*" ilişkin olarak tüzükler aracılığıyla düzenleme yapma görevini Bakanlar Konseyi'ne vermektedir<sup>67</sup>. Bu üç organın da ulusalüstü nitelik taşıdığını saptamak çok önemlidir. Avrupa Birliği anlamında bir ölçüde kanun niteliğinde olan tüzük

<sup>67</sup> Jean PRADEL ve G. CORSTENS, age. no: 477 vd. Tüzüklerin, açık bir şekilde, "*para cezalarının cezaî karaktere sahip olmadıkları*" hükmünü taşıdığı bir gerçektir. Bununla birlikte, bu para cezaları ortaya çıkan davranışın bir kınamasını ifade etmekte ve rejimleri de hemen hemen cezaî nitelik taşımaktadır (kanunilik, kusurluluk, orantılılık...).

kavramının önemini de incelemek gerekir. Andlaşmalardan türeyen ve Avrupa hukukunun temel kaynağı olan tüzük, “genel bir kapsama sahiptir”. “Bütün unsurları çerçevesinde bağlayıcıdır ve her üye devlette doğrudan doğruya uygulanır” (Amsterdam Andlaşması md. 249)<sup>68</sup>. Böylece suç tipleri, suç konusunun kaynakları ve bunlara uygun davranılmasını sağlamakla görevli organlar da dahil olmak üzere, her şey ulusalüstüdür. Üye devletler, ortak normları benimsemek için, bir uzlaşma çerçevesinde, kendi hukuklarını uygulamayı bir kenara bırakmaktadırlar.

*Mercosur* çerçevesinde *Fortaleza Protokolü* (1996) oldukça yakın bir sistem öngörmektedir. Bu metin, birçok devleti kapsayan rekabete aykırı eylemlerin yasaklanmasını öngörmekte ve eylemin cezalandırılması için kusuru bile gerekli görmemektedir<sup>69</sup>. Ayrıca kamu sözleşmelerinin dışında tutulma, suç niteliğinde olduğu belirtilen eylemin durdurulması emri ve elde edilmiş olan menfaatin %15'ine kadar gün para cezası gibi yaptırımları sıralamaktadır.

Kuşkusuz bu iki normatif sistemin (Avrupa ve Güney Amerika), daha geniş bir bütünleşme anlamında, doğal gelişimini izleyeceği açıktır. Avrupa Komisyonu Malî Denetim Genel İdaresi'nin talebi üzerine, bir grup ceza hukuku teorisyeni tarafından 1997 yılında hazırlanan *Avrupa Birliği'nin Malî Çıkarlarının Korunması için Ceza Hükümleri İçeren Corpus Juris*'ten güzel bir örnek çıkarılabilir<sup>70</sup>. Bu metin, aynı teorisyenlerin 1999 yılında Floransa'daki toplantısının sonunda düzeltilmiştir<sup>71</sup>. Otuz beş maddelik bu tasarı, suç tipleri (Avrupa Toplulukları'nın malî çıkarlarına yönelik hileli hareketler ve benzer eylemlerle ilgili sekiz tane suç tipi bulunmaktadır), ceza hukuku genel hükümlerini<sup>72</sup> ve ceza muhakemesi hükümlerini içermektedir. Kuşkusuz

<sup>68</sup> Tüzüğün devletler tarafından değil, devletlerde doğrudan doğruya uygulanmasının iyi anlaşılması gerekir. Bu formül, “sonucu, tüzüğün doğrudan etkisini engelleyebilecek ve böylece Topluluğun bütününde eşzamanlı ve yeknesak uygulanmasını tehlikeye atacak olan her türlü uygulama modelini” önlemektedir (Avrupa Toplulukları Adalet Mahkemesi'nin 7 Şubat 1973 tarihli *İtalya'ya karşı Komisyon kararı*, no: 39 72, Rec. sh: 101).

<sup>69</sup> Md. 4. Buna karşın Arjantin Ceza Kanunu'nun 159. maddesi kusurun ispatını gerekli kılmaktadır.

<sup>70</sup> Mireille DELMAS-MARTY, *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Direction générale du contrôle financier, Paris, Économica, 1997.

<sup>71</sup> Mireille DELMAS-MARTY ve John A.E. VERVAELE, *La Mise en œuvre du Corpus Juris dans les états membres*, Anvers, Intersantia, 2000; S. MANACORDA, *Pour un Corpus Juris. Perspectives d'unification du droit pénal des affaires en Europe*, Les Cahiers de la sécurité intérieure, 1999, sh: 155.

<sup>72</sup> Sorumluluk (tüzel kişiler de dahil) ve yaptırımlar hakkındaki genel hükümler, bu özel ceza hukuku derlemesine özgüdür.

en özgünü, usule ilişkin hükümlerdir. Buna göre, üye devletlerin ülkesi, Avrupa Birliği yargılama alanını oluşturur. Bu alan içerisinde, her üye devletin başkentinde bulunan yetkili Avrupa savcılarında yardım alan ve bürosu Brüksel'de bulunan Avrupa Başsavcısı simgesel figür olarak ön plâna çıkmaktadır. Bütün bu savcılar, kamu davasını açma, ulusal makamların yardımıyla gerekli incelemeleri yapma ve soruşturma sonunda bir takipsizlik veya kural olarak ulusal kalan bir mahkeme önüne gönderme kararı verme yetkisiyle donatılmış olan Avrupa savcılığını oluşturmaktadırlar. Nihayet daha yakın bir dönemde, 20 Eylül 2000'de, Avrupa Toplulukları Komisyonu, *Amsterdam Andlaşması*'na, Avrupa Savcılığı'nı kurumsallaştıracak olan 280bis maddesi şeklinde bir eklemenin yapılmasını istemek suretiyle bir "öneri"de bulunmuştur. Hiç kuşku yok ki, bütün bunlar, yalnızca egemenlik refleksiyle karşı karşıya kalacak olan geleceğe yönelik hukuktur<sup>73</sup>. Bu tasarısı, en azından yalnızca, belirli bir noktada ceza hukukunun bölgeselleşmesi lehinde güncel bir akımı ifade etmektedir.

## 2. İnsanlığa Karşı Suçlar

Bölgesel nitelikteki ulusalüstü hukuk sistemlerinin yapılanması eğiliminin ikinci görünümü, insanlığa karşı suçlar ile ortaya çıkmaktadır. Teknik olarak sorun farklı şekilde görünmektedir. Çünkü bu alanda, yakın bir geçmişe kadar, daima bölgesel uygulama normları söz konusu olmuştur. Bu normlar birkaç devlet adına hareket eden bölgesel örgütlerden değil, bizzat Birleşmiş Milletler'den doğmaktadır. Böylece dünyanın iki yerinde, Afrika'da<sup>74</sup> ve Avrupa'da, işlenen ürkütücü suçlara dayanan iki uygulamanın mevcut olduğu çok daha açık bir küreselleşme söz konusu olmaktadır. Avrupa örneği üzerinde düşünelim. Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi, BM Güvenlik Konseyi'nin barışın sürdürülmesi yetkisini kullanması çerçevesinde 22 Şubat 1993 tarih ve 808 sayılı kararı ile kurulmuştur. Bu yeni mahkemenin statüsü de, 23 Mayıs 1993 tarih ve 827 sayılı kararıyla Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilmiştir<sup>75</sup>. Kasım 1993'te kurulan bu mahkeme, 11 Şu-

<sup>73</sup> Ulusal ceza muhakemesi kanunlarının *Corpus juris*'in normlarına uyarlanması gerekliliğine bağlı hukuksal güçlüklerden bahsetmeyeceğiz. Bu güçlüklerin dökümü için bkz. *La Mise en œuvre du Corpus Juris dans les états membres*, bkz. dipnot 71'de age., sh: 109 vd.

<sup>74</sup> Afrika bakımından 8 Kasım 1994 tarih ve 955 sayılı karar ile kurulan Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi söz konusudur. Mahkemenin statüsü örneğin, Jean-Paul BAZELAIRE ve Thierry CRETIN, *La justice pénale internationale*, Paris Puf, 2000, sh: 159; Add. İngilizce bir çalışma için bkz. Larry D. JOHNSON, "The International Tribunal for Rwanda", 67 *Rev. int. dr. pénal* 1996, 211'de bulunabilecektir.

<sup>75</sup> Bu statü, örneğin J.-P. BAZELAIRE ve T. CRETIN, dipnot 74'de age., sh: 143'de bulunabilecektir.

bat 1994 tarihli usul ve ispat tüzüğü ile donatılmıştır. Mahkemenin oluşumu uluslararasıdır. Kuşkusuz, her şeyden önce itham düşüncesinden esinlenmiş olan usul ve ispat kuralları<sup>76</sup>, pratik zorunlulukların baskısı sonucunda, 1998 yılında gerçekleştirilen bir reformdan beri, tahkik sisteminden bazı özellikleri de almıştır. Tanıkların bazılarının tartışmalı şekilde dinlenmesine bağlı olarak uzayan davaların olağanüstü süresi karşısında, Mahkeme, bir sorgu hâkimi değil, fakat özellikle taraflar arasındaki anlaşma ve anlaşmazlık noktalarının duruşmadan önce dökümünü yapmakla ve tarafları, dinlenecek olan tanıkların bir listesini sunmaya davet etmekle görevli kıldığı bir tür hâkim tesis etmiştir. Ayrıca tahkik düşüncesinin ikinci bir özelliği, tanıkların dinlenmesi ve Mahkeme bakımından iddianamenin doğru olduğunu ortaya koyma ve uluslararası tutuklama müzekkeresi kesme olanağı ile birlikte, kaçak sanıklar için bir “kınama davası”nın 1998 yılında kurumsallaştırılmasında ortaya çıkmaktadır. Sanığın kaçak olması durumunda, mahkûmiyet kararına hükmedilebileceği bir gerçektir (Usul ve İspat Tüzüğü md. 61). Böylece sanığın yokluğunda (*in absentia*) her türlü yargılama usulünü kural olarak engelleyen itham sistemi ile, aksine, “gıyapta” mahkûmiyete izin veren tahkik sistemi arasında orta yolda bulunmaktayız<sup>77</sup>. Böylelikle Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin statüsünün hazırlanmasına ön ayak olan yeni bir hukuk yavaş yavaş oluşmuştur. Uluslararası Ceza Mahkemesi küresel eğilimli ulusalüstü bir hukukun şimdilik tek örneğidir.

## B. Küresel Eğilimli Ulusalüstü Bir Hukuk

Yalnızca belirli yerlerde işlenmiş suçları ele almak bakımından kurulmuş olan önceki mahkemelerden farklı olarak, Uluslararası Ceza Mahkemesi küresel nitelik taşımaktadır. Fakat, henüz küresel nitelik taşıma eğilimindedir. Zira Mahkeme’yi kabul eden ve 17 Temmuz 1998 tarihinde imzalanan *Roma Andlaşması*<sup>78</sup> henüz uygulamaya geçirilmemiştir\*. 27 Temmuz 2000 tarihi itibarıyla doksan yedi devletin andlaşmayı imzalamasına karşın, bun-

<sup>76</sup> Örneğin sorgu hâkimi bulunmamakta ve ispat duruşmada müzakere edilmektedir. Üstelik şahsî hak davası da yoktur. Ayrıca ara verme sistemi de (birinci karar kusurluluk, gerekirse ikinci karar yaptırım hakkında verilmektedir) uygulanmaktadır.

<sup>77</sup> Bu durum, yakalama veya adli makamlara iradî teslim olma hâlinde hakkındaki mahkûmiyet kararı kendiliğinden bozulacak olan hükümlüye de zarar vermeksizin, kamuoyunu ve mağduru hoşnut etmektedir. Bkz. CI. JORDA’nın *La Cour pénale internationale*, La Documentation française, 1999, sh: 72 ve 73’deki incelemesi.

<sup>78</sup> Bu statü örneğin J.-P. BAZELAIRE ve T. CRETIN, dipnot 74’de age., sh: 175’de bulunabilecektir.

\* Bu mahkeme Mart 2003 itibarıyla göreve başlamış bulunmaktadır (Ç.N.).



lardan yalnızca on dördü onaylamıştır<sup>79</sup>. Oysa ki Andlaşma'nın 226. maddesine göre, Mahkeme ancak, "Birleşmiş Milletler Teşkilatı Genel Sekreteri nezdinde onay, kabul, tasdik veya katılmaya ilişkin 60. belgenin depo edilmesi tarihinden sonraki 60. günün ardından gelen ayın ilk günü"nden itibaren göreve başlayacaktır.

Bununla birlikte, bu Mahkeme hakkında doktrinin şimdiden düşünce üretmesi<sup>80</sup> ve meşruiyetinden şüphelenilmemesi<sup>81</sup>, Mahkeme'nin yapısına ilişkin kısa açıklamalarda bulunulmasına engel değildir. Uzun ve zor tartışmaların sonucunda<sup>82</sup> aşağıdaki kurallar ortaya konmuştur.

La Haye'de bulunan Mahkeme, "ulusal ceza mahkemelerini tamamlayıcı" bir yetkiye sahiptir (md.1). Mahkeme, "uluslararası toplumun bütününe ilgilendiren en ağır" suçlar, yani soykırım, insanlığa karşı diğer suçlar, savaş suçları ve saldırganlık suçu bakımından yetkilidir. Mahkeme çeşitli ülkelerden gelen görevlilerle çalışacaktır. Bu hâkimler kanunsuz suç ve ceza olmaz (*nulum crimen sine lege, nulla poena sine lege*), geçmişe uygulama yasağı, bireysel ceza sorumluluğu ilkeleri gibi "hukukun genel ilkelerini" uygulayacaklardır. Böylece, ceza hukuku alanında insanlığın müşterek kazanımlarının bir parçası olan bu kavramların evrenselliğinin altı çizilmektedir. Soruşturma, bir devletin ülkesinde soruşturma yapabilen ve her devletten işbirliği talebinde bulunabilen savcı tarafından yürütülür. Bununla birlikte, özellikle bir tutuklama müzekkeresi kesebilen ve savcının dava açmak amacıyla ileri sürmek istediği delilleri davadan önce teyit etmek zorunda olan, sorgu hâkimini uzaktan anımsatan, "hazırlık dairesi" ile yargısal bir unsur öngörülmüştür. Duruşmada, Mahkeme, taraflarca daha önceden toplanan veya sunulan delilleri tamamlamak için, delil ibraz edilmesine karar verebilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesindeki ve Medenî ve Siyasal Haklara dair New-York Paketi'nin 14. maddesindeki haklara çok benzer terimlerle ifade edilen duruşmadaki sanık hakları, 67. maddede özenle sayılır.

<sup>79</sup> *The International Human Rights Law Institute*'nin notu, De Paul University, College of Law, 2000. Andlaşma, örneğin, Kanada ve Fransa tarafından imzalanmış ve onaylanmış olmasına rağmen, Amerika Birleşik Devletleri, Çin ve Rusya hâlâ tamamen bunun dışında kalmak istemektedirler.

<sup>80</sup> *The Statute of the International Criminal Court, a Documentary History*, compiled by M. Cherif BASSIOUNI, Ardsley, New York, 1998.

<sup>81</sup> En azından ilke olarak. Zira uygulamada siyasal mülâhazalar, kurumu kuvvetli şekilde alt üst etmek riskini taşımaktadır.

<sup>82</sup> "La justice pénale internationale. Perspectives historiques et contemporaines", (1996) 67, sy: 1-2 *Rev. internat. dr. pénal*; *The International Criminal Court: Observations and Issues Before the 1997-1998 Preparatory Committee, and Administrative Financial Implications*, Nouvelles études pénales, Uluslararası Ceza Hukuku Derneği, Érès, 1997.

mıştır (isnadın gerekçelerini en kısa sürede öğrenmek, çok fazla gecikmeksinin yargılanmak, aleyhindeki tanıklara soru sormak veya soru sordurtmak ve lehindeki tanıkların hâkim önüne çıkmasını ve sorgulanmasını istemek, bir tercümandan ücretsiz olarak yardım almak...). Böylece gerçek anlamda müşterek bir usul hukuku ortaya çıkmaktadır.

\*\*\*

Yine de kendimizi düşlere kaptırmayalım. Ceza hukukunun küreselleşmesi yarın için, hatta yarından sonrası için de mümkün değildir. Uluslararası Ceza Mahkemesi ile ilgili olarak verilen örnek, bunu gereği gibi göstermektedir. Bu mahkemenin göreve yeni başlaması bir yana, ayrıca, kararını infaz ettirmek bakımından kendine özgü gücünün bulunmaması ve infazın geniş ölçüde devletlerin iyiniyetine bağlı olduğu bilinmektedir<sup>83</sup>. Farklılık ilkesi, temel nitelikte ve global kalmaktadır ve Alman filozof *Theodor Adorno*'nun söylediği gibi, her şey hiçbir zaman gerçek değildir<sup>84</sup>. Bununla birlikte, birçok devlet için ortak bir hukuk anlamında küreselleşme fikri, suçluluğun özel alanlarında ya da dünyanın belirli bölgelerinde şimdiden kabul edilmiştir. Ardından, ulusal hukuk sistemlerinin, uyumlulaştırma düşüncesi çerçevesinde hızlı ve genel şekilde aynı yöne doğru açıkça yönelmeleri, özellikle ulusalüstü bir hukukun yavaş ve istisnaî oluşumunda yansımasını bulmaktadır. Egemenlik fikri bu oluşumu gölgeleyememekte ve suçların cezalandırılması gerekliliği küreselleşmeyi zorunlu kılmaktadır<sup>85</sup>.

<sup>83</sup> Bu nedenle, Eski Yugoslavya Mahkemesi nezdindeki Savcı *Bayan Louise Arbour* tarafından, para ödenildiği ortaya çıkan üçüncü bir ülkeye yerleşmelerinden dolayı yakalanmaları güç olan sanıkların, yakalanmalarını kolaylaştırmak için bazı iddianamelerin açığa vurulmaması fikri ortaya atılmıştır. Bkz. J.-P. BAZELAIRE ve T. CRETIN, dipnot 74'de age., sh: 99.

<sup>84</sup> Theodor W. ADORNO, *Minima moralia*, (Çev.: E. Kaufhoiz ve J.R. Ladmiral), Paris, Payot, 1991, no: 29, sh: 47.

<sup>85</sup> Jean PRADEL, "Les systèmes comparés de justice criminelle: de la diversité au rapprochement", Aralık 1997'de Siracusa'da düzenlenen *Karşılaştırmalı Ceza Adaleti Sistemleri* kolokyumuna sunulan genel rapor, *Nouvelles études pénales*, Érès, n° 15, sh: 135 vd.