

# Avrupa Ceza Hukukunda Ultima Ratio ve Katmanlı Yetki

Krizstina KARSAI

Çeviren: Tuba KELEP PEKMEZ

## 1. Giriş

*Ultima ratio* ilkesi Devlet gücü<sup>1</sup> ne önemli bir sınırlama olarak kabul edilir ve bu nedenle tüm Avrupa devletlerinde *ius puniendit* ama Almanya ve takipçilerinde gelişim özel hukuk doktrini yönündedir. (Hemen hemen) tüm ceza hukukçuları *ultima ratio* hakkında konuşmaktadır, ama yine de kavramın neye işaret ettiği halen her nasılsa belirsizdir<sup>2</sup>. Genel olarak, *ultima ratio* şu anlama gelmektedir

“eğer müdahale gerekli ise, o takdirde yardım, destek, koruma, sigorta ve ruhsat düzenlemeleri zorlayıcı tedbirlere göre öncelikli olmalıdır. Eğer zorlayıcı tedbirler gerekli ise, yaptırımda ısrar edilmemelidir. Eğer yaptırımlar gerekli ise, özel hukuk yaptırımları idari yaptırımlara tercih edilebilir.”<sup>3</sup>

ASHWORTH bunu minimalist bakış açısı olarak adlandırmaktadır (o “minimalist taraftarı”dır), ki bu ceza hukukunun sosyal kontrolün diğer formları ile olan ilişkisine dair belirli bir fikre dayanmaktadır. Onun belirttiği üzere:

---

<sup>1</sup> NAGY, FERENC: *A magyar büntetőjog általános része*. Hvg-orac, Budapest, 2010. 59.p. The opinions of the Hungarian scholars are analysed in KARSAI, KRISZTINA: *Az ultima ratio elvöl – másképpen*. In: „Sapientia sat...” Ünnepi kötet Dr. Cséka Ervin professzor 90. születésnapjára (szerk.: FANTOLY ZSANETT – JUHÁSZ ZSUZSANNA – NAGY FERENC). Acta Jur. et Pol. Tomus LXXIV. Szeged, 2012. 253-260.p.

<sup>2</sup> JAREBORG, NILS: *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*. Ohio State Journal of Criminal Law 2004/2 526.p.

<sup>3</sup> JAREBORG (2004) 524.p.

“ceza hukuku önleyici bir mekanizmadır, ama bundan başkaları da bulunmaktadır. Ahlak, toplumsal sözleşme ve eşitlerin baskısı kontrolün üç gayriresmi kaynağıdır ve birçok açıdan bir davranışa ilişkin düzenlemeyi bu güçlere bırakmak tercih edilebilir görünmektedir. Suç ihdasına ek olarak hukukun kendi içinde başlıca en az iki teknik daha bulunmaktadır: özel hukuk sorumluluğu, en iyi şekilde haksız fiil ve sözleşme sorumluluğu ile örneklenebilir ve idari düzenleme ki bu ruhsat ve franchising tedbirlerini içermektedir. .”<sup>4</sup>

*Ultima ratio* ilkesi sıklıkla suç ihdasının sadece “son sınırdaki durumlar için son sınırdaki araçlar”<sup>5</sup> olarak kullanılması gerektiğini söylemiştir. “Son sınırdaki durumlar” [ifadesine] bağlı olarak ortaya çıkan soru şudur: bunlar hangi karşılaştırmada “son sınırdır”? “Son sınır” olma sonucunu elde etmek için hangi değerler ve çıkarlar karşılaştırılmalıdır? Farklı asli değerler mi, mesela hırsızlık, cinsel saldırı ve sahtecilik? Açıkçası hayır. Bu tür bir karşılaştırmanın hepsi temelini ihlalinin karşılaştırılması gereken değerlerin benzerliğinin gerçekliğinde bulmalıdır ve daha sonra bunlardan bazıları “son sınır” olarak etiketlenmektedir. *Ultima ratio* öncelikli olarak şunu varsayar ki, aynı sosyal ya da bireysel çıkarlar hukukun farklı alanları tarafından korunmalıdır. Sonuç olarak, ceza hukuku bir alternatif olarak değil fakat idare veya özel hukukun daha önceden varolan hükümleri temelinde uygulanan destekleyici araçlar olarak kullanılmıştır<sup>6</sup>. Bu şu anlama gelmektedir ki; aynı (ya da karşılaştırılabilir) çıkarlara ilişkin daha az ağır ihlallerin ağır düzenlemeler tarafından getirilen daha az ağır yaptırımlarla korunması gerekirken, en ağır ihlaller yaptırımların en ağırları ile cezalandırılmalıdır. Bu ayrıca genel orantılılık ilkesinin kabulünden ortaya çıkmaktadır.

Bu nedenle, diğer yasal müdahalelerle karşılaştırıldığında -son çare olarak- ceza hukuku aynı ya da en azından kıyaslanabilir hukuki ihlallerin aksine hukuki yaptırımların en ağırdır. Lüks markalara ilişkin yapılan sahtecilik bunun için güzel bir örnek olabilir: ürünün sahte etiketlenmesi, göz önünde bulundurulması gereken sonraki objektif ve subjektif durumlarına bağlı olarak şunları ihlal edebilir (i)

<sup>4</sup> ASHWORTH, ANDREW: *Principles of Criminal Law*. Clarendon Law Series, 1995. 33.p.

<sup>5</sup> JAREBORG (2004) 534.p.

<sup>6</sup> LAGODNY, OTTO: *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Mohr Siebeck, 1996. 348.p.

rekabet ihlalinin kanuni tanımı (ii) marka ihlali (iii) kabahat (iv) suç. Bu durumda korunan değerlerin benzerliği verilmiştir, bu nedenle, eğer ceza hukuku etkilerini analiz etmek istiyorsak *ultima ratio* hakkında konuşmak mantıklıdır.

Ceza hukuku alanı dışındaki kıyaslanabilir çıkarların önceden olan ikincil korumalar olmaksızın, ceza hukuku en son ve tek çare olarak hizmet edemez ("*sola ratio*"). Eğer bir kanuni düzenlemede toplumun sadece ceza hukuku tarafından korunan önemli değerleri varsa, bunlarla bağlantılı olarak *ultima ratio* hakkında konuşmak mantıklı değildir. Örneğin kişi özgürlüğü ve cinsel özgürlük (günümüzde)<sup>7</sup> korunan değerler olarak (Rechtsgut) tipikleştirilebilir, ancak hukukun diğer alanları bunlarla bağlantılı olarak "harekete geçirilebilir", onlar sadece sonraki sonuçlarına ilişkin kuralları fakat yasaklanmış davranışın kendisi için olandan daha az olmayan bir sorumlulukta içerebilir<sup>8</sup>.

Bu vakaları cezai olmayan kanunların önleyici hükümler içermesi ve ceza hukukunun bu durumda sessiz kalması ile karıştırmamalıyız. Bununla özel hukuk ve idare hukuku ihlallerinin her zaman için yukarıda işaret edilen "son sınır" vakalarına karşılık gelmediğini kast ediyorum. Ceza hukuku bu yüzden daha çok "parçalanmış"<sup>9</sup> [bir yapıdadır] zira diğer hiçbir hukuk daki önlüyici hükümler (her zaman) ceza hukukunu harekete geçirmek için yeterli değildir.<sup>10</sup> Sonuç olarak, her (demokratik ve orantılı) ceza hukuku sistemi mozaik yapıdadır. Bu nedenle, eğer korunan bir sosyal değer ya da çıkara yönelik saldırı artmazsa ve/veya sadece ceza hukuku onu korumak için devreye girerse, *ultima ratio* makul değildir. Devlet gücünün sınırları sadece orantılılık ile formüle edilebilir.

*Ultima ratio* daha çok ihlallere yönelik *hukuki cevapların karşılaştırılması için bir araçtır*. Bu *ultima ratio* için daha iyi bir konum yarat-

<sup>7</sup> Macar Ceza Hukukuna göre.

<sup>8</sup> Daha fazlası için bkz: KARSAI, KRISZTINA: *Fogyasztóvédelem és büntetőjog*, Hvg-orac, 2011. 37-51.p.

<sup>9</sup> Ceza hukukunun parçalı yapısı KARL BİNDİNG (1902)'e ait bir kavramdır ve günümüze kadar kullanılmıştır tarafından. Bkz.: ROXIN, CLAU: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4. Auflage. München, C. H. Beck, 2006. 45.p.

<sup>10</sup> Bkz: FELIX, DAGMAR: *Die Einheit der Rechtsordnung*. Mohr Siebeck, 1998. 297.p.

maksızın isabetli bir sınırlamadır, zira “son sınırdaki araçlar” hakkında karar verebilmek için daha az ağır, ağır, daha ağır ve son sınır (vb.) yaptırımları hukuki olarak birbirinden ayırmak gereklidir. Bu testi karşılamak için *ultima ratio* kendisi gerekli temel unsurlara sahip değildir. Böyle bir test orantılılık ile birlikte sonuçlandırılabilir, - bu nedenle ve burada tartışmaya açtığım da odur ki, ceza hukukunda *ultima ratio*ya ilişkin herhangi bir genel ve belirsiz referanslardan kaçınmalı, *ultimo ratio*yu hukuk düzenindeki aynı sosyal değer *yükselen ihlalleri* çerçevesi ile sınırlandırmalıyız. Örneğin cinsel saldırı durumunda, ceza hukuku en son çare değil, tek çaredir. Sonuç olarak eğer böyle bir ilke uygulamanın kapsamında genellikle geçerli olmazsa, *ultima ratio*dan bir ceza hukuku ilkesi olarak bahsetmek için bir neden yoktur. Bu nedenle, bu sadece eğer biz aynı sosyal değer veya çıkara ilişkin yükselen ihlallerin değişik halkalarını incelersek, onaylanabilir.

Her demokratik toplumda, ceza hukukunda katmanlı yetkililik kabul edilen bir ilkedir ki bu ceza hukuku ve ceza hukukunca temellendirilen sorumluluğun sadece hukuki değer ihlalinin diğer - daha az ağır- hukuk düzenlemelerinin tedbirleri ile çözülemezse uygulanmasıdır. Ağırılık konsepti iki ayırdedici unsura sahiptir. Ceza hukuku hukukun diğer alanları ile kıyaslandığında hem asli hem de yapısal olarak daha ağır ya da en ağırdır. Asli ağırılık şu anlama gelebilir ki ceza hukuku hukuk ihlallerine karşı en ağır yaptırımların (hapis cezası) ve kişi özgürlüğüne yönelik en büyük kısıtlamaların uygulanması soyut ihtimaline dayalı olarak her zaman için hukukun en ağır dalı olarak kabul edilmiştir. Bu yapısal olarak temellendirilmiş (sistem-temellendirmesi) ağırlığı, temel unsurun soruşturulmasından (örneğin yaptırımlar) ayırtetmek yoluyla, şuna işaret etmemiz gerekir ki eğer kurumsal arkaplanına ve usullerin düzenlenmesine, tüm çerçeveyi dizayn eden ve etkileyen devlet gücüne ve usulün dinamiklerine odaklanırsak şu sonuca varırız: devletin bu alanlardaki gücü ne kadar fazla olursa sistemin yapısı o derece sertleşir. Bugün, şu da açıktır ki uygulanan yaptırımların ağırlığı temelinde yapılan hukuk dalı kategorizasyonları taslakları da bulanıktır, bir örnek vermek gerekirse; idari makamlarca yüklenen cezaların empoze edilmesi (ya da bir hukuk mahkemesince haksız fiile ilişkin bir davanın çözümünde

zararın tazminine yönelik getirilen yükümlük) her zaman hapis cezasından daha az ağır olarak anlaşılabilir.

Katmanlı yetki ilkesi, ultima ratio ile katı bir bağlantı içindedir, ki bu da katmanlı yetkinin hayata geçirilmesine olanak veren ilave bir unsur sağlamaktadır; -ultima ratio ile eklenen- bu ilave unsur “son sınır”dır. Eğer diğer hukuki rejimler bir hukuk ihlalinde hangi nedenle olursa olsun hukuki çare bulmakta başarısızlığa uğrarsa, katmanlı yetki ilkesi ceza hukuku korumalarının harekete geçmesine izin verebilir ve burada, *ultima ratio* “temel ve nitelikli bir unsur” olur. Bu şu demektir; ceza hukuku yalnızca en önemli sosyal değerler en ciddi zararlara uğradığında harekete geçirilmelidir. Sonuç olarak, *sola ratio*, ceza hukukunun katmanlı yetkisi mecburi kılınmaz.

## 2. Avrupa Ceza Hukuku'nun Ultima Ratio Karakteri

*Ultima ratio*'nun Avrupa'daki görünümünün araştırılmasında şu soruları aklımızda tutmalıyız: 1) *Ultima ratio* ilkesi Avrupa yasakoyucusunun zaten belirgin olan *ius puniendi*'sini nasıl – eğer mümkün olursa- sınırlayabilir? 2) *Ultima ratio* nasıl, bir şekilde Avrupa Birliği ya da Avrupa Adalet Divanı tarafından tanınabilir? 3) *Ultima ratio* ve Avrupa tamamlayıcılık ilkesi arasında bir bağ var mıdır? Ve cevap evet ise *ultima ratio* ile Avrupa tamamlayıcılık ilkesi arasında hangi kapsamda bir bağ bulunmaktadır?

Yukarıdaki akıl yürütmeye göre, sınırlayıcı bir ilke olarak *ultima ratio* ceza hukukunu (Avrupa seviyesinde) harekete geçirip geçirmedığı bağlamında kullanılabilir

Yukarıdaki argümantasyona göre sınırlayıcı bir ilke olarak “*ultima ratio*” sadece ceza hukukunu harekete geçirmek (Avrupa düzeyinde) eğer aynı değer ya da menfaatin daha az önemli ihlalleri için daha az ağır tedbirler takip ederse kullanılabilir. Bu şu anlama gelebilir ki TFEU<sup>11</sup>'de m. 82, 83 ve 325'de yer alan yetkiler yalnızca AB hukuku belirli değerleri korumak için açık yasaklamalar içeriyorsa kullanılabilir ki bu değerler eşzamanlı olarak ceza hukuku tarafından da

<sup>11</sup> Çev. Notu: Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma.

korunan değerlerdir. Usuli ya da yargısal kuralları adapte eden yetkiler *ultima ratio* kapsamında değildir ve AB tedbirleri milli düzeydeki ceza hukuku ile kıyaslandığında son çare olarak değerlendirilemez. İkinci içerik daha çok katmanlı yetki ve *ultima ratio* arasındaki bağlantının tartışılmasına ilişkindir.

Avrupa düzeyindeki “status quo” gözlemlendiğinde resim beklendiğinden daha karmaşıktır. TFEU madde 83’ün birinci fıkrasında ortaya konan yetki ne C/UL diğer araçları ile korunan değerlerin “aşırısı” ihlaline karşı en ağır hukuki tepki ihtimalini ne de aynı değerlerin derecelendirilebilir ihlallerinin önceden tahmin edilen halkalarını temsil eder. Bu Jareborg tarafından iyi şekilde tarif edilmiştir ki o *ultima rationun* tanımından mantıki olarak “suç haline getirmenin” sadece “son çare” araçlar olarak “son sınır” durumlarda kullanılması gerektiğini savunmaktadır ve şunu da iddia etmektedir ki “sadece” kelimesi atılabilir. Jareborg, şunu savunmaktadır ki “son sınır olaylarda son çare araçların kullanımı’ alıntısı ile ne yapacağımıza ilkesel bir yolla bakmalıyız. Bir gereklilik durumunu belirten *ultima ratio* ilkesi her zaman suç haline getirmeye karşı bir ilke olarak görülmüştür. Eğer bu, bunun yerine, bir yeterlilik durumuna çekilirse bu ilke bir suç haline getirme ilkesine dönüştürülecektir”<sup>12</sup>.

*Ultima ratio*’yu Avrupa düzeyinde analiz ederken, Jareborg’un tezi yeniden kabul edilip uygulanabilir. Madde 83/1 özellikle ağır suçlara karşı “bu tür suçların doğasından ya da etkisinden ya da onlarla ortak bir temelde mücadele etme özel gereksiniminden sonuçlanan sınırlar arası bir ölçü ile tedbirler içermektedir”. Bu özel gereksinim, onun kullanımını sınırlandırmaya yetmeden, *ius puniendi* için bir temel görev ifa edebilir. Dahası, şunu öne sürebilirim ki bu yetkiler çerçevesinde, *ultima ratio* Jareborg tarafından tanımlandığı şekilde anlaşılmalıdır; yani geniş anlamda “suç haline getirmenin” lehine bir ilke. Bu tür yetkilerin sınırları aşağıda tartışılacağı üzere, orantılılık ve katmanlı yetkiden de kaynaklanabilir.

*Prima facie*, bunun aynısı madde 325/4’te getirilen yetkiler incelenirken de beklenebilir. Birlik yasama organı, yukarıda bahsedildiği

<sup>12</sup> JAREBORG (2004) 534.p.

gibi, “Birliğin ekonomik çıkarlarını etkileyen rüşvetle mücadele etmek ve bununla mücadele etmek alanlarında gerekli tedbirleri” kabul etmelidir. Bu kuraldaki kadar açık “gerekliklik” yorumu m. 83/1’de sağlanan yetki ile benzer içeriği sonuçlamaktadır. Bu yetki yasama organı tarafından etkinleştirilene kadar, akademi soyut kavramların sisli bataklığında seyir etmeye zorlanmıştır. İyi haber ise şudur ki, yine de, Komisyon bu meselede ekonomik çıkarların korunması yönündeki direktif teklifi ile bağlantılı olarak bir tutum belirleyeceğini açıklamıştır.

*“Cezai soruşturma ve yaptırımlar vatandaşların hakları üzerinde önemli etkilere sahip olabilir ve damgalayıcı bir etki taşıyabilir. Bu nedenle, ceza hukuku her zaman son çare (‘ultima ratio’) olarak kalmalıdır. Bu genel orantılılık ilkesine yansımaktadır (Avrupa Birliği Anlaşmasında, ve özellikle cezai yaptırımlar için AB Temel Haklar Sözleşmesinde vücut bulduğu haliyle). AB politikalarının uygulanmasını destekleyen ceza hukuku yaptırımları için, Anlaşma açıkça ceza hukuku tedbirlerinin etkin bir politika uygulaması amacına ulaşılmasında “zaruri” olup olmadığına dair açık bir test gerektirmektedir. Bu yüzden yasama organı ceza hukuku yaptırımlarından ziyade diğer yaptırımların, örneğin idari ya da medeni hukuk mahiyetli, politika uygulamasını tatmin edici şekilde garanti edip edemeyeceğini ve ceza hukukunun sorunlara daha etkin ele alıp alamayacağını analiz etmelidir. Bu her yasa teklifi öncesinde Etki Değerlendirmesinde derinlemesine bir analizi gerektirir, örneğin ilgili politika alanının özelliklerine de bağlı olarak, bir değerlendirme Üye Devletlerin yaptırım rejimlerinin arzu edilen sonuca ulaşıp ulaşmadığını ve AB hukukunu uygulayan ulusal otoritelerin yüzyüze geldikleri sorunları içermelidir.”<sup>13</sup>*

Eğer Avrupa yasama organı bu maddeyi yukarıda tarif edildiği gibi yorumlarsa bu çalışmada deteylandırılmış sınırlı *ultima ratio* ilkesinin anlam kazanacağını görmek önemlidir.

Son olarak, madde 83/2 “uyum tedbirlerine konu olan bir alanda bir Birlik politikasının etkin uygulanmasını garanti altına almak için elzem olduğunu ortaya koyan”, herhangi bir tedbire uygulan-

<sup>13</sup> Komisyon bilgisi: AB Ceza Politikasına İlişkin: AB politikalarının ceza hukuku yoluyla etkin uygulamasının sağlanmasını garanti edilmesi COM (2011) 573 final, 20.9.2011, Nr 2.2; ve ayrıca Komisyon Çalışma Belgesi; Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin Avrupa Birliği mali çıkarlarının ceza hukuku yolu ile korunmasına ilişkin Direktif Teklifine ek belge SWD (2012) 195 final, 11.7.2012, Annex II, 2.

bilir. Benim görüşüme göre, bu hüküm C/UL'nin diğer düzenleyici rejimlerine, ceza hukuku dışındaki alanlara, atıf yapmaktadır ve (madde 83 tarafından oluşturulan) bu yetkinin amacı "uyumlaştırma tedbirlerine konu olan" hukuki alanların ihlaline karşı boşluk-suz bir hukuki yapı kurmaktır. Aynı zamanda, bu düzenleyici rejimlerin ('uyumlaştırılmış alanlar') korunan değerler ve menfaatler bakımından, öngörülen ceza hukuku tedbirleri ile aynı konulara sahip olduğu anlamına gelmektedir.

*Ultima ratio* ilkesinin başka münacatlarını araştırırken, siyasi belgeler için sağlanan temellendirmeler arasında farklı çıkarımlar bulabiliriz. AB uyuşturucu stratejisi ile bağlantılı olarak, şu ifade edilmiştir ki bu "yalnızca son çare (*ultima ratio*)<sup>14</sup> olarak kullanılması gereken icracı tedbirler" etrafında inşa edilmiştir. *Ultima ratio*'ya atıf yapan başka bir örnek ise şunu ifade etmektedir:

*"Ceza hukuku yaptırımlarının cezalandırıcı ve tartışmalı tabiatı, belirli bir fiil bakımından Birlik tarafından devletlerin cezalandırmasında son çare olmalıdır (ultima ratio) AB politikalarının yorumunda Üye Devletler tarafından karşılaşılan zorluklar o politikaların etkinliğini riske atarken, kendi içlerinde ceza hukukuna başvuruyu gerekçelendirmeye yetmemelidir. Sorgulanan davranış temel olarak görülen bir menfaatin ağır ihlalini de oluşturmalıdır"*<sup>15</sup>

### 3. Ultima Ratio'nun AB Seviyesinde Farkındalığı

*Ultima ratio* AB hukuku seviyesinde Üye Devlet seviyesinde olduğundan daha geniş bir kavram olarak gözükmektedir; bu AB'nin inşa edildiği yapısal düşüncelere bağlı olarak yalnızca ceza hukuku bağlamında kullanılmaz. Temel ve esas bir *ultima ratio* kavramı düzenlemede hukuki normların en son çare olarak yorumlandığı her-

<sup>14</sup> Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komisyonunun "Komisyon'dan Avrupa Parlamentosuna, Konseyine – Uyuşturucuya Karşı Daha Güçlü Bir Avrupa Tutumuna İlişkin" Görüşü COM (2011) 689 final, OJ C 229, 7.31.2012, s. 85-89.

<sup>15</sup> Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komisyonunun "Komisyon'dan Avrupa Parlamentosu, Konseyine, Avrupa Bölgeler Ekonomik ve Sosyal Komisyonuna AB Ceza Hukuku Politikasına İlişkin Görüş: AB politikalarının ceza hukuku yolu ile uygulanmasının sağlanması" Görüşü COM(2011) 573 final, OJ C 191, 29.6.2012, 97-102 Nr 1.4.



hangi bir hukuki emrin temel felsefesine bağlıdır; hukukun kendisi ultima ratiodur.

*“Kurallar ya da ‘olması gerekenler’ alanında, ‘hukuki’ hükümleri karakterize eden şey, ahlaki ya da estetik karşıtı olarak, zorlayıcılıktır; [hukuk kurallarına] uyumun mahkemeler tarafından talep edilebilmesi ve bir ihlalin cezalandırılabilmesi. ‘Ius cogens’ ya da ‘zorlayan hukukun’ bir tipik özelliği icra edilebilirlik ihtimalidir, prensipte adli mekanizmaların araçları tarafından, hukukun uygulandığını, ya da, uygulanmadığında, ihlalin cezalandırılacağını garanti etmek için. ‘Olması gereken’in tam merkezinde, yine de, hukuka uyum kavramı genel olarak gönüllüdür ve hukuki prosedürlere başvurmak istisnadır — ‘ultima ratio’. Toplumun kurallar tarafından empose edilen yükümlülüklerle uyum için gönüllü ve yaygın anlaşması olmaksızın, onların geçerliliğinden onarılamaz biçimde taviz verilir. Bu nedenle kanunkoyucunun sorumluluğu insanları onları gönüllü olarak gözlemlemek için cesaretlendirecek ve onlara kendiliğinden uyacak kurallar getirmesidir. Bu tepkiler, gerçekte, herkesin hakkına saygı durulması için önkoşul ve toplumun bir parçası olarak yaşamak için mihenktaşdır. Bu zemine karşıt olarak ‘iyi hukuk yaratma’ ve ‘daha iyi hukuk yaratma’ endişesi özel bir anlam üstlenir ve yorum, uyum ve hukukun uygulanması için saklı temel anlamlara sahiptir.”<sup>16</sup>*

Ultima ratio sektörel düzenleyici çerçevelerin etkilenebileceği durumlarda daha esnektir. Mevcut ekonomik krizlerle ilgili olarak ortak Avrupa kriz yönetimi çerçevesi ekonomi piyasasının ‘normal’ fonksiyonel çerçeveleri ile kıyaslandığında ultima ratio olabilir.

*“Bu derece güçlendirilmiş mali ve makroekonomik izlemelere karşın egemen kredi krizlerinin riskinin hala uygun kalmasına göre ve euro bölgesinin bir bütün olarak duranlığının korunması amacıyla, ultima ratio olarak, piyasa finansmanına bozuk giriş deneyimleyen euro para birimini kullanan üye devletlere geçici ekonomik destek sağlayan, kalıcı bir kriz yönetim çerçevesi kurmak arzu edilebilirdir. Böyle bir çerçeve, ahlaki zararları ve en aza indirgeyen ve ihtiyati mali ve makroekonomik ayarlamaların için teşvikleri güçlendirici bir biçimde tasarlanmalıdır.”<sup>17</sup>*

<sup>16</sup> Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komisyonunun Proaktif Hukuk yaklaşımı üzerine görüşü: AB düzeyinde daha iyi yasama için ileri bir adım OJ C 175, 28.7.2009, 26-33 Nr 3.

<sup>17</sup> Avrupa Merkez Bankasının Avrupa Konseyinin Avrupa Birliğinin İşleyişi Anlaşmasının para birimi euro olan Üye Devletler bakımından bir istikrar getirilme-

Bir başka temsili örnek şu olabilir, C/UL normu ulusal düzenleyici sistemlerle bağlantı içinde *ultima ratio* olarak hizmet görmelidir:

*“Amaç 3’e ulaşmak için en iyisi seçenek 6’dır. Bu, belirli içeriklerin detaylı düzenlemesine dönmeye sadece ultima ratio olarak izin verebilecek olduğundan, buluşlarda ve yeni gelişmelerde olumsuz bir etki olmadan, kozmetik ürünlerin güvenliğinin garanti eder.”<sup>18</sup>*

Hassas bir bağlantı *avocat général* Mischo tarafından göçmen işçiler için katı ulusal barındırma kuralları ile bağlantılı olarak (ailenin normal barınma koşulları altında yaşıyor olmayı gerektirmektedir) işaret edilmiştir. O şunu öne sürmüştür: “soruna ilişkin hükümler gerçekte yalnızca bir *ultima ratio* oluşturmaktadır, bir tür “Demoklesin kılıcı” gibi göçmen işçileri bu kuralla uyuma cesaretlendirmeyi amaçlamaktadır.”<sup>19</sup>

*Ultima ratio* çevreye uyma kabiliyeti ve AB seviyesinde yorumun içeriğini kanıtlamaktadır. TEC’nin eski 224. Maddesinde Üye Devletlerin belli hayati menfaatlerinin korunması için, Üye Devletlerin bir güvenlik vanası olarak anlaşılmaktadır, bu nedenle normalde Üye Devletlerin Birlik hukukuna göre yükümlülüklerine istisna getirilir.

*“Bu ikinci bakış açısı Mahkemeyi Madde 224’ü, vis-à-vis diğer Anlaşma hükümlerine nazaran, ikincil olarak gözönüne almaya sevketti, belki de bu yalnızca sorulanan kamu düzeninin taleplerini karşılanmasına izin veren herhangi bir Ortaklık hükmünün yokluğunda bir başvuru olarak ultima ratioyu oluşturmaktadır. Bu, gerçekten, bu hükmün öncelikli Ortaklık hukukuna şimdiye dek neden uygulanmadığının temel nedenidir.”<sup>20</sup>*

Son olarak, *usuli bir bakış açısı* bir Üye Devletin son çarenin araçları olarak etiketlenmesine karşı bir ihlal faaliyeti olarak vurgulanmaktadır.

---

siyle ilgili m. 136’da değişiklik yapan yasa taslağına ilişkin 17 Mart 2011 tarihli görüşü (CON/2011/24) OJ C 140, 11.05.2011, 8-11 Nr 2.

<sup>18</sup> Komisyon çalışma raporu: Etki değerlendirmesi. “Kozmetik Direktifinin” basitleştirilmesine ilişkin rapor SEC (2008) 117 final, 5.2.2008, Nr 6.

<sup>19</sup> Opinion of *Avocat general* MISCHO’nun 17 Ocak 1989 tarihli görüşü. Dava 249/86 Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany [ECR] 1989 1263 Nr 6.

<sup>20</sup> Opinion of Mr *avocat general* COSMAS’ın 23 Mart 2000 tarihli görüşü, C-423/98 Alfredo Albore [ECR] 2000 I-5965.

“Komisyon ihlal işlemlerinin dava öncesi aşamanın tam kapasite kullanılmasına karşı koyan üye devletin eksikliğini gidermesi ya da bir uzlaşmayı müzakere etmesi için gayret etmektedir. Mahkemenin ele aldığı gibi, bir filin son çareye sevk edilmesi, ‘ultima ratio’ Anlaşmada saklanan Ortaklık menfaatlerine Üye Devletlerin eylemsizlik ve direnişini yenmek için olanak sağlamaktadır.”<sup>21</sup>

Eğer cezai konularda yargılama yetkileri çatışırsa ve uyuşmazlık dostane arabuluculuk ile çözülmeye kalkılırsa, şu ifade edilmektedir:

“herhangi bir davada, temel amaç fikirbirliği ile çözüme ulaştırılmasıdır, bu nedenle arabuluculuk usulünün başarısızlığa uğradığı bir durumda bağlayıcı bir karar ihtimali ultima ratio olarak görülmelidir.”<sup>22</sup>

Örneklerle açıklandığı üzere, ‘ultima ratio’ nun referans temelinde kullanımı ancak kaydadeğer bir ortak zemin olmaksızın, sıkça AB organlarının argümanlarında görünmektedir. C/UL bu kavramı kısıtlayıcı bir biçimde kullanmaktadır, daha kısıtlayıcı bir usul ve daha kısıtlayıcı kurallar - bu tek ortak görünüşdür, örneğin ihmal durumunda daha sert yaptırımların getirilmesi tehdidi ya da Üye Devletler tarafından istenmeyen fiiller. Bu gerçekten ne anlama geliyorsa.

Benim görüşüme göre, AB *ultima ratiosu* -henüz- dengeli bir son çare olarak isimlendirilmek için yeterince kesin değildir, bu çok dekoratif ama ciddi biçimde iyi-pekişmiş hukuki zeminin “çekiciliğinden” yoksundur.

#### 4. AB’de Ultima Ratio Katmanlı Yetki

Avrupa entegrasyonu katmanlı yetki ile karakterize edilmiştir, ki bu - ilk yıllardaki çok sayıda girişimden<sup>23</sup> sonra- ilk defa Aralık 1992’de Edingburh Avrupa Konseyi katmanlı yetki ilkesine dair bir deklarasyon yayınladığında ve bunun uygulaması için kuralları koy-

<sup>21</sup> Onüçüncü Yıllık Ortaklık Hukukun Uygulanmasının İzlenmesi Raporu COM (1996) 600 final, OJ C 303, 14.10.1996 Nr 1.D.

<sup>22</sup> Komisyon çalışma raporu: Yargı yetkisi ve ceza muhakemesinde *ne bis in idem* ilkesinin çelişkileri ile ilgili Yeşil Sayfaya ek {COM(2005) 696 final} SEC (2005) 1767, 23.12.2005, Nr 4.

<sup>23</sup> Avrupa Birliği.European Union. Belçika Başbakanı Mr. LEO TINDEMANS tarafından Avrupa Konseyine hazırlanan rapor. Avrupa Toplulukları Bülteni, Ek 1/76. (yaygın olarak Tindemans Raporu olarak adlandırılır).

duğunda açık biçimde dile getirilmiştir. Amsterdam Anlaşması, Protokolünde katmanlı yetki ve orantılılık ilkelerinin uygulanmasına dair başka detayları belirlemeye devam etmiştir:

*“Katmanlı yetki ilkesi Topluluk düzeyinde bu yetkilerin ne şekilde kullanılacağına ilişkin bir rehber görevi görür. Katmanlı yetki dinamik bir kavramdır ve Anlaşmada belirlenen amaçlar ışığında uygulanmalıdır. Bu, durumun öyle gerektirmesi halinde Topluluk eylemlerinin kendi yetkileri içinde genişletilmesine ve bunun tersine [bu yetkiler] daha fazla dengelenemiyorsa [onların] kısıtlanmasına veya sona erdirilmesine olanak verir.”*

Lizbon Anlaşması da benzer bir Protokol (No. 2) ile tamamlanmıştır ki bu TEU m. 5'in içeriğinin ayrıntılarına girer ve katmanlı yetki (ve orantılılık) ilkelerinin 'kurumsal' testi için önemli usuli bakış açıları sağlar.

*TEU m. 5: Katmanlı yetki ilkesi gereğince, Birlik, münhasır yetkisine girmeyen alanlarda, sadece, öngörülen eylemin amaçlarının üye devletler tarafından merkezi düzeyde veya bölgesel ve yerel düzeyde yeterli biçimde gerçekleştirilemeyeceği ve fakat söz konusu eylemin boyutu ya da etkileri itibarıyla Birlik düzeyinde daha iyi gerçekleştirilebileceği durumlarda harekete geçer. Birlik kurumları, katmanlı yetki ilkesini, Katmanlı Yetki ve Orantılılık İlkelerinin Uygulanmasına Dair Protokol'e uygun olarak uygularlar. Ulusal parlamentolar, katmanlı yetki ilkesine uyulmasını bu Protokol'de belirlenen usule uygun olarak sağlarlar*

Katmanlı yetki ilkesi tüm taslak yasama faaliyetlerini dikkate alır ve ulusal parlamentoların teklifin bu ilkeyi ihlal ettiği gerekçesi ile bir teklife karşı çıkmalarına izin verir ki bu teklifin Komisyon tarafından devam ettirilmesi, değiştirilmesi ya da çekilmesinin, ya da Avrupa Parlamentosu ya da konseyi tarafından engellenmesini sonuçlar. Katmanlı yetki ilkesinin ihlali halinde Bölgeler Komitesi CJEU'ya doğrudan atıf yapabilir.<sup>24</sup> Katmanlı yetki ilkesi ayrıca genel olarak AB yetkilerinin geniş yorumu için bazı sınırlar konulması bakımından da önemli bir rol oynamaktadır.

<sup>24</sup> Bkz.: DE NORIEGA, ANTONIO ESTELLA: The EU Principle of Subsidiarity and Its Critique. Oxford University Press, 2002 and DOUGLAS-SCOTT, SIONAIDH: Constitutional Law of the European Union. Pearson Education, 2002. 173-186.p. for more details.

Birlik fiil gerçekleştirebilir, eğer bu hareket Anlaşmalar tarafından Birliğe bahşedilen yetkilerin bir kısmını oluşturuyorsa (AFSJ alanında paylaşılan yetkiler) The Union can act, if the action forms part of the competences conferred upon the Union by the Treaties (shared competences in the field of AFSJ). Yetkilendirilme ilkesi TFEU'da getirilen açık yetkilere dayanılarak doldurulmaktadır. Paylaşılan yetkiler bakımından, AB-düzeyindeki fiiller Anlaşmalar tarafından getirilen amaçları karşılamak için en ilgili olup olmamasına göre dengelenmektedir (katmanlı yetki ilkesi). Birliğin kendi hukukunu uygulaması için son gereklilik şudur ki fiil Anlaşmalar tarafından getirilen amaçlara ulaşmak için gerekli olanı aşmamalıdır (orantılılık ilkesi).

TFEU'da tanımlanan ceza hukuku yetkileri bakımından, *ana içeriğini tanımlayarak katmanlı yetki ilkesini betimlemek gereklidir.*

İlk sorun ulusal ceza hukukundaki ve Avrupa düzeyindeki katmanlı yetki ilkesi arasında *kavramsal bir bağ* kurulup kurulamayacağıdır. Şunu vurgulamak önemlidir ki, bu ikisinin ortak içeriği temelinde, TEU m.5'deki katmanlı yetki ilkesinin yalnızca ilk unsuru katmanlı yetki ilkesi ile (Üye Devletlerde anlamlandırıldığı gibi) bağlantı kurmaktadır. Ceza hukukundaki katmanlı yetki ilkesi (ceza hukuku ve cezai sorumluluk sadece hukuki değerlerin ihlali başka hukuki düzenlemelerin -teorik olarak daha az ağır- araçları ile çözülemiyorsa uygulanmalıdır, detaylı bilgi için Birinci Bölüme bkz.) ulusal kanunkoyucu tarafından yürürlüğe konan farklı yasal düzenlemelerin olasılıkları bakımından gerçek bir karşılaştırma içerir. Bu farklı sosyal olgular için hangi hukuki korumaların harekete geçirileceğine karar verebilir, katmanlı yetki eğer diğerleri sorunlu ihlalin üstesinden gelmek için etkili değilse daha ağır yaptırımların kullanımına izin verir. *Ultima ratio* 'son sınırdaki' durumlar için ceza hukukuna uygun araçları sağlar.

Katmanlı yetki ilkesinin kendisi (Avrupa termiolojisine göre) yerel hukuki rejimlerle kıyaslandığında, Avrupa hukuki düzenlemesine özel bir karakter atfetmesine rağmen, bu kesin olarak AB düzenlemesinin kaydadeğer bir ağırlığı olduğu anlamına gelmemektedir. Yine de bu sistem-temelli bir ağırlık modeli olarak görülebilir; ama ECL alanında değil. Bu şu anlama gelmektedir, ceza hukuku ile ilgili olan

yerel katmanlı yetki ilkesi, bu ilkenin Avrupa yorumu ile kavramsal bir bağa sahip değildir. Bu nedenle eğer ki Avrupa entegrasyonunun etkisi ile değişmezse, ilki “geleneksel” olarak anlaşılmalıdır.

Aşağıda, *Avrupa katmanlı yetki ilkesinin anlamını*, TFEU’NUN ceza hukuku yetkilerinin (özellikle dağılmış *ius puniendinin*) kullanılıp kullanılmadığını analiz etmeliyiz. TEU m. 5 bir ulusal hukuk düzenlemesinin başarısızlığını, katmanlı yetki ilkesinin harekete geçirilmesi için bir önlem olarak gerektirmemektedir ve bu nedenle Avrupa düzenlemesi “sadece ve yalnızca bir fiilin amaçları Üye Devletler tarafından merkezi ya da bölgesel ya da yerel düzeyde tatmin edici şekilde gerçekleştirilememişse” bir ihtimaldir. Bu önkoşul ECL fiiline ihtiyaç varmış gibi anlaşılır, çünkü ulusal önlemler yerel ceza hukuku çerçevesi altındadır. Yine de eğer benzer ihlaller ya da korunan değerlerin tehlikeye düşmesi Üye Devletler tarafından farklı kategorize edilirse (örneğin ceza hukuku altında korunmayan ama kabahat olarak ya da idare hukukundaki başka zorlayıcı rejimlerle korunan<sup>25</sup>) çok sayıda istisna tespit edilebilir. Bu istisnalar, tatmin edici olmadıklarından, “damgalayıcı sorunlar” olarak addedilir.

Şu da belirtilmelidir ki, bir Üye Devletin ihlalle mücadele etmek için ne ceza hukuku ne de başka korumalara başvurduğu, gelecekte ECL tarafından düzenlenmesi hedeflenen, muhtemel bir olayda, Üye Devlet Birlik düzenlemesini engellemek için gerekçeye sahip olacaktır. Şunda şüphe yoktur ki ciddi organize suç açısından (NB: bununla ortak çaba ile mücadele için AFSJ’nin ve ECL’nin yargılama yetkisi) herhangi bir Üye Devletin ceza hukuku tepkisi ihtimalinin yokluğu dışlanamaz. AB politikalarının gerçekleşmesi için gerekli yetkiler ya da dolandırıcılıkla mücadele bakımından, çok değişkenlik gösteren ulusal düzenlemeler gerçektir. Burada şu kaydedeğerdir ki Üye Devletler arasındaki bu farklılıkları eşleştirmeye ve bu durumun zararlı etkilerini gidermek için yeterli çözümler önermeye yönelmiş çok sayıda araştırma projesi bulunmaktadır.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Örneğin düzensiz göçle mücadele ya da birçok trafik suçları vb.

<sup>26</sup> Tender JUST/2011/JPEN/PR/1012/B3 – „Study on criminal sanction legislation and practice in representative Member States” 2012-2013; 19.1.2012 JUST/A4/mps - (2012) 61209.

Avrupa düzeyinde katmanlı yetki ilkesi - eğer harekete geçirilirse- güncel şiddetli tepkileri sonuçlamayabilir, ve bu açıdan, (yerel düzeyde katmanlı yetki ilkesinin harekete geçirilmesi bağlamında) ulusal düzeyle kıyaslanamaz. Avrupa düzenlemesi sadece farklı kurallar ve rejimlerle “başka bir tane”dir, ama yerel ilkelerle, ceza hukuku alanında bile, kıyaslanamaz. Bu nedenle, eğer Avrupa katmanlı yetki ilkesinin (ilk unsuru) önkoşulu karşılanabilirse ve ulusal (ceza) hukuk başarısız olursa, ondan sonra ECL’nin harekete geçmesi ulusal olanlardan ‘daha ağır’ AB rejimlerin - önemli şartlarda- ne varsaydırır ne de gerektirir. Katmanlı yetki kuralı yalnızca bir başka düzenleyici rejimin kurulmasına izin verir. Ancak, ECL alanındaki yetkiler (ve *ius puniendinin* bölünmesi) önemli ağır cezai düzenlemelerle donanmış Avrupa kanunlarının yürürlüğünü dışlamaz. Bu açıkça şu anlamda gelmektedir ki bu yetkiler, ceza hukuku düzenlemesi ilk olarak Avrupa düzeyinde ortaya çıktığında, suçları (ve cezaları, ‘tanımlama yetkisi’) tanımlamak için de, aynı zamanda başkaları için - iç hukukta artan aynı sosyal değer ihlali durumunda-, kullanılabilir. Bu durumda Birlik (başarısız) iç hukuk düzenlemesi yerine aynı (ya da karşılaştırılabilir) değerlerin korunması için hareket edecektir.

Bu noktada, *katmanlı yetki ilkesinin ikinci unsurunun* daha fazla incelenmesine gerek yoktur, yalnızca üsluptaki çok sayıda garipliklerini göstermek istiyorum: Madde önerilen amaçlar için (genel olarak) ‘kazanım’ yerine ‘daha iyi kazanım’ ifadesini kullanmaktadır. Kelime anlamıyla ‘daha iyi kazanım’, ‘kazanım’ olarak ifade edilmeden kaydadeğer biçimde farklıdır ve onu izleyen ‘yeterli biçimde ulaşılamamış’ ifadesi ile çelişkili değildir. Bu şu şekilde de tercüme edilebilir; yeni hukuk amaçlara ulaşıcaktır ve daha iyi olacaktır. Maddenin bunu ‘kasten’ farklılaştırdığı varsayımını savunmuyorum, bu nedenle bu ikinci unsur C/UL normunun C/UL ile belirtilen amaçlara ulaşabileceği beklentisini ifade edecek biçimde anlaşılmalıdır.

## 5. Özet

Yukarıda kanıtlandığı üzere, ultima ratio ilkesi, her ne kadar yetkiler bulunsada (m.83/2 ve m. 325/4), ultima ratio ilkesinin (gösterildiği üzere) sınırlı yorumunun ECL yasaması için kapı aralayıcı bir rol

oynadığı durumda, ECL yasaması için genel bir hukuki temel olarak kullanılamaz.

Ultima ratio Birlik kurumları için etkili bir kanıt olarak kullanılabilir, yine de bu araştırmanın merkez noktası ceza hukuku olduğundan, şu açıktır ki AB belgelerinde katmanlı yetki ve ultima ratio ilkeleri sıklıkla birbiriyle değiştirilebilir tarzda gözükmektedir. MANİFESTO iki ilkedenden de bahsedip şunu söyleyerek açık bir tavır almaktadır:

*“Avrupa kanunkoyucusu sadece önemli bir menfaati korumak için bir fiilin cezalandırılmasını eğer gerekliyse ve tüm diğer tedbirlerin o menfaati korumak bakımından yetersiz kaldıkları kanıtlandıysa, talep edebilir. Sadece bu durum gerçekleştiğinde ceza hukuku ‘gerekli’ ve Avrupa orantılılık ilkesi ile uyumlu olarak görülür”*

Genel olarak, ceza hukukundaki katmanlı yetki ilkesinin tatmin edici içeriği, lafız benzer olsa da, Avrupa katmanlı yetki ilkesi ile bağlantılandırılmaz.