

Uluslararası Suçların İzinli Desteği? Harp Silahları İhracatının (Uluslararası) Ceza Hukuku Açısından Önemi Üzerine Bir İnceleme*

Yazar/Autor: Profesör Dr. Dr. Milan KUHLİ**

Çev./Übersetzt von: Çağrı Tuğşat KEMALOĞLU, LL.M.**

Çalışma, Federal Almanya Cumhuriyeti tarafından verilen ihracat izni kapsamında olduğu sürece harp silahları ihracatının esas itibarıyla cezalandırılabilir olup olamayacağı sorununa ilişkindir. Çalışmada somut olarak, ilgili harp silahlarının alıcısı tarafından uluslararası suçların işlenmesinde kullanıldığı olaylar ele alınmaktadır. İhracatçının bu olaylardaki ceza sorumluluğu hem ihracat denetim hukuku hem de uluslararası ceza hukuku ile ilişkilidir.

A. Giriş

Resmî bir iznin varlığının, muhatabının ceza sorumluluğunu engelleyip engellemeyeceği sorunu sadece ulusal bağlamda değil (örneğin çevre ceza hukuku bağlamında) uluslararası düzeyde de ortaya çıkmaktadır. Farklı insan hakları örgütleri¹ tarafından yakın zamanda Lahay'deki *Uluslararası Ceza Mahkemesine* sunulan ve Alman şirketlerini de konu alan bir ihbar buna ilişkin güncel bir örnek teşkil etmektedir.² Bu

* Bu çalışma, 2021 yılında "Goltdammer's Archiv für Strafrecht" (GA 2021, 498-511) dergisinde yayımlanan Almanca bir makalenin çevirisidir. Metnin orijinal başlığı, "Genehmigte Unterstützung von Völkerrechtsverbrechen? Zur (völker)strafrechtlichen Relevanz von Kriegswaffenexporten" şeklindedir.

** Hamburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

*** Hamburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora Öğrencisi, e-posta: ctkemaloglu@gmail.com, ORCID: 0000-0002-9091-1726.

¹ Örneğin Avrupa Anayasal Haklar ve İnsan Hakları Merkezi (*European Center for Constitutional and Human Rights* [ECCHR]) (bkz. <https://www.ecchr.eu/fall/bombenangriffe-made-in-europe/> – son erişim tarihi: 22.6.2021).

² Bkz. <https://www.ecchr.eu/fall/bombenangriffe-made-in-europe/> (son erişim

ihbarın esasını, belirli aktörlerin daha sonra ilgili uluslararası suçların işlenmesi için kullanıldığı iddia edilen silahları geçmiş yıllarda ihraç ederek savaş suçlarına yardım edip etmedikleri sorunu oluşturmaktadır.³

Bu olayda bir ceza sorumluluğunun her hâlükârda, savaş suçlarının planlı bir şekilde işleneceğinin ihracat sırasında ihracatçı tarafından bilindiğine veya bilinebilecek durumda olup olmadığına da bağlı olacağı varsayılabilir. Ancak burada özetlenen olay, bu ispat sorunlarından bağımsız olarak ceza sorumluluğuyla ilgili esaslı problemlerin de ortaya çıkmasına yol açmaktadır: Zira ilgili şirketler Federal Almanya Cumhuriyeti'nden alınmış geçerli ihracat izinlerine sahip olduklarını beyan etmektedir.⁴ Bu nedenle burada değinilen olay birçok açıdan önem arz etmektedir: Buna göre *Uluslararası Ceza Mahkemesi*, muhtemelen resmî bir iznin geçerliliğine güvenerek gerçekleştirilmiş olan bir davranışın uluslararası hukuk bağlamında cezalandırılabilirliği hakkında karar vermelidir. Bu problemin arkasında, devlet tasarruflarının uluslararası ceza hukuku sorumluluğunu etkileyip etkilemeyeceği konusundaki temel tartışma yatmaktadır.

Yukarıda özetlenen ihbar bu çalışmanın asıl konusunu oluşturmaktadır. Bununla birlikte söz konusu ihbar, tedarik edilen malzemelerin uluslararası suçların işlenmesinde kullanıldığı bu türden olaylarda, izinli harp silahları ihracatının ceza hukuku açısından önemi hususunun teorik düzeyde ele alınmasına fırsat tanımaktadır. Bu bağlamda şahsi odak noktası ilgili silah şirketinde ihracattan sorumlu olan kişinin bu hareketiyle

tarihi: 22.6.2021) ek bilgilerle birlikte; esas olarak bu ihbarın hukuki sorunları hakkında hâlihazırda *Ambos StV* 2020, 788 vd.; Bu noktada, Dr. *Julia Geneuss*, LL.M.'a burada tartışılacak hukuki probleme dikkat çektiği için teşekkür ederim.

³ Suçlama için bkz. <https://www.ecchr.eu/fall/bombenangriffe-made-in-europe/> (son erişim tarihi: 22.6.2021); *Richter/Steinke* SZ.de, 11.12.2019 (erişim için: <https://www.sueddeutsche.de/politik/jemen-saudi-arabien-kriegsverbrechen-airbus-1.4718759> – son erişim tarihi: 22.6.2021).

⁴ Naklen: [anonim] *Haufe.de*, 16.12.2019 (erişim için: https://www.haufe.de/recht/kanzleimanagement/leistet-deutsche-ruestungsindustrie-beihilfe-zu-kriegsverbrechen_222_506380.html – son erişim tarihi: 22.6.2021).

suç işleyip işlemediğidir.⁵ Keza açıklık sağlamak amacıyla çalışmada aşağıdaki ön kabullerden hareket edilmiştir:

- Her bir ihraç ve ihracat izni verilmesi için yapılan başvuru, ilgili silah şirketindeki aynı kişi tarafından yapılmıştır.⁶
- İhracat başvuru sürecinde usulüne uygun belgeler sunulmuştur.⁷
- İlgili ihraç malzemeleri alıcısı tarafından uluslararası suçların işlenmesinde fiilen kullanılmıştır.
- Söz konusu ihracat anında ilgili alıcı ülkeye karşı uygulanan herhangi bir silah ambargosu bulunmamaktadır.

Uluslararası Ceza Mahkemesinin sınırlı yargı yetkisi bir tarafa bırakılırsa ihracattan sorumlu kişinin ceza sorumluluğu esas itibarıyla iki hususa bağlıdır. Bunlardan ilki ihracatın kendisi ikincisi ise ihracatla bağlantılı olarak gerçekleşen uluslararası suçların desteklenmesidir.⁸ İhracatın ceza hukuku açısından önemi Alman ihracat denetim hukukunun konusuyken (bkz. Bölüm C.), uluslararası suçların desteklenmesi meselesi uluslararası ceza hukuku kriterlerine göre değerlendirilir (bkz. Bölüm D.). Ancak bu hususların irdelenmesinden önce aşağıda ilk olarak Almanya'daki ihracat denetiminin ana hatlarına değinilecektir.

B. İhracat Denetiminin Ana Hatları

Alman hukukuna göre tehlikeli objelerin ihracı için biri KrWaffG ("HSDK")⁹ diğeri ise AWG ("DTK")¹⁰ göre olmak üzere esas itibarıyla

⁵ İzni veren idarede çalışan ilgili kişilerin bu konuyla bağlantılı ceza sorumlulukları hususuna bu çalışmada değinilmemiştir.

⁶ Burada söz konusu olan, şirket içerisindeki isnat sorunları ve bizzat şirketin ceza hukuku sorumluluğuna ilişkin hususlar değildir.

⁷ Bu ön kabul, burada tartışılacak olayları usulsüz biçimde yapılan bir ihracattan ayırır (Buna ilişkin olarak karşı. *Ambos StV* 2020, 788, 789 vd.).

⁸ Buna ilişkin olarak karşı. *Ambos StV* 2020, 788, 791.

⁹ Anayasa'nın 26. maddesinin 2. fıkrasının Uygulama Şekli Hakkında Kanun (Harp Silahlarının Denetimi Hakkında Kanun) (*Ausführungsgesetz zu Artikel 26 Abs. 2 des Grundgesetzes [Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen]*); Kısaltması: Harp Silahları Denetim Kanunu (*Kriegswaffenkontrollgesetz*).

¹⁰ Dış Ticaret Kanunu (*Außenwirtschaftsgesetz*).

iki iznin alınması gerekebilir.¹¹ Bununla birlikte, en son zikredilen kanun, harp silahları ihracatının denetimi için öncelikli bir önemi haiz değildir. Fakat çeşitli tipteki silahın ihracı, DTK'ye göre yayımlanan Dış Ticaret Yönetmeliği ("DTY") (*Außenwirtschaftsverordnung* [AWV]) para. 8/1 b. 1'deki izin şartına tabidir.¹² Ancak esas itibarıyla daha katı hükümler içeren HSDK'ye göre bir izin mevcutsa, DTK ve DTY'ye göre yetkili olan idare¹³ kural olarak bu kanunu (HSDK) dikkate alır.¹⁴

İhraç edilen objenin savaşa özgülenmiş bir silah olması, yani kanun ekinde (Harp Silahları Listesi) sayılan bir obje, madde veya organizma (HSDK para. 1/1) olması hâlinde, esas itibarıyla Harp Silahları Denetim Kanunu'ndaki ilgili hükümler uygulanır.¹⁵ Bu türden silahların ticareti tamamen yasaklanmamışsa¹⁶ kural olarak izne tabidir. Örneğin el bombalarının ihracı başlı başına yasak değildir, ancak izne tabidir.¹⁷ İzin vermeye yetkili makam esasen Federal Hükûmet'tir (HSDK para. 11/1). Ancak Federal Hükûmet, izin verme yetkisini belirli şartlar altında federal bakanlıklara devredebilir (HSDK para. 11/2).

HSDK para. 6/3 b. 2'ye göre iznin verilmesi Federal Almanya Cumhuriyeti'nin uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerini ihlal edecekse ihracat izni verilmez. Böyle bir yükümlülük söz gelimi, belirli

¹¹ Bkz. HSDK para. 6/4 ve DTK para. 1/2; Keza HSDK ve DTK arasındaki ilişki için karşı: *Heinrich*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. 2018, Vor para. 1 KrWaffG Kn 26.

¹² Buna ilişkin olarak karşı: *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 93. EL, Oktober 2020, Art. 26 Kn 63.

¹³ DTK para. 13/1 uyarınca bu makam Federal Ticaret ve İhracat Denetim Dairesidir (Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle [BAFA]).

¹⁴ *Ambos StV* 2020, 788, 789 (oradaki diğer atıflarla birlikte).

¹⁵ Ç.n.: Asıl metinde geçen "*Kriegswaffe*" ve "*Rüstung*" kavramları Almanca da kural olarak eş anlamlı olarak kullanıldıkları için "*Rüstung*" kelimesinin Türkçe çevirisi için genellikle "silah" kavramı tercih edilmiştir.

¹⁶ Örneğin HSDK para. 17/1 b. 1 uyarınca nükleer silahların üretimi tamamen yasaktır.

¹⁷ HSDK para. 1/1, 2 ve para. 3/3 ile bağlantılı olarak Harp Silahları Listesi B Kısmı b. 46; Bu çalışmada savunulan ancak tartışmalı olan HSDK para. 3/3 hükmünün bir ithalat ve ihracat unsuru teşkil ettiğine dair görüş için karşı: *Heinrich*, in: Steindorf, Wafferecht, 10. Aufl. 2015, para. 3 KrWaffG (orada: KWKG) Kn 4 (oradaki diğer atıflarla birlikte).

silahların kullanımını peşinen yasaklayan 1980 tarihli *Birleşmiş Milletler Silah Sözleşmesi'nden (Belirli Konvansiyonel Silahlara İlişkin Sözleşme – Convention on Certain Conventional Weapons)*¹⁸ kaynaklanabilir.¹⁹ Bunun dışında, belirli silah tiplerinin ihracatını mutlak surette olmasa da somut olay özelinde yasaklayan birçok uluslararası sözleşme de bulunmaktadır. Buna örnek olarak 2013 tarihli çok taraflı *Silah Ticareti Antlaşması (The Arms Trade Treaty)* zikredilebilir.²⁰ Bu antlaşmanın 6. maddesinin 3. fıkrasına göre bir taraf devlet belirli konvansiyonel silahların transferine, bu silahların örneğin soykırım yapılmasında kullanılacağından bilgisi olursa izin veremez.²¹ Keza Avrupa Birliği Konseyinin 2008 yılında yayımlanan *Askerî Teknoloji ve Askerî Malzemelerin İhracatının Denetimine İlişkin Ortak Dış ve Güvenlik Politikası* kapsamındaki *Ortak Tutumu* da zikredilmelidir.²² Bu belgenin 1. maddesi ile 2. maddesinin 2. fıkrası c bendine göre, “ihraca özgülenmiş askerî teknoloji veya askerî malzemelerin, açıkça, uluslararası insancıl hukukun ağır şekilde ihlali amacıyla kullanılacağına dair risk varsa” belirli askerî malzemeler ihraç edilemez. 2019 tarihli *Harp Silahları ve Diğer Askerî Teçhizatın İhraç Edilmesine İlişkin Federal Hükûmetin Siyasi İlkeleri*²³ ile Federal Almanya Cumhuriyeti'nin silah

¹⁸ Alman Uygun Bulma Kanunu: 10.10.1980 tarihli Aşırı Derecede Yaralayan ve Ayrım Gözetmeyen Etkileri Bulunan Belirli Konvansiyonel Silahların Kullanımının Yasaklanması veya Sınırlandırılması Sözleşmesi (BM Silah Sözleşmesi) Hakkında 17.9.1992 tarihli Kanun (BGBl. 1992 II. s. 958 vd.); Tashihi (“Yaralanmalar” [*Verletzungen*] yerine “İzdiraplar” [*Leiden*]): BGBl. 1993 II, S. 935); Ç.n.: Burada söz konusu olan tashihi, uygun bulmaya ilişkin kanun *Bundestag* tarafından kabul edildikten sonra sözleşme adının Almanca çevirisinde yapılan tashihtir. İlgili sözleşmenin Türkçe adı için ise TBMM tarafından kabul edilen 21.10.2004 tarih ve 5250 sayılı uygun bulma kanunu dikkate alınmıştır.

¹⁹ Karş.: *Pottmeyer, Kriegswaffenkontrollgesetz, 2. Aufl. 1994, para. 6 Kn 77.*

²⁰ Alman Uygun Bulma Kanunu: 2.4.2013 tarihli Silah Ticareti Antlaşması Hakkında Kanun (BGBl. 2013 II. s. 1426 vd.).

²¹ Keza buna ilişkin olarak karş.: *Ambos StV 2020, 788 (Dn 10).*

²² Askerî Teknoloji ve Askerî Malzemelerin İhracatının Denetimi İçin Müşterek Kurallara İlişkin 8.12.2008 tarihli ve 2008/944/ODGP sayılı Konsey Ortak Tutum'u (13.12.2008 tarih ve L 335/99 sayılı Avrupa Birliği Resmî Gazetesi).

²³ Erişim için: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/P-R/politische-grundsaeetze-fuer-den-export-von-kriegswaffen-und-sonstigen-ruestungsguetern.pdf?_blob=publicationFile&v=4 – son erişim tarihi: 30.6.2021);

ihracatına ilişkin kararlarının Ortak Tutum ile uyumlu şekilde alınacağı teyit edilmiştir.²⁴

Bu ölçütler göz önünde bulundurulduğunda uluslararası suçların işleneceğine dair risk öngörülebilir nitelikteyse HSDK'ye göre bir izin kural olarak verilemez. Öte yandan bu türden bir risk değerlendirmesinin, muhtemelen bir idari takdir yetkisine bağlı ve kural olarak yalnızca aşikâr olan bir yanlışlık hâlinde iznin yokluğuna yol açan tahmine dayalı bir karardan ibaret olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Aksi hâlde ise iptali muhtemel ancak en azından geçerli olan bir izin bulunmaktadır. Böyle bir işlem esas itibarıyla kamu hukuku anlamındaki bir ihracat izninin ulusal düzeydeki temelini oluşturmaktadır. Bununla birlikte konunun ceza hukuku açısından önemine ilişkin asıl soru henüz cevaplanmamıştır.

C. İhracat Denetim Hukukuna Göre Ceza Sorumluluğu

Harp silahları ihracatının cezalandırılabilirliği hususuyla ilgili olarak Alman ihracat denetim hukukunda HSDK para. 22a/1 b. 4 ve DTK para. 18/2 b. 1 hükümleri göz önünde bulundurulur. Her iki hükümde de koşul olarak izne aykırı bir davranışın varlığı arandığından²⁵ söz konusu

burada esas itibarıyla, Anayasa m. 86 anlamında bir idari düzenleme söz konusudur (VG Berlin, Urt. vom 2.11.2020 – VG 4 K 385.19, BeckRS 2020, 37021, Kn 32); Ç.n.: Yazar tarafından paylaşılan internet sayfası, ilgili bakanlığın ismi değiştirildiği için artık erişime açık değildir. Söz konusu ilkelere ulaşmak için bkz. https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/P-R/politische-grundsaetze-fuer-den-export-von-kriegswaffen-und-sonstigen-ruestungsguetern.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (son erişim tarihi: 22.9.2022)

²⁴ Dolayısıyla, kendi içinde tartışmalı olan, Ortak Tutum'un (buna ilişkin olarak karşı. Deutscher Bundestag, PE 6-3000-002/19, 4.2.2019) ulusal düzeyde uygulanması hususunun burada ayrıntılı olarak ele alınması zorunlu değildir; ancak Siyasi İlkeler'in etkisi sorunu için karşı.: *Clafsen*, Das Kontrollverfahren beim Export von Kriegswaffen aus Deutschland, 2017, s. 116.

²⁵ HSDK para. 22a/1 b. 4'e göre ceza sorumluluğu, ilgili ihracat vb. eylemlerin, "bunun için gerekli olan nakliyyeye izin verilmeden" gerçekleştirilmesine bağlıdır. DTK para. 18/2 b. 1 hükmü, "izin olmaksızın" yapılan belirli ihracatları düzenlemektedir.

iki hükümle ilgili olarak ceza hukukunda idare hukuku bağlantısına ilişkin ilkeler uygulama alanı bulur.²⁶

I. Ceza Hukukunda İdare Hukuku Bağlantısına İlişkin İlkeler

Genel anlamıyla ceza hukukunda idare hukuku bağlantısı ifadeyiyle kastedilen, kanun koyucunun ceza sorumluluğunu belirli bir idari karar, işlem veya düzenlemenin varlığına bağladığı olaylardır.²⁷ Buna ilişkin örnekler söz gelimi çevre ceza hukukunda²⁸ (örneğin StGB [“AlCK”] para. 324 hükmüne göre suların kirletilmesi suçu) veya diğer özel ceza kanunlarında (örneğin İkamet Kanunu [Aufenthaltsgesetz] para. 95’teki ceza hükmü) bulunmaktadır. HSDK para. 22a/1 b. 4 ve DTK para. 18/2 b. 1’de olduğu gibi bir iznin varlığına atıfta bulunduğu sürece kamu gücüne dayalı böyle bir işlemin (*Hoheitsakt*) ceza hukukundaki etkisinin, bu işlemin hukuka uygunluğuna bağlı olup olmadığı veya bu bağlamda Alman İdari Usul Kanunu (“AlİUK”) (*Verwaltungsverfahrensgesetz* [VwVfG]) para. 44 hükmü uyarınca idare hukuku açısından geçerliliğin yeterli olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır.²⁹ Ceza hukukunda hâkim olan görüşe göre, fiilin icra edildiği sırada iptal edilmemiş, geçerli ve yararlandırıcı³⁰ bir idari işlemin (AlİUK para. 48,

²⁶ HSDK para. 22a hükmüne ilişkin olarak karşı: *Heinrich*, in: Momsen/Grützner, *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2. Aufl. 2020, para. 39 Kn 17.

²⁷ Bu bağlamda karşı. *Winkelbauer*, *Zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts*, 1985, s. 9; *Kudlich*, *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*, 2004, s. 218 vd.; idare hukuku bağlantısı kavramının belirsizliğine ilişkin eleştirel görüş için: *Heghmanns*, *Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln*, 2000, s. 35 vd.

²⁸ Karşı. *Kudlich* (Dn 26), s. 218 vd.

²⁹ İdari işlemlerle ilgili sistematik açıklama için karşı. *Lenk*, *Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht*, 2020, s. 80 vd.

³⁰ Yararlandırıcı izinler (*begünstigende Genehmigungen*) ve yükümlendirici tasarrufların (*belastende Verfügungen*) sadece farklı etkileri göz önünde bulundurulduğunda dahi bu durum, kamu gücüne dayalı her iki türdeki işlemin ayrı şekilde incelenmesi gerektiğine işaret eder (keza aynı yönde *Rengier*, *Strafrecht Besonderer Teil II*, 22. Aufl. 2021, para. 47 Kn 16 vd.); ancak bununla henüz, kamu gücüne dayalı yararlandırıcı ve yükümlendirici işlemlerin ceza hukukundaki etkisine ilişkin gerekliliklerin, nihayetinde zorunlu olarak farklı

49/2-6),³¹ bu işlem hukuka aykırı olsa dahi esas itibarıyla tipikliği ortadan kaldıran ve fiili hukuka uygun hâle getiren³² bir etkisi vardır.³³ Buna göre, hukuka aykırı ancak idare hukukuna göre geçerli olan bir idari iznin varlığı, söz gelimi yetkisiz olma (AICK para. 324/1)³⁴ unsuru veya “gerekli ikamet izni olmaksızın” (İkamet Kanunu para. 95/1 b. 2) unsuru bakımından tipikliği ortadan kaldıracaktır.³⁵ Ancak bu görüşün mutlak surette doğru olduğu söylenemez.³⁶ Bu hususa tekrar değinilecektir.

II. HSDK para. 22a/1 b. 4 Uyarınca Ceza Sorumluluğu

HSDK para. 22a/1 b. 4’e göre ceza sorumluluğu, ilgili ihracın “bu ihraç için gerekli olan nakliyyeye izin verilmeden” gerçekleştirilmesine bağlıdır. Yürürlükteki bir iznin ceza hukuku açısından dogmatik olarak sınıflandırılması – daha açık ifadeyle, bu iznin tipikliği ortadan kaldıran türden mi yoksa fiili hukuka uygun hâle getiren türden mi etki doğurduğuna ilişkin sınıflandırma – genel olarak ilgili suçun kanuni tanımındaki unsurlar vasıtasıyla yapılır:³⁷ İdari izin, izin kaydıyla konulan önleyici bir yasak (*präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*) söz konusu olduğunda tipikliği ortadan kaldırırken muafiyet kaydıyla konulan bastırıcı yasaklar (*repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt*) bakımından sadece hukuka

oldukları ifade edilmemiştir. Bu çalışmanın odak noktası, yararlandırıcı bir ihracat izni olduğu için burada kamu gücüne dayalı yükümlendirici işlemlerin (*belastende Hoheitsakte*) ceza hukuku anlamında ele alınması konusuna daha fazla değinilmeyecektir. (buna ilişkin açıklama için karşı., *Lenk* [Dn 28], s. 106 vd.; *Rengier*, *Strafrecht Besonderer Teil II*, para. 47 Kn 17).

³¹ Keza AICK para. 324’teki geçmişe etkili geri almanın önemsizliğine ilişkin olarak karşı.: *Rudolphi* NStZ 1984, 193, 197.

³² HSDK para. 22a/1 b. 4’teki dogmatik konum için aşağıda Bölüm C.II ile karşı.

³³ *Rengier*, *Strafrecht Besonderer Teil II*, para. 47 Kn 18 vd. (oradaki diğer atıflarla birlikte).

³⁴ *Rettenmaier/Gehrmann*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl. 2020, para. 324 Kn 12.

³⁵ Karş. BGH NJW 2005, 2095.

³⁶ Buna ilişkin olarak *Rengier*, *Strafrecht Besonderer Teil II*, para. 47 Kn 19’daki açıklamayla karşı.

³⁷ *Heinrich*, in: *MüKo-StGB*, 3. Aufl., para. 22a KrWaffG Kn 27.

uygun hâle getirici bir etkiye sahiptir.³⁸ Aslında böyle bir farklılık, ilgili davranışın sadece ilk zikredilen olayda esas itibarıyla sosyal anlamda uygun bir davranış olmasıyla gerekçelendirilebilir.³⁹

HSDK para. 22a/1 b. 4 hükmü göz önünde bulundurulduğunda Federal Yüksek Mahkeme (BGH), idari izinlerin hukuka uygun hâle getirici bir etkisinin olduğunu kabul etmekte ve bu kabulünü harp silahlarının bu kanun kapsamındaki kullanımının özellik arz eden tehlikelilikleriyle gerekçelendirmektedir.⁴⁰ Buna karşılık birçok yazar HSDK para. 22a/1 b. 4'te düzenlenen iznin suçun (olumsuz) bir unsuru olduğu görüşündedir.⁴¹ Bu görüş mesela *Holthausen* tarafından; burada söz konusu olan suçun haksızlık içeriğinin, "devletin denetim hakkını güvence altına alan izin yükümlülüğüne (izin kaydıyla konulan önleyici yasak) riayet edilmemesinde" mevcut olmasıyla gerekçelendirilir.⁴² Harp silahlarının meşru savunma amacıyla kullanılması imkânları göz önünde bulundurulduğunda en son zikredilen görüş özellikle konvansiyonel harp silahları⁴³ ile ilgili olarak oldukça makul görünmektedir.⁴⁴

³⁸ *Kühl*, Strafrecht AT, 8. Aufl. 2017, para. 9 Kn 120; keza karşı. *Heinrich*, in: Mommesen/Grützner, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, para. 39 Kn 24.

³⁹ Keza bu bağlamda karşı. *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2020, para. 7 Kn 13; keza bu bağlamda BGH NStZ 1993, 594, 595.

⁴⁰ BGH NStZ 1993, 594, 595 (öğretideki atıflarla birlikte); eleştirel yorum: Puppe NStZ 1993, 595, 596.

⁴¹ Örn. *Beckemper*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2019, 4. Teil, 4. Kap., Kn 31; *Holthausen* NStZ 1993, 568, 569; *Holthausen/Hucko* NStZ-RR 1998, 193, 196; keza karşı. *Heinrich*, in: MüKo-StGB, para. 22a KrWaffG Kn 28; *Pottmeyer*, Kriegswaffenkontrollgesetz, para. 22a Kn 11.

⁴² *Holthausen* NStZ 1993, 568, 569; Keza silah ihracatının, izin kaydıyla konulan önleyici bir yasağa tabi olduğuna ilişkin kabulle ilgili olarak karşı., *Papp*, Extraterritoriale Schutzpflichten, 2013, s. 156.

⁴³ Bu somutlaştırmaya ilişkin olarak karşı.: *Heinrich*, in: MüKo-StGB, para. 22a KrWaffG Kn 28.

⁴⁴ Keza bu bağlamda, Anayasa m. 26/2 c. 1'deki izin koşulunda, "izin kaydıyla konulan önleyici bir yasağın mı (*präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*) [...] veya muafiyet kaydıyla konulan bastırıcı bir yasağın (*repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt*) mı" söz konusu olduğu sorusunun cevaplanmadığı Federal

Ancak buraya kadar HSDK para. 22a/1 b. 4'te öngörülen ihtimalde, tipikliği ortadan kaldırması için iznin geçerli olması başlı başına yeterli midir yoksa hukuka uygunluk şartı aranır mı sorusu yanıtlanmamıştır. Bu bakımdan, hukuka uygunluk şartının aranacağı yönündeki kabul için aslında esaslı gerekçeler bulunmaktadır. Buna göre, Alman hukukunun uluslararası hukuka uygun olarak yorumlanması ilkesi⁴⁵, HSDK'ye göre yapılacak hukuki değerlendirmede uluslararası hukuktaki temel yaklaşımın her zaman katı biçimde göz önünde bulundurulmasını gerektirir. Federal Hükûmet silah denetiminde insan haklarının korunmasının önemine defalarca işaret ettiği için de bu gerekliliğin aranması özellikle yerindedir.⁴⁶ Ancak izin verilmesinin şartları ile HSDK para. 22a'daki ceza sorumluluğuna ilişkin şartlar kendiliğinden aynı değerlendirilmeye tabi tutulamaz. Yukarıda bahsi geçen uluslararası ilkelerin gerekliliklerinin öncelikle cezalandırmayla değil de hâlihazırdaki izin uygulamasıyla yerine getirilmesiyle yetinilmesi gerektiği varsayılırsa, HSDK para. 22a'nın öncelikli koruma amacının aslında devletin harp silahları ihracatı üzerindeki kamusal denetim yetkisinin gözetilmesi olduğu söylenebilir⁴⁷ – geçerli bir iznin varlığıyla daima korunan bir denetim yetkisi. Öğretide HSDK'nin koruma amacının, diğer hususların yanında ulusların barış içinde bir arada yaşaması (Anayasa m. 26/1 c. 1), silahlı çatışmanın önlenmesi ve uluslararası güvenliğin sağlanması olduğu

Anayasa Mahkemesi kararını karşı. BVerfG NVwZ 2014, 1652, 1661 (Kn 183); keza buna ilişkin olarak karşı. *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 26 Kn 73.

⁴⁵ Bu hususa ve dayanağına ilişkin olarak karşı. *Kuhli*, Das VStGB und das Verbot der Strafbegründung durch Gewohnheitsrecht, 2010, s. 154 vd., özellikle s. 157 vd.

⁴⁶ *Papp* (Dn 41), s. 158 vd.'deki atıfları karşı.

⁴⁷ Keza bu bağlamda HSDK para. 22a hükmünde öngörülen cezanın gerekçesinin öncelikli olarak "devletin denetim hakkını güvence altına alan izin şartına riayet edilmemesi" olduğuna dair görüş için karşı. *Heinrich*, in: MüKo-StGB, para. 22a KrWaffG Kn 28; keza bununla birlikte HSDK para. 22a hükmünün "en azından, suç teşkil eden bağlantılı hareketten kaçınılmasına da hizmet ettiği" ilişkin farklılaşan görüş için karşı. *Ambos StV* 2020, 788, 793.

ileri sürülmektedir.⁴⁸ Bu görüş, HSDK’de öngörülen izin gereklilikleri ve yasaklara atıf yaptığı ölçüde doğru kabul edilmelidir. İlgili iznin verilmesi somut olayda eleştirilebilse ve hukuka aykırı görülebilse dahi geçerli olması hâlinde HSDK para. 22a/1 b. 4’e göre doğabilecek bir ceza sorumluluğunu ortadan kaldırır.

“Ulusların barış içinde bir arada yaşamasına engel olmak, özellikle de bir saldırı savaşının yürütülmesine hazırlık yapmak için uygun olan ve bu amaçla gerçekleştirilen” (Anayasa m. 26/1 c. 1 ve c. 2) bu tür hareketlerin cezalandırılması gerektiğine yönelik anayasal yükümlülükten de farklı bir çıkarımda bulunulamaz. Nitekim Anayasa m. 26/2 c. 1’den anlaşılacağı üzere; Anayasa m. 26/1’e göre yapılacak bir uygunluk denetimi, harp silahları ihracatında bir izin sürecini gerekli kılmaktadır. Bundan dolayı Anayasa m. 26/1 c. 2’deki cezalandırma yükümlülüğünün, idare hukuku bağlantılı suçlar söz konusu olduğunda geçerli izinlerin cezasızlığa neden olacağı şeklindeki genel ilkeye bir istisna teşkil edip etmediği açık değildir. Geçerli bir resmî izin olduğu sürece, salt harp silahı ihracatı eylemi cezalandırılabilir değildir. Bu ilkeye; ceza hukukundaki kanunilik ilkesi (Anayasa m. 103/2) gereğince, ihracatçının davranışı hakkın kötüye kullanımı olarak sınıflandırılacak olsa dahi⁴⁹ yazılı olmayan bir istisna getirilmemelidir (örneğin [ihracatçının silahların gelecekte [veya muhtemelen] kötüye kullanılacağına ilişkin] özel bir bilgiye sahip olması hâlinde).

III. DTK para. 18/2 b. 1 Uyarınca Ceza Sorumluluğu

Yukarıda yapılan açıklamalar, esas itibarıyla DTK’ye göre bir ceza sorumluluğu için de geçerlidir. Geçerli bir izin olduğu sürece özellikle idare hukuku bağlantılı DTK para. 18/2 b. 1⁵⁰ hükmüne göre bir cezalandırma da söz konusu olmaz. Ancak kanun koyucunun bu kanunda – DTK

⁴⁸ Buna ilişkin olarak (farklılıklarla birlikte) karşı: *Beckemper*, in: Achenbach u. a., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Teil 4. Kap., Kn 8; *Pottmeyer*, *Kriegswaffenkontrollgesetz*, para. 6 Kn 74; *Heinrich*, in: Momsen/Grützner, *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, para. 39 Kn 5.

⁴⁹ Karş. BGH NJW 2005, 2095, 2098; *Lenk* (Dn 28), s. 106.

⁵⁰ Bu hükmün uygulama alanına ilişkin olarak karşı: *Meyer/Hüttemann*, in: Momen/Grützner, *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, para. 37 Kn 56.

para. 18/9 hükmünde – hakkın kötüye kullanılması hâlini açıkça düzenlediğinden de bahsedilmesi gerekir.⁵¹ Buna göre “izin olmaksızın gerçekleştirilen bir hareket; tehdit, rüşvet veya gizli anlaşma yoluyla ya da yanlış veya eksik bilgi verilerek usulsüz biçimde elde edilen izne dayanarak gerçekleştirilen bir hareketle eş değerdedir”.

D. Uluslararası Ceza Hukukuna Göre Ceza Sorumluluğu

Buraya kadar, nihayetinde bir uluslararası suça destek mahiyetinde olduğunun anlaşılmasından dolayı harp silahları ihracatının ceza hukuku açısından önem arz edip etmediğine ilişkin – uluslararası ceza hukuku kurallarına göre değerlendirilecek – sorun incelenmemiştir. *Uluslararası Ceza Mahkemesi* (“UCM”) yargılama işlemlerini UCM Statüsü’ne (Roma Statüsü) göre yaparken Almanya’da VStGB (“AİUCK”) (Alman Uluslararası Ceza Kanunu) yürürlüktedir. Dolayısıyla AİCK para. 27 ile bağlantılı olarak AİUCK⁵² para. 2 ile UCM Statüsü⁵³ m. 25/3 b. c’ye göre yardım etme veya desteklemeden dolayı ceza sorumluluğu gündeme gelir. AİCK para. 27 hükmü, başlığına göre “yardım etmeyi” düzenlerken UCM Statüsü m. 25/3 b. c hükmü “yardım etme veya diğer desteklemeyi” (“*aids, abets or otherwise assists*”) kapsar.

I. Yardım Etme ile Desteklemeden Dolayı Ceza Sorumluluğunun İlkeleri

Genel ilkeler esas alındığında, harp silahları ihracatının AİCK para. 27 ile bağlantılı olarak AİUCK para. 2’ye göre hem bir yardım etme hem de UCM Statüsü m. 25/3 b. c hükmüne göre destekleme mahiyetinde olduğuna işaret eden birçok husus bulunmaktadır. Her iki hükme göre yardım etme ile destekleme hareketi, mevcut olayda, esas alınan ön kabbüllere göre var olan – en azından teşebbüs aşamasında kalmış⁵⁴ –

⁵¹ Keza buna ilişkin olarak karış. *Lenk* (Dn 28), s. 106; *Ambos StV* 2020, 788, 790.

⁵² Alman Uluslararası Ceza Kanunu (*Völkerstrafgesetzbuch*).

⁵³ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (*Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs*).

⁵⁴ AİCK para. 27 uyarınca yardım etmenin, en azından cezalandırılabilir şekilde teşebbüs aşamasına kadar gelmiş bir asıl suçun varlığını şart koştuğu Alman Ceza Kanunu dogmatığı için karış.: *Joecks/Scheinfeld*, in: *MüKo-StGB*, 4. Aufl. 2020, para. 27 Kn 4 (karşı görüşe atfla birlikte); *Jescheck/Weigend*, *Lehrbuch des*

uluslararası bir (asıl) suçla ilişkili olmalıdır⁵⁵. Keza bu türden bir asıl suçun ceza hukuku açısından önemi üzerinde, Alman makamlarınca verilen ihracat izninin etkilerinin olup olmayacağı da açık değildir.

Suçta kullanılacak araçların temin edilmesi esas itibarıyla AİCK para. 27⁵⁶ anlamında maddi yardım etmenin şartlarını sağlamaktadır. Hatta bu, UCM Statüsü m. 25/3 b. c’de açıkça, cezalandırılabilir destekleme olarak adlandırılmaktadır (“[suçun] işlenmesi için araçların temin edilmesi dâhil olmak üzere” – “including providing the means for its commission”). Bununla birlikte, uluslararası ceza hukuku bağlamındaki desteklemenin objektif şartları hiçbir şekilde açık değildir.⁵⁷ Bu bilhassa hem sivil hem de askerî amaçlar için kullanılabilir çift kullanımlı malzemelerin (*dual-use-Güter*) satışı gibi meslekî davranış biçimleri için söz konusudur.⁵⁸ Ancak bariz biçimde harp silahı tedarik edildiği sürece bir yardım etme ile destekleme hareketinin genel objektif koşullarının var olduğu kural olarak söylenebilir.⁵⁹ AİCK para. 27⁶⁰ ve UCM Statüsü m. 25/3 b. c’nin⁶¹ subjektif koşullarının mevcut olup olmadığı ise somut olayın şartlarına bağlıdır.

Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, para. 64 III 3 (s. 695); UCM Statüsü m. 25/3 b. c hükmünün lafzına göre, asıl suçun “teşebbüs aşamasında kalmış” (“attempted commission”) olması yeterlidir.

⁵⁵ Bilindiği üzere Alman Ceza Kanunu dogmatikinde *asıl suçtan* bahsedilir (karş. Joeks/Scheinfeld, in: MüKo-StGB, para. 27 Kn 4); Werle ve Jießberger bu kavramı, UCM Statüsü bağlamında da kullanmaktadır (Werle/Jießberger, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. 2020, Kn 643).

⁵⁶ Haas, in: Matt/Renzikowski, StGB, para. 27 Kn 22.

⁵⁷ Buna ilişkin olarak karş. Ambos, Wirtschaftsvölkerstrafrecht, 2018, s. 62 vd.

⁵⁸ Bu malzemelere ilişkin olarak karş.: Çift Kullanımlı Malzemelerin İhracatının, Nakliyesinin, Aracılığının ve Transit Geçişinin Denetimine Yönelik Topluluk Rejimi Kurulmasına İlişkin 5.5.2009 tarihli ve (AT) 428/2009 sayılı Konsey Tüzüğü m. 2 b. 1 (29.5.2009 tarih ve L 134/1 sayılı Avrupa Birliği Resmî Gazetesi); Hakenberg, Art. “Dual-Use-Güter”, in: Creifelds, Rechtswörterbuch, 26. Ed. 2021.

⁵⁹ Sonuçta aynı şekilde: Ambos (Dn 56), s. 64.

⁶⁰ Buna ilişkin olarak karş. Haas, in: Matt/Renzikowski, StGB, para. 27 Kn 37 vd.

⁶¹ Buna ilişkin olarak karş. Werle/Jießberger, Völkerstrafrecht, Kn 648; Ambos (Dn 56), s. 70 vd.

II. İznin Etkisi

Resmî iznin yardım etmeden doğan ceza sorumluluğu üzerinde ne gibi bir etki doğuracağı sorusu buraya kadar cevaplanmamıştır. AİCK para. 27 ve UCM Statüsü m. 25/3 b. c hükümleri – yukarıda tartışılan HSDK ve DTK’de düzenlenen suçlardan farklı olarak – izne aykırı bir davranışın varlığını açıkça aramasa bile, bir iznin uluslararası ceza hukukundaki davranış normları üzerinde de etkilerinin olacağı göz ardı edilemez. Çalışmanın devamında bu hususu uygun biçimde ele alabilmek amacıyla ilk olarak bir Ara söz (*Exkurs*) yoluyla idari izinlerin ceza hukuku açısından anlamını farklı bağlamlarda tartışan Alman ceza hukuku dogmatikğine göz atılacaktır (Bölüm 1). Akabinde, uluslararası ceza hukukunda kullanılmak üzere hukuki prensiplerin bu bölümdeki açıklamalardan ne ölçüde türetilbileceği konusu incelenecektir (Bölüm 2).

1. Ara söz: Alman ceza hukukundaki dogmatik ilkeler

İdari izinlerin ceza hukukundaki isnat için doğuracağı etkilere ilişkin sorun Alman ceza hukuku dogmatikğinde farklı olaylarda kendisini göstermektedir:

a) Çevre Ceza Hukukunda İdare Hukuku Bağlantısı

İdare hukuku bağlantılı çevre ceza hukuku alanında, failin bizzat gerçekleştirdiği davranışın (örneğin suların kirletilmesi) bir idari izinle uyumlu olduğu ancak bu davranışın bir zarara (örneğin insanların sağlığının bozulması) yol açtığı davranış biçimleri düşünülebilir. Failin böyle bir durumda yaralama (AİCK para. 223, 229) suçunu işleyip işlemediği sorunu, mutad olduğu üzere, diğer hususların yanında objektif isnadiyete bağlıdır – bu da (objektif isnadiyet) diğer taraftan idari iznin kapsamına ve etkisine bağlıdır. AİCK para. 223, 229’da düzenlenen ilgili suçlar açıkça idare hukuku bağlantılı olmadıklarından bir izin kural olarak sadece hukuka uygun hâle getirici etki doğurabilir. Ancak böyle bir etki, diğer hususların yanında, karar verecek olan idarenin bu hususta bir tasarruf yetkisine sahip olup olmamasına da bağlıdır.⁶² Bundan dolayı *Kühl* tarafından; çevre hukukuna ilişkin bir iznin “muhtemel yaralanmaları değil”, “sadece tesisin işletilmesiyle bağlantılı olarak ortaya çıkan çevre

⁶² Karş. *Kühl*, Strafrecht AT, para. 9 Kn 134.

zararlarını hukuka uygun hâle getirebileceği" savunulmaktadır.⁶³ Ancak sadece, bilhassa tüm yaşamın doğal temelini oluşturduğu için çevrenin korunmasının gerekli olduğu göz önünde bulundurulduğunda bu ayırım ikna edici olmaktan uzak görünmektedir.

Yaralama ve mala zarar söz konusu olduğunda, meydana gelmesine izin verilen sadece soyut bir risk gerçekleşmişse, riskin gerçekleşmesinin de – söz gelimi yaralamanın (AICK para. 223, 229) veya mala zarar vermenin (AICK para. 303) – ilgili izin sayesinde hukuka uygun olduğunun kabulü isabetli görünmektedir.⁶⁴ Ancak böyle bir değerlendirme ilgili çevre idaresi açısından, iznin aynı zamanda bir riske girileceğini de kapsamı gerektirir. ⁶⁵ Diğer taraftan bu, idari iznin ancak kapsamlı bir risk analizinin sonucu olduğu durumda söz konusu olabilir. Bununla birlikte yukarıda belirtilen ilkelere, iznin muhatabının artık bu izne güvenemeyeceği durumlar için kısmen bir istisna getirilir (örneğin somut sağlık risklerinin tespit edilebildiği durumlarda).⁶⁶

b) AISK para. 34/1 c. 1 ve Yardım Etmeden Dolayı Ceza Sorumluluğu

Yukarıda belirtilen durumlar ile bireysel hukuki değerlerin (örneğin vücut dokunulmazlığı veya malvarlığı), doğrudan bir idari iznin geçerliliğine güvenen kimse tarafından değil de üçüncü bir kişi tarafından ihlal edildiği olaylar birbirinden ayrılır. Burada söz konusu olan, somut olayda kamu gücüne dayanılarak verilen izinlerin (*hoheitliche Gestattungen*) kapsamına da bağlı olabilecek, yardım etmeden dolayı ceza sorumluluğudur. Silah bulundurma ruhsatı (WaffG ["AISK"] para. 10) sahibine mühimmat tedarik eden ve bu mühimmatın nihayetinde – kendisi tarafından öngörüldüğü üzere – ruhsat sahibi kişi tarafından öldürme suçunda kullanılması hâlinde kasten öldürme suçuna (AICK para. 212, 27)

⁶³ Kühl, Strafrecht AT, para. 9 Kn 134; keza karş. Rudolphi, in: FS Lackner, 1987, 863, 881 vd.

⁶⁴ Keza bu bağlamda, karş. Winkelbauer NStZ 1988, 201, 204 vd. – Ancak yazar, doğrudan bir riskten bahsetmektedir.

⁶⁵ Keza kararın konusuna ilişkin olarak karş. Heine NJW 1990, 2425, 2431 vd.

⁶⁶ Örneğin karş. Heine NJW 1990, 2425, 2431 vd.

yardım etmeden dolayı ceza sorumluluğu doğabilecek silah taciri burada örnek olarak düşünülebilir.⁶⁷

AIK para. 34/1 c. 1'e göre, mühimmat sadece, silah bulundurma ruhsatı sahibi kişilerin de içinde bulunduğu yetkili kişilere tedarik edilebilir.⁶⁸ Örnek olayda silah hukukundaki hükümlerle (AIK para. 34/1 c. 1) uyumlu olarak ve somut idari izne (silah bulundurma ruhsatı) göre hareket etmiş olmasına rağmen silah tacirinin genel ilkelere göre yardım etmeden dolayı ceza sorumluluğu (AIK para. 212, 27) gündeme gelir. Bahsi geçen silah hukuku düzenlemesi ile idari iznin, yardım etmeye ilişkin genel ilkelere kıyasla öncelikli olarak uygulanıp uygulanmayacağı sorunu, diğer hususların yanında yapılacak ilgili yoruma bağlıdır.⁶⁹ AIK para. 27 buna ilişkin bir ifade içermediğinden silah hukukuna göz atmak gerekecektir.

Rackow'a göre bu tür olaylarda yardım etmeden dolayı ceza sorumluluğu yalnızca iki koşulun varlığı hâlinde ortadan kalkar: İlk olarak, alana özgü düzenlemenin – burada AIK para. 34/1 c. 1 – getiriliş amacı “suç teşkil eden bağlantılı hareketin engellenmesi veya en azından zorlaştırılması olmalı”; ikinci olarak ise bu düzenleme, “yine bu düzenlemenin hukuki değerlendirmesi, bu düzenleme altında ele alınabilecek bütün olayları içerecek şekilde geçerli olmalı ve böylece gerekirse genel yardım etme yasağının öneminin de önüne geçecek şekilde” “kapsayıcı olmalıdır”.⁷⁰ Ancak bu çalışmada benimsenen görüşe göre en son bahsedilen şart kural olarak daima yalnızca ilk şartın da mevcut olması hâlinde dikkate alınır. Bu değerlendirmeden bağımsız olarak AIK para. 34/1 c. 1 hükmünün, yardım etmeden dolayı ceza sorumluluğunun esasları karşısında kapsayıcı olmadığına işaret eden birçok husus bulunmaktadır. Buna göre *Kudlich*, isabetli olarak

⁶⁷ *Rackow*'daki örnek olaydan yola çıkarak, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, 2007, s. 520 vd.; *Ambos StV* 2020, 788, 793.

⁶⁸ B. 34.1 Waff-VwV; keza karşı. *Gerlemann*, in: Steindorf, Wafferecht, para. 34 WaffG Kn 2.

⁶⁹ Keza bu bağlamda karşı. *Rackow* (Dn 66), s. 517.

⁷⁰ *Rackow* (Dn 66), s. 522 vd.; buraya atfen: *Ambos StV* 2020, 788, 793.

“alıcının çekiçle eşini öldürmesi nedeniyle bir çekiç satıcısını, bunu muhtemel addetmesi veya hatta kesin olarak öngörmesi hâlinde yardım etmeden dolayı sorumlu tutmanın, aynı kast derecesinin varlığına rağmen alıcının silah bulundurma ruhsatına sahip olduğuna inandığı için bir tabanca satıcısını ise cezasız bırakmanın (mevcut daha katı hükümlere uyulmasına rağmen) ilk bakışta daha az tutarlı”

göründüğüne işaret etmektedir.⁷¹

Bununla birlikte ilk izlenime dayanan bu türden bir değerlendirme silah hukukundaki bir yetkinin (örneğin AISK para. 10 uyarınca silah bulundurma ruhsatı nedeniyle), çekiç olayına kıyasla farklı bir muameleyi haklı çıkaran bir güven unsuru yarattığı görüşüne hâlâ imkân vermektedir. Diğer taraftan üçüncü bir kişinin öldürme niyetiyle ilgili olarak doğrudan bilgi sahibi olunması hâlinde karşıt bir güven unsuruna hâlâ yer olup olmadığı şüphelidir. Ancak bu çalışma AISK para. 34 hükmünü ayrıntılı şekilde incelemek için uygun değildir. Bunun yerine aşağıda, yukarıda söylenenlerden yola çıkarak izinli harp silahları ihracatının uluslararası ceza hukuku açısından önemi konusuna uygulanabilecek ilkelere ne ölçüde türetilebileceği incelenecektir.

2. Harp Silahları İhracatına Uygulanması

Yukarıda açıklanan olaylarda iki bakış açısının – farklı şekillerde – belirleyici olduğu ortaya çıkmıştır: Bir taraftan ilgili izin ve kamu hukukunun yorumu hususu, diğer taraftan ise idarenin tasarruf yetkisi hususu. Esasen bir kamu otoritesi, bir suç isnadını ancak ilgili davranışa izin vermek ister ve buna yetkisi varsa engelleyebilir. Bu düşünce harp silahları ihracatına aktarılırsa resmî izinler, yardım etme ile desteklemeden dolayı ceza sorumluluğunu istisnai olarak ancak iki şartın varlığı hâlinde engelleyebilir: İlk olarak iznin içeriği başlı başına sadece ihracat iznini değil, bununla birlikte uluslararası suçların işlenmesini mümkün kılmayı da kapsamalıdır. İkinci olarak böyle bir iznin içeriği meşru da olmalıdır – bu bakış açısı özellikle, Federal Almanya Cumhuriyeti'nin izin kararını verirken uymakla yükümlü olduğu uluslararası hukuk kısıtlamalarına göre belirlenir. Ancak ilk önce ihracat izninin içeriğine göz atılmalıdır: İzin,

⁷¹ *Kudlich* (Dn 26), s. 223 vd.

soyut bir riskli davranışa (burada: ihracat) müsaade ediyorsa ilgili riskin gerçekleşmesi hâli de tamamen iznin kapsamında kalabilir. Bununla birlikte harp silahlarının, muhtemelen uluslararası suçlara karışmış bir devlete ihracı sadece soyut olarak değil daha ziyade somut olarak tehlikelidir. Buna göre, bu tür olaylarda resmî iznin müsaade ettiği hususların uluslararası suçları desteklemekle ilgisi olmadığına dair en azından birtakım belirtiler mevcut olacaktır.

Öte yandan farklı bir izin içeriğinin meşru olup olmayacağı da tartışmalıdır. Uluslararası ceza hukuku, kaynağını uluslararası hukuktan alan bir hukuk alanı olduğundan⁷² cezalandırma şartları uluslararası standartları taşımaktadır. Bu açıdan, yetkili Alman idaresinin harp silahları ihracatı hakkında karar verirken tabi olduğu uluslararası hukuk kısıtlamalarını incelemekte fayda bulunmaktadır. İncelemenin çerçevesini genişletmek gerekirse şunlar söylenebilir: İhracat izninin uluslararası ceza hukuku açısından önem arz ettiği kabul edilmezse, yardım etmeden dolayı ceza sorumluluğu yalnızca uluslararası hukuktaki temel yaklaşıma göre belirlenir. Ancak ihracat izninin uluslararası ceza hukuku açısından önem arz ettiği kabul edilirse, iznin uluslararası hukuk standartlarını muhtemelen ihlal edecek olması, yardım etmeden dolayı ceza sorumluluğu açısından önemsiz olacaktır. Böyle bir durumda ihracat hâlihazırda resmî bir ihracat izni kapsamında olduğu için uluslararası ceza hukuku bakımından yaptırımsız kalacaktır.

Aslında, en azından kovuşturma aşaması için, resmî kararların uluslararası ceza hukukunda önem arz edebileceği söylenebilir. Bu bağlamda örneğin UCM Statüsü m. 17/1 b. a-c' de düzenlenen tamamlayıcılık ilkesine (*Grundsatz der Komplementarität [principle of complementarity]*) değinilmelidir. Bu ilkeye göre bir devlet, bir konuda hâlihazırda ciddi bir şekilde kovuşturma yürütüyorsa aynı konuda *Uluslararası Ceza Mahkemesi* tarafından bir kovuşturma yürütülemez.⁷³ Ancak bununla, resmî izinlerin uluslararası ceza hukukundaki maddi hukuk anlamındaki etkisine ilişkin henüz bir şey söylenmemiştir. Bu bağlamda, ihracat izinlerinin eylemi suç olmaktan çıkaran etkisinin kabulünün, uluslararası ceza

⁷² Karş. *Ambos*, Internationales Strafrecht 5. Aufl. 2018, para. 5 Kn 5.

⁷³ *Werle/Jeffberger*, Völkerstrafrecht, Kn 344.

hukukunun temel ilkesiyle çelişeceğine dair işaretler dahi mevcuttur. Bu hukuk dalının yalnızca erken dönemleri incelendiğinde (yani Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra büyük ölçüde başarısız olan cezalandırma girişimleri ve İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki uluslararası davalar), özellikle söz konusu olan suçlar devlet tarafından teşvik edilen, meşru hâle getirilen veya en azından göz yumulan suçlardı. Devletçe gerçekleştirilen meşrulaştırmaların uluslararası ceza hukuku anlamındaki bir sorumluluğa esas itibarıyla etkisinin olmayacağı düşüncesi, günümüz uluslararası ceza hukukunun da temelini oluşturmaktadır. *Werle ve Jeßberger*'in de belirttiği üzere uluslararası suçların, mutlak surette olmasa da en azından genellikle devletin iştirakiyle işlendiği söylenebilir.⁷⁴ İştirak meselesinden bağımsız olarak, ilgili devletin görünen bir çıkarı yoksa bu suçların cezalandırılabilirliği gerekir. Uluslararası ceza hukuku anlamındaki sorumluluğun, devletlerce gerçekleştirilen meşrulaştırmalardan esas itibarıyla bağımsız olması gerektiği kabul edilirse, bu kabul en nihayetinde ihracat izinleri için de geçerli olmalıdır.

Burada, Üçüncü Reich gibi bir diktatörlükte denendiği gibi, devletler tarafından yapılan bu türden yasal hâle getirmelerle demokratik bir devlet tarafından verilen izinler arasında başından beri esaslı bir farkın mevcut olduğu şeklinde bir itirazda bulunulabilir. Ancak – temelde somut ve fiil odaklı olan – uluslararası ceza hukukuna, bu türden bir farklılaştırma esas itibarıyla yabancıdır.⁷⁵ Buna göre resmî izinlerin kural olarak, esasen mevcut olan bir uluslararası ceza hukuku sorumluluğunda hiçbir şey değiştirmeyeceğine işaret eden bazı hususlar vardır.

III. Güvenin Korunması

Silah ihraç edenlerin, muhtemel olarak resmî izinlerin geçerliliğine güvendikleri düşüncesinden de uluslararası hukuk bağlamında geniş kapsamlı bir cezasızlık sonucuna varılmamalıdır. Böyle bir güvenin korunmaya değer olup olmadığıyla ilgili olarak hâlihazırda belirli bir tereddüt mevcuttur. Ancak bu türden bir güvenin korunması, söz gelimi BM İnsan Hakları Konseyi tarafından 2011 yılında yayımlanan *İş Dünyası*

⁷⁴ *Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, Kn 162.*

⁷⁵ Ancak buna karşılık, cezalandırılabilir yardım etme ve nötr fiiller (*neutrale Handlungen*) arasındaki sınır ile ilgili olarak karşı.: *Ambos (Dn 56), s. 69.*

ve *İnsan Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Rehber İlkeleri'nin (UN Guiding Principles on Business and Human Rights)*⁷⁶ ruhu ile çelişecektir.⁷⁷ Bu ilkeler uyarınca şirketler, insan hakları ihlallerinden kaçınmalıdır.⁷⁸ Ancak burada söz konusu olan, hukuki olarak uygulanabilir bir yükümlülük değil “etik-ahlaki bir davranış beklentisidir” (Dörr).⁷⁹ Ancak bu tür ilkeler özellikle, (bu ilkelerin karşısında yer alan) bir güvenin uluslararası ceza hukuku sorumluluğunun genel esaslarına getirilecek bir istisnayı haklı çıkarmayacağına işaret eder.⁸⁰ Bu tespit, uluslararası ceza hukukunda failin, hareketine izin verildiğine ilişkin muhtemel bir güvenini konu alan hâlihazırda bir hukuki kurum bulunduğu için özellikle doğrudur: Burada bahsedilen, ancak en sıkı şartlar altında bir cezasızlığa yol açabilecek AICK para. 17 ile UCM Statüsü m. 32/2'deki hukuki hataya ilişkin düzenlemelerdir.⁸¹

⁷⁶ UN Doc. A/HRC/17/31, 6 vd.

⁷⁷ Buna ilişkin olarak karşı. Dörr, in: Reinisch/Hobe/Kieninger/Peters, Unternehmensverantwortung und Internationales Recht, 2020, 133, 152 vd.

⁷⁸ 11 numaralı ilke: “Ticari işletmeler insan haklarına saygı duymalıdır. Bu, başkalarının insan haklarını ihlal etmekten kaçınmaları ve insan hakları (bakımından) yol açtıkları olumsuz etkilerin üzerine gitmeleri anlamına gelir.” (“Business enterprises should respect human rights. This means that they should avoid infringing on the human rights of others and should address adverse human rights impacts with which they are involved”) (UN Doc. A/HRC/17/31, 6, 13).

⁷⁹ Dörr, in: Reinisch/Hobe/Kieninger/Peters (Dn 76), 133, 153; keza karşı. *Ambos StV* 2020, 788, 791 (Dn 62).

⁸⁰ Keza *Ambos*; BM Rehber İlkeleri'nden ve diğer normlardan; “şirketleri – basitçe ifade etmek gerekirse – ağır insan hakları ihlallerine ve uluslararası suçlara iştirak etmemeleri konusunda özenli davranmakla sorumlu tutan” bir “insan haklarına özen yükümlülüğü (due diligence)” dahi çıkarmaktadır. Ancak *Ambos*'a göre aynı zamanda: “Sorun, kurumsal davranış yükümlülüklerinin (katı veya esnek) kaynağından ziyade – bağlayıcı olmayan [...] davranış beklentileri de sosyal olarak yönlendirici etki doğurabilir [...] –, bu tür yükümlülüklerin belirsiz konusu ve koruma alanında (genellikle insan hakları) yatmaktadır” (*Ambos StV* 2020, 788, 791 [asıl metinde vurgulamalarla birlikte]).

⁸¹ UCM Statüsü'ne ilişkin olarak karşı.: *Werle/Jeffberger*, *Völkerstrafrecht*, Kn 732.

E. Sonuç

Mevcut açıklamalar, izinli harp silahları ihracatı şüphesi nedeniyle yürütülen bir kovuşturmanın tamamen sorunsuz olduğu varsayımına götürmemelidir. Bilakis ceza sorumluluğu oldukça fazla koşula bağlıdır. Bu durum aynı zamanda, ceza hukukunun resmî bir izin sreindeki eksiklikleri dengelemek amacıyla, yalnızca kısıtlamalarla birlikte uygun bir araç olarak görülebileceğinin bir göstergesi de olabilir. Ancak, harp silahları ihracatının geçerli bir resmî ihracat izninin varlığı durumunda dahi ilgili ihracati için ceza sorumluluğu riski doğurabileceği unutulmamalıdır. Ancak bu, idari bir izin, kural olarak tipikliği ortadan kaldıran bir etki yarattığı için ihracat denetim hukukunun idare hukuku bağlantılı ceza hükümleri (HSDK para. 22a/1 b. 4 ve DTK para. 18/2 b. 1) bakımından aynı lde geçerli değildir. Bununla birlikte, resmî bir ihracat izni AICK para. 27 ile bağlantılı olarak AIUCK para. 2'ye ve UCM Statüsü m. 25/3 b. c hükmüne göre yardım etme ile desteklemeden doğan ceza sorumluluğunu esas itibarıyla engelleyemeyeceği için uluslararası ceza hukuku açısından bir ceza sorumluluğu riski devam etmektedir. Bundan dolayı, bir harp silahları ihracatçısı için yalnızca bir ihracat iznine güvenilmesi hiçbir şekilde uygun değildir.

