

CEZA HUKUKU AÇISINDAN TERÖRİZMİN TAKİBİ VE AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU ETKİSİ ALTINDAKİ POLİTİK AŞIRILIK^(*)(**)

Yazar: Prof. Dr. Mark A. Zöllner, Trier^(***)

Çeviren: Dr. jur. H. Sefa ERYILDIZ, LL.M. (Berlin FU)^(****)

Bu makale Ceza Hukuku ile terörizm ve siyasi aşırılık arasındaki karmaşık ilişkinin ana hatlarının belirlenmesi amaçlamaktadır. Alman yasa koyucunun, cezalandırılabilir hareketi, zamansal olarak ileri taşımaya odaklanan güncel stratejisini ve bu stratejinin yasal sınırlarını tanımlamaktadır. Söz konusu stratejinin tipik örnekleri, suç ve terör örgütlerinin gerçekleştirdiği eylemlerdir. Alman Ceza Mahkemeleri tarafından kullanılan 'örgütler' teriminin genel tanımı, Terörizmle Mücadele (2002) ve Organize Suçlar (2008) başlıklı Avrupa Birliği çerçeve kararlarının çok daha genişletilmiş formülasyonundan büyük oranda etkilenmiştir. Bununla birlikte, Avrupa Birliği Sözleşmesi'nin 4. maddesinin 3. fıkrasında yer alan sadakat prensibi, Alman mahkemelerini, Ulusal Ceza Yasası'nın Birlik Hukuku çizgisinde yorumlanmasına yönelik zorlamaktadır. Bu yorumlama iki veya daha fazla kişi tarafından gerçekleştirilen suçların farklı işleniş formları arasındaki farklılıkların dikkate alınmasını imkânsız kılmaktadır. Bu durum hukuk devleti ilkesi açısından, terör ve aşırılık hareketlerinin erken aşamalarının cezalandırılmasının nasıl meşru hale getirilebileceği sorusuna yönelmektedir

I. NSU-Yargılaması

Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin 101 numaralı salonunda bir yıldan fazla süredir ve bu arada 100'ü aşkın duruşma günüdür zaman zaman tuhaf ve inanılması güç olan bir oyun sergilenmektedir. Bunun sebebi, Beate Zschäpe ve diğer dört sanığın⁽¹⁾, başkaca suçlamaların yanı sıra, birden fazla nitelikli adam

* Yazarın 9.5.2014 tarihinde gerçekleştirilen 'Suça İlişkin Radikalleşmenin Psikolojisi' adlı konferansta dipnotlarıyla birlikte sunduğu giriş konuşmasının hafif genişletilmiş metnidir. Sunum şekli ağırlıklı olarak muhafaza edilmiştir.

** Makale 'Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik' adlı derginin 2014 senesi 9. sayısında yayımlanmış ve yazarın rızasıyla Türkçeye çevrilmiştir. Makale metninin kelime anlamına büyük ölçüde sadık kalınmakla birlikte, mana itibarıyla en uygun ve anlaşılır anlatım şekli tercih edilmiştir. Makalede yer verilen tüm ifade ve düşünceler yazara ait olup, yalnızca kendisini bağlar.

*** Trier Üniversitesi Hukuk Fakültesi Alman, Avrupa ve Uluslararası Ceza Hukuku, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Ekonomi Ceza Hukuku Anabilim Dalı Profesörü.

**** sefaeryildiz@hotmail.com

¹ Ralf Wohlleben, Carsten S., Holger G. ve André E.

öldürme ve adam öldürmeye teşebbüs, ağır kundaklama, bombalama ve terör örgütüne üyelik suçlarından sorumlu tutulmaları gereken 'NSU-Yargılaması'dır. Dava, Almanya Federal Cumhuriyeti'nin yakın tarihindeki en önemli yargılamalarından birisi olarak kabul edilmektedir. Somut olarak; ağır nitelikte ve ekseriyetle (uyuşturucu ve para) tedarik suçlarından sorumlu olmanın yanında, adını kendilerinin koydukları 'Nasyonel Sosyalist Yeraltı Yapılanması'⁽²⁾ çatısı altında 2000 ve 2007 seneleri arasında bilhassa Türk ve Yunan kökenli toplam on kişiyi öldüren, muhtemelen üç kişilik aşırı solcu bir grubun filleri söz konusudur.

Problem sadece NSU'nun muhtemel üç üyesinden ikisinin ölmüş olmasıdır. İhtimal o ki, Uwe Böhnhardt ve Uwe Mundlos, Eisenach'da bir banka soygunu sonrasında polis tarafından yakalanmamak için Kasım 2011'de intihar etmiştir. Ve grubun, medyada 'Nazi gelini' olarak bilinen, somut iştiraki ve Böhnhardt ve Mundlos ile ilişkisi Yüksek Federal Savcılığı'nın tüm iddialarına rağmen halen belirsiz gözükten üçüncü üyesi Beate Zschäpe, şu ana kadar konuya ilişkin sessizliğini korumaktadır. Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi 6. Ceza Dairesi'nin şu an nankör bir görevi var, yıllarca doğrudan yer altında yaşayan sadece üç kişinin hakkında bilgi sahibi olduğu olayları aydınlatmak. Hukukçular bunu emare yargılaması olarak adlandırmaktadır. Emare yargılamasıyla gerçeğin ortaya çıkartılabilmesine inanmak safiyane olacaktır. Bu nedenle yargılama, ana şüphelisinden birçok müdahiline kadar bütün taraflar için hayal kırıklıkları ile bitebilir.

II. Terörizm ve Politik Aşırılığın Ceza Hukuku İle İlişkisinde Yanlış Kanılar

Üzerine daha birçok şey söylenebilecek⁽³⁾ – kendimi bununla sınırlandırmak istiyorum - NSU davası, Ceza Hukuku'nun, terörizm ve politik aşırılık gibi fenomenlerle olan ilişkisi hakkında geçerli olan yanlış kanılar için de açıklayıcı bir örnek teşkil etmektedir. Önceden olduğu gibi medya dünyasında, 'sol terör hâkim karşısında', 'aşırı sol terör şebekesi', 'sol terörü' veya 'neonazi terörü' gibi manşetler atılmaktadır. Gerçi bu, heyecan verici gelmekte ve şüphesiz buna bağlı olarak satış ve – online medya zamanında daha da önemli olan – tıklama oranlarını arttırmaktadır, ancak geçerli hukuksal durum ile çok az bağlantılıdır.

² Nasyonel Sosyalist Yeraltı Yapılanması'na ilişkin hadiselerin, literatürde ele alındığı ve tasvir denemelerinin mevcut olduğu *Baumgärtner/Böttcher*, *Das Zwickauer Terror-Trio*, 2012; *Fuchs/Goetz*, *Die Zelle*, *Rechter Terror in Deutschland*, 2012; *Gensing*, *Terror von rechts*, 2012; *Aust/Laabs*, *Heimatschutz*, *Der Staat und die Mordserie des NSU*, 2014; şu yazıları da karşılaştır, içinde: Förster (Editör), *Geheimsache NSU*, 2014.

³ Güvenlik kurumlarının yeniden yapılandırılması ihtiyacının yanı sıra, özellikle medya ilgisinin fazla olduğu yargıla-malarda, kamuya açıklık ilkesinin (karşılaştırınız, Alman Mahkeme Teşkilatı Kanunu m. 169) nasıl uygulanacağı tartışılmaktadır; bu noktada bakınız örneğin *Gusy*, ZRP 2012, 230; *Pfahl-Traughber*, *Kriminalistik* 2013, 17; *Schumann*, DRIZ 2013, 254; v. *Dömming/Pichl*, FoR 2014, 5; *Hegmann*, DRIZ 2014, 202; *Schuster*, ZRP 2014, 101.

Bir kere öncelikle hukuki açıdan bir husus izah edilmelidir: Almanya Federal Cumhuriyeti'nde kişi terörist olduğu için cezalandırılmaz. Bundan birçok hukukçu dahi haberdar değildir. Bunun nedeni, terörizmin bağımsız bir suç tipi olarak mevcut olmamasıdır.⁽⁴⁾ Dolayısıyla kişinin sadece kendisini terörist olarak algılaması veya başkaları tarafından, örneğin soruşturma makamları tarafından, bu şekilde algılanması gerekçelerine dayanılarak, kişi ceza hukuku bakımından takibata maruz bırakılamaz. Diğer ülkelerden farklı olarak Alman Hukuku yasal bir terörizm tarifini de tanımamaktadır. Bu husus vazgeçilebilir olarak da görülebilir, çünkü ne Alman Ceza Kanunu'nda ne de Tali Ceza Hukuku'nda* (=Nebenstrafrecht) dilsel olarak terör kavramına ilişkin suç unsurları öngörülmemiştir. Ve nihayet bizde, teröristler için özel ceza aralıkları da yoktur. Böylece örneğin adam öldürme suçu işleyen bir teröristin, sırf bu sebeple olağan bir suç failinden zorunlu olarak daha ağır cezalandırılacağı şeklinde bir şey yoktur.

Şahsi kanaatime göre bu durum temelde doğrudur. Şiddet eğilimli terörist yahut radikalleri diğer katillerden, adam yaralayanlardan, rehincilerden veya mala zarar verenlerden ayıran, onların özel motivasyonlarıdır.⁽⁵⁾ Bu nedenle, daha yerinde olarak terör ya da radikal motivasyonlu suç faillerinden söz edilmelidir. Özellikle terör motivasyonlu suç faileri, bu özel motivasyona ilişkin olarak iki hedef takip ederler – doğrudan veya ara hedef ve dolaylı ya da nihai hedef.⁽⁶⁾ Ara hedef, korku ve paniğin yayılmasından teşekkül eder. Terör – en azından Alman hukuk anlayışına göre – bir suç değil, aksine her şeyden evvel bir iletişim stratejisidir. Bu yola başvuran, rakiplerini açık bir mücadele veya aleni bir politik tartışmada mağlup edebilmek için, gerekli maddi ve çoğunlukla askeri araçlara sahip olmayan kişidir. Terörist bu surette ikinci bir adımda nihai hedefine daha da yaklaşmayı istemekte, yani kendi politik, dinsel ya da diğer ideolojik hedeflerine göre şekillenen bir toplumsal durum arzu etmektedir.

⁴ Zöllner, Terrorismusstrafrecht, Ein Handbuch, 2009, S. 2; aynı yazar, GA 2010, 607 (611); aynı yazar, StV 2012, 364.

* Özel ceza yasaları ve suç içeren diğer yasalar.

⁵ Buna ilişkin ayrıntılı olarak ayrıca Zöllner (Dipnot 4), S. 146 vd.; aynı yazar, JZ 2007, 763 (764); aynı yazar, GA 2010, 607 (611 vd.); Kühne, içinde: Feltes ve diğerleri (Editör), Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen, Festschrift für Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag, 2006, S. 103; Weigend, içinde: Griesbaum ve diğerleri (Editör), Strafrecht und Justizgewährung, Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag, 2006, S. 151 (162); Weißer, JZ 2008, 388 (390); Herzog, Terrorismus, Versuch einer Definition und Analyse internationaler Übereinkommen zu seiner Bekämpfung, 1991, S. 93 vd.; Weber, Europäische Terrorismusbekämpfung, Das Strafrecht als Integrationsdimension der Europäischen Union, 2008, S. 53 vd.

⁶ Daha detaylı olarak Zöllner (Dipnot 4), S. 211 vd.

Güncel bir örnek olarak, Afganistan'daki bir seçim lokalinin önünde bomba patlatan (radikal) islamcı* bir intihar bombacısını ele alalım. Elbette bu bombacı, mümkün olduğu kadar çok insanı öldürmeyi ya da en azından yaralamayı ve ağır maddi zarara sebebiyet vermeyi istemektedir. Ancak bu olay, saldırganın kendi kişiliğinde kök salan şahsi çıkarı ya da bencil güdülerini nedeniyle gerçekleşmemektedir. (Radikal) İslamcı için söz konusu olan belirli bir nihai hedefdir; halifelığı tekrar getirmek ve batılı askeri birlikleri ülke topraklarından defetmek suretiyle, Afgan halkını doğru inanca tekrar geri döndürmek. Bombacı, bu nihai hedefe ulaşmak için Afgan halkı ve askeri koruma birliklerinde görev yapanlar arasında korku ve panik yaymaktadır. Saldırı yerini adeta keyfi olarak seçmekle, kendisinin ya da dâhil olduğu organizasyonun her zaman, her yerde ve herkese karşı saldırıda bulunabileceği mesajını vermektedir. Ve tüm bunlar, düşmanlar yok edilene ve/veya takip edilen ideolojik hedefler gerçekleştirilene kadardır. Modern terörizmin temel mesajı o halde 'güvende değilsin, devlet seni koruyamazdır!'. Bu surette mevcut güç yapıları sarsılabilir. Şayet bir yerde devletin vatandaşını etkili bir şekilde koruyamadığına dair bir kanaat yerleşirse, teröristler iğne batırma taktikleri sayesinde uzun vadede kolluk güçlerinin halk içerisindeki desteğini kaybetmesini umarlar.⁽⁷⁾

Terörist, şiddet mesajını doğrudan tanık ve mağdur üzerinden etkili bir şekilde yayabilmek için kamuoyunun dikkatine muhtaçtır. Saldırıları, filleri, mesajları ve hedefleri hakkında konuşulması, haber yapılması ve tartışılması kendisi için hayati öneme sahiptir. Bu bakımdan her şeyden evvel modern kitle iletişim araçları kendisinin hayatı iksiridir. Kulağa ne kadar çelişkili gelebilse de: Teröristler ve keza radikallerle en iyi mücadele, onlara karşı çabaladıkları özel ilgiyi göstermekten kaçınmakla, televizyonlarda özel yayınlar yapamamak, internette canlı takip sistemi kurmamak suretiyle onları dikkate almamakla ve hukuken onlara özel bir statü sağlamamakla olur. Elbette bu durum, modern kitle iletişim araçları çağında ve hepimizin içinde doğuştan var olan sansasyon açlığı dolayısıyla kulağa ütopyik gelmektedir. Eğer bu uyarı ciddiye alınmaz ise neler olacağını, Almanya Federal Cumhuriyeti'nde 1970'li ve 1980'li yıllarda, üyeleri ve sempatanları kısmen bugüne kadar kendilerini siyasi sebeplerle takibata uğrayan yahut siyasi mahkûm olarak lanse eden, radikal sol kızıl ordu fraksiyonu (=Roten Armee Fraktion/RAF) ile bağlantılı olarak gördük.

* Yazar metnin bu ve bundan sonraki bazı noktalarında Almanca olarak 'islamistisch' (=İslami) ve 'Islamisten' (=İslamcı) tabirlerini kullanmaktadır. Bu kavramlara Türkçede karşılık gelen ifadelerin yanlış anlaşılmalara sebep verebileceği düşüncesiyle, söz konusu kelimelerin önlerine 'radikal' kelimesi eklenmiştir. İslam dininin, terör eylemlerine ve teröristlere asla cevaz vermediğini de belirtmek isteriz

⁷ Zöllner, GA 2010, 607 (613).

III. Hukuk ve Duyguların Karıştırılması

Alman Hukuk kategorilerinde teröristler ve radikaller, öncelikle diğer herkes gibi suç failidirler. Bu kişilerin özel saikleri kural olarak yasal suç tipinin esaslı unsuru değildir. Bu kurala mutlaka sıkı sıkıya bağlı kalınmalıdır. Hukuk devleti kendisini tam olarak da, bu türlü saiklerle hareket eden faile, diğer adi suçluya nazaran ne daha kötü, ne de biraz olsun daha iyi muamele etmek suretiyle gösterir. Bu kişilere mahsus olarak, sözüm ona diğer bütün vatandaşlar gibi aynı güvenceye ve haklara layık olmayan devlet düşmanlarının söz konusu olduğu gerekçesiyle, bazılarının memnuniyetle 'Düşman Ceza Hukuku'⁽⁸⁾ olarak isimlendirdiği, başka bir hukuk yaratılsaydı, tam da terör ve radikal motivasyonlu suç failerin hedeflemiş oldukları şey yapılmış olurdu. Her sansasyonel saldırı akabinde doğrudan ve daha da yüksek sesle yasa koyucuya yapılan çağrı, sadece can sıkıcı değil, ayrıca aslında ters etkilidir. Alman yasa koyucu en son 2009 senesinde, Devleti Güvenliği Aleyhine Ağır Şiddet Fiillerine Hazırlığın Takibi Yasası (GVVG)⁽⁹⁾ ile, terörist ve radikal saldırıların öncesinde icra edilen ön alan hareketleri için yeni, aşırı problemli suç tiplerinin düzenlenmesi suretiyle bu hataya düşmüştür (Alm. CK. md. 89a, 89b, 91).⁽¹⁰⁾ Bu nedenle suç takibati bilhassa, yalnızca devlet güvenliği alanında olmamak üzere, zorunlu olarak

⁸ *Jakobs* tarafından ortaya atılan Düşman Ceza Hukuku hakkındaki tartışmaya ilişkin olarak karşılaştırınız, sadece genel bir bakış *Zöllner* (Dipnot 4), S. 272 vd., diğer kaynaklarla birlikte.

⁹ BGB1. I 2009, S. 2437.

¹⁰ Devlet Güvenliği Aleyhine Ağır Şiddet Fiillerine Hazırlığın Takibati Yasası'ndaki yeniliklere yönelik ve esas itibarıyla eksik olan belirlilik, ceza normlarının ölçsüzlüğü ve bununla birlikte ceza muhakemesine ilişkin soruşturma yetkilerinin genişletilmesi noktalarını hedef alan eleştiriler hakkında, karşılaştırınız sadece, *Zöllner*, içinde: Wolter (Editör), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 132. Fasikül, durum: Nisan 2012, § 89a Kn. 4 vd. diğer kaynaklarla birlikte. Az da olsa destekleyici görüşler için; *Gierhake*, Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht, 2013, S. 289 vd.; *Petzsche*, Strafrecht und Terrorismusbekämpfung, 2013, S. 94 vd.; buna karşın ikna edici olmayan *Kubicjel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, hukuk teorisi temelinde özellikle Alm. CK. 89a maddesinin meşruiyetinin onaylanabileceğine inanmakta ve kendi konumu açısından detaylı gerekçelendirmeksizin maddeyi eleştirenleri, itirazlarının 'hedefi ve temellerinin' karanlıkta bırakılmasıyla suçlamaktadır; uygulamadan ilk görüşler de Alm. CK. 89a maddesinin her durumda sınırlı şekilde uygulanmasına yöneliktir; karşılaştırınız, bu noktada örneğin KG StV 2012, 345; daha yakın tarihli BGH 3. *Strafsenat* (3 StR 243/13) 8.5.2014 tarihli kararında, cezalandırmanın ön plana taşınması ve suçun maddi unsurunun bu şekilde sosyal açıdan tarafsız hareketleri de kapsayacak biçimde geniş düzenlenmesine ilişkin olarak, normun sınırlandırıcı biçimde yorumlanmasını, Fiil Ceza Hukuku'nun esaslı ilkelerinin, kusur prensibinin ve dolayısıyla temel anayasal ilkelerin korunması amacıyla gerekli olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre, failin hali hazırda, devletin güvenliğine karşı ağır bir şiddet suçu işlemeye kesin kararlı olması gerekmektedir; failin bunu sadece mümkün olarak görmesi ve onaylayarak göze alması yeterli değildir.

hukuk ve hislerin birbirlerinden ayırıt edilmesini şart koşar. Elbette göçmen kökenli insanların, yabancı düşmanlığı saiki ile sinsice katledilişi, insan onurunu aşağılayıcı ve ahlaki bakımdan kınanabilir. ⁽¹¹⁾ Bu bakımdan kamuoyunun NSU cinayetlerine öfkesi sadece anlaşılabilir değil, aynı zamanda mağdurların geride kalan yakınları bakımından münasip olmanın da ötesindedir. Fakat hukukçular için bu türdeki bakış açıları prensip olarak ilkin cezanın belirlenmesi aşamasında bir rol oynamaktadır. ⁽¹²⁾ Nihayetinde Alman Ceza Kanunu'nun 46. maddesi açık bir biçimde, mahkemenin somut cezanın belirlenmesi aşamasında, failin lehine ve aleyhine olan hususları karşılıklı olarak tartmak zorunda olduğundan söz etmektedir. Bu noktada özellikle failin saikleri ve hedefleri, ayrıca fiilinden ortaya çıkartılan tasavvuru ve suçun icrasında ortaya koyduğu manevi çaba göz önünde bulundurulmalıdır.

IV. Adli Soruşturma Makamlarının İkilemi

Radikal ve terörist motivasyonlu suç faillerinin Ceza Hukuku'nun geleneksel enstrümanları ile muamele görmeleri, ilk bakışta hukuk uygulayıcılarının önüne olağan dışı problemler çıkartmamaktadır. Bu tür kişiler, Ceza Kanunu'nun ve Tali Ceza Hukuku'nun örneğin öldürme suçları (Alm. CK. m. 211 vd.), yaralama suçları (Alm. CK. m. 223 vd.), kişi hürriyetine karşı suçlar (Alm. CK. m. 239 vd.) ya da Silah Kanunu'nun (m. 51 vd.) veya Patlayıcı Madde Kanunu'nun (m. 40, 42) ihlali gibi klasik suç tiplerini planlar, teşebbüs ve icra ederler. Bu çerçevede ardında yatan sebepler için duyulan bütün öfke ve şu ana kadar ki yargılama sürecine rağmen, Münih NSU-Davasası terörist veya radikal değil, aksine öncelikle bir (nitelikli) cinayet yargılamasıdır. Ceza Hukuku araçlarına başvurulması ilk olarak, radikallere ve teröristlere çok ya da az göz yumulmasının, yani amaçladıkları suçları gerçekleştirmelerine müsaade edilmesinin, anayasal, toplumsal ve hukuk politikası açıdan tahammül edilemez olarak kabul görmesiyle karmaşık hale gelmektedir. Güvenlik makamları açısından şiddet suçlarının icra aşamasına ulaşması elbette asla istenmemektedir. Daha ziyade, potansiyel saldırganlar mümkün olduğunca fiillerinin ön alanında, negatif özel önleme yoluyla, yani en nihayetinde tutuklanmaları suretiyle ortadan kaldırılmalıdır. Bu anlaşılabilir istek Ceza Hukuku açısından ise problemlidir, zira adli soruşturma ilk olarak

¹¹ Siyasi ve terörist saiklerle adam öldürmede, suçla ilişkin ilgili nitelikli hallerde (=Mordmerkma-
le) Zöllner (Dipnot 4), S. 458 vd.

¹² Bu bakımdan, Alm. CK. 211. maddesine göre yaptırım olarak mecburi ömür boyu hapis cezası öngören adam öldürme suçu istisna teşkil etmektedir. Fakat bu tür bakış açıları, nitelikli adam öldürme hallerinde Alm. CK. m. 57a uyarınca şartlı salıverme sorusuyla birlikte, kusurun özel ağırlığının tespiti çerçevesinde anlam kazanabilir.

takip edilebilir bir suç için 'yeterli ve somut bağlantı noktalarının' mevcut olması (karşılaştırınız Alm. CMK. m. 152/2), yani başlangıç şüphesinin varlığı halinde başlatılabilir. Alışıl gelmiş formüle göre polis ya da savcılık için bu türdeki bir başlangıç şüphesi, kriminolojik tecrübeler uyarınca hali hazırda gerçekleştirilmiş, takip edilebilir ve cezalandırılabilir bir hareketi mümkün olarak gösteren somut bağlantı noktalarının mevcut olması halinde söz konusudur.¹³⁾ Dolayısıyla ceza muhakemesi yapısı gereği bastırıcı, geçmişe ilişkin ve hali hazırda gerçekleşen hukuki menfaatlerin tehlikeye sokulması yahut ihlal edilmesine yöneliktir.

Ve cezalandırılabilir hareket ya da ihmal; – en azından prensip olarak¹⁴⁾ – vücut bütünlüğü, yaşam veya malvarlığı gibi korunmaya değer hukuki menfaatlerin ihlaline fail tarafından en azından teşebbüs edilmiş olmasını şart koşar. Ancak saldırının başlangıcı öncesinde tam olarak böyle bir durum söz konusu değildir. Polis ve savcılık bu nedenle bilhassa devletin güvenliğine karşı işlenen suçların takibinde (karşılaştırınız, Alman Yargılama Teşkilatı Kanunu m. 74a, 120) sık sık bir ikilem içerisinde kalmaktadır: Ya şüpheli kişiye karşı gerçekleştirdikleri müdahaleleri çok erken, yani zaman itibarıyla planlanan fiilin icrasından çok önce olmaktadır. Gerçi böylece düzenli olarak yakın saldırı engellenmektedir, ancak şüpheliler henüz (yürürlükteki bir suç tipi anlamında) hazırlık hareketlerini aşan, elle tutulur bir eylemde bulunmadıklarından, muhtemelen serbest bırakılacaklardır. Ya da müdahale çok geç gerçekleşebilir. Bu durumda gerçi suça katılanlar ceza hukuku bakımından takip edilebilirler, fakat mağdurlar hali hazırda ölmüş veya vücut dokunulmazlığı, mülkiyet gibi başkaca hukuki menfaatler zarar görmüş olacaktır. Sonrasında siyasette ve medyada genellikle saldırının engellenememesi nedeniyle güvenlik güçleri içerisinde (olası) sorumlu ya da sorumluların arayışı başlar.

Alman soruşturma makamları bu tür olaylarda sıklıkla istihbarat çevrelerinden, çoğunlukla yabancı müttefik olan Amerikan veya İngiliz istihbarat servisleri üzerinden, Almanya'da saldırı planladıklarına yönelik bağlantı noktaları bulunan şüpheli kişiler hakkında bilgi almaktadır. Uygulamada bu mekanizmaların nasıl işlediğini, 'Sauerland-Grubu' olayındaki soruşturmalar açıkça göstermektedir: Olayın konusunu, Pakistan ile Afganistan sınırında mukim İslami Cihat Birliği'nin

¹³⁾ Karşılaştır BVerfG NStZ 1982, 430; *Gercke*, içinde: Gercke ve diğerleri (Editör), Heidelberg Kommentar Strafprozessordnung, 5. Bası 2012, § 152 Kn. 11; *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 57. Bası 2014, § 152 Kn. 4; *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Bası 2012, Kn. 311; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Bası 2012, § 39 Kn. 15.

¹⁴⁾ Hali hazırda hazırlık hareketlerini ceza altına alan istisna haller, örneğin Alm. CK. m. 83, 89a, 89b, 91, 98, 149 veya 234a/3'de yer almaktadır.

(=*Islamischen Jihad-Union*, IJU) yaşları 23 ile 30 arasında değişen dört kişilik Alman hücresi teşkil etmektedir. 2006 senesinin ekim ayında Amerikan Ulusal Güvenlik Servisi (= *National Security Agency*, NSA), Almanya ile Pakistan arasında gerçekleşen ve Amerikan Yurt Dışı İstihbarat Servisi'ni (= *Central Intelligence Agency*, CIA) konu edinen alışılmışın dışında yoğun mail trafiğini Alman Federal İstihbarat Birimi'ne iletir ki, burası da akabinde Federal Anayasayı Koruma Teşkilatı'nı devreye sokar. Nihayetinde Berlin'deki Teröre Karşı Ortak Savunma Merkezi yetkiyi devralır. Burada Alman İstihbarat Servisi çalışanları ile Amerikan Yurt Dışı İstihbarat Servisi temsilcilerinin yakın bir şekilde birlikte çalıştığı bir çalışma grubu kurulur. 2007 senesi eylül ayında gerçekleştirilen harekâta kadar, 'Alberich Operasyonu' adı altında yaklaşık 500 memur tarafından gün boyunca bütün şüpheliler gözetlemiş, telefonları, evleri ve arabaları dinlemiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu tür olaylar, Alman güvenlik birimlerinin dost ülke istihbarat birimlerindeki bilgilere ne kadar bağımlı olduğunu da göstermektedir. Dolayısıyla her kim – yerinde sebeplerle de olsa – Alman Hükümeti'nin 2013 yazında patlak veren 'NSA' hadisesine⁽¹⁵⁾ karşı bu zamana kadar halen çok temkinli davrandığı⁽¹⁶⁾ hususunda galeyana geliyorsa, kendisine en azından alternatifin ne olması gerektiğini sormalıdır. Sonuç itibarıyla Almanya Federal Cumhuriyeti, Amerikan Ulusal Güvenlik Servisi'nin önceki yıllardaki kapsamlı dost ve düşman gözetlemelerinden devamlı surette istifade etmiştir. İtirafı o kadar acı ki: Almanya'daki birçok saldırı, yalnızca Amerikan istihbarat birimleri tarafından zamanında aktarılan bilgiler sayesinde engellenmiştir. Elbette bunu – hem Alman hem de Amerikan tarafındaki - bütün politik sorumlular bilmektedir. Bu durum Alman hükümet yetkilileri tarafından hassas bir dengelemeyi gerekli kılmaktadır. Bir taraftan, halkın genel öfkesi ve iç politikadan gelen baskı karşısında NSA'nın muhbirlik faaliyetleri nedeniyle öfkeli gibi davranmak zorundadırlar. Diğer taraftan, güvenlik alanında yardımlarına muhtaç oldukları Amerikalı müttefiklerini gücendirmemek için bunu abartmamalıdır.

¹⁵ Belki bunun istisnası, hem bir Alman Federal İstihbarat Servisi çalışanının hem de Alman Savunma Bakanlığı'nda çalışan bir yetkilinin Amerikan Gizli Servisi tarafından casusluk faaliyeti amacıyla kullanılmasının ortaya çıkması üzerine, Berlin'deki Amerikan Büyükelçiliği'nde görevli Amerikan İstihbarat Servisi temsilcilerinin 2014 Temmuzunda sınır dışı edilmesi olabilir.

¹⁶ Bu çok boyutlu bütüncül karmaşaya, her şeyden evvel Alman vatandaşlarından Federal Meclis Vekillerine ve Başbakan Merkel'e kadar Amerikan İstihbarat Servisi NSA tarafından sistematik casusluk faaliyetleri yapıldığının, muhbir Edward Snowden tarafından ifşası dâhildir.

V. Ceza Hukuku Uygulamasının Öne Çekilmesi

Demek ki, özellikle terör ve politik aşırılık alanlarında, birbirleriyle uyumu zor olan iki anlayış karşı karşıya gelmektedir: Bir taraftan, teröristler ve radikaller genel itibarıyla öyle tehlikeli kabul edilmektedirler ki, bunlardan kaynaklanan tehlike potansiyelinden kaçınmak amacıyla, gerçekleştirmeleri muhtemel saldırıların henüz ön alanında özgürlüklerinin kısıtlanması suretiyle yaptırıma uğramaları istenilmektedir. Diğer taraftan, Ceza Kanunu'nun (nitelikli) cinayet (Alm. CK. m. 211), kasten öldürme (Alm. CK. m. 212) ya da kasten yaralama (Alm. CK. m. 223 vd.) gibi klasik suç tipleri, ceza soruşturmasının başlatılması ve yürütülmesine ilişkin hukuki koşullar ile etkileşim içerisinde daima geç kalmaktadır, zira fiil hali hazırda gerçekleştirilmiş, hukuki menfaat ihlal edilmiş ve deyim yerindeyse 'çocuk' çoktan kuyuya düşmüştür.

Bu ikilemden tekrardan iki çıkış yolu vardır: Ya Ceza Hukuku'nun radikalizm ve terörizm ile mücadelede uygun araç olmadığı kabul edilecek ve zamansal olarak suçun icrasının öncesine tekabül eden suçlara ait alan, Tehlikenin Önlenmesi Hukuku ya da istihbarat hizmetleri rejimine, yani Federal Anayasayı Koruma Teşkilatı, Federal İstihbarat Teşkilatı (BND) ve Askeri Koruma Hizmetlerine (MAD) devredilecektir. Sonucusu hukuk devleti bakış açısı altında daha az çekici gözükmemektedir, çünkü istihbarat servislerinin faaliyetleri ceza soruşturmasının aksine, başlangıç şüphesi, masumiyet karinesi, adil yargılanma ilkesi, aydınlatma yükümlülüğü ve savunma hakları gibi garantilere bağımlı değildir.⁽¹⁷⁾ Dolayısıyla tamamıyla hukuka uygun hareket şekillerini de hedef olarak kavrayabilirler.⁽¹⁸⁾ Buna ek olarak, Almanya'daki istihbarat servisleri tarihsel nedenler dolayısıyla (anahtar sözcük: ayırım kuralı)* zorlayıcı yetkilere sahip olamazlar.⁽¹⁹⁾ Böylelikle

¹⁷ Zöller (Dipnot 4), S. 509; aynı yazar, GA 2010, 607 (617).

¹⁸ Zöller, JZ 2007, 763 (765).

* Polis teşkilatı ile istihbarat servisleri arasında, özellikle yetki bakımından ayırım yapılması kuralı.

¹⁹ Karşılaştırınız, Alm. AY. m. 73 Nr. 10, 87/1 2. cümle; Federal Devlet ve Eyaletlerin Anayasa'nın Korunması Konusunda İş Birliği Yapması ve Anayasa'yı Koruma Teşkilatı Hakkında Yasa m. 2/1 3. cümle, m. 8/3 (BVerfSchG=Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz) md. 2/1 3. cümle, 8/3; Alman Federal İstihbarat Teşkilatı Yasası m. 1/1 2. cümle, 2/3 (BNDG=Gesetz über den Bundesnachrichtendienst); Askeri Koruma Hizmetleri Yasası m. 1/4, 4/2 (MADG=Gesetz über den militärischen Abschirmdienst); ayırım kuralı ve bunun anayasal statüsü hakkındaki tartışma örneğin Dorn, Das Trennungsgebot in verfassungshistorischer Perspektive, 2004; König, Trennung und Zusammenarbeit von Polizei und Nachrichtendiensten, 2005; Streiß, Das Trennungsgebot zwischen Polizei und Nachrichtendiensten im Lichte aktueller Herausforderungen des Sicherheitsrechts, 2011; Zöller, Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten, 2002, S. 311 vd.; Nehm, NJW 2004, 3289.

bilhassa şüpheli teröristleri veya radikalleri tutuklayamaz ya da dairelerini arayamaz ve delillere el koyamazlar. Bunun yerine asli görevleri, federal devlet ve eyaletlerde güvenliği tehlikeye sokabilecek çabalar hakkında, siyaseten karar verme yetkisine sahip olanların bilgilendirilmesinden ibarettir. Demek ki eğer terörizm ve radikalizm ile mücadele, İstihbarat Hizmetleri Hukuku'na tevdi edilmek istenilmiyorsa, bir çıkış yolu da, radikal ya da terör motivasyonlu suç eğilimlerinin ön alanında, hali hazırda soyut tehlikeleri kapsayan suç tipleri yaratmaktan geçmektedir. Böylece örneğin silah, patlayıcı madde veya başkaca suç aletlerinin tedarik edilmesi, sonraki bir suçun icrası bakımından avantaj sağlayacak becerilerin eğitimi ve öğretimi ya da aynı tasavvurlara sahip diğer şiddete meyilli kişilerle iletişimin sağlanması gibi hazırlık aşamasında gerçekleştirilen tipik fiillerden ortaya çıkan hareket türlerinin cezalandırılması gerekmektedir. Bu şekilde bir suçun kural olarak cezalandırılmayan hazırlık aşaması, en azından kısmen ceza altına alınmaktadır.

Hukukçular bunu Ceza Hukuku uygulamasının öne çekilmesi olarak adlandırmaktalar. Esasında mevzu bahis olan yasama koyucunun bir maharetidir. Sonraki şiddet fiillerinin, zamansal olarak ön alanında yer alan ve bunların planlanması ve hazırlığına hizmet edebilen hareket türleri, dilsel olarak kendi suç tiplerine doldurulmaktadır. Ve şayet şu an bu planlama ve hazırlık hareketleri bağımsız olarak cezalandırılıyor ise, artık esas fiilin icrasını beklemek zorunda olmaksızın ceza hukuku açısından takip edilebilir ve başlangıç şüphesine konu olabilecek bir şeyler mevcut demektir. Elbette ki bu strateji için, geçerli anayasal sınırların bilincinde olunması gerekmektedir. Alman Anayasası'nın 20. maddesinin 3. fıkrasında açıkça ilan edilen Hukuk Devleti ilkesinden, buraya ilişkin olarak her şeyden evvel belirlilik ilkesi ve ölçülülük prensibinin sonucu olan engeller ortaya çıkmaktadır. Buna bir örnek: Gayet tabii güvenlik makamlarının bakış açısından, seyahat valizlerinin, soğuk bataryaların, çalar saatlerin ya da çelik çivilerin alım satımının genel olarak yasaklanması ve buna aykırı hareketlerin ceza tehdidi altına alınması terörist saldırıların engellenmesine yardımcı olurdu. Nihayetinde tüm bu şeylerden bir valiz bombasının önemli parçaları sağlanabilir. Fakat bu türden eşyaların suç işleme amacıyla kullanımı da alışıldık değildir. Bilindiği gibi, tüm bu şeyler tamamen tehlikesiz olan iş seyahati, piknik gezisi, sabah zamanında uyanabilmeyi sağlamak ve ev inşaatı gibi gündelik hareketler için kullanılmaktadır.

Bu basit örnek, bir tehlikenin, ağırlığından hareketle cezalandırılabilmesi fikrinin çok ayrıntılı düşünülmediğini göstermektedir.⁽²⁰⁾ Bunun yerine,

²⁰ *Gierhake* (Dipnot 10), S. 298 vd.

kolaylıkla ve adeta zorunlu şekilde saldırıların icrasında karşılığını bulan hareket türlerini formüle eden daha somut, yani net formüle edilmiş suç tiplerine ihtiyaç vardır.⁽²¹⁾ Bunun başarılmadığı yerde, normal günlük hareket ile suç işleme eğilimi birbirine karışır. Böyle bir durum hukuk devletine ve dolayısıyla anayasaya aykırı bir ceza hukukuna yol açar. Kanun koyucu tarafından bu hususlara nasıl riayet edilmediğinin canlı örneği, 2009 yılından beri Alman Ceza Kanunu'nun 91. maddesinde mevcuttur. Buna göre, internetten bomba yapımına ilişkin bir kılavuzu indiren ya da bunu internette sunan kişi hali hazırda cezalandırılabilir. Böyle bir uygulama elbette orantısızdır, zira söz konusu kılavuzun internetten indirildiği zaman diliminde; bunun sonradan gerçekten okunup okunmayacağı, potansiyel okuyucunun bu talimatta belirtilen hammaddeyi gerçekten edinin edinemeyeceği, sonrasında bu maddelerden bir patlayıcı düzeneği kurup kurmayacağı ve nihayetinde bu bombayı gerçekten patlamaya karar verip vermeyeceği henüz belirsizdir.

VI. Alman Ceza Kanunu'nda Örgütlü Suçlar

Organize ve terör motivasyonlu suçların icrasından önce, ön alanda gerçekleştirilen soyut tehlikeli hareket türlerini cezalandıran kanun maddelerine en uygun örnek, Alman Ceza Kanunu'nun örgütlü suçlar olarak adlandırılan 129 ila 129b maddeleridir. Bu maddeler, ülke sınırları içerisinde veya dışarısındaki suç ve terör örgütlerine ilişkin belirli katkı hareketlerini cezalandırmaktadır. Ancak Alman Ceza Kanunu'nun 129. ve devamındaki maddeleri uyarınca kişi, bir grubun parçası olarak gerçekten suç işlediği için cezalandırılmamaktadır. Aksine, faaliyeti suç işlemeye yönelik olan bir örgütün kurulması, desteklenmesi, bu tür bir örgüte üye olarak katılım ve üye ile destekçi sağlanması için propaganda yapılması yaptırım altına alınmıştır.⁽²²⁾ Nihayetinde burada cezalandırılan, suç işlemek amacıyla bir araya gelen bir gruba olan salt örgütsel bağlantıdır. Bu bakımdan söz konusu grubun bu zamana kadar bir suç işleyip işlememiş olmasının ya da ileride bir suç işleyip işlemeyecek olmasının herhangi bir önemi yoktur. Şöyle de söylenebilir: Çoğu zaman dış dünyaya, grubun yapısını destekleme ya da güçlendirme şeklinde yansıtılan kötü niyet haricinde henüz

²¹ Karşılaştırınız, *Gierhake*, ZIS 2008, 397 (402); *Weißer*, ZStW 121 (2009), 131 (149); *Zöller*, GA 2010, 607 (618 vd.).

²² Alm. CK. 129. ve devamı maddelerinde düzenlenen suçun, her bir işleme şekline ilişkin olarak örneğin, *Schäfer*, içinde: Joecks/Miebach (Editör), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Cilt 3, 2. Bası 2012, § 129 Kn. 76 vd.; *Gazeas*, içinde: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Editör), Anwaltkommentar StGB, 2. Bası 2014, § 129 Kn. 39 vd.; *Zöller* (Dipnot 4), S. 528 vd.

hiçbir şey gerçekleşmemiştir. Kimse öldürülmemiş veya yaralanmamış, hiçbir bina ya da taşıt havaya uçurulmamıştır. Bir suç veya terör örgütünün varlığı, ateşli bir silahın sonradan yapılacak atışları için mermi ile doldurulan şarjörü olarak da tasavvur edilebilir. İşte Alman Ceza Kanunu'nun 129. ve devamı maddelerine göre, mermilerin ateşlenmesi değil, bunların temini ve şarjörün doldurulması cezalandırılmaktadır. Bu türdeki örgütlere özgü tehlike potansiyeli, şu anki hukuki tartışmanın durumuna göre, sadece bu örgütler tarafından işleme tehdidi söz konusu olan suçlar ve tipik olarak birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilme şekliyle kaynaklanmamaktadır. Karakteristik olan daha ziyade, bunların da dayanağını teşkil eden, grup dinamiğine dayalı süreçlerdir.⁽²³⁾ Birden fazla kişi suç işlemek amacıyla bir defa bir araya geldiyse, kural olarak bu kişi topluluğu kendine özgü dinamiğini elde eder. Örgütü yönetenler, örgüt üyeleri ve örgüte destek olanlar arasındaki karşılıklı iletişim vasıtasıyla, şahsi çekinceler azaltılmakta, suçun gerçekleştirilmesi için ilave motivasyon sağlanmakta ve örgütün organizasyon yapısı sayesinde, suç hareketlerinin planı ve icrası genel anlamda kolaylaştırılmaktadır.⁽²⁴⁾ Grup düzenli olarak, olası şüpheli ve kararsızları hizada tutan bir çekim etkisi yaratır, zira bu kişiler aksi halde ortak planın haini olarak damgalanırlar. Lakin şaşırtıcı bir şekilde ne uygulamada ne de hukuk öğretisinde, soyut tehlikelilik tezi ve bununla birlikte grup dinamiğine dayanan süreçlerin cezalandırılması hususunda detaylı çalışmalar bulunmamaktadır. Bugüne kadar bir defa bile bu yaygın hukuki gerekçelendirme örneğinin maddi bakımdan ne ölçüde isabetli olduğu, sosyal psikolojinin grup polarizasyonu fenomenine ilişkin geçmiş araştırma sonuçları ve radikalleşmenin⁽²⁵⁾ çerçeve koşullarına ilişkin deneysel bulgularıyla örtüşüp örtüşmediği sorusu sorulmadı. Sorunun cevabı hayır ise, bu tip ön alan aktivitelerinin cezalandırılması için başkaca gerekçeler aranmalıdır.

²³ Karşılaştırınız, BGHSt 28, 147 (148 vd.); 41, 47 (51); 54, 216 (229); BGH NJW 1992, 1518; BGH NJW 2010, 3042 (3044); *Krauβ*, içinde: Lauffhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Editör), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Bası 2009, § 129 Kn. 4; *Schäfer* (Dipnot 21), § 129 Kn. 2; *F.-C. Schroeder*, Straftaten gegen das Strafrecht, 1985, S. 6; *Rudolphi*, içinde: Frisch (Editör), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1978 S. 315 (320); *Zöllner*, GA 2010, 607 (617); yine *F.-C. Schroeder*'in makalesi, ZIS 2014, 389 (bu basıda).

²⁴ *Krauβ* (Dipnot 22), § 129 Kn. 4; *Rudolphi/Stein*, içinde: Wolter (Editör), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 63. faskül, durum: Mart 2005, § 129 Kn. 3; *Nehring*, Kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland, 2007, S. 420 vd.; *Gierhake*, ZIS 2008, 397.

²⁵ Buna ilişkin ayrıca, *Kruglanski/Webber*, ZIS 2014, 379 (bu basıda) ve *Walther*, ZIS 2014, 393 (bu basıda) makalelerine bakınız.

VII. Alman Ceza Kanunu'nun 129. ve Devamı Maddelerinin Birlik Hukuku'na Uygun Yorumlanması Gerekliği

1. Birlik Hukuku'nun Ulusal Ceza Hukuku ile İlişkisi

Avrupa Birliği Hukuku'nun etkisi ile bu sorun daha da derinleşmektedir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için birlik hukuku ile ulusal hukuk (Alman Hukuku) arasındaki ilişkinin göz önüne getirilmesi gerekmektedir. Avrupa Birliği uluslararası, diğer bir ifadeyle devletler üstü uluslararası bir organizasyondur. Bu arada 28 üye ülke, önceleri ulusal egemenlik menfaatlerinin özünden sayılan birçok yetkisini, artık ulusal düzeyde değil, aksine Brüksel'in merkezinden uygulanacak şekilde bu uluslar üstü alana devretmiştir. Bu açıdan birlik hukuku, ulusal hukuk karşısında önceliğe sahiptir.⁽²⁶⁾ Elbette Avrupa Birliği Adalet Divanı (EuGH) ve onu takiben Alman yargısı ve öğretisi bu bakımdan, çatışan ulusal hukuk aleyhine yoklukla sonuçlanan bir geçerlilik önceliğinden değil, sadece basit uygulama önceliğinden hareket etmektedir.⁽²⁷⁾ Bunun anlamı, birlik hukuku ile çatışan ulusal hukukun kural olarak geçerliliğini koruması ve yalnızca somut uyuşmazlıkta uygulanamamasıdır. Ancak özellikle Ceza Hukuku alanında durum daha farklı yani daha karmaşıktır: Tamamıyla hâkim olan görüş uyarınca Avrupa Birliği esas itibarıyla⁽²⁸⁾, 1.12.2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Reform Sözleşmesi sonrasında da hiçbir asli yasama yetkisine sahip değildir.⁽²⁹⁾ Yani Avrupa Birliği, bilhassa topluluk tüzüklerinin yayınlanması suretiyle (karşılaştırınız, Avrupa Birliği Sözleşmesi 288. madde, Avrupa Birliği'nin Çalışma Şekli Hakkında Sözleşme 2. madde) bütün üye ülkelerde doğrudan tatbik edilebilecek ceza yasaları çıkartamaz. Avrupa Birliği yalnızca, Ceza ve

²⁶ Esser, *Europäisches und Internationales Strafrecht*, 2014, § 2 Kn. 8.

²⁷ EuGHE 1978, 629; 1984, 483; EuGH NJW 1999, 2355; EuGH NJW 2007, 1515; BVerfGE 75, 223 (244); 85, 191 (204); BVerfG NJW 2009, 2267 (2284 vd.); BGHSt 37, 168 (175); 46, 380; BVerwGE 87, 15; OLG München NJW 2006, 3588 (3591); OLG München NJW 2008, 3151 vd.; *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 3. Bası 2011, § 11 Kn. 41; *Esser* (Dipnot 25), § 2 Kn. 11; *Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, 4. Bası 2012, § 9 Kn. 8 vd.; *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 6. Bası 2013, § 9 Kn. 77 vd.

²⁸ Yaygın bir görüşe göre, Avrupa Birliği'nin Çalışma Şekli Hakkında Sözleşme'nin 325. maddesinin 4. fıkrası, Lizbon Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesinden itibaren bu ilkenin bir istisnasını teşkil etmektedir; bu yönde örneğin, *Ambos* (Dipnot 27), § 9 Kn. 8; *Esser* (Dipnot 26), § 2 Kn. 125; *Hecker* (Dipnot 27), § 4 Kn. 81 vd.; *Satzger* (Dipnot 27), § 8 Kn. 25; *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11 (18); *Grünwald*, JZ 2011, 972 (973); *Krüger*, HRRS 2012, 311 (317); buna karşı, *Schröder*, içinde: Hellmann ve diğerleri (Editör), *Festschrift für Hans Achenbach*, 2011, S. 491 (496 vd.); *Zöller*, içinde: Baumeister ve diğerleri (Editör), *Staat, Verwaltung und Rechtsschutz*, *Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag*, 2011, S. 579 (582); *Sturges*, HRRS 2012, 273 (276 vd.).

²⁹ *Esser* (Dipnot 26), § 2 Kn. 121; *Hecker* (Dipnot 27), § 4 Kn. 79; *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11 (14); *Zöller* (Dipnot 28), S. 579 (582).

Ceza Usul Hukuku'nun belirli alanlarında, üye ülkelerin ulusal hukukunu yönergeler aracılığıyla (Avrupa Birliği'nin Çalışma Şekli Hakkında Sözleşme'nin 288. maddesinin 3. alt fıkrası uyarınca bu yönergeler ilk olarak ulusal hukuka entegre edilmelidir) uyumlu hale getirme yetkisine sahiptir.⁽³⁰⁾ Diğer taraftan, elbette Avrupa Birliği'nin de Ceza Hukuku araçlarıyla korunması zorunlu olan kendi önemli çıkar ve hukuki menfaatleri vardır. Avrupa Birliği, bu korumayı sağlayabilmek için yürürlükteki ilgili ulusal ceza ve kabahat hükümlerine başvurmak zorundadır. Bu yönetime 'uyumlama prensibi' adı verilmektedir.⁽³¹⁾

2. Birlik Hukuku'na Uygun Yorum

Bu bağlamda, Avrupa Birliği Sözleşmesi'nin 'iş birliği prensibi', 'iş birliği yükümlülüğü', 'iş birliği emri' ya da 'birliğe sadakat prensibi' olarak da adlandırılan, dürüst iş birliği ilkesini düzenleyen 4. maddesinin 3. fıkrası özel bir öneme sahiptir. Dürüst iş birliği ilkesi uyarınca Avrupa Birliği ve üye ülkeler sözleşmelerden doğan ödevlerini yerine getirirken karşılıklı olarak birbirlerine saygı gösterir ve destek olurlar. Üye ülkeler, sözleşmeden ya da birlik organlarının eylemlerinden doğan yükümlülüklerini yerine getirebilmek için genel veya özel türde bütün elverişli tedbirleri alırlar. Ve üye ülkeler, Birliği, görevlerini yerine getirirken destekler ve hedeflerinin gerçekleşmesini tehlikeye sokabilecek her türlü tedbiri almaktan kaçınırlar. Kısacası Avrupa Birliği Asli Hukuku'nda; tüm üye ülkelerin ve bununla birlikte Almanya'nın da, Avrupa Birliği'nin menfaatlerine hizmet eden her şeyi yapması ve menfaatlerine aykırı olabilecek hiçbir şeyi yapmaması böylelikle garanti altına alınmıştır. Üye ülkeler özellikle Avrupa Birliği Sözleşmesi'nin 4. maddesinin 3. fıkrası uyarınca kendi ulusal ceza hukuklarını Avrupa Birliği Hukuku ile uyumlu hale getirmekle yükümlüdürler.

Avrupa Adalet Divanı hali hazırda, Avrupa Birliği Sözleşmesi'nin bugünkü 4. maddesinin 3. fıkrasının önceki hali olan ve yürürlükten kaldırılan Avrupa Birliği Kurucu Antlaşması'nın 10. maddesinden ve aynı antlaşmanın eski 249. maddesinin 3. fıkrasında (bugün Avrupa Birliği'nin Çalışma Şekli Hakkında

³⁰ Bir yandan maddi ceza hukuku için bakınız, Avrupa Birliği'nin Çalışma Şekli Hakkında Sözleşme'nin 83. maddesinin 1. ve 2. fıkraları ve diğer yandan şekli ceza hukuku için bakınız, Avrupa Birliği'nin Çalışma Şekli Hakkında Sözleşme'nin 82. maddesinin 2. fıkrası; ayrıca *Esser* (Dipnot 26), § 2 Kn. 135 vd.; *Satzger* (Dipnot 27), § 9 Kn. 31 vd.; *Zöllner* (Dipnot 28), S. 579 (586 vd.); *Dorra*, *Strafrechtliche Legislativkompetenzen der Europäischen Union*, 2013, S. 180 vd.

³¹ Bunun anlamına ve kapsamına ilişkin olarak karşılaştır sadece *Hecker* (Dipnot 27), § 7 Kn. 1 vd.

Sözleşme'nin 288. maddesinin 3. alt fıkrası) öngörülen uyumlu hale getirme yükümlülüğünden, ulusal ceza mahkemeleri için, ulusal hukukları birlik yönergelerine uygun yorumlama yükümlülüğünü çıkarmaktaydı.⁽³²⁾ Bu nedenle ulusal mahkemeler, ulusal hukuku mümkün olduğu kadar yönergelerin kelime anlamı ve amacına uygun şekilde ele almak zorundaydı.⁽³³⁾ Bu yükümlülük, ulusal dogmatik ve Anayasa Hukuku'na göre savunulabilir birden fazla yorum sonuçlarından, ilgili Avrupa Birliği yöngesinde ifade edilen, birlik hukukunun değer yargılarına en uygun olanının tercih edilmesi halinde yerine getirilmiş kabul edilmekteydi.⁽³⁴⁾ Avrupa Adalet Divanı 2005 senesinde '*Pupino*' olayında⁽³⁵⁾ verdiği yol gösterici kararında, birlik yönergelerine uygun yorum için geçerli olan ilkeleri nihayet çerçeve kararlara da taşımıştır. Bu bakımdan hem yönergelere hem de çerçeve kararlara uygun yorumun, kurumsal ve üst kavram olarak daha üstün olan birlik hukukuna uygun yorumun, yalnızca iki özel tezahürü olduğu anlaşılmaktadır.⁽³⁶⁾ Mahkeme kararı Maria Pupino isimdeki İtalyan bir anaokulu öğretmenine ilişkindir. Kendisine, ona emanet edilen çocuklara devamlı olarak vurduğu, sakinleştirici vermek ve ağızlarını bantla yapıştırmakla tehdit ettiği ve tuvalete gitmelerini engellediği yolunda suçlamalar yapılmıştır. İtalyan Ceza Muhakemesi Hukuku uyarınca, suç mağdurlarının hali hazırda soruşturma aşamasında sorgulanması mümkündür. Elbette bu sadece, ilgili kişinin 16 yaşından küçük ve belirli cinsel suçların mağduru olması halinde mümkündür. İtalyan Savcılığı *Pupino* olayında da, mağdur çocuklara olası bir psikolojik bir baskı uygulanmasından çekindiğinden, herhangi bir cinsel suç söz konusu olmamasına rağmen, soruşturma aşamasında bu çocukların ifadelerini almak ister. Bununla birlikte Savcılık, Avrupa Birliği'nin Mağdurların Ceza Muhakemesindeki Konumu Hakkında Çerçeve Kararı'nın ilgili hükümlerini (2, 3 ve 8. maddeler) dayanak gösterir.⁽³⁷⁾

Avrupa Adalet Divanı, birlik hukukuna uygun yorum ilkesinin, çerçeve kararlar için de uygulama alanı bulacağına hükmetmiştir.⁽³⁸⁾ Ulusal mahkeme, ulusal

³² EuGHE 1986, 1651 (1690); 1987, 3969 (3986); 1988, 4635 (4662); 2004, 8835; EuGH NJW 2006, 2465 (2467); EuGH NJW 2010, 427 (429); diğer hukuki gerekçeler için bakınız sadece, *Hecker* (Dipnot 27), § 10 Kn. 6, diğer kaynaklarla birlikte.

³³ EuGHE 1984, 1891 (1909); 1984, 1921 (1942).

³⁴ *Satzger* (Dipnot 27), § 9 Kn. 93.

³⁵ EuGH NJW 2005, 2839; ayrıca *Adam*, EuZW 2005, 558; *Egger*, EuZW 2005, 652; *Fetzer/Groß*, EuZW 2005, 550; *Herrmann*, EuZW 2005, 436; *Hillgruber*, JZ 2005, 841; *Streinz*, JuS 2005, 1023; *Gärditz/Gusy*, GA 2006, 225; *Tinkl*, StV 2006, 36; v. *Unger*, NVwZ 2006, 46; *Weißer*, ZIS 2006, 562.

³⁶ Aynı şekilde ayrıntılı olarak, *Hecker* (Dipnot 27), § 10 Kn. 2, 79.

³⁷ AB1. EU 2001 Nr. L 82, S. 1 v. 22.3.2001.

³⁸ EuGH NJW 2005, 2839 (2841).

hukuku tatbik ederken yorum yoluna başvurduğunda, bu yorumunu kendisiyle hedeflenen neticeye ulaşmak amacıyla mümkün olduğu kadar çerçeve kararın kelime anlamı ve amacına uygun biçimde yapmalıdır.⁽³⁹⁾

Pupino kararının özelliği ise, önceleri Avrupa Birliği'nin üçüncü ayağı kapsamında güvence altına alınan polis ve adli işbirliği prensibi, henüz Lizbon Antlaşması vasıtasıyla ortaklaşa hale gelmeksizin, Avrupa Adalet Divanı'nın birlik hukukuna doğrudan dayanan çerçeve kararlara uygun yorum yükümlülüğünü, üye ülkelerin karşılıklı işbirliği ve güven sorumluluğu ve yine Avrupa Birliği Sözleşmesi'nin mülga 34. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesinden türetmesiydi.⁽⁴⁰⁾ Geçerli hukuk uyarınca, çerçeve kararlara uygun yorum müessesesi doğrudan Avrupa Birliği Sözleşmesi'nin 4. maddesinin 3. fıkrasına dayanmaktadır. Gerçi hukuki bir enstrüman olarak çerçeve kararı, Lizbon Sözleşmesi ile ortadan kaldırılmış ve esas itibarıyla yerini özellikle Ceza ve Ceza Usul Hukuku alanında yönergeler almıştır. Bununla birlikte, 30.11.2009 tarihine kadar Avrupa Birliği'nin eski üçüncü ayağı kapsamında kabul edilen çerçeve kararları, Geçiş Hükümleri Hakkında Protokol'ün 9. maddesi⁽⁴¹⁾ uyarınca, yoklukları açıklanmadığı veya değiştirilmedikleri müddetçe Lizbon Sözleşmesi'nin yürürlükte olduğu dönemde de hukuken geçerlidirler. Fakat bu yokluk açıklaması veya değişikliğe gitme ihtimali, mevcut birçok çerçeve kararı bakımından şimdiye kadar ekseriyetle gerçekleşmemiştir. Böylelikle ulusal ceza hukukunun çerçeve kararlara uygun yorumu da, eskiden olduğu gibi birlik hukukuna uygun yorumun bir alt türü olarak, üye devletlerin Avrupa Birliği ile işbirliği yapma yükümlülüğünün yerine getirilmesinde önemli bir araç olarak kalmaktadır.

Ceza Hukuku uygulaması bakımından bu durumun kapsamlı sonuçları vardır: Şayet Avrupa Birliği yönergeleri ya da çerçeve kararları gibi Birliğe ait hukuki tasarruflarda, aynı zamanda Alman ceza kanunlarında da kullanılan kavramlar tanımlanıyorsa, Alman Yargıç alman suç tipinde öngörülen unsurları, birlik düzeyindeki kavram anlayışına uygun şekilde yorumlamalıdır. Aksi takdirde yargıç, Avrupa Birliği Sözleşmesi'nin 4. maddesinin 3. fıkrasına ve dolayısıyla emredici Avrupa Birliği Hukuku'na aykırı hareket etmiş olur. Hatta en nihayetinde Avrupa Birliği'nin Çalışma Şekli Hakkında Sözleşme'nin 258. ve devamı maddeleri uyarınca, Almanya Federal Cumhuriyeti aleyhine olmak üzere sözleşme ihlali prosedürünün işletilmesi tehlikesine sebep olabilir.

³⁹ EuGH NJW 2005, 2839 (2841).

⁴⁰ Hecker (Dipnot 27), § 10 Kn. 77.

⁴¹ AB1. EU 2008 Nr. C 115, S. 322.

3. Örgütlü Suçlarda Hukuki Durum

Alman Ceza Hukuku'nda yer alan örgütlü suçlarının yorumu bakımından şu an tam olarak böyle bir durum söz konusudur. Hem Alm. CK. 129. maddesine göre suç örgütü kurma, hem de Alm. CK. 129a maddesine göre terör örgütleriyle bağlantılı şekilde, ki buna Alm. CK. m. 129b üzerinden yabancı ülkelerdeki suç örgütleri de dahildir, suç unsuru olarak kullanılan 'örgüt' kavramının çerçeve kararlara uygun yorumlanması gerekliliği sorusu somut olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçi Alman Ceza Hukuku, örgüt kavramının açık ve yasal bir tanımını tanımamaktadır. Fakat on yıllardan beri hukuk öğretisinin⁽⁴²⁾ onayıyla, nihayetinde yargıç hukukunda⁽⁴³⁾ Dernekler Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasına bağlı şu tanım yerleşmiştir: Buna göre örgüt kavramından; devamlılık gösteren, en az üç kişiden teşekkül eden, her bir üyenin kendi iradesini bütünü iradesine tabi kılması suretiyle ortak amaçları takip eden ve üyelerin karşılıklı ilişkilerinin, kendilerini yeknesak bir örgüt olarak hissettirecek şekilde olduğu organizasyon anlaşılmaktadır.

Bu tanımdan hareketle, Alman Hukuku'na uygun yorum yoluyla, bir suç veya terör örgütünün bilindik dört kavramsal unsuru ayırt edilmektedir:

Kişî unsuru; en az üç kişinin bir araya gelmesini şart koşmaktadır.

Organizasyon unsuru; asgari ölçüde düzenli organizasyonu ve her bir üye için bağlayıcı olan, ortak iradenin oluşumuna ilişkin kuralların mevcudiyetini sağlamalıdır.

İstek unsuru; birden fazla kişinin müşterek olarak suç işlemeye ilişkin iradelerinin yanı sıra, katılanların organizasyonun suç işleme amaçlarına tabi olmasını ve buna uygun, kişisel düşüncelerin geri plana atıldığı ortak irade oluşumunu gerektirmektedir.

Son olarak zaman unsuruyla birlikte; yani devamlılık üzerine teşekkül eden örgüt şartıyla, tek bir amaca ulaşmak için kısa süreli olarak bir araya gelinen haller örgüt kavramının kapsamından çıkartılmaktadır.

⁴² Schäfer (Dipnot 22), § 129 Kn. 14; Krauß (Dipnot 23), § 129 Kn. 18; Rudolphi/Stein (Dipnot 24), § 129 Kn. 5; Sternberg-Lieben, içinde: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Bası 2014, § 129 Kn. 4; Gazeas (Dipnot 22), § 129 Kn. 9; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 61. Bası 2014, § 129 Kn. 6; Zöllner (Dipnot 4), S. 518.

⁴³ Karşılaştırınız örneğin, BGHSt 10, 16 (17); 28, 147; 31, 202 (204 vd.); 31, 239 vd.; 45, 26 (35); 54, 69 (107 vd.); 54, 216 (221); 57, 14 (16); BGH NJW 2005, 1668 (1670); BGH NJW 2006, 1603; BGH NJW 2008, 1012; BGH NJW 2010, 3042 (3043); BGH StV 2012, 339 (340).

Söz konusu salt ulusal bağlamdaki kavram anlayışı, birkaç yıldır Avrupa Birliği'nin konuya ilişkin çerçeve kararlarındaki uyarlamaları ile karşı karşıya gelmektedir. Bu durum tereddütlü hukuki sorulara yol açmaktadır, zira Avrupa Birliği düzeyindeki kavram tanımlamaları, Almanya'da şimdiye kadar mevcut olan hukuki duruma nazaran belirgin bir şekilde daha geniş ele alınmakta, yani bir örgütün mevcudiyeti bakımından daha hafif koşullar ileri sürülmektedir.

Nitekim 2008⁽⁴⁴⁾ seneli Organize Suçlarla Mücadele Hakkında Çerçeve Karar'ın 1. maddesi 'suç örgütünü'; doğrudan veya dolaylı olarak ekonomik ya da sair maddi bir menfaat sağlamak amacıyla belirli ağırlıktaki suçları işlemek için ikiden fazla kişinin uzun süreli olmak üzere organize ve anlaşmalı şekilde hareket etmesi olarak tanımlamaktadır.

Ve bununla karşılaştırılabilir olarak, Terörle Mücadele Çerçeve Kararı'nın hali hazırda 2002⁽⁴⁵⁾ tarihli ilk halindeki 2. maddesinin 1. fıkrasında terör örgütü için şu tanıma yer verilmiştir: Bu çerçeve karar anlamında 'terör örgütü' kavramı; uzun süreli olmak üzere ikiden fazla kişinin organize şekilde terör suçları işlemek amacıyla bir araya gelmesi ve birlikte hareket etmesidir.

Her iki olayda da 'organize şekilde bir araya gelme' ile düşünülen; tesadüfi olarak bir suçun doğrudan icrası için kurulmayan, zorunlu olmamakla birlikte üyeleri için şekli olarak belirlenmiş görevleri, sürekli üyeliği ya da belirli bir yapısı olan birlikteliktir. Her iki Avrupa Birliği çerçeve kararındaki tanımlar, geleneksel Alman anlayışındaki örgüt kavramıyla karşılaştırıldığında, kişi ve zaman unsuru bakımından önemli farklılıklar ortaya çıkmamaktadır. Avrupa Birliği Hukuku düzleminde de, bir örgütün en az üç kişiden oluşması ve bu kişilerin uzun süreli olarak bir araya gelmesi şartlarından yola çıkılmaktadır. Buna karşın, organizasyon ve istek unsurları bakımından bariz yumuşatmalar söz konusudur. Organizasyon bakımından, kişilerin bir suçun doğrudan gerçekleştirilmesi amacıyla, sadece tesadüfi olmayacak surette bir araya gelmeleri hali hazırda yeterlidir. Üyeleri için şekli olarak saptanmış görevler, sürekli üyelik ya da belirli bir yapının varlığı aranmamaktadır. Böylece örgütün kendi içerisinde ne şekilde yapılandırıldığı bir önemli yoktur. Buna karşın, bugüne kadar ki Alman kavram anlayışı, özellikle sıkı bir hiyerarşik yapısı olan organizasyonlardan, tek taraflı emir verme imkânına sahip olan ve böylece çoğunlukla organize suçlar alanında karşılaşıldığı gibi, bir grup kimliği oluşturamayanları hariç tutmaktadır. Ayrıca istek unsurunun

⁴⁴ AB1. EU 2008 Nr. L 300, S. 42 v. 11.11.2008.

⁴⁵ AB1. EU 2002 Nr. L 164, S. 3 v. 22.6.2002, Konseyin 28.11.2008 tarihli Terörle Mücadele Çerçeve Kararı'nın (2002/475/JI) Değiştirilmesine İlişkin Çerçeve Kararı (2008/919/JI) ile değiştirilmiştir (AB1. EU 2008 Nr. L 330, S. 21 v. 8.12.2008).

yumuşatılması *de facto* olarak, birlikte belirli suçları işleme ve – suç örgütünde – kendisine maddi bir menfaat sağlama iradesini yeterli kılmaktadır. Dolayısıyla Avrupa Birliği tanımlarının üstlenilmesi sonuç olarak, Alman Ceza Kanunu'nun 129 ila 129b arasındaki maddeleri uyarınca cezalandırmanın sınırının Almanya'da önemli ölçüde genişletilmesine yol açacaktır.

Bu çerçevede en azından öğretilde⁽⁴⁶⁾ haklı olarak örgüt kavramının, hem suç hem de terör örgütleri bakımından 'Avrupa Hukuku'na dostane bir şekilde', yani çerçeve kararlara uygun ve böylelikle nihayetinde daha geniş yorumlanması gerektiği görüşü hâkimdir. Yine ceza muhakemesi uygulamasındaki gereksinimler de bu yöndedir. Son olarak örgüt kavramının bugüne kadar Alman Dernekler Kanunu örneğinde tanımlanması, özellikle tehlikeli ve yayılmış olan, hiyerarşik yapıdaki suç organizasyonlarının, Alman Ceza Kanunu'nun 129. ve devamı maddelerinin kapsamının dışında kalmaları gibi tatmin edici olmayan bir sonuca yol açmaktadır.⁽⁴⁷⁾ Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 3. Ceza Dairesi Aralık 2009⁽⁴⁸⁾ tarihli 'Fırtına 34-Kararında', örgüt kavramının Birlik Hukuku'na uygun yorumu hususunda başlangıçtaki tereddütlerine⁽⁴⁹⁾ rağmen, elbette sadece Alm. CK. 129. maddesi kapsamındaki suç örgütleri bakımından, neticede olumsuz bir karar vermiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre Alman örgüt kavramının birlik hukukuna uygun yorumu; özellikle örgütlere, gruplara, çetelere ya da bir suça iştirak şekli olan müşterek failliğe birlikte etkide bulunmada olduğu gibi, Alman Ceza Hukuku sisteminin birlikte suç işleyenlerin sorumluluğuna ilişkin önemli esaslarıyla çözülemez çelişkilere neden olabilir.⁽⁵⁰⁾ Her ne kadar bu durum hukuk devleti açısından yerinde olsa da, dogmatik açıdan, bağlayıcı Avrupa Birliği Asli Hukuku'ndan kaynaklanan (Avrupa Birliği

⁴⁶ *Krauβ* (Dipnot 23), § 129a Kn. 26; *Gazeas* (Dipnot 22), § 129 Kn. 25; *Hecker* (Dipnot 27), § 10 Kn. 80; *Zöllner* (Dipnot 4), S. 523 vd.; *aynı yazar*, JZ 2010, 908 (912); *aynı yazar* StV 2012, 364 (369); *Kreβ*, JA 2005, 220; v. *Heintschel-Heinegg*, içinde: Hoyer ve diğerleri (Editör), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 799 vd.; aynı şekilde, OLG Düsseldorf, Karar 5.12.2007 –III-VI 10/05; diğer görüş, *Schäfer* (Dipnot 22), § 129 Kn. 36; *Rudolphi/Stein* (Dipnot 23), § 129 Kn. 6b; *Ostendorf*, içinde: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Editör), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Cilt 2, 4. Bası 2013, §§ 129a, 129b Kn. 6a; *Sternberg-Lieben* (Dipnot 42), § 129 Kn. 4a; ayırım yapan, *Kreβ/Gazeas*, içinde: Paeffgen ve diğerleri (Editör), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 1487 (1499 vd.).

⁴⁷ *Fischer* (Dipnot 42), § 129 Kn. 4.

⁴⁸ Karşılaştırınız, bu konuda daha önceki mahkeme görüşleri BGH StV 2006, 691; BGH NStZ 2008, 146 (149); BGH NJW 2009, 3448 (3460).

⁴⁹ BGHSt 54, 216; ayrıca, *Archangelskij*, NJ 2010, 172; *Bader*, NJW 2010, 1986 vd.; *Zöllner*, JZ 2010, 908 vd.; *Kreβ/Gazeas* (Dipnot 45), S. 1487 vd.; *Eidam*, StV 2012, 373 (374 vd.).

⁵⁰ BGHSt 54, 216 (223 vd.).

Sözleşmesi'nin 4. maddesinin 3. fıkrası) Alman örgüt suçlarının birlik hukukuna uygun yorumlanması yükümlülüğüne riayet edilmemesi için bir sebep değildir. Gerçi Avrupa Birliği Adalet Divanı Pupino Kararı'nda, ulusal mahkemenin çerçeve kararlara uygun yorum yükümlülüğünün, 'hukuk güvenliği' ve 'geriye etki yasağı' ilkeleri haricinde, özellikle 'genel hukuk ilkeleri' vasıtasıyla sınırlandırıldığını vurgulamaktadır.⁽⁵¹⁾ Ancak bununla kastedilen karardaki söz konusu metnin açık manası uyarınca, ulusal (ki burada Alman) hukukun değil, birlik hukukunun genel hukuk ilkeleridir.⁽⁵²⁾ Bu nedenle - ki mevcut yazıda da bundan yola çıkılmıştır⁽⁵³⁾ -, Alman yasalarının lafzi sınırları ihlal edilmediği ve Alman Ceza Kanunu'nun 129. ve devamı maddelerine, Alman yasa koyucu tarafından arzu edilmeyen hedefler dâhil edilmediği sürece, ulusal mahkemenin yorum yaparken ilgili çerçeve kararların içeriğini dikkate alma yükümlülüğü devam etmektedir. Bugüne kadar ki tartışmada bu bakış açısına çok az dikkat gösterilmiştir. Gerçi 3. Ceza Dairesi ulusal bakış açısından, hoşça giden bir neticeyi - dar ve dolayısıyla şüpheli dostu örgüt kavramının muhafaza edilmesini - amaçlamıştır, ancak çerçeve kararların müzakereleri sırasında, bu kararların Alman örgütlü suçları bakımından neticelerinin açıkça farkına varılmadıktan sonra, Avrupa Birliği Hukuku bakımından hareket alanının kalmaması dolayısıyla bu yolun aslında çoktadır kendisine kapalı olduğunu göz ardı etmektedir. Bu sebeple 3. Ceza Dairesi, suçta iştirake ilişkin eski sistemin tasfiyesi sorumluluğunun kendisine verilmesini anlaşıldığı üzere istememekte ve aksine bu sorumluluğu yasa koyucunun üstlenmesini istemektedir. Ayrıca Mahkeme kendisini, örgütün istek unsurunun ispatı açısından aranan şartları en azından ideolojik veya dini saikle hareket eden failer için hafifletmekle sınırlandırmıştır.⁽⁵⁴⁾ Buna rağmen, Fırtına 34-Kararı'nın kazanımı, Alman Ceza Mahkemeleri tarafından, Alman Ceza Kanunu'nun 129. ve devamı maddelerinin birlik hukukuna uygun olarak geniş ve dolayısıyla şüpheli aleyhine yorumlamasının, yürürlükteki Alman Ceza Hukuku ile çözülemeyecek çelişkilere yol açabileceğine ilk defa dikkati çekmiş olmasıdır. Alman Ceza Kanunu'nun birçok suç tipinde kullanılan ve bilindik olarak şu şekilde tarif edilen 'suç çetesi (suç grubu) kavramına bir bakışla dahi bu durum kendisini göstermektedir:⁽⁵⁵⁾ 'Suç çetesi' en az üç kişinin belirli süre için, yasadaki tarif edilen suç tiplerinden, bazı bağımsız ve ayrıntıları belirsiz fiilleri, gelecekte gerçekleştirmek amacıyla irade birliği yapmak suretiyle, bir araya gelmesi olarak kabul edilmektedir.

⁵¹ EuGH NJW 2005, 2839 (2841).

⁵² Zöllner, JZ 2010, 908 (912); Krefß/Gazeas (Dipnot 46), S. 1487 (1496).

⁵³ Daha ayrıntılı olarak, Zöllner, JZ 2010, 908 (912).

⁵⁴ BGHSt 54, 216 (228 vd.).

⁵⁵ Karşılaştırınız sadece, BGHSt 46, 321; Fischer (Dipnot 42), § 244 Kn. 34.

Burada artık örgüt kavramının birlik hukukuna uygun yorumuyla önemli bir farklılık göze çarpmamaktadır.⁵⁶ Bu bakımdan 3. Ceza Dairesi haklı olarak, Alman Ceza Kanunu'ndaki grup bağlantılı suç tipleri bakımından tutarlı bir sistemin sağlanmasının yasa koyucunun vazifesi olduğu hususuna dikkati çekmiştir. Fakat yasa koyucu, Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin vermiş olduğu bu ödevi⁵⁷ yerine getirmeye dursun, bugüne kadar bir tepki dahi vermemiştir. Bu durum Avrupa perspektifinde Demokles'in kılıcı olarak her şeyin üzerinde olan, olası sözleşme ihlali prosedürü çerçevesinde düşündürücü olmaktan fazladır. Nihayetinde uygulamanın temel sorularına ilişkin olarak, Ulusal Güvenlik Ceza Hukuku alanında şunlar gibi başkaca sorular da ortaya çıkmaktadır:

Ulusal Hukuk'ta suç ve terör örgütlerine verilen cezalandırılabilirliğin sınırlarının genişletilmesini hukuk politikası perspektifinden gerçekten istiyor muyuz?

Birlik Hukuku'nun bağlayıcı direktifleri, özellikle Avrupa Birliği Sözleşmesi'nin 4. maddesinin 3. fıkrası, icabında ulusal hukukta örneğin 'örgüt' kavramının 'gruplaşma' olarak ifade edilmesi şeklinde, farklı kavramlar getirmek suretiyle atlatılabilir mi veya bu durum, tekrardan bir hukukun kötüye kullanılması ve dolayısıyla sözleşme ihlali olarak görülebilir mi?

Örgüt suçları alanında (Alm. CK. 129. ve devamı maddeleri), birden fazla kişinin iştirak ettiği diğer birlikte suç işleme formları, buradan birlik hukukuna uygun kavram anlayışına göre makul bir şekilde ayırt edilebilir mi ya da grup bağlantısının söz konusu olduğu cezalandırma sisteminin bütüncül bir reforma mı ihtiyacı var?

Grup yapısı ve dinamiği bakımından esaslı şekilde daha hafif koşullar öne süren birlik hukukuna uygun şekilde yorumlanan bir Örgüt Ceza Hukuku, belirlilik ilkesi ve ölçülülük prensibi çerçevesinde Almanya'da hala hukuk devleti ilkesine uygun olarak değerlendirilebilir mi?

Tüm bunlar, şu kritik temel soruya geri döndürmektedir: Suça ilişkin radikalleşmenin gerçek nedenleri ve çerçeve koşulları aslında nelerdir ve ne zaman tipik ve kaçınılmaz olarak radikal veya terör motivasyonlu suçlara yol açan (soyut) tehlike koşullarından bahsedilebilecektir? Şayet bu hususlar bilinirse, suç icrasının aslında cezalandırmayan ön alanındaki suç tipleri kavramsal olarak formüle edilebilir ve anayasal bakımından meşrulaştırılabilirler.

⁵⁶ Aynı şekilde, *Eidam*, StV 2012, 373 (374).

⁵⁷ *Bader*, NJW 2010, 1986 (1987).