

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU
ANABİLİM DALI**

**DÜŞMAN CEZA HUKUKU
-KAYNAKLAR, KURAMSAL ÇERÇEVE, ELEŞTİRİLER-**

Doktora Tezi

Denizer Şanlı

Ankara, 2019

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU
ANABİLİM DALI**

**DÜŞMAN CEZA HUKUKU
-KAYNAKLAR, KURAMSAL ÇERÇEVE, ELEŞTİRİLER-**

Doktora Tezi

Denizer Şanlı

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Abdurrahman Saygılı

Ankara, 2019

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU
ANABİLİM DALI**

Denizer Şanlı

**DÜŞMAN CEZA HUKUKU
-KAYNAKLAR, KURAMSAL ÇERÇEVE, ELEŞTİRİLER-**

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Abdurrahman Saygılı

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı:

İmzası:

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

Tez Sınav Tarihi:

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE**

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(...../...../2.....)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin Adı ve Soyadı
Denizer ŞANLI
İmzası

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ1

I. BÖLÜM: DÜŞMAN CEZA HUKUKU'NUN DAYANAKLARI - KAYNAKLAR VE GÜNCEL ZEMİN-17

1.1. “Düşman Ceza Hukuku” Kavramının Düşünsel ve Tarihsel Kaynakları.....17

1.1.1. “Toplumsal Sözleşme” Teorileri19

1.1.2. “Düşman”, “Düşmana Uygulanan Hukuk” ve “Düşmanla Mücadele” Düşüncesi25

1.1.2.1. Düşüncenin Tarihsel Seyri25

1.1.2.2. Carl Schmitt’in Dost-Düşman Ayırımı30

1.1.3. “İstisna Durumu” Düşüncesi ve “Olağanüstü Hal”36

1.2. Düşman Ceza Hukukunun Güncel Zemini42

1.2.1. Genel Olarak42

1.2.2. 11 Eylül Olayı ve “Terörizme Karşı Savaş” Söylemi44

1.2.3. 11 Eylül Sonrası Düşman Ceza Hukuku49

1.2.4. Düşman Ceza Hukuku’nun Güncelliğine İlişkin Bütüncül Yaklaşımlar ..56

II. BÖLÜM: DÜŞMAN CEZA HUKUKU KURAMSAL ÇERÇEVE VE UYGULAMA BİÇİMLERİ67

2.1. Düşman Ceza Hukuku’nun Kuramsal Temelleri ve Kapsamı67

2.1.1. Bir “Ayrırma Tezi” Olarak Düşman Ceza Hukuku: Yurttaş / Düşman ve Kişi/ Kişi Olmayan Ayırımı69

2.1.1.1. “Norma Sadakat” Temelinde “Bilişsel Altyapı”73

2.1.1.2. “Kişi” Olmaktan Çıkarılma77

2.1.2. “Tehlikelilikle Mücadele”82

2.1.2.1. Tehlikeliliği Gösterir Suç Tipleri83

2.1.2.2. “Tehlikelilikle Mücadele”nin Amacı ve Yöneldiği Sonuç85

2.2. “Düşmanla Mücadele” Yöntemi Olarak Ceza Hukuku	91
2.2.1. Jakobs’un Ceza Hukuku Uygulaması Alanına İlk Adımları: “Ön Alan”a ilişkin Bazı Saptamalar	91
2.2.1.1. “Düşmanla Mücadele Hukuku”nun “İkili” Karakteri	91
2.2.1.2. “Kısmi Düşmanlık” ve Topluma Yeniden Dâhil Olma Durumu	96
2.2.2. Ceza Hukuku Uygulamasının Temel Karakteri: “Tedbirler Hukuku”	99
2.2.2.1. Maddi Ceza Hukuku Alanına İlişkin “Düşmanla Mücadele” Düzenlemeleri	102
2.2.2.2. Yargılama/Soruşturma Usulü Hukuku Alanına İlişkin Düşman Ceza Hukuku Düzenlemeleri	107
2.2.3. Düşman Ceza Hukuku Kurallarının “Sınırları”	110
III. BÖLÜM: DÜŞMAN CEZA HUKUKUNA YÖNELİK ELEŞTİRİ VE DEĞERLENDİRMELER	116
3.1. “Düşman Ceza Hukuku” Eleştirileri	116
3.1.1. Sınırı Belirsiz Bir Kategori Olarak “Düşman”	117
3.1.2. Belirsizliğin “Terörizm” ve “Örgüt Suçları” Ekseninde Yeniden Üretimi.....	120
3.1.2.1. Tanımı ve Kapsamı Belirsiz “Terörizm” ve “Terör Suçu”....	121
3.1.2.2. İç Hukukların “Belirliliği”	126
3.1.2.3. Bir Suç Tipi Olarak “Örgüt Üyeliği” Suçu	129
3.1.3. Bir “Tasarım” Olarak Düşman	136
3.1.4. Bir “Karar” Sorunsalı Olarak “Düşman”	139
3.1.5. “Politik Bir Karar”ın Ürünü Olarak “Düşman”	141
3.2. Düşman Ceza Hukukunun Yürürlüğü ile İlgili Tartışmalar	148
3.2.1. Düşman Ceza Hukuku Yürürlüğünün Hukuk Düzenine Etki ve Sonuçları.....	151
3.3. Düşman Ceza Hukuku ve “Hukuk Devleti”	158
3.3.1. Jakobs’un “Hukuk Devleti” Anlayışı	161
3.3.2. Düşman Ceza Hukuku ve “İnsan Onuru”	167

3.3.3. Düşman Ceza Hukuku ve “Eşitlik”	175
3.3.4. Düşman Ceza Hukuku ve Ceza Hukuku İlkeleri	179
3.3.4.1. Kanunilik İlkesi	180
3.3.4.2. Ölçülülük İlkesi	183
3.3.4.3. Suçsuzluk Karinesi	188
3.3.5. Adil Yargılanma Hakkı ve Düşman Ceza Hukuku	192
SONUÇ	198
KAYNAKÇA	203
ÖZET	
ABSTRACT	



GİRİŞ

“Güvenlik”, ait olduğu tarihsel/ toplumsal bağlam tarafından belirlenen, bu yönden, farklı dönemler, koşullar ve toplumsallıklarda farklı anlam ve içerikler kazanan bir kavramdır. Diğer tüm kavramlar için de geçerli olan bu durum ve sürecin, “güvenlik” açısından çok daha belirgin ve görünür olduğunu söylemek yanlış olmaz. Öyle ki, kavram, günümüzde olduğu gibi, farklı tarihsellikler henüz söz konusu edilmeksizin dahi, aynı dönem ve koşullar için, birbiriyle karşıt çerçeveleri/ anlamları ifade edebilmektedir.¹ Bir görüşe göre güvenlik, devletin oluşumu süreçleriyle birlikte, devlet olgusu etrafında düşünülmelidir. Bu yaklaşım, insanların yaşamlarını ve organlarını koruma kaygılarının temel bir gereksinim olduğunu ve maddi varlıklarına yönelen tehditleri uzaklaştırmak için farklı araçlara başvurduklarını, ancak saldırıların sürekli bir nitelik kazanmasıyla kişilerin kendi olanaklarını aşan, ortak ve kolektif bir güvenlik aygıtına ihtiyaç duyduklarını savunmaktadır (Lipson, 1973: 67, 68). Devlet olarak tanımlanan kurum da, insanların bu ihtiyacının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Devlet, bir grup insanın, kendi korunma dürtülerini kurumsallaştırmalarının bir sonucudur (68). Devletin sağladığı güvenlik, yalnızca devletin yaratılmasının değil, ona itaat etmemizin de nedenidir (Hobbes’tan akt. Neocleous, 2016:9). Özgün modern devletin ilk kuramcısı olarak görülen Hobbes’un, insanlar arasındaki savaşı sona erdiren, insanlardan aldığı yetkiyle elinde topladığı güç ve yetkinin dehşetiyle onları korku içinde tutarak düşmanlara karşı yardımlaşma iradelerini birleştiren, böylece barış

¹ Güvenlik kavramının tarihsel anlamı, evrimi ve kavramla ilgili farklı yaklaşımlar için, bkz. Ergüven: 2016.

ve güvenliği zor yoluyla sağlayan bir gç olarak betimlediği devlet de (Pierson, 2000; Sancar, 2000), bu çerçeveyle büyük oranda uyuşmaktadırdır.

Bu yaklaşımın yalnızca tarihsel olmadığına, aksine güncel ve egemen bir güvenlik anlayışını da gösterdiğine özellikle dikkat çekmek gerekir. İnsanların haklarını üstün bir güce devredip, bu gç tarafından korunmalarıyla başlayan süreç, ulus devlet sistemlerinin ortaya çıkmasıyla birlikte, devletin ülkesinin güvenliği ile yurttaşlarının güvenliği arasında doğrudan ilişki kuran bir anlayışa evrilmiştir (Ergüven, 2016: 778). “Devletin güvenliği”ni, “toplum güvenliği”nin bir ifadesi olarak inşa eden bu yaklaşım, günümüzde, her iki kavramı da aynı anlama gelmek üzere kullanılmaktadır. Buna göre, devlet, toplumun örgütlenmiş biçimi olduğuna göre, toplumun ve devletin güvenliği, özdeş içeriklere sahiptir. Devletin güvenliği, ülkedeki bireylerin güvenliği anlamına gelmekte ve bireylerin güvenliklerinin sağlanmasına yönelik faaliyetlerin bütünü olarak algılanmaktadır (Ergüven, 2016: 787). Kısaca, bu yaklaşıma göre, devletin güvenliği, toplumun da güvenliğini tesis etmekte ve toplumsal güvenlik, kendini, devletin güvenliği biçiminde gerçekleştirmektedir. Yaklaşım, modern devleti, bireylerin iradelerinin dolaylı ya da türev ifadesi olarak varsaydığı için, devletin verdiği emirlere toplum tarafından itaat edilmesi gerektiği düşüncesine (Pierson, 2000: 47-48) de meşruiyet sağlar. Bu, belki de, yaklaşımın ideolojik düzlemde ulaştığı en önemli sonuçtur.

“Devletin korunması” ile sonuçlanan böylesi bir güvenlik anlayışının dayandığı varsayımdan, aynı anda, bu çerçevenin karşıtı bir başka güvenlik yaklaşımı da doğmaktadır. “Devletten korunma” olarak özetlenebilecek bu yaklaşım da, aynı biçimde, toplumsal korunma ihtiyacının ürünü olarak varsaydığı devletin bağımsız bir varlık kazandıktan sonra edindiği bazı nitelikleri temel almakta, ancak devleti temel süje olarak gören anlayışın karşıtı ve farklı bir güvenlik anlayışına ulaşmaktadır. Buna göre, devletin koruma görevini yapabilmesi için buyruğu altında kuvvet bulundurması,

şiddet tekelinin devletin eline geçmesiyle sonuçlanmıştır (Lipson, 1973: 80). Meşruiyetini toplumsal güvenlikten alan ve neredeyse “doğal” bir olgu haline gelen fiziksel şiddet tekeli (Sancar, 2000: 30), modernleşme ve modern devletin nitelikleri ile ilgili farklı yaklaşımların kaynağı olmakla birlikte,² aynı zamanda bireylerin devlete karşı korunması ve şiddet tekelinin kullanım biçim ve usullerinin açık bir biçimde belirlenerek sıkı bir denetime tabi tutulmasının da gerekçesi olmuştur (40). Devletin güvenliğinin sağlanması durumunda bireylerin de güvenliğinin sağlanacağı düşüncesine karşı çıkan yaklaşım, devletten kaynaklanan ve bireylerin güvenliğini tehdit eden durumlara özellikle dikkat çekmektedir (Ergüven, 2016: 809). Günümüzde, genel olarak “kişi özgürlüğü ve güvenliği” başlığı altında ifade edilen düzenlemelerde³ ifade bulan bu yaklaşım, güvenlik sorunsalını, bireyin devlet dışındaki kişi ve kurumlardan korunması yanında, devletten kaynaklanan tehdit ve tehlikelere karşı da korunması (Goppel, 2013: 254) ekseninde ele almaktadır.

“Devleti koruma” ve “devletten korunma” yaklaşımları ulusal ve uluslararası düzeyde hukuki düzenlemeler biçiminde yer bulmakla birlikte, son yıllardaki gelişmeler, güvenlik anlayışının biçimlenmesinde önemli bazı sonuçlara yol açmıştır. Soğuk savaşın sona ermesi ile birlikte karşılıklı bağımlılığın artması, egemenlik anlayışındaki değişimler, iletişimdeki gelişmeler, çevresel bozulma, nüfus artışı, teknolojik yeniliklerin yaygınlaşması, modern silahların yayılması gibi bir çok gelişmenin güvenlik anlayışında önemli değişimler yarattığı belirtilmektedir (Ergüven, 2016: 796). Yine, 1980’lerle birlikte küresel ölçekte yaygınlaşan neoliberalizmin yarattığı toplumsal değişim ve dönüşümler, devletlerin güvenlik siyasetini de yeniden biçimlendirmiş (Bedirhanoğlu vd. 2016: 15, 16); geniş kitlelerin sistem içinde kendine

² Modernliği bir uygarlaşma süreci olarak sunan, barbarlık ve şiddet kullanımıyla iç içe geçmiş bir olgu olarak tartışan ve tamamlanmamış bir proje olarak ele alan üç ayrı farklı yaklaşım için, bkz. Sancar, 2000: 30-38.

³ Bkz. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, m. 3. ve 9; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m.5; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, m. 7; , Afrika İnsan Ve Halkların Hakları Şartı, m.6.

yer bulamamalarının yarattığı sonuçların yanında, silahlanma, çevre kirliliği, az gelişmişlik, insan ve madde kaçakçılığı, nüfus hareketleri, salgın hastalıklar ve iktisadi krizler gibi birçok etken, güvenlik kavramının kapsamının genişlemesi sonucunu doğurmuştur (Ergüven, 2016: 796-797).

Hangi biçimde ifade edilirse edilsin, bu gelişmelerin yarattığı sonuç, toplum ve devlet güvenliğini esas alan anlayışın, *egemen bir iç güvenlik anlayışı* olarak belirleyici derecede etkinlik bulmasıdır. Buna göre, kamusal yaşamı “tehdit eden” faktörler, kapsam ve yoğunluk yönünden çeşitlilik göstermekte (797) ve birey tarafından hesap edilmesi olanaksız tehlikelerin neden olduğu tehdit algısı, bir “risk toplumu” (Eicker, 2008: 680; Ünver, 2003: 720-721) yaratmaktadır. Toplumsal risk algısı, hukuksal alanda, risklerin ortadan kaldırılmasına elverişli bir “risk ceza hukuku”nun (Ünver, 2003: 720) ortaya çıkışıyla sonuçlanmaktadır. Risk ceza hukuku, “risk dogmatigi”nce biçimlendirilmiş bir güvenlik hukukudur (Eicker, 2003: 680). Risklerin kontrol altında tutulması isteğiyle ceza hukukunun uygulama alanı sürekli olarak genişlemekte, yeni suç tipleri kabul edilmekte ve “önleme”, hukuki süreçlerin başat amacı haline gelmektedir (Taşkın, 2016: 79-82). Burada, zararı önlemenin ötesinde, zarar riskini önleme amaçlı, ceza hukuku alanında son yıllarda etkinliğini giderek artıran, çarpıcı bir gelişme söz konusudur (Zedner, 2010: 395). Günümüzün yerleşik toplumsal/ siyasal eğilimi, kısaca, “güvenlik isteği, risklerin kontrol altında tutulması ve önleyici tedbirlere başvurma” biçiminde özetlenebilir (Hassamer, 2011: 212).

Günümüzün hâkim güvenlik anlayışı, tehlike ve tehditlerin çeşitliliğine dayanmakla birlikte, örgütlü suçlar ve terörizm, gerek yeni bir güvenlik siyasetinin yaşama geçirilmesi ve gerekse de hukuk düzleminde yarattığı etkiler bakımından özellikle öne çıkmıştır. Organize suçluluğun bir toplumsal risk alanı olarak nitelenmesi ve 1980’li yıllarla birlikte bu alana ilişkin yapılan düzenlemelerle birlikte terörizm de, güncel bir tehdit odağı olarak güvenlik siyasetinin yeniden üretiminin nesnesi haline

gelmiştir. Bununla birlikte, yakın tarihteki hiçbir olay, 11 Eylül saldırıları kadar dünyanın dikkatini terörizm üzerine yoğunlaştırmamıştır (Goldstone ve Simpson, 2008: 124). Esasen savaş ve iç çatışmalara kıyasla eylemin yapıldığı alanın sınırlı olması nedeniyle genel olarak düşük yoğunluklu bir tehdit olarak algılanan terörizm, 11 Eylül saldırıları birlikte en önemli güncel tehditlerden biri haline gelmiştir (Krahmann'dan akt, Ergüven, 2016: 796). Organize suçluluk ve terörizm paradigmaları, son otuz yıldır hukuk politikasında değişimler yaratacak güçtedir ve gelişmeler daha çok Hobbes'un Leviathan'ı yönünde ilerlemektedir (Kühne, 2006: 84). Bu güvenlik tehditlerine karşı hukuk, son araç niteliğini kaybetmekte ve yeni türden bir önleyici koruma görevi üstlenmektedir (90-95). Hukukun bastırıcı ve önleyici bir temelde işlevlenmesi, genel olarak devletin müdahale yetkisinin genişlemesi anlamındadır (Jager, 2011: 215). 11 Eylül'den sonra polisin ve ceza muhakemesi araçlarının müdahale yetkilerinin sertleşerek genişlemesi de bu sürecin sonucudur (Kühne, 2006: 87).

Yurttaş ceza hukukunun (Almanca'daki orijinal haliyle, "*Bürgerstrafrecht*") karşıtı olarak "düşman ceza hukuku" ("*Feindstrafrecht*") anlayışı da "fikir babası" olarak kabul edilen Alman Hukuk Profesörü Günther Jakobs tarafından (Diez, 2017: 185) "güvenlik hakkı" ile temellendirilmektedir. Jakobs'a göre devletin, sürekli olarak suç işleyen bireylerden kendini koruma hakkı olmakla birlikte, yurttaşlar da devletten güvenliği sağlaması için gerekli ve bu işe özgü ölçütleri uygulanmasını talep etme hakkına sahiptirler (Jakobs, 2008a: 494). Burada sözü edilen "güvenlik hakkı", Hobbes'un, devleti üzerinde inşa ettiği (494) ve devletin meşruluk nedeni saydığı (Ökçesiz, 2008: 563) türden bir haktır. Bir başka ifadeyle, devlet, yukarıda belirtilen çerçevede ortak, kolektif ve kudretli bir güvenlik aygıtı olarak ifade edilmekte ve fakat bu egemen anlayış, "devletten korunma" anlamındaki hak ve özgürlükle hiç ilgisi olmayan türden "yeni" (Ortiz, 2001:134) bir "sözde güvenlik hakkı" (Diez, 2017:188) ile de tahkim edilmektedir. Jakobs'un düşman ceza hukuku yaklaşımı, bu yönden yeni

olmayan, geleneksel, ama bir yandan da güncel ve hâkim bir güvenlik anlayışını yansıtmaktadır.

Bu çalışma, konu edindiği düşman ceza hukuku yaklaşımını, güvenlik temelinde ele almaktadır. Örgütlü suçları, ama özellikle onu “yüksek bir biçimde ifade eden terör suçlarını” (Diez, 2017:185) esas alan ve anti-terör yasaları ile yürürlük bulan⁴ düşman ceza hukuku anlayışının bu çalışmadaki analizinde, güvenlik problematiğinin odak alınmamasının belirli bazı nedenleri bulunmaktadır:

Birincisi, anti-terör yasalarının, caydırıcı ve etkili olduğu yönünde herhangi bir kanıt bulunmamaktadır (Melia, 2017: 119). Terörizmin aşırı tehlikeli olduğu ve bu nedenle terör faili düşmanlar ve yurttaşların farklı ceza normlarına tabi kılınması gerektiği yönündeki düşman ceza hukuku yaklaşımı (119), düşmanlar için ayrı bir ceza hukukunun oluşup genişlemesiyle sonuçlanmıştır (115). Ama 1960 ve 70’li yıllardan bu yana Avrupa ülkelerindeki deneyimler, terör suçları ihdas etmenin veya bu suçlarının cezalarını arttırmanın, caydırıcı bir etkisinin olmadığını göstermektedir (120). Yürütmenin yetkilerini geniş ölçüde artırıcı ve temel hakları sınırlayıcı düzenlemelerin terörü ne ölçüde önleyeceği noktası tartışmalı olduğu gibi, dengenin özgürlükler aleyhine bu denli bozulmasının, terörizmi artıracak bir tepkiye yol açması da olasılıklar dahilindedir (Esen Arnwine, 2006: 204-205). Ceza hukukunun genel ve özel olarak terörizmi frenlemede etkili bir araç olacağına ve böylece güvenliği sağlayacağına ilişkin elimizde deneysel bir yargı da bulunmamaktadır (Melia, 2017: 120). Risk ceza hukuku, yeni tehditler karşısında başarısız kalmakta, ceza hukuku terörizmle mücadelede bir başarı gösterememektedir (Eicker, 2008: 685). Bu nedenle, terörizmle mücadelede ceza hukukunun kullanılmaması durumunda her şeyin daha kötü olacağı, spekülatif bir tez olarak kalmaktadır (685). Tehlike yaratan bazı insanların tehlikeliliklerine karşı düşman

⁴ Bkz. aşağıda, “Düşman Ceza Hukukunun Yürürlüğü İle İlgili Tartışmalar” ve “Düşman Ceza Hukuku Yürürlüğünün Hukuk Düzenine Etki ve Sonuçları” başlıkları.

ceza hukukunun kullanılması, devletin kendi varlığını güvence altına alması için de uygun bir yol değildir (Diez, 2017: 209).

İkincisi, terörizm, çoğu zaman devletlerin otoriter uygulamalarının ve hak ihlallerinin bahanesidir (Öktem, 2007: 249). Temel hak ve özgürlüklere keyfi müdahaleleri meşrulaştırmanın en kestirme yolu, güvenliği sağlama zorunluluğunu gerekçe göstermektir (249). Devletlerin, terörizm kavramını, hoşlanmadıkları toplumsal hareketleri damgalamak için kullanmaları eski bir trenddir (*Terörizme Karşı Koyarken İnsan Hakları ve temel Özgürlüklerin Desteklenmesi ve Korunması Özel Raportörünün Raporu*, 2008: 268). Yeni olan, 11 Eylül'den bu yana terör kavramının istismarına seyirci kalınmasıdır (268). Uluslararası toplum tarafından çağrısı yapılan ve desteklenen terörle mücadele düzenlemeleri, aslında baskıcı rejimlere ve onların eylemlerine meşruiyet kazandırabilir (268). Terörizme karşı koyma ile uyuşmayan terminoloji, yerel anti-terör yasalarında sıkça kabul edilmektedir (258). Düşman ceza hukukunun kesin bir biçimde talep ettiği terör suçları önlemleri, hukukun üstünlüğünün yıkılması için bir mazeret olarak kullanılmaktadır (Melia, 2017: 126).

Üçüncüsü, güvenlik paradigması, çalışma konusunun analizine uygun bir zemin sunmamaktadır. Düşman ceza hukukunun da dayandığı hâkim güvenlik söylemi, yukarıda belirtilen, belirli bir kapsama sahiptir ve en başta devlete itaat düşüncesi olmak üzere, geleneksel ideolojik işlevini de öteden bu yana yerine getirmektedir. Bu söylemin, yöneldiği bu amaç açısından dahi ne denli işlevsel olduğu, tartışmaya muhtaçtır. Gerçekten de, örneğin düşman ceza hukuku anlayışı, devleti korumaya uygun bir çerçeve midir? Yoksa öngördüğü aşırı tedbirlerin, verili hukuk düzeni açısından bir bedeli olacak mıdır? (Melia, 2017: 126). Bu bedel, eğer “hukukun üstünlüğünün yıkılması” (126) ise, devletin, esasını oluşturan yasalarla çeliştiğinde ve *kendi koyduğu kurallara ihanet ettiği* kendi kendisini ortadan kaldırdığını gösteren ve şimdiden öngörülemez ancak gelecekte meydana geldiğinde yanıtı verilebilecek birçok örnek

bulunmaktadır (Diez, 2017: 209). Kısaca, düşman ceza hukukunun, kendisini dayandırdığı temele ve yöneldiği amaca uygun bir işlevinin olup olmadığı tartışmaya açık olduğu gibi, tam tersi bir fonksiyonu ifade ettiği de savunulabilir. Bu yönden hakim güvenlik çerçevesi, çalışmanın analiz çabasını zenginleştirecek ve bu çabaya katkısı olabilecek bir eksen sunmamaktadır.

Öte yandan bu çalışma, düşman ceza hukukunu eleştirel temelde ele alarak, böylece, çalışma konusunun zengin bir analizi için eleştirel yaklaşımın yarattığı olanakları da değerlendirme amacındadır. Egemen güvenlik söylemi, Hobbes'tan bu yana aralarında aşılmaz bir karşıtlık ve gerilim olduğu belirtilen (Öktem, 2007: 246) güvenlik-özgürlük sarkacının "güvenlik" yönünü tam biçimde temsil etmekte ve sarkacı, özgürlüklerin azaltılması ve sınırlandırılması (Arnold, 2008: 538) yönünde hareket ettirmektedir. Çalışma, çoğu kez aynı temaların tekrarıyla oluşturulan ve böylece, eleştirel bir analiz çabasını sınırlandırmanın da ötesinde, engelleyen bir işlev edinen güvenlik paradigması yerine, özgürlükleri odak edinmektedir. Düşman ceza hukuku yaklaşımının temel hak ve özgürlükler yönünden yarattığı etki ve sonuçlar, çalışmanın başlıca sorunsallarından birisidir.

Çalışmanın düşman ceza hukukunu eleştirel temelde ve özgürlükleri odak edinerek analiz etme yönündeki seçimi, güvenlik paradigmasını tümüyle göz ardı etme sonucunu doğuracak değildir. Aksine, düşman ceza hukuku anlayışı, dayandığı güvenlik söylemi ve başkaca tüm unsurlarıyla birlikte, güncel bir cezalandırma siyasetinin hukuksal alandaki bütünsel ifadesi olarak ele alınmaktadır. Anlayışın, güncel ve etkin bir cezalandırma çerçevesi haline gelmesi, büyük oranda dayandığı güvenlik paradigmasının egemenliği ve gücüyle ilgilidir. Bu açıdan, düşman ceza hukukunun, dayandığı güvenlik söylemi başta olmak üzere, kendisini oluşturan tüm unsurlarla birlikte ceza hukuku anlayışı ve işleyişinde yarattığı güncel etki ve sonuçlar, çalışmanın bir diğer başat sorunsalıdır. Öyle ki, düşman ceza hukukunun özgürlükler üzerindeki

güncel- olumsuz etkisini de ceza hukuku anlayışında yarattığı çok yönlü değişimler yoluyla gerçekleştirmesi, çalışmanın bu sorunsal üzerinde özellikle yoğunlaşmasına yol açmıştır.

Diğer yandan düşman ceza hukuku anlayışının ceza hukuku alanında yarattığı sonuçların, hukuk alanıyla sınırlı olmadığı belirtilmektedir. Ceza hukukunda yaşanan dönüşüm ve oluşturulan yeni ceza rejimi, iktidarın kendini yeniden ve özgül bir biçimde örgütlemesinin bir parçası olduğu gibi, aynı zamanda otorite ile yurttaş arasındaki ilişkinin de yeniden tanımlandığı bir süreçtir (Paye, 2009: 224). Bu yönüyle, düşman ceza hukukunun hem siyasal karakterinin ve hem de hukuksal alanda doğurduğu sonuçlar yoluyla siyasal yapının dönüşümüne etkilerinin analizi, çalışmanın sorunsallarından birisini oluşturmaktadır.

Çalışma, düşman ceza hukuku yaklaşımının güncelliğini, belirli bazı bağlamlarla ele almaktadır. Öncelikle, yaklaşım, başta dayandığı yurttaş- düşman ayırımı olmak üzere, tarihsel ve düşünsel bazı dayanaklara sahiptir. Yaklaşımın içeriği ve güncelliği, bu kaynaklar/ dayanaklar tarafından belirlenmektedir. Başta toplumsal sözleşme teorileri olmak üzere, bu kaynakların bir kısmı, Jakobs tarafından da düşman ceza hukukunun dayanakları olarak sunulmuştur. Çalışmada, Jakobs'un tarihselliği ele alma ve değerlendirme biçimine eleştirel yaklaşılmakla birlikte, bundan ayrı ve bağımsız olarak, düşman ceza hukukunun düşünsel ve tarihsel kaynakları, güncelliğinin bir belirleyeni ve parçası olarak tartışılmıştır.

Düşman ceza hukukunun güncelliğinin bir diğer bağlamı, beslendiği tarihsel ve düşünsel dayanaklarla birlikte ve bunların bir sonucu olarak, gerçekleştiği zeminle ilgilidir. Yaklaşımın sahip olduğu zemin, zamansal ve mekânsal bağlamlarda tartışılabilir. Düşman ceza hukukunun zamansal etkinliğiyle ilgili yaklaşımlar, güvenlik tartışmalarının dönüşümüne koşut bir biçimde 11 Eylül 2001 tarihine odaklanmaktadır. Bir yaklaşıma göre, 11 Eylül sonrası ABD tarafından küresel ve ulusal düzeyde yaşama

geçirilmeye çalışılan “teröre karşı savaş” doktrini (Bedirhanoglu vd. 2016:12), düşman ceza hukuku anlayışının yaygınlaşması ve etkinlik sağlamasının temel zeminidir. Bununla birlikte, 11 Eylül öncesinden başlayarak gelişen toplumsal/siyasal süreçlere odaklanan ve ceza hukukunda yaşanan dönüşümü de bu süreçlerin sonucu olarak değerlendiren yaklaşımlardan da söz edilebilir. Çalışmada “bütüncül yaklaşımlar” başlığı altında sunulan bu eğilimlerin odaklandıkları siyasal/ toplumsal süreçler birbirinden farklılıklar gösterdiği gibi, bu gelişmelerin izini sürmekle birlikte, sorunsal 11 Eylül tarihinden sonraki gelişmelerin dönüştürücü etkisiyle birlikte ele alan yaklaşımlar da söz konusudur. Aslında, temelindeki toplumsal/ siyasal süreçler ne biçimde ele alınırsa alınsın, düşman ceza hukukunun yaygınlaşması bakımından, 11 Eylül saldırılarının “sıçrama tahtası” (Zelman, 2008: 83) işlevi gördüğü, bir vakıdır. Dolayısıyla çalışma konusunun zamansal bağlamına ilişkin yaklaşımlar, basit bir tarih tartışmasından öte, düşman ceza hukukunun gerçekleşme neden ve koşullarına ilişkin belirlemeler bakımından önem kazanmaktadır. Düşman ceza hukukunun gelişme zeminine ilişkin bu yaklaşımlar, temellerinde bulunan tezlerle birlikte çalışmanın kapsamında yer almaktadır.

Düşman ceza hukukunun sahip olduğu mekânsal zemin ise, gerçekleştiği hukuk alanını tanımlamaktadır. Bu alan, genel olarak “terörizm ve terör suçlarına ilişkin hukuksal alan” olarak ifade edilebilir. Düşman ceza hukuku, farklı yazarlarca, modern toplumda ve ceza hukukunda güncel *belirtileri olan* bir yaklaşım olarak nitelendirilmiştir (Diez, 2017: 188). Özellikle 11 Eylül saldırılarından bu yana, düşman ceza hukuku geniş bir biçimde ve güncel bir suç politikasının sonucu olarak tartışılmıştır (Saliger, 2017: 216). Birçok ülkede düşman ceza hukuku karakterini yansıtan uygulamalar gözlemlenmekte (Heinrich, 2016:136), düşman ceza hukuku uygulamaları, aşırı tehlikeli suçlarla ilgili olmayan davalarda da görülmektedir (Melia, 2017: 118). Maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku alanındaki gelişmeler,

toplum dışında kalmış tehlikeli kişilere karşı uygulanan bir düşman ceza hukuku oluşturulduğu sonucuna ulaşmaktadır (Jager, 2011: 215). Bütün bu gelişmeler, Jakobs'un, zamanın ruhunu tam on ikiden vurduğunu (Saliger, 2017: 212), güncel ceza hukuku uygulamalarının başat niteliklerini uygun bir biçimde tanımladığını (Diez, 2017: 188), ceza hukuku alanındaki bu gelişmeleri tanımlamanın da ötesinde meşrulaştırdığını (Melia, 2017:121; Zedner, 2010: 392) ve düşüncesinin yasallaşması yönünde temel hazırladığını (Heinrich, 2016: 136) göstermektedir. Bunlardan daha çok, düşman ceza hukuku anlayışı terör suçları ve terörizm alanında yüksek bir biçimde ifade edilmekte (188), bu alana ilişkin kuralları belirlemekte (Zedner, 2010: 392) ve hukuk alanında bu şekilde gerçeklik kazanmaktadır. Ceza hukukunun gelişimi, terörizme nasıl cevap verilmesi gerektiği sorusu ile iç içedir ve düşman ceza hukuku, bu bağlamda, bu gelişimin son durağı olarak ortaya çıkmıştır (Melia, 2017: 117). ABD, İngiltere, Kolombiya ve diğer ülkelerdeki yasal gelişmeler, düşman ceza hukuku anlayışının terörizme ilişkin düzenlemeler biçiminde bütün hukuk sistemlerinde yankı bulunduğunu göstermektedir (Sinn, 2008: 616-621). Çalışma, bu belirlemeler ışığında, düşman ceza hukuku anlayışının örgütlü suçlar ve cinsel suçlar gibi "tehlikeli suçlar" alanına ilişkin olarak geliştirildiğini göz önünde bulundurmakla birlikte, anti-terör yasalarının, düşman ceza hukuku anlayışının somutluk kazanmış bir biçimi olduğunu kabul etmekte ve bu yasaları, düşman ceza hukuku anlayışının bir görünümü olarak analiz etmektedir. Terörizm suçları, düşman ceza hukukunun en açık ifadesidir (Galli, 2012: 164) ve terörizm suçlarıyla ilgili düzenlemelerin artması, düşman ceza hukukunun en göze çarpan güncel özelliğidir (Zedner, 2010: 391). "*Düşman ceza hukukunun acımasız varlığı*"nın (Saliger, 2017: 219), ceza hukuku ve dolayısıyla siyasal yapıda yarattığı açık, doğrudan ve kesin etkiler anti-terör yasaları yoluyla gerçekleştiği için, yaklaşımın diğer örgütlü suç alanlarındaki görünümleri ikincil olarak kabul edilmiş ve çalışmada sınırlı biçimde konu edinilmiştir. Bu açıdan çalışmanın,

düşman ceza hukukunu, terörizmle ilgili yasal düzenlemeler çerçevesinde analiz etmeyi tercih ettiği ve kapsamını da bu biçimde sınırladığı söylenebilir.

Çalışma konusunun bir diğer mekânsal sınırı da, uygulama ölçeğiyle ilgilidir. 11 Eylül'den sonra ABD tarafından yaşama geçirilen “teröre karşı savaş” doktrini, iç ve dış güvenlik arasındaki sınırı kaldırmış (Kühne, 2006:91) ve terörizmle mücadelede yeni bir dönem başlatmıştır. “Teröre karşı küresel savaş” söylemi, sınırlarını aşan “tehdit”lere devletlerin müdahalesini mümkün kıldığı ölçüde uluslararası ölçekte ilişkilerde de köklü değişiklikler yaratmakla birlikte, iç hukuklarla ilgili sonuçlarını, ABD de dâhil olmak üzere, “tüm dünya devletlerini bir yangın gibi saran anti-terör mevzuatları” (Zelman, 2008:84) biçiminde vermiştir. 11 Eylül’le birlikte, ABD, İngiltere, Almanya, Fransa, İspanya gibi birçok ülke ya yeni terörle mücadele yasaları çıkarmış, ya da mevcut yasalarda güvenlik temelli ve temel bazı hakları sınırlayıcı düzenlemeler yapmışlardır (Esen Arnwine, 2006: 189). Özgül bir yaklaşım olarak düşman ceza hukuku, “teröre karşı savaş” doktrininin uluslararası boyutundan çok, ülkelerin iç hukuklarındaki ceza hukuku süreçlerine ilişkindir. Konuyla ilgili tartışmalar, düşman ceza hukukunu iç hukuklar ölçeğinde ele aldığı gibi,⁵ Jakobs tarafından da “toplum düşmanlarına karşı uygulanacak hukuk” olarak formüle edilmiştir ve her bir ülkenin “sınırları içerisinde gerçekleştirilen suçlar” (Jakobs, 2008: 503) bakımından bir çerçeve sunmaktadır. Bu açıdan düşman ceza hukuku, bir Avrupa konseptidir ve Amerikan hukukçularına da hayli yabancısıdır (Diez, 2017:185).⁶ Çalışma, düşman ceza hukukunu, hakkındaki “Avrupa tartışmaları”na (Melia, 2017:

⁵ Diez’e göre, (her bir devletin) kendi vatandaşlarına karşı yürüttüğü “savaş”, yabancı bir devlete karşı savaştan ziyade, iç veya milli bir savaşa benzemektedir. Yazara göre bu durum, “iç savaş ceza durumu” olarak nitelendirilebilir (Diez, 2017: 206-207).

⁶ 11 Eylül'den sonra ABD’de “düşman savaşçılar”ın, iç ceza davalarında sanık olarak düşünülüp düşünülecekleri başta olmak üzere, hukuki statüleri (Diez, 2017: 185) ve Guantanamo kampında bulunan kişilere yapılan muameleler (Melia, 2017: 118), uluslararası eksende değil, ABD ulusal hukuku alanıyla ilgili olarak kabul edilmelidir. Bu tartışmalarda, düşman savaşçıların temel haklara sahip olup olmadıkları ve haklarından mahrum bırakılıp bırakılmayacaklarına ilişkin tartışmalar, bir iç hukuk sorunsalı olarak ve düşman ceza hukuku tarafından ana temalarının belirlediği çerçevede gelişmiştir (2017:184-185).

118-119) koşut biçimde, bir “iç hukuk” rejimi olarak ele almakta ve bu ölçekte sınırlamaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi, bu sınırlama esasen çalışmanın tercihinden daha çok, teorinin bir iç hukuk çerçevesi olarak öngörülmesinin bir sonucudur. Çalışmada, 11 Eylül ile başlayan “teröre karşı savaş” doktriniyle birlikte uluslararası ölçekte yaşanan gelişmeler de bu kapsamda ele alınmış ve ulusal hukuklara yansıma özgüllükleri tartışılmıştır.

Çalışma üç ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, düşman ceza hukuku düşüncesinin dayandığı kaynaklar ve beslendiği güncel zeminle ilgili tartışmalar sunulmaktadır. Bu bölümün birinci kısmında, düşman ceza hukukunun kaynakları üzerinde durulmuştur. Yukarıda da belirtildiği gibi, toplumsal sözleşme teorileri, düşman ceza hukukunun ana kaynaklarından birisidir. Daha doğrusu Jakobs, toplumsal sözleşme yaklaşımlarının bir kısmını, düşman ceza hukuku çerçevesinin temel tahkim noktalarından birisi olarak ve kendi kuramına dayanak oluşturacak biçimde ele almış ve anlamlandırmıştır. Çalışmada Jakobs’un toplumsal sözleşme düşüncesine ilişkin özgül yaklaşımı eleştirel ekseninde analiz edilmiştir. Yine, düşman ceza hukuku düşüncesinin hem bir kaynağı, hem de bu düşüncenin güncel olarak temsil ettiği bir tarihsel/ toplumsal düşünce biçimi olarak “düşmana uygulanan hukuk” ve “düşmanla mücadele düşüncesi” de, bu bölümde ele alınmıştır. “Düşmana uygulanan hukuk” ve “düşmanla mücadele düşüncesi”, eski tarihsel dönemlerden bu yana geçerlilik bulan ve sürekliliğini bugüne değin devam ettiren bir düşünme biçimidir. Bu düşüncenin güncel ve düşman ceza hukuku teorisini etkileyen biçimlerinden birisi de Schmitt’in “dost-düşman” ayırımına dayalı yaklaşımıdır. Çalışma, hem “düşmanla mücadele” düşüncesinin tarihsel gelişimini hem de bu düşüncenin bir temsilcisi olarak Schmitt’in yaklaşımını, düşman ceza hukukunun kaynakları olarak analiz konusu yapmıştır.

Bu bölümde, “istisna durumu” ve “olağanüstü hal” düşünceleri de, düşman ceza hukuku çerçevesinin kaynakları olarak ele alınmıştır. İstisna durumu ve olağanüstü hal

teorileri, özellikle Schmitt'in konuyla ilgili oluşturduğu çerçeve ile birlikte, Düşman Ceza Hukuku yaklaşımına önemli bir düşünsel-tarihsel zemin sağlamışlardır. Çalışma, bu teorilerin, düşman ceza hukuku yaklaşımının temellenmesine ve meşru bir biçimde anlaşılmasına verdiği katkılarla birlikte, düşman ceza hukukunun da bu yaklaşımlarla kurduğu etkileşimin özgünlükleri üzerinde durmaktadır.

Birinci bölümün ikinci kısmı, düşman ceza hukukunun dayandığı güncel zemini tartışmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi, 11 Eylül saldırıları, düşman ceza hukuku yaklaşımına temel oluşturan “terörle savaş” söylemini ve uygulamalarını dünya genelinde meşrulaştırıp yaygınlaştırmakla birlikte, gerek teröre karşı savaş çizgisindeki ve gerekse de iç ceza hukuklarındaki değişimi, sınıflar arası ilişki ve çelişkiler ekseninde ve kapitalizmin krizi temelinde ele alan başkaca yaklaşımlar da söz konusudur. Bu yaklaşımların bütünü, cezalandırma rejimindeki değişimlerin dinamiklerine odaklanmakta ve bu yönüyle düşman ceza hukuku eğiliminin de bir parçasını oluşturduğu yeni cezalandırma zeminini tanımlamaya çalışmaktadırlar. Çalışmada bu yaklaşımlar incelenerek düşman ceza hukukunun teorisinin ve yürürlüğünün dayandığı güncel toplumsal/ siyasal temeller belirlenmeye çalışılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, düşman ceza hukukunun kuramsal çerçevesi ve uygulama biçimleri konu edinilmiştir. Bu bölümde, başta “yurttaş- düşman” ayrımı olmak üzere, düşman ceza hukuku anlayışını oluşturan unsurlar üzerine yoğunlaşarak, anlayışın gerek kuramsal temellerine, gerekse de buna bağlı olarak maddi ceza hukuku ve usul hukuku alanlarında öngördüğü uygulama biçimlerine ve sonuçlarına odaklanılmıştır. Bölümün birinci kısmında konunun kuramsal boyutu sunulmuş, ikinci kısmında uygulama sorunsalları ve biçimleri üzerinde durulmuştur. Birinci kısım kapsamında, Jakobs'un, daha çok hukuk felsefesi alanını ilgilendiren ve özellikle “kişi olan/ olmayan”, “yurttaş/ düşman” gibi temel ayrım kategorilerine dayanak yaptığı hukuk anlayışı da incelenmiş, böylece, Jakobs'un pozitivist/normativist çizgisiyle, bu

anlayışın düşman ceza hukuku kuramını temellendirme biçimi ve ilişkisi de analiz konusu yapılmıştır. Bölüm, düşman ceza hukuku kuramını ve uygulamasını konu edindiği için, bölüm boyunca Jakobs'un sorunsalı ortaya koyma biçimlerinin esas alındığı ve bu bağlamda Jakobs'un metinlerine sadık kalındığı özellikle belirtilmelidir. Bu açıdan bütün bir bölüm boyunca, sorunsalın, müellifi tarafından nasıl ve ne biçimde ortaya konulduğunu gösterir pasajlar yoğunlukla kullanılmıştır. Böylece bu bölüm, düşman ceza hukukunun kuramsal ve pratik unsur ve sonuçlarının, kurucu babası tarafından, yoğunlukla tasvir edici nitelikteki metinleriyle ortaya konulduğu bir bölüm olarak oluşmuştur.

Çalışmanın üçüncü bölümü, düşman ceza hukuku anlayışı eleştirilerinden oluşmaktadır. Bölüm, bu yaklaşıma yönelik eleştirilerin, literatürden de beslenerek bütüncül bir biçimde sunulmasından oluşmaktadır. Bu bölümün ilk kısmı, Jakobs'un ikinci bölüme konu yaklaşımının ve bu anlayışın unsurlarının bütünsel bir eleştirisini içermektedir. Düşman ceza hukukunun “düşman” anlayışı, “düşman” tasavvurunun oluşturulma biçim ve süreçleri, teorinin dayandığı terörizm anlayışı ve suç tipleri, bunların özgün nitelikleri ile yüklendikleri işlevler, bölümün birinci kısmında ele alınmıştır. Bu kısımdaki eleştirel düzlemin, kuramın ikinci bölümde sunulan unsurlarının izdüşümlerinin belirlediği bir alanda olduğu söylenebilir. Bu açıdan, bölümün ilk kısmı, büyük oranda Jakobs'un düşünsel çerçevesini temel almakta ve eleştireliliğini kuramın kabullerine, varsayımlarına, ürettiği anlamlara ve ulaştığı hukuksal/siyasal sonuçlara yönelmektedir.

Bölümün ikinci kısmı, düşman ceza hukukunun yürürlüğünü konu edinmiştir. Aslında düşman ceza hukukunun pratik önemi, onun hukuksal yaşamda varlık bulması ve yarattığı etkiler ile ilgilidir. Dolayısıyla bu kısım, Jakobs'un çerçevesiyle sınırlandırılmış eleştirel düzlemi bölümün birinci kısmına ait bırakarak, düşman ceza hukukunun ve anti-terör yasalarının yürürlüğünü ve bu yürürlüğün hukuk dünyasında

yarattığı etkiyi analiz etmektedir. Bu kısım, anlayışın hukuk dünyasında ulaştığı etkinliğin ne biçimde gerçekleştiğini ve hangi boyuta ulaştığını tartışarak, birinci kısım ile düşman ceza hukuku teorisi içinde oluşturduğu eleştiri düzlemini bu kez hukuk dünyası ekseninde yeniden kurmakta ve böylece bir sonuca ulaştırmaktadır.

Bölümün üçüncü kısmı, münhasıran düşman ceza hukuku ile hukuk devleti ilişkisine ayrılmıştır. Bu kısımda Jakobs'un kendine özgü hukuk devleti anlayışı da tartışılmış ama temelde, bilinen hukuk devleti unsurları ve ilkeleri bağlamında düşman ceza hukuku anlayışının eleştirisi konu edinilmiştir. Bu kısım, bölümü oluşturan diğer iki kısımdan kısmen özerk bir görüntü vermekle birlikte, aslında önceki kısımların eleştirel çizgisinin de bir devamı niteliğindedir. Düşman ceza hukuku anlayışının, hukuk devletini oluşturan her bir başlık açısından yeniden ama farklı bağlamlarda ele alınmasıyla, bu anlayışın kazandığı yürürlüğün analizinin de derinleştirilmesi olanağı ortaya çıkmıştır.

Son olarak, düşman ceza hukuku anlayışı eleştirisinin çalışmada hayli geniş bir yer bulması, bu anlayışın temsil ettiği hukuk anlayışının eleştirelliği kısırtmasıyla, ama bundan da çok, eleştirel düzlemin çalışma konusu ile ilgili yarattığı olanağın kullanılma isteği ile ilgilidir. Belki de her kavram, alan ve kategori açısından geçerli olan durum, bu çalışma yönünden de öyledir: Bir şeyi en iyi, onun eleştirisi anlatır.

BİRİNCİ BÖLÜM: DÜŞMAN CEZA HUKUKU'NUN DAYANAKLARI -KAYNAKLAR VE GÜNCEL ZEMİN-

1.1.“Düşman Ceza Hukuku” Kavramının Düşünsel ve Tarihsel Kaynakları

Günther Jakobs, düşman ceza hukuku kavramıyla, kimseyi düşman olarak kategorize etme çabası ve niyetinde olmadığını, ancak hukuk sisteminin düşman olarak muamele ettiği kimselerin tasvirini yapmak ve sadece var olanın tespit edilmesine yönelik bir çabanın içerisinde olduğunu (Jakobs, 2008b: 508), düşman ceza hukuku ifadesinin de ilkesel olarak anlam kötüleştirici bir yanının bulunmadığını (Jakobs, 2008a: 489) savunmaktadır. Ona göre, bulguları belirleyici değil tasvir edicidir ve ceza hukukundaki belirli bazı gelişmeleri betimlemektedir (Rosenau, 2008: 396).

Jakobs'un “var olanın tespiti” olarak nitelendirdiği çabası, tarihsel olarak geniş bir zaman dilimine yöneliktir: Jakobs'a göre, örneğin, hazırlık hareketlerini, Alman Ceza Yasası'nda belirtilen suçlarla ilgili olması durumunda cezalandıran Alman İmparatorluğu Ceza Yasası parg. 49a ve 16. hükümleri ve bu hükümleri 1943 yılında başka birkaç maddeyle birlikte daha şedit hale getirilen düzenlemeler, kamu güvenliğini korumayı hedefleyen ve tehlikenin büyüklüğüne göre hazırlık hareketlerini cezalandıran nitelikleriyle bir düşman ceza hukuku düzenlemesidir (Jakobs, 2008a:502). Böylece Jakobs, düşüncesini destekleyecek hukuk düzenlemelerini herhangi bir zaman dilimiyle kısıtlamaksızın “düşman ceza hukuku” düzenlemesi olarak nitelemekte, böylece yaklaşımını tarihsel bir sürekliliğin parçası olarak sunmaktadır.

Öte yandan, Jakobs, düşman ceza hukuku kavramını, yalnızca pozitif düzenlemeler bağlamında değil, aynı zamanda dayandığı düşünsel temeller açısından da

belirli bazı tarihsel- düşünsel kaynaklara dayandırmaktadır. Jakobs'a göre, sorunun ortaya konulması açısından güncel bilimsel tartışmaların bir değeri yoktur. Buna karşın çağdaş felsefe, sorunu en azından temellendirecek bir öğreti geleneğine sahiptir (Jakobs, 2008a: 491). Böylece sorunsal, hukukun pozitif görünümünden de kopmakta, “felsefi” bir düzlemde tartışılma olanağına kavuşmaktadır. Bir diğer ifadeyle düşman ceza hukuk anlayışı, Jakobs’a göre, pozitif hukukun görünümüne bağlı kalmaksızın, daha derin düşünsel-tarihsel kaynaklarla temellenmektedir.

Jakobs'un, düşman ceza hukuku anlayışını düşünsel-tarihsel bazı kaynaklara dayandırma düşüncesinin, kavrama *bugün için* bir meşruiyet kazandırma çabasına denk düştüğünü belirtmek gerekir. Jakobs'un düşüncesini “çağdaş felsefenin öğreti geleneği” ile ilişkilendirmesi, kavramın, ideolojik ekseninde, güncel etkisinin artırılmasıyla ilgilidir. Böylece, zaten geniş bir tarihsel kesite yayılmış olarak sunulduğu için “meşru” görülmesi gereken⁷ pozitif düşman ceza hukuku düzenlemeleri, gerçek, derin ve anlamını günümüzde bulan bir anlama kavuşmuş olacaktır.

Diğer yandan, Jakobs'un yaklaşımını felsefe ve öğreti gelenekleriyle ilişkilendirerek sunabilme olanağını elde edebilmesi, oluşturduğu çerçevenin de belirli tarihsel/düşünsel kaynaklarla ilişkili olmasının bir sonucudur. Her biri, tarihsel-toplumsal çerçeveleri itibariyle ideolojik bir bağlama sahip olan bu kaynaklar, düşman ceza hukuku anlayışının da aynı bağlamda anlam kazanmasını sağlayacak temelleri sağlayabilmektedir. Bir diğer ifadeyle, düşman ceza hukuku anlayışı, aynı ideolojik

⁷Jakobs'un, geniş bir zaman aralığına yayılan hukuk düzenlemelerini, kendi tarihsellikleri/ özgülükleri çerçevesinde ele almaksızın, yaklaşımına doğrudan dayanak yapma tutumunun, “yürürlükte olan (müsbet) hukukun tamlığı/ tutarlılığı” (Keyman, 2005: 206-209) düşüncesine uygun, pozitivist bir yaklaşım olduğu söylenebilir. Pozitivizm, Jakobs'un “var olanın betimlenmesi” biçimindeki savıyla tümüyle uyuşan biçimde, hukukun görevini, “mevcut sistemin açıklanması” (204) olarak açıklar ve böylece, iddiasının aksine, tümüyle ideolojik bir yaklaşım sergiler. Bu ideoloji, her zaman, “egemen sınıfların korunması” (204) biçiminde gerçekleşmiştir.

eksende, kendisinden önceki çeşitli kaynaklardan beslenebilmekte ve bu kaynaklarla birlikte oluşturduğu bütünün bir parçası olarak anlam kazanabilmektedir.⁸

Çalışmanın kapsamının tabi olduğu sınırlar çerçevesinde düşman ceza hukuku anlayışının dayandığı düşünsel-tarihsel temeller ve belli başlı hukuksal-siyasal anlayışlar, aşağıdaki biçimde özetlenebilir.

1.1.1. “Toplumsal Sözleşme” Teorileri

Jakobs, düşman ceza hukuku anlayışını temellendirirken, “devletin temelini sıkı bir biçimde sözleşmeye dayandıran” (Jakobs, 2008a: 491) görüşlere özel bir önem vermektedir. Bu önem, devletin kaynağını bir toplumsal sözleşme ile açıklayan anlayışın belirli versiyonlarının, “düşman” tasarımı üzerinde durmalarıyla ilgili görünmektedir.

Gerçekten de Jakobs, suçu, sözleşmenin ihlali olarak tanımlayan ve ihlal eden de sözleşmeye vefadan muaf tutan sözleşmeci anlayışı aktardıktan sonra, Rousseau ve Fichte üzerinde özellikle durmaktadır (Jakobs, 2008a:491-492). Jakobs'a göre,

“Rousseau, cemiyet hukukuna taarruzda bulunan kötü niyetli failin, artık devletin üyesi olmaktan vazgeçtiğini, böylelikle ihlalcinin devletle bir savaş içinde bulunduğunu iddia etmektedir. (...). Bu görüşün tutarlı sonucu: 'Suçlunun daha az yurttaş ve daha ziyade düşman olarak ölmeye terk edilmesidir’” (491).

⁸ Düşman ceza hukuku yaklaşımının, kendisini dayandırdığı kaynaklarla oluşturduğu ideolojik bağlam, hem egemen toplumsal sisteme, hem de öngörülen hukuksal düzenin işleyişine “rıza üretme” (Akbaş, 2016:89-90) olarak ifade edilebilir. Ortaklaştırılan söylem, bu biçimdeki rıza üretiminin bir aracı olduğu kadar, toplumsal iktidarın hukuksal-söylemsel alanda da yeniden üretilmesini de sağlayarak “belirli bir bilinçlilik biçimi ve düzeyi” (Çulhaoğlu’ndan akt. Akbaş, 2016: 83) yaratmaya yöneliktir. İdeolojik eksenin önemli bileşenlerinden birisi olarak “güvenlik” retoriği ile ilgili belirlemeler için, bkz. yukarıda “Giriş” bölümü.

Jakobs, Fichte'nin de benzer görüşleri savunduğunu, Fichte'ye göre sözleşmeyi terk eden kimselerin bir insan ve yurttaş olarak kıymetini yitireceğini ve hukuk dışı kalacağını, böylelikle ağır suçlar işleyen bir suçlunun bir parça eşya veya vahşi bir hayvan olarak ilan edileceğini, böylesi bir kişinin infazının bir ceza değil, aksine bir güvenlik önlemi olacağını belirttiğini vurgulamaktadır (492).

Ama Jakobs, Rousseau ve Fichte'nin dolaysız bir takipçisi olmak istememektedir. Zira ona göre düşman ve yurttaş arasında yapılan böylesi bir radikal ayırım, çok soyut kalmaktadır. Jakobs'a göre iki nedenle suçlu hukuk içinde kalmalıdır: Hem ihlalcı topluma yeniden dâhil olmalı ve böylece kişi ve yurttaş olarak kendi statüsünü muhafaza edebilmeli ve hem de ihlalcı, ihlalinin yarattığı sonuçları tamir etme yükümlülüğü altında olmalı ve kendini toplumdaki keyfi olarak uzaklaştıramamalıdır (492-493). Kısaca, suç işleyen kişi, kendi eyleminden dolayı sosyal sorumluluklarından vazgeçmemelidir (Diez,2017:192).

Jakobs'a göre, Hobbes bu durumun farkına varmıştı: Hobbes, yurttaşlık rolünün sınırlarını belirleyerek, yurttaşın, statüsünü kendi kendine ortadan kaldırma imkânını da ortadan kaldırır, çünkü bazı suçlar “savaş zamanı”na dönme ve (sözleşmeyle) teslim olma ilişkisinin de yok olması anlamına gelir. Böylece, sözü edilen suçları işleyenler artık bir tebaa olarak değil bir düşman olarak cezalandırılırlar (Jakobs, 2008a: 492-493).

Jakobs, Rousseau ve Fichte'nin suçluyu “kendinde düşman” olarak tanımladığını, ancak Hobbes'a göre düşmanın her zaman ihanet içinde olan kişi olduğunu belirterek (493), Hobbes'un bu yaklaşımıyla kendi çerçevesi arasında daha doğrudan bir bağ kurmaktadır.

Jakobs'un sözleşmeciler arasında doğrudan bağ kurduğu bir diğer düşünür de Kant'tır. Jakobs'un düşüncesine göre, Kant'ın oluşturduğu çerçevede, mülkiyetin güvence altına alınması amacıyla her bir kişi yurttaşlık sözleşmesini imzalamaya zorunlu bırakılabilir. Bu zorunluluğu kabul etmeyen, salt doğa durumunda bulunan ve

yaşamını “toplumsal-kanuni bir statü” altında geçirmek istemeyen kimseler dışarı atılmalı ve bir kişi olarak değil, bir düşman olarak ele alınabilmelidir (494).

Jakobs, böylece, Hobbes ve Kant'ın, bir yurttaş ceza hukukunu ve karşıtı olarak ilkesel sapkınlık içinde bulunan ve kendilerinin kişi statüsünü ortadan kaldıran kimselere karşı düşman ceza hukukunu kabul ettikleri sonucuna ulaşmaktadır.

Jakobs'un, toplumsal sözleşmecî düşünürlere özel bir önem vermesi ve düşünsel kaynaklarını toplumsal sözleşme kuramlarında aramasının bazı özellikleri ve nitelikleri üzerinde durulmalıdır: Bir kere, toplumsal sözleşme kuramları temelde tarihsel bir olaya dayanmadığı gibi, böylesi bir sözleşmenin yapıldığını gösterir hiçbir belirti de bulunmamaktadır (Zabunoğlu, 1973:55). İnsanların tabiat hali denilen evrede kendi başlarına yaşadıkları, sonradan bir araya gelerek bir sözleşme imzaladıkları ve böylece toplum yaşamına geçtikleri iddiası, hayali bir varsayımdan ibaret olduğu gibi, sosyoloji ve antropoloji bilimlerinin verilerine de aykırıdır (Kapani, 1993: 38). Öyle olduğu için, sözleşme kuramlarının temsilcileri de bu teorileri tarihsel olgular değil, akli hipotezler ve düzenleyici ilkeler olarak kabul etmişlerdir (38). Bu nedenle, varsayımları ve ulaştıkları sonuçlar birbirinden farklı birçok toplumsal sözleşme kuramı söz konusudur.

Jakobs'un, bu kuramlardan, kendi anlayışına temel olabilecek olanlarını, “seçici” bir anlayışla ele aldığı belirtilmektedir. Buna göre, Jakobs'un Kant yorumu, Kant'ı lafzi temelde ele alan, riskli Kant atıflarına odaklanan, seçici ve yüzeysel bir yorumdur (Arnold, 2008:531). Kant'ın hukuk öğretisinin temelinde insan bulunmaktadır ve bir kişiye insan olarak muamelede bulunma zorunluluğu, suçluları da içine alan bir genel ilkedir. Aydınlanma dönemi ceza hukuku anlayışının da temelini oluşturan bu yaklaşımda, failin kişi olmaktan çıkarılması söz konusu olamaz. Jakobs, düşüncesini Kant'a dayandırdığı ölçüde inandırıcılığını yitirecektir (Arnold, 2008:531-533).

Gerçekten de, Jakobs'un özellikle üzerinde durduğu (Jakobs, 2008a:493)

Kant'ın “Sürekli Barış Üzerine Felsefi Bir Deneme” metninin ilgili bölümünden⁹, düşman ceza hukukuna dayanak yapılabilecek bir sonuç çıkarsanamaz. Kant'a göre,

“Bir kimseye karşı, onun tarafından eylemli bir saldırıya uğramadan, düşmanca hareket edilemeyeceği genel olarak kabul edilmektedir; fakat bu, uygar ve yasal bir durum içinde yaşayan iki insan için doğrudur. Çünkü böyle bir durumu kabul etmekle, her ikisi de birbirine, aynı yöneticiye bağımlı olarak bu güvenceyi vermektedirler. Ama yalnızca doğal durumda olan bir insan ya da ulus, yanımda bir komşu olarak bulunması yüzünden, benim güvenliğimi tehlikeye atar ve beni eylemli olarak (*facto*) olmasa bile, içinde bulunduğumuz durumun yasasızlığı, yasaşının bulunmayışı (*statü iniusto*) nedeniyle, devamlı bir tehditle karşı karşıya bırakır. Bu durumda ben onu ya benimle birlikte ortak yasalara bağımlı olmaya, ya da komşuluğumdan uzaklaşmaya zorlayabilirim. İşte bundan sonraki maddelere temel olacak ilke şudur: Birbirleri üzerinde etkileri bulunan insanlar, herhangi bir sivil örgüt içinde bulunmalıdırlar. Kişileri ilgilendiren her hukuksal örgüt ise:

1. Ya, bir ulusun üyeleri olan insanlar olarak bir kamu hukukuna (*ius civitatis*);
2. Ya, devletlerin birbirleriyle ilişkileri bakımından devletler hukukuna (*ius gentium*);
3. Ya da evrensel bir insanlık devletinin üyesi olma niteliğinden dolayı, birbirlerini etkileyen insanlar ve devletler olmaları bakımından bir dünya vatandaşlığı hukukuna (*ius cosmopolitanum*) dayanır” (Kant, 1984: 233).

Görüldüğü gibi, Kant'ın Jakobs tarafından dayanak yapılan vurgularının tamamı, “doğal durum”a ilişkindir. Kant metinde, hukuki düzenin hakim olduğu durum olarak nitelendirilebilecek barış hali ile bir savaş durumu olarak doğa hali arasında ayrıma gitmektedir. Kant, açık bir biçimde ancak savaş hali durumunda bir kişinin düşman olarak muameleye tabi tutulabileceğini dile getirmektedir (Arnold, 2008:534).

⁹ Metnin ikinci bölümünün başında, dipnot 5.

Dolayısıyla, “doğal durum” sonrasındaki “hukuki düzen” alanında, düşman ceza hukukunu meşrulaştıracak herhangi bir dayanak bulunmamaktadır.

Jakobs'un Fichte'yi de “aktarmacı” araçsallaştırılmış yorum yöntemiyle ele alındığı belirtilmektedir (Arnold, 2008:531). Buna göre Fichte'nin yaklaşımı, düşman ceza hukuku anlayışının felsefi temellerinden biri olarak sunulmasına uygun değildir. Jakobs'un Kant ve Fichte yorumları, kullandığı metodun yerindeliğiyle ilgili çok ciddi bir kuşku yaratmaktadır (531).

Diğer yandan, Jakobs'un, Rousseau'nun düşüncelerine ilişkin değerlendirmelerinin ne ölçüde tutarlı ve yerinde olduğu da, tartışmaya açıktır: Rousseau, ağır suçlar işleyerek yurduna hainlik etmiş kişilerin kendiliğinden toplum dışına atılması ve ölüme terk edilmesinden daha çok, haklarında yapılacak bir yargılama ve verilecek bir kararın sonucu olarak devletin üyesi olmaktan çıkarılmaları ve sürgünden ölüme varıncaya değin müeyyidelere tabi kılınmaları gerektiği kanısındadır (Rousseau, 1990: 45-46). Rousseau, bütün yurttaşların hem sözleşmeye dahil olduklarında, hem de sözleşmenin onaylanmasından sonra genel iradeye itaat etmeye rıza gösterdiğini, bu nedenle itaatsizlik edenlere güç (zor) kullanmanın doğru ve gerekli olduğunu, böylece özgürlükle otoritenin uzlaşacağını, itaatsizlik edenlere karşı güç kullanımının genel irade tarafından onaylanmış olduğunu vurgulamaktadır (Tannenbaum, Schultz, 2005: 275). Bu açıdan, Rousseau, ihlalcinin kendini toplumdaki keyfi olarak uzaklaştırabileceğini savunmadığı gibi, aksine, ihlalcisi, devletin güç kullanımıyla birlikte öngörülen yaptırımlara uğramaktadır. Dolayısıyla, Jakobs'un Rousseau değerlendirmesinin de isabetsiz ve iç tutarlılıktan yoksun olduğu söylenebilir.

Öte yandan Jakobs, toplumsal sözleşmecisi düşünürleri “eklektik” bir anlayışla değerlendirmektedir. Örneğin, Rousseau'nun “düşman” tasavvuruna, kendi çerçevesini doğruladığı biçim ve oranda katılmakta, ancak Rousseau'nun düşmanın toplumsal-hukuki statüsü ile ilgili düşüncelerine katılmadığı noktada, bu kez Hobbes ve Kant'a

yönelmektedir. Jakobs, böylelikle, bir yandan “düşman” temasını işleyen tüm toplumsal sözleşmecilerden yararlanırken, diğer yandan kendi çerçevesini doğrulayan temaları da eklektik bir biçimde bir araya getirmektedir.

Jakobs, anlayışının merkezinde bulunan “düşman” ve “düşmanla mücadele” kavramlarını, yalnızca güncel değil, aynı zamanda felsefi ve tarihsel-toplumsal bir derinliğe/sürekliliğe sahip bir çerçevede sunma olanağına, ancak bu biçimde kavuşmuş olmaktadır. Diğer yandan Jakobs'un “seçmeci” yaklaşımı, dayandığı sözleşmeci düşünürleri değerlendirme biçiminde olduğu kadar, toplumsal sözleşme teorilerini ele alış biçiminde de kendini göstermektedir. Jakobs, toplumsal sözleşme kuramcılarında olan ilgisini belirli bir çerçeveye sınırlandırmıştır. Toplum sözleşmesi fikrini temel hak ve özgürlükler temelinde ortaya koyan kaynaklarla ilgilenmemekte ve bunları kendi yaklaşımı açısından da tartışmamaktadır. Örneğin, kuramıyla devlete hak ve özgürlüklerin korunması yükümlülüğü yükleyen (Kapani, 1993:32), liberal siyasal yapı ve rejimlere fikir temeli sağlayan Locke'un siyasal felsefesi, bu yönüyle Jakobs'un ilgi alanı dışındadır. Jakobs, düşünsel kaynaklarını, sözleşmeyi çiğneyen bireylerin artık bir yurttaş olarak değil, bir düşman olarak kabul edilip öldürülmesi gerektiğini savunan (Ağaoğulları, 2006:82), düşünsel çerçevesiyle otokratik ve totaliter sistemlerin esin kaynağı olan (Kapani, 1993: 36) Rousseau'da; insanların sahip oldukları özgürlüklerden vazgeçerek bu hakların büyük kısmını devlete bıraktıklarını varsayan ve devlete de mutlak biçimde itaat vazeden Hobbes'ta (Zabunoğlu, 1973:53) bulmaktadır. Gerçekten de, devleti üstün bir güce sahip olan ve bu gücü mutlak ve sınırsız biçimde kullanabilen bir egemen olarak ortaya koyan Hobbes, toplumsal sözleşmelerin yapılmasından sonra toplumsal sözleşmeye katılmayanların dahi sözleşmeden doğan yükümlülükleri kabul etmek zorunda kalacağını ve egemenin uyrukları haline geleceğini öngören yaklaşımıyla (Ağaoğulları ve Köker, 2009: 216), “düşman”ı hukuk düzeni içinde tanımlayarak cezalandırabilmenin olanaklarını kovalayan Jakobs'un çerçevesine de

uygun bir kuramsal alan yaratmaktadır. Bu, esas olarak, bireylerin özgürlüklerini kısıtlayan ve cebiri hukukun tamamlayıcı bir unsuru olarak düşünen, böylece “düzen”i (içeriğinden bağımsız olarak) kendi başına korunması gereken bir değer olarak ortaya koyan bir toplumsal sözleşme anlayışına (Keyman, 2005: 28) tekabül etmektedir.

1.1.2. “Düşman”, “Düşmana Uygulanan Hukuk” ve “Düşmanla Mücadele” Düşüncesi

1.1.2.1. Düşüncenin Tarihsel Seyri

Düşman ceza hukuku anlayışının, bağ kurduğu tarihsel-toplumsal formlarla ilişkisi ve bu ilişkinin derinliğinin ve sürekliliğinin izlenilebileceği düşünsel çizgilerden birisi de, “düşmana uygulanan hukuk” ve “düşmanla mücadele” düşüncesidir. Bu çizgi, eski devirlerden bu yana sürekliliği en açık biçimde gözlenebilen ve böylece hem düşman ceza hukuku anlayışı ile kesintisiz ve doğrudan bir biçimde buluşan ve hem de bu anlayışın siyasal-hukuksal özünü ve ideolojik içeriğini gösteren- belirleyen bir çizgidir.

“Düşmanla mücadele” ve “düşmana uygulanacak hukuk”, eski tarihsel dönemlerden bu yana tartışılan ve uygulama alanı bulan bir düşüncedir. “Siyasal suç” veya “devlete karşı işlenen suçlar” gibi üst başlıklar altında tartışılan “düşmanla mücadele” düşüncesinin filizlerini, ilk çağ toplumlarının hemen tamamında devlete ve üstün siyasal gücü ifade eden hükümdar/ krala yönelik suçlara karşı öngörülen ağır cezalarda bulmak mümkündür. Her bir topluma göre değişkenlik göstermekle birlikte, ilk çağ toplumlarının tamamında devlete, genel güvenliğe ve sınırsız bir siyasal gücü ifade eden hükümdarlara, krallara ve ailelere yönelik suçlar en ağır biçimde cezalandırılmıştır (Bayraktar, 1982: 1-3). Eski Yunan'da da yalnızca imparatora değil, sitenin üstün çıkarlarına yönelik hareketler siyasal suç olarak kabul edilmiş, çok ağır

biçimde cezalandırılmıştır. Bu suçları işleyenler, ölüm cezası ile cezalandırılarak mal varlıklarına el konular, cesetleri site dışına atılır ve isimleri “şerefsizler” sütununa yazılırdı (4).

İlk çağ toplumlarındaki bu uygulamalar, Roma dönemiyle birlikte, dönemin siyasal karakterine ve yapılarına uygun yeni biçimler olarak devam etmiştir. Roma'da Cumhuriyet döneminin sonlarına kadar “devletin siyasal kurumlarına saldırı” biçiminde kabul edilen siyasal suç, imparatorluk dönemiyle birlikte imparatorun kişiliğine ve yüceliğine ilişkin suçları da kapsar hale gelmiştir. İlk dönemlerde siyasal suçun cezası ülke dışına çıkarılma iken, imparatorluk döneminde ölüm cezası öngörülmüştür (7,8). Cezaların ağırlaşması, esasen suçu işleyenler hakkındaki nitelemeyle ilgilidir: Siyasal suç, devlete karşı işlenen bir suç olarak kabul edilirken, fail de devlete karşı bir “düşman” olarak nitelendirilmiş, Roma yurttaşı olmaktan çıkarılmış ve cezalandırılması düşmanla yapılan savaşın bir parçası olarak değerlendirilmiştir (8). Öyle ki, sözü edilen suçların cezalandırılması için fiilin tamamlanması aranmamakta, teşebbüs ve hatta düşmanca irade ve kast yeterli görülmektedir (7).

Görüldüğü gibi, Roma'da siyasal suça ilişkin yaklaşım, “düşmanla mücadele hukuku”nu kesin bir biçimde ortaya koymaktadır. Siyasal suçlunun “düşman” olarak nitelendirilmesi, cezalandırmanın düşmanla yapılan savaşla ilişkilendirilmesi ve düşmanca kast ve iradenin cezalandırma için yeterli görülmesi, Jakobs'un çerçevesi ile doğrudan ilişkilendirilebilecek ve düşman ceza hukukunun özgül karakterini gösteren bir “düşmanla mücadele” anlayışıdır.

Orta ve yeniçağlarda da devlete veya sınırsız siyasal gücü temsil eden kişilere yönelik hareketler ağır biçimde cezalandırılmıştır. Cermenlerde görülen ve devlete karşı suçları topluma bağlılık borcunun ve düzene karşı beslenmesi gereken sadakatin ihlali (9) olarak değerlendiren anlayışta da, feodalitenin çökmesinden sonra Avrupa'da kurulan krallıklarda kralın iktidarına karşı çıkmanın kişiyi “düşman statüsü” ne sokması

ve bu kişilerle ilgili en ağır cezaların öngörülmesinde de (11), “düşmanla mücadele” anlayışını açık bir biçimde belirlemek mümkündür. Yakın çağa kadar, kral ve ailesinin güvenliği, ülkenin güvenliği ile özdeşleştirilmiş, hazırlık hareketleri cezalandırma için yeterli sayılmış ve siyasal suçlu bir suçlu olarak değil, düşman olarak nitelendirilerek çoğunlukla ölümle cezalandırılmıştır (19).

Fransız Devrimi, “düşmana uygulanan hukuk” açısından belirli devamlılıkları ve yenilikleri barındırır: Devrim yıllarında, devrimin değerlerine karşı olanlar “düşman” olarak nitelenip yeni kurulan düzene karşı çıkan herkes ağır ve sert biçimde cezalandırılmıştır (19). Öte yandan, devrimin kişi özgürlüğüne ve bireye ilişkin değerleri, ölüm cezası uygulamasının ağır bir ceza olarak nitelendirilmesinin de önünü açmış; devrim sürecinde iktidarın çok sık el değiştirmesiyle kişilerin kısa zaman aralıklarıyla kahraman veya hain sayılmaları ve daha da önemlisi siyasal öznelerin “toplum yararı, ülke, insanlık, ulus” gibi değerlerin tesisi amacıyla siyasal iktidarı hedeflemeleri, siyasal suçun başkaca adi eylemlere göre hoşgörüyü karşılmasına ve hatta daha hafif ve ayrıcalıklı bir cezalandırma rejimine tabi tutulmasına yol açmıştır (19-20). Bu bağlamda, Fransız Devrimiyle birlikte, kral ve hükümdar ile devleti özdeş gören düşüncenin son bulduğu ve siyasal suçlulara “düşman” gözüyle bakan anlayışın giderek terk edildiği söylenebilir (Ermiş, 2007: 307). Hatta siyasal suçluları eylemlere iten etkenler göz önüne alındığında, eylemlerinin toplumsal gelişmede bir ilerleme ögesi olduğu, ülkenin siyasal kurumlarının düzeltilmesine ve toplumun barış ve uygarlık doğrultusunda ilerlemesine hizmet ettiği düşüncesi, devrimle birlikte giderek yaygınlaşmıştır (307). Dönemin siyasal suça bakışı, Durkheim’in “siyasi suç, sosyal gelişme için yararlıdır” sözüyle özetlenebilir (Akt, Ermiş, 307).

Fransız devrimi ile birlikte görülen bu yeni yaklaşım, sonraki tarihsel dönem içerisinde değişkenlikler gösterecek, 19. yüzyılın özellikle ikinci yarısından sonra oluşan siyasal-toplumsal atmosferle siyasal suçlara ilişkin cezalandırma rejimi yeniden

sertleşme eğilimine girecektir. Paris Komünü'nün devrimcileri “devlet düşmanı” ve “vatan” haini olarak nitelendirilerek ölüm cezasına çarptırılacak, diğer yandan “devlet başkanına karşı suikast” ve “anarşizm ve terörizm” gibi bazı suçların, sosyal gelişme için yararlı kabul edilen “siyasal suç” dışına çıkarılmasıyla, ölüm cezası yeniden tarih sahnesindeki yerini alacaktır (Bayraktar, 1982: 23-25).

20. yüzyıl, “düşmanla mücadele hukuku”nun hemen tüm siyasal rejim biçimleri açısından yoğunlukla öngörüldüğü bir dönemdir. Bu yüzyılda, burjuva devletin tüm biçimlerinde “düşmanla mücadele hukuku” çizgisi açıklıkla görülebilir: Liberal devletlerde, siyasal nitelikli birçok suça öngörülen cezalar ağırlaştırılmış, tehlike hali ve sonuç doğurmasalar dahi basit hazırlık hareketlerini cezalandıran bir cezalandırma rejimi öngörülmüştür. Yine Faşizm ve Nazizm, ideolojik dayanaklarıyla uyumlu biçimde, düşmanla mücadele anlayışının belki de en sert dönemseller örneklerini uygulamışlardır. Siyasal suçlular için olağanüstü yargı makamları kurulmuş ve bu makamlar yargıçların atanması, yargılama biçimi ve yargı yolları açısından olağan yargı sisteminden tamamen ayrılmıştır. Bu rejimlerde, siyasal suçlunun “onurunu kaybetmiş ve toplumla bütün bağları kesilmiş bir düşman” olarak nitelenerek toplumun dışına atılacağı ve ölümle cezalandırılacağı öngörülmüştür (29-30). Düşmanla ceza hukukunun bütün imkânlarıyla ve en erken biçimde savaşmak ve cezalandırılabilirliğin hazırlık hareketleri aşamasına kadar genişletilmesi, nasyonal sosyalist rejimin temel sloganlarından biridir (Arnold, 2008: 536).

Tarihsel gelişimde, 1960'lı yılların sonundan başlayan döneme özellikle dikkat çekmek gerekir. Bu dönemde, Almanya'da Kızıl Ordu örgütüne yönelik olarak alınan sert ve etkin tedbirler, sonraki yıllarda da etkinliğini artırarak devam ettirecek bir ilk dalgayı göstermektedir (Kühne, 2006: 87). İtalya'da Kızıl Tugaylar örgütü ile mafya ve benzeri organizasyonlar için öngörülen maddi ve usuli düzenlemeler de (Picotti, 2009: 72) aynı kapsamda değerlendirilebilir. “Ceza muhakemesi tedbirlerinin özellikle

terörizm alanında ağırlaştırılması” biçiminde beliren bu ilk dalga, 80’li yılların ikinci yarısından itibaren organize suçluluğu da içine alacak biçimde genişlemiştir (87). Belirtilen bu dönemde, düşmanla mücadele hukukunun bugünkü bağlam ve biçimlerinin oluşmaya başladığı söylenebilir. Özellikle terörizm ve organize suçluluk alanlarında yaşama geçirilen cezai uygulama ve tedbirler, bugünkü özgül çerçevenin oluşmasında önemli bir rol oynamıştır. Bu yönden, bu dönemdeki düşmanla mücadele çizgisini, günümüz çerçevesinin ilk ve erken dönem uygulamaları olarak nitelenmek yanlış olmaz.

Görüldüğü gibi, tehlikeli suçlar için yüksek düzeyde baskılar ve cezai yaptırımlar fikri yeni olmadığı gibi (Zaffaroni ve Edmundo, 2013: 166), “düşmana uygulanacak hukuk” da, ilk çağlardan bu yana, adi suçlara nazaran çok daha sert cezalandırma pratiklerinin yaşama geçirildiği bir zemin olarak tarihsel sürekliliğini büyük oranda devam ettirmiştir. Düşman ceza hukukunun, bu tarihsel cezalandırma geleneğinin ve pratiğinin takipçisi olduğu noktasında herhangi bir duraksama olmasa gerekir. Eski çağlardan bu yana “düşman”ın tanımına ve toplumsal/ toplum dışı statüsüne, sert cezalandırma yöntemlerine, basit hazırlık hareketlerinin ve hatta failin niyetinin cezalandırılabilmesine ve düşman için olağan yargı sisteminden ayrı bir yargılama alanı tanımlanmasına ilişkin tüm pratikler, kimi yerlerde aynen, kimi yerlerde de değişik versiyonlarıyla “düşman ceza hukuku”nda kendisine yer bulmuştur. Jakobs’un çerçevesi bu yönden yeni bir fikir içermediği gibi¹⁰ (166), Jakobs da böylesi güçlü bir cezalandırma geleneğinin devamı olduğunun farkındadır: Düşman ceza hukuku kavramıyla, herhangi birini düşman olarak kategorize etme çabası ve niyetinde olmadığına, sadece var olanın tespit edilmesine yönelik bir çabanın içerisinde olduğuna (Jakobs, 2008b: 508), düşman ceza hukuku ifadesinin de ilkesel olarak anlam kötüleştirici bir yanının bulunmadığına (Jakobs, 2008a: 489) ve bulgularının belirleyici değil tasvir edici olduğuna ilişkin savları, böylesi güçlü bir tarihsel devamlılıkla birlikte

¹⁰ Jakobs bu fikirleri daha açık bir biçimde ve içtenlikle ifade ederek, diğerlerinden ayrılır (Zaffaroni ve Edmundo, 2013: 166-167)

anlam, etki ve hatta “gerçeklik” kazanabilecektir. Jakobs, tezinin, bu bağlamda “yaşanan gerçeklikle” ilgili olduğunu düşünmektedir: Ona göre, düşman ceza hukuku, “her türlü hukuk politikası amilinden arınmış bir öze sahiptir ve mevzu, gerçek hukukun şartlarına ilişkindir. Bir ideal dünya tasavvuru üzerinde rahatlıkla anlaşılabilir, ama bu gerçek dünyadaki hayata bir şey katmış olmaz ” (Jakobs, 2008b: 526).

1.1.2.2. Carl Schmitt'in Dost-Düşman Ayırımı

Carl Schmitt de, Jakobs gibi, tezinin gerçek koşullarla ilgili olduğunu vurgulayarak, böylece tezlerine “gerçeklikle ilişkililik” atfetme olanağını yakalamaktadır: Ona göre, “dost-düşman” ayırımı, somut ve varoluşsal anlamlarıyla kavranmalıdır (Schmitt, 2006: 48). Bu kavramlar normatif veya saf düşünsel karşıtlıklar değildir. Bu ayırımın bir gün ortadan kalkacağına umulması veya hiç düşman yokmuş gibi davranmanın iyi veya kötü olmasının dikkate alınabilir bir yanı yoktur (48-49). Schmitt, Jakobs ile aynı noktaya vurgu yapmaktadır:

“Burada mesele, varsayım ya da normlar değil, dost-düşman ayırımına dair varoluşsal gerçeklik ile bu ayırımın hakikaten gerçekleşme ihtimalidir. (..) Yukarıda anılan umutları ve eğitsel saikleri ister paylaşın ister paylaşmayın, bugün halkların hala dost ve düşman ekseninde gruplandırıldığını, bu karşıtlığın (...) tüm halklar için gerçek bir olasılık olarak varlığını sürdürdüğünü yalanlamak mümkün değildir (49). Ölçütümüzün bağımsızlığının pratik-didaktik bir anlamı vardır: Olguya giden yolun önünü açmak (...) (142)”.

Devlet teorisinden siyaset bilimine, kültür eleştirisinden felsefe ve tarihe kadar geniş bir alana yayılan fikirleriyle (Sancar, 2008: 89) bilinen Alman düşünür ve

hukukçu Carl Schmitt ¹¹, *Siyasal Kavramı* başlıklı 1932 tarihinde yazdığı metinde¹², siyasal eylem ve saikleri açıklamakta kullanılabilir özgül siyasal ayırımın “dost-düşman” ayırımı olduğunu belirtir (Schmitt, 2006:47). Bu ayırım, kavramsal bir ölçüt sunar, içeriğe ilişkin bir şey söylemez. Önemli olan, siyasal düşmanın, öteki ve yabancı olmasıdır (47).

Carl Schmitt’in dost-düşman ayırımına göre siyasal düşman ötekidir, yabancıdır, varoluşsal olarak farklıdır ve aşırı durumlarda onunla çatışmak mümkündür (Galli, 2012:163). Schmitt, “düşman” kavramının, gerçek bir mücadele olasılığını gerektirdiğini vurgular (Schmitt, 2006: 53). Mücadele, “saf düşünsel” tartışma veya “simgesel mücadele” değildir. Dost, düşman ve mücadele kavramları gerçek anlamlarını fiziksel öldürmeye dair gerçek bir olasılıkla kazanır. Düşmanlık, “öteki”nin varoluşsal olumsuzlanması olduğundan, savaş da düşmanlıktan doğar (53).

Schmitt’in, “dost-düşman” ayırımının devlet etrafında bütünleşmiş bir ulusun kurgulanmasına yönelik olduğu belirtilmiştir (Çelebi, 2006: 13). Schmitt'e göre,

¹¹ Carl Schmitt, nasyonal sosyalizm öncesinde de adı bilinen ve gelecek vadeden bir akademisyen ve düşünür (Çelebi, 2006:10) olsa da, esas olarak Nazi iktidarının baş-hukukçusu (10) ve bir “Nazi ideoloğu” (Sancar, 2008: 89) olarak tanınmıştır. Öte yandan, Schmitt’in düşüncelerinin çeşitli siyasal yaklaşımlar açısından gittikçe artan bir ilgiyle karşılandığını belirtmek yanlış olmayacaktır. Tek kutuplu dünyada, liberal depolitizasyon çağında, Schmitt'i şeytanileştirme misyonunu edinen Liberal anti-Schmittçi düzen yanlıları olduğu gibi, küresel kapitalizm karşıtı sahte milliyetçi muhalefette, ırkçı ve yeni muhafazakâr çevrelerde de Schmittçi bir kategori ortaya çıkmıştır (Çelebi, 2006: 18-19). Bunlara, 68 kuşağından bu yana Schmitt'e kayıtsız kalmayan, ancak liberal depolitizasyon çağıyla birlikte Schmitt ile mesafeli ve eleştirel bir diyalog arayışında olan, Schmitt'i eksen alan ve fakat onu aşan bir “siyasal” kavramı yaratmaya çalışan bir kısım solu da eklemek gerekir (19). Esasen, 1960 ve 70'li yıllarda dahi, “muhafazakâr Schmittçiler, Schmitt'i soldan okuyanlar ve düzen Schmittçileri” gibi farklı eğilimlerin (17-18) varlığını saptamak mümkündür. Schmitt'in “soldan” okunmasına bir örnek olarak bkz, (Mouffe, 2010). Mouffe, “Düşman, genel anlamda hasmımız değildir” tespitini eleştirel bir yeniden okumaya tabi kılarak, düşüncesini “Schmitt'le birlikte, Schmitt'e karşı” bir biçimde inşa etmiştir (Mouffe,2010:11-12).

¹² Metnin en yeni klasik eser olduğu ve bu yönüyle yazıldığı zamanın ve mekânın ötesine geçtiği belirtilmektedir (Çelebi, 2006: 10). Her klasik eser gibi *Siyasal Kavramı* da geniş yankılar uyandırmış, eserin görüldüğünden daha az veya çok daha fazla şey ima ettiği iddia edilmiştir (17). *Siyasal Kavramı*'nın dört ayrı basımı mevcuttur. 1927 yılında yapılan ve bir dergide makale olarak yayımlanan ilk basımın ardından, 1932 yılında, genişletilmiş ve argümanları tümüyle değiştirilmiş bir kitap olarak yayımlandı. Kitap, 1933 tarihli özel basımında baştan aşağı değiştirilmiş ve Schmitt'in Alman Nasyonal Sosyalist İşçi Partisi üyeliğine koşut biçimde tartışma devletten harekete doğru kaymıştır. Kitabın 1963 tarihli basımı ise 1932 yılı basımının aynısı olup, metne Schmitt tarafından üç değerlendirme yazısı eklenmiştir. Bu metnin bütünlüğünü ve anlamını da etkilemiştir (Çelebi, 2006: 11). Çalışma, 1932 tarihli metni esas almıştır.

demokrasi, gerçek anlamını öncelikle siyasal homojenlikte ve ikinci olarak heterojen unsurların gerektiğinde ayrılması ve ayıklanmasında bulur (15). Schmitt'in anladığı biçimiyle demokrasi, homojen bir *demos*'un varlığını gerektirir ve bu da herhangi bir çoğulculuğu imkânsız kılar (Mouffe, 2010: 22). Hatta türdeşlik ve heterojen olanın ayıklanması veya imha edilmesi, demokrasi kavramına içkindir (Schmitt, 2010: 25). Devlet olmanın gereği, verili bir durumda düşmanını belirleme hakkının varlığı ve gerçek bir olasılık olarak onunla mücadele etmektir (Schmitt, 2006: 64). Schmitt, bu hakkı ve düşmanla mücadele biçimlerini açıkça öngörür. Ona göre,

“Devletin huzur sağlama zorunluluğu, kritik anlarda, eğer varsa 'iç düşmanını' belirlemesini zorunlu kılar. Bu ilan belirli tedbirleri gerektirir. Bu tedbirler sert ya da yumuşak, fiilen veya özel yasalarla belirlenmiş koşullarda hukuk yoluyla devreye giren, açık ya da genel nitelikli tanımlamaların içine gizlenmiş çeşitli hukuk dışı kılma, sürgün, kanun dışı kabul etme veya hukukun korumasından çıkarmayı kapsayan tedbirlerdir; kısacası devletin iç düşman ilanıdır (65)”.

Schmitt'e göre, dost-düşman ayırımının yapılması, bir halk¹³ için, hayati önemdedir:

“Bir halk, 'siyasal olan'ın bünyesinde olduğu sürece (..) dost-düşman ayırımını kendisi tayin etmelidir. Siyasal varlığın özü bu yetkide yatar. Eğer halk, dost-düşman ayırımını yapamıyorsa veya yapmak istemiyorsa, o anda siyasal varlığı sona erer (...). Savaşın anlamı, bir ideal ya da norm uğruna değil, gerçek bir düşmana karşı savaşılmasında yatar (69-70)”.

Bu anlayışta, “dost-düşman” ayırımı, siyasal olanı belirleyen temel kategoridir. “Siyasal kavramı”nı, dost ile düşman arasındaki yoğunluk derecesi tayin eder (Çelebi, 2006: 14). Bu, “onlar” a karşı “biz”in oluşmasından ibarettir ve aynı zamanda çatışma ve antagonizmaya ilişkindir (Mouffe, 2010: 19). Schmitt, teorisinin temel kategorisi

¹³ Schmitt'e göre *ulus*, kendi siyasal ayrıksılığının farkında olan ve siyasal davranma kapasitesine sahip bir *halkı* işaret eder. *Halk* ise, tek başına, siyasal bir bağ zorunlu olmaksızın, etnik ve kültürel bir bağa denk düşmektedir (Türk, 2013:149).

olan dost-düşman ayırımı bağlamında, düşmana karşı fiili ve/ veya hukuki düzlemdeki mücadele biçimlerinin, (iç) düşman tanımı ve ilanı anlamına geleceğini belirtir. Bir başka ifadeyle, düşman ilanı, bazı tedbirleri zorunlu kılar ve bu tedbirler sert veya yumuşak, savaşım biçimlerinin tümünü içerir. Esasen, temelde, düşman ilanı, “tayin edici bir duruma ilişkin olarak karar alma yetkisinin” (Schmitt, 2006: 58) kullanımına gelir. Bu “karar”la birlikte, “düşmanla mücadele”nin fiili boyutu dahi “hukuki düzen” içinde anlaşılanır. Çünkü “tüm düzenler gibi, hukuki düzen de, bir norma değil bir karara dayanır” (Schmitt, 2005: 17) ve böylece düşman ilanı¹⁴, düşmanla mücadele için kullanılacak tüm araçları da hukuk düzeni içinde ve hukuk düzenine uygun hale getirir¹⁵. Bu, düşmanla mücadelede normatif hukuku reddetmeyen, dahası hukuk normlarını bu savaşım içinde işlevlendiren ve fakat gerektiğinde “fiili” mücadele biçimlerini de meşru gören, aslında bu mücadeleyi her durumda “hukuki” ve “hukuk düzeni” içinde tanımlayan bir anlayıştır.

Görüldüğü gibi, Schmitt'in “dost-düşman” ayırımı, düşman ceza hukuku anlayışının düşünsel-tarihsel kaynaklarından birisidir. Burada, bir topluluğa ait olmanın güçlü bilinci, “içeridekiler” ve “dışarıdakiler” bilincini yoğunlaştırır (Fletcher, 2006: 27): Bir suçlu, içeriden birisi olarak statüsünü kaybedebilir ve ona toplumun düşmanı olarak muamele edilebilir. Böylelikle, suçluların kovulması ve aforoz edilmelerinin en ilkel yoluna gidilir. Toplumun dostları ve düşmanları arasında Schmitt'in yaptığı türden bir ayırım, vatandaşlar ve düşmanlar için iki ayrı ceza hukuku yaratılmasının da temelini oluşturur (27). Bu bağlamda, Schmitt'in teorisinin “siyasal olan”a, Jakobs'un anlayışının ise “hukuksal olan”a ilişkin olması, çerçeveler arasındaki ilişkiyi ortadan kaldırmaz, aksine daha da görünür hale getirir. Esasen, Schmitt'in “dost-düşman”

¹⁴ Schmitt'e göre, devletin iç düşman ilan edebilmesi, doğrudan ve gerçek bir iç savaş yaratmadan, “huzur sağlama” sonucunu doğuran bir ayrıcalıktır (Türk, 2013: 129).

¹⁵ Ayrıntılı açıklamalar için, Bkz. aşağıda, “Düşman Ceza Hukukunun Yürürlüğü İle İlgili Tartışmalar” ve “Düşman Ceza Hukuku Yürürlüğünün Hukuk Düzenine Etki ve Sonuçları” başlıkları altında.

çerçevesi, “düşman”a uygulanacak yaptırımları her koşulda “hukuk düzeni” içerisinde tanımlayarak “siyasal olan” ile “hukuki olan” arasındaki mesafeyi tümüyle ortadan kaldırır. Tersine, öngörülen hukuki yaptırımlar, niteliği oranında aynı zamanda bir “iç düşman ilanı” anlamına da gelebilir. Bu bakımdan, Schmitt, “hukuki olan” ile “siyasal olan”ı aynı düzlemde tanımlar.

Aynı biçimde, Jakobs'un hukuki alana ilişkin çerçevesi de, siyasal alana içkindir: Aponte'nin vurguladığı gibi, “düşmanın kim olduğunun tespiti (..) öncelikle politik bir karardır” (Aponte, 2008: 575). Bu, temelde politik bir ceza hukuku anlayışıdır (575). Böylece Jakobs'un “hukuksal çerçeve”si, aynı zamanda bir “siyasal anlayış” olarak ortaya çıkmakla, düşman ceza hukuku anlayışı da kendisini siyasal/hukuksal bir zeminde tanımlamış olmaktadır¹⁶.

Düşman ceza hukuku teorisinin, “dost-düşman” ayırımına dayalı Schmitt'çi çerçeveye ilişkisi açık biçimde ortadadır. Jakobs ile Nazi hukukunun fikir babası Schmitt arasındaki zihinsel yakınlık, sıklıkla vurgulanmakta¹⁷ (Saliger, 2017:223), düşman ceza hukuku kavramının kaynağının Jakobs olmakla birlikte, Schmitt'in “dost-düşman” ayırımından türetildiği belirtilmektedir (Ristroph, 2012: 165). Jakobs, bu ilişkinin tümüyle farkında olarak¹⁸, Schmitt'in “düşman” anlayışını tartışır ve hatta tümüyle reddeder: Ona göre,

¹⁶ Düşman ceza hukuku anlayışının politik niteliği ve bunun sonuçlarıyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için, Bkz, aşağıda “Bir ‘Tasarım’ Olarak Düşman” ve “‘Politik Bir Karar’ın Ürünü Olarak ‘Düşman’ başlıkları altında.

¹⁷ Jakobs ile Schmitt arasındaki yakınlık, yalnızca dost- düşman ayırımına dayanmamaktadır. Schmitt'in olağanüstü hal durumuna ilişkin yaklaşımı da, bu yakınlığın önemli noktalarından birisidir (Saliger, 2017:223). Schmitt ile Jakobs'un yaklaşımlarının, istisna durumu ve olağanüstü hal bağlamındaki ilişkisiyle ilgili olarak, bkz, aşağıda, “ ‘İstisna Durumu’ düşüncesi ve ‘Olağanüstü Hal’” başlığı altında.

¹⁸ Jakobs, sunduğu metnin geneliyle ilgili bir dipnotta bu farkındalığı, kaygılı ama örtük bir ikrar biçiminde göstermektedir: “Bir metnin okunması sırasında zihinde 'C.S' imgesinin canlanıyor olmasının cevabı illa ki metnin bir sorunu mudur?” (Jakobs, 2008b:507). Bahsi geçen “C.S”, Carl Schmitt'ten başkası değildir.

“Carl Schmitt'in 'Siyasal Olan Kavramı' ile ortaya koyduğuna benzer bir biçimdeki düşman kavramı ile ortaya koyduğuna benzer bir düşman kavramı ile burada tanıtladığımız varoluşsal karşıt olan düşman kavramı birbirine denk değildir. Schmitt'in siyasal olan kavramı daha çok sekülerleştirilmiş teolojik bir kavramdır (...). Bu Schmittyen kavramsallaştırma, suçluyla da alakadar değildir, o daha ziyade *hostis* ile ilgilidir, yani bir başkasıdır söz konusu edilen ve bu başkası Schmitt'in mantığı çerçevesinde devlet içindeki politik cepheleşmede, özellikle de bir iç savaş sırasında ortaya çıkacaktır. Buna karşın düşman ceza hukukundaki düşman kavramı, muhtemel olarak tehlikelilik arzeden türden bir suçludur, o bir *inimicus*dur. Dolayısıyla düşman ceza hukukunun düşmanı bir başkası değildir, aksine o eşit bir kimse gibi hareket eder ve bu nedenle ona ceza hukuku kusuru isnat edilebilir. Bu, Schmitt'in *hostis*'i ile tamamen farklıdır” (Jakobs, 2008b: 520).

Jakobs, bu nedenle, yaklaşımını Schmitt'e dayandırmadığını, böylesi bir durumun kabulü halinde, oldukça büyük bir hatalı atfın söz konusu olacağını belirtir (520).

Jakobs'un, Schmittyen “düşman” kavramına olan itirazı ve Schmitt'le arasına *temel* bir sınır çekme gayreti¹⁹, her iki çerçevenin birbiriyle yakın ilişkisini ortadan

¹⁹ Jakobs'un bu itirazı, belirli bazı yönlerden yerinde görünmemektedir: Birincisi, Schmitt, *Siyasal Kavramı* eserinin 1932 tarihli metinde, düşmanın kişisel anlamda hasım olmadığını, sadece insanlardan oluşan bir bütün karşısında mücadele eden benzer bir bütün olduğunu, sözü edilen bütünün kamusal bir nitelik taşıması nedeniyle düşmanın da esasen “kamusal bir düşman” olduğunu belirttikten sonra “*hostis*” ile “*inimicus*” arasındaki ayırma vurgu yapar (Schmitt, 2006: 49). Schmitt'e göre, bu ayırımla ilgili olarak Platon'da bazı açıklamalar bulunmakla birlikte, en açık tanıma Forcellini'de rastlanır. Buna göre, “*Hostis*, resmen savaştığımız kişidir, *inimicus*'tan şu biçimde farklıdır: “*Inimicus*” kişisel olarak nefret ettiğimiz kişidir. İkisi şu biçimde ayırt edilebilir: *Inimicus* bizden nefret eden kişidir, *hostis* ise bize saldıran kişi” (49).

Schmitt'in bu vurgularından, *hostis* kavramının devlet içindeki politik cepheleşme ve iç savaşla ilgili olduğu çıkarılamayacağı gibi Schmitt'in ve Jakobs'un “*hostis*” ve “*inimicus*”a yükledikleri anlamların da birbirinden farklı olduğu görülmektedir. Bu haliyle, Jakobs'un, Schmitt'le düşman anlayışlarının farklılığına ilişkin vurguları, anlamları ve içerikleri üzerinde anlaşılmalı ve sağlıklı bir tartışmayı olanaklı kılan bir kavramsal zeminden yoksundur.

Diğer yandan, Schmitt'in düşman kavramının da, belirli bazı değişiklikler gösterdiği belirtilmektedir. Çelebi'ye göre, *Siyasal Kavramı*'nın 1963 tarihli metninde, özellikle önsözde, “siyasal kavramını tayin eden düşmanlık unsurunu varoluşsal bir yoğunluk ya da mutlak ötekilik haliyle tanımlamak yerine,

kaldırmamaktadır.²⁰ Aksine, Jakobs, temel bir ayırımın konusu haline gelemeyecek bir ayrıntıyı söz konusu ederek, temeldeki “devamlılık ilişkisi”ni daha da görünür kılmaktadır²¹.

Diğer yandan, Schmitt-Jakobs devamlılığı, “düşman” ve “düşmanla mücadele” bağlamıyla sınırlı kalmaz. Schmitt'in, olağanüstü hal ve istisna durumuna ilişkin düşünceleri de, Jakobs'un çerçevesinin önemli tarihsel kaynaklarından birisidir.

1.1.3. “İstisna Durumu” Düşüncesi ve “Olağanüstü Hal”

İstisna durumuyla ilgili tartışma alanı, Schmitt-Jakobs ilişkisinin önemli ipuçlarını sunsa da, Schmitt'in olağanüstü hal ve istisna durumu ile ilgili görüşleri, bu alanda yapılan tartışmaların ancak bir bölümünü oluşturmaktadır: Schmitt'in olağanüstü hale ilişkin tezi, tartışmanın önemli bir durağıdır, ancak istisna durumu üzerine ileri sürülen tezler, Schmitt'in tezinden daha fazlasıdır ve mantıksal-hukuksal bir bütün olarak düşman ceza hukuku düşüncesinin saç ayaklarından birini oluştururlar.

Tanımının yapılması güç bir kavram olarak (Agamben, 2006: 10) istisna hali, Alman doktrininde *Ausnahmezustand* olarak, ama aynı zamanda “zorunluluk hali”

düşmanı ayırıştırarak kısmen de olsa hukuksallaştırma ve görelileştirme çabası vardır” (Çelebi,2006:16). Jakobs, Schmitt'in düşman kavramına ilişkin bu değişimlerle de pek ilgili görünmemektedir. Dolayısıyla, Jakobs'un, Schmitt'ye düşman anlayışına itirazlarını, hangi metin(ler)i temel alarak, nasıl ve ne biçimde yaptığı, açıklıktan yoksundur.

²⁰ Zaffaroni ve Edmundo'ya göre, Jakobs'un “düşman” tasarımı, Roma Hukukundaki hostis kavramının güncellenmiş versiyonunun kabulünden ibarettir (Zaffaroni ve Edmundo, 2013: 175) ve düşman ceza hukuku anlayışı, ancak Schmitt tarafından ileri sürülen mutlak bir devlet modeli içinde kendine yer bulabilir (168).

²¹ Jakobs ile Schmitt arasındaki bu “devamlılık ilişkisi”, bizatihi Schmitt'in “dost-düşman” ayırımı açısından da geçerlidir. Çelebi'ye göre Schmitt bu ayırımı kurgularken, Hint kralı Candragupta'nın bakanı Kautilia'nın M.Ö 4. yüzyılda geliştirdiği dost ve düşman tipolojilerinden ve Barrientos (1556-1644)'un “Siyaset, dost ile düşman arasında yapılan ayırımdır” düşüncelerinden yararlanmıştır (Çelebi, 2006: 12). Ancak “siyasal kavramı”nın asıl muhatabı, “Siyasal olan, devlete ait olandır. Devlet kavramı, daha başından itibaren siyasal kavramıyla birlikte düşünülmüştür” diyen Georg Jellinek'tir (12). Schmitt'in yararlandığı kaynakların sonuncusu ise, Hegel'dir (13).

(*Notstand*) anlamında kullanılmıştır (12). İtalyan ve Fransız doktrinlerinde “acil durum ve kuşatma hali”, Anglo Sakson doktrininde ise “askeri yasa” ve “acil durum yetkileri” terimleri, kavramın belirsizliği ile terminolojik belirsizliğin örtüştüğünü göstermektedir ancak tanımlamaya çalıştığı olgular aynıdır (12)²².

“İstisna durumu”, hukuksal olan ile siyasal olanın, bir başka ifadeyle hukuksal alanla siyasal alanın en karmaşık kesişme alanlarından birisidir. Bu sorunsalı Agamben şu biçimde ifade etmiştir:

“Kavramın temel niteliği, hukuki düzenin bir bütün halinde veya kısmi olarak askıya alınmasıdır, ancak bu askıya alma aynı zamanda yasal düzen içerisinde nasıl yer alabilir? Nasıl olur da hukuki düzen içinde bir yasadışılığa yer verilebilir? Bunun aksine, istisna hali, yalnızca fiili ve bu niteliğiyle yasaya yabancı ya da onunla çelişik bir durum ise, düzenin tam da belirleyici durumu ilgilendiren bir boşluğu içermesi nasıl mümkün olur?” (33).

Esasen, doktrin de, istisna halini hukuk düzeni bağlamına dâhil etmeye çalışanlarla, bu hali siyasal veya her durumda hukuk dışı bir olgu olarak değerlendirenler olarak ikiye bölünmüştür (32). Öte yandan, tartışma, istisna halinin Anayasa veya yasalarda öngörülmesinin uygun olduğunu savunanlarla, istisna halinin varlığını kabul etmekle birlikte tanım gereği norma sokulamayacak bir şeyin yasa yoluyla düzenlenmesini kesin olarak reddedenler (18) arasında, başka bir düzlemde de devam etmiştir. Her durumda, “istisna hali gibi bir şey”, birinci dünya savaşından bu yana maddi anayasa anlamında bütün Anayasal sistemlerde yer almıştır (19).

İstisna halini temellendiren çeşitli eğilimler bulunmaktadır. Birincisi, bu durumun odağına “zorunluluk” kavramını yerleştirir : “İsrarla yinelenen bir deyişe göre, 'Zorunluluğun yasası yoktur'. Bu deyiş, iki karşıt anlamda anlaşılmaktadır: 'Zorunluluk, hiçbir yasa tanımaz' ve 'zorunluluk kendi yasasını yaratır' ” (Agamben, 2006:34).

²² Kavram İngilizcede “state of emergency”, Fransızcada ise “L’etat d’urgence” olarak karşılık bulmaktadır (Bora, 2016).

Zorunluluk durumunun özünü dile getiren bu yaklaşımın “*hukuk düzenine dâhil edilmesi ve yasanın gerçek bir 'hali' olarak sunulması*” (36) , modernlikle başlar. Bu dönemle birlikte, zorunluluk, yasanın zorlayıcı gücünü yitirdiği tekil bir örnekten çıkıp, yasanın nihai temelini ve kaynağını oluşturur (36).Ama öte yandan,

“Zorunluluk kavramı da, ulaşılmak istenen amaçla bağlantılı ve tümüyle öznel bir kavramdır (...). Zorunluluğun belirli bir normun çıkarılmasını gerekli kıldığı, aksi takdirde mevcut düzenin yok olma tehlikesiyle karşı karşıya kalacağı söylenebilir ama (bu durumda da) mevcut düzenin korunması gerektiği noktasında bir görüş birliği içinde olmak gerekir (...) (Böylece) zorunluluğa başvurma ahlaki ve siyasal bir değerlendirmeyi ima eder” (Balladore-Pallieri, 1970: 168, Aktaran Agamben, 2006: 40).

Böylece, zorunluluk, zorunluluğa ihtiyaç duyulup duyulmadığıyla ilgili bir karara ihtiyaç duyar ve dolayısıyla da son tahlilde bir karara indirgenmiş olur (40).

İkincisi, istisna halinin merkezine “karar”ı yerleştirir ve bu, “*bir istisna hali kuramı oluşturma yönündeki en titiz girişim*” (Agamben, 2006: 43) olarak değerlendirilmiştir. Aslında Schmitt'in istisna hali teorisinin karakteristiği, çok bilinen ve fakat esasen daha genel bir bağlamda, bir “egemenlik kuramı” oluşturulmasına temel alınan bir kapsamda²³ dile getirilmiştir: Schmitt'in çok sözü edilen cümlesine göre, “*Egemen, olağanüstü hale karar verendir*” (Schmitt, 2005:13).

Schmitt'e göre, bu tanım bir “sınır kavram”dır ve olağanüstü hal, egemenliğin hukuki tanımına son derece uygundur.²⁴ Tanımda sözü edilen karar, “*kelimenin tam anlamıyla 'karar'*”dır (13). Çünkü, normal durumda geçerli olan bir hukuk kuralı ve genel norm, mutlak istisnayı hiçbir zaman içermez, bu nedenle sözü edilen türden bir

²³ Sözü edilen kapsam, Schmitt'in 1922 tarihli *Siyasal İlahiyat-Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm* kitabıdır ve kitap esas itibarıyla bir egemenlik kuramı oluşturulmasına yöneliktir. Öte yandan, *Siyasal İlahiyat'ta* belirtilen istisna hali kuramının bir egemenlik doktrini biçiminde sunulduğu belirtilmektedir (Agamben, 2006: 46). Bu görüş, Schmitt'in kuramının temelinde bir istisna hali kuramı olduğuna vurgu yapar ve egemenlik sorununun ancak istisna hali kuramı temelinde anlam edindiğini savunur (46).

²⁴ Çalışma, “egemenlik sorunu” ile doğrudan ilgili olmadığı için, Schmitt'in “Egemenlik” ile ilgili belirlemelerinden daha çok, “karar”a ilişkin yaklaşımı üzerinde durulacaktır.

karara da temel oluşturamaz (14). Bu, kararın hukuk düzeni dışında olması anlamına gelmez, aksine, “her düzen bir karara dayanır” ve “tüm düzenler gibi hukuki düzen de bir norma değil, karara dayanır” (17). Schmitt'e göre, karara temel olan olağanüstü hal durumunda, mevcut düzen bütünüyle askıya alınır. Böyle bir durumda, “hukuk geri adım atarak devlet baki kalır” (19) ancak böyle bu halde dahi “hukuk düzeni değilse de, hukuki anlamda bir düzen hala mevcuttur” (19). Böylece “devletin varlığı, hukuki normun geçerliği karşısında tartışmasız üstünlüğünü kanıtlar ve karar kendini tüm normatif bağlantılarından kurtarır ve gerçek anlamda mutlak hale gelir. Olağanüstü halde devlet, hukuku, kendini koruma hakkına dayanarak askıya alır (...) norm da olağanüstü hal tarafından yok edilir. Buna rağmen olağanüstü hal, hukuki idrakin erişim alanında kalır; çünkü norm da, karar da hukuk çerçevesinde varlığını sürdürür” (19-20).

Schmitt, böylece, “hukuki düzen”in odağına “karar”ı yerleştirir. Bu, bir sistemin somut bir durumda kendi kendini askıya almasının, yani olağanüstü hal durumunun -bu durumun Anayasal düzlemde tanımlanmasını beklemeksizin- hukuki bir sorun olarak tanımlanmasıdır (21). Schmitt'e göre istisna kuraldan önemli olabilir ve “normal durumdan daha ilginçtir. Normal olan hiçbir şeyi kanıtlamaz, istisna her şeyi kanıtlar. Yalnızca kuralı kanıtlamakla kalmaz, kural yalnızca istisna sayesinde yaşar” (22).

İstisna hali kuramlarına Schmitt'in özgül katkısı, istisna hali ile hukuk düzeni arasındaki eklemlemeyi tam olarak olanaklı kılmasında yatmaktadır (Agamben, 2006:44). Schmitt'in kuramının amacı, istisna halinin hukuki bir bağlama yerleştirilmesiydi (44) : “Dışarıda olmak, gene de ait olmak: İstisna halinin topolojik yapısı budur ve istisna hakkında karar veren egemen de, dışarıda olmak-ait olmak gibi birbirine zıt iki ifadeyle tanımlanabilir” (46).

İstisna haline ilişkin yukarıda belirtilen kuramların dışında, başkaca yaklaşımlardan söz edilebilir: Örneğin, istisna durumunu, devletin kendini savunmak için sahibi olduğu bir hakkın kullanımı veya hukukun başlangıçtaki bir doluluk halinin

yani “tam yetki” kullanımını hakkının yeniden ele geçirilmesini öngören kuramlar gibi (63). Agamben'e göre ise istisna hali, bütün hukuki belirlenimlerin devre dışı bırakıldığı bir hukuki boşluk alanı, bir yasadızlık bölgesidir. Hukuk düzeni, bu boşluk alanı ile bazı nedenlerden ötürü şu ya da bu nedenle bir ilişki kurmaya çalışmak zorundadır (63-64): Bir yandan, istisna halinde sözü edilen hukuki boşluk, hukuk açısından kesinlikle kabul edilemez görünmekte ama diğer yandan bu kabul edilemez veya düşünülemez gibi görünen öge, hukuk düzeni açısından ne pahasına olursa olsun elden kaçırılmaması gereken stratejik önemde bir öge olarak karşımıza çıkmaktadır (64). Agamben, son çözümlemede istisna halini, yasa ile yasadızlık ve yaşam ile hukuk arasında bir belirlenemezlik eşiği oluşturan bir düzenek olarak ortaya koyar (102).

Diğer yandan, Agamben, Nazi devleti örneğini değerlendirirken, modern totalitarizmin, *istisna hali aracılığıyla* sadece siyasal hasımların değil, herhangi bir nedenle siyasal sistemle bütünleştirilemeyecekleri belli olan tüm yurttaş kesimlerinin ortadan kaldırılmasına izin veren bir “yasal iç savaş” olarak tanımlanabileceğini belirtmektedir (10). Ona göre, kalıcı bir acil durum halinin iradi olarak oluşturulması, Hitler döneminden bu yana, “demokratik” denilenler de dahil olmak üzere çağdaş devletlerin tamamının temel uygulamalarından biri haline gelmiştir (11). Bu, istisna hali düşüncesiyle düşman ceza hukuku tezi arasındaki ilişkiyi tartışmak için uygun bir hareket noktası olabilir. Gerçekten de, istisna durumunun sunduğu hukuksal-siyasal zeminle, düşmana uygulanacak hukuk arasında birbirini belirleyen bir nedensellik ilişkisi vardır. Öyle olduğu için, Jakobs, düşman ceza hukukunu istisnai olarak ve olağanüstü ceza hukuku olarak açıklamış ve kabul etmiştir (Rosenau, 2008: 395). Jakobs'a göre,

“Düşman ceza hukuku, (...) devleti, devletin organlarını ve bunların işlevlerini düşmanla mücadele hususunda bağlayıcı olduğu müddetçe bir hukuk biçimidir. Yani düşman ceza hukuku, sınırsız yok etmeye özgülenmiş kurallar yığını

değildir, aksine akıllıca yönetilen bir hukuk devletinde bilinçli olarak istisnai biçimde kullanılan yani devamlılık arzetmesi gerekmeyen bir *ultima ratio*'dur. Bu öz karara ulaşabilmek için öncelikle düşman ceza hukuku kuralları dâhilinde 'elde ne olduğunun' bilinmesi gerekir" (Jakobs, 2008b:519).

Jakobs'un ifadesinde, düşman ceza hukukunu istisnai olarak niteleyen ve fakat bu nitelemeyi de bir karara bağlayan bir yaklaşım açığa çıkmaktadır. Bu, açık olarak Schmittyen bir çerçevedir. "*Düşman'ın kim olduğuna karar veren bir siyasal varlık olarak, 'devlet'*" (Sabuktay, 2010:128), böylece, istisna halinin ne olduğuna ve hangi koşullarda ve kimlere uygulanması gerektiğine de karar vermiş olmaktadır. Kısaca, Jakobs'un çerçevesine göre de, gerek düşman tanımı ve gerekse de düşmana uygulanacak "istisnai" ceza hukuku,²⁵ bu konuda verilecek bir "karar"ı gerektirmektedir.²⁶

Öte yandan, düşman ceza hukuku, yalnızca Schmittyen bir istisna hali algılayışını temel almaz. Aksine, Jakobs, içerik olarak Schmitt'in teorisine yakın görünse de, biçimsel olarak bu teoriden kesin olarak ayrılır: Schmitt, istisna durumunu, yasa yoluyla düzenleme fikrinden uzaktır. Schmitt'in olağanüstü durum çerçevesi, Anayasal olarak öngörölmüş olağanüstü hal rejimlerinden birinin ilanı ile sınırlı değildir (Sancar, 2008: 95); aksine, "*tanımı gereği norma sokulamayacak bir şeyin yasa yoluyla düzenlenmesi*" (Agamben, 2006: 18) olarak dışıdır. Bu nedenle, "*Schmitt'in kuramı, 'istisna'nın normla kapsanamayacağı önkabulüne dayanmaktadır*" (Sabuktay, 2010:129). Jakobs ise, düşman ceza hukukunu, "elde ne olduğunun bilinmesi"ni de (Jakobs, 2008:519) içerir belirli, kesin bir kurallar bütünü olarak öngörmüştür. Bu kurallar, "karar"la birlikte uygulama olanağı bulacak olan "pozitif hukuk kuralları"dır

²⁵ Düşman Ceza Hukukunun yürürlüğünün "istisnai" olmadığı ile ilgili olarak, bkz. aşağıda, "Düşman Ceza Hukukunun Yürürlüğü İle İlgili Tartışmalar" ve "Düşman Ceza Hukuku Yürürlüğünün Hukuk Düzenine Etki ve Sonuçları" başlıkları.

²⁶ Konunun düşman ceza hukuku anlayışı yönünden tartışılması ile ilgili açıklamalar için, bkz. aşağıda, "Bir 'Karar' Sorunsalı Olarak 'Düşman'" başlığı.

ve Jakobs, bu yönüyle, “yasallığın yeminli düşmanı” (Sancar, 2008: 93) Schmitt'ten ayrılarak “istisna halinin anayasada ya da yasada öngörülmesinin uygun olduğunu savunan” (Agamben, 2006:18) eğilime yakınlaşır.

Yukarıda sunulduğu gibi, istisna durumu ve olağanüstü hal teorileri, *bir bütün olarak*, düşman ceza hukuku düşüncesine önemli bir düşünsel-tarihsel zemin sağlamışlardır. Gerçekten de istisna hali, devletlerin uzun bir süreden bu yana, sadece siyasal hasımların değil, herhangi bir nedenle siyasal sistemle bütünleştirilemeyecekleri belli olan tüm yurttaş kesimlerinin ortadan kaldırılmasına izin veren bir “yasal iç savaş” halinin en önemli aracı (Agamben, 2006:10-11) mıdır? Bu açıdan, Düşman Ceza Hukuku, bu tarihsel çizginin bir devamı ve güncel bir yeniden üretimi olarak ele alınabilir mi? Eğer öyleyse, bu temsiliyeti ve yeniden üretimi hangi noktalar sağlamaktadır?

1.2.Düşman Ceza Hukukunun Güncel Zemini

1.2.1. Genel Olarak

Düşman ceza hukuku kavramı, içeriği ve temsil ettiği anlamlar açısından “aktüel” bir başlıktır. Kavram özellikle ikibinli yılların başından itibaren gündeme gelmiştir. Bu yıllarla birlikte, kavram, somut içeriği ve çerçevesi açısından hukuk çevrelerinde yaygın bir tartışma yaratmıştır. Sözü edilen tartışmanın, hukuki bir kavram üzerinde yapılması ve doktrinsel bir temelde gerçekleşmesi nedeniyle “serinkanlı” olması beklenebilirdi. Düşman ceza hukuku üzerine yapılan tartışmaların, böylesi bir atmosferden uzak olduğu belirtilmektedir. Konu, maddi hukuk, ceza usul hukuku, anayasa hukuku, hukuk teorisi, ceza hukuku teorisi, hukuk tarihi, suç siyaseti ve ideoloji alanlarıyla da ilişkili biçimde, geniş ve hararetli biçimde tartışılmıştır

(Saliger, 2017: 212). Bu hararetli ortamda, Jakobs'un çerçevesi, bir yandan şiddetli biçimde eleştirilirken, diğer yandan çoğunluk tarafından ceza hukuku analizinin eleştirel aracı olarak kabul edilmiş ve analitik işlevi yönünden onay alabilmiştir (212). Durum, Jakobs'un düşüncelerinin, meslektaşlarında doğurduğu “kızgınlık ve şaşkınlık” (Rosenau, 2008: 396) ile birlikte, tartışmanın “çok şiddetli ve hararetli” (396) bir zeminde gerçekleşmesi biçiminde özetlenebilir.

Tartışmanın böylesi bir zeminde gerçekleşmesinin önemli nedenlerinden biri, kavramın sahip olduğu somut siyasi-hukuki içerikse, bir diğeri de “temsil ettiği anlam ve bağlamlar” olsa gerekir. Gerçekten de kavram, somut içeriği ile birlikte ama daha çok, kendisiyle bir biçimde ilişkilendirilebilecek başkaca zemin, bağlam ve anlamlarla anılır olmuştur: 11 Eylül 2001 tarihinde yaşananlarla birlikte, Düşman Ceza Hukuku, kendi hukuksal-siyasal kapsamını da aşan biçimde, “düşman”, “terör”, “saldırı” gibi başlıkların ima ettiği bağlamlarla dolaysız olarak ilişkilendirilmeye başlanmıştır. Böylece, kavramın dolaşımı ve popülerliği, kendi sınırlarını da aşan ve kullanıldığı noktada bütünsel bir temsil yeteneği kazanan, “klişe” bir kavram haline gelmiştir.

Düşman Ceza Hukukunun güncel gelişim ve varoluş dinamiklerini tartışmak, kavramın gerçek içerik ve işlevini ortaya koymak için uygun bir başlangıç noktası olabilir: Kavramın gelişim süreci nasıl gerçekleşmiştir? Hangi başkaca dinamikler, kavramın dolaşımını ve etkililiğini ne biçimde ve nasıl belirlemiştir? Kavramın somut-olgusal içeriği dışında, kullanıldığı siyasi-toplumsal bağlamlar nedir? Kavramın güncel gelişimi, gerçek dinamikleri ile bütünüyle uyumlu mudur yoksa kavramın güncelliğini kavrayabilmek için aktüel olarak görece daha az gündeme gelen başkaca dinamiklere mi bakmak gerekir?

1.2.2. 11 Eylül Olayı ve “Terörizme Karşı Savaş” Söylemi

11 Eylül 2001'den sonra A.B.D Başkanı Bush'un çeşitli tarihlerde yaptığı konuşmalar, yeni dönemin düşman algısını ortaya koymaktaydı:

“Düşmanımız radikal bir terörist ağı ve ona destek olan bütün ülkelerdir. Bizim terörle savaşımız, El Kaide ile başlamakta ama onunla bitmemektedir. Bu savaş, dünyadaki bütün teröristler bulunup yok edilmediği sürece devam edecektir. (...). Şu andan itibaren, teröristlere güvenli böyle sağlamaya ve desteklemeye devam eden tüm ülkeler ABD'ye düşman rejimler olarak değerlendirilecektir. Buna göre tüm ülkeler seçimlerini yapmalıdırlar: Ya bizimlesiniz, ya da teröristlerle. Artık ABD düşmanlarını yenmek için reaktif değil, proaktif olmak zorundadır (...).”(Oyan Altuntaş, 2009: 291).

Bu söyleme paralel olarak ve söylemin gösterdiği biçimde, “teröristlere ve onlara destek sağlayan diğer ülkelere” karşı askeri harekâtlar düzenlendi: 11 Eylül saldırılarından sorumlu tutulan Usame Bin Ladin'in iade edilmesi isteminin Taliban Rejimi lideri Molla Ömer tarafından reddedilmesinin ardından, 7 Ekim'de Amerikan ve İngiliz kuvvetleri Afganistan'ı bombalamaya başladılar. Ardından başlatılan kara harekâtına Fransa ve İtalya da katılmış ve birkaç ay içerisinde son Taliban mevzileri de düşmüştür (Öktem, 2007: 113). 2002 yılının başından itibaren Guantanamo'daki ABD üssüne Afganistan'da ele geçirilen ilk esirler gelmeye başlamıştı. Bush'un Kasım 2001'de yayınladığı ve El Kaide örgütü üyelerinin özel bir usule göre yargılanmasını sağlayacak askeri komisyonlar kurulmasına ilişkin askeri emri ile (113) bu kişiler Guantanamo'ya getirildi. Kökenleri esas alınarak Guantanamo'da tutulan ve büyük kısmı müslüman yabancı bin iki yüzden fazla insan, kendilerine herhangi bir suçlama getirilmeksizin, avukat tutma ve tutukluluklarına itiraz hakkı sahibi olmaksızın, askeri nitelikteki ve üyeleri ABD Başkanı tarafından seçilecek bir temyiz mahkemesine bağlı

bir mahkeme tarafından, gizli ve süresiz biçimde tutuklandılar (Paye, 2009: 25-28). Bu, ABD vatandaşı olmayan terör şüphelisi ve terörist olarak adlandırılan kişilerin insanlık dışı muamele görmelerini de içeren ve sonuç olarak bu kişilerin özgürlüklerinin askıya alınması anlamına gelen bir süreçtir (27-29).

“Dış düşman” ve “İslami teröristler” söyleminin, ABD'nin Afganistan ve Mart 2003 tarihinde başlayan Irak işgallerinin temel taşları olduğu belirtilmektedir (Chossudovsky, 2010: 21).²⁷ Öyle ki, “dış düşman” kurgusu olmaksızın, “teröre karşı savaş” stratejisi ve özellikle tüm ulusal güvenlik programı çökecekti. Bu dönemde, Bush yönetimi, “sivil-savaşan, dost-düşman ve içerisi-dışarı” gibi karşıtlıkların kurgulandığı yeni bir savaş dönemi başlatmıştır (Oyan Altuntaş, 2009:152). 11 Eylül sonrası süreç, ABD ana-vatanını tehdit eden bir “dış düşman” varlığı üzerine kurulmuştur (Chossudovsky, 2010: 232). Bu “dış düşman”ın, büyük ölçüde hayali, ABD'nin mevcut ihtiyaçları doğrultusunda ve savaşın gerçek nedenlerini ve sonuçlarını gizlemeye yönelik olarak “imal edilen” ve milyarlarca dolarlık propaganda harcamalarıyla gündemde tutulan bir söylem olduğu savunulmuştur (232). Buna göre, haber kaynaklarının üzerinde sistematik biçimde oynanması ve gerçeklerin saptırılması, medyanın dolaşıma soktuğu haberlerin yanlış bilgilendirmeye dolması, müslümanlar ve arapların sürece “inandırıcılık kazandırması” amacıyla tutuklanması gibi tüm propaganda etkinlikleri, “dış düşman”ın gerçek bir tehdit olarak algılanması ve “terörizme karşı savaş”ın inandırıcılığını sağlanması amacına yöneliktir (232-250).

²⁷ ABD'nin Irak ve Afganistan işgallerinin nedenleri ile ilgili değerlendirmeler, 11 Eylül sonrası en çok tartışılan konularından biridir. Çalışmanın kapsamının dışında kalmakla birlikte, bu konuda da farklı yaklaşımlar olduğunu belirtmek gerekir: İşgalleri, “salt bir güvenlik sorunu olarak ele alan ve 'terörizmle savaş' söyleminin kapitalist üretim ilişkileri ve sermaye sınıfıyla bağlantısını kurmayan realist ve liberal yaklaşımlar” (Oyan Altuntaş, 2009:62-63) bir yana bırakılacak olursa, bu söylemi, “yeni ekonomik ufukların keşfedilmesinin bir bahanesi” (Chossudovsky, 2010: 25) olarak niteleyen ve işgalleri “büyük silah sanayii ile enerji şirketlerinin çıkarlarıyla doğrudan örtüşüren” (Oyan Altuntaş, 2009: 63) görüşler yanında, asıl hedefin kapitalist ilişkileri zor yoluyla sürdürmenin bir aracı olarak, enerji kaynakları üzerinde fiziki denetim kurmak ve stratejik bölgelere konumlanarak uzun dönemdeki çıkarları gerçekleştirmek olduğunu savunan yaklaşımlar da bulunmaktadır (Oyan Altuntaş, 2009: 64).

Görüldüğü gibi, 11 Eylül süreci, önemli ölçüde, ABD ve müttefiklerince başkaca ülkelerin topraklarına yapılan, harekât, saldırı ve işgallerle karakterize olan bir dönemdir. Bu süreç, “dış düşman”la sembolize edilen bir “teröre karşı savaş” söylemiyle birlikte yürümüştür. Böylece, bir söylem olarak “terörizme karşı savaş”, askeri müdahalelerin toplum(lar) tarafından onaylanmaları için güvenlik sorununa özellikle atıfta bulunan ideolojik bir enstrüman olmanın da ötesinde, uluslararası hegemonya mücadelesinde de kullanılabilir bir strateji olarak anlam kazanmaktadır (Oyan Altuntaş, 2009: 66).

Uluslararası karakteri bu denli baskın olan bir “terörizme karşı savaş” sürecinin, bu haliyle, düşman ceza hukuku ile bağını kurmak zor olsa gerekir. Her yönüyle spesifik ve ülkeye-ülkelere özel bir ceza hukuku anlayışı olarak tanımlanan ve tartışılan düşman ceza hukukunun, uygulama alanı ve kapsam açısından uluslararası alanla doğrudan bir bağı yoktur.²⁸Düşman Ceza Hukuku, yurtaş ile düşman arasındaki bir ayırımı dayanmaktadır, ancak burada sözü edilen “düşman”, “kendinin yurtaşlık statüsü altına sokulmasına (kendisi) mani olan birey” (Jakobs, 2008a: 498) dir ve anlamsal olarak “dış düşman”la bir ilgisi yoktur. Böylece, 11 Eylül süreciyle yaygınlaşan “teröre karşı savaş” esas olarak uluslararası hukuk düzleminde, düşman ceza hukuku anlayışı ise her bir devletin iç hukuku ekseninde artışılabılır ve bu açıdan bu iki yaklaşımın zemini birbirinden ayrılır.²⁹

²⁸ Jakobs'a göre, hukukun etkinliğinin dünya çapında bir statüye sahip olduğundan bahsedilemez. Bu iddia, yalnızca varolan dünyaya ait bir postulat olabilir. Ona göre mesele, toplumsal-kanuni bir statünün korunmasından ziyade, bu statünün yaratılması ile ilgilidir (Jakobs, 2008a: 504). Jakobs, böylece, ceza hukuku anlayışının uygulama alan ve sınırlarını da ortaya koyar.

²⁹ Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulmasıyla, uluslararası toplumun terörizmle suçlanan kişilerin yargılanması ve eylemlerin önlenmesini sağlayabileceği ve bu mahkemenin teröre karşı etkili bir yargılama yürütebileceği savunulmasına karşın (Goldstone-Simpson, 2008: 137), bu, gerçek bir durumu ifade etmemektedir. 1998 yılında kabul edilen, 1 Temmuz 2002 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Roma Statüsü'yle kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yetkisine giren suçlar, statünün 5-8. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre, “soykırım suçu”, “insanlığa karşı işlenen suçlar”, “savaş suçları” ve “saldırı suçları” mahkemenin yetki alanına girmekte ve fakat terörizm ve uyuşturucu suçları gibi suçlar, mahkemenin yargılama alanının dışında kalmaktadır. Terörizme ilişkin uluslararası bir yargılama makamı bulunmadığı için, bu suç tipine ilişkin yargılama süreçleri, esas olarak ülkelerin “iç hukuku” çerçevesinde

Öte yandan, 11 Eylül sonrası yaşanan harekâtlar ve işgaller uluslararası alanda gerçekleşmesine karşın, bunları “uluslararası hukuk” zemininde tanımlamak da zor görünmektedir. Afganistan harekâtı ABD tarafından meşru müdaafa hakkının kullanımı olarak sunulsa da, uluslararası hukuk, Bush tarafından kolayca “savaş” olarak adlandırılan bu süreci nitelendirmekte zorlanmaktadır (Öktem, 2007: 112). Sürecin temel aktörlerinden birisinin devlet-dışı bir aktör olması, sürecin “savaş” olarak nitelendirilmesine uygun değildir. Öte yandan kullanılan “savaş” sözcüğü, ancak, sınır ötesi suça karşı dünya ölçeğinde yürütülen bir polisiye mücadeleyi metaforik olarak anlatmaya yarayabilir (115). “Teröre karşı savaş”ın nerede ve ne kadar süreceğinin bilinmemesi, uluslararası hukukun zaman ve mekân bakımından uygulanması açısından da sorunlar yaratmaya uygundur. (115). Süreç, uluslararası hukukun “devletlerarası olmayan çatışma”lar bakımından aradığı ölçütleri taşımadığı gibi, El Kaide de, uluslararası hukuk kapsamında tanımlanabilecek bir düşman devlet modelinden uzaktır (119-120). Özetle, Afganistan olayını tanımlamaya çalışan bir hukukçunun “alet çantası yetersiz kalmakta” (Öktem, 2007: 121), uluslararası hukuk kategorilerinin şekli tanımlarıyla uyum olmayan ve hukuki, siyasi ve etik meşruiyet kavramlarının birbirine karıştığı bir belirsizlik durumu ortaya çıkmaktadır (121).

Aynı durum, Guantanamo Askeri Üssü’ne getirilen El Kaide ve Taliban mensuplarının durumu açısından da geçerlidir. ABD, süreci bir yandan “teröre karşı küresel savaş” olarak nitelendirirken, öte yandan ele geçirilen bu kişilerin kanundışı savaşçılar (*unlawful combatants*) olduğunu ve savaş esiri statüsünden faydalanamayacağını beyan etmiştir (122). ABD'nin, bu kişilerin savaş esiri statülerini ısrarla reddetmesi, savaş sonrasında serbest bırakılmalarının önüne geçmek (124) ve savaş esirlerine uluslararası hukuk tarafından tanınan hakları gözardı ederek, örneğin

gerçekleşir. Bu yönden, terör suçu ile ilgili yargı faaliyeti, temelde, ülkelerin ulusal yargı yetkisine ilişkin bir sorunsal olarak varolur ve “düşman ceza hukuku”nun uygulama alanı açısından tartışmaya uygundur.

sorgu esnasında insanlık dışı muameleleri kullanmak da dâhil olmak üzere herhangi bir kuralla bağlı kalmaksızın davranabilmek amaçlarıyla açıklanabilir.³⁰ Yakalanan kişilere yapılan “kanun dışı savaşçı” nitelemesinin, uluslararası hukukta yeri yoktur çünkü uluslararası hukukta böylesi bir terim bulunmamaktadır (128). Bu adlandırma, terörizmle savaş adına gerçekleşen bir çatışmada yakalanan kişilere yapılacak muamelede uluslararası hukuk kurallarının bertaraf edilmesinin bir bahanesidir (Öktem, 2007: 128). Özetle, 11 Eylül sonrasında Guantamalo'da, Afganistan'daki Bagram ve Irak'taki Abu Garib hapishanelerindeki uygulamalar, işkence de dâhil olmak üzere pek çok insanlık dışı muameleyi içeren ve uluslararası hukukun sistematik olarak devre dışı bırakıldığı bir durumu gösterir (Neocleous, 2012: 159).

Öyleyse, “uluslararası bir süreç” olarak 11 Eylül'ün, “düşman ceza hukuku anlayışının patlayıcı bir tesir yaratmasına” (Rosenau, 2008: 394) yaptığı “olağanüstü katkı”, her açıdan açıklamaya muhtaçtır. 11 Eylül sürecinin temel zemini ve karakteri, “uluslararası hukukun askıya alındığı uluslararası bir süreç” ise, her koşulda bir “iç hukuk sorunsalı” olarak tanımlanması gereken düşman ceza hukuku anlayışı, nasıl oldu da bu süreçten “patlayıcı bir tesir” yaratma gücü devşirdi? Bir başka ifadeyle, düşman ceza hukuku, “temsil ettiği anlamı ve bağlamı” farklı gibi görünen bir süreçle nasıl ilişkilendi ve bu etkileşimden güncel bir önem ve güçle nasıl çıktı?

³⁰ Üçüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 118. maddesi, herhangi bir suç işlememiş savaş esirlerinin savaş sona erdiğinde serbest bırakılarak ülkelerine dönmelerini öngörmektedir (Öktem, 2007: 124). Yine sözleşmenin 17. maddesi, “esirin sorgusu”nu, ad ve soyadının, rütbesinin, doğum tarihinin ve sicil numarasının alınmasıyla sınırlı tutmuştur. 130. madde ise işkence ve gayri insani muameleleri sözleşmenin ağır ihlali saymakta ve 129. maddeyle de bunları cezalandırma yükümü getirmektedir (125).

1.2.3. 11 Eylül Sonrası Düşman Ceza Hukuku

Yukarıda sunulan gelişmelere göre, düşman ceza hukuku anlayışı ile 11 Eylül sonrası “teröre karşı savaş” konseptinin farklı zeminlere ait olduğu ve bu açıdan birbirlerine temas etme ve birbirini karşılıklı ve güçlü biçimde etkileme kabulünün güçleştiği savunulabilirdi. Ne var ki, 11 Eylül sonrası yaşanan bir başka gelişme, terörizme karşı savaş süreci ile düşman ceza hukuku anlayışı arasındaki mesafeyi ortadan kaldırmıştır ve bu iki anlayış dolaysız olarak birbirine bağlanmıştır. Bu gelişme, 11 Eylül sonrası terörle savaş düşüncesinin, yalnızca uluslararası bir durum olarak değil, aynı zamanda her ülkenin ulusal süreçlerini de belirleyen bir temel süreç olarak gerçekleşmesidir. ABD’de düşman savaşçıların statüleri ile ilgili olarak başlayan tartışmalar, bu kişilerin iç ceza davalarında yasaya uygun sanık olarak düşünülüp düşünülemedikleri ve giderek bu kişilerin herhangi bir hakka sahip olup olmadıkları yönünde ilerlemiş (Diez, 2017: 185-186), böylece 11 Eylül süreci, ulusal yasama faaliyetleri ve ülkelerin ceza ve ceza usulü hukukuna etkileri bakımından yeni bir durumu ortaya çıkarmıştır (Arnold, 2008: 541). Giderek, göçmenlere, sığınmacılara ve teröre karıştığında şüphelenilen yabancılara yönelik politikalar, ulusal ceza hukuku uygulamalarına da doğrudan yansımış ve “düzensiz vatandaşlar” olarak adlandırılan kesimlere, yabancılarla eşit bir biçimde uygulanmaya başlanmıştır (Zedner, 2010: 389). Sürekli ve ısrarcı suçlular, cinsel suçlular ve şiddet yanlıları ile terörizm şüphelileri, göçmen ve sığınmacıların bağlandıkları türden şartlara ve geçici statüye bağlanmış, bunların vatandaşlık hakları, normlara ve belirtilen şartlara uymaya bağlı olarak belirlenmeye başlamıştır (389).

11 Eylül ile birlikte, yakın tarihin başka hiçbir döneminde görülemeyecek yoğunlukta terörizmle mücadele yasaları yürürlüğe girmiş, bahsi geçen olay radikal ve

etkili anti- terör mevzuatlarının oluşturulması için bir sıçrama tahtası görevi görmüştür (Zelman, 2008:83). Tüm dünya ülkeleri,11 Eylül olaylarına tepki olarak hükümetlere terörizme karşı savaş için geniş yetkiler içeren yasalar çıkarma yolunu seçmişlerdir (98).³¹

Ulusal anti-terör mevzuatlarının olağanüstü değişiminin önemli örneklerinden biri, 26 Eylül 2001 tarihinde ABD'nde yürürlüğe giren “*Provide Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*”dir. Kısaca *Patriot Act* (Vatanseverlik Yasası) olarak bilinen bu yasayla ülke başkanına, saldırı gerçekleştirmeyi planladığından kuşkulanan yabancı uyrukluların mal varlığına ve fonlarına el koyma yetkisi verilmiş, 1968 tarihli sözlü ve elektronik dinleme kapsamındaki suçlara terörizmle ilgili suçlar da eklenmiş, yabancı istihbarat araştırmaları sırasında kullanılmak üzere kayıt cihazı ve telefon numaraların tespitini sağlayan, tuzak ve iz elde etmekte kullanılan araçların üretilmesine izin verilmiş, yabancı bankalar adına hiçbir ülkede maddi gerçekliği olmayan temsili hesapların açılmasını yasaklamış, adalet ve dışişleri bakanlarına teröristlerle ilgili bilgi veren kişilere ödül verme yetkisi verilmiştir (86-87).³²

³¹ Zelman bu durumu “ABD'nin güçlü lobi faaliyetlerinin etkisine” (Zelman, 2008: 83) bağlamaktadır. Paye ise, hiç terörist tehdit ile karşılaşmamış ülkelerin dahi böylesi yasaları kabul ettiklerine özellikle dikkat çekmektedir (Paye, 2009: 15).O'na göre son dönem terörle mücadele yasaları, bağımsız ulusal inisiyatiflerin göreceli dahi bir sonucu değildir ve ulus devletlerin Amerikan taleplerine doğrudan verdikleri bir yanıttır. Terörle Mücadele, aynı zamanda, ABD'nin dünyayı emperyal yöntemlerle yönetmesinin bir aracı ve hatta kurucu özelliğidir. Böylece devletler, emperyalist düzene alt kademe yapılar olarak entegre olurlar (16-18).

³² ABD'de, 11 Eylül sonrasında çıkarılan başkanlık kararnameleri, anti-terör mevzuatının önemli bir parçası olmuştur: 14 Eylül 2001 tarihinde yayınlanan ilk kararnameyle silahlı kuvvetlerin tüm hazır kaynakları seferber edilmiş, 24 Eylül tarihli kararnameyle de ülke içi terörist faaliyetlerde bulunan, bu faaliyetleri destekleyen, yurttaşların ve ekonominin güvenliğini tehdit eden tüm ekonomik faaliyetler yasaklanmıştır (88). Hemen sonrasında bu kez İç Güvenlik Bürosu ve İç Güvenlik Konseyini kuran bir kararname açıklanmış, en son savunma bakanlığına kararname kapsamında olan herkesi gözaltına alma yetkisi veren yeni bir kararname çıkarılmıştır (89-90). Bu, terörist gruplarla bağlantı içinde olan yabancıların süresiz olarak tutuklanıp alikonmalarına ve yargılanmaları için de özel bir askeri mahkeme kurulmasına izin veren bir kararnamedir (Paye, 2009: 24-25). Anayasa Mahkemesi, daha sonra verdiği iki kararla, ABD vatandaşı olmayan kişilerin sivil bir yargı mercii önüne çıkmaları haklarının bulunduğunu (www.supremecourts.gov/opinions/03pdf/03-34.pdfden aktaran Paye, 2009: 47) ve ayrıca “düşman savaşı” sıfatıyla alikonulan ABD'lilerin sınırsız tutukluluklarının hukuka uygun olmadığını (www.supremecourts.gov/opinions/03pdf/03-6696.pdfden aktaran Paye, 2009: 48) belirtmiştir.

Yine, Avrupa Birliği, 11 Eylül'den bu yana, “Teröre Karşı Savaş”a katılmak üzere, terörizmle ilgili mevzuatına pek çok ekleme yapmıştır (Zelman, 2008:91). İngiltere'de 14 Aralık 2001'de kabul edilen Terörle Mücadele, Suç ve Güvenlik Yasası ile ABD'deki gibi itham olmaksızın terörist faaliyetlerinden şüphelenilen yabancıların süresiz tutukluluğuna izin verilmiştir (Paye, 2009: 76). Kanada mevzuatı, büyük ölçüde ABD yasalarındaki değişimi kopyalamıştır (Chossudovsky, 2010: 49). Hindistan,11 Eylül 2001 sonrasında, uygulanmakta olan ulusal anti-terör yasaşı POTA'yı “terörizmle mücadele etmek için gösterilen uluslararası çabaların bir parçası” olarak haklılaştırmıştır. Yasanın “amaçlar ve nedenler bildirisi”, iç güvenliğe yönelik saldırıların, “küresel boyutları”na vurgu yapar ve böylece Hindistan'da terörizme karşı söylem, kendisini küresel terörizme karşı ortak mücadele anlayışı temelinde ve “küresel riskler” düşüncesi etrafında konumlandırır (Sing, 2008: 346-347). Kısaca, 11 Eylül süreci, “anti-terör mevzuatlarının tüm dünya devletlerini bir yangın gibi sardığı” (Zelman, 2008: 84) bir dönemin başlangıcı olmuştur.

Ulusal anti-terör mevzuatlarının bu denli yaygınlaşması, iki önemli sonuç oluşturdu. Birincisi, teröre karşı savaşın aynı zamanda teröre karşı bir “iç savaş” olarak örgütlenmesi (Chossudovsky, 2010: 38) ve böylece terör karşıtı operasyonların “yabancı” düşmanların yanında, “yerli” hasımlara karşı da yönelmesidir (423). Bu, uluslararası alandaki “dış düşman” tasarımının, bir “iç düşman” imalatı ile sonuçlanması anlamına gelmektedir. “Düşman” artık yabancı teröristlerle sınırlı kalmamakta, “yerli komplocuları” da içine almaktadır (424). Örneğin, ABD'de, PATRIOT Yasası ile hükümet politikasını korku veya zora başvurarak etkileme sonucunu doğuran her türlü eylem ülke içi terörizm sayılmaktadır ve bu haliyle muhalifleri ve hükümete karşı çıkanları hedef almaktadır (46-48). Yine başkanlık kararnamesiyle kurulan İç Güvenlik Konseyi'nin Temmuz 2004 tarihli raporuyla “yerli radikal gruplar” ve “hoşnutsuz emekçiler” de, yabancı İslamcı eylemcilerle uyum

içerisinde bir araya getirilmişlerdir (424-425).³³ Özetle, son dönem terörle mücadele yasaları, yabancıların hukuki koruma dışında tutulma eğiliminin, terörist olmakla suçlanan yurttaşları da kapsayacak biçimde genişlediği bir dönemde (Paye, 2009: 223), periyodik olarak tanımlanan düşmana karşı yapılan uzun soluklu savaşı ve seferberliği (227- 233) temsil etmektedirler.

Bu durumla birlikte ikinci bir önemli sonuç daha ortaya çıktı: “Dışarıdaki olağanüstü durum” olarak teröre ve düşmana karşı yürütülen savaş, her bir ülkenin sınırları içine taşındığında, artık “içerideki olağanüstü durum”dan da kolaylıkla söz edilebilir. Yalnızca dış düşmana değil, iç düşmana karşı da yürütülen bir mücadele olarak “teröre karşı savaş”, böylece, devletlerin, olağanüstü durum varsayımıyla birlikte, olağanüstü usul ve uygulamalarının da bağlam ve zeminini oluşturmuştur. Bir başka ifadeyle, anti-terör yasaları, “olağanüstü bir durumun yarattığı özel sorunların çözülmesine ihtiyaç duyulduğunu ilan eden amaç ve niyetlerin” (Singh, 2008: 346) bir göstergesi ve ifadesi olarak yaygınlaşmışlar ve teröre karşı mücadelenin olağanüstü usul ve yöntemlerini içeren kurallar bütünü olarak işlev görmüşlerdir. Bu yöntemler, “polis gözetimini sıklaştırmak, insanlık dışı muamele ve hatta işkenceye varacak daha 'kuvvetli' sorgu yöntemlerinin benimsenmesi ve terörist olduğu iddia edilen kişilerin adil yargılanma hakkının kısıtlanması, savunma hakkının kullanılmasına sınırlama getirilmesi ve masumiyet karinesini yürürlükten kaldırmaya eşdeğer nitelikte tedbirlere başvurulması” (Gasser, 2008:117-118) gibi usul ve adımları içermektedir.

Başta “dış düşman” motifi olmak üzere 11 Eylül’ü karakterize eden öğelerin, yeni dönem anti-terör yasalarıyla “iç düşman”a evrilmesi ve böylece “teröre karşı savaş” sürecinin yalnızca uluslararası bir olgu ve süreç değil, her bir ülke açısından

³³ Nitekim, ABD’de 11 Eylül sonrasında, yüzlerce ABD vatandaşı uydurma ithamlarla tutuklanmış, savaş karşıtı lise öğrencileri okullarından kovulmuş ve profesörler savaşa karşı çıktıkları için işlerinden atılmışlardır (Chossudovsky, 2010: 47). Yine, Kanada’da, 11 Eylül saldırılarını izleyen iki ay içerisinde 800’den fazla kişi hakkında, aileleri ve avukatlarıyla görüşmelerine izin verilmeksizin Kanada gözetli sistemiyle işlem yapıldığı belirtilmektedir (49).

“ulusal” ve bir “iç hukuk” sorunsalı olarak güçlü bir etkinlik kazanması, düşman ceza hukuku anlayışının güncel zemininin temelini oluşturur. Politik-hukuki anlayış olarak düşman ceza hukuku düşüncesi, belirtilen gelişmeler sonunda, etkinlik ve etkililik açısından belirgin bir ivme kazanmıştır. Her bir ülkenin iç hukukunun “düşman”ı ve “düşmana uygulanacak hukuk”u sorunsallaştırması, düşman ceza hukukunun gelişimi ve etkinliğini önemli biçimde artırmıştır. Burada, bir hukuk yaklaşımının yalnızca dışsal bir tesir ve etkinliğinden değil, anti-terör yasaları yoluyla yaygın bir iç hukuksal yürürlük kazanmasından bahsedilebilir.³⁴

Jakobs, 11 Eylül sonrası ülkelerin mevzuatlarındaki değişimlerin, kendi ceza hukuku anlayışı açısından “yarattığı olanağın” farkındadır: Aslında Jakobs'un düşman ceza hukuku kavramını ilk kullandığı 1985 tarihli makale,³⁵ failin suçu işlemeden önceki aşamayı ve özellikle Alman Ceza Yasasında teşebbüs aşamasında kalmış suça iştirak konusunu incelemekteydi ve bu anlamda dikkatleri üzerine çekmeyecek, sansasyonellikten uzak bir bağlamda oluşturulmuştu (Rosenau, 2008: 395, Saliger, 2017: 214-215).³⁶ Jakobs'un bu makalede yaptığı kritiklerin ve ulaştığı kimi sonuçların

³⁴ Örneğin, Rosenau, 2004 yılında Almanya'da yürürlüğe giren “Genel Güvenliğin Korunması Amacıyla Mükerrer Faillere Uygulanacak Hürriyeti Kısıtlayıcı Tedbirleri Düzenleyen Kanun” üzerine şiddetli ve geniş kapsamlı tartışmalar yapıldığından bahseder ve Jakobs'un ceza hukuku anlayışının bir unsurunun artık Alman ceza hukukunun bir bölümünü oluşturduğu sonucuna varır (Rosenau, 2008: 392).

³⁵ “Bir Hukuksal Değerin İhlalinin Önalanda Suç Haline Getirilmesi”, ZStW 97 (1985), s. 751-785 (Akt. Bung, 2008: 595).

³⁶ Jakobs, bu makalesinde, suça katılmaya teşebbüs aşamasında kalmış ve henüz dışarıya rahatsızlık olarak yansımamış, kişinin henüz iç dünyasına ait olan bir düşünceye devletin tepki gösterdiğini savunarak, böylece failin vatandaş olarak değil, aksine düşman olarak nitelendiğini belirtmekteydi (Rosenau, 2008: 395). Böylece, Jakobs'a göre, “devlet, faile, özel hayatına saygı duyulması gereken bir vatandaş olarak değil, tehlike olarak karşılık vermektedir. Dolayısıyla bu hukuk, düşman ceza hukuku olarak anlaşılmalıdır” (395). Jakobs'a göre, bazı suç türlerinde, fail, devlet tarafından vatandaş olarak değil, düşman olarak algılanmaktadır. Örneğin, “suç işlemek veya terör amaçlı çetelerin oluşturulması” durumlarında cezanın tenkisi gerçekleştirilmemekte ve herhangi bir suçun teşebbüs aşamasının gerçekleşmesine dahi gerek olmadan, terör çetesinin reisinin alacağı ceza, adam öldürmeye teşebbüs suçunun cezası kadar ağır olmaktadır. Jakobs, sonuç olarak, kriminalliğin ön aşamalarında daraltıcı yorum yapma olanağı bulunduğu ve Almanya'da cezaya tabi tutulan eksik teşebbüsün ceza dışı kalması gerektiği sonucuna ulaşmaktadır (396). Jakobs'a göre, devlet, “bu tür bağılıkları sürdürmemelidir. Düşman ceza hukukunun varlığı, özgür ve güçlü bir devletin varlığının değil, bilakis devletin bu bakımdan var olmadığını işaretidir” (Jakobs'tan akt, Saliger, 2017: 214). Ulaştığı bu sonuçla, Jakobs, ceza yasalarında olduğunu varsaydığı düşman ceza hukuku eğilimine açık bir biçimde eleştirel yaklaşmaktadır (214).

“katı” ve “dogmatik” nitelikleri nedeniyle, düşman ceza hukuku kavramı uzun yıllar gelişmemiş ve dikkatlerden uzak kalmıştır (396) . İlk makalesinden sonra ve iki binli yıllarla birlikte, “Jakobs konseptini radikalleştirdi” (Saliger’den akt. Rosenau, 2008: 396; Saliger, 2017: 215). Ona göre, artık düşman ceza hukuku alternatifsizdir (Akt. Rosenau, 2008: 396). Eğer yok olmak istenmiyorsa, teröristlere karşı soğuk savaş bırakılmalıdır (Akt. Rosenau: 2008: 396). Çünkü Düşman Ceza Hukuku savaştır, bu savaşın bütünlüğü ve etkisi, düşmandan beklenen kötülüğe bağlıdır (396).

Jakobs'un “terörizme karşı savaş” eksenli radikalleşmesinin, 11 Eylül sürecinin kendisine sunduğu zeminle birebir örtüştüğü açıktır. Zamanın değişmesiyle birlikte düşman ceza hukuku kavramını açıkça belirten, radikalleştiren ve yoğun bir tartışmanın fitilini ateşleyen Jakobs’un yaklaşımı, 11 Eylül eylemlerinden bu yana “terörle savaş” ekseninde herkes tarafından konuşulmaktadır (Saliger, 2017: 215-216). Bu sürecin, teröre karşı savaş yaklaşımını iç hukuk(lar)a aktaran biçimde tamamlanması, tam da düşman ceza hukukunun ihtiyaç duyduğu türden bir çerçevenin oluşması anlamına geliyordu. Jakobs, bu zemin ve olanağı, açık bir biçimde kullanmaktadır. Ona göre,

“(…) Tüm bu anlattıklarımızı karanlık şeyler olarak telakki eden kimselerin aydınlanmasına herhalde 11 Eylül 2001 tarihindeki eylemler yardımcı olacaktır. Sıradan suçlulara karşı yukarıda belirttiğimiz gibi tehlikeli birey olarak değil de hatalı hareket eden kişi muamelesi yapılmasının, itiyati suçlular veya bir örgüte üye olmuş failler gündeme geldiğinde söz konusu olması hayli zordur. (...). Bilhassa hukuk düzeninin yetke sınırlarını ilkesel olarak reddeden ve tam da bu sebepten ötürü anılan sınırların dışında kalan ve aslında onu yıkmak isteyen teröristler söz konusu olduğunda kişi muamelesi görme kesinlikle sona erecektir.(...) Her kim düşmanı yurttaş suçluluğunun altında kategorize etmek isterse, 'ceza muhakemesi' ve 'savaş' kavramlarının birbirine bulanmasına hayret etmemelidir. (...) Her kim, yurttaş ceza hukukunu kendine özgü özgürlükler hukuku bağlamından ayırmadan (...) ele almak istiyorsa, (...) çöküşe doğru sürüklenmemek için teröristlere karşı girişmek zorunda olduğumuz yukarıda

anılan olgulara başka bir ad vermelidir, örneğin: düşman ceza hukuku veya düşük yoğunluklu savaş” (Jakobs, 2008a: 498-499).

11 Eylül eylemlerinin kendi yaklaşımını doğruladığı yönünde ulaştığı sonuç, ifadelerindeki özgüven ve rahatlığı açıklasa da, aslında böylece “zamanın ruhunu tam on ikiden vuran” (Saliger, 2017:212) Jakobs, 11 Eylül sürecinden iç hukuka devşirilen “terörizmle savaş” söyleminin esaslı diğer yönleri üzerinde hiç durmamaktadır. Örneğin, 11 Eylül sonrası harekât ve işgallerin hukuk dışı karakterinin eleştirisi, süreçte gerçekleştiği dile getirilen insanlık dışı muamelelerin yaratılan “düşman” tasarımıyla ilişkisi, sürecin iç hukukları da belirleyen siyasal-hukuksal nedenleri gibi başlıklar, Jakobs'un ilgi alanı dışındadır. O, sürecin kendisine “armağan ettiği” zemini, özellikle “düşman” ve “savaş” gibi temaları, yüzeysel ve tematik biçimde anlamlandırarak, düşman ceza hukukunun hem ne kadar gerekli olduğunu ve hem de “var olan durum”la ne denli örtüştüğünü göstermek amacındadır:

“(…) Ceza yargılaması hukuku alanında neler yapılabileceği, 11 Eylül 2001 sonrasında tüm dünyaca malum oldu: iddia makamının ayrı konumlanmadığı ve böylelikle adli değil de, daha ziyade askeri biçimlere bürünmüş ceza yargılamalarını gördük. Kendi ülkesinde gerçekleşen eylemlere karşı o ana dek ülkesinde hiçbir şey cereyan etmemiş diğer devletlerin yardımıyla teröristlerin kaynaklarını yok etmeye, onları kısıklırak yakalamaya veya tercihen öldürmeye matuf eylemlere ve dahası bu sırada masum insanlar ölse bile bunu cephenin yaygınlaştırılması olarak gören ve dolayısıyla bunları kabullenmeye hazır usullere tanık olundu. Yakalananların iki anlamlı hukuki zemine sahip olmaları bile -suçlu mu yoksa savaş esiri mi?- aslında ortada suç sonrası takibatın savaş yoluyla gerçekleştirildiği bir durumun var olduğuna en güzel ispat aracı oldu” (Jakobs, 2008a: 500-501).

1.2.4. Düşman Ceza Hukuku'nun Güncelliğine İlişkin Bütüncül Yaklaşımlar

Yukarıda sunulduğu gibi, düşman ceza hukuku anlayışının yaygınlaşması ve belirli bir etkinliğe sahip olmasında 11 Eylül sonrası toplumsal-siyasal gelişmeler önemli bir paya sahiptir. Bu gelişim, 11 Eylül sürecinin temel temalarının ve sonuçlarının, düşman ceza hukuku anlayışının ihtiyaç duyduğu türden bir zemin yaratması ve bu anlayışı tamamlamasıyla ilgilidir. Jakobs, bu zeminde teorisini hem radikalleştirmiş ve hem de meşrulaştırmıştır.

Öte yandan, bazı yaklaşımlar, 11 Eylül öncesinden başlayarak gelişen yeni bir cezalandırma siyaseti ve eğilimine dikkat çekmektedirler. Bu yaklaşımlara göre, ortaya çıkan yeni cezalandırma eğiliminin birçok unsuru 11 Eylül süreciyle birlikte gözlenebilir olsa da, bu eğilimin 11 Eylül dönemi ve bu dönemin özgül içsel süreçleriyle özdeşleştirilemeyecek başkaca nedenleri bulunmaktadır. Bir başka ifadeyle, bu anlayışlar, 11 Eylül süreciyle ilişkilendirilen ve yukarıda sunulmaya çalışılan hukuksal gelişmeleri, başkaca bağlam ve süreçlerin sonucu olarak da ele almaktadırlar.

Aralarında belirli farklılıklar olsa da, yeni bir cezalandırma siyasetine ve bunun siyasal, yapısal süreçlerine dikkat çekmek isteyen yaklaşımlar, bazı olguların üzerinde özellikle durmaktadırlar. Bu olguların en önemlisi, ceza hukukundaki şiddetli değişimin, 11 Eylül öncesinde gerçekleşmiş veya öngörülmüş olmasıdır (Paye, 2009: 12). Özellikle terörizme karşı kullanılan yöntemlerdeki üzeri kapalı değişiklikleri, 11 Eylül'ün çok öncesinden fark etmek mümkündür (Ortiz, 2001: 132). Örneğin, Avrupa Birliği'nde saldırılardan hemen sonra kabul edilen terörizme karşı on bir önerenin altısı saldırılardan önce gündemdeydi ve dördü de hazırlanma aşamasındaydı (Paye, 2009:12). Yine, Bush başkanlığındaki neo-muhafazakâr ekip, 11 Eylül gerçekleşmeden

önce hazırladıkları dokümanlarda, 11 Eylül sonrası yapılacakları beyan etmişlerdi (Oyan Altuntaş, 2009: 286). Terörizm karşıtı mevzuatın pek çok unsuru, kongre tarafından, asker-polis-istihbarat kurumlarının iradesi olarak ve 11 Eylül saldırılarından önce belirlenmişti (Chossudovsky, 2010: 46). Böylece, 11 Eylül ile birlikte anılan cezalandırma eğilimlerinin nedenlerinin ve bağlamının, aslında bu sürecin çok öncesine rastlayan dönemlere ait olduğu vurgulanmaktadır.

Aynı durum, “terörizmle savaş” düşüncesi açısından da geçerlidir: 11 Eylül sürecinin temel teması olan “terörizmle savaş”ın, bu tarihten çok daha öncesinden başlayan bir tarihselliğe sahip olduğu ve geniş çaplı bir politikanın araçlarından yalnızca birini oluşturduğu yönündeki düşünce (Oyan Altuntaş, 2009: 167-168), yeni cezalandırma eğilimlerinin tartışılması için uygun bir noktadır. Gerçekten de, yarattığı etkinin boyutu inkar edilemese de, terörle savaş doktrininin başlangıcını 11 Eylül olarak gösterme çabası, konuyu açıklamak için uygun değildir (167). Bu doktrinin temellerinin İran Devrimi ve Sovyetler Birliği'nin Afganistan işgali sonrası 1980 tarihinde ilan edilen Carter Doktrini ile atıldığını savlayan yaklaşımlar olduğu gibi, durumu 1940'lı yıllardan sonra Amerika'nın hegemon olmayı sürdürmeye yönelik olarak tasarladığı “büyük strateji”yle açıklayan düşünceler de bulunmaktadır (168-169). Nihayet, “terörizme karşı savaş”ı, “politika”nın devamı olarak niteleyen ve bunu iktisadi altyapıyla nedensellik ilişkisi bağlamında ele alan, böylece sorunsal bir bütün olarak kapitalizmin iç dinamikleri ve bunun uzantısı bir hegamonik rekabetle açıklayan görüşlerin varlığından söz edilebilir (169).

“Terörle savaş”ın sonuçları da dâhil olmak üzere, 11 Eylül ile birlikte anlamlandırılan hukuksal gelişmelerin, aslında bu tarihten önce oluşturulmaya başlamasına yapılan vurgu, yeni cezalandırma eğilimlerinin gerçek karakterinin ortaya konulmasına yöneliktir: Paye'ye göre, 11 Eylül saldırıları, birkaç yıldan bu yana devam etmekte olan ceza ve ceza usulündeki değişimlerin hızlanması için iyi bir fırsat olsa da

(Paye, 2009: 12), bu değişimler aslında terörle mücadele adı altında yürütölen uzun soluklu bir savaşın parçasıdır (227). Ceza mevzuatının değişimi, toplumla devlet arasındaki ilişkilerin değişiminin bir aynasıdır: Ceza hukuku, bu ilişkilerdeki değişimi resmileştirir ve bu değişimin ayrıcalıklı bir aracıdır (11). Ceza hukukunun değişimi aracılığıyla yapılmak istenen şey, “halkın egemenliği ile devletin egemenliği arasındaki ilişkilerin tersine çevrilmesi” (224), yeni bir siyasal rejim ve örgütlenme yaratılması ve iktidarın küresel düzeyde yeniden örgütlenmesidir (222-224). Terörle mücadele yasaları, bu noktada kurucu bir işleve sahiptir ve hem hukukun usulleştirilmesi ve hem de hukukun askıya alınarak olağanüstü durumu kalıcılaştırması nitelikleriyle birincil bir rol üstlenirler. Terörle mücadele, düşman ile suçlu arasındaki ayırımı yok eder ve düşman, bir suçlu olarak yaratılır. “Sürekli değişen” bir düşmana karşı yapılan uzun soluklu savaş, bu savaşla biçimlenen, kalıcı bir hükümet tipi yaratır. Yeni siyasal rejimin temeli, kalıcı bir olağanüstü hal durumudur ve bu aynı zamanda yeni bir hukuk düzeninin oluşturulması anlamına gelir (220-229).

Chossudovsky de 11 Eylül'den bu yana devlet kaynaklarının askeri- sinai ittifaka aktarılmasına, sosyal programların kesilmesine, bütçelerin polisin ve iç güvenlik aygıtlarının güçlendirilmesine ve sonuç olarak mevcut toplumsal dokuyu tahrip eden ve “hukukun üstünlüğünü yok eden” yeni bir meşruiyet anlayışının ortaya çıkmasına dikkat çeker (Chossudovsky, 2010: 45). “Teröre karşı savaş”, Bush yönetimi tarafından, yerli hasımları ve iç düşmanı hedef alan bir “iç savaş” olarak örgütlenmiş ve süreklileştirilmiştir (38, 49, 423). Öte yandan, “teröre karşı savaş”ın temelleri 1987 yılında patlak veren İran-Contragate skandalına kadar uzandığı gibi, 11 Eylül öncesinden patlak veren büyük bir küresel krizle ilişkili olarak planlanmıştır. Savaş ve küreselleşme arasında yakın bir ilişki vardır ve yeni dünya düzeninin “serbest pazar reformları” ile karakterize olan küresel kriz, ABD sermayesine yeni ufuklar açarak küresel pazar sisteminin genişletilmesini hedefleyen bir savaş süreciyle yanıtlanmıştır

(51, 53, 117). Bu süreç, aynı zamanda otoriter bir devletin gelişimi ve yurttaşları daha az özgür kılan bir “iç güvenlik devleti” nin de tesisi sürecidir (49, 51, 423). Dolayısıyla, Chossudovsky, 11 Eylül'ü, bu tarihten önceki siyasal süreçlerin meşrulaştırılmasının bir aracı olarak görür (38). Öyle ki, Amerika'nın yeni savaşının 11 Eylül'den üç yıl önce planlandığını belirtir ve hatta bu tarihte olanların da Amerika tarafından planlandığına ilişkin ciddi bir kuşkunun varlığından söz eder (118, 341-356).

Yukarıda sözü edilen eğilimler, 11 Eylül öncesinden başlayan siyasal, toplumsal süreçlerin izini sürmekte ve aynı zamanda böylece 11 Eylül sonrası sürecin somut ve görülebilir sonuçlarına da vurgu yapmaktadırlar.

Öte yandan, ceza politikalarını, kapitalizmin tarihsel gelişimiyle açıklayan ve sorunu özellikle sınıf ilişkilerinin özgül biçimlerini esas alarak tartışan yaklaşımlara ayrıca dikkat çekmek gerekir. Bu yaklaşımlar, cezalandırma siyasetlerinin süreç ve bağlamlarını tartışırken, sınıfsal ilişkilerin iktisadi-politik karakterine vurgu yaparlar: Neocleous'a göre, 11 Eylül saldırıları sonrasında, “olağanüstü halin kalıcılaştığına ve genel hale geldiğine” ilişkin, çokça da soldan gelen değerlendirmeler, liberal demokrasinin temsilcileri olan devletlerin hukukun üstünlüğüne ve temel haklara olan bağlılıklarını bir yana attıkları ve “olağan hukuk”un terk edildiği düşüncesini güçlendirmektedir (Neocleous, 2012: 164). Neocleous, “olağanüstü halin kalıcılığı” temasının zayıf bir argüman olduğunu, tarihsel olarak mevcut durumun daha önceki tarihlerden pek de farklı olmadığını ileri sürer. Ona göre, kalıcı olağanüstü hal durumuna yakın zamanda geçildiği fikri naiftir (164). Aksine, liberal demokrasilerde olağanüstü yetkilerin kullanımının istisnai veya anormal değildir, olağanüstü durum yüz yıldan fazla bir süredir tekrar tekrar uygulanarak kapitalist modernitenin siyasal biçimi için temel ve kalıcı bir uygulama haline gelmiştir (41). Neocleous, 1974 Britanya Terörü Önleme Yasası'nın dönemsel yenilemeler sayesinde geçici olmaktan çıkarak kalıcı hale gelmesinin ve 2001 tarihli Amerikan Vatanseverlik Yasası'nın da 2006

itibariyle kalıcı biçime bürünmesinin, daima aynı biçimde işleyen bir döngünün sayısız örneklerinden yalnızca bir kaçı olduğunu belirtir: Önce güvenliğin tehdit edildiği bir durumun yaratılması ve olağanüstü yetkilerin uygulanmaya başlanması, bunların zamanla ilk çerçevelerinin dışına taşması, bu taşmanın zamanla haklı ve meşru kılınması ve gündelik işleyişin bir parçası haline gelmesi (41). Böylece istisna kalıcı hale getirilir ve kural olur (41). Öte yandan, süreklileşmiş ve kalıcılaştırmış olan bu yönetim biçiminin soy kütüğü eleştirel bir yolla takip edildiğinde, kapitalist devletlerin idaresinin doğasıyla ilgili sonuçlara ulaşılabilir: 1920 tarihli İngiltere Olağanüstü Hal Kanunundan Almanya Weimar Cumhuriyeti yasalarına ve Amerikan New Deal deneyimlerine kadar liberal devletlerin yönetim pratiği göstermektedir ki, olağanüstü yetkilerin temelinde yatan asıl neden, sermayenin siyasi yönetimi ve sivil toplumun kontrolü isteği ekseninde gerçekleşen sınıf savaşıdır (174-181). Neyin olağanüstülük teşkil ettiğinin tanımlanmasıyla ve olağanüstü yetkilerinin sınırının şiddetli biçimde genişlemesi ile karakterize olan süreç, emeği kontrol altında tutmak ve iş alanındaki çalkantılarla baş etme amacına yöneliktir. Özellikle “barış” zamanlarında olağanüstü yetkilerin kullanımı, muhalif emek hareketlerine “düzeni” ve radikal siyasal örgütlenmelere de itaati kabullendirmek üzerine kuruludur (177-178).

Neocleous, belirtilen çerçevesi bağlamında, kalıcı olağanüstü hal durumunu 11 Eylül süreciyle özdeşleştiren eğilimi de özellikle eleştirir: İstisnanın kural haline gelmesi dünya çapında bir fenomene ve olağan duruma tarihsel olarak pek rastlanmıyorsa, olağanüstü hali yakın bir tarihsel zamanla ilişkilendirme eğilimi, “olağan zamanlar”ı siyasal olarak mitleştirmekten başka bir şey değildir (191). Olağanüstü yetkileri hukukun askıya alınması açısından eleştirmek, olağanlık durumuyla olağanüstü hali, hukuk ile şiddeti birbirinin karşıtı olarak sunmak gibi bir hataya yol açar. Bu, olağan ile olağanüstü durumu birbirinden ayrı tutan ve olağanüstü hali istisnai bir yere yerleştiren; normalde kurallar tarafından yönetilen bir düzen

olduğunu ve olağanüstülüğün bu duruma istisna oluşturan bir sapma anlamına geldiğini savunan liberal paradigmanın bir eğilimidir (194). Hukuka bağımsız ve özerk bir gerçeklikmiş gibi davranmak, hukukun sınıfsal tahakküm ve sömürde bulunan köklerinin liberal bir ideolojik maske ardına gizlenmesi anlamına gelir (196).

Neocleous, cezalandırma pratiklerini, temel sınıf ilişkileri ve kapitalist siyasal aygıtın geçen yüzyılın ilk yarısından bu yana gösterdiği idari eğilimler bağlamında ele almaktadır. Boukalas da, Agamben tarafından 11 Eylül sonrasında formüle edilen “kalıcı olağanüstü hal tezi”nin günümüz siyasetini yeterince açıklayamadığını savunmaktadır (Boukalas, 2016: 42). Kalıcı olağanüstü hal yaklaşımı, siyaseti ebedi ve tek bir koşula indirgemekte, toplumsal içeriğinden yoksun bırakmakta, belirli sosyo-tarihsel formlarından sıyırmaktadır. Boukalas’a göre, bireyin üzerindeki keyfi iktidar pratiklerinin çoğu, son terörle mücadele dalgasından önce de hali hazırdaki hukuk sistemi içinde uygulanmaktaydı. Terörle mücadele bu uygulamaları sistematikleştirir, pekiştirir ve genişletir. Bu genişleme düzeltmeler, yürürlükten kalkmalar ve ince ayarlarla (organik biçimde) tamamlanır ve kapsamlı yeniden yapılandırmalar süregiderken hukuki düzen bir anlığına bile kenara atılmaz. Aksine “egemen” hukuk aracılığıyla keyfi gücü elde etmeye ve bunu hukukun içine yerleştirmeye çalışır (47). Boukalas, iç güvenlikle ilgili gelişmelerin analizi için, “kalıcı olağanüstü hal” yerine, “daimi kriz” formülasyonunu teklif eder. Önerdiği ve “iç güvenliğe ilişkin stratejik-ilişkisel yaklaşım”, iç güvenlikle ilgili tüm gelişmelerin, kapitalist toplumlarda daimi krizi yönetmek için tasarlanmış bir devlet formu olan otoriter devletçiliğin³⁷ yeniden yapılandırılması yönünde ilerlediğini işaret etmektedir. Bu yaklaşımla, analitik odak, soyut özler yerine sosyo-tarihsel olarak özel konjonktürlere; teorik değerlendirmeler, yapılardan toplumsal ilişkilere; metodolojik temeller de hukuk ve dilden ziyade toplumsal dinamiklere yönelir. Böylece terörle mücadele, tarihsel özgüllüğü içerisinde

³⁷ “Otoriter Devletçilik”, Keynesyen-refah devletinin 1970’li yıllardaki krizini aşma amacı güden değişimleri ifade etmek amacıyla Poulantzas tarafından geliştirilmiş bir kavramdır (Boukalas, 2016: 57).

tartışılır ve siyasal erkin yeniden yapılandırılmasına ilişkin daha zengin bir kavrayışa olanak sağlar (43).

Öte taraftan, analizinin odağına sınıfsal ilişkileri koymakla birlikte, bu ilişkilerin de belirli gelişimler ve süreçler geçirdiği düşüncesinden yola çıkan ve böylece kapitalist devletin güncel cezalandırma/ suçlulaştırma pratiklerini bir başka sınıfsal bağlamda tartışan yaklaşımlar mevcuttur. Bu eğilim, eski türden ceza politikalarının yeni toplumsal-sınıfsal dinamikleri denetim altına alamadığı yerde krize sürüklendiğini ve bu nedenle yeni cezalandırma/ suçlulaştırma politikalarına ihtiyaç duyduğunu savunmaktadır (Dere, 2012: 42). Sözü edilen yeni toplumsal dinamik, kapitalizmin neoliberal dönüşümünün yarattığı yeni işçi sınıfı hareketleridir (42-43). Mülksüzleşme ve geniş sosyal kesimlerin işçileşmesi dalgalarıyla karakterize olan bu süreçte, yeni toplumsal dalganın yarattığı sınıfsal-siyasal pratiklere karşı, neoliberal ceza politikaları yaşama geçirilmektedir. “Terörle mücadele stratejisi”, hem devletin şiddet geleneğinin etkin unsurlarının tümünü yeniden yapılandıran ve hem de yeni işçi sınıfı hareketine karşı önleyici-bastırıcı bütün yöntemleri ceza hukukunun içeriğine dâhil eden, uzun süreli bir toplumsal savaşa göre tasarlanmış bir stratejidir (44-46). Bu strateji, eski “suç” ve “suçlu” kavramlarının sürüklendiği krizi, hukuksal görünümlü ama esas olarak politik nitelikteki yeni bir cezalandırma siyasetiyle aşmaya çalışan, aynı zamanda devlet iktidarının ve politik rejimin zor temelinde yeniden yapılandırılmasında en etkin biçimde kullanılan bir iktidar aracıdır (44-45). Neoliberal ceza hukuku, burjuvazinin suça ve suçluya karşı düzeni korumaya odaklanan geleneksel ve savunmacı pozisyonunun, potansiyel tehdit ve düşman olarak gördüğü toplumsal sınıflara karşı saldırgan bir çizgiye evrilmesidir.

Yukarıda belirtilen yaklaşımlar arasında belirli farklılık ve ortaklıkların olduğu görülmektedir. 11 Eylül sürecini, öncesinden başlayan salt siyasal gelişmelerle ilişkilendiren ve anlamlandıran yaklaşım, esas olarak bu süreçte oluşan yeni bir

cezalandırma siyasetine vurgu yapmakta ve bu yeni siyaseti, küresel- yerel egemenlerin bir momenti olarak kavramaktadır. Bu yaklaşımın, süreci, daha çok idari ve tek yönlü bir kurgulama-oluşturma siyaseti olarak ele aldığı görülmektedir. Bir başka ifadeyle, bu yaklaşım açısından sorunsal, sınıfsal ilişkilerin kendi tarihselliği içerisinde karşılıklı etkileşimle beliren bir durumdan daha çok, kapitalist devlet(ler)in kendine göre ve kendisi için belirlediği bir plan-kurguyu yaşama geçirmesidir.

Son dönemdeki cezalandırma süreçlerini, öncesinde süregelen sınıf ilişkileri ekseninde analiz eden yaklaşım açısından ise, sorunsal, temel sınıfsal pozisyonlarla ilgilidir. Bu yaklaşım, son cezalandırma yönelimlerinde önemli bir farklılık gözlemler. Hukuk, örneğin, bundan yüzyıl önce nasıl ve ne kadar egemen sınıfın bir baskı aracıysa, bugün de öyledir. Bugünün cezalandırma siyasetlerine özellikle vurgu yapmak, hukukun geçmişte nesnel ve sınıfsal ilişkilerden bağımsız bir anlam ve bağlama sahip olduğu yanılsamasını yaratır. Bu eğilim, cezalandırma politikalarının değişimini izlemenin, aynı zamanda egemen sınıfların yeni birikim rejimi temelinde geçmişten farklılaşan yeni eğilimlerini sorunsallaştırdığını, böylece, aslında yöneten ve yönetilen sınıfların kendilerindeki değişimleri ve birbirleriyle ilişkilerini de gözleme anlamına geldiğini ihmal eder. Öte yandan, yerleşik kapitalist idare pratiklerinin analizi üzerine yoğunlaşmak, değişen ve gelişen egemen cezalandırma siyasetlerinin temellerinin anlaşılması bakımından önemli bilgiler açığa çıkarır. Eğer yeni bir cezalandırma siyasetinden söz ediliyorsa ancak bu siyaset de bir yandan belirli bir sürekliliği ifade ediyorsa, süregelen sınıfsal tahakkümün cezalandırmaya ilişkin eğilimlerinin temel karakterlerinde bir devamlılık tanımlanabiliyorsa, özetle “yeni”nin içerisinde, hiç ihmal edilemeyecek biçim ve oranda “eski” de yaşıyorsa, bu eğilimin de yeni cezalandırma politikalarının anlaşılması açısından önemli verileri barındırdığı belirtilebilir.

Yeni cezalandırma siyasetlerini sınıfların karşılıklı gelişimleri ve ilişkileri bağlamında çözümleyen yaklaşım ise, son dönem ceza hukuku gelişmelerini, bir yandan neoliberal politikaların yarattığı sınıfsal-toplumsal hareketlere kapitalist devletçe verilen bir yanıt olarak ele alırken, öte yandan bu yanıtın içerdiği özgüllükleri de önemli bir yönetme-zaptetme stratejisi olarak analize değer bulmaktadır. Bu eğilim, sorunsal neoliberalizmin cezalandırma/ suçlulaştırma eğilimi olarak ortaya koyarak, hem kapitalist egemenliğin geleneksel yaklaşımını bir devamlılık ilişkisi bağlamında analize dâhil etmekte, hem de yeni birikim rejimi temelinde gelişen güncel sınıfsal ilişki biçimlerinin ceza hukukuna etkisini de temel analiz konusu olarak ortaya koymaktadır. Sözü edilen yaklaşım, neoliberal cezalandırma siyasetinin güncelliğini, kapitalist yapının tarihsel bağlamı içinde analiz konusu yaparak, bir yandan olgunun sınıfsal-siyasal temelini belirlemekte, öte yandan da sorunun güncel bağlamına odaklanmak açısından da oldukça uygun ve dinamik bir zemin sunmaktadır. Diğer taraftan bu eğilimin de, 11 Eylül sürecini ve bu sürecin kapitalist devlet idarelerinin cezalandırma siyasetleri üzerinde yarattığı etkiyi ihmal ettiği görülmektedir. Gerçekte bu yaklaşım, güncel ceza hukuku değişimlerine ilgi bakımından ve hatta bu konuda ulaşılan sonuçlar açısından, 11 Eylül sürecini belirli bir tarihsellik içinde tartışan yaklaşımla benzer noktalara varmaktadır. Ancak 11 Eylül'ün yeni cezalandırma siyasetleri üzerindeki özgül etkilerinin üzerinde yeterince durmamak, ülkelerin iç sınıfsal ilişkilerini önemli derecede belirleyen ve kendisinin de sınıfsal düzlemde yapılması gereken bir analize konu olması beklenen bir süreci konu dışı tutmak anlamına gelmektedir.

Aralarındaki farklar ne boyutta olursa olsun, gerek 11 Eylül'ü milat olarak alan yaklaşımların ve gerekse de konuyu belirli tarihsellik-bütünselliklerle ele alan eğilimlerin tamamının ortak çabası, son yıllardaki cezalandırma eğilimlerini konu edinmek ve bunları açıklamaya çalışmaktır. Sorunu en statik bir biçimde ortaya koyan görüşler dahi, son dönemdeki değişimleri kendi tarihsel anlayışları içinde açıklarken

dinamik bir tartışma düzlemi sunar duruma gelmektedir. Öyleyse sorunsalın bir yönünü, devletlerce yüzyıllardan bu yana uygulana gelen “düşmanla mücadele” çizgisi oluşturmakta ise, diğer yönünü de hem bu geleneğin bir devamı olan ama aynı zamanda kendine özgü birçok öge barındıran yeni cezalandırma eğilimleri oluşturmaktadır.

Son dönem cezalandırma pratikleri, gerçekleştiği siyasal-toplumsal koşullar bağlamında devletlerce oluşturulan egemen politik-pratik çizginin ceza hukukuna özgü karakterini sunmakta ve öte yandan da siyasal rejimlerin bu yeniden biçimlenişinin önemli bir parçası olarak işlev görmektedirler. Böylece bu yeni durum, değişimleri resmileştirip meşrulaştıran ve öte yandan da bu değişimin ayrıcalıklı bir aracı haline gelen (Paye, 2009: 11) bir yeni ceza hukuku pratiği olarak ortaya çıkar.

Ancak diğer yandan, sorunun tarihselliğini ve/veya güncelliğini yalnızca böylesi bir genel siyasal bağlam içerisinde tanımlamak, bu yeni cezalandırma siyasetinin hukuk alanına özgü kapsamı ve araçları hakkında özel bir bilgi içermez. Değişim temelde hukuk alanında yaşandığına göre, bunun hukuksal çerçevesini, niteliklerini ve görünümünü değerlendirmek gerekir. Bu, değişimin hukuksal bir değişim olarak analizine olanak yaratacağı gibi, ait olduğu genel siyasal-toplumsal bağlamın tam olarak anlaşılabilmesini de sağlayacaktır.

Jakobs'un düşman ceza hukuku çerçevesi, tam olarak, yeni cezalandırma politikalarının hukuksal görünümüyle ilgilidir. Bu teori, “düşman” düşüncesinin ve “düşmanla mücadele” araçlarının, “terörizm” ekseninde yeniden tanımlanmasına ve bu araçların hukuksal kapsam ve biçimlerinin saptanmasına yönelik bir yaklaşım olarak, yeni ceza hukuku eğilim ve öğelerinin tartışılması açısından uygun bir zemin yaratmaktadır. Böylece düşman ceza hukuku, yeni ceza hukukunun temel yapılanmasını ve karakterini ele veren, aynı zamanda bu temelde gelişen somut hukuksal uygulamaların da anlaşılabilmesine olanak veren bir kapsam sunmaktadır. Burada bir duruma özellikle dikkat çekmek gerekir: Jakobs, teorisinin meşruiyetiyle ilgili doğrudan

bir olanak yaratan 11 Eylül vakası dışında, olayın genel-siyasal bağlamlarına ve bunların tetiklediği yeni cezalandırma siyasetlerine hiç değinmemiş,³⁸ ancak sorunsal siyasal-toplumsal kapsamda tanımlayan ve yukarıda aktarılan yaklaşımlar da, meselenin hukuk alanından doğru ayrıntılı bir analizine girişmemişlerdir. Dolayısıyla düşman ceza hukuku, genel siyasal bağlamları söz konusu edilmeksizin ve hemen tümüyle hukuk alanıyla sınırlı bir sorunsal olarak sunulmuş ve fakat konusunu hukuksal değişimlerin olduğu siyasal-toplumsal bağlamlı tartışmalarda da sorunsalın özel- hukuksal görünümüleriyle fazlaca ilgilenilmemiştir. Bu durum, düşman ceza hukuku yaklaşımının, somut içeriği açısından, son dönem cezalandırma/ suçlulaştırma eğilimlerinin dolaysız bir temsilcisinin olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Bu bakımdan, düşman ceza hukuku teorisi, ceza hukukundaki değişimi sağlayan hukuksal kapsam, sınır ve araçların saptanması ve tartışılması açısından uygun bir olanak yaratmaktadır.

³⁸ Jakobs, çerçevesinin “hukuk politikası”nı ilgilendirmediğini, hukuk felsefesi ve ceza hukuku alanlarına ait olduğunu savlamaktadır (Jakobs, 2008b: 510).

İKİNCİ BÖLÜM: DÜŞMAN CEZA HUKUKU KURAMSAL ÇERÇEVE VE UYGULAMA BİÇİMLERİ

2.1. Düşman Ceza Hukuku'nun Kuramsal Temelleri ve Kapsamı

Öyleyse, düşman ceza hukuku, “sözleşme teorileri”, “düşmanla mücadele düşüncesi” ve “istisna teorileri” gibi kaynaklarla beslenen; diğer yandan belirli dinamiklerin oluşturduğu zeminde “yeni bir cezalandırma siyaseti” olarak güncel bir anlam ve önem kazanan bir hukuksal çerçeve olarak ortaya çıkmaktadır.

Düşman ceza hukuku teorinin gelişimi ve giderek artan biçimde etkinlik bulması, belirli bir tarihsellik içerisinde oluşmuştur. Jakobs'un kavramı kullandığı ilk makalede, failin suçu işlemesinden önceki aşamayı, suça iştirak konusunu incelemesi ve Almanya'da belirli suçlarla ilgili olarak cezaya tabi tutulan eksik teşebbüsün aslında ceza dışı kalması gerektiğine ilişkin olarak ulaştığı sonuç (Rosenau, 2008:395-396), bu tarihsel oluşum sürecinin başına denk gelmektedir. Jakobs, bu makalesinde düşman ceza hukukunu istisnai ve bir zaruret hali ceza hukuku olarak nitelemiş ve kapsamının mümkün olduğunca dar tutulması gerektiğini savunmuştu (395-396). Uzun yıllar sonrasında, Jakobs, teorisini yeniden ele aldığında, bu kez düşman ceza hukukunu “alternatifsiz” (396) ve “kaçınılmaz” (Galli, 2012: 163) olarak niteliyor ve yasalara saygısız vatandaşların düşmanlığa varan tutumlarına istisnai bir muamele çağrısında bulunuyordu (163). Buna göre, büyük çoğunluğun güvenlik hakkı nedeniyle, kontrole dayalı zorlayıcı önlemler geliştirilmesi meşrudur (163). Eğer yok olunmak istenmiyorsa, teröristlere karşı soğuk savaş bırakılmalıdır (Rosenau, 2012: 396). Böylece, kavramın içeriğinin ilk kullanıldığı dönemden bugüne kadar geçirdiği değişim, temelde, siyasal

alanla girdiği karşılıklı etkileşim sürecinde kazandığı “radikalleşme” (396) olarak gerçekleşmiştir.³⁹ Bir hukuksal önerme ve çerçeve olarak, düşman ceza hukuku, ilk kullanıldığı dönemden bugüne belirli değişimler yaşayan, siyasal-politik alanla kurduğu bağ ile revize edilen ve böylece bu alanın da bir parçası haline gelen,⁴⁰ özellikle ikibinli yıllarla birlikte yeni dönemin siyasal ihtiyaçlarına ve cezalandırma gereksinimlerine bağlı olarak radikalleşen bir içeriğe sahiptir.

Diğer yandan, kavram, daha ilk kullanımıyla birlikte dayandığı temelleri açık bir biçimde göstermektedir. Jakobs, kavramı ilk kullandığı makalede, teşebbüs aşamasından öteye geçmemiş, henüz kişinin iç dünyasına ait olan ve dışarıya yansımayan düşüncelere devletin belirli bir tepki duyduğunu, bu tepkinin kişinin vatandaş olarak değil bir düşman olarak algılandığını gösterdiğini ve bazı suç tipleri açısından devletin faile vatandaş değil, tehlike olarak karşılık verdiğini vurgularken (Rosenau, 2008: 395-396), anlayışının temelini de atmış sayılmalıdır. Teorinin iki binli yıllarla birlikte yaygınlaşması ve radikalleşmesi, bu temel düşünce üzerinde yükselmiştir.

Düşman ceza hukuku, bazı belirli alt başlıkları içine alan bir çerçeve olmakla birlikte, iki esas üzerine yükselmektedir. Bunlardan birincisi, varsaydığı yurttaş-düşman ayrımı ve buna bağlı olarak şüphelinin hukuk düzeni tarafından kişi olarak sayılıp sayılmaması ile ilgilidir. Gerek yurttaş-düşman ayrımı ve gerekse de bu ayrımın bir türevi olarak anlam bulan kişi sayılma/sayılmama hali, bütünsel olarak bir “ayırma tezi” (Bung, 2008: 595) olarak adlandırılabilir. Gerçekten de, düşman ceza hukukunun öngördüğü somut hukuki enstrümanlar, bu temel ayrıma tezinin çıkarımlarını tamamlamak ve gerçekleştirmek üzere konumlanmışlardır.

³⁹ Aynı yönde, bkz. yukarıda, “11 Eylül Sonrası Düşman Ceza Hukuku” başlığı.

⁴⁰ Ayrıntılı açıklamalar için, bkz. Aşağıda, “Düşman Ceza Hukukunun Yürürlüğü ile İlgili Tartışmalar” ve Düşman Ceza Hukuku Yürürlüğünün Hukuk Düzenine Etki ve Sonuçları” başlıkları.

Kuramın ikinci temel harcı ise, ayırma tezinin mantıksal bir sonucu ve gereği olarak varlık bulan “tehlikelilikle mücadele” düşüncesidir. Bu düşünce, “ayırma işlemi”nin sonucuna bağlı olan ve bu işlem sonucu “tehlikeliliğine” karar verilen bir kişiye (ki artık bu kişi, “kişi” değildir) uygulanacak mücadele enstrümanlarına zemin sunan ve fakat bu enstrümanların toplamından daha fazlası olarak “düşman”la mücadelenin tüm gerekliliklerini kapsayan genel bir zemini ifade eder. Bu durumda, ayırma tezi ve bu tezin bir sonucu ve gereği olarak tanımlanan “tehlikelilikle mücadele” düşüncesi, kuramın yapı esaslarını oluşturur ve diğer tüm uygulama biçim ve araçların bağlandığı kaynaklar haline gelirler.

2.1.1. Bir “Ayrırma Tezi” Olarak Düşman Ceza Hukuku: Yurttaş / Düşman ve Kişi/ Kişi Olmayan Ayırımları

“Yurttaş-düşman” ayırımı, düşman ceza hukuku çerçevesinin diğer tüm temalarını ve uygulama araçlarını kendisine bağlayan, onları temellleyen, teorinin üzerinde yükseldiği bir “ayırma tezi” (Bung, 2008: 595) olarak ortaya çıkar. Bu ayırım, teorinin en esaslı noktasıdır.

Ayırımın Jakobs tarafından ortaya konuluşu, bazı özellikler barındırmaktadır: Öncelikle, düşman ceza hukuku teorisinin temel kategorisi olarak yurttaş-düşman ayırımı, Jakobs tarafından hemen tümüyle “çağdaş felsefe”ye (Jakobs, 2008a: 491) dayandırılmaktadır. Jakobs, konuyla ilgili güncel bilimsel tartışmaların konunun temellendirilişi bakımından neredeyse hiçbir şey ortaya koymadığından söz ederken (491), temel aldığı “yurttaş-düşman” ayırımıyla ilgili olarak güncel bilimsel tartışmaların yetersizliğinden yakınmış olmalıdır. Bu nedenle, ayırımı, “hukuk biliminin sistematik kurgusuyla değil, bilimler sistemi bütünüünün bazı kısımlarının aracılığıyla” (Jakobs, 2008b: 508) temellendirdiğini ve anlayışını hukuk felsefesine ilişkin görüş ve düşüncelerden hareketle oluşturduğunu (Arnold, 2008: 531) savunmaktadır.

Gerçekten de Jakobs, özellikle toplumsal sözleşme kuramları üzerinde durarak, “yurttaş-düşman” ayırımını felsefi bir dayanağa kavuşturmuş oluyordu. Jakobs, suç işlemenin bir sözleşme ihlali olduğunu ve ihlalcinin sözleşmeye vefadan kısmen muaf hale geldiğini vurgularken de, cemiyet hukukuna taarruzda bulunan failin artık devletle bir savaşa girmiş sayılacağına ve böylece suçlunun daha az yurttaş ve daha çok düşman olarak ölmeye terk edileceğine ilişkin Rousseau atıflarında bulunurken de (Jakobs, 2008a: 491), çerçevesinin temel ayırımının dayandığı felsefi yaklaşımları ortaya koymaktaydı. Yine, yurttaşlık sözleşmesini ihlal eden birinin insan ve yurttaş olarak kıymetini yitireceğine, hukuk dışı kalacağına ve adeta bir eşya veya hayvan olarak ilan edileceğine ilişkin Fichte yollaması, ayırımın dayanaklarına ilişkindir.⁴¹

Jakobs, “sözleşme taraftarı ama aynı zamanda meseleyi cemiyet filozofu gözüyle inceleyen bir filozof” (Jakobs, 2008a: 492) olarak nitelendirdiği Hobbes’un üzerinde özellikle durmaktadır.⁴² Jakobs’a göre Hobbes, “teslim sözleşmesi” kavramıyla, yurttaşların devletin öz inşasında müdahalede bulunamayacaklarını baştan kabul etmiş oluyor ve buna uygun biçimde yurttaşın da kendi başına statüsünü ortadan kaldıramayacağını belirliyordu (492-493). Böylece, “sözleşme öncesi zamana dönüş” ve “teslim olma ilişkisinin ortadan kaldırılması” anlamına gelebilecek bazı suçlar açısından bir isyan ve ihanet durumu söz konusu olacak ve bu biçimde hareket edenler artık bir tebaa gibi değil, birer düşman olarak cezalandırılacaklardır (493). Jakobs, Hobbes’in yurttaş suçluluğu ve vatana ihanet suçları arasında bir ayırım geliştirdiğini ve normal yurttaş suçluluğunda tikel bir menfaatin söz konusu olduğunu, buna karşılık vatan haininin, prensibin kendisiyle mücadele halinde olduğunu söylerken (Jakobs, 2008b: 516), kendi yurttaş- düşman ayırımına da önemli bir dayanak oluşturmuş oluyordu.

⁴¹ Konuyla ilgili olarak, bkz. yukarıda, “ ‘Toplumsal Sözleşme’ Teorileri” başlığı altındaki açıklamalar.

⁴² Konuyla ilgili olarak, bkz. yukarıda, “ ‘Toplumsal Sözleşme’ Teorileri” başlığı altındaki açıklamalar.

Jakobs'un, Hobbes'a verdiği özel önem, "yurttaşın kendi başına yurttaşlık statüsünü ortadan kaldıramaması" noktasıyla ilgilidir. Bu durumda, "her halükarda hukuk içinde tutulan ve ihlalinin yarattığı sonuçları tamir etme yükümlülüğüyle karşı karşıya kalan" (Jakobs, 2008a:492) bir düşman söz konusudur. Dolayısıyla, kendi eylemiyle toplum sözleşmesinin tarafı olmaktan çıkan ve doğa durumuna geri dönen bir suçludan (Jakobs, 2008b: 516) ziyade, "teslim sözleşmesi" ile belirlenen statüyü ortadan kaldıramayan ve düşmanca davranması halinde de kendisine yapılacak muameleden de kaçınamayacak olan bir kimseden bahsedilmektedir. Böylece Jakobs, yalnızca yurttaş-düşman ayırımının değil, düşmana yönelen ve düşmanın da her koşulda kabul etmek zorunda olduğu ve istediğinde de dışına çıkamayacağı bir hukuk biçiminin de gerekliliğini ve varlığına vurgu yapmaktadır. Kısaca Jakobs, Hobbes'ta yurttaş- düşman ayırımından daha fazlasını, "düşman ceza hukuku"nun temellerini bulmaktadır.

Yine, toplumsal sözleşmecilerden Kant da, Jakobs'un Hobbes ile birlikte özel olarak üzerinde durduğu düşünürlerden birisidir. Jakobs'a bakılırsa, Kant'a göre, mülkiyeti güvence altına alabilmek için her bir yurttaş bir başkasını yurttaşlık akdini bağtılamaya zorunlu bırakabilir ve bu bağtı kabul etmeyen kimseler ya diğer yurttaşlarla birlikte toplumsal-hukuki bir statüye dâhil olmaya zorlanabilir veya dışarı atılmaya razı olmak durumundadırlar (Jakobs, 2008a: 493-494). Toplumsal-kanuni bir statüye girmek istemeyenler, bir düşman olarak ele alınmalıdırlar (494).

Jakobs'un Kant yorumu "riskli Kant atıflarına odaklanan seçici ve yüzeysel bir yorum" olarak nitelense de ve bunun genel Kant yorumlarının tam karşısında yer aldığı vurgulansa da (Arnold, 2008:531),⁴³ Jakobs, Hobbes ve Kant'ı yukarıda belirtilen biçimde sunarak, bu düşüncelere göre, bir yurttaş ceza hukukunun ve buna karşılık ilkesel bir sapkınlık içerisinde bulunan ve böylelikle kendilerinin kişi statülerini ortadan

⁴³ Konuyla ilgili olarak bkz. yukarıda, "Toplumsal Sözleşme' Teorileri" Başlığı altındaki açıklamalar

kaldıran kimselere karşı bir düşman ceza hukukunun varlığının kabul edilmesi gerektiğini belirtir (Jakobs, 2008a: 494).

Jakobs'un, her iki düşünürü de yorumlarken, "bazı kimselerin kişi statüsünün ortadan kaldırılması" durumuna özellikle odaklanmaktadır:

"Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Kant'a göre beni 'sürekli taciz eden' ve böylelikle kendini yurttaşlık statüsü altına sokmaya zorlatmayan kimse, kişi muamelesi göremez. Buna benzer biçimde, Hobbes da hainlerin kişi olma vasfının ortadan kalktığını belirtiyor, buna göre hainler de aynı biçimde anılan mutabakat ilkelerini inkâr ediyorlar. Ezcümle, Hobbes ve Kant -ilkesel sebeplerle veya itiyaten suç işleyen kimseler hariç olmak üzere- bir yurttaş ceza hukukunu; buna mukabil ilkesel olarak bir sapkınlık içinde bulunan ve böylelikle kişi statülerini kaldıran kimselere karşı da bir düşman ceza hukukunu kabul ediyorlar" (Jakobs, 2008: 494).

Belirtilen "kişi olma olma/ olmama" veya bir diğer ifadeyle "kişi olarak muamele görme/ görmeme" ayrımı, "yurttaş/ düşman" ayrımının doğal ve kaçınılmaz bir sonucu olarak belirir. Hatta, bu iki ayrım, Jakobs düşüncesinde, birbirinin nedeni ve sonucu olan, birbiriyle adeta bitişik ve aynı düzeyde önem ve anlam kazanan ayrımlar olarak ortaya çıkar. Öyle ki, *düşman olan kimse, kişi olarak muamele görmez veya yurttaş olan kimse, kişi statüsü içerisindedir*. Böyle olduğu için, Jakobs, "düşman"ın karşıtı olarak "yurttaş"ı, hukuk *içerisindeki kişiyle* bir ve aynı anlamda kullanır (Jakobs, 2008b: 521).

Bu durumda, hukuk düzeninin "yurttaş" ve "kişi" olarak tanıdığıyla, "düşman" ve "kişi olmayan" olarak nitelendirdiği iki farklı düzlemden söz edilebilir. Jakobs, her ne kadar "yurttaş" ve "düşman" ile söz edilen durumların ideal nitelikte olduğunu ve bu tiplerle gerçek yaşamda saf olarak karşılaşamayacağını, yaşamda karşılaşılanın ara formlar olduğunu ve bu anlamda belirsizlik barındırdıklarını belirtse de (Jakobs, 2008b: 517), esaslı bir ayırma tezi olarak şekillenen çerçevesi, şu önemli sorunsalı karşılamak

durumundadır: Bir kimsenin, “düşman” olarak nitelendirilip, hukuk düzeni tarafından da “kişi” muamelesi görmeyeceği süreçler nasıl oluşur? Bir başka ifadeyle, kim, hangi davranışlarıyla “yurttaşlık”tan ve aynı anlama gelmek üzere “kişi” muamelesi görmekten çıkar?

Sorunsal, Jakobs tarafından ayrıntılı biçimde tartışılmıştır. Ancak diğer yandan, failin “kişi” olmaktan çıkış süreci, Jakobs tarafından, bütünsel bir toplumsal-hukuksal kurgu temelinde tanımlanmaktadır. “Normun gerçekliği ve geçerliliği” (513) ekseninde kurduğu temel zeminde, “hukuk normu-devlet/ toplum-fail” ilişkisini tartışan Jakobs, bu tartışmaların sonuçlarını, “düşmanlık-yurttaşlık”/ “kişi olan-olmayan” ayırımlarının üretilmesine-somutlanmasına yöneltecektir.

2.1.1.1. “Norma Sadakat” Temelinde “Bilişsel Altyapı”

Jakobs, “kişi olan-olmayan” ayırımını, “gerçek normativite” olarak adlandırdığı ve hukukun toplumsal/kişisel geçerlilik şartlarını ve koşullarını tartıştığı bir hukuk felsefesi anlayışı temelinde üretmektedir:

“Geleneksel anlayışa göre, kişi hak ve yükümlülüklerin taşıyıcısıdır. Hukukun geçerliliği kavramı bakımından da üç temel belirleme ortaya konulur: 1-Geçerli hukuk, doğru temellendirilmiş kişiler arası bir ilişki biçimidir (saf normativite). 2- Geçerli hukuk doğru ya da daima inandırıcı olarak temellendirilmiş kişiler arası bir ilişki biçimidir ki o, ancak (kendi) totalitesi içinde hayata geçirilir (gerçek normativite). 3-Geçerli hukuk, insanlar arasında hayata geçirilmiş olan ilişkinin kurallarıdır (saf olgusalılık)” (Jakobs, 2008b: 511).

Son önerme, Jakobs tarafından derhal kapsam dışı bırakılarak (511), hukuk normunun temel alındığı ilk iki önerme üzerine yoğunlaşılır. Toplumun biçiminin belirleyeni olarak norm (Jakobs, 2008a: 496), aynı zamanda kişilerin davranışının değerlendirilmesi için de temel belirleyendir. Saf normativite, hukuk normlarının ve

onların uygulanma biçimlerinin, geçerli bir üst (yetkilendirici) norm tarafından biçimsel veya maddi olarak temellendirilip temellendirilmediği ile ilgilendirir. Jakobs'a göre, bu yaklaşım, tüm doğruluğuna karşın yeterli olmayabilir, çünkü, bu saf bir kavram olarak hukukun gerçekleştirilmesi için soyut bir başlangıç anlamındadır (511). Oysa, "hukuk düzeni kişilere soyut haklar sunmakla kalmaz, kendi totalitesi içinde bunların kullanım imkanını da garanti eder" (511). Bir başka ifadeyle, "Soyut kişilik, ulaşılmış ve tamamlanmış bir son amaç değildir; haklar, sadece kullanılabilir haklar olarak iyidirler, aksi halde çıplak haklar kullanışsızdır" (511). Özellikle, "Bir hukuk düzeni, potansiyel mağdurlar için sadece soyut olanları değil, kullanılabilir hak arama yollarını da sağlayabilmelidir ki, bütünsel bir kapsama sahip olduğundan bahsedilebilsin" (511).

Böylece, Jakobs, hukukun geçerliliğini, "gerçek normativite" olarak adlandırdığı yaklaşımla temellendirir. Norm, mevcut ve geçerli olduğu sürece, aynı zamanda toplumsal gerçekliğin aktüel bir biçimidir:

"Toplumsal gerçekliğin ne olduğuna bir tikel parçacık olan suçlu değil, toplumun bizatihi kendisi karar verir. Toplumun suçu tanımlayıp, suçluya da buna göre muamele etmesi, yani onu cezalandırması, normun gerçekliğinin en önemli kanıtıdır. Yani bir norm, sadece ona riayet edildiği için değil, aynı zamanda fiiliyata aykırı bir biçimde, sebatla muhafaza edildiği için de toplumsal geçerlilik taşır; çünkü her iki durumda da norm, beklentiye itimat edilmesi işlevini yerine getirmiş olacaktır" (Luhmann, *Das Rech der Gesellschaft*, 1993'den akt. Jakobs, 2008b: 513).

Esasen devlet de, topluluğun düzene kavuşmuş biçimi olduğundan (Jakobs, 2008a: 495), mevcut ve geçerli norm, "etkililik" fonksiyonu ile karakterize olan ve devleti/toplumunu gerçekliğe büründüren bir niteliğe sahiptir:

"İşte tam da bu sebeple 20. yüzyılın büyük normativisti Hans Kelsen, devleti, normların müşterek ilişkisi olarak yorumladı. Öyle ki buna göre; sadece 'mutlak olarak müessir olan bir anayasa' ve bu anayasaya uygunluk içinde türemiş 'mutlak olarak müessir olan bir zor düzeni', 'temel norm' ve dolayısıyla düzenin

geçerliliğinin makul ve mantıklı zemini olarak ele alınabilir (Reine Rechtslehre, 1960: aktaran Jakobs, 2008b: 512). Öyleyse Kelsen'e göre, bu anılan etkili olma olgusu haricinde kalan geçerli, normatif bir ilişkiden bahsedebilmek mümkün değildir. Örneğin şu anda biri diğerinden daha isabetli temellendirilmiş milyonlarca farklı biçimde ve karışıklıkta norm ilişkisi tasavvur edilebilir, ama bunlar sadece düşünce oyunu olacaktır, nasıl şu anda üzerinde düşünülerek ortaya çıkmış her bir tikel normda olabileceği gibi. Buna karşın gerçek devlet ve gerçek hukuk toplumsal hayatta hakikate dönüşerek sadece düşünsel bir olgu olmaktan çıkarlar” (Jakobs, 2008b: 513).

Sorunsalın Jakobs tarafından bu biçimde ortaya konuluşuyla, “norma sadakat”, özel bir anlama kavuşur. Normun ihlali söz konusu olduğunda, “(...) bu onun değil, suçlunun davranışının hatalı olduğunu ifade eder: genellikle kabul edildiği şekliyle söylersek; ihlalcıye suçlu muamelesi yapılması ile aslında normun müstahkem karakteri takviye edilmiş olur” (Jakobs, 2008b: 513). Norma aykırı davranan fail, gerçekte, norm tarafından yönlendirilmesi gereğinin bilgisine de sahip olmalıdır:

“Eğer bir fail, bir normun doğru gerekçelendirildiği hakkında bir bilgiye sahipse, bu onun kendi yükümlülüklerini tanıma ve norma göre davranma noktasında da yeterli bilgiye sahip olduğuna delalet eder. (...) Buna göre eğer fail bir normu bir normu doğru temellendirerek kabul etmek mecburiyetindeyse, kendi davranışlarını da bu norma göre yönlendirebilecektir. Ruhun istekli oluşu bedeni güçlü kılamadığından, fail kendini doğru olan, fakat henüz toplumsal gerçeklik içinde yaygınlaşmamış –en azından güvenilir bir dereceye ulaşmamış- bir norma da dayandıramayacaktır. Yani bu durumda, norma her açıdan yönlendirici bir güç etkisi sağlayabilmek için ortaya çıkması gereken bir ceza takibatına, hatta gerekiyorsa sonuçlandırılmış bir cezalandırma sürecine de ihtiyaç doğar” (Jakobs, 2008b: 512).

Norm, kendinde bir değer olarak, kişinin davranışlarını yönlendirecek bir güce sahip olmakla birlikte, davranışın içeriğinin niteliğini de belirler:

“Eğer bir norm cemiyetin şeklinin belirleyeni ise, bu durumda norma uygun davranışın gerçekten beklenebilir bir içeriği olması gerekir. Bu şu demektir:

kişiler kendi davranışlarına; diğerlerinin de normu ihlal etmeleri değil aksine norma uygun hareket etmeleri gerektiğini bilerek yön vermelidirler. En azından bazı önem taşıyan normlara ilişkin olan durumlarda diğerlerinin norma sadakatının beklenebilirliği, hafife alınmayacak derecede bilişsel bir altyapı oluşturacaktır ki, kendisi de bir gerçeklik haline dönüşebilsin. Kaba bir örnek verelim: Eğer benim bir park alanına gittiğimde yaralanabileceğimi, gasp edilebileceğimi ve belki de öldürülebileceğimi ciddi ciddi hesap etmem gerekiyorsa, artık her halükarda bu yeşil alana tehlikesiz bir biçimde girebilme hakkım olduğunu düşünmeyeceğim” (Jakobs, 2008a: 496).

Burada Jakobs tarafından vurgulanan “bilişsel altyapı”, kişilerin norma sadakat içerisinde davranmaları durumunun, diğer kişiler ile birlikte oluşturduğu bir “norm geçerliliği” haline işaret eder:

“(…) yeterli derecede sağlanamamış bilişsel güvenlik, normun geçerliliğinin de sönümlenmesi demek olacak ve böylelikle normun geçerliliği boş bir laftan ibaret kalacaktır. Boş diyorum, çünkü bu haliyle gerçek ve canlı bir toplumsal yapı artık talep edilemez hale gelir. (...) Konu aynı zamanda suç failinin kişiliği ile de alakalıdır: Belirtilen bilişsel yapılandırma olmadan, failin kişiliği ele alınamaz. Eğer diğerleri haz veya acıya göre kendini ayarlayan bireyler değil de, hukuka ve haksızlığa göre hareket eden kişiler olarak ele alınırlarsa; anılan normatif beklenti de bütünsel olarak yakalanmış olacaktır ve böylelikle mevzu bahis edilen normların anlamsal içeriği de belirginleşecektir” (496-497).

Jakobs’un çerçevesinde “norma sadakat”, bu biçimde, “bilişsel yapılandırma”nın temel zemini haline gelir ve hukuk düzenini de gerçek bir geçerlilik bütünlüğüne büründürür:

“(…) kişi sadece, kişisel davranışları için yeterli oranda bilişsel güvence talep eden kimsedir ve ancak bu yolla bilişsel yapılandırmaya dair her normativite, gerçeğe dönüşme gereğini giderir ve bilginin tutarlı bir sonucu haline gelir. Hukuk düzeninin kendisi de aynı süreçten hariç tutulamaz: İşte ancak bu totalite içerisine giren hukuk düzeni, tasavvur edilenden fazlasına, yani bir gerçek geçerlilik ilişkisine dönüşebilir” (Jakobs 2008b: 502-503).

Özetle, insanların yasaları gözönünde bulundurma ve uyma zorunluluğu, yasaların geçerliliğinin bir sonucudur (Jakobs,2014; 416-417). Potansiyel failler, yasaya uymak zorundadırlar. Normatif beklenti, bilişsel bir temel gerektirmektedir (417) ve bu bilişsel altyapı, Jakobs için, hem fail ve hem de hukuk düzeni ve diğer tüm kişiler (“Potansiyel failler”) yönünden, norma uygun davranma bilinci ve beklentisiyle oluşur. Suç işleyen bir kimse olarak failin hukuk düzeni tarafından kişi olmaktan çıkarılıp çıkarılmayacağını da, bu bilinç ve beklentinin düzeyi/ derecesi belirler. Bir diğer söyleyişle, kişi olarak muamele görme veya görmeme, kimselerin norma aykırı davranışının derecesine/ düzeyine göre verilen bir karardır.

2.1.1.2. “Kişi” Olmaktan Çıkarılma

Suç işleyen kimselerin “kişi” muamelesi görüp göremeyeceği veya kişi olmaktan çıkarılıp çıkarılmayacağı sorunsalı⁴⁴, fail yönünden, “suç işleyen kimsenin norma sadakat yaklaşımı/ norma aykırı davranışının düzeyi”, hukuk düzeni açısından da “norma uygun davranış beklentisi/ bu beklentinin düzeyi” bağlamında ortaya çıkar.

⁴⁴ Hukukta “kişi” anlayışının oluşması ve biçimlenmesinde Roma Hukukuna ait “persona” kavramı belirleyici bir öneme sahiptir. “Persona”, ayırım gözetmeksizin tüm insanları bünyesinde barındıran ve Roma Hukukunun evrenselliğini doğrudan yansıtan, Roma Hukukuna ait bir baş hukuk kategorisidir (Karaman, 2015). Kavram, hür doğmuş, azatlı, özgür, köle, vatandaş, yabancı, doğmuş veya doğmamış çocukların tamamını, yani tüm insanları kapsamaktadır. “Persona”ve “homo”, insanın iki yönünü birlikte temsil etmektedir. “Persona”, somut bağlamından kopmamakla birlikte “homo”ya göre soyut bir içeriktedir ve insanın “hukuk tiyatrosu”nda üstlendiği rolü, her insanın hukuki durumu, statüsü ve konumunu ifade etmektedir (Karaman, 2015). Burada “persona”, hukuk sistematğinde birincil yer işgal eden ve bütün insanları barındıran bir kategori olarak, “hukuk”un “öznesi” değil, “konusu”dur (Savigny’den Akt, Karaman, 2015). “Kişi” anlayışının, “persona”nın temsil ettiği somut bağlamdan da kurtularak salt soyut bir nitelik kazanması ve “kişilik”, “hukuk süjesi”, “hak ehliyeti” gibi kavram ve kategorilerle birlikte anılmaya başlanması XVI. yüzyıldan itibaren gerçekleşecek, XVIII. yüzyılla birlikte bireye dayanan ve doğal hukukun ideolojik etkisi altında şekillenen anlayışların etkisiyle insanın doğuştan sahip olduğu haklar temel alınarak “tabi bir veri olarak insan nosyonu” ile “hukuki bir veri olarak kişi nosyonu” birleştirilmeye çalışılacaktır. Giderek hak ehliyetinin temel ve doğuştan kazanılmış hak olduğu fikri de terk edilerek, hak ehliyetinin ve buna bağlı kişi niteliğinin hukuk düzenince bahşedildiği görüşü benimsenecektir (Orestano’dan Akt, Karaman, 2015). Günümüzde, inisiyatifin tümüyle kanun koyucunun eline geçmesini sağlayan ve “devlet”, “hukuk süjesi”, “hukuki kişilik” gibi soyutlamaları temel alan hukuki pozitivistizmin etkisiyle, saf hukuk kuramı öğretisi açısından “kişi” kavramının içeriğinin tamamıyla boşaltılmış olduğu savunulmaktadır (Karaman, 2015). “Persona” kavramı temel alınarak “kişi” anlayışının tarihsel gelişimi ile ilgili bilgi için, bkz. Karaman:2015.

Jakobs'a göre, bu, suç işleyen fail ve hukuk düzeni açısından, bir karşılıklılık ilişkisidir (510).

Sorunsalın bir yönü, faille ilgilidir⁴⁵. Ceza, çeşitli türlerde ortaya çıkan bir zor olduğuna göre, akli bir kişinin etkinliği olarak *eylem* de, normun kamu önünde küçümsenmesi ve normun geçerliliğine bir saldırı olarak anlam kazanır (Jakobs, 2008a: 490). Eylem bu yönüyle, ceza anlamındaki zor gibi sembolik bir etkileşim aracıdır ve faili kişi olarak ciddiye aldırır (490). Bu durumda, hemen her suç, fail açısından, “kişinin kendi davranışlarına, diğerlerinin de normu ihlal etmeleri değil, tam tersi norma uygun hareket etmeleri gerektiğini bilerek yön vermeleriyle oluşan bilişsel yapı”ya (496) aykırı davranışlarla ilgilidir. Bir başka ifadeyle, hemen her fail, işlediği suçla, belirli bir düzeyde bilişsel altyapı ve güvenliği ihlal edebilecek ve bunun karşılığında cezalandırılacaktır. Nitekim, modern devlet, normal suç faili söz konusu olduğunda, Onu, yok edilmesi gereken bir düşman değil, davranışlarıyla normun geçerliliğini zedeleyen ve verdiği zararı ceza (zor) yoluyla telafi etmeye çağırılan bir kişi olarak görür (496). Ceza ile kişinin gelişim araçları elinden alınır. Fail, kendisinden beklenen norma sadakat durumu ile ilgili bir düş kırıklığı yaratmıştır ve bu nedenle kendisine artık hareket özgürlüğünün önemsiz olduğunun kabul edildiğini belli eden bir biçimde davranılır (496): “Eyleminin varlığına rağmen, faile karşı bu kadar sakin yaklaşılması, ancak onun kendisi için bir güvence talep etmesi, kendinin tamamıyla bir yurttaş olarak ve hukuka sadık hareket eden bir kişi olarak ele alınmasını istemesi ile mümkün olur” (Jakobs, 2008: 496).

Hukuk düzeni açısından da, normal suçluluk, failin kişi olmaktan çıkarılmasını gerektirmez. Aksine, “(...) suç, düzenli toplum varlığının başından beri var olan yapısal

⁴⁵ Jakobs'un benimsediği “gerçek normativite” çizgisi, suç işleyen kimselere yapılacak muameleyle ilgili yaklaşımına da, dolaysız biçimde yansımaktadır: “Herkes kişi muamelesi yapılması gerektiği, kendinde bir postulatır, toplum kurgusu için modeldir ve dolayısıyla gerçekten var olan bir toplumun herhangi bir parçasını yansıtamaz” (Jakobs, 2008b: 509).

bir görünüşü olarak ele alınmamalıdır, o daha ziyade bu yapının tahrik edilmesinden doğan ve her surette hala onarılabılır bir bozulmayı ifade eder” (495). Her suçlu, hukuk düzeninin ilkesel muhalifi değildir (501). Hatta, tekrar eden bir hayal kırıklığı yaratan ve böylece yükümlülüklerine uygun hareket edeceklerine dönük normatif beklentiyi (bilişsel altyapıyı) ortadan kaldıran kimseler (Jakobs, 2008b: 514) söz konusu olsa dahi,

“(…) bu, anılan kimselerin kişi olmayı bıraktıkları manasına gelmeyecektir. Bu faillere, taşıdıkları muazzam yükümlülük demetinin içerisinde sadece birine, bir veya birkaç kez etmemiş kimseler olarak davranılmalıdır ki, buna rağmen bunlarla sağlanabilecek bir *modus vivendi*’den söz edilebilsin. Cezanın amacına ilişkin eski tartışma sırasında devamlı sorunlu bir nokta olarak kalan, ‘mutaden lambasız bisiklet kullanan sürücü’ fenomeninde olduğu gibi, bu neviden kimselere kişi muamelesi yapmayarak, onları toplumdaki ihraç etmek kesinlikle olanaklı değildir. (...) Normal durumlarda işlenen suçlar bakımından (...), suçlu, işlediği bir veya birkaç suç nedeniyle derhal toplum dışına atılmayacaktır –sair birçok noktada bu suçlu hukuk düzeniyle en uyumlu davranışları sergiliyor olabilir- aksine, o sadece bir noktada hatalı davranmıştır. Aynı şekilde eğer suçlunun kendi kişi varlığı statüsünün bilişsel altyapısı onun işlediği suç vasıtasıyla sarsılmışsa, işte bu durumda ancak başarıya ulaşmış bir cezalandırma suçluyu yeniden düzene bağlayacaktır ve dolayısıyla ceza hukuku kendi yolunda ilerlemeye devam edecektir: Böylece suçlu hukuk içindeki kişi olmaya devam eder” (Jakobs, 2008b: 514-515).⁴⁶

Jakobs açısından kişi olmaktan çıkma, normal suçluluk dışındaki bir alan ve kapsamda gerçekleşir: Fail açısından sorunsal, “*kendisi de kişi olabilmek için yeterli düzeyde bir güvenlik talebinde bulunmak* (Jakobs,2008a:504)” la ilgilidir. Yeterli bilişsel güvenliği davranışlarıyla sergilemeyen kimse, kişi muamelesi görmeyi de beklememelidir (501):

⁴⁶ Jakobs, bu düşüncesiyle çelişir biçimde, “devamlı surette suç işleme” durumunda, kimselerin düşman ceza hukukuna muhatap olabileceğini de savunmaktadır: “ (...) düşman ceza hukukunda hukukun farklı bir anlamı vardır. Muhakkak ki, devletin kendini devamlı surette suç işleyen bireylerden koruma hakkı vardır (Jakos, 2008a: 494)”.

“(...) daha ziyade, kişi kabul edilecek olanın, ‘müşterek davranıyor’ olması gerekir; yani bu kimse en azından kendi payına düşeni yerine getirmeli ve yeterli derecede hukuka sadık olduğuna dair bir güven sunmalıdır. O halde (...) en azından kıymete değer bazı durumlar için hukuka sadık kalacağına dair söz veren herkes, bir hukuk kişisi olarak muamele görmeyi de talep edebilir. Eğer verilen bu söz pek inandırıcılık vasfı taşımıyorsa, o halde bu sözü veren kimseye karşı eğilimsel olarak yabancı muamelesi yapılır” (Jakobs, 2008b: 518).

O halde, failin davranışı, “kişisel davranışların yarattığı beklentilerin devamlı surette hayal kırıklığı yarattığı” (Jakobs, 2008a: 497) düzeye ulaştığında, suçluya kişi muamelesi yapılması da güçleşecektir. Kimseler, “kendilerinden beklenen ve kişi olarak muamele görmenin de temel şartı olan asgari bilişsel garantiyi, yani hukuka sırt çevirmiş olmama kararını taşımadıklarında” (497), bu, aynı zamanda, “kendilerinin yurttaşlık statüsü altına sokulmasına mani olmaları ve kişi kavramının mukaddes şemsiyesinden nasibini alamamaları” (498) anlamına gelecektir. Dışlama, failin gelecekteki davranışları için garanti verememesi ve kişinin bu konuda bilişsel temelden yoksun olması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Bilişsel bir temel bulunmalı, herkes kendisini güvenilir olarak sunma görevine sahip olmalı ve kendisinden çok ciddi suçlar işlenmesi beklenmemelidir (Jakobs, 2014: 420-421). Fail, hukuk düzeninin yetke sınırlarını ilkesel olarak reddettiğinde, kişi muamelesi görme durumu kesin olarak sona erecektir (Jakobs, 2008a: 498). Bir başka ifadeyle, “ilkesel olarak bir sapkınlık içinde olan kimse, kendi kişisel davranışları açısından da bir garanti talep edemeyecektir” (505).

Davranışlarıyla kişi muamelesi görmekten kendini ıskat eden kişinin göreceği muamele, hukuk düzeninde de simetrik bir karşılık bulur: Devletin kendini devamlı olarak suç işleyen kimselerden koruma hakkı olduğu gibi (494),⁴⁷ yeterli bilişsel

⁴⁷“(...) kısacası kanun koyucunun düşüncesi şudur: ‘Kanun dışı konuma sahip bir kimse tarafından zarara uğratılıyor ve böylelikle devamlı surette taciz ediliyorum’”(Kant’tan akt. Jakobs, 2008a: 498).

güvenliği kendi kişisel davranışlarında sergilemeyen kimseye kişi muamelesi yapmaya izni de yoktur. Aksi takdirde devlet diğer kişilerin güvenlik haklarını ihlal etmiş olur (501).⁴⁸

O halde, Jakobs'a göre, suç işleyen kimsenin "kişi" olmaktan çıkarılması, failin, norma sadakat ile ilgili yaklaşımının niteliği ve norma sadakatsizliğinin belirli bir düzeye erişmesi ile gerçekleşir. Bu düzey, failin, "devamlı surette suç işlemesi" (494), "asgari bilişsel garanti sunamaması", "hukuka sırt çevirmiş olmama kararı taşıyamaması" (497), "hukuk düzeninin yetke sınırlarını ilkesel olarak reddetmesi" (498), "yeterli bilişsel güvenliği kişisel davranışlarında sergilememesi" (501), "yeterli derecede hukuka sadık olduğuna ilişkin bir güven sunması en azından kıymete değer bazı durumlar için hukuka sadık kalacağına söz vermemesi" (Jakobs, 2008b:518) durumlarında aşılır ve suç işleyen kimse "kişi muamelesi" görmekten çıkar.

Jakobs, bu biçimde, failin "kişi" olmaktan nasıl ve ne biçimde çıkacağını bu biçimde ölçülemekle birlikte,⁴⁹ sorunsalı, cezalandırma sistemi düzleminde ve belirli suç tipleri çerçevesinde somutlayarak, yeniden tartışır. Esasen, "norma sadakat"ın düzeyini yukarıda belirtilen biçimde belirleme çabası, failin, hukuk düzeni içerisinde, hangi durumlarda "kişi" muamelesi görmekten çıkacağı ile ilgili bir temel yaratma çabasının sonucudur. Failin asgari ve yeterli bilişsel garantiyi nasıl ve ne biçimde sunacağı, "asgarilik" ile "yeterlilik" ölçüsünün ne olduğu, hangi durumlarda hukuk düzeninin ilkesel olarak reddedildiği, hukuka sırt çevirme kararının nasıl ve ne biçimde ölçüleceği soruları,⁵⁰ konunun hukuksal alanla ilgili somutluklar düzeyinde yeniden belirlenimini gerektirir. Bu nedenle, Jakobs'un, "kişi olmaktan çıkma" süreçlerini belirli

⁴⁸ "Güvenlik hakkı" kavramının bu biçimdeki kullanımının eleştirisi için, bkz. "Giriş" kısmı.

⁴⁹ Bu ölçülemenin objektiflikten ve nesnellikten uzak ve keyfi bir kategori yaratmasıyla ilgili olarak, bkz. aşağıda, "Sınırı Belirsiz Bir Kategori Olarak 'Düşman'" başlığı.

⁵⁰ Konu hakkındaki eleştiriler için, bkz. aşağıda, "Sınırı Belirsiz Bir Kategori Olarak 'Düşman'" başlığı.

suç tipleri ve işlenen suçların niteliğiyle de örtüşürme yaklaşımı, konuya, en azından somut-hukuksal bir bağlam sağlar.

Öte yandan, Jakobs'un üzerinde durduğu suç tipleri, yalnızca failin hangi suçlar söz konusu olduğunda kişi olmaktan çıkacağına ilişkin değildir. Bu suç tipleri, aynı zamanda düşman ceza hukuku çerçevesinin işlevinin de gerçekleştiği alanı tanımlar. Sözü edilen işlev, “tehlikelilikle mücadele”dir. Jakobs'a göre, belirlenen suç tipleri söz konusu olduğunda, bu, failin kişi olmaktan çıktığını ve anılan suçlarla birlikte bir tehlikelilik kaynağı haline geldiğini gösterir. Belirtilen suç tipleri, bu nedenle, aynı zamanda düşman ceza hukukunun “tehlikelilikle mücadele” işlevinin tartışılmasının da temel zeminidirler. Dolayısıyla Jakobs'un vurguladığı suçlar, bir yanıyla failin kişi olmaktan çıkarılmasını, diğer yanıyla da “tehlikelilikle mücadele” araçlarının tamamının tehlikeli faile yönelmesini ifade eder. Bu durumda, suç tipleri, tehlikeli failin kişi olmaktan çıkarılmasının ve tehlikelilikle mücadelenin yürütülmesinin somut zemini olarak anlam kazanır.

2.1.2. “Tehlikelilikle Mücadele”

“Tehlikelilik”, Jakobs'un çerçevesinde, öncelikle, bazı suç kümeleri ve suç tipleriyle ilgilidir. Kişinin “düşmanlaşma” ve “kişilikten çıkarılma” süreci, belirli suç tipleriyle tahkim edilir ve somut-belirli bir biçime büründürülmeye çalışılır. Jakobs'un tehlikeliliği böylesi bir hukuksal somutluk bağlamında tartışması, hem kişilikten çıkarılma ölçü ve düzeylerinin ve hem de tehlikelilik odağı haline gelen faile karşı mücadele çerçevesinin, en azından hukuki bir belirliliğe kavuşturulmasını sağlamaktadır. Ne var ki, Jakobs'un, tehlikelilikle suç tiplerini/ kümelerini ilişkilendirerek tahkim ettiği bu çerçeve, kişilikten çıkarmaya ilişkin ölçü ve düzeylerini

hukuki bir somutluğa bağlasa da, hem *konuyu ele alma biçimi*, hem de *dayandığı suç tiplerinin karakteri*, beklenen somut çerçeveyi/ hukuki belirliliği yeniden bozmakta ve sorunu yeniden bir ölçü/ düzey biçimine büründürmektedir.

2.1.2.1. Tehlikeliliği Gösterir Suç Tipleri

Jakobs, kişilikten çıkarılma ölçülerinin-düzeylerini ve tehlikelilik durumunu, bazı belirli suç tipleri ve alanlarıyla ilişkilendirmektedir. Bu suçlar, kişilerin tehlikeliliklerini açık biçimde göstermektedirler.

Jakobs'un üzerinde durduğu suçlar, özellikle toplum düzenini sarsacak nitelikteki örgütlü suçlardır. Jakobs, Hobbes'un yurttaş suçluluğu ile vatana ihanet suçları arasında yaptığı ayrımın ve hainle bir düşman sıfatıyla mücadele edilmesi gerektiğine ilişkin düşüncelerinin, güncel/ somut bir anlam ve karşılığının olduğu kanısındadır:

“Her ne kadar düşman olarak tanımlanan ilkesel karşıt ile geçici bir araz nedeniyle suç işleyen yurttaşa yapılacak olan muameleler arasında bir fark olacağına ilişkin görüş bugün için doğru kabul edilecekse de, Hobbes'un üç yüz elli yıl evvel formüle ettiği bu düşünceleri birebir bugüne aktarabilmek de pek beklenebilir değildir. Ancak bugün ilkesel karşıt sözünden, (sadece) yaygınlaşmış/ kapsayıcı bir iktidara karşı gelmeyi değil, daha ziyade özgürlükçü anayasal toplum düzenine karşı çıkmayı anlamak gerekir” (Jakobs, 2008b: 517).

Jakobs'un sözünü ettiği “özgürlükçü anayasal düzene karşı suçlar”, hemen bütünüyle “örgütlü suçlar”dır:

“Alman kanun koyucunun bazı kanunları ‘mücadele kanunları’ olarak isimlendiriyor olmasında şaşılacak pek de bir şey yoktur. Örnek olarak; örgütlü suçluluğun ağır biçimleri için geçerli olan ‘ekonomik suçluluk’ ile mücadele veya ‘terörizmle’ ve ‘yasadışı uyuşturucu madde ticareti ve örgütlü suçluluğun benzer görünüş biçimleriyle’ mücadele vb. sayılabilir. Her kim hayatının uzunca

bir süresini suç yapılarında tüketmişse, artık bu kimseden tümden olmasa da kısmen hukuka sadık davranma beklentisi ve dolayısıyla onun hukuk içinde bulunan kişi olma statüsüne dair şart ortadan kalkmış olacaktır” (517).

Jakobs, belirttiği suçlarla, kişilikten çıkarılma ölçülerini ve tehlikelilik durumunu bütünüyle örtüştürmektedir:

“(…) Ceza hukuku düzenlemelerine ilişkin birçok diğer örnekte, kişisel davranışların yarattığı beklentilerin devamlı surette hayal kırıklığı yarattığı durumlarda suçluya kişi muamelesi yapılmasına dair hukuksal duruşun da giderek güçsüzleştiği gözlemlenebilecektir. Böylelikle kanun koyucunun (maddi hukuk boyutunda kalarak) yasa yapıcılığı giderek –açıkça bu isim kullanılıyor- bir mücadele araçları üretimi halini alıyor; mesela ekonomik suçluluk, terörizm, organize suçluluk, ‘cinsel suçlar ve diğer tehlikeli suç tipleri’ ve son olarak da ‘suçun’ kendisiyle bireyler üzerinden mücadele veriliyor ki, bu bireyler ya kendi manevi dünyalarında (örneğin cinsel suçlarda) ya da her türlü piyasa ilişkilerinde (örneğin ekonomik suçluluk, uyuşturucu madde suçluluğu ve benzer organize suçluluk hallerinde) ya da bir örgütle bağ kurdukları durumlarda (örneğin terörizm, örgütlü suçluluk ve suç işleme kararının bulunduğu hallerde-Alman C.K. Parg.30), devamlı ve kararlı bir biçimde mücadele edilecek bir konuma gelmiş oluyor. Çünkü bu durumda bu gibi kimseler kendilerinden beklenen ve kişi olarak muamele görmenin de temel şartı olan asgari bilişsel garantiyi, yani hukuka sırt çevirmiş olmama kararını taşıyorlar” (Jakobs, 2008a: 497).

Jakobs, odaklandığı “örgütlü suçlar” içerisinde, terörizmi özellikle öne çıkarır. *“Bilhassa teröristlere karşı kullanılan bir ceza hukuku biçimi olarak düşman ceza hukuku (Jakobs, 2008b: 524)”*, terörist tehlikelerin bertaraf edilmesine yöneliktir (524). Esasen, Jakobs, “suç tipleri” ve “örgütlü suçlar” ile ilgili tüm bölümlerde, hemen tümüyle “terörizm”i sorun edinmiş görünmektedir. Diğer “örgütlü suç” tipleri, düşman ceza hukukunun yöneldiği ve uygulama alanı bulduğu genel bir çerçeveyi işaret etse de, konunun yoğunlaştığı odak, “terörizm” suçudur. Düşman ceza hukukunun yöneldiği “ilkesel muhalif”ler, “terörist”lerdir (522). Terörist örgüt kurma suç tipini düzenleyen hükümler, geçmişten bu yana ve bugün için halen yürürlükte (521-522). “Tutumu

gereği ilkesel ve aktif karşıtlık içinde bulunanlar”dan anlaşılması gerekenler, “terörist”lerdir (523). Terörist tehlikelerin ortadan kaldırılması yönündeki ceza usulü kuralları, maddi ceza yasaları gibi geçerli kalmalıdır (524): “(...) bilhassa hukuk düzeninin yetke sınırlarını ilkesel olarak reddeden ve tam da bu sebepten ötürü anılan sınırların dışında kalan ve aslında onu yıkmak isteyen teröristler söz konusu olduğunda kişi muamelesi görme kesinlikle sona erecektir” (Jakobs, 2008a: 498).

Böylece, “örgütlü suçlar” genel kategorisi içerisinde “terörizm” özellikle ön plana çıkar. “Özgürlükçü Anayasal Düzene Karşı Suçlar”, anlamını “terörizm” suçları ile bulmaktadır. “Terörizm” ve “terörist”ler, düşman ceza hukuku uygulamaları ve yöneldiği “kişi”lerle ilgili olarak, Jakobs’un söyleminin, ilgisinin ve örneklemelerinin tümüyle yöneldiği bir alan haline gelirler. Düşman ceza hukuku, böylece, esas olarak “terörizm” suçunun oluşturduğu tehlikeyle mücadele eden bir çerçeve olarak anlam kazanır.⁵¹

2.1.2.2. “Tehlikelilikle Mücadele”nin Amacı ve Yöneldiği Sonuç

Hukuk normuna uymaya ilişkin yeterli bilişsel garanti sunmayan “fail”in “tehlikeliliği”, örgütlü suçlarla ama özellikle “terörizm” alanıyla “gerçekleştikten” ve somutlandıktan sonra, bir tehlikelilik kaynağı olarak failin “kişi muamelesi” görmesi durumu kesin olarak sona erecektir.

Jakobs açısından, tehlikeliliği belirli suç tipleriyle tahkim edilen “fail”le ilgili cezai süreçler ve bu süreçlerin amacı, “hukukun parçası olan ve ehil kişi”lerin ait olduğu alandan tümüyle farklıdır. “Normal Suçluluk”ta, bir “zor” olarak ceza, suç fiiline verilen bir karşılıktır. Bu karşılıkla, normun zorla telafisi temelinde eylem

⁵¹ Jakobs’un metinlerinde, “terörizm” suçu ve “terörist”lerle ilgili bölümler için, bkz. Jakobs 2008a: 489, 498-500, 501-504; Jakobs, 2008b: 521-522, 523-525.

cezalandırılmaktadır ama halen faille bir iletişim kurma söz konusudur (Jakobs, 2014: 420). Karşılık, failin saldırısının hükümsüz ve normun etkililiğinin de halen yürürlükte olduğunu gösterdiği kadar, ceza süreçlerinde de fail halen bir “kişi” olarak ele alınmaktadır:

“Ceza bir zor ve özellikle de çok çeşitli türlerde ortaya çıkan, içsel bağlarla karışık halde bulunan bir zordur. Cezanın tüm anlamsal içeriğini taşıyan zor, eyleme verilen cevabın da taşıyıcısıdır: Akli bir kişiliğin etkinliği anlamına gelen eylemin, bir anlamı olmalıdır, mesela; normun umum önünde küçümsenmesi, normun geçerliliğine bir saldırının söz konusu olması gibi. Ceza da aynı biçimde, failin iddialarının hükümsüz ve normun değişmez bir biçimde kaim olduğu ve netice olarak cemiyetin varlığını sürdürdüğü anlamına gelir. Öyleyse eylem de, ceza kavramındaki zor gibi sembolik bir etkileşim aracıdır ve faili kişi olarak ciddiye aldırır, çünkü eğer fail eylemde bulunmaya ehil olmasaydı, onun eylemine karşılık vermemizi gerektirecek bir neden de olmazdı”(Jakobs, 2008a: 490).

Buna karşılık, tehlikeli bireye uygulanan zor, hukukun parçası olan kişiye uygulanandan farklı bir anlama sahiptir:

“(…) Hürriyeti bağlayıcı cezanın, daha ağır eylemlere dair kuralcı bir tepki özelliği taşımasının inandırıcılığı, cezanın, anılan yönde güvenliği sağlayan bir etki taşınamaması halinde çelişkili olacaktı. Sırf bu açıdan yaklaşıldığında zorun hiçbir anlamı olmayacaktır, ancak zorun bir etkisinin varlığından söz edilebilir. Buna göre zor, hukukun parçası olan kişiye değil, tehlikeli bireye karşı uygulanan bir biçimdir. Bu çıkarım, hürriyeti bağlayıcı cezanın emniyet sağlamaya dönük etkisinin, bir güvenlik tedbiri ölçütü olarak öngörüldüğü durumlarda daha anlamlı bir karşılık bulur. (...) Anılan durumlarda bakışlar, üzerine hüküm tesis edilen eylemden ziyade geleceğe ilişkin, yani ‘önemli addedilen suçların’ umum açısından yarattığı ‘tehlikeliliği’ makyas alan bir bakış açısına çevrilir. Cezanın muhatabı olmaya, kendinde ehil olan kişinin yerine tehlikeli birey geçer. Artık bir tedbir ölçütünü referans alan –bir cezayı değil- ve fiziksel etkililiği tartışılan bir müeyyide söz konusu olacaktır. Böylelikle iletişim

yerini tehlike ile mücadeleye; yurttaş ceza hukuk da yerini düşman ceza hukukuna terk eder” (Jakobs, 2008a: 490).

Jakobs’un, “tehlikeli bireyler”e karşı uygulanacağını öngördüğü “zor”, böylece, bir “ceza” olmaktan çıkacak ve bütünüyle fiziksel etkililiği ve güvenlik tedbiri olma niteliğini sağlayacak bir işleve sahip olacaktır. Artık, geçmiş eylemlerin cezalandırılmasından daha çok, gelecek (tehlikeli) eylemlerin önlenmesi ve bu eylemlerin yaratacağı tehlikelilikten korunma söz konusudur (Jakobs, 2014: 419). Bu, öncelikle, tehlikeli kimselerin haklarının elinden alınması ve haklardan yararlandırılmaması anlamındadır:

“(…) Zanlı için hususi bir anlamı olmayan (ve) güvenlik tedbirlerinden farklı olan tutuklamada, fiziksel bir zor altında olmak onu tüketmez, çünkü zanlı yargılama sürecine –zan altında bulunan bir kişi sıfatıyla ve tüm zihni berraklığıyla katılmalıdır; işte tam da bu sebepten ötürü zanlının tüketilmesi amaçlanmaz, çünkü aslında onun tutuklanmasının gerçek sebebi yargılama sürecine katılmasını sağlamaktan başka bir şey değildir. İşte bu zor, hukuk altında yaşayan bir kimseye değil –zira kişi ne delil karartır ne de kaçır-, aksine kendi içgüdü ve korkularıyla düzenli/ kurallı hukuk sürecini tehlikeye sokan bireye, düşmanca davrandığı müddetçe yönelecektir. Aynı zor her türlü taarruz biçiminde de görünür hale gelir. (...) Maddi düşman ceza hukukunda olduğu gibi burada da uygulanan benzer tedbirler hukukun dışına çıkamaz, fakat zanlılar anılan taarruzun altında kaldıkları müddetçe haklarından mahrum kalacaklardır: Devlet, hukuki ve kuralına uygun bir biçimde hakları uygulamadan kaldırır” (Jakobs, 2008a: 500).

Hakları elinden alınan kimseler, “hukuka sadık kalacağına ilişkin söz veremeyen, verse de pek inandırıcı olamayan” bireylerdir:

“(…) Yani (bu) kimse, en azından payına düşeni yerine getirmeli ve yeterli derecede hukuka sadık olduğuna dair bir güven sunmalıdır. O halde, yukarıda andığımız şiarın bu eksikliği şöyle tamamlanacaktır: En azından kıymete değer bazı durumlar için hukuka sadık kalacağına dair söz veren herkes, bir hukuk kişisi olarak muamele görmeyi de talep edebilir. Eğer verilen bu söz pek

inandırıcılık vasfı taşııyorsa, o halde bu sözü veren kimseye karşı eğilimsel olarak yabancı muamelesi yapılır ve tüm hakları elinden alınır. (...) Hakları elinden alındığı müddetçe bu kimseye hukuka göre- tanıma göre- kişi muamelesi yapılması mümkün olamayacaktır” (Jakobs, 2008b: 518).

Bu kimselere karşı kullanılacak zor, temelde “mücadele” ve “engelleme” amacına yöneliktir: “Devlet, suçluları iki farklı biçim ve tarzda takip edebilir: Ya onları hata yapmış ve suça bulaşmış yurttaşlar, kişiler olarak görür ya da onlara birey olan fakat hukuk düzenini yıkmaları zor yoluyla engellenmesi gereken kimseler olarak muamele eder” (Jakobs, 2008a: 501).

Giderek, aslında, “tehlikeli bireyler”e karşı uygulanan zor, “düzen”i muhafaza etmek için, “savaş” da dâhil olmak üzere, “tehlikeliliği engellemek için gereken her şeyi yapma” anlamındadır:

“(...) Kendisi de kişi olabilmek için yeterli düzeyde bir güvenlik talebi dermeyan etmeyen insan hakları ihlalcisine karşı ‘toplumsal- kanuni düzen’i muhafaza edebilmek için gereken her şeyi yapabilmek mubahtır. Bu da ancak bir savaş sürecinde gerçekleştirilebilir, yoksa bu neviden kimselere karşı polis yollayarak yakalama emrini yerine getirmeye çalışmak tam anlamıyla abesle iştigaldir” (Jakobs, 2008a: 504).

Bir kimsenin “tehlikelilik kaynağı” olması, onun artık bir “düşman” olarak nitelenmesi ve böylece, “ihraç edilmesi, daha doğrusu bazı haklarından ıskat edilmesi” (Jakobs, 2008b: 519) sonucuna varır: “Yurttaş ceza hukuku herkesin hukukudur; düşman ceza hukuku ise düşmana karşı duranların hukukudur. Düşman ceza hukuku düşmana karşı savaşa varıncaya dek kapsamını geniş tutan bir fiziki zor/ kuvvet uygulamasıdır” (Jakobs, 2008a: 494).

Böylece, düşman ceza hukuku düşüncesinin somut-hukuki biçim ve uygulamalarının teorik-politik temeli, bütünüyle tamamlanmış olur: Bireylerin “yurttaş-düşman” biçiminde ayrılmasının hukuki-felsefi dayanakları, belirli suç tipleriyle

bütünleştirilip, bir “tehlikelilik” durumu varsayılır. “Toplumsal-kanuni düzen” (Jakobs, 2008a: 504), “güvenliğin sağlanması” (490) ve “cemiyetin varlığını sürdürmesi” (490), tehlikelilikle mücadeleyi gerektirdiğinden, “çöküşe doğru sürüklenmemek için” (499), bu mücadelenin ne anlama geldiği ve hangi amaca yöneleceği de işaret edilir.

“Bilhassa teröristlere karşı kullanılan bir ceza hukuku biçimi olarak düşman ceza hukukunun, cezanın amacından ve ilgili suç tiplerinden çıkarılan hukukun geçerliliğini muhafaza etmek suretiyle güvenliğini sağlama yükümlülüğü mevcuttur, Yani hukukun geçerliliğinin garantisi demek olan yurttaş ceza hukuku, tehlikelerden korunma biçimine dönüşür” (Jakobs, 2008b: 524).

biçimindeki vurgu da, bu noktaya yöneliktir.

Jakobs’un, ilkesel bir sapkınlık içinde olan kimseyle, artık “düşman” sıfatı nedeniyle savaşılacağı (Jakobs, 2008a: 505) yönünde ulaştığı sonuç, bu yanıyla, yeniden, başlangıçtaki “ayırma tezi”ne varır. Dolayısıyla, oluşturulan çerçevedeki yaklaşımlar, duraklar ve ulaşılan ara sonuçların tamamı, birbirini doğrulayan bir döngü yaratmaktadır: Bir kimse “tehlikeli olduğu için” “düşman” muamelesi görmelidir veya o kişinin “düşman” muamelesine tabi tutulması, “tehlikeli” olduğunun kanıtıdır. “İlkesel sapkınlık”, bu kimseye karşı savaşa varan bir mücadeleyi gerektirdiği gibi, bu kimsenin tabi kılındığı uygulamalar da kişinin “tehlikeliliği”ni gösterir. Hatta, yukarıda belirtilen vurguya göre, düşman ceza hukuku ‘hukukun geçerliliğini’ muhafaza ederek güvenliğini sağlarken, yurttaş ceza hukuku, tehlikelerden korunma biçimine dönüşür (Jakobs, 2008b: 524). Başvurulan tüm akıl yürütme biçimlerinin esaslı sonucu, her koşulda “yurttaş-düşman” ayırımına ulaşılmasıdır.

Ayırma tezi, bunun felsefi-hukuki dayanakları, belirlenen suç tipleri, varsayılan tehlikelilik ve tehlikelilikle mücadele başlıkları arasındaki içsel ilişkinin oluşturduğu çerçeve, bir bütün ve sonuç olarak düşman ceza hukuku uygulamalarının ceza yasalarındaki pozitif görünümüne ulaşacaktır. Bir başka ifadeyle, “normun

geçerliliği”⁵² (Jakobs, 2008a: 490), bütün bu çerçevenin gerekçelendirdiği somut hukuki düzenlemeler biçiminde gerçekleşecektir. Oluşturulan çerçevenin yöneldiği ve görünür-uygulanır hale geldiği sonuç, düşman ceza hukukunun pozitif biçimleri ve yürürlükteki görünümüdür. Jakobs’un, bir “hukukun geçerliliği” biçimi olarak düşman ceza hukukuna ve bir “tehlikelerden korunma biçimi” olarak (hukukun geçerliliğinin garantisini olan) yurttaş ceza hukukuna yaptığı vurgu da (524), bu noktaya işaret etmektedir.

Düşman ceza hukuku anlayışı, bir yandan mevcut pozitif hukuk kurallarını kendine dayanak kılarken, öte yandan da bir bütün olarak ve böylece çizdiği çerçeveyi, somut-pozitif hukuki düzenlemelerin gerekçesi haline getirmektedir: Jakobs’un,

“Her kim düşmanı yurttaş suçluluğunun altında kategorize etmek isterse, ‘ceza muhakemesi’ ve ‘savaş’ kavramlarının birbirine bulanmasına hiç de hayret etmemelidir. Tekrar ve başka biçimde formüle edelim: Her kim yurttaş ceza hukukunu kendine özgü özgürlükler hukuku bağlamından ayırmadan (...) ele almak istiyorsa (...), çöküşe doğru sürüklenmemek için teröristlere karşı girişmek mecburiyetinde olduğumuz yukarıda anılan olgulara başka bir ad vermelidir, örneğin: düşman ceza hukuku veya düşük yoğunluklu savaş” (Jakobs, 2008a: 499).

biçimindeki yaklaşımı, bu anlayışı yansıtmaktadır.

Sonuçta, gerek maddi, gerekse de usuli anlamda ceza hukuku, “düşmana karşı savaş” düşüncesinin bir aracı ve bu düşüncenin bir sonucu olarak anlam kazanır. Böylece “yürürlükteki hukuk”, düşman ceza hukuku düşüncesinin hem bir gerekçesi olarak sunulur ve ama aynı zamanda bu düşüncenin “somutlaşmış biçimi” olarak vardığı sonuç haline gelir.

⁵² Jakobs’un “normun geçerliliği” anlayışının eleştirisi için, bkz. aşağıda, “Düşman Ceza Hukuku Yürürlüğünün Hukuk Düzenine Etki ve Sonuçları” başlığı; ayrıca, Jakobs’un, esasen yurttaş ceza hukukunun temeli olarak betimlediği “normun geçerliliği” yaklaşımını, aynı anda “tehlikelilikten korunma” biçimi olarak Düşman Ceza Hukuku’nun temeli halinde sunma girişimi için, bkz. aşağıda, “Düşman Ceza Hukuku Yürürlüğünün Hukuk Düzenine Etki ve Sonuçları” başlığı.

2.2. “Düşmanla Mücadele” Yöntemi Olarak Ceza Hukuku

2.2.1. Jakobs’un Ceza Hukuku Uygulaması Alanına İlk Adımları: “Ön Alan”a ilişkin Bazı Saptamalar

Jakobs’un maddi ve usuli anlamda ceza uygulaması alanına ilişkin görüşlerinden önce, bu alanın gerçekleşme koşullarına ilişkin bazı saptamalarından söz edilebilir. Bunların bir kısmı, her ne kadar “hukuk teorisi” düzlemine yakın görünseler de, aslında bu alana ilişkin olmaktan daha çok, düşman ceza hukuku kurallarının uygulanması sorunsalına ve alanına yakın bir karakter taşırlar. Bu zeminin, “uygulamanın ön alanına” ilişkin olduğu söylenebilir: Jakobs’un aşağıda belirtilen saptamaları, bir yandan, uygulamanın koşullarını tanımlamaya, nitelemeye ve meşru kılmaya, öte yandan da uygulama alanına “son adım”ı atmadan önce belirecek olası soru ve sorunları karşılamaya yöneliktir.

Jakobs açısından iki konunun, pozitif ceza hukukunun “ön alan”ıyla ilgili olduğu söylenebilir: Birincisi, “uygulanacak hukuk”tan ne anlaşılması gerektiğine ve bu hukukun nasıl bir karakterde olduğuna ilişkin yaklaşımı; ikinci olarak, “kısmi düşmanlık” olarak adlandırdığı/ varsaydığı duruma ilişkin görüşleri.

2.2.1.1. “Düşmanla Mücadele Hukuku”nun “İkili” Karakteri

“Tehlikelilikle (düşmanla) mücadele” ile “ceza hukuku” arasında böylesi doğrudan bir ilişki kurulmasının, öncelikle “hukuk” ile ilgili ayrı bir problematik oluşturması kaçınılmazdır. Bu sorunsal, iki düzeyde gerçekleşir: Düşman ceza hukuku düşüncesinin temelini oluşturan ve yurttaş ile düşmanın farklı hukuksallıklara tabi kılınması birinci ve temel düzeydir. Burada, yurttaş ceza hukuku alanı, hak süjesi olma

ve süjenin haklarla ilişkisi bakımından bilinen anlamda hukuk devleti kapsamını; düşman ceza hukuku alanı ise düşmanla mücadele eden ve giderek ortadan kaldıran bir çerçeveyi ifade etmektedir.⁵³ Ama öte yandan, düşman ceza hukuku, “hukuk”u ve “ceza hukuku”nu temel bir mücadele aracı olarak belirleyerek, bu temel sorunsalı, daha özel bir anlam ve alanı gösterir ikinci bir düzeyde yeniden üretir: Cezalandırma gücünü kullananla, “tehlikeli fail” (düşman) açısından, aynı hukuksallığa bağlılıktan söz edilebilir mi? “Konu”nun, hukukiliğin şartlarının ne olduğu ve sınırlarının nasıl belirleneceği (Jakobs, 2008b: 508), olduğunu vurgulayan Jakobs, “hukuk”u “düşmanla savaş” düşüncesinin bir parçası kılmakla, “hukuk”un anlamı ve sınırlarıyla ilgili farklı bağlamda bir sorunsal oluşturduğunun tümüyle farkındadır. Sözü edilen “savaş”ta hukuksal olan ve olmayan nedir? Düşmanın ve savaşın hukukilikle bağı nedir ve nasıl tanımlanmalıdır? Bu iki kavram, aynı hukukiliğe mi bağlıdırlar?

Jakobs, bu sorunsalı “hukuk”a verdiği ikili bir anlam ve işlevle aşmaya çalışır. Çizilen en genel çerçeve, “kurallar tarafından yürütülmesi” nedeniyle, düşman ceza hukukunun da bir “hukuk” olduğudur: “ (...) Şöyle ki; bir düşman ceza hukuku dahi, hukuk olduğu için en azından kurallar tarafından yürütülür ve bundan dolayı kendiliğinden gelişen, insiyaki, bilinçsiz tutum olarak değerlendirilemez” (Jakobs, 2008a: 490). Ya da “(...) Düşman ceza hukuku da yurttaşlar bakımından daha doğrusu devleti, devletin organlarını ve bunların işlevlerini düşmanla mücadele hususunda bağlayıcı olduğu müddetçe bir hukuk biçimidir” (Jakobs, 2008b:519).

Dolayısıyla, düşman ceza hukukunun, “hukuk” olmakla tek esaslı rabitası da, bu durumdan ibarettir. Jakobs’a göre, “Hem düşman, hem de yurttaş ceza hukuku kavramlarında bulunan ‘hukuk’ vurgusunun (...) farklı muhtevaları” (Jakobs, 2008a:

⁵³ Ayrıntılı açıklamalar için, bkz, aşağıda, “Düşman Ceza Hukuku ve ‘Hukuk Devleti’ ve ‘Jakobs’un ‘Hukuk Devleti’ Anlayışı” başlıkları.

490) bulunmakla, düşman ceza hukukunun muhtevası da, “en azından” kurallar yoluyla yürütülmesi temelinde şekillenir.

Bu temelde, Jakobs, bir yargılama zemini olarak düşman ceza hukukuna, hukuk devletine ilişkin bir takım güvencelerin “verilmesi” gerektiği düşüncesindedir:

“(…) Düşman ceza hukukuna en azından maddi ceza hukuku ve ceza usul hukukuna ait hukuk devleti güvencelerinin bir kısmı verilmelidir ki, kendi de hukuk devleti içinde barınabilsin ve hatta yurttaş ceza hukuku ile arasındaki fark kapanabilsin. Bu kapsamına alma olgusu, maddi ceza hukukundaki tehlikeyi bertaraf etmeye özgü güvenlik tedbirlerinin diğer yaptırımlarla -bütün düşman ceza hukuku özellikleriyle beraber- ‘müştereken uygulanması’ ile benzeşmektedir. (...) Bilhassa teröristlere karşı kullanılan bir ceza hukuku biçimi olarak düşman ceza hukukunun, cezanın amacından ve ilgili suç tiplerinden çıkarılan hukukun geçerliliğini muhafaza etmek suretiyle güvenliği sağlama yükümlülüğü mevcuttur” (Jakobs, 2008b: 523-524).

Jakobs’un buradaki “hukuk devleti” vurgusu, düşman ceza hukukunun müesses hukuk nizamı içerisinde “yurttaş ceza hukuku” ile birlikte, bir kurallar bütünü olarak “var olabilmesi” ve geçerliliğini bir hukuk olarak muhafaza etmesi ile ilgilidir ve salt bu amaca yöneliktir. Bir diğer ifadeyle, Jakobs, “hukuk devleti”nden bahsederken, düşmanlar açısından temel hak ve özgürlükler ile ilgili herhangi bir imada bulunmamaktadır. Jakobs, “herkese haklarla donanmış bir kişi muamelesi yapılması gerektiğine ilişkin formülün çok soyut kaldığını, formülün varlığının, diğerlerinin davranışlarınca gözetilmediği durumlarda, tespitlerin (de) çok soyut kalacağını” (Jakobs, 2008b: 508) düşündüğü için, söz konusu “düşman” ve “düşmanla mücadele” olduğunda, hukuk devletinin bireylere sunduğu hak ve özgürlüklerle ilgili herhangi bir belirleme söz konusu olmayacaktır.⁵⁴

⁵⁴ Ayrıntılı açıklamalar için, bkz. aşağıda, “Jakobs’un ‘Hukuk Devleti’ Anlayışı” başlığı.

Tam tersine, Jakobs'un vurguladığı “hukuk”, “hakların ortadan kaldırılması” amacının gerçekleşmesine yönelir. Jakobs'un, düşmanlara uygulanacak ceza yargılaması kurallarıyla ilgili olarak,

“(…) Maddi düşman hukukunda olduğu gibi burada da uygulanan benzer tedbirler hukukun dışına taşmaz, fakat zanlılar anılan taarruzun altında kaldıkları müddetçe haklarından mahrum kalacaklardır: Devlet, hukuki ve kuralına uygun bir biçimde hakları uygulamadan kaldırır” (Jakobs, 2008a:500).

biçiminde yaptığı vurgu, tam da “düşmanların haklarını ortadan kaldırma amacına odaklanan” bir “hukuk”a yöneliktir. Jakobs, düşman ceza hukukunun bir hukuk olmadığı yönündeki itiraza, “hukuk sadece insanlara yardım etmek değildir, aynı zamanda zorlamadır” karşılığını verir (Jakobs, 2014: 422-423). Düşman ile savaş, düşmanın ihraç edilmesi olgusuna dayanmakla, (normal) ceza sürecinden farklıdır ve mahkûmun hak sahibi olduğu bir süreç de değildir (Jakobs, 2008a: 505). Yaşamının uzunca bir bölümünü suç yapılarında tüketen birinin, hukuk içinde bulunan kişi olma statüsü ortadan kalkar (Jakobs, 2008b: 517). Bu, düşmanla kurulan ilişkinin, hukuk vasıtasıyla değil, ancak zor temelinde gerçekleştirilmesi anlamına gelir (Jakobs, 2008a: 491). Tehlikeli kişilerin gelecek eylemlerini önlemek için uygulanan baskı, yasal bir ilişkinin yeniden düzenlenmesi amacıyla değil, önleyici tutuklama yoluyla gerçekleştirilir (Jakobs, 2014: 423). Dışlanmış kişilere karşı; hukukla değil, savaşla karşılık verilir. Bununla birlikte, bu, yine de, dışlanmanın hukukla ilgili olmadığı anlamına gelmez (423).

Jakobs, böylesi bir “hukuk”un, “tehlikeli fail”in hak ve özgürlükleri lehine herhangi bir sonuç yaratmayacağını özellikle belirtir. Daha doğrusu, salt “hukuk”un ve “hukukiliğin” kullanımı, karşılıklı hak ve yükümlülüklerin tanınması anlamına gelmez. Aksine, bu, “tehlikeli fail” açısından bir “hukuksuzlaştırma” sürecidir:

“(…) Düşman ile düşman sıfatıyla münasebet kurulduğu müddetçe, mütekabiliyet ilişkisi varlığını yitireceğinden burjuva (sivil) toplumun kendini dayandırdığı hukuki bağ da ortadan kalkacaktır; yani düşmanla kurulacak ilişki bağlamında çerçeve, hukuki bir kavram olamayacaktır (ancak bundan ötürü çerçevenin sınırsız olması da gerekmediğinden, izah edileceği üzere, burada mevzu bahis edilen şey doğumla ortaya çıkan kişiliğin yarattığı haklar değildir, Yani, ‘düşman ceza hukuku’, düşmanın düşman olarak kalmaya devam ettiği müddetçe bir burjuva hukuktaş sıfatıyla topluma dâhil olabilmesi demek değildir.

Yani düşman ihraç edilir. Daha doğru bir ifadeyle bazı haklarından ıskat edilir (….) Bu ihraç veya ıskat kararında, başka bir ifadeyle kişiyi hukuksuzlaştırma sürecinde (….)” (Jakobs, 2008b: 519).

Yine de, düşman ceza hukuku, düşmanları sınırsızca yok etme amacı taşımaz. Jakobs’a göre, aslında bu hukukun sınırı, düşmana karşı uygulanma ve düşmanı ihraç etme amacının getirdiği “doğal” bir istisnailik ve süreksizlik ile,⁵⁵ “geçerli kurallar”dan oluştuğu için ve salt bu anlamda, hukuk devleti içinde yer bulmasının ve “kullanılmasının” getirdiği bir sınırdır:

“(…) Düşman ceza hukuku, sınırsız yok etmeye özgülenmiş kurallar yığını değildir, aksine akıllıca yönetilen bir hukuk devletinde bilinçli olarak istisnai biçimde kullanılan, yani devamlılık arz etmesi gerekmeyen bir *ultima ratio*’dur. Bu öz karara ulaşabilmek için öncelikle düşman ceza hukuku kuralları dâhilinde ‘elde ne olduğunun’ bilinmesi gerekir. Başka türlü olmasının kabul edilemeyeceğinden hareketle, herkesin hukuk nazarında daima hak sahibi olacağına dönük iyi niyetli ama her zaman iyi olanı da kapsamayan bir faraziye söz konusudur. Bu faraziye aslında düşmanın dar veya geniş anlamda toplum dışına çıkarılması sürecinin, yani bu kimsenin haklarıyla ilgili olan şeylerin ve bununla bağlantılı olarak istisna olanın ikaz fonksiyonunun da üzerini örtmektedir” (Jakobs, 2008b: 519).

⁵⁵ Düşman Ceza Hukukunun istisnai olduğu tezinin eleştirisi için, bkz. aşağıda, “Düşman Ceza Hukukunun Yürürlüğü İle İlgili Tartışmalar” ve “Düşman Ceza Hukuku Yürürlüğünün Hukuk Düzenine Etki ve Sonuçları” başlıkları.

Jakobs, bir yandan, cezayı uygulayan açısından “düşmanın ihracı amacının gerçekleştirilmesini belirli kurallara bağlamak” temelli bir “hukuk” tanımlarken, bu, aynı anda, fail açısından “hukuk devleti” kavramının imlediği ve bilinen çerçevesi açısından bir “hukuk yokluğu”na denk gelmektedir. Jakobs, devlet açısından “belirlenmiş kurallar”ı “hukuk” olarak tanımlarken, aynı durumda tehlikeli fail yönünden “hukuk yokluğu”nu da, “yurttaşın hukukiliği”nin karşıtlığı olarak anlamlandırarak aslında böylece hukuka ikili bir karakter ve anlam vaz eder. Bir başka ifadeyle, cezalandırma gücünü kullanan açısından mutlak bir “hukukluluk durumu”, cezalandırılacak birey açısından tam bir “hukuksuzlaşma” sürecini oluşturmakta ve bu durum, aynı “hukuk” sürecinin bir parçası sayılmaktadır.

2.2.1.2. “Kısmi Düşmanlık” ve Topluma Yeniden Dâhil Olma Durumu

Jakobs’un, düşmanın cezalandırma alanının somutluğuna girmeden hemen önce tartıştığı ikinci alan, “kısmi düşman”lıkla ilgilidir. Kuramsal olarak radikal bir biçimde gerekçelendirdiği ve sonuca ulaştırdığı “düşman”lık durumu, “ceza hukuku düzlemi”nde (Jakobs, 2008a: 489), “kısmi düşmanlık” olarak adlandırdığı bir forma esneme yapmaya çalışır.

Jakobs’un, “kısmi düşmanlık” olarak formüle etmeye çalıştığı “ara form”, “maddi dünyadaki gerçeklik” ile ilgilidir:

“Tartışmalar sırasında düşman tanımının bazı noktalarda belirsiz kaldığına dönük yaygın bir eleştiri ile karşılaştım. Bu tespit doğrudur, ancak bir eleştiri olarak hatalı formüle edilmiştir: ‘Yurttaş’ veya ‘yurttaş ceza hukuku’ ve ‘düşman’ veya ‘düşman ceza hukuku’ gibi kavramlar ile bahis konusu edilen şey ideal tip tanımlardır ki, bu tiplerde maddi hayatta saf bir biçimde karşılaşılamaz. Hayata geçirilmiş olanlar daima ara formlardır ve bu sebeple bütün karma tiplerin belirtilerini taşırlar, aynı belirsizliği de taşırlar. Bu düşmanın karakterize edilmesi olgusunu ben kendi başıma keşfetmedim, sadece kanun koyucunun

çeşitli mücadele kanunları ve başkaca hükümler adı altında vaz ettiklerini damıtarak aktarmaya çalıştım. Saf alkol ile kötü şarabın birbirine karışmış olması, damıtıcının problemi değildir, sorun ter kibin yapısındadır” (Jakobs, 2008b: 517).

Jakobs, oluşturduğu kuramın temelini oluşturan “ayırma tezi”nin maddi yaşamda “saf” biçimde gerçekleşmesinin olanaksızlığını, ceza hukuku alanına ait gerçeklik düzeyinde de aynı biçimde vurgular:

“Yurttaş ceza hukuku ve düşman ceza hukuku denildiğinde, aslında saf bir biçimde gerçekleşmesi mümkün olmayan iki düşünsel tipin varlığından söz edilir. (...) Yani burada mevzu olan, birbirine karşılık gelen ve yalıtık iki adet ceza hukuku düzlemi değil, aksine bir olan dünyanın iki kutbudur ve daha başka bir ifadeyle, ceza hukukunun iki adet birbirine farklı gelen eğiliminin bir anlam dâhilinde birleştiği noktadır” (Jakobs, 2008a: 489).

Jakobs, “ideal tip”teki karşıtlıkların karşısında, yaşamın, dolayısıyla ceza yargılaması alanının, ara (ama gerçek) formu olarak, “kısmi düşmanlık” kategorisi oluşturur:

“(…) Bir düşman bile her zaman tüm yönleriyle düşman olarak nitelendirilmemelidir, eğer bir bütünsel düşman söz konusu değilse o halde kısmi bir düşmanın varlığından söz edilmelidir. Bu değerlendirme, failerin davranış biçimlerine göre belirlenen bir öze sahip olacaktır; daha doğrusu hukuktan sadece geçici olarak uzaklaşmamış bir takım davranış biçimlerinin eksikliği halinde söz konusu olacaktır, mesela bazı cinsel suçlarda” (Jakobs, 2008b: 517).

Böylece, “kısmi düşmanlık”, ceza hukuku alanında bir *nitelendirme ve değerlendirme* ölçüsü problemi olarak ortaya çıkar.⁵⁶ Bu, bir yandan da *düşmanın*

⁵⁶ “Düşman”ın gerçek yaşamda tek belirme formu olarak “Kısmi Düşman”ın cezalandırma konusu yapılması ile ilgili eleştiri ve açıklamalar için, bkz, aşağıda, “Sınırı Belirsiz Bir Kategori Olarak ‘Düşman’” başlığı.

“davranış değişimi” ile yeniden yurttaş haline gelme olanağının ortaya çıkması anlamındadır:

“Genellikle ilgili kimse kısmi bir dūřmanlık pozisyonundadır, daha açık bir biçimde belirtirsek, o kendini bu noktaya sabitler; çünkü özgürlükçü bir toplumdaki ihraç edilmek aslında daima kiřinin kendini ihraç etmesi demektir: Dolayısıyla pekâlâ, bir davranış deęiřimi yoluyla dūřman tekrar yurttař haline gelebilir. Zira aslında ihraç süreci, toplumun dūřmanını ‘içeri’ almaması řeklinde tezahür etmez; dūřman kendi kendinin ‘içeri girme’sini engeller, çünkü o götürülecek borcunu ifa etmemektedir, yani kendisinden bir kaygıya gark olmamaktadır” (Jakobs, 2008b: 518).

Ancak “kısmi dūřman”ın yeniden yurttaş haline gelmesi olanağı, hemen “sorunun büyüklüğünün örtülmesine yol açması” tehlikesine bağlanır ve böylesi bir geçirgenliğin pratik olasılığı ortadan kaldırılır:

“(…) Tabii ki söz konusu edilen –kısmi ve kendini ihraç eden- dūřmanlık iliřkisi bir hukuki çerçeveye sahip midir? Cevap önümüzde duruyor: Dūřman ile dūřman sıfatıyla münasebet kurulduęu müddetçe mütekabiliyet iliřkisi varlıęını yitireceęinden burjuva (sivil) toplumun kendini dayandırdıęı hukuki baę da ortadan kalkacaktır; yani dūřmanla kurulacak iliřki baęlamında ereve, hukuki bir kavram olamayacaktır” (Jakobs, 2008b: 519).

Bu biçimde, “topluma yeniden dâhil olma”, failin yargılama sürecindeki davranışlarının deęiřiminin olası bir sonucu olarak vaz edilir ancak bununla ilgili bir somutluk ve ölçülendirme çabası *dahi* önerilmez. Aksine “kısmi dūřmanlık”, devamlı “dūřman” tasvirinin bir parçası ve tahkimi olarak sonuçlandırılır. Esasen, Jakobs’un, ayırma tezinin sertlięini, “maddi yařamın” gerçekleri ve gereksinimleri ile ceza hukuku düzleminde “kısmi dūřmanlık” kategorisiyle “esnetme” giriřimi, sonuç olarak konuyla ilgili herhangi bir ölçülendirme ve deęerlendirme noktası belirleme sonucuna dahi ulařmaksızın sona erer ve “kısmi dūřmanlık”, “dūřmanlık” konumuyla eřitlenmiş bir sonuca ulařır. Bu haliyle “kısmi dūřmanlık”, hem dūřman ceza hukuku kurallarında

herhangi bir farklılık oluşturacak bir olgunluğa ulaşmaktan uzak kalır, hem de yaşama ve ceza hukukuna ilişkin gerçeklikleri temel alma iddiasıyla vurgulanmasına karşın, bu alanla ilgili bir değişim yaratmamasıyla, radikal bir “düşmanla mücadele hukuku” çerçevesini meşrulaştırma çabasının bir parçası haline gelir.

2.2.2. Ceza Hukuku Uygulamasının Temel Karakteri: “Tedbirler Hukuku”

“Uygulamanın ön alanı”na ilişkin yukarıda belirtilen başlıkların ardından, düşman ceza hukuku çerçevesinin, maddi ve usulü ceza hukuku kurallarının oluşturduğu alanla ilgili olarak uygulama biçimlerine, yani “düşmanla mücadele hukuku”nun uygulama alanına ilişkin yaklaşımına geçilebilir.

Düşman ceza hukukunun, tehlikelilikle mücadeleyi bir ceza süreci olarak değil, esasta “*savaşa varıncaya kadar kapsamını geniş tutan bir fiziki zor/kuvvet uygulaması*” (Jakobs, 2008a:494) olarak tanımlaması ve bu tür durumlarda, örneğin teröristlere karşı uygulanması gereken hükümlerin normun geçerliliğine verilen zararı değil, tehlikenin büyüklüğüne göre belirlenen bir ölçüyü esas alması (Jakobs, 2008b: 522), ceza hukuku kurumlarının tasarımına da doğrudan yansır ve öngördüğü uygulamanın karakterini de belirler. Diğer bir ifadeyle, düşman ceza hukuku çerçevesi, kurumsal ayaklarının esaslarını barındıran, ama en çok da somut işlevini “*tehlikeliliği bertaraf etmek*”te bulan (Jakobs, 2008a: 505) kendine özgü bir ceza hukuku yürürlüğü tasarlar. Tasarlanan bu yürürlük, artık, tümüyle, “düşmanla mücadele hukuku”nun somutlanması ve hukuk kuralları dünyasında gerçekleşme biçimi ile ilgilidir.

Jakobs’a göre, tehlikeliliğin en acil bir biçimde ortadan kaldırılması ve düşmanla savaşılarak onun ihraç edilmesi *ihtiyacı*, bu alandaki ceza hukuku uygulamasının, esasen bir “güvenlik tedbirleri hukuku” uygulaması olarak gerçekleşmesi sonucunu doğurmaktadır:

“Terörist teşekkül kurma tipini düzenleyen hükümler bugün için terörizmle mücadele alanında ön plandadır (Alm. C.K.Parg.129 a, 129 b). Bu hükümlerde beşten ona, ondan on beşe (yıl) kadar uzanan ceza süreleri öngörülmüştür, bu sonuncu ceza miktarı bir teşekkülün elebaşı veya arka plan yöneticisi (genelde olmak istedikleri budur) için uygulanacaktır. Beş seneden fazla ceza öngören hükümleri, sadece kamu güvenliğinin zedelenmesinin yarattığı aktüel haksızlık ile gerekçelendirebilmek pek olanaklı değildir. O halde bunlar nasıl bir fonksiyon taşıyorlar? Bu ceza miktarları aslında normun geçerliliğinden hareket eden ve genellikle kusur ceza hukuku olarak anılan bir ceza hukuku anlayışından, tehditkâr tehlikelere karşı geliştirilen bir güvenlik tedbirleri hukukunu zemin alan bir ceza hukuku anlayışına geçişe işaret ediyorlar” (Jakobs, 2008b: 522).

“Güvenlik Tedbirleri Hukuku”, temelde bir cezayı değil, fiziksel etkililiği sağlamaya yönelik müeyyideler bütünüdür. “Ceza”nın güvenliği sağlayıcı etkisinin olmadığı “tehlikelilik” durumlarında, bu müeyyideler, eylemden ve eyleme verilen bir karşılıktan daha çok, geleceğe ilişkindirler ve tehlikeliliği sona erdirmeye yönelirler:

“(…) Ceza aynı zamanda bir şeylere de tesir eder, bedeni bir karşılığı vardır: Böylelikle mahkûm, infaza tabi olduğu müddet zarfında infaz kurumu dışında suç işleyemeyecektir. -işte: hürriyeti bağlayıcı ceza müddetince güvenlik sağlayan özel önleme. Hürriyeti bağlayıcı cezanın daha ağır eylemlere dair kuralcı bir tepki özelliği taşımasının inandırıcılığı, cezanın anılan yönde güvenliği sağlayan bir etki taşımaması halinde çelişkili olacaktır. Sırf bu açıdan yaklaşıldığında zorun hiçbir anlamı olmayacaktır, ancak zorun bir etkisinin varlığından söz edilebilir. Buna göre zor, hukukun parçası olan kişiye değil, tehlikeli bireye karşı uygulanan bir biçimdir. Bu çıkarım, hürriyeti bağlayıcı cezanın emniyet sağlamaya dönük etkisinin, bir güvenlik tedbiri ölçütü olarak öngörüldüğü durumlarda daha anlamlı bir karşılık bulur (Alm. CK. Parg 61, no:3, parag. 66). Anılan durumlarda bakışlar, üzerine hüküm tesis edilen eylemden ziyade geleceğe ilişkin, yani ‘önemli addedilen suçların’ umum açısından yarattığı ‘tehlikeliliği’ makyas alan bir bakış açısına çevrilir (Alm. CK. Parg. 66 f 1, no:3). Cezanın muhatabı olmaya kendinde ehil olan kişinin yerine tehlikeli birey geçer: Artık bir tedbir ölçütünü referans alan –bir cezayı değil- ve

fiziksel etkililiği tartışılan bir müeyyide söz konusu olacaktır” (Jakobs, 2008a: 490).

Jakobs’a göre, düşman ceza hukuku teorisinin temellerinin esaslı tüm unsurları, düşman ceza hukuku düzenlemelerinin bir “tedbirler hukuku” olarak gerçekleşmesiyle pratik bir karşılık bulurlar. Öngörülen tedbirler, bu açıdan, kuramsal olarak saptanan esasların, hukuk dünyasındaki somut ifadeleridir:

“Örnek olarak güvenlik önlemlerinin bir ceza değil, bir tedbir ölçütü oldukları belirtildi. Ceza hukuku düzenlemelerine ilişkin birçok diğer örnekte, kişisel davranışların yarattığı beklentilerin devamlı surette hayal kırıklığı yarattığı durumlarda suçluya kişi muamelesi yapılmasına dair hukuksal duruşun da giderek güçsüzleştiği gözlemlenebilecektir. Böylelikle kanun koyucunun (maddi hukuk boyutunda kalarak) yasa yapıcılığı giderek -açıkça bu isim kullanılıyor- bir mücadele araçları üretimi halini alıyor; mesela ekonomik suçluluk, terörizm, organize suçluluk, cinsel suçlar ve diğer tehlikeli suç tipleri ve son olarak da ‘suçun’ kendisi ile bireyler üzerinden mücadele veriliyor ki bu bireyler ya kendi manevi dünyalarında (örneğin cinsel suçlarda) ya da her türlü piyasa ilişkilerinde (örneğin ekonomik suçluluk, uyuşturucu madde suçluluğu ve benzer suçluluk hallerinde) ya da bir örgüt ile bağ kurdukları durumlarda (örneğin terörizm, örgütlü suçluluk ve suç işleme kararının bulunduğu hallerde (Alm. CK. Parg. 30) devamlı ve kararlı bir biçimde mücadele edilecek bir konuma gelmiş oluyor” (Jakobs, 2008a: 497).

“Tedbirler Hukuku”, kişi olmaktan çıkmış ve tehlikeli bir kimseye karşı açılan savaşın ve uygulanan zorun/ kuvvetin, ceza uygulamaları alanındaki somut karşılığıdır. Bu açıdan, düşman ceza hukuku anlayışının hukuk normları düzleminde cisimleşmiş halini temsil ederler. Gerek maddi ceza hukuku, gerekse de usul hukuku alanındaki “düşmanla mücadele hukuku” kuralları, esasen bir “tedbirler toplamı” olarak tasarlanırlar. Bu durumda, tehlikeliliği sona erdirecek tedbirlerin, maddi ceza hukuku ve yargılama hukuku alanlarındaki biçimleri, ayrı ayrı ele alınabilir.

2.2.2.1. Maddi Ceza Hukuku Alanına İlişkin “Düşmanla Mücadele” Düzenlemeleri

Maddi ceza hukuku alanındaki düşman ceza hukuku düzenlemeleri, aynı zamanda bir “tedbir hukuku” olarak gerçekleşmenin tipik karakterini bütünüyle yansıtırlar. Maddi hukukta öngörülen düşmanla mücadele kuralları, temelde, “tehlikenin önlenmesi” amacına odaklanırlar ve uygulama biçimlerini de bu temelde bulurlar.

Maddi ceza hukukundaki düşman ceza hukuku düzenlemelerinin birinci önemli niteliği, “cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi”dir. Bu, henüz hazırlık aşamasında olan ve dışsallaşmamış eylemlere cezai bir tepki gösterme anlamındadır (Jakobs, 2008a: 498):

“(…) Bu gibi durumlarda, öncelikle mesele normun geçerliliğine zarar verilmiş olması sebebiyle onun tamir edilmesi değildir, daha ziyade mesele bir tehlikenin bertaraf edilmesi hususundadır: Bu gibi durumlarda cezalandırılabilirlik hazırlık aşamasına kadar geriletilmiş ve ceza, gerçekleşen neticeden ötürü failin kınanmasına değil müstakbel eylemlerin önlenmesi çabasına dönük bir anlam kazanmıştır” (498).

Jakobs, Alman Ceza Yasası’nda öngörülen “hazırlık hareketlerinin cezalandırılması” ile ilgili hükmün tarihsel evrimini ve en son aldığı biçimi tartışarak, konuya ilişkin yaklaşımını belirginleştirir. O’na göre bu hüküm, eylem haline gelmeyip henüz planlanan bir müstakbel eylemi cezalandırmasını öngören en son haliyle, tipik bir düşman ceza hukuku düzenlemesidir:

“(…) Suça hazırlık kavramına tekabül eden bir örnek bu durumun anlaşılmasında yararlı olacaktır: 1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu ve 1871 tarihli imparatorluk ceza kanunu kendi kabuğunu kıramamış hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasını kabul etmiyordu. İşte bu yıllarda toplumsal kurumların dünyevileştirilmesini amaçlayan kültür mücadelesi döneminde bir yabancı (….) kilisenin ülke dışındaki yüksek temsilcilerinden birine (….) hatırı sayılır bir meblağ karşılığında Alman imparatorluk Şansölyesi Bismarck’ı öldürebileceğini

teklif etmesi üzerine Alman Ceza Kanunu'na anılan nitelikteki ağır suçları işlemek için hazırlık hareketlerine girişilmesini üç aydan beş yıla kadar hapis ile tecziye eden, sair hallerde de iki yıla kadar hapis cezası öngören bir hüküm (1876 düzenlemesi sonrası Alm İmp.C.K Parg. 49a ve 16) eklenir. Hükümün bu yumuşak tasarımı, açıkça onun bir düşmanın ne kadar tehlikeli olduğundan değil de, bir failin o ana kadar ne oranda bir eylem girişiminde bulunduğu üzerinden şekillenmiş bir düzenleme olduğunu gösterir: Hükümün hedefi kamu güvenliğidir” (Jakobs, 2008a: 502).

Jakobs, hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasında, tehlikeliliğin değil, hazırlık hareketlerine ne oranda girişildiğini ölçü alan bu düzenlemenin, sonraki değişikliklerle birlikte, bir düşman ceza hukuku düzenlemesi haline geldiğini belirtir. Bu değişikliklerle birlikte, yasa, hazırlık hareketlerinin tamamlanıp tamamlandığıyla değil, planlanan eyleme göre ceza öngören bir içeriğe kavuşmuştur:

“1943'te hüküm içeriği (başka birkaç maddeyle beraber) daha şedit bir hale getirildi ve ceza her tasavvur edilen eyleme göre belirlenen bir içeriğe kavuştu. Böylelikle kamu güvenliğini korumayı hedef alan hüküm, gerçekten, hazırlık hareketlerini cezalandıran bir norma dönüştürüldü ve bugüne değin bu düzenlemeden geri dönülmedi. Henüz eylem haline gelmemiş, sadece planlanan, yani gerçekleşmemiş bir norm geçerliliği zararı doğmamış; sadece müstakbel bir zarar tehlikesinin kaim olduğu bir düşman ceza hukuku düzenlemesidir. İlkesel muhaliflere, yani teröristlere karşı uygulanması gereken hüküm, tehlikenin büyüklüğüne göre belirlenen bir ölçüyü –asla normun geçerliliğine verilen zararı değil- esas almalıdır” (502).

Jakobs, belirtilen yasanın sadece düşmanlara değil, her suç failine ve her azmettirene uygulandığını ve bir düşman ceza hukuku düzenlemesi olması gereken bu hükümün, yurttaş ceza hukuku alanına da uygulanmasının son derece zararlı sonuçlara yol açacağını belirterek, yasa hükümünü bu açıdan eleştirir (502).

Hazırlık hareketlerinin cezalandırılması ve cezalandırılabilirliğin öne çekilmesiyle birlikte, maddi ceza hukukunda öngörülen ve düşman ceza hukuku kuralı

niteliğindeki ikinci önemli “tedbir düzenlemesi”, düşman ceza hukuku alanına giren suçlarla, ama özellikle “terör örgütüne üye olma” suçuyla ilgili olarak, bu tür örgütlere üye olmanın bizatihi cezalandırma alanı haline getirilmesidir.⁵⁷

Öncelikle, bir kişinin suç örgütleri içinde bulunması, bir “suç yapısının”da içinde olması anlamına gelir ve *salt bu nedenle* de cezalandırılma koşulları gerçekleşmiş olur:

“Alman kanun koyucunun bazı kanunları ‘mücadele kanunları’ olarak isimlendiriyor olmasında şaşılacak bir şey yoktur. Örnek olarak; örgütlü suçların ağır biçimleri için geçerli olan ‘ekonomik suçluluk’ ile mücadele veya ‘terörizmle’ ve ‘yasadışı uyuşturucu madde ticareti ve örgütlü suçluluğun benzer görünüş biçimleriyle’ mücadele vb. sayılabilir. Her kim hayatının uzunca bir süresini suç yapılarında tüketmişse, artık bu kimseden tümünden olmasa da kısmen hukuka sadık davranma beklentisi ve dolayısıyla onun hukuk içinde bulunan kişi olma statüsüne dair şart ortadan kalkmış olacaktır. Bu örgütlü suç faili, iyi bir aile babası ve ihtiyat sahibi bir araba şoförü olabilir, şiddetten nefret ediyor ve hayvanlara sevgi de besliyor olabilir, ama tüm bunları bu kimsenin örgütünün eylemlerinden de beklemek, basit bir safdillik olur” (Jakobs, 2008b: 517).

Jakobs, örgüt üyeliğinin, başkaca diğer suçların da varlığı anlamına geldiğini, *a priori* olarak kabul etmektedir. Burada, örgüt üyesi, başka ağır bir takım suçları da *işleyen/işleyecek/işlemeye hazır* bir fail olarak tanımlanmakta ve örgüt üyeliği suçu da, bu biçimde, müstakil bir suç olarak ortaya çıkmaktadır:

“(…) Sıradan suçlulara karşı yukarıda belirttiğimiz gibi tehlikeli birey değil de hatalı hareket eden kişi muamelesi yapılmasının, itiyadi suçlular veya bir örgüte üye olmuş failer gündeme geldiğinde söz konusu olması bayağı zordur – tekerrür eden kural dışı davranıştan doğan tehlikeye gösterilen tepkinin zorunluluğu ön plana geçiyor-. Ve bilhassa hukuk düzeninin yetke sınırlarını ilkesel olarak reddeden ve tam da bu sebepten ötürü anılan sınırların dışında kalan ve aslında onu yıkmak isteyen teröristler söz konusu olduğunda da kişi muamelesi görme kesin olarak sona erecektir. Belirtelim ki, cinayetler işleyen ve

⁵⁷ Ayrıntılı eleştiri ve açıklamalar için, bkz. aşağıda, “Bir Suç Tipi Olarak ‘Örgüt Üyeliği’ Suçları” başlığı.

hatta daha da fazlasını yapan bir terörist, bu neviden eylemleri suç olarak telakki eden her devletin hukuku tarafından cezalandırılabilir bir suçlu muamelesi görecektir. İster radikal maksatlarla isterse de hoş kurgulu bir üslupla işlenmiş olsun, suç, suçtur” (Jakobs, 2008a: 498).

Jakobs’a göre, bir suç tipi olarak terör örgütü üyesi/ yöneticisi olma suçuna öngörülen ceza, tehlikelere karşı geliştirilen ve “güvenlik tedbiri” işlev ve amacını gösterir bir ceza hukuku anlayışını yansıtmaktadır:

“Terörist teşekkül kurma suç tipini düzenleyen hükümler bugün için terörizmle mücadele alanında ön plandadır (Alm. C.K. parag 129a, 129b). Bu hükümlerde beşten ona, ondan on beşe (yıl) kadar uzanan ceza süreleri öngörülmüştür, bu sonuncu ceza miktarı bir teşekkülün elebaşı veya arka plan yöneticisi (genelde olmak istedikleri budur) için uygulanacaktır. Beş seneden fazla ceza öngören hükümleri, sadece kamu güvenliğinin zedelenmesinin yarattığı aktüel haksızlık ile gerekçelendirebilmek pek olanaklı değildir -o halde, bunlar nasıl bir fonksiyon taşıyorlar? Bu ceza miktarları aslında normun geçerliliğinden hareket eden ve genellikle kusur ceza hukuku olarak anılan bir ceza hukuku anlayışından, tehditkâr tehlikelere karşı geliştirilen bir güvenlik tedbirleri hukukunu zemin alan bir ceza hukuku anlayışına geçişe işaret ediyorlar (...)” (Jakobs, 2008b: 522).

Ama öte yandan Jakobs’a göre, “örgüte üyelik” ile “hazırlık hareketlerinin cezalandırılması” durumları da, birbirini tamamlamaktadır ve aynı noktayı işaret etmektedir: Terör örgütü üyesinin, salt “üye olması” nedeniyle cezalandırılması, aynı zamanda, “müstakbel eylemlerin önlenmesi” ve “hazırlık hareketlerinin cezalandırmaya tabi kılınması” anlamındadır:

“(…) Bir suç örgütü veya terörist örgüt kurma suç tiplerini ele alalım; anılan durumlarda bir zarar, suç işlemeye -yaklaşmış olsa da- dönük eylemler söz konusu değildir. Almanya özelinde, suça hazırlık hareketlerinin cezalandırılması sürecinin gelişimi, özellikle yurttaş ve düşman kavramları arasındaki farkın ne kadar kullanışlı bir içeriğe sahip olabileceğini de öğretti.” (Jakobs, 2008b: 521).

Bir diğerk ifadeyle, suç örgütüne üyelik, “tehlkkelilik” ile ilgili tüm bilgiyi sunduğundan, örgüte mensup olan bir kimsenin bu nedenle cezalandırılması, aynı zamanda bazı suç eylemlerinin de hazırlığının yapıldığının ve/veya planlandığının varsayılarak, planlanan eylemin de cezalandırılması anlamına gelmektedir. Burada ceza, aynı zamanda, planlandığı düşünölen eyleme karşı verilen bir karşılıktır:

“Ceza hukuku, kendi kuralları açısından bakıldığında iki farklı kutbun ve eğilimin varlığını tanır: Birinci çerçeve yurttaştır. Buna göre yurttaş eylemini dışsallaştırana kadar beklenir ve ancak bundan sonra ona müdahale edilir, çünkü ancak bu aşamada toplumun normatif yapısı takviye edilebilecektir. İkinci çerçeve ise, düşmana ilişkindir. Düşman, eylem hazırlığına başladığı anda yakalanması gereken ve tehlikeliliğı ile mücadele edilen kimsedir. Örneğın birinci çerçeveye örnek olarak; tek başına ve doğrudan, tipte yer alan eylemlilikleri gerçekleştiren kasten öldürme suçunun failini gösterebiliriz (Alm. C.K. Parg.22 ve 212). İkinci çerçeveye örnek olarak da terörist bir teşekkölün elebaşını veya arka plan yöneticisini (genelde olmak istedikleri budur) gösterebiliriz. Bu çerçevedeki kimselere, eğer bir suç örgütünü kurmuş veya onun içerisinde aktif üye olmuşsa (Alm. C.K. Parg.129a) kasten öldürmeye teşebbüs eden herhangi bir kimseye verilecek olana oranla biraz daha az ceza öngörölüyor. Yani gerçekleştirmeyi planladıkları eylemlerin karşılığına nazaran -üç aşağı beş yukarı denk gelen- biraz belirsiz bir ceza söz konusu olur. Aslında burada mevzu bahis edilen şey ‘ceza’ olarak adlandırılan ve peşinen infaz edilen bir çeşit güvenlik tedbiridir” (Jakobs, 2008a: 499).

Aslında, Jakobs’un yaklaşımında, “örgüt üyeliğı” suçu ile “hazırlık hareketlerinin cezalandırılması” durumu, birbiriyle iç içe geçmekte ve cezalandırılabilirlik açısından da birbirinin gerekçesi haline gelmektedir. Örgüt üyeliğı, aynı zamanda başkaca suçları işleme ve/veya bu suçları planlama ve hazırlama kararının bulunması anlamına geldiğı için, müstakil bir suç olarak (bir diğerk ifadeyle başkaca suçların işlendiğıne ve işlenmesi için hazırlık hareketlerine de başlanıp başlanmadığına

bakılmaksızın) cezalandırılmaktadır.⁵⁸ Bu durum, özünde, bir bütün olarak, tehlikelilik durumunun cezaya tabi kılınması ve tehlikenin bertaraf edilmesi ile ilgilidir:

“ (...)Böylelikle kanun koyucunun (maddi hukuk boyutunda kalarak) yasa yapıcılığı giderek -açıkça bu isim kullanılıyor- bir mücadele araçları üretimi halini alıyor; mesela ekonomik suçluluk, terörizm, organize suçluluk, cinsel suçlar ve diğer tehlikeli suç tipleri ve son olarak ‘suçun’ kendisi ile bireyler üzerinden mücadele veriliyor ki bu bireyler ya kendi manevi dünyalarında (örneğin cinsel suçlarda) ya da (...) örgütle bağ kurdukları durumlarda (örneğin terörizm, örgütlü suçluluk ve suç işleme kararının bulunduğu hallerde (Alm. CK. Parg. 30) devamlı ve kararlı bir biçimde mücadele edilecek bir konuma gelmiş oluyor. (...) bu gibi durumlarda öncelikle mesele normun geçerliliğine zarar verilmiş olması sebebiyle onun tamir edilmesi değildir, daha ziyade mesele bir tehlikenin bertaraf edilmesi hususundadır: Bu gibi durumlarda cezalandırılabilirlik hazırlık aşamasına kadar geriletilmiş ve ceza, gerçekleşen neticeden ötürü failin kınanmasına değil müstakbel eylemlerin önlenmesi çabasına dönük bir anlam kazanmıştır” (Jakobs, 2008a: 498).

Böylece, Jakobs’un maddi ceza hukuku alanına ilişkin olarak belirlediği ve “tedbir hukuku” niteliğindeki iki ana çizgi, birbiriyle bütünleşik biçimde anlam kazanır. Cezalandırılabilirliğin, hazırlık hareketlerini de kapsayacak biçimde öne çekilmesi ve “örgüte üye olma”nın müstakil bir cezalandırma alanı olarak belirlenmesi ile, hukuka yüklenen “düşmanla mücadele” işlevi yerine getirilmiş olur.

2.2.2.2. Yargılama/Soruşturma Usulü Hukuku Alanına İlişkin Düşman Ceza Hukuku Düzenlemeleri

Yargılama Usulü Hukuku alanında da temel ölçü, maddi ceza hukuku alanında olduğu gibi, “tehlikenin bertaraf edilmesi”dir. Jakobs’a göre bu temel ölçü ve eğilim,

⁵⁸ Konu ile ilgili eleştirel yaklaşım ve açıklamalar için, bkz. aşağıda, “Bir Suç Tipi Olarak ‘Örgüt Üyeliği’ Suçları” başlığı.

maddi hukuk boyutunda olduğu gibi, yargılama usulü hukukunda da aynen geçerli olmalı ve birbiriyle paralellik taşınmalıdır (Jakobs, 2008a: 500, 505).

Jakobs'a göre normal yurttaşlar açısından yargılama hukuku, zanlıyı, "sürecin öznesi" (Jakobs, 2008a: 499) olarak ele alır ve bu yönüyle çağdaş yargılama süreci, geçmiş yargılama usullerinden ayrılır:

"(...) Zaten süjenin bu konumu nedeniyledir ki, günümüzün reforme yargı süreci ile engizisyon usulleri birbirinden farklılaşır. Şimdi bu farklılıkların bir kaçını sayalım: Meramını anlatma hakkı, ispat vasıtaları sunma hakkı, sorgulamada hazır bulunma hakkı ve bilhassa zanlının kendi ifadesi sırasında bu işlemi yapabilecek durumda olması hakkı, yani ne zihni bulandırılmış, ne zor altına alınmış ne de iradesi ifsat edilmiş olmamalıdır (Alm. CMK. Parg.136a)" (499).

Jakobs'a göre, normal suçluluk söz konusu olduğunda, şüpheliyi fiziksel zor altında bırakan bir usul tedbiri olan tutuklama durumu dahi, "yargılama sürecine süjeyi katma" amacına yöneliktir:

"(...) Zanlı için hususi bir anlamı olmayan güvenlik tedbirlerinden farklı olan tutuklamada, fiziksel bir zor altında olmak onu tüketmez, çünkü zanlı yargılama sürecine –zan altında bulunan bir kişi sıfatıyla tüm zihni berraklığıyla- katılmalıdır; işte tam bu sebepten ötürü zanlının tüketilmesi amaçlanmaz, çünkü aslında onun tutuklanmasının gerçek sebebi, yargılama sürecine katılmasını sağlamaktan başka bir şey değildir" (500).

Yargılama usulünde, normal suçluluk için temel ölçü olan "şüphelinin yargılama sürecine katılması" durumu, "tehlikeli kimse" söz konusu olduğunda, bütünüyle ortadan kalkar. Bu halde, "tehlikenin bertaraf edilmesi" ve "düşmanın ihracının sağlanması" (Jakobs, 2008a: 505) temelinde, bütün usulü güvenceler ortadan kaldırılır:

"İşte bu zor, hukuk altında yaşayan bir kişiye değil de -zira kişi ne delil karartır, ne de kaçır- aksine kendi içgüdü ve korkularıyla düzenli/ kurallı hukuk sürecini tehlikeye sokan bireye, düşmanca davrandığı müddetçe yönelecektir. Aynı zor her türlü taarruz biçiminde de görünür hale gelir, mesela kan örneği alma (Alm.

CMK. Parg. 81a), mesela kayda alındığında zanlının hiçbir şeyden haberi olmadığı ve haberi olması da gerekmediği (çünkü tedbirler ancak zanlıların onlar hakkında fikir sahibi olmadıkları zaman işlevsel olabilir) her türlü dinleme talebinde olduğu gibi. Bir kaçının ismini verelim: İletişimin denetlenmesi (Alm. CMK. Parg. 100a), sair gizli gözlem usulleri (Alm. CMK. Parg. 100c) ve gizli soruşturmacı görevlendirme (Alm. CMK. Parg. 110a). Maddi Düşman Ceza Hukuku'nda olduğu gibi burada da uygulanan benzer tedbirler hukukun dışına taşmaz, fakat zanlılar anılan taarruzun altında kaldıkları müddetçe haklarından mahrum kalacaklardır. Devlet hukuki ve kuralına uygun bir biçimde hakları uygulamadan kaldırır” (Jakobs , 2008a: 500).

Dolayısıyla, şüphelinin haklarını, yargılama sürecinin asli bir parçası olarak öngören çağdaş yaklaşım, Jakobs açısından tümüyle normal suçluluk alanına ilişkindir. Söz konusu “düşman” olduğunda, temel olarak yargılama usulü yasalarıyla düzenlenen sanık hakları, “usulüne uygun” biçimde ortadan kaldırılacaktır. Buna, soruşturma/ yargılama veya infaz süreçlerinde, şüphelinin/ sanığın/ mahkumun en yaşamsal haklarından birisi olarak kabul edilen “müdafî ile görüşme hakkı” da dahildir:

“Terörist tehlikelerin bertaraf edilmesine ilişkin en kaba (düşman ceza hukuku) usul kuralları maddi hukuk boyutunda olduğu gibi aynen geçerli olmalıdır, mesela tutuklunun veya mahkûmun müdafileri ile aralarında kuracakları görüşmenin yaşam hakkına, vücut bütünlüğü hakkına veya bir kişinin özgürlüğüne karşı tehlike oluşturma ihtimali yarattığına dair bir ipucu ortaya çıkmışsa, bu iletişimin engellenmesi gerekir” (Jakobs, 2008b: 525).

Esasen, Jakobs'un öngördüğü düşman ceza hukuku enstrümanlarının maddi hukuka veya usul hukukuna ait olması, niteliksel bir fark yaratmamaktadır. Hangi alana ilişkin olursa olsun, bu enstrümanların tamamı, tehlikeliliğin sona erdirilmesine yöneliktir. Önleyici gözaltı, bir akıl hastanesine yerleştirme, tedavi merkezine kapatılma gibi usul uygulamaları yanında, suç örgütü ve terör örgütü üyelerinin cezalandırılması gibi Alman Hukukunda görülen özgürlükten yoksun bırakma tedbirleri, en açık biçimde düşman ceza hukuku düzenlemeleridir (Jakobs, 2014: 421). Yine, gizli

soruşturma, telekulak, gizli tanıklık gibi usuller, hukukun yönlendirme yeteneğine bağlı olarak kullanılacak istisnai usullerdir. Devlet vatandaşlarıyla bunları konuşmaz ancak bu usulleri kullanarak düşmanlarını yok eder (424).

Öte yandan, Jakobs, belirtilen düşman ceza hukuku usulü düzenlemelerinin, yurttaş ceza hukuku alanına sirayet etmemesi gerektiğine özellikle dikkat çeker. Ona göre, “düşman”a özgü uygulanması gereken usul kuralları, bir yurttaşta uygulanmamalıdır:

“(…) Fakat bu usulü düzenlemelerin adını koyabiliriz: Bir yurttaşta ‘kulak kesilmek’ veya ona karşı gizli soruşturma vasıtaları organize etmek onun statüsüne pek de uygun düşmemektedir. Bunlar daha ziyade kendilerinden hukuka sadık davranma beklentisinin olmadığı bireylere, yani tam anlamıyla yurttaş ve hukuktaş kişi muamelesi yapılmayan ve aslında yapılmasının da mümkün olamayacağı kimselere karşı uygulanabilirler” (Jakobs, 2008b: 525).

Jakobs’un, ceza yargılaması usul hukukuna ilişkin bu “sınırlama” kaydı, aslında düşman ceza hukukunun tamamına ilişkin olarak öngördüğü bazı sınırların bir parçasıdır. “Düşman ceza hukuku alanları ve kurallarının yurttaş ceza hukuku içerisine girmesinin önlenmesi” başta olmak üzere, Jakobs, düşman ceza hukukunun bazı noktalar açısından sınırlamalara tabi kılınması gerektiğini belirtmektedir.

2.2.3. Düşman Ceza Hukuku Kurallarının “Sınırları”

Jakobs, yukarıda belirtilen ve “düşman ceza hukuku ile yurttaş ceza hukuku düzenlemelerinin birbirine karışması” anlamına gelebilecek uygulamaları özellikle eleştirmekte ve bu noktayı düşman ceza hukukunun en önemli “sınırlama noktası”

olarak kabul etmektedir.⁵⁹ Jakobs'a göre, "Açık seçik belirlenmiş bir düşman ceza hukuku, tüm ceza hukuku anlayışlarının birbirine bulandığı ve düşman ceza hukukuna ait müesseselerin bu bulamaca şırınga edildiği bir alışımdan her halükarda –bilhassa da hukuk devleti uyarınca- daha az tehlikelidir" (Jakobs,2008a:505).

Jakobs, Alman Ceza Kanunu'nda hazırlık hareketlerini cezalandıran hükmün geçirdiği değişimleri değerlendirdiği bahiste, bu noktanın üzerinde özellikle durmaktadır. Jakobs'a göre tipik bir düşman ceza hukuku düzenlemesi olarak teröristlere uygulanması *gereken*, ancak düzenlediği alan itibariyle her türlü suç planını cezalandırma konusu haline getiren bu hüküm, bir düşman ceza hukuku düzenlemesinin yurttaşlara da uygulanması sonucunu doğurmaktadır:

"(Bu düzenleme- y.n) (...) henüz eylem haline gelmemiş, sadece planlanan, yani gerçekleşmiş bir norm geçerliliği zararı doğmamış; sadece müstakbel bir eylemin var olduğu, başka bir ifadeyle aktüel norm geçerliliği zararı yerine müstakbel zarar ilkesinin kaim olduğu bir düşman ceza hukuku düzenlemesidir. İlkesel muhaliflere yani teröristlere uygulanması gereken hüküm, tehlikenin büyüklüğüne göre belirlenen bir ölçüyü -asla normun geçerliliğine verilen zararı değil- esas almalıdır. Ancak bu anılan düzenleme ile her türlü suç planı mesela bir yağma fiili bile sayılan özellikleri taşımaya yetecektir. Herhangi bir haklı temelden mahrum olan bu derece aşırı bir düşman ceza hukuku düzenlemesinin kabul edilmesi, (...) hukuku devleti açısından son derece zararlı sonuçlara yol açacaktır, zira son durumda sadece -önemli olan- teröriste kişi muamelesi yapılmaz, hâlbuki birinci durumda teknik anlamda her suç failine ve her azmettirene (Alm. CK. Parg. 12/f.1 ve 30) bu muamele reva görülüyor. Öyle ki, yurttaş ceza kanununun büyük bir kısmı düşman ceza hukuku ile birbirine karışıyor" (Jakobs, 2008a: 502).

Jakobs, Alman Ceza Kanunu'nun hazırlık hareketlerini cezalandıran hükmünü yalnızca uygulama alanı açısından değil, öngördüğü ceza miktarı açısından da eleştirir.

⁵⁹ Jakobs tarafından belirlenen sınırların eleştirisi için, bkz. aşağıda, "Düşman Ceza Hukuku Yürürlüğünün Hukuk Düzenine Etki ve Sonuçları" başlığı.

Jakobs'a göre, bu hükümlerle öngörülen cezaların fazlalığı, devlet açısından "kayıtsız şartsız nefsi müdafa"yı temsil etmektedir. Ama öte yandan düşmanların hazırlık hareketlerinin cezasız kılınması da "görevlilerinin, düşmanlarının kanında banyo yapmasını gerektiren bir durumda geri çekilme ve tamamen mahvolma anlamına gelen, kayıtsız şartsız bir pasifizm" dir (Jakobs, 2008b: 526). Hazırlık hareketlerine daha fazla ceza öngören düzenlemeden, beş yıla kadar hapis cezası öngören eski düzenlemeye yeniden dönüldüğü takdirde, düşman ceza hukuku uygulamasının geriye dönüşü olmayan bir niteliğe ulaşması ve yurttaş ceza hukukuyla iç içe girme tehlikesi azalmış olacaktır:

"Kayıtsız şartsız nefsi müdafaadan olduğu gibi kayıtsız şartsız pasifizmin de ekstrem yapısından uzaklaşıldığında artık erişilebilir olanla ve pratik optimal ile ilgilenilir. Bu erişilebilir pratik optimal; bunun akıl emri olmasından bağımsız olarak, fiziksel güç kullanmanın yolsuzlaştırıcı yan etkilerini asgari hadde tutmak için düşman ceza hukukunu lüzumlu olan kadarla sınırlandırmak demek olacaktır. Kanun koyucu bu yolda, kamu güvenliğini bozan hazırlık hareketlerini beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandıran genel nitelikteki eski düzenlemesine dönerek, basit hem de çok basit bir adım atabilir. Kanun koyucunun bu olası tercihi tabi ki her türlü düşman ceza hukuku biçiminin kaldırılması manasına gelmez, hatta bu yoldaki bir girişim olarak da kabul edilemez; ancak bu problemin ne olduğu hususunda artık bilinçli olduğunu ispat eder. Ve bu problem bilinci ne kadar derinleşirse, düşman ceza hukukunun geri dönüşsüz bir konuma erişmesi ve yurttaş ceza hukukuyla iç içe geçme tehlikesi de o kadar azalmış olur" (Jakobs, 2008b: 526).

Jakobs'un, bir yandan hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasını "yurttaş ceza hukuku ile düşman ceza hukukunun birbirine karışması" bağlamında eleştirirken, diğer yandan da konuyla ilgili olarak yasa koyucuya, yine genel nitelikli (ancak daha az miktarda) bir hüküm getirilmesi önerisinde bulunmaktadır. Bu açıdan, sınırlamayı nasıl ve ne biçimde tanımladığı noktası belirsiz kalmakla birlikte, yaklaşımın ana ekseninin, düşman ceza hukukunun yurttaş ceza hukuku alanında da uygulanması tehlikesine

dikkat çekmek olduğu söylenebilir. Jakobs'un bu noktayı özellikle vurgulaması, kendi hukuk anlayışının oturduğu temel zemini ve "ayırma tezi"ni muhafaza etmesi açısından bir zorunluluk olarak görünmektedir: Aksi durumda, yani düşman ceza hukuku kurallarının, "*suçluyu topluma yeniden kazandırmak, onarmak ve ona normal bir yaşam sürdürmek işlevini yerine getiren*" (Galli, 2012: 163) yurttaş ceza hukuku alanına sirayet etmesi halinde, Jakobs'un temel ayrımı anlamsız kılınacak ve hukuk anlayışı temel dayanağından mahrum kalacaktır.

Jakobs açısından tersi de (özellikle) doğrudur. Yurttaş ceza hukuku anlayışının düşmanlara da uygulanması, terörizm için bulunmaz bir fırsat yaratacaktır:

"(...) Hukuk devletinin soyut kavramsallığından doğan meşruiyete ilişkin soruya verilen cevaptan yapılan çıkarımların hiçbir kıymeti yoktur. Güvenlik tedbiri nedir bilmeyen, terörist örgüt kurma suçunu sadece kamusal düzeni ihlal eden eylem vasfıyla cezalandıran, ilgililerin dış dünya ile bağlantısını kesme, iletişimin dinlenmesi, gizli soruşturmacı tayin etme nedir bilmeyen ve tüm bu sayılanlara yabancı olan bir devlet, böyle tedbirlere müsaade eden bir devlete nazaran sadece soyut olarak tespit edilebilen hukuk devleti kavramının ideal biçimine yaklaşabilir. (...) Yukarıda kişi ve hukuk geçerliliği kavramlarına ilişkin bahislerde ifade ettiğimiz gibi, hukuk devleti de sadece düşünsel ve postule edilmiş bir kavram olduğu için gerçek haline gelemmez. Her kim hiçbir ayırıma tabi tutmadan, hukuk devletinde her şeyin daima gerçekleşmesi gerektiğini düşünüyorsa, şunu da bilmelidir ki, somut gerçeklik altında o anılan 'her şeye' bir de 'veya hiçbir şey' sözü eşlik eder. Bu şekilde kurgulanan mükemmel bir hukuk devleti teröristler için muhteşem bir istihkâm avantajı sağlayacak ve kendi hâkimiyet sahasında kalmaları için, daha doğrusu faaliyette bulunmaları için onları ülkesine davet edecektir" (Jakobs, 2008b: 525).

Jakobs'un buradaki "hukuk devleti" vurgusu, yurttaş ceza hukuku alanına denk gelmektedir. Hukuk devleti kurallarının düşmanlara uygulanması, böylece, Jakobs'a göre, "düşmanla mücadele" perspektifinden yoksun olduğu için onlara mükemmel bir zemin yaratacaktır. Öyleyse, toplumsal düzen açısından yurttaş ceza hukuku alanına

ilişkin kuralların düşmanlara uygulanması, düşman ceza hukukunun yurttaşlara uygulanmasından belki de daha “zararlı” ve “yıkıcı” sonuçlar yaratabilecektir. Sonuç olarak, Jakobs için, her koşulda, her iki ceza hukuku alanı birbirine karışmamalı ve birbirinden ayrılmalı, “vatandaş ceza hukukunun düşman ceza hukuku tarafından kirlenmesine ve ona bulaşılmasına izin verilmemelidir” (Diez, 2017: 204).

Bu açıdan, Jakobs’un, iki ceza hukuku alanının birbirine karıştırılmamasına ilişkin vurgusunu, kendi hukuk çerçevesinin doğal bir sonucu olarak görmek gerekir. Bu, aynı zamanda, düşman ceza hukukunun kendi alanına özgü etkililiğini sağlamayı ve gerçekleştirmeyi amaçlayan bir “sınırlama”dır. Kısaca Jakobs’un sınırlaması, bu yanı sıra da, düşman ceza hukuku uygulamasının tam ve etkili biçimde sağlanmasını hedeflemektedir.

Öte yandan Jakobs, düşman ve yurttaş ceza hukuku alanlarının birbiriyle ilgi ve ilişkisinin de dışında, düşman ceza hukukunun çevrelediği alana ilişkin de bir dizi sınırlama uyarısı yapar. Bu “sınırlar” tümüyle düşmanlara uygulanan hukukun kendi içsel alanına ilişkindir.

Sözü edilen sahaya ilişkin sınırlar, aynı zamanda düşmana uygulanan fiziki zorun sınırlarını da belirlemektedir. Jakobs’a göre,

“(…) Düşman ceza hukuku düşmana karşı savaşa varıncaya dek kapsamını geniş tutan bir fiziki zor/ kuvvet uygulamasıdır. Anılan zor kullanımı iki açıdan sınırlandırılmalıdır: Birincisi, devlet, düşmanı her türlü hakkından ıskat etmemelidir. Örneği güvenlik tedbirine maruz kalan kimsenin mamelekine dokunulmamalıdır. Ve ikinci olarak devlet, her türlü şeyi yapmakta serbest olmamalıdır, bilhassa da düşmanla arasında gerçekleşebilecek olan müstakbel bir barış antlaşmasını imkânsız kılabilecek her türlü davranıştan imtina etmelidir. Ancak bu dahi düşmana karşı uygulanan tedbirlerin düşman nezdinde bir anlam taşıdığı manasına gelmemelidir, bunlar sadece onu zorlayan etmenler olarak kalacaktır. Yurttaş ceza hukuku normun geçerliliğini esas alır, düşman

ceza hukuku ise (geniş anlamda: tedbirler hukuku dâhil) tehlikelerle mücadele eder” (Jakobs, 2008a: 495).

Jakobs’un, “düşmanın her türlü hakkının ıskat edilmemesi gerektiği” yönünde çizdiği sınıır, düşmanla yapılan savaşıla *ilgisi olmayan* başkaca haklara ilişkin olduğu söylenebilir. Buna göre, *mülkiyet hakkı* gibi düşmanla yapılan savaşıla ilgili olmayan hakları, savaşın alanı ve kapsamına dâhil edilmeyebilecektir.

Yine, düşmanla olabilir bir barış antlaşmasını imkânsız kılan biçimdeki davranışlarla ilgili sınıır, gerektiğinde düşmanla varılabilecek bir barışı da olanaklı kılan biçimde çizilmesi, savaşın ve düşman ceza hukuku uygulamalarının da sınıırını belirlemekte ve hukuku da tümüyle reel- politik gelişmelerin bir türevi ve fonksiyonu olarak ele almaktadır. Denilebilir ki, burada, Jakobs açısından, düşman ceza hukukunu başlatan ve sürdüren *reel- politik* süreç, tarafların barışması durumunu da olanaklı kılan bir içerikte gelişmekte ve böylesi bir ihtimalin gerçekleşmesi halinde de çevirim, kendi açısından sonlanmaktadır. Bu açıdan, Jakobs’un burada çektiği sınıır, düşman ceza hukuku anlayışının politik niteliğinin de zımnen kabul edilmesi anlamındadır.

Son olarak Jakobs, “devletin bilerek kendi yapısını bu oyuna sokmaması gerektiğini, örneğin, ‘seri yargılama’, ‘şüphe suçluluğu’ gibi uygulamaların düşman ceza hukuku demek olmadığını” vurgulamaktadır” (Jakobs, 2008b: 525).

Jakobs’un, düşman ceza hukukunun kendi iç alanına ilişkin belirlediği sınırların da, temelde, düşman ceza hukuku çerçevesi ve uygulamalarının gerçekleştirilebilirliği ve sürekliliğinin sağlanması koşullarına ilişkin olduğu söylenebilir. Burada, düşman ceza hukukunun, sınırları belirlenmiş ve “düşmanla mücadele” amacına odaklanmış, ama öte yandan da işlevinin sürdürülmesini de (örneğin, tarafların barış antlaşmasını da koşulları oluştuğunda *engellemeyecek biçimde*) mümkün kılacak bir çerçevede tasavvur edildiği görülmektedir. Bu anlamda, belirlenmeye çalışılan sınırlar, bir bütün olarak, düşman ceza hukuku çerçevesinin varlığına ve etkililiğinin sağlanmasına yöneliktir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: DÜŞMAN CEZA HUKUKUNA YÖNELİK ELEŞTİRİ VE DEĞERLENDİRMELER

3.1. “Düşman Ceza Hukuku” Eleştirileri

Düşman ceza hukuku anlayışının öngördüğü kuramsal/ teorik kapsam, maddi ve usul hukuk alanındaki uygulama ve yürürlük kazanma biçimleri ile belirlenen sınırları, bir bütün olarak düşman ceza hukuku çerçevesini, böylece, oluşturmaktadır. Bu anlayış, kontrolsüz biçimde yaygınlaşmakla birlikte (Bung, 2008: 594), birçok açıdan eleştirilmektedir. Yukarıda belirtilen düşman ceza hukuku yaklaşımı ve kapsamına ilişkin eleştiriler, yalnızca öngördüğü teorik-hukuksal çerçeveye ilişkin değil, bu yaklaşımın pratik hukuk alanında öngördüğü uygulamalar ve sonuçlarla da ilgilidir. Bu açıdan, eleştirilerin ortaya çıkaracağı sonuçlar, düşman ceza hukuku yaklaşımının yanı sıra, öngörülen ve uygulanan hukuksal yürürlüğün yapısı ve niteliklerine de ilişkindir. Bu bağlamda, düşman ceza hukuku anlayışına karşı eleştirilerin, yalnızca yaklaşımın içsel kapsam ve kabulleriyle sınırlı tutulamayacak bir genişliği barındırdığı söylenebilir: Eleştiriler, yalnızca Jakobs’un öngördüğü hukuksal yaklaşıma değil, “terörizm ile uluslararası ve ülkesel ceza hukuku araçlarıyla kazandığı mücadele dolayısıyla kazandığı ciddi yaygınlığın” (Arnold, 2008: 540) bir ifadesi olarak anti-terör rejiminin karakterine ilişkindir.

Bu bölümde, Jakobs’un öngördüğü kapsama karşı getirilen eleştiriler ve yaklaşımın uygulama görünümünün oluşturduğu yapıyla ilgili eleştirel tutumlar,

birlikte ele alınacaktır. Her bir başlık açısından birbirine neden-sonuç bağlarıyla bağlı olan bu bütünsellik, böylece, ortaya çıkan yapının analizine de olanak sağlayacaktır.

3.1.1. Sınırı Belirsiz Bir Kategori Olarak “Düşman”

Düşman ceza hukuku çerçevesinin temeli olan “düşman-yurttaş” ve “kişi olmayan” ayrımlarının, fail yönünden “suç işleyen kimsenin norma sadakat yaklaşımı/norma aykırı davranışının düzeyi” ile hukuk düzeni açısından da “norma uygun davranış beklentisi/ bu beklentinin düzeyi” ile belirlendiği belirtilmişti.⁶⁰

Jakobs, failin “devamlı surette suç işlemesi”, “asgari bilişsel garanti sunamaması”, “hukuka sırt çevirmiş olmama kararı taşımaması”, “hukuk düzeninin yetke sınırlarını ilkesel olarak reddetmesi”, “yeterli bilişsel güvenliği kişisel davranışlarında sergilememesi”, “yeterli derecede hukuka sadık olduğuna ilişkin bir güven sunmaması, en azından kıymete değer bazı durumlar için hukuka sadık kalacağına söz vermemesi” durumlarında, “norma uygun davranış beklentisi”nin ortadan kalkacağını ve “düşmanlık” ve “kişi olmaktan çıkarılma” durumuyla sonuçlanacağını savunmaktadır.

Jakobs’un, “norma aykırı davranış”ın hangi durumlarda “kişi olmaktan çıkarılma” ve “düşman haline gelme” ile sonuçlandığına ilişkin saptamaları, *bir ölçü/ düzey sorunsalı olarak ortaya çıkmaktadır*: “Devamlılık, asgarilik, sırt çevirme kararlılığı, ilkesel reddediş, yeterlilik” gibi ölçme/ düzey saptama ifadeleriyle, bu durumlarda bir “kişi”nin “düşman” haline geldiği/ dönüştüğü varsayılmaktadır.

⁶⁰ Bkz. yukarıda, “Norma Sadakat” Temelinde ‘Bilişsel Altyapı’ ve “Kişi’ Olmaktan Çıkarılma” başlıkları.

Jakobs'un "düşman"ı böylesi bir ölçülendirme, derecelendirme çizgisiyle tanımlama girişimi, öncelikle kendi çerçevesi yönünden bir salınım/ belirsizlik yaratır: Örneğin Jakobs, "tekrar eden bir hayal kırıklığı yaratan ve böylece yükümlülüklerine uygun hareket edeceklerine dönük normatif beklentiyi (bilişsel altyapıyı) ortadan kaldıran kimseler"ın, "kişi" olmaktan çıkmayacaklarını, "normal suçlar" söz konusu olduğunda bu kimselerin toplum dışına atılmasının olanaklı olmadığını belirtirken, başkaca bir bağlamda, "kişisel davranışların yarattığı beklentilerin devamlı surette hayal kırıklığı yarattığı" düzeye ulaştığında, suçluya kişi muamelesi yapılmasının da güçleşeceğini savunmaktadır. Yine, Jakobs, çoğunlukla "normal suçlu" pozisyonunda değerlendirdiği "sürekli biçimde suç işleyen kişi"yi, kimi pasajlarda da "düşman ceza hukuku" kapsamına dâhil etmektedir.⁶¹

Davranışlarının "tekrar eden biçimde hayal kırıklığı" yaratması veya "sürekli biçimde suç işlemesi" örneklerinde, kişilerin "düşman" olarak tanımlanıp tanımlanmayacağı ile ilgili olarak ulaşılan istikrarsız ve keyfi yargı, şu sorunun yanıtını vermekten uzaktır: "(...) düşman hangi kriterlere göre tanımlanmaktadır? Hukuka devamlı surette sırt çevirmek yeterli midir?" (Malek, 2008: 593).

Gerçekte, "norma sadakat" beklentisinde bahsi geçen sadakat, doğası gereği belirsiz bir kavramdır, kime veya neye ait olduğu belli değildir (Dubber, 2010: 212-213). Argümanın referans noktaları açıkça keyfidir ve manipüle edilebilir (Goppel, 2013: 254). Durumların ölçü ve düzeyleriyle saptanan bir "düşman", "belirleyen" ve "belirlenen" açısından objektiflikten ve nesnellikten uzak bir kategori yaratmaktadır. Bu, "düşman"lık durumunu belirleme kudretini elinde bulundurana, belirtilen durumların değerlendirilmesiyle ilgili subjektif ve belirlilikten uzak bir keyfilik olanağı yaratacağı gibi, belirlenen açısından da öngörülebilirlikten ve hukuki güvenlik

⁶¹ Bkz. yukarıda, "'Kişi' Olmaktan Çıkarılma" başlığı.

yoksun bir sonuca yol açar. Arnold'un vurguladığı gibi, “düşman”ın saptanmasıyla ilgili olarak, “(...) kimin, ne zaman düşman olarak kabul edileceği ve bunun dışlanma ölçüsüne ulaştığının ne zaman tespit edileceği hususu açık seçik olmaktan uzaktır. Yine aynı şekilde, dışlanmanın hangi tarzda yapılacağı ve neyin dışlanma olarak kabul edileceği de net değildir” (Arnold, 2008: 535).

Öte yandan, “düşman” olarak suç işlemeyi “ilke” edinmiş bir insan tipi, gerçek yaşama da yabancıdır:

“Gerçek hayatta sadece ve yalnızca hukuk düzenine karşı olan bir insan yoktur. Bireylerin sürekli ya da en azından kararlı bir şekilde hukuka sırt çevirebilecekleri görüşünün anlaşılması güçtür. (...) Tamamen hukuka sırtını dönmüş (onu inkâr eden) kimselerin varlığı konusundaki şüpheler bile, düşman ceza hukukunun tüm konseptinin sağlam temeller üzerinde olmadığını göstermeye yeterlidir” (Rosenau, 2008: 398).

Esasen, yaşamda “yurttaşlık” ve “düşmanlık” türünden “ideal” formların olmadığı ve daima “ara formlar” ile karşılaştığı, Jakobs tarafından da kabul edilmektedir. Ona göre, ilgili kimse, genellikle “kısmi düşmanlık” pozisyonundadır (Jakobs, 2008b: 517-518). Ama bu durum, Jakobs'un, “düşman” ve “kısmi düşmanlık” pozisyonlarını eşitlemesini ve “düşmanla mücadele hukuku”nun nesnesi yapmasını engellemez. Aksine, böylece, gerçek yaşamda ancak bir “kısmi düşmanlık” olarak ortaya çıkan “düşmanlık” durumu, tam olarak düşman ceza hukukunun konusu haline getirilir.⁶² Yaşam içerisinde karşılaşılmayan bir durum olarak “düşmanlık”, bir ceza anlayışının temel kategorisi olarak bu biçimde iş görür.

Aslında, Jakobs tarafından gerçek yaşamda “düşman”ın biricik görünüm biçimi olarak tasvir edilen “kısmi düşmanlık”, bir yandan da “hukuka kısmen uyma” anlamına gelmektedir:

⁶² Ayrıntılı açıklamalar için, bkz. “Kısmi Düşmanlık” ve Toplumaya Yeniden Dâhil Olma Durumu” başlığı.

“Özellikle tam, yüzde yüz bir düşmanın bulunmadığını, böyle bir şeyin ancak kısmen mümkün olacağını söylemek suretiyle konseptini dayandırdığı temelleri kendi çökertmiştir. Zira bu söylediklerinden şu sonuç da çıkıyor: Bu saydıkları failer aynı zamanda kısmen hukuka uyuyorlar. Böylelikle kendi paylarına düşeni yerine getiriyorlar, topluma uyarak kısmen de olsa sadakati temin ediyorlar. Fakat bu defa da bunları sivil toplumdan parya gibi tamamen dışlamak mümkün olamaz. Ancak düşman ceza hukukunun konseptine göre bu kimselerin toplumdan dışlanması, tecrit edilmesi gerekir” (Rosenau, 2008: 399).

Böylece, “düşman”, hem varsayılan bazı durumların ölçülmesi/derecelendirilmesi ile ulaşılan, hem de “gerçek yaşamda karşılaşılmaktan uzak” bir kategori olarak, belirsiz, görelî ve sınırları muğlak bir “varlık” haline gelir. Düşman ceza hukukunun bu temel kavramı, bu haliyle, sınırları ve kapsamı istendiği gibi oluşturulabilecek bir “keyfilik” olanağı yaratır.

3.1.2 Belirsizliğin “Terörizm” ve “Örgüt Suçları” Ekseninde Yeniden Üretimi

“Düşman” ile ilgili olarak yukarıda belirtilen “belirlilikten yoksunluk”, Jakobs’un da kabulü dâhilindedir. “Düşman tanımının bazı noktalarda yetersiz kaldığına ilişkin olarak karşılaştığı eleştirilere”, “düşmanın karakterize edilmesi olgusunu kendi başına keşfetmediğini, sadece kanun koyucunun çeşitli mücadele kanunları ve başkaca hükümler adı altında vaz ettiklerini damıtarak aktarmaya çalıştığını” belirterek yanıt verir (Jakobs, 2008b: 517).

Jakobs’un, bu belirsizliği, başta “terör suçları” olmak üzere çoğunlukla örgütlü suç tiplerini ortaya koyarak aşmaya çalıştığı belirtilmişti.⁶³ Failin belirtilen suçları işlemiş olması halinde, bu, faile bir “düşman” olarak muamele edilmesini sağlayacak

⁶³ Bkz. yukarıda, “‘Tehlikelilikle Mücadele’” ve “‘Tehlikeliliği Gösterir Suç Tipleri’” başlıkları.

ve “düşman” kategorisi ile ilgili belirsizliği ortadan kaldıracak, bu çıkarımın bir sonucu olarak da failin “tehlikeliliğini” gösterecek ve onunla mücadelenin temel eksenini kuracak bir temel oluşturacaktır.

Jakobs’un “düşman”ı “suç tipleri” ekseninde belirli hale getirme savı, “terörizm” alanında iki temel sorunsalla karşılaşır: Birincisi, “terör suçları”nı da belirleyen bir kavram olarak “terörizm”in bizzat kendisinin belirli olup olmadığı tartışması ve ikincisi, failin suç tipi ve işleme alanıyla ilişkilendirme biçimi ve düzeyinin ortaya çıkardığı sonuçlar. Birinci sorunsal, “terörizm”in ne ölçüde “belirli” olduğuyla, ikinci problem alanı da failin terör suçlarıyla ilişkilendirme biçimiyle ilgili olarak, öngörülen “örgütlü” suç tipinden kaynaklanan bir belirsizliğin bulunup bulunmamasıyla ilgilidir.

3.1.2.1. Tanımı ve Kapsamı Belirsiz “Terörizm” ve “Terör Suçu”

Jakobs’un, “düşman” tanımını ve kapsamını belirli hale getirmek adına yaklaşımını dayandırdığı bir kavram olarak “terörizm” ve buna bağlı olarak “terör suçları”nın, ne derecede “belirli” olduğu, tartışmalıdır. “Terörizm”in belirli, genel kabul gören bir tanım ve kapsamının bulunduğu kabulü halinde, Jakobs’un “düşman”ı karakterize etme çabasını dayandırdığı bu zemin, “düşman” la ilgili olarak en azından keyiflikten uzak ve sınırları çizilebilir bir nitelik kazanacaktır. Bu, aynı zamanda “düşman”ın da somutlanmasına ve hangi durumlarda bu niteliği kazanacağına ilişkin bir temel zemin sunacaktır. Aksi takdirde “düşman”ın belirli hale getirilmesinin dayandığının varsayıldığı bu zemin, bir “varlık” olarak “düşman”ın belirsizleştirilmesinin bir parçası haline gelecektir.

“Terörizm”in tanımlanmasıyla ilgili olarak uluslararası ve ulusal olmak üzere iki temel eksen bulunmaktadır. Düşman ceza hukuku, kapsamı gereği ulusal hukuka ilişkin

olduğundan, “terörizm”in iç hukuklar tarafından ele alınma biçimi belirleyici önemdedir. Bu açıdan, konu açısından önemli olan nokta, ülkelerin hukuklarının, belirli bir terörizm tanımı ve kapsamına ulaşip ulaşmadıklarının tartışılmasıdır.

Öte yandan, terörizmin uluslararası ölçekte nasıl ve ne biçimde ele alındığının tartışılması da şu açıdan önemlidir: Acaba uluslararası alanda, konuyla ilgili herhangi bir belirlilik var mıdır ve uluslararası hukuk alanı, devletlerin iç hukuklarına nasıl ve ne biçimde etki etmektedir? Bu bağlamda, uluslararası düzlemin, her bir devletin iç hukukunun özgül bağlantıları ve ilişkilerinde, sonuç olarak da iç hukuklarında bir belirlilik yaratıp yaratmadığı, önem kazanmaktadır.

Esasen, böylesi bir belirliliğin aranacağı ilk düzlemin, uluslararası hukuk düzlemi olması beklenirdi: Terörizmin uzun yıllardan bu yana yerel bir sorun olmaktan çıkıp uluslararası bir boyut kazandığı, bu nedenle tanımının da uluslararası ekseninde belirlenmesi gerektiği yönünde yaklaşımların bulunduğu belirtilmektedir. Buna göre, terörizmin uluslararasılaşması, terörizmin bastırılmasının da uluslararasılaşmasını gerektirir (Öktem, 2007: 5-7). Terör eylemlerinin insanlığın ortak sorunu haline geldiği, terörizmin uluslararası işbirliğiyle önlenmesi için birçok uluslararası anlaşma imzalandığı vurgulanmaktadır (Türk, 2012: V). Kısaca, terörizmin, vurgulanan bu yönleriyle öncelikle uluslararası alanda sınırları belirli bir kapsamı tanımlaması ve iç ülke hukuklarına etkilerinin de belirleyici düzeyde olması beklenirdi.

Uluslararası düzlemde görünüm, tam tersidir: 1936 ile 1981 yılları arasında uluslararası alanda 109 terörizm tanımının bulunduğu, bunların, ait oldukları dönemlerin siyasi koşullarını, tanımlayıcının ideolojik tercihlerini ve eğilimlerini taşıdıkları belirtilmektedir (Öktem, 2007: 37). Terörizm teriminin, “kendi anlamını arayan bir klişeye dönüştüğü”, isyan hareketleri, sokak muharebeleri, iç savaş, kır gerillası, hükümet darbesi vb. düzinelerce eylemi nitelendirmek için gelişigüzel kullanıldığı vurgulanmaktadır (35).

Bu bağlamda, uluslararası hukuk ekseninde genel kabul gören, içeriği üzerinde anlaşılması, kabul edilebilir bir terörizm tanımı bulunmamaktadır: Uluslararası topluluk, 1920’li yıllardan bu yana birçok olay vesilesiyle terörizmin genel bir tanımını oluşturmaya çalışmış, iyi bilinen on iki anti-terörizm antlaşması veya daha az bilinen bölgesel antlaşmalarıyla dahi bu sonuca ulaşamamıştır.⁶⁴ Şu anda, terörizmi kapsamlı bir biçimde yasaklayan ve her koşulda uygulanabilen bir uluslararası antlaşma bulunmamaktadır. Genel ve bölgesel antlaşmaların hiçbirinde “terörizm” veya “terör eylemi” tanımı yer almamakta (Gasser, 2008: 104), “terörist” suçları belirli bir biçimde tanımlanmamaktadır (Saul, 2008a: 21). Milletler topluluğu, terörizmin kabul edilebilir ve hukuki bir tanımını bulma çabasında bulunmamaktadır, terörizme ilişkin hukuk rastgele gelişmiş ve terörizmin özel türlerine ilişkin sistematik olmayan karmakarışık antlaşmalar imzalanmıştır (Goldstone ve Simpson, 2008: 123). Antlaşmaların maddi hükümleri, hiçbir zaman terörizm veya terörist terimlerine atıfta bulunmamaktadır (Saul, 2008a: 21). Birleşmiş Milletler’in kabul ettiği kararların hiçbirinde de kavramın tanımı yoktur (*Terörizme Karşı Koyarken İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Desteklenmesi ve Korunması Özel Raportörü’nün Raporu*, 2008: 258).⁶⁵

Özetle, uluslararası hukuk düzleminde, terörizmin ve terör suçlarının belirli bir tanımı bulunmamaktadır. Aksine, terörizm ve terör suçlarının tanımı ve değerlendirilmesiyle ilgili olarak uluslararası hukukun da gösterdiği temel zemin, devletlerin iç hukuklarıdır. Birçok antlaşma, devletlerden, belirli fiziksel eylemlerin, siyasi saikin kanıtının veya eylemin arkasındaki nedenin veya belirli hedefleri zorlama, korkutma niyetinin veya terörize etmenin, suçun bir ögesi olmasına ihtiyaç duymaksızın, iç hukuklarında cezalandırılmasını istemektedir (Saul, 2008a: 21). Her bir devlet, bu antlaşmalar arasından, onaylayacağı ve kendi iç hukuk sistemine dâhil

⁶⁴ Birleşmiş Milletler tarafından terörizmle ilgili kabul edilen antlaşmaların önemli olanları için bkz. Gasser, 2008: 102.

⁶⁵ Uluslararası Terörizme İlişkin Birleşmiş Milletler Kararları ve Bildirileri için, bkz. Türk, 2012: 32-63.

edeceği antlaşmaları seçmektedir. Bu nedenle, çeşitli antlaşmaların kapsamına giren terör eylemlerinin kovuşturulması sadece iç hukukun konusu haline gelmektedir (Goldstone ve Simpson, 2008: 124). Özellikle 11 Eylül 2001 sonrasında Birleşmiş Milletler Genel Konseyi, terörizmin tanımını yapmadan, terörizmle ilgili aldığı genel hukuki önlemler bağlamında, devletlere, kendi milli yasalarında terörizmi geniş ve tek yanlı bir biçimde tanımlayabilme olanağı vermiştir (Saul, 2008b: 49). Sözü edilen önlemler devletlere belirli yükümlülükler yüklese de, iç hukuk sistemlerindeki çeşitlilik nedeniyle uygulamaya esneklik tanınmıştır. Bunun gerçek anlamı, uluslararası toplum tarafından konulan herhangi bir harici yasal sınır olmaksızın her devletin terörizmi tek yanlı olarak tanımlayabileceğidir. Belirli bir tanımın bulunmaması, bazı kişilerin veya grupların terörist olarak nitelenmesinde yaşanan anlaşmazlıkların çözümünü de güçleştirmektedir (66-69).

Terörizmle ilgili genel, açık ve evrensel bir tanım bulunmadığı gibi, böylesi bir durumda, terörizm ve terör suçlarıyla ilgili kapsama ve uygulama alanı, tümüyle devletlerin iç hukukları olarak ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan, devletlerin iç hukuklarını yekpare ve belirli hale getirecek bir uluslararası zeminden bahsetmek mümkün görünmemektedir. Aksine, ulusal anti-terörizm kanunları birbirinden oldukça farklıdır, bazı muğlak ve çok geniş tanımlar mevcuttur. Hali hazırda devletlerin neredeyse yarısı özel terörizm suçları belirlemiş durumdadırlar ve bunların neredeyse hepsi birbirinden farklıdır (71). Bazı ülkelerde terörizm kavramı genişletilmiş durumdadır (Arnold, 2008: 541). Ceza yasalarında adı geçen “terörist”in anlamı belirsizdir (Dubber, 2010: 200). Terörizmle mücadele ile tam olarak uyuşmayan terminoloji, yerel anti-terör yasalarında sıkça kabul edilmektedir (*Terörizme Karşı Koyarken İnsan Hakları ve temel Özgürlüklerin Desteklenmesi ve Korunması Özel Raportörün Raporu*, 2008: 258). Terörizmin evrensel ve ayrıntılı bir tanımının olmamasına karşın terörizmin yok edilmesine yönelik uluslararası toplumun sürekli çağrıda bulunması, bu kavramdan ne

anlaşılması gerektiğinin devletlere bırakılması anlamına gelebilir, bu da baskıcı rejimlerin fiillerinin meşrulaştırılması sonucunu doğurur (258).

Yine, devletlerin iç hukuklarının terörizm ve terör suçuyla ilgili yaklaşımlarının, belirli bir terör ve terörizm tanımına ulaşmadığı, birçok farklılık barındırdığı vurgulanmaktadır: Alman mevzuatında terör örgütü kurma suçunda siyasal amaca yer verilmemektedir. Bu, mafya gibi başkaca suç örgütleriyle mücadele arayışı ile açıklanmaktadır. Örgütleri hedef alan Alman terör mevzuatı, esasen Kızıl Ordu Fraksiyonu ile mücadeleyi öngörmektedir ve birçok yönden eleştiriye açıktır (Öktem, 2007: 49). Hindistan Terörle Mücadele Yasası'nın uzun terör tanımında, Hintli siyasetçilerin sürekli öldürülmesinin ve ülkenin çok dinli ve çok etnik gruplu yapısının yol açtığı bölünmüşlüklerin izlerini görmek mümkündür (49). İngiltere Terör mevzuatında ise siyasal amaç belirleyicidir, başkaca amaçlı şiddet eylemleri terörizm kapsamına girmez. Ancak terör amacı taşımayan siyasal şiddet eylemleri terörizm kapsamına girebilir (47). Amerika Birleşik Devletleri'nde, 1987 tarihli yasa ile belirtilen terörist faaliyet tanımı ile kongrece kabul edilen ve Dışişleri Bakanlığı'nın itibar ettiği terör tanımları farklılıklar göstermekte, Dışişleri Bakanlığı'na bağlı Terörle Mücadele Dairesi'nin kullandığı tanım ise daha geniş bir alanı kapsamaktadır. Örneğin, Columbia İstinaf Mahkemesi Hâkimi Tel-Oren, Libya Cumhuriyeti'ne karşı davasında, yetkisizlik kararına gerekçe olarak, terörizmin kullanışlı bir tanımının olmamasını gerekçe göstermiştir (47).⁶⁶ Sonuç olarak milli hukuklarda da, doktrinde olduğu gibi, terörizmin içeriği konusunda bir ittifak bulunmamaktadır (50).

Görüldüğü gibi, uluslararası hukuk, kendi zemininde genel, belirli ve evrensel bir terörizm tanımına sahip değildir. Uluslararası hukukun devletlerin iç hukuklarına böylesi bir belirliliği sunma işlevi ve mekanizması olmadığı gibi, temel önerisi de, anti-terör sözleşmelerinin, devletlere geniş bir tanım ve uygulama özerkliği sağlayacak

⁶⁶ Avrupa ve ABD'de yürürlükteki terör yasaları hakkında ayrıntılı bilgi için, bkz. Türk, 2012: 254-275.

biçimde, devletlerce uygulanmasını talep etmekten ibarettir. Bu durumla uyumlu bir biçimde, devletlerin iç hukuklarının terörizm ve terör suçlarına yaklaşımları da birbirinden farklı, yekpare olmayan, ülkelerin tarihleri, özgüllükleri ve iç egemenlik ilişkileri ile belirlenen bir içeriğe sahiptir. Ulusal ceza hukuklarında terörizm kavramı, belirlilik ilkesine aykırı biçimde, belirsiz bir hukuki kavram olarak kullanılmaktadır (Eicker, 2008: 687).

Terörizm ve buna bağlı olarak terör suçlarının uluslararası hukukta tanımlanmayışı, daha da önemlisi bu belirsizliğin iç hukuklara doğrudan yansması ve ayrıca ulusal hukuk düzeyinde yeniden üretimi, Jakobs'un "düşman"ı belirli suç tipleriyle ama özellikle de terör suçları ve terörizm ile belirlileştirme iddiasını geçersiz kılmaktadır. Daha doğrusu bu iddia, her bir ülkenin iç hukukundaki düzenlemelere bağlı kalmakta, böylece yekpare ve genelmış gibi vazedilen "terörizm" ve "terör suçları", her bir ülkenin iç hukuklarına göre anlam ve kapsam kazanan, değişken bir içeriğe sahip olmaktadır. Bu açıdan Jakobs'un "düşman"ı, belirli suç tipleriyle ama özellikle de terörizmle ve terör suçlarıyla belirlileştirme savı, terörizmin ve terör suçlarının ülkelere göre değişen anlam ve içeriğine bağlı olarak gerçekleşecektir. Bir diğer ifadeyle, genel, üzerinde mutabakat olan ve bu anlamda belirli bir terörizm kapsamı yerine, ülkelerin her birinin iç hukukunda tanımlanan özgüllüklere bağlı, bu bağlamda herhangi bir belirlilik ve kesinlik sunmayan bir çerçeve ortaya çıkacaktır. Sonuç olarak bu durumda, Jakobs'un "düşman"ı terörizmle ve terör suçlarıyla belirginleştirme savı, bu suçların ülkelerin iç hukukunda düzenlenen biçimleri kadar gerçekleşebilecek ve bu biçimlerin değişkenliklerine bağlı bir hale gelecektir.

3.1.2.2. İç Hukukların "Belirliliği"

Terörizmle ilgili suçlar, her ülkenin iç hukukuna göre içeriği değişken olmakla ve bu anlamda herhangi bir belirlilik sunmamakla birlikte, suçların içeriklerinden

bağımsız olarak, ülkelerin iç hukuku açısından yine de bir belirliliğin bulunduğu savunulabilir. Bir başka ifadeyle, terörizm suçunun ülkelerin iç hukukunda nasıl ve hangi kapsamda öngörüldüğü henüz tartışma konusu edilmeksizin, “düşman”ı karakterize edecek ve belirginleştirecek ulusal anti-terör yasalarının varlığı söz konusudur. Böylece suç tipleri, ulusal terör yasalarının öngördüğü biçimde ve kapsamda “belirli” olabilecek, bu belirlilik, “düşman”ın muğlak ve belirsiz varlığını, iç hukuk bağlamında somut hale getirebilecektir.

Jakobs, bu belirlilikten, özgül bir biçimde yararlanır. Bu yararlanım, iki yönlü olarak gerçekleşir: Birincisi, Jakobs, iç hukukların terörizme ve terör suçlarına ilişkin yaklaşımını neredeyse hiç göz önüne almaz, söz konusu haline dahi getirmez. Terörizmin ülkelere göre değişen ve bu anlamdaki belirlilikten yoksun hali, Jakobs açısından değerlendirme dışıdır, tartışma konusu da yapılmaz. Terörizmin iç hukuk tarafından nasıl ve ne biçimde tanımlandığı değil, salt tanımlanmış olması ve tanımlanmış hali yeterlidir. Tanımın içeriğinden bağımsız olarak ve içerik söz konusu edilmeksizin, örgütlü suçlar ama özellikle “terörizm”in öngörülmüş olması “veri” olarak kabul edilir.

İkinci yön, Jakobs’un bu belirlilikten yararlanmasının karakteristik yanını oluşturur: Jakobs açısından, iç hukukta terörizmle ilgili çerçeve bir kez öngörüldüğünde, suçun içeriğinden ve düzenleniş biçiminden bağımsız olarak, terörist yapılarla ilişki kurma, yönetme ve örgüte üye olma durumunda “düşman”dan ve “tehlikelilik”ten kesin olarak söz edilmelidir. Düşman ceza hukukunun başlangıç noktası, başlı başına bir suç tipi olarak, suç örgütünü kurma ve örgüte üye olma suçudur (İşfen, 2011). Suç örgütleri, ama özellikle terör örgütleri yapısı içinde olma, “düşman”ın ve “tehlikeliliğin” temel göstergesidir. Kişi suç örgütleri ve özellikle terör örgütleri içinde yer aldığına, bu, onun yasal düzeni kabul etmediğini gösterir (Goppel, 2013: 250). Terör örgütü üyesi olmanın “düşman”ı belirlemedeki rolü, iç hukuklarda yukarıda

sözü edilen belirliliğin Jakobs tarafından en işlevsel biçimde kullanılması anlamına gelmektedir: Jakobs'un, kriminal yapıların bir parçası haline gelen, örgütle bağ kuran ve ömrünü suç yapılarında tüketen biri söz konusu olduğunda, kişi olma statüsünün de ortadan kalktığına ilişkin saptaması, tam da bu yaklaşımın sonucudur.⁶⁷ Jakobs, böylece, iç hukuklardaki “belirlilik” durumunu, hemen tümüyle “örgüt yapısı içinde bulunmak” olarak anlar ve “düşman”ı da, örgüt kurucusu, yöneticisi, üyeliğiyle somutlaştırır, belirginleştirir. “Terör örgütüne üye olma”nın bizatihi cezalandırma alanı haline getirilmesi, bu açıdan, düşman ceza hukuku anlayışı açısından kritik önemdedir: Örgüt üyeliği söz konusu olduğunda, bu konuma bağlı olarak başkaca suçların da işleneceği/ işlenmeye hazır olduğu varsayılır. Aynı nedenle terör örgütü üyeliğinin cezalandırılması, aynı zamanda müstakbel eylemlerin önlenmesi ve hazırlık hareketlerinin de cezalandırmaya tabi kılınması anlamındadır.⁶⁸

Böylece Jakobs'un “düşman”ı belirginleştirme-somutlama iddiası, bir yönüyle, devletlerin iç hukuklarının terörizmi ve terör suçlarını herhangi bir biçimde öngörmelerine ve uygulama alanı haline getirmelerine, diğer yönüyle de, bu durumun özel bir biçimi olarak, kişinin, öngörülmüş olan “terörist yapılara” üye olma durumuna dayanır. “Terörist” olma, bu diyalektiğin en karakteristik ve belirginlik kazandırıcı unsurudur. İç hukukların öngördüğü terörizm yaklaşımlarının herhangi bir uluslararası-ulusal standardının olmadığı ve bu yönden Jakobs'a istediği olanağı vermediği, ancak Jakobs'un da aslında terörizm yaklaşımları açısından herhangi bir standart aramadığı ve bu noktada her bir iç hukukun terörizm anlayışını, içeriğine bakmaksızın “veri” olarak aldığı, böylece asıl belirginleşmeyi “terörist yapılara dâhil olmak”la sağlamaya çalıştığı yukarıda belirtilmişti. Acaba, terörizmin ülke yasalarında öngörülen içeriği ve düzenleniş biçimi söz konusu edilmeksizin ve “veri” kabul edilerek, “terör örgütü yapısı

⁶⁷ Bkz. yukarıda, “Tehlikeliliği Gösterir Suç Tipleri” başlığı altındaki açıklamalar.

⁶⁸ Bkz. yukarıda, “Maddi Ceza Hukuku Alanına İlişkin ‘Düşmanla Mücadele’ Düzenlemeleri” başlığı altındaki açıklamalar.

içinde olma” durumunun, “düşman”lığın ve “kişilikten çıkarılma”nın tipik ve somut biçimi olarak tasvir edilmesi, herhangi bir belirlilik sağlar mı? Gerçekten de, “terör örgütü yöneticiliği/üyeliği”, “düşman”ın belirginleştirilmesi ve saptanması için uygun bir suç tipi midir? Aşağıdaki alt bölümlerde bu soruların yanıtı aranmaya çalışılacaktır.

3.1.2.3. Bir Suç Tipi Olarak “Örgüt Üyeliği” Suçu

Terör örgütü yöneticisi ya da üyesi olma suçunun, diğer örgütlü suçlarla ortak bazı nitelikleri bulunmaktadır. Bu suçlar çok failli, topluluk suçlarıdır (Özek, 1963: 463). Bir diğer ifadeyle, suçun birden fazla kimsenin katılmasına ihtiyaç göstermesi nedeniyle “kollektif suçlar” kapsamına girerler (Erem, 1993: 1120). Bu suçun işleniş biçimi yönünden de “mütemadi suç” olduğu (Erem, 1993: 1119) savunulmakta, bu bağlamda “kesintisiz” niteliğine vurgu yapılmaktadır.

Bunlardan başka, suçun “tehlike suçu” olduğu belirtilmektedir ki, konu açısından önemli olan nokta da, bu nitelenenin ortaya çıkardığı durum ve sonuçlardır: Günümüzde ceza hukukunun yalnızca hukuki değeri zarara uğratan fiilleri değil, zarar tehlikesi yaratan durumları da suç saymak ve cezalandırmak zorunluluğunun bulunduğu, toplum ve kişiler için ortaya çıkan risk ve tehlike oluşturan hareketlerin cezalandırılması konusunun, ceza hukukunun en güncel sorunları arasında bulunduğu savunulmaktadır (Özen, 2010: 2). Bu açıdan, örgütlü suçların, toplum düzeni açısından tehlike oluşturması nedeniyle cezalandırıldığı belirtilmektedir (Özek, 1963: 459). Örneğin, “suç işlemek için örgüt kurma” suçunda korunan değer, bozulması halinde bireyin güvenli ve barış içinde yaşama hakkını da zedeleyecek olan “kamu güvenliği ve barışı”dır.⁶⁹ Türk Ceza Kanunu’nun 314. maddesinde düzenlenen “silahlı örgüt” suçu da tek bir ve belirli bir hukuki değeri korumamakta, on iki suç tipinin gösterdiği değeri

⁶⁹ Türk Ceza Kanunu’nun 220. maddesinin gerekçesi

koruduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu suç, “devletin güvenliği ile anayasal düzenin varlığı ve sürdürülmesi ve toplumsal güven ve barışı” korumaktadır (Yaşar vd. 2014: 8911).

Suçun, toplumun veya devletin güvenliğini tehlikeye düşürmesi nedeniyle öngörülmuş bir “tehlike suçu” olması, suça özgün bir karakter vermektedir. Devlete karşı suçların hukuksal konusuna verilen önem, bu suçlar açısından “özel suç tipleri”nin oluşmasına yok açmakla birlikte (Özek, 1994: 357), örgüt yapısının içinde bulunmayla ilgili suç, bu özel suç tipleri içerisinde dahi kendine özgü bir niteliğe sahiptir. Bu suç, devlete ve toplum düzenine karşı suçlarla (amaç/gaye suçları) ilgili “ciddi bir zarar tehlikesi” varsayıldığı için öngörülmuş bir suçtur. Böylece, örgüt yapısının içinde bulunma suçunun, genel olarak koruduğu varsayılan hukuki konuyla, özel olarak da işlemeyi kastettiği toplum ve devlet düzenine karşı suç tipleriyle ilişkisinin belirlenmesi gerekir.

Örgüt yapısı içinde bulunmayla ilgili suçun, belirli bazı suçları işleme kararının icraya konulmasından ibaret sayıldığı, böylece suçun “icra başlangıcı” anlamına geldiği savunulmaktadır (Erem, 1993: 1119). Buna göre bu suç, “teşebbüs”ün “müstakil suç” sayıldığı duruma işaret eder (1119). Bu yaklaşıma karşı, bu suçun, “hazırlık hareketlerinin cezalandırılmaması” yönündeki genel prensipten ayrılmak yoluyla öngörülen bir istisna olduğu savunulmaktadır (Özek, 1963: 459). Bu görüşe göre, burada, devletin şahsiyetine/düzenine karşı öngörülen amaç suçlarla ilgili bir icra hareketi mevcut olmadığı halde, hazırlık hareketinin cezalandırılması söz konusudur (Özek, 1963: 460). Bu, örgüt üyeliğiyle ilgili suça, “*sui generis*” bir nitelik kazandırır (461). Sözü edilen özgünlük, “hazırlık hareketlerinin cezalandırılmayacağı” yönündeki cezalandırma prensibine uyulmaması ve örgüt üyeliği durumunun, bu anlamda kanunların aradığı şartlara sahip bulunmadığı halde cezalandırılmasıdır (Canfora’dan

akt.Özek, 1963: 460).⁷⁰ Örgütü meydana getiren kişiler, yasanın gösterdiği gaye suçları işlemek için hareket etmekte ve bu amaçlarına örgüt kurmakla başlamaktadırlar. Örgütü kuranlar, sonuç olarak, işlenmesi amaçlanan suçun faileri olacaklardır (462).

Örgütün içinde bulunma suçu, gerek “icra hareketlerinin başlangıcı” olarak kabul edilsin, gerekse de “hazırlık hareketlerinin cezalandırılması” olarak değerlendirilsin, her iki yaklaşımda da suç, müstakil bir suç olarak cezalandırılmaktadır.⁷¹ Birinci yaklaşım açısından örgüte mensup olmakla birlikte, gaye suç(lar) açısından “icra hareketlerine başlandığı” kabul edilmekte, ikincisi açısından da örgüt kurulduktan sonra, belirli amaçlara ulaşmak için harekete geçileceği varsayılmaktadır.

Örgüt kurucusu, üyesi olma suçunun varlık nedeni, “amaç suç”un hukuki konusuna verilen önem ve korunan hukuksal konu açısından “zarar tehlikesi” yaratması iken, bu suç, “bağımsız bir suç” olarak kabul edilmiştir. Öyle ki suç, “amaç suç”a karşı da bağımsızdır (Özek, 1994: 359).⁷² Bir başka ifadeyle, devlete, toplumun güvenliğine karşı suçların işlenmesi “tehlikesi” ile öngörülen bu suç, korunan amaç suçun/ suçların işlendiğine bakılmaksızın, bağımsız bir varlık kazanmıştır. Doktrinde bu suçlar, “soyut tehlike suçu” olarak adlandırılmaktadır: Somut tehlike suçu, tehlikenin suç tipine dâhil olduğu suçlardır. Bu durumda, suçun varlığı için tehlikenin mutlaka gerçekleşmesi gerekir (Özen, 2010: 11). Soyut tehlike suçunda ise tehlike suç tipinde aranmaz, bu nedenle suçun varlığı için tehlikenin meydana gelmesi gerekmez. Bu suç tipinde kanun

⁷⁰ Gerçekten de ülkelerin çoğunluğunda hazırlık hareketleri, cezayı hak eden fiile uzak olması nedeniyle cezalandırılmaya gerek görülmezken, aynı zamanda, hemen her ülkenin hukuk sistemi, suç işlemek için kurulan örgütlerin “zaman içinde devam eden bir sosyal yapıyı oluşturması”, “sürekli bir tehlikeyi işaret etmesi” ve korunması amaçlanan değerlere zarar verebilme yeteneği nedeniyle, bu örgütlere üyeliğin başlı başına bir suç olarak cezalandırılmasını kabul etmektedir (Picotti, 2009: 57-62).

⁷¹ Birçok ülkede hazırlık ve iştirak biçimlerinde özellikle terör suçları yönünden bir genişlemeyi meydana geldiği ve konuya ilişkin hükümlerin büyük bölümünün son yıllarda gerçekleştiği belirtilmektedir. Konuyla ilgili her bir ülkede yapılan yasal düzenlemeler için, Bkz. Picotti, 2009:77-88.

⁷² Diğer yandan pek çok ülkede aynı kişinin hem ayrı bir suç olarak tanımlanmış hazırlık hareketleri, hem de hazırlık hareketlerinin sonucunda hedeflenen suç nedeniyle cezai takibata uğraması ve cezalandırılması dahi mümkündür (Picotti, 2009:80).

koyucu esasen hareketin kendisini tehlikeli görmekte ve cezalandırmaktadır. Bu anlamda, soyut tehlike suçlarında sonuç söz konusu değildir, hukuka aykırılık oluşturan nokta harekettir. Bu suçlarda hareketin bizatihi kendisi tehlike sayıldığından, normun koruduğu değerın zarar görmesi ve zarar tehlikesine maruz kalması da gerekmemektedir (13). Sözü edilen suçlar, bu açıdan “salt (şekli) tehlike suçları” olarak da adlandırılmıştır (13).

Örgüt üyeliği suçlarında da, örgütün herhangi bir eylemde bulunması ve bir zarara veya somut bir tehlikeye neden olması aranmamaktadır (Yaşar vd. 2014: 8911). Aslında, bu suçların koruduğu devlete karşı işlenen suçlar da, teşebbüs halinde dahi tamamlanmış suç sayıldıklarından, çoğunlukla “tehlike suçları”dır. Bu açıdan bu suçların hazırlık hareketlerini cezalandıran örgüt üyeliği ile ilgili suçlar, “tehlike tehlikesinin cezalandırılması” olarak da kabul edilmektedirler (Manzini’den aktaran, Özek, 1963: 467).

Görüldüğü gibi, örgütü kurma, yönetme, üyelikle ilgili suçlarda, suç tipi açısından çok katmanlı bir sorunsallar yumağı oluşmuş durumdadır: Bu suçlar *neyi* cezalandırmaktadırlar? Bir yandan, bu suçun hukuki konusunun devlete karşı işlenen suçlar olduğu, müstakil bir mevzudan ibaret olmayıp gaye suçlar olmadan içi boş bir kalıptan ibaret bulunduğu ve kalıbın içinin “amaç suçlar” ile doldurulduğu savunulmaktadır (Özek, 1963: 478). Bu durumda, suçun maddi hareketinin ihlal ettiği tabii bir menfaat söz konusu değildir, bir grup “gaye suç”un oluşturduğu normlar ihlal edilmekte; suç, konusu çok geniş, adeta bir suçlar grubunu birleştiren tek bir suç halini almaktadır (478). Ama öte yandan, bu suçla, ister gaye suçlarla ilgili icra hareketlerine başlandığı isterse de hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı varsayılınsın, ortada müstakil bir suç vardır ve dahası bu müstakil suçun amaç suçlarla da bağı aranmamaktadır. Esasen, bu durumda, failin hukuka aykırı iradesinin cezalandırıldığı da savunulmaktadır (480). Kanun, salt düşüncenin cezalandırılmasının önüne geçmek için “düşüncenin çete

şeklinde ortaya çıkışını cezalandırmıştır” ama gerçekte, amaca ait harici bir hareket söz konusu olmamasına karşın, failin iradesi, düşüncesi cezalandırılmaktadır (480). Bu açıdan, kanun genel kurallardan ayrılmakta ve bir suça yönelik belirli bir icra hareketi yokken düşüncenin birkaç kişi arasında müşterek olmasını cezalandırırken, düşüncenin cezalandırılması gibi tehlikeli bir yola girdiğini kabul etmekte ve cezalandırma için tehlikenin ciddiliği ve ağırlığı gibi ölçüleri aramaktadır (468). Hâkim, çetenin kastedilen sonucu doğurabilecek mahiyette olup olmadığını ölçecek ve suçun oluşup oluşmadığına karar verecektir (468).

Dolayısıyla örgüt yöneticiliği, üyeliği suçu, terör amacıyla işlenecek gaye suçların işleneceği tehlikesiyle öngörülen, ama bu suçlarla da bağı koparılan bir özgünlükle ortaya çıkmaktadır. Bir kişi, suç işlemeksizin ve suç işleme niyeti de olmaksızın, suç örgütü olarak tanımlanan bir örgüte aidiyeti yüzünden kovuşturmaya uğrayabilir (Paye, 2009: 112). “Tehlike” hukuki değer ihlal edilmeden önceki ön alanda ortaya çıkar ve tehlikeli fail de ön alanda, özel alanda müdahale edilerek savaşılmaması gereken bir düşman haline dönüşür (Heinrich, 2016: 132-133). Üstelik terör örgütlerine üyelikle ilgili durum, gaye suçların da büyük oranda tehlike suçu olmasıyla, Özek’in de vurguladığı gibi”, “tehlikenin tehlikesini” konu edinmekte, öte yandan genel cezalandırma yaklaşımından ayrılarak “hazırlık hareketlerini” de cezalandırma konusu yapmaktadır. Bu suç tipi, ne ortada somut bir fiil olması ve ne de fiili işlemek için somut bir plan olmasını aramaktadır, öyle olduğu için suç tipinin öngörülüşü, “düşünce ceza hukuku”na doğru bir eğilimi göstermektedir (Heinrich, 2016: 139). Fail başkasının somut bir hukuksal değerini ihlal ettiği için değil, tehlikeli olduğu için cezalandırılmaktadır (139). Örgüt üyeliği ile ilgili suç tipi, böylesi öngörülüş biçimiyle Jakobs’un, “hazırlık hareketlerinin” cezalandırılması yönündeki yaklaşımının yürürlükteki hukuktaki karşılığı olarak tanımlanabilir. Örgüte mensubiyetle ilgili suç

tipi, bu yönden düşman ceza hukuku yaklaşımına, istediği zemini sunar.⁷³ Ama suç tipinin bu biçimdeki öngörülüşü, “düşman”ın saptanmasıyla ilgili bir belirlilik yaratmak bir yana, konuyla ilgili belirsizliği daha da derinleştirmektedir: Suç tipinin varoluş nedeni işleneceği öngörülen başkaca suç tipleridir, ama işleneceği öngörülen diğer suç tipleriyle bağı bütünüyle koparılmıştır, bu açıdan gaye suçların işlenmesiyle ilgili durum tümüyle varsayımdan ibaret hale gelmektedir. Örgüt üyesi, işleneceği varsayılan suçları işleyecek midir? Bu nasıl ve ne biçimde saptanacaktır? Ama öte yandan bu suçla işleneceği varsayılan (terör) suçlarının arasındaki bağ koparıldığına göre böylesi bir bilgiye ulaşma olanağı mevcut mudur? Cezalandırma için bu bilgiye ulaşmanın, üyeliğin müstakil bir suç olarak öngörülmesiyle bir önemi de kalmamışsa, bu kez “düşman”, hangi belirliliğe dayanılarak tanımlanmış olacaktır?

Aslında Jakobs’un, “kriminal yapı”ya düşmanın belirlenmesiyle ilgili özel önem atfetmesinden ayrı olarak, “örgüt üyeliği”nin terörizm yönünden kurucu bir temel zemin olarak öngörülmediği, “terör suçları”nın belirli ve somut olarak tanımlandığı⁷⁴ ülkelerde dahi, “düşman”, hukuki ölçüler açısından nesnel ve bu anlamda belirlenebilir bir kategori olarak ortaya çıkmamaktadır: Bu sistemlerde, suçun öznel ögesi, somut olarak öngörülen suçların “hangi niyetle işlendiği”dir. Suçu işleyen tarafından belirlenmemiş veya biliniyor olmasa dahi, suçun işleniş niyetinin “terör suçu” olarak nitelendirilmesi sonucuna ulaşılır (Paye, 2009: 69-70). Böylece, terör tanımı aslında bir fiiller listesine dayansa da, bu fiiller açık olarak tanımlanmamıştır. Bu noksanlık, “failin niyeti” ile telafi edilir ve niyetten yola çıkılarak “terör suçu” nitelemesine ulaşılır.

⁷³ Düşman ceza hukukunun karakteristik özelliklerinden birisi de, “sorumluluk eşliğinin erkene alınması”dır (Fletcher, 2006: 36).

⁷⁴ Bu sistemlerde, “örgüt” ve “örgüt üyeliği” suçlarının yanında, yukarıda “gaye suçlar” olarak belirtilen suçlar, ceza yasalarında somut olarak öngörülmekte ve bu suçların bireysel veya toplu teşebbüsle işlendiği durumda “terör suçu”nun varlığı kabul edilmektedir. Bu yaklaşıma, 1986 tarihli Fransız yasası örnek gösterilebilir. Bu yasa, terör suçunun nesnel ögesi otuz dokuz ana ya da bağlantılı suçlar listesi içerir (Paye, 2009: 87). Yine Avrupa Birliği’nin 2002/475/ JAI sayılı ve terörle mücadele ile ilgili “çerçeve kararı” da, “terör örgütü” tanımının yanında, “terör suçları”na da ilişkindir (65-74). Farklı ülkelerin yasalarında öngörülen farklı sistematiklerle ilgili ayrıntılı bilgi için, Bkz. Picotti, 2009:72-98.

Burada fiil açık olarak tanımlanmamış, “failin doğası”, failin amacının temeli olarak belirlenmiştir. Suçlanan ve cezalandırılan artık fiil değildir, bir kişi veya örgütün suç potansiyelidir (71-72).⁷⁵

Dolayısıyla, “örgütlü terörizm”in yanında, suç tipleri ve fiillerine odaklanan uygulamalar açısından da, failin niyetini nitelendiren kavramlar olarak “terör” ve “terörizm”in değişken ve belirsiz kapsamı, bütün cezalandırma sürecinin ana karakterini belirler. Örneğin “ciddi olarak istikrarı bozmak” veya “haksız yere kamu makamlarını veya uluslararası bir örgütü herhangi bir eyleme veya eylemsizliğe zorlamak”, terör ve terörizm olarak tanımlandığında, bu amaçlarla işlenen suçların tamamı da “terör suçu” olarak ortaya çıkar. Bu, muğlak ve geniş bir yoruma imkân tanıyan bir çerçeve yaratır (72). Örneğin, “istikrarsızlık” terimi açıkça öznel ve spekülatifdir, çünkü bir sonucu değil, bir niyeti içerir ve bir belirginlik durumu sunmaz (71). Gözaltı ile suç şüphelisi birbirinden ayrılmış; cezai hükmün hukuka aykırı hareketle ilgisi kalmamış ve terörle mücadele bağlamındaki suç, belirsiz, açık uçlu ve taraflı düzenlemeler biçiminde tanımlanmıştır (Boukalas, 2016: 60). Önemli olan, failin niteliğinden ziyade, fiili işleyenin niyetinin nasıl varsayıldığı ve hükümet tarafından ne biçimde nitelendirildiğidir (88). Suçun “terör suçu” olma vasfı, maddi eylemlerden değil, failin varsayılan kastından kaynaklanır (Paye, 2009: 220). Bu durumda failin “düşman” olup olmadığı, varsayılan niyete ve niyetle ilgili bulunulan tasarrufa bağlı olacaktır.

⁷⁵ Pek çok ülkede terör suçlarının kurucu unsurunun, bu suçların işleme amacı olduğu belirtilmektedir (Picotti, 2009:74). "Amaç" unsurunun öznel, görel ve maddi eylemden kopuk niteliklerine karşın terör suçlarının kurucu unsuru olarak öngörülmesi, suçun maddi unsurunun da hemen tümüyle soyut bir “niyet” varsayımı ile “oluşturulması” anlamındadır. Hollanda, Fransa, Polonya ve Japonya ceza kanunlarında terör suçları ile ilgili amaç unsurunun ne biçimde öngörüldüğüyle ilgili olarak, Bkz.Picotti, 2009:74-75.

3.1.3. Bir “Tasarım” Olarak Düşman

Böylece, “düşmanı belirlileştirme/somutlama” sorunsalı, hem düşman ceza hukuku kuramı açısından, hem de bu anlayışın dayandığı anti-terör hukuk rejimi yönünden bir sonuca ulaşmamakta, aksine, her iki yönden de “düşman” kategorisi muğlak ve belirsiz bir kapsam olarak gerçekleşmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi, Jakobs bir yandan “düşman”ı yaşamda karşılaşılmayan bir form olarak tanımlarken ve karşılaşılan gerçekliğin genellikle “kısmi düşmanlık” olduğunu saptarken, böylece teorisini yaşam ve gerçeklikten kopuk bir “düşman” kategorisini temel alarak inşa etmekte, üstelik gerçeklikte karşılaşılan bir figür olarak “kısmi düşman”ın aynı zamanda “hukuka (kısmen) uymak” olduğunu da göz önüne almaksızın, bu anlamda “kısmi vatandaş”ı, düşman ceza hukukunun en sert “savaş” kurallarının nesnesi haline getirmektedir. Öte yandan, Jakobs’un, “düşman tanımının belirsiz kaldığına” ilişkin eleştirilere karşı ileri sürdüğü “belirlileştirme” retorığının bizatihi kendisi, belirsiz, muğlak ve sübjektif bir “düşman” kategorisi yaratmaktadır.⁷⁶

Yine, yukarıda sunulan biçimde, hem Jakobs’un “belirlileştirme iddiası”nın bir parçası ve hem de yürürlük kazanmış kurallar bütünü olarak anti-terör rejimi de, böylesi bir belirliliği sağlamaktan uzaktır: Gerek “terör” ve “terörizm” kavramları, gerekse de terörizme en azından iç hukukta bir belirlilik kazandırmanın bir aracı olarak terör örgütü üyeliği ile ilgili suç tipi, “düşman”ın belirlenmesinin ve somutlanmasını değil, belirsiz, muğlak ve keyfi bir kategori olarak var olmasını sağlamaktadırlar. “Terör suçları”nın somut olarak belirlendiği yaklaşımlarda dahi, failin niyeti, keyfi olarak saptanan ve

⁷⁶ Ayrıntılı açıklamalar için, bkz. yukarıda, “Kısmi Düşmanlık” ve Topluma Yeniden Dâhil Olma Durumu” ile “Sınırı belirsiz Bir Kategori Olarak Düşman” başlıkları.

“terörizm” in belirsiz ve değişken çerçevesine bağlı bir “varsayım” kabulü olarak ortaya çıkmaktadır.

Aslında eleştirel yaklaşıma göre, bu açıdan, anti-terör hukuki rejimi, “düşman”ın belirlenmesi ve hukuki ve objektif ölçülere bağlı kılınmasıyla değil, tam aksine, muğlak, görelî ve sınırları belirsiz bir “düşman tasarımı” yaratılmasıyla karakterize olur. Bir başka ifadeyle, bir bütün olarak anti-terör rejimi, “düşman”ı somut ve belirlenebilir bir kategori olarak değil, soyut bir “tasarım” olarak yaratır: Aponte’ye göre organize suçluluk ve terörizmle mücadele gibi, (genel) oyunun kurallarına istisna oluşturan ve özel kurallarla belirlenen alanlarda, “suçlu” kavramı, “düşman” biçiminde yenilenmektedir (Aponte, 2008: 577). Düşman her biçimde “tasarlanmış düşman” niteliğindedir ve her zaman düşman ve düşmanlık üzerine bir ön hüküm vardır (575). Aksi yöndeki düşünce, inanılması güç bir saflık ve demagojidir (576). Aponte, düşmandan gerçek bir düşman gibi hareket etmesini beklemenin inanılması zor bir düşünce olduğunu belirterek şu sonuca ulaşır: “*Düşman, ‘düşman’ gibi hareket ettiği için değil, aksine düşman olarak tanımlandığı için düşmandır*” (576).

Paye’ye göre, anti-terör rejiminin oluşturduğu bütünlükte, kanıtların oluşturduğu somut temel ortadan kalkar (Paye, 2009: 70) ve “düşman” ile “suçlu” arasındaki ayırım yok edilir (15, 226). Terörizm ve terör suçu, failin eyleminin emrivaki yorumlandığı spekülatif bir kurmacanın sonucu olarak ortaya çıkar (70). “Düşman” ve “suçlu” aynı sürecin içinden çıkar ve “düşman”, “suçlu” olarak yaratılır (226).

Hardt ve Negri de, “düşman”ın somut ve erişilebilir olmadığına vurgu yapmaktadırlar. Buna göre “düşman” daha çok geçici ve kavranılmaz bir hal almıştır, bilinmez ve görünmez haldedir ancak her daim de mevcuttur (Hardt ve Negri’den akt. Neocleous, 2016: 13). Zizek’e göre “düşman” en azından bir noktaya kadar “görünmez”dir ve bu görünmezlik ona aura gibi, hayalet gibi soyut bir nitelik kazandırır. Bu hayalet gibi mevcudiyet, tam da devlet tarafından, “hayalet düşman”,

“hayaletli varlık”, “yüzsüz bir hayalet”, “hayaletli bir tehdit” hakkındaki iddialarıyla, tekrar tekrar tanımlanmaktadır (Zizek’ten akt. Neocleous, 2016:14). Bütün bir iç güvenlik mekanizması, bir auraya karşı seferber edilmekte, bir hayalete karşı savaş açmakta ve bir soyutlama yenilgiye uğratılmaya çalışılmaktadır (Boukalas’tan akt. Neocleous, 2016: 18). Bir “düşman” olarak “terörist”, “var olmayan bir içerik ve boş bir isim”dir ve bu ifade, gerçekte neler oluyor olabileceğine yüzeysel olarak bile zar zor temas etmektedir (Badiou’dan akt. Neocleous, 2016: 12).

Anti-terör hukuk rejiminde öngörölmüş “düşman”a ilişkin nitelermeler hangi ifadelerle yapılmış olursa olsun, “tasarlanmış”, “hayali olarak öngörölmüş” veya “hayaletimsi” vurguları, hukuki açıdan bir bütün olarak “suçlu”nun “düşman” olarak yeniden üretimi ile ilgilidir: Burada “düşman”ın fiili ve niyeti öngörülen suçun gerçek içeriğinden ve kanıtlardan ayrılmıştır. “Örgüt üyeliği” suçlarında olduğu gibi, öngörülen suç, bizatihi hukuken belirli ve somut bir fiile denk gelmemekte, “terör suçları”nın belirlendiği durumlarda dahi failin niyeti bu kez “varsayılmaktadır”.⁷⁷ Öte yandan, öngörülen hukuki kapsamın dayandığı bir ana çerçeve olarak “terör” ve “terörizm”in belirsiz ve muğlak içeriği de, “düşman”ın tasarım olarak üretiminin temel bir parçası olarak işlevlenmiş görünmektedir: Stampnitzsky’e göre, terör çalışmaları alanında yüzlerce “terör” ve “terörizm” tanımı yapılmakta ve bunların hepsi de terörün siyasi bir endişe haline geldiği otuz yıl içinde değişmektedir ancak aynı zamanda ve daha kötüsü terör uzmanları bu terime dair genel geçer bir tanımları olmadığını ve olmasını da istemediklerini mutlulukla ilan etmektedirler (Stampnitzsky’den akt. Neocleous, 2016: 12).

Eğer bir anti-terör hukuki rejimi olarak düşman ceza hukuku, “düşman”ı belirlemek için yeterli hukuk içi ölçülere sahip değilse ve aksine öngördüğü “düşman”,

⁷⁷ Bkz, Yukarıda, “Bir Suç Tipi Olarak ‘Örgüt Üyeliği’ Suçları” başlığı altında.

bir “tasarım” olarak gerçekleşiyorsa, bu rejim kapsamında “düşman” nasıl belirlenecektir? Böylesi bir çerçevede “düşman” hukuki bir belirlilikle ve kapsamda saptanabilir mi? Kimin “düşman” olduğu, nasıl ve ne biçimde saptanacaktır? Düşman ceza hukuku düzenlemeleri, hangi “düşman”a uygulanacaktır?

3.1.4 Bir “Karar” Sorunsalı Olarak “Düşman”

Alman hukuk filozofu Bielefeldt, bir makalesinde “Düşman”ın belirlenmesi ile ilgili olarak Jakobs’a şu soruları sormaktadır: “Devlet kendi düşmanlarının kimler olduğunu hemen nereden ve nasıl bilebiliyor? (...) Ne zaman yurttaş ceza hukukunun ve ne zaman düşman ceza hukukunun uygulanacağına kim hangi ölçütlere göre karar verecektir?” (Bielefeldt’ten akt. Ökçesiz, 2008b: 555).

Gerçekten de, “düşman” suç fiilinden ve kanıt temelinden ayrıldığı ve bir “tasarım” olarak gerçekleştiği oranda, “düşman”ın belirlenmesi süreçleri de, başkaca düzlemlerin tartışılmasını zorunlu kılmaktadır. *“Düşman”ın nasıl belirleneceği*, “düşman”ın belirlenmesi konusuyla ilgili birinci sorunsaldır. İkinci sorunsal ise şudur: *“Düşman”ı kim belirleyecektir?* Malek’in ifadeleriyle,

“Jakobs’un daha çok örgütçülük sorunlarına isnat ettiği ve ilgilenmek istemediği bir diğer sorun, düşman açıklamasının tanımlanma gücü ve ölçütleri sorunudur. Kimin düşman olduğunu kim belirlemektedir? Parlamento mu, devlet başkanı mı, başbakan mı, bir mahkeme mi (eğer öyle ise hangi mahkeme), polis mi veya mahalli yetkili infaz kurumunun idarecisi mi? Ve düşman hangi kriterlere göre tanımlanmaktadır? (...)” (Malek, 2008: 593).

Her iki düzlemin sorunsallarını henüz tartışma konusu yapmaksızın, aslında, bu iki sorunsalın da öncelikle ortak bir ön kabule dayandığı görülmektedir: Bu, *“düşman”ın belirlenmesi sürecinin, öncelikle bir “karar”a dayandığı* kabulüdür.

“Düşman”ın nasıl belirleneceği de, kim tarafından belirleneceği de, öncelikle bir “karar”ı varsaymaktadır. Bu kararın nasıl ve kim tarafından alınacağı, sonrasına ait ayrı iki sorunsaldır.

Jakobs da, terminolojisi ve çerçevesinde “karar”ı açık bir biçimde kullanmaktadır: Jakobs’un, düşman ceza hukukunu, “*akıllıca yönetilen bir hukuk devletinde bilinçli olarak ve istisnai biçimde kullanılan ve devamlılık arz etmesi gerekmeyen bir son söz*” olarak nitelendirmesi ve düşman ceza hukukunun kullanımı koşullarını bir “öz karar”a bağlaması (Jakobs, 2008b: 519), son tahlilde, “düşman”ın belirlenmesi ve düşmana uygulanacak kurallarla ilgili olarak, “verilen/ verilecek bir karar”ı temel alma anlamındadır.⁷⁸

Aslında, temelde, düşman ceza hukuku anlayışının “düşman”ı bir “tasarım” olarak öngörmesi, kimin düşman olarak belirlendiğiyle ilgili bir kararı zorunlu kılmakta, aynı zamanda, “düşman”ın belirlenmesine ilişkin bir kararın olanağını da kendisine yaratmaktadır. Bu “karar”, realitede mevcut olmayan bir kategori olarak gerçekleşen (Rosenau, 2008: 398) ve kimin düşman olması gerektiği konusunda eksiklik içeren (Bung, 2008: 607) bir anlayışın, maddi/ hukuki olarak içeriği belirli olmayan bir “düşman” tasarımına dayanmasının kendisine yarattığı bir olanak olmasıyla birlikte, aynı zamanda, teorinin gerekli/ zorunlu bir parçası olarak da işlevlenmektedir. Gerçekten de, düşman ceza hukuku ve genel olarak anti-terör rejiminin öngördüğü “düşman”, eğer tümüyle tasarımsal ve bu anlamda maddi-hukuki içerikten yoksun bir “düşman” ise, düşmanın somut içeriği nasıl belirlenecektir? Bu belirleme, ancak ve zorunlu olarak, bir “karar”la gerçekleşir. “Düşman”ın bir tasarım olarak gerçekleşmesi, bu yönüyle onun tanımı ve içeriğinin belirlenmesiyle ilgili olarak bir “karar”ı zorunlu kılar. Ama öte yandan, bu tasarımsal gerçekleşme, düşman ceza hukukunun “politik”

⁷⁸ Konuyla ilgili olarak bkz. yukarıda, “Carl Schmitt’in Dost-Düşman Ayrımı” ve “İstisna Durumu” düşüncesi ve ‘Olağanüstü Hal’ başlıkları.

karakterini de bütünüyle ele verir. “Düşman”ın belirlenebilir bir hukuki-maddi içeriğe sahip olmaması, onun belirlenmesiyle ilgili süreçleri, hem zorunlu ve hem de durumun oluşturduğu doğal bir sonuç olarak da politik bir karara bağlı kılar.

3.1.5. “Politik Bir Karar”ın Ürünü Olarak “Düşman”

Düşmana ilişkin kararın bir politik karar olarak gerçekleşmesi, aynı zamanda düşmanın kim tarafından ve nasıl belirlendiği sorunsalının da tartışılmasıdır. Bir yandan, hukuksal alana ait bir karar olarak politik karar, düşmanın belirlenmesi süreçlerinin de politik karakterini ele verir. Öte yandan, düşmanın belirlenmesi süreçleri, politik bir karara ihtiyaç duyar.

Aponte, Kolombiya özelinde incelediği ve “aleyhtar ceza hukuku” adını verdiği hukuk düzeneğinin, her koşulda tasarlanmış bir düşmana dayandığını ileri sürerken, bu ceza hukuku çerçevesinin aynı zamanda “politik bir ceza hukuku” olarak gerçekleştiğini özellikle vurgulamaktadır (Aponte, 2008: 575). Aponte’ye göre, olağanüstü durum sendromunun ve yürütmenin başında bir hayalet gibi dolaşan olağanüstü hal tartışmalarının bir türevi ve sonucu olarak aleyhtar ceza hukukunun politik konularla sıkı bir ilişkisi vardır ve düşmanın kim olduğunun tespiti ve düşmanın nasıl iyileştirilebileceği ile ilgili karar, öncelikle politik bir karardır (575). Aponte, düşmanın tasarlanmış niteliğinin ve politik bir karara bağlı olarak saptanmasının Kolombiya koşullarına özel bir durum olmadığını, aksine genel bir yaklaşımı yansıttığını özellikle belirtir (575).

Aponte’ye göre, düşmanın kimliğinin ve varlığının politik bir karara bağlı olması, hukuksal çerçevenin de politik durumlara bağlı olarak oluşması anlamına gelmektedir (576). Bu, Kolombiya gibi çatışmaların çok olduğu bölgelerde çok daha

açık olarak gözlemlenebilen bir durumu ortaya çıkarır: Bugünün düşmanı, yarının düşmanı değildir. Ceza hukuku kuralları her zaman tam olarak düşman olarak görülen düşmanlara uygulanmayabilecektir. Örneğin, barış sürecine entegre olan aktörlere özel ve genel af gündeme gelebilecektir. Bu süreçlerde hem gerillalara ve hem de paramiliterlere özel yargılama süreçlerinde iyimser ve olumlu bir biçimde yaklaşmıştır. Aslında bu tür tavizlerin arkasındaki neden, eylemlerin politik karakterlerini tanıma isteğidir ve düşmanın izafi niteliği, aleyhtar ceza hukukunun bir parçasıdır (576). Öte yandan, baş düşmanın gerilla olarak belirlendiği yıllarda, silahlı çatışmalarla ilgisi olmayan sendika üyeleri, insan hakları savunucuları ve öğrenciler de aleyhtar ceza hukuku uygulamalarına maruz bırakılmışlardır (574). Öyle ki, aleyhtar ceza hukukunun en fazla eleştirilen taraflarını yasalara ve anayasaya uygun kılmaya ve bu özel yargı alanının etkilerini sınırlandırmaya çalışan Anayasa Mahkemesi’ni dahi “düşman” olarak değerlendiren bir tepki eğilimi dahi söz konusudur (577).

Aslında, Jakobs da, tehlikelerle mücadele ve toplumun tehlikelilikten korunma görevinin poliste olduğunu ve bu ödevin ceza hukukuna devredilmesinin, bizatihi ceza hukukunun polisleştirilmesi tehlikesine yol açtığını kabul ederken (Jakobs, 2008b: 523), esas olarak düşmanın belirlenmesiyle ilgili süreçlerdeki karakteristik duruma dikkat çekmektedir. Ancak O’na göre, polisin terörist örgüt kurma suç tipine yönelik olarak uzun süre güvencesini sürdürebilecek hukuksal sonuçlar bağlayabilme yeteneği yoktur ve ayrıca polis bunu sağlamak zorunda da değildir (523). Jakobs’un tartıştığı bu sorunsal, temelde, tümüyle, politik kararlar ve bu kararın düşmanın belirlenmesiyle ilgili olarak yarattığı sonuçlarla ilgilidir.

Jakobs’un “ceza hukukunun polisleştirilmesi” biçiminde ifade ettiği durumun, gerçekte tümüyle gerçekleştiği ve anti-terör hukuk rejimlerinde düşmanın belirlenmesiyle ilgili tüm süreçlerin, yürütme/ polis tarafından belirlendiği savunulmaktadır. Bu yaklaşıma göre terörle mücadele sürekli yeniden tanımlanan sanal

bir düşmana karşı gerçekleştirilen bir mücadeledir ve amacı da toplumun örgütlenmesini yeniden düzenlemektir (Paye, 2009: 15). Bu süreç, bir bütün olarak yargının dar bir biçimde araçsallaştırılması ve aslen polise boyun eğişi olarak şekillenmektedir (21). Bu genel eğilim, ülkelerle ilgili süreçlerin tamamında da gözlemlenebilir: ABD’de gündemde olan PATRIOT II (Vatanseverlik Yasası II) projesi, yürütmenin yetkilerinin kuvvetlendirilmesi ve vatandaşların siyasal ve dinsel etkinliklerinin üzerinde polise geniş bir gözetim uygulaması için yeni araçlar verilmesi yönünde ilerlemektedir (56)⁷⁹. Başsavcının bir notu ile terörist olarak işaret edilmiş bir etkinliğe katılım, bu etkinlik yasal olsa bile yurttaşlığın sona erdirilmesi için yeterli sayılabilir (58). İngiltere’de 2001 yılında kabul edilen Terörle Mücadele, Suç ve Güvenlik Yasası, İçişleri Bakanı’na, hâkimin yetkilerini verir: Bir kişi mahkeme kararı ile değil yürütme erkinin temsilcisi tarafından verilen bir sertifika ile terörist ilan edilebilir. Yürütme şüphelenilen kişilerle ilgili bu kararı haklı nedenlere dayandırmak zorunda değildir, buna inanması yeterlidir (78-79). Yine Avrupa Birliği organları tarafından hazırlanan bir çerçeve metinle, açık olarak tanımlanmayan bir fiiller listesinin, failin varsayılan niyetiyle telafi edildiği oldukça esnek bir terör tanımı oluşturularak, kimin terörist olup olmadığıyla ilgili kararın hükümetler tarafından verildiği bir kapsam ortaya çıkarılmıştır (71-73).⁸⁰ Öte yandan Avrupa Birliği Konseyi, üye devletlere, tanımladığı biçimde bir terör kapsamı dayatmakla kalmamış, aynı zamanda terörist olarak nitelendirdiği kişi ve örgütlerin listesini de yayımlamıştır (81). Birliğin bu uygulaması, bir grubun listeye dâhil edilmesinin hukuki bir akdin değil, ulusal yöneticilerin kararlarının ve isteklerinin sonucu olarak gerçekleştiği bir işleyişi

⁷⁹ “Domestic Security Enhancement Act of 2003” olarak bilinen bu proje, yasalaşmamıştır.

⁸⁰ Avrupa Konseyi’nin 2002/475/JAI sayılı kararı. Bu kararlar terörizmin ortak bir hukuki tanımına kıta seviyesinde ulaşıldığı savunulmaktadır (Picotti, 2009:55). Bu niteleme belirli bazı açılardan yerinde görünmemektedir: Birincisi, anılan karara konu terörizm tanımı, “kıta düzeyinde” olmaktan ziyade, halihazırda konfederasyon niteliğine sahip bir “devletler topluluğu”na aittir. İkincisi, bu tanım, terörizmin esnek, öznel ve failin niyeti ile tahkim edilmiş bir tanımıdır ve bu yönden terörizmin ortak bir tanımının bulunmaması durumunu doğrulamaktadır. Kararın bu yönden eleştirisi için, Bkz. Paye, 2009:65-74.

ortaya çıkarmaktadır. Bu işleyişte bir kişi suç işlediği için değil, yasal dahi olsa ülkelerin çoğunluğu tarafından terörist olarak belirlenen bir örgütün üyesi veya etkinliklerine katılmış olduğu için terörist olarak belirlenir. Listeler yazılı usulle oluşturulur, denetlenemezler ve bunlara itiraz etmek mümkün değildir. Yürütme ve aygıtları, hâkimin rolünü üstlenirler. Avrupa Polis Teşkilatı'nın sahip olduğu başkaca bir gizli listeye dâhil olan oluşumların üyesi olduğundan şüphelenilenler ise her türlü gözetim ve dinlemeye maruz kalabilir (82-83). Sonuç olarak, ne suç isnat edilmiş, ne de yargılanmış ama tehlikeli olduğu düşünülen kimselerle ilgili “listeleme” yönteminin kullanılması, uygulamada korkunç haksızlıklara yol açabilecek ve ciddi riskleri olan bir “düşman” tanımının sonucudur (Galli, 2012: 165).⁸¹

Bütün bu gelişmelerin ulaştığı sonuç, kararnameler, bakan sirküleri veya adalet bakanlığı ya da başsavcı tarafından yapılan listeler yoluyla yürütmenin üstünlüğünün güçlendirilmesi, yasama işlevinin tümüyle yürütme tarafından uygulanması ve yargının araçsallaştırılmasıdır (Paye, 2009: 263). Yürütmenin özerk bir aygıtı olan polis tarafından kullanılan bir hukuk oluşturulmuştur (219-220). Terör, sahip olduğu maddi eylemlerden değil, azami bir yorum serbestisiyle ve suç kavramının muğlak ve değişken yorumuyla tahkim edilen ve failin varsayılan niyetinden türetilen bir çerçevede tanımlanır (220-221). Hukukun politikleşmesi yoğunlaşmakta, düşman nosyonunun belirsizliğine ve bu kategoride olduğu varsayılan kişilerle ilgili herhangi bir kriter bulunmamasına dayalı bir düşman ceza hukuku anlayışı yaygınlaşmaktadır (Galli, 2012: 165). Bu, ceza hukukunun geleneksel işlev ve fonksiyonunun sona erdiği, hangi eylemin meşru, hangisinin gayrimeşru olduğunun yürütme tarafından belirlendiği,

⁸¹ Listeleme yöntemi, 1999 tarihli Uluslararası Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Sözleşmesi temelinde, Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği ve ulusal makamlar tarafından “terörizmin finansmanının engellenmesi için” de kullanılan bir yöntemdir. Terör şüphelilerinin bu bağlamda saptanması ile ilgili süreçler, yerel makamlar tarafından elde edilen delillere değil, iç işleyişe ve kriterlere ilişkin çok az bir bilgiyle, uluslararası kuruluşların yönlendirmesine dayanmaktadır. Listeler, temelde yürütme organlarının elinden çıkmaktadır. Bu yöntem, uygulanabilir standartlar, yerel olarak uygulanan usuller ve aleyhlerinde yeterli delil bulunmayan kişilerin listeden çıkarılması ile ilgili problemler yaratmakta, yetersiz delillere dayanıldığı için sayısız hata yapılmakta ve masum insanlara zarar vermek başta olmak üzere endişe verici bir mesele alanı oluşturmaktadır (Passas, 2009:162-163).

kamusal otorite ile yurttaş arasındaki ilişkinin ceza hukukunun değişen işleyişı ile yeniden tanımlandığı, herhangi bir toplumsal hareketin iç düşman olarak terörle mücadele adına suçlanabildiğı bir süreçtir (Paye, 2009).⁸² Gücü elinde bulunduranlar, sevilmeyen siyasal muhalifleri düşman olarak vasıflandırarak, onlara karşı hukuk devletine aykırı amaçlar kullanmayı meşrulaştırmaktadırlar (Heinrich, 2016: 136). Ceza hukuku, ortada işlenmiş bir fiil olmamasına karşın, daha çok kişi ve grupların tehlikeliliğini yok etmek için önleyici kolluk aracı haline gelmiştir (139). Sonuç olarak anti-terör rejimi, sürekli yeniden tanımlanan ve hatta kendi gereksinimlerine uygun bir düşman yaratma çabası ile özellikle potansiyel tehlikelere odaklanan, yürütme makamları tarafından kurulan icra yöntemlerine dayanan ve tüm inisiyatifi polise bırakan bir işleyişle karakterize olur (Paye, 2009: 219-261).

Boukalas'a göre de, terörle mücadele mevzuatı yargıyı terörizm soruşturmalarının dışına çıkarmış, güvenlik faaliyetlerini önleyici, istihbarat temelli bir faaliyete dönüştürmüş, gözaltı ile suç şüphelisi birbirinden ayırmış; cezai hükmün hukuka aykırı hareketle ilgisi kalmamış ve terörle mücadele bağlamındaki suç, belirsiz, açık uçlu ve taraflı düzenlemeler biçiminde tanımlanmıştır. Bütün bu kapsam, hukuku, siyasal amaçları ileri taşıyacak basit bir araca dönüştürür (Boukalas, 2016: 45-46). Bu araç, artık, geniş ve merkezi bir polislik aygıtının sorumluluğunu da tek başına üstlenen yürütmenin kontrolündedir. Muğlak ve tam tanımlanmamış yasal hükümler, yürütmenin hedefleri seçip tam bir takdir yetkisiyle hareket edebilmesine ve düşmanla ilgili özel bir sınıflandırma yaparak suçluyu tanımlayacağı, hukuk dışı gözaltı, yargılama ve cezalandırma rejimi oluşturacağı ve seçtiğı bireyleri ortadan kaldırabileceğı bir düzenek kurar. Suç tanımının iştirak açısından genişletilmesiyle yalnızca cezalandırma cezai eylemden ayrılmaz, aynı zamanda başbakan veya adalet bakanının kararına göre oldukça geniş bir toplumsal kapsam ceza soruşturması alanına dâhil olur. Yürütmenin

⁸² Margaret Thatcher, daha 1980'li yılların başında, madencilerin grevini terörle mücadele kapsamında karşılamayı denemişti (Paye,2009: 72).

“suçlu”yu tanımlayacağı, hukuk dışı gözaltı, yargılama ve cezalandırma rejimi tertipleyebileceği ve seçtiği kişileri ortadan kaldıracabileceği bir paralel hukuk sistemi ortaya çıkar. Suç oluşmadan önce cezalandırma eğilimi ile geniş bir nüfus potansiyel suçlu olarak istihbarat ağına takılır (46). Ceza soruşturmasının şüpheden ayrılması, herkesin işlenmemiş suçların şüphelisi olması anlamına gelir. Siyasal faaliyetlerin tamamı, polis mekanizmalarının öncelikli hedefi haline gelir, bunların cezalandırılması sürekli olarak artar ve polisin yetkileri genişletilir (60).

Terörle mücadele hukukuna yönelik bu eleştiriler, düşman ceza hukuku anlayışının önemli bir yönünü açığa çıkarmaktadır. Özelde düşmanın belirlenmesi, genelde de bütün bir yargı sürecinin yürütme tarafından araçsallaştırılması, Schmitt’çi anlamdaki “karar”ın, tam olarak hukuk düzeni içerisine taşınması anlamındadır: Jakobs’un, düşman ceza hukuku anlayışının varlığına ve işlevine ilişkin olarak “karar”ı ne biçimde nitelendirdiği ve Schmitt ile “karar”ın niteliğine ilişkin ortaklaştığı ve ayrıldığı noktalar yukarıda tartışılmıştı.⁸³ Carl Schmitt’e göre karar alma ayrıcalığı “egemen”dedir ve egemenin eylemi hukuk temelinde değil, cebir ekseninde belirir (Boukalas, 2016: 43). Schmitt, “karar”ın politik niteliğine ve “hukuk düzeninin askıya alınması” ve “normun yok edilmesi” ile sonuçlanan karakterine vurgu yapmasına karşın, Jakobs, “karar”ı düşman ceza hukukunun uygulanma zemini ve işlevinin bir koşulu olarak *özel bir biçimde hukuk düzeninin içerisine taşımaktadır*. Bir başka ifadeyle, Schmitt’in politik karakterli ve siyasal alana ait “karar”ı, Jakobs tarafından tümüyle *hukuk düzeni içine taşınır ve hukuksal alana ait bir politik karar olarak yeniden üretilir*.

Bu yeniden üretim, bütünüyle yürütmenin ihtiyaçlarına göre şekillenen bir “düşman” kategorisi yaratmaktadır: “Düşman”ın hukuksal tanım ve ölçülerle tanımlanamaz olan kimliği ve içeriği, siyasal alanın tercihiyle/ yapısıyla/ pozisyonuyla

⁸³ Ayrıntılı açıklamalar için, bkz. yukarıda, “Carl Schmitt’in Dost-Düşman Ayırımı” başlığı.

belirlenen, izafi, politik karakterli bir “düşman” tasarımı ile sonuçlanır. Bu, öylesine nispi bir nitelik taşır ki, Aponte'nin de vurguladığı gibi, anti-terör yasalarının Anayasa'ya uygunluğunu denetlemeye çalışan Anayasa Mahkemesi dahi “düşman” olarak tanımlanabilir. Paye'nin dikkat çektiği gibi, yasa, egemen sınıflarla yönetilen sınıfların bir uzlaşmanın ifadesiyken, terörle mücadele usulleri siyasal ilişkileri yönetmenin kısa dönemli bir yöntemidir ve yöneten ve yönetilenler açısından olduğu kadar, gücü elinde tutan blokun bileşenleri açısından da göreceli bir istikrarın sonunu ifade eder (Paye, 2009: 261). Bu açıdan terörle mücadele hukuku, esasen yönetenlerin egemenlik altındaki sınıflara yönelttiği bir cezalandırma politikası iken, siyasal kararlara, süreçlere ve krizlere bağlı kırılğan yapısıyla, aynı zamanda egemen blok bileşenlerinin de birbirlerine yöneltebilecekleri bir cezalandırma aracı halini alabilir. Bu yönüyle “düşman”ı tanımlayan “siyasal karar”, siyasal yapı ve ilişkilerin egemenlik tesisi süreçlerini, karakterini ve krizlerini hukuksal alana da taşır, bu alanda yeniden üretir, görünür kılar.

Kuşkusuz ki, düşmanın kimliğinin tanımlanmasını ve düşman ceza hukuku süreçlerinin uygulanmasını tetikleyen ve belirleyen bir kategori olarak “karar”ı, Schmitt'çi anlamda ele almak bir zorunluluk olmadığı gibi, bu, gerekli de değildir: Yukarıda belirtilen eleştirel yaklaşımların bir bölümü, devletin veya daha özel olarak yürütmenin yapısı ve işleyişi ile ilgili olarak Schmitt'çi çerçeveye de eleştirel yaklaşmaktadır.⁸⁴ Ama öte yandan, eleştirel yaklaşımların ortak noktası, içerik, işleyiş, yapı ve içsel ilişkilerine ilişkin analizlerde farklılıklar göstermesine karşın, yürütmenin/ polislin yargıyı araçsallaştırmasına, yeniden işlevlendirmesine ve bütün bir yargısal sürecin karakterini belirlemesine yaptıkları vurgudur. “Karar”, bu bağlamda, hem Jakobs'un hukuksal çerçevesinin çağırıldığı, ihtiyaç duyduğu ve bu çerçevenin karakterini de belirleyen bir siyasal etkiyi, hem de anti-terör hukuki rejiminin, başta

⁸⁴Schmitt ve Agamben'in siyasal çerçevesinin eleştirisi için, bkz. Boukalas, 2016: 48-53.

düşmanın kimliğinin belirlenmesi süreçleri olmak üzere, bir bütün olarak politik bir ceza sistemi olarak gerçekleşmesi sonucuna yol açan yapı, ilişki ve mekanizmaları ifade etmektedir.

3.2. Düşman Ceza Hukukunun Yürürlüğü ile İlgili Tartışmalar

Düşmanın kimliğine ve cezalandırılma süreçlerine ilişkin olarak “politik karar” kavramsallaştırması kullanılсын ya da kullanılsın, eğer terörle mücadelenin hukuki mekanizmaları bir bütün olarak yürütmenin/ polis in belirleyici etkisiyle biçimleniyorsa, ortaya çıkan bu yeni hukuksal yürürlük ne biçimde değerlendirilmelidir? “Düşman için uygulanacak hukuk”un, genel hukuk sistematığı içindeki yeri ve anlamı nedir? Terörle mücadele hukuku, diğer hukuk yapı ve ilişkilerini nasıl etkiler ve onlardan nasıl etkilenir? Öte yandan, “düşman için uygulanan hukuk”un da hukuksal yapıya katılması, genel hukuksal bütünü nasıl ve ne biçimde etkiler?

“İstisna” durumu ve “olağanüstü hal” düşünceleri, düşman ceza hukukunun kaynakları olarak yukarıda tartışılmıştı. Yine, bu kaynakların, Jakobs’un çerçevesiyle ilişkisine de aynı başlık altında değinilmiş, Jakobs’un, düşman ceza hukukunu “akıllıca yönetilen bir hukuk devletinde bilinçli olarak istisnai biçimde kullanılan, yani devamlılık arzetmesi gerekmeyen bir son söz” biçiminde nitelendirdiği vurgulanmıştı. Böylece, uygulanabilir, kesin ve belirli bir kurallar bütünü olarak düşman ceza hukuku, Jakobs tarafından aynı zamanda bir istisnai ceza hukuku olarak tanımlanmıştır.

Peki ama hukuk sisteminde yürürlük kazanmış, belirli ve kesin kurallar bütünü, hangi açıdan *istisnai olarak* kullanılabilir? İstisnai kullanımla kastedilen durum, bu kuralların *yalnızca düşmanlara* uygulanması -vatandaş ceza hukuku ile karıştırılmaması- ile mi ilgilidir? Veya belirtilen kullanım, bir kimsenin düşman olarak

nitelendirilmesi süreçlerinin istisnailiği anlamında mıdır? Ya da her ikisine birlikte mi vurgu yapılmaktadır? Jakobs'a bakılırsa, "istisnailik", düşmanın toplum dışına çıkarılması sürecinin ve bu kimselerin haklarıyla ilgili olarak, ikaz fonksiyonunu da içeren bir niteliktir (Jakobs, 2008b: 519).

Her ne biçimde kullanılırsa kullanılsın, düşman ceza hukukunun yürürlüğü hukuk sisteminin bir parçası olarak gerçekleşmektedir. Bu, birinci dünya savaşından bu yana maddi anayasa anlamında bütün anayasal sistemlerde yer alan (Agamben, 2006: 19) olağanüstü hal durumundan farklıdır. Schmitt'çi çerçeveye ifade edilecek olursa, olağanüstü halin ilanı, istisnai bir durumda egemenin karar verme anını ve kudretini temsil eden, ancak bu karar verildikten sonra da yine istisnai biçimde uygulanan bir kapsamı ifade etmektedir. Düşman ceza hukuku ise istisnai durumlarda meşru sayılan olağanüstü halden farklı olarak modern ceza hukukunun bütününün kalıcı bir parçası olarak formüle edilmiştir (Saliger, 2017: 216). Yine Schmitt'in terminolojisiyle ifade edilecekse, düşmanın kimliğine polisin/ yürütmenin karar vermesi ve bütün bir yargısal sürecini araçsallaştırması/ yönetmesiyle, "karar", özgül bir biçimde yürürlükteki hukuk sisteminin içine girmiş, onun içinde eriyerek kendini her bir adımda yeniden üreten bir karakter edinmiştir.

Terörle Mücadele hukukunun yürürlüğüyle ilgili yaklaşımların bir kısmı yukarıda tartışılmıştı.⁸⁵ Bu yaklaşımların bir kısmı, terörle mücadele hukukunu "kalıcı olağanüstü hal" bağlamında tartışmaktadır. Buna göre "acil durum politikaları" kalıcı hale gelmiş, genişlemiş ve yoğunlaşmıştır (Boukalas, 2016: 46).

Siyasal sistemin hukuki örgütlenmesi, olağanüstü hali, örgütlenme şekli olarak kalıcı hale getirir (Paye, 2009: 258). İstisnalar kural olur (15) ve bu genel olağanüstü hal şekli, sıkıyönetimde olduğu gibi hukukun geçici olarak askıya alınması değil, hukuk

⁸⁵ Bkz. yukarıda, "Düşman Ceza Hukuku'nun Güncelliğine İlişkin Bütüncül Yaklaşımlar" başlığı.

düzenindeki radikal bir değişim ve yeni bir hukuk düzeninin oluşturulması anlamındadır (234).

“Kalıcı olağanüstü hal” yaklaşımını yetersiz bulan ve Terörle Mücadele Hukukunun yürürlüğünü “kapitalist devletin dönüşümü”, “temel sınıf ilişkileri” ve “krize karşı yeniden yapılanmasının bir görünümü” gibi bağlamlarda ele alan yaklaşımlar da yukarıda tartışılmıştı.⁸⁶ Esasen, sorunsal hangi biçimlerde ele alınırsa alınsın, bütün bu yaklaşımlar, iç güvenliğin genel görünümüyle ilgili benzer sonuçlara ulaşmaktadırlar (Boukalas, 2016: 61). Gerçekten de, anti-terör yasalarının yürürlüğü nasıl ele alınırsa alınsın, düşman ceza hukuku düzenlemeleri yürürlükteki hukukun sürekli, kalıcı ve geçerli bir parçası haline gelmiştir. Bu yönüyle oluşturulan hukukun geçerli bir parçasını oluşturur ve herhangi bir biçimde istisnai kullanımı söz konusu değildir. Aksine, yukarıda vurgulanan yaklaşıma göre istisnai durum kalıcı hale gelmiş ve kendi kurallar bütününe ulaşmıştır. Bir başka ifadeyle, “istisnai” olarak öngörülen önlemler normalleştirilmiş ve sistemin sıradan bir parçası haline gelmiştir (Galli, 2012: 166).

Olağanüstü durum, bu duruma ilişkin verilen karar ve kararın sonucu beliren egemenlik görünümü anlık, geçici ve arızı nitelikli olmaktan çıkmış, kendini geçerli ve yürürlükteki kurallar bütünü olarak gerçekleştirmiştir.

Bu yönden, yürürlükteki kurallar bütünü olarak düşman ceza hukukunun geçerliliği açısından artık herhangi bir istisnailik söz konusu değildir. Eğer düşman ceza hukukunun yürürlüğü ile ilgili bir istisna durumu söz konusu değilse, bu kez, Jakobs’un vurguladığı “düşmanların toplum dışına çıkarılması ve bu kimselerin haklarıyla ilgili süreçler” açısından bir istisnailik tanımlanabilir mi? Eleştirel yaklaşımlar, bu noktayı,

⁸⁶ Bkz. yukarıda, “Düşman Ceza Hukuku'nun Güncelliğine İlişkin Bütüncül Yaklaşımlar” başlığı.

düşman ceza hukuku düzenlemelerinin yarattığı etki alanı ve sonuçları ekseninde tartışmaktadırlar.

3.2.1. Düşman Ceza Hukuku Yürürlüğünün Hukuk Düzenine Etki ve Sonuçları

Geçerli ve sürekli bir uygulama biçimi olarak düşman ceza hukukunun yürürlüğü ile ilgili tartışmaların bir yönünü de, genel hukuk düzeni içindeki işlevi ve bu düzende yol açtığı etki ve sonuçlar oluşturmaktadır.

Düşman ceza hukuku düzenlemeleri “geçerli ve sürekli kurallar bütünü” olarak bir kez ortaya çıktıktan ve yürürlük kazandıktan sonra, artık, hukuk düzeninin de bir parçası olarak işlevlenmektedirler. Jakobs, bu durumu “bir dünyanın iki kutbu” olarak tanımlamıştır (Jakobs, 2008a: 489). Bu iki kutup, birbirinden yalıtık iki farklı ceza hukuku düzlemi değil, ceza hukukunun iki farklı eğiliminin bir anlam dâhilinde birleştiği noktadır (489).

Düşman ceza hukukunun, yurttaşlara uygulanan hukukun karşıtı olarak ama onunla birlikte hukuk düzenini oluşturması, hem bu farklı hukuksallıkların birbiriyle etkileşimiyle hem de oluşan bütünlüğün karakteriyle ilgili analizlerin temelini oluşturmaktadır. Sözü edilen analizler, düşman ceza hukukunun yürürlüğünü hem tikel varlığı yönünde hem de bütünselliğe etkileri açısından değerlendirme konusu yapmaktadırlar.

Bir yaklaşıma göre düşman ceza hukukunun varlığı, salt bu özelliği ile totaliter bir ceza hukuku anlayışını oluşturmaktadır. Burada, anti-terör yasalarının hukuk düzeninin bütünselliğine etkisi henüz tartışma konusu dahi edilmeksizin, düşman ceza hukuku düzenlemelerinin salt varlığının yarattığı etki tartışılmaktadır: Salıger’e göre, düşman ceza hukuku, vatandaş ceza hukukundan farklı kuralların birlikteliğidir (Salıger,

2017: 215). Bu birliktelik Jakobs tarafından da, izole olmuş iki ceza hukuku küresi biçiminde değil, bir dünyanın iki kutbu biçiminde formüle edilmiştir (216). Tez, vatandaş ve düşman ceza hukukunu bir dünyada ama birlikte düşündüğü için totaliter bir tezdır. Çünkü bu çerçeve, başkaca herhangi bir boşluk bırakmaksızın, bir problemi ya vatandaş ceza hukukunun, ya da düşman ceza hukukunun konusu olarak görür. Düşman ceza hukukunun bir hukuk olup olmadığı veya kendi içerisinde ne tür çelişkiler taşıdığı sorulduğunda ise, “hukuk dünyasının tam ve mükemmel birlikteliği düşüncesi” temelinde bir tasarımla karşılaşılır (225). Salıger, vatandaş ve düşman ceza hukukunun bu biçimdeki meşru birlikteliğinin, düşman ceza hukuku tasavvurunun totaliter karakterini gösterdiği kanısındadır.

Öte yandan bu birlikteliğin, hukuk düzeninin bütünü açısından da önemli sonuçlar doğurduğu belirtilmektedir. Bu yaklaşım daha çok, düşman ceza hukuku alanının yurttaş ceza hukuku olarak tanımlanan “normal” hukuk alanına ve bu eksende hukuk düzenine etkileri üzerine odaklanmaktadır.

Hindistan’da anti-terör yasalarının oluşumu ve gelişimi üzerine yapılan bir inceleme, terörle mücadele yasalarının yapıma sürecini ve hukuka etkilerini konu edinmektedir (Singh, 2008: 346). Buna göre öncelikle olağanüstü bir durumun yarattığı özel sorunların çözülmesine ihtiyaç duyulduğu kanısı yaygınlaştırılır, ardından olağanüstü durum ve olaylara bağlı ve onlarla bitişik olarak bu yasaların da geçici olduğu izlenimi yaratılır ve en son olağanüstü bu duruma ilişkin olağanüstü cezalandırma koşulları gerçekleştirilir (346). Bu, sonu gelmez bir olağanüstü ve geçici yasalar dizisinin, giderek kalıcı çözümler olarak yasal sistemde yer edinme sürecidir. Ancak, olağanüstü yasalar bir kez kalıcı hale geldikten sonra, artık olağan hukukun yanında fakat ondan bağımsız bir hukuk sistemi oluşturmaz. Aksine, neredeyse farkına bile varılmaksızın, “olağan suç”a ilişkin yasalarla olağanüstü durumlara ilişkin oldukları iddia edilenler karmaşık ve iç içe geçmiş sistemler olarak varlıklarını sürdürürler ve

olağanüstü yasaların çoğu olağan yasalara sirayet eder (353-354). Hindistan’da, öncelikle olağanüstü ve acil durumlara ilişkin öngörülen anti-terör yasalarının yürürlük süresiyle ilgili yasama organı tarafından yapılan denetim, rutin ve uzun süreyi kapsayan bir hale gelerek bu yasalar “kalıcı” biçime dönüşmüştür. Bu yasalarla, yakalama, tutma ve yargılama aşamalarıyla ilgili sanığa Anayasa ve yüksek mahkeme kararları tarafından sağlanmış olan güvenceler by-pass edilmiştir. Sanık, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında, işkence yoluyla da elde edilebilecek polis memuruna yapılan itiraflar ve yasal denetimden yoksun telefon dinlemelerin yasal delil olarak kabul edilmesi de dâhil olmak üzere, özel usullere maruz bırakılmış, giderek, olağanüstü yasaların öngördüğü usuller, olağan yasalarla iç içe geçmiş ve normalleşmiştir. Örneğin, olağanüstü yasalara göre yargılanan sanığın başkaca olağan yasaları eş zamanlı ihlali ile ilgili suçlamalar da aynı usullere tabi kılınmış, anti-terör yasaının öngördüğü delil elde etme biçimlerinin, bu kapsamda yargılanan sanığa isnat olunan diğer olağan suçlar bakımından da dikkate alınabileceği yönünde uygulamalar ortaya çıkmıştır (354-356). En son, bir yandan Terörü Önleme Yasası yürürlükten kaldırılırken, öte yandan bu yasanın kapsamı ve öngördüğü hükümlerin olağan ceza yasası hükümlerine dâhil edilmesi, acil durumlara ilişkin hükümlerin olağan ceza yasalarına eklenerek standartlaştırılması eğilimini göstermektedir. Bu, olağanüstü tedbirleri olağan yasal sistemin bir parçası haline getiren tehlikeli bir erozyondur (361-362).

Öte yandan, düşman ceza hukuku alanının sınırları ve tatbik alanının da genişlediği, anti-terör yasalarının toplumsal hareketler⁸⁷ ve giderek tüm nüfus açısından uygulanabilir hale geldiği belirtilmektedir. Yürütmenin merkezi polislik aygıtının

⁸⁷ABD’de yürürlükte bulunan PATRIOT yasasına göre, muğlak, yürütmenin taktir yetkisine ve izlenimlerine dayalı yeni suç tanımlarıyla, küreselleşme karşıtı barışçıl protestolar suç sayılmış, IMF ve Dünya Ticaret Örgütü’ne karşı protestolar “ülke içi terörizm” kapsamına sokulmuş, lise öğrencileri ve üniversite profesörleri savaş karşıtı eylemleri nedeniyle okullarından ve işlerinden kovulmuşlardır (Chossudovsky, 2010: 46-47). Bu yasayla öngörülen yeni suçlardan birisi de, “terörist organizasyonlara yardım sağlama” suçudur (Fletcher, 2006: 28).

sorumluluğunu tek başına üstlenmesiyle ve geniş istihbarat faaliyetinin suç oluşmadan önceki safhanın cezalandırılmasına odaklanmasıyla, bütün nüfus potansiyel suçlular olarak istihbarat ağına takılır (Boukalas, 2016: 46). Bu, suçluluk faraziyesinin herkes için *de facto* yürürlükte olduğunu ima eden bir durumdur (46). Yargının kolluk ve soruşturmalar üzerindeki denetiminin sona ermesi ve ceza hukukunda suç işlenmeden önce soruşturmayı öngören önleyiciliğe doğru bir dönüşüm yaşanması, hukuk sisteminin sistematik biçimde yoldan çıkarılması ve bu durumun bütün vatandaşları bağlayacak biçimde genişlemesi anlamındadır (60). Önleyiciliğe dönüş ve ceza soruşturmasının şüpheden arındırılması, “herkesin, işlenmemiş suçların şüphelisi” olduğu (60) bir düzenek yaratır. Bu düzenek, “paralel bir hukuk sistemi” oluşturmaktadır (Boukalas, 2016: 46). Sonuç olarak, hedefini şaşırın, yaygınlaşan, ceza hukuku ilkelerini reddeden, ifade özgürlüğünü etkisi altına alarak onu kalıcı biçimde erteleyen, banal hale gelen ve her türlü toplumsal faaliyete karışan bir anti-terör rejimi ortaya çıkmaktadır (Ortiz, 2001: 149). Bu açıdan sorunsal, düşmanlara öngörülen muameleden daha çok, yurttaşların tamamının hak ve özgürlüklerinin kısıtlanması ile ilgilidir (Zaffaroni ve Edmundo, 2013: 183).

Belirtilen açılardan, düşman ceza hukuku düzenlemelerinin hukuk düzenine etkisi iki yönlü olarak gerçekleşmektedir: Anti-terör yasaları, bir yandan yürütmenin geniş takdir yetkisine, kolluk ve soruşturma üzerindeki yargı denetiminin ortadan kaldırılmasına, soruşturmanın şüpheden arındırılmasına ve önleyiciliğin esas alınmasına dayalı işleyişleriyle toplumsal uygulanabilirliklerinin sınırlarını neredeyse tüm nüfusa yayılacak biçimde genişletmektedirler. Bu, terörizm ve örgütlü suçlulukla mücadele mazeretiyle istisnai kuralların genel haklara yönelik genişlemesi, ceza hukukunun otoriter bir çizgide evrimleşmesi ve düşman ceza hukukunun yükselişe geçmesiyle sonuçlanan bir kapsamdır (Picotti, 2009:100). Öte yandan, anti terör yasaları, “vatandaş ceza hukukuna” ve “normal hukuka” sızarak ve bu alana sirayet ederek, ceza

hukukunun mantığında önemli değişiklikler oluşturmakta (Melia, 2017: 118), bu alandaki soruşturma ve kovuşturma ilkelerinin de değiştirilmesi yönünde etki yaratmakta ve sonuç olarak “*vatandaş ceza hukukunu da tehlikeye atmaktadırlar*” (Zedner, 2010: 392). Bir başka ifadeyle, terörle mücadeleyle bağlantılandırılan usuller, genel olarak diğer suçlara da genişletilerek ceza hukukuyla ilgili her şeyi içerir hale gelmektedir (Paye, 2009: 221). Düşman ceza hukuku, böylesi iki yönlü ve kapsayıcı etkisi ve etkinliğiyle, “paralel bir hukuk düzeni” oluşturmasının da ötesinde, hukuk düzeni ekseninde “iç içe geçmiş bir sistem” yaratmaktadır (Singh, 2008: 354). Burada, “olağan ve olağanüstü yasaların iç içe geçmelerinin normalleştiği farklı bir örüntü zuhur etmiş” (355), diğer yandan da “olağanüstülük toplumsal yaşamın her alanına sirayet ederek ‘yeni normu’ oluşturmuştur” (Boukalas, 2016: 46).

Eğer sözü edilen “yeni norm”, düşman ceza hukuku düzenlemelerinin kalıcılığını, geçerliliğini ifade ediyorsa ve giderek hukuk düzeninde yer etmekten daha fazlası olarak toplumsal alanın bütünü ve “normal” yasal alan açısından da belirleyici bir etki yaratıyorsa, bu durum, öncelikle Jakobs’un “istisnailik fonksiyonu” ile ilgili savını her açıdan geçersiz kılmaktadır. Düşman ceza hukukunun, geçerliliği ve öngördüğü süreçler yönünden herhangi bir istisnai fonksiyonundan söz edilemez. Aksine, olağanüstü ve istisnai olan, “normal” olanı da belirleyecek derecede bir süreklilik ve geçerlilik kazanmış ve kendisine hukuk sisteminde böylece yer edinmiştir.

Ama öte yandan, sözü edilen bu “yeni norm”un varlığı, Jakobs’un düşman ceza hukukunun varlığı ve fonksiyonuna ilişkin varsayımlarını, daha temel bir noktadan geçersiz kılmaktadır: Jakobs’un, hukukun geçerliliğini, “gerçek normativite” olarak adlandırdığı yaklaşımla temellendirdiği, bu bağlamda “norma sadakat”e özel bir anlam yüklediği ve sadakati “bilişsel altyapı”nın temel zemini olarak vurguladığı yukarıda

belirtilmişti.⁸⁸ Buna göre, “norma sadakat”te kendisini bulan “bilişsel altyapı”, kişilerin diğer kişiler ile birlikte oluşturduğu bir “norm geçerliliği” halini gösteriyor, bu bütünlük içinde hukuk düzeni de gerçek bir geçerlilik olarak varlık buluyordu. Diğer taraftan “norma sadakatsizlik”, “ilkesel reddediş” biçiminde ve düzeyinde gerçekleştiğinde, “ilkesel muhalifler”e yapılacak muamele, “normun geçerliliğine verilen zarar”a göre değil, “tehlikenin büyüklüğüne” göre belirlenen bir ölçü esas alınarak belirlenecek (Jakobs, 2008a: 502), bu kimselere böylece “düşman muamelesi” yapılarak tehlikelilikleriyle mücadele edilecekti.

Jakobs’un bu çerçevesinde, düşman ceza hukukunun varlığının meşru gerekçesi, “norm geçerliliğine verilen zarar”ı halen gözeten yurttaş ceza hukuku alanıdır: Düşman, “düşman olarak davrandığı için” bu alandaki “geçerlilikten” payını alamayacak, “norm geçerliliği” ve “hukukun geçerliliği” zeminine göre değil, yarattığı tehlike esas alınarak muamele edilecektir. Yurttaş ceza hukuku alanı, bu bağlamda, düşman ceza hukukunun varlığı ve gerçekliği açısından, “kurucu” bir temel zemindir. Bir başka ifadeyle, Jakobs’un çerçevesinde “yurttaş”, “düşman”ı yaratan temel bir kategoridir (Dubber, 2010: 203),⁸⁹ düşman ceza hukuku da güvence altına alınacak bir yurttaş ceza hukukunu istemektedir (Diez, 2017: 197).

Ama eğer geçerli ve sürekli bir “yeni norm” söz konusuysa ve bu norm hukuksal yürürlüğün “normal” bir parçası ise, artık başkaca ve bunun dışında bir “normal” yürürlük ve geçerlilik varsayılabilir mi? “Normal” alan, halen ve devam eden biçimde “yeni norm”un istisnai varlığının gerekçesi olarak kalabilir mi? “Yeni norm” ile birlikte, Jakobs’un düşman ceza hukukunun varlığına meşruiyet sağlama çerçevesi dayanağını yitirmiştir: “Yeni Norm”, en az Jakobs’un varsaydığı “normal norm” kadar normal,

⁸⁸ Bkz. “‘Norma Sadakat’ Temelinde ‘Bilişsel Altyapı’” başlığı altında.

⁸⁹ Dubber, bu duruma karşın, Jakobs’un, vatandaş ceza hukukunun temel motivasyonu olan “vatandaşlık” konusunda çok az şey söylediğine özellikle dikkat çekmektedir (Dubber, 2010: 203).

sürekli ve geçerlidir. “Norm geçerliliği”, aynı zamanda ve belki de daha fazla olarak “yeni norm”un da geçerliliğidir.⁹⁰ “Yeni norm”, Jakobs’un savının aksine istisnai bir varlık ve fonksiyonla değil, toplumsal ve hukuksal yönlerden geniş bir yaygınlıkla geçerlidir. Eğer “norma itaat” beklentisi ve “normun ve hukukun geçerliliği” temaları, yalnızca düşman ceza hukuku alanını üreten yurttaş ceza hukuku alanını değil, bir bütün olarak (yeni) hukuk düzenini ve hukuksal yürürlüğü ima ediyorlarsa, Jakobs’un düşman ceza hukukunu meşru kılacak biçimde bu temaları kullanma biçimi de bütünüyle temelsiz kalmaktadır. Burada norm geçerliliği ve hukuksal geçerlilik çerçevesine, ayırma tezine gerekçe oluşturabilecek bir içerik yüklenememekte, aksine yeni normun geçerli ve sürekli varlığı, özgün bir hukuksal yürürlük ve geçerlilik oluşturmakta ve norm geçerliliğinin omurgası haline gelmektedir.

Düşman ceza hukukunun yürürlüğünün yarattığı gerçeklik “paralel bir hukuk düzeneği” veya hukuk düzeninin bütünü yönünden “iç içe geçmiş sistemler birlikteliği” olarak, nasıl ifade edilirse edilsin, Jakobs’un “ayırma tezi”ni ve bu ayırmaya dayalı varsayımları dayanaksız kılmaktadır. Acil durum önlemleri, bir kez kabul edildiklerinde, artık kabul edilmişlerdir ve normal hukukun içine böylece sızmışlardır (Zedner, 2010: 394). Bu nedenle, ortada, ayırılabilir iki hukuk düzeneği bulunmadığı gibi, varsayılan bu iki yürürlüğün ayrı olduğuna ve birbirine karıştırılmamasına ilişkin “sınırlama önerileri”⁹¹ de anlamını yitirmektedir. Çünkü düşman ceza hukukunun somut varlığı, ceza hukukunun diğer birçok bölümünün de kirlenmesi ile sonuçlanmaktadır

⁹⁰Jakobs, aslında, “hukukun geçerliliği”ni yurttaş ceza hukukuna ait bir alan olarak betimledikten ve böylece düşman ceza hukukunun meşru gerekçesini yarattıktan sonra, bu kez aynı temayı düşman ceza hukukunun geçerliliğinin gerekçesi olarak sunmayı da dener: “Bilhassa teröristlere karşı kullanılan bir ceza hukuku biçimi olarak düşman ceza hukukunun, cezanın amacından ve ilgili suç tiplerinden çıkarılan hukukun geçerliliğini muhafaza etmek suretiyle güvenliği sağlama yükümlülüğü mevcuttur, yani hukukun geçerliliğinin garantisi demek olan yurttaş ceza hukuku, tehlikelerden korunma biçimine dönüşür” (Jakobs, 2008: 524). Bu, düşman ceza hukukunun meşru gerekçesini yaratma çabasıyla birlikte, ayrıca “hukukun geçerliliği” çerçevesinin düşman ceza hukuku alanına özgü olarak yeniden üretiminin Hegel’ci (ama başarısız) bir denemesi gibi görünmektedir.

⁹¹ Jakobs’un Düşman Ceza Hukuku kurallarının sınırlarına ilişkin vurguları için, bkz. yukarıda “Düşman Ceza Hukuku Kurallarının ‘Sınırları’ başlığı altındaki açıklamalar.

(Melia, 2017: 125). Düşman ceza hukuku düzenlemeleri, yurttaş ceza hukuku lehine önerildiği varsayılan sınırları ihlal etmekte, bütün bir hukuksal yürürlüğü kapsayacak bir etki alanı yaratarak, aslında hukuk düzeninin yeni karakterini belirlemektedir. Bu bağlamda, Jakobs'un bu ayırmadan türettiği ve bilinen anlamda hukuk devleti ilke ve değerlerinin yurttaş ceza hukuku alanına ait olduğunu, düşmana uygulanacak hukukun anlam ve içeriğinin ise yurttaşlara uygulanacak olandan farklı olduğunu ileri süren tezlerinin, hukuk düzeninin bütünsel karakteri karşısında, ikna edici bir değerinin olduğunu savunmak oldukça güçtür. Jakobs'un "düşmanlara" uygun gördüğü çerçeve, uygulama alanında yarattığı sonuç ve etkiler bir yana, yurttaş ceza hukuku alanının ve bu kapsamda hukuk devleti bütünlüğünün aleyhine de ayrıca genişlemekte ve yeni bir hukuk düzeninin belirleyici bir parçası haline gelmektedir.

Bu nokta, düşman ceza hukukunu anlayışını, "hukuk devleti" anlayışı açısından analiz etmek için de uygun bir noktadır: Düşman ceza hukuku çerçevesi, "hukuk devleti" ilkeleri açısından nasıl değerlendirilebilir? Anti-terör yasalarının hem tikel varlık ve geçerlilikleri, hem de giderek hukuk sisteminin bütününe belirleyecek biçimdeki yaygınlaşma eğilimleri, "hukuk devleti"nin yapısını ve bu ilkelerin oluşturduğu yürürlüğü ne biçimde etkiler? Düşman ceza hukuku, bilinen anlamda "hukuk devleti" düzeneği içinde kendine yer bulabilir mi? Eğer bulursa bütünsel hukuk sisteminin oluşan bu yeni yapısını "hukuk devleti" anlayışı açısından nasıl değerlendirmek gerekir?

3.3. Düşman Ceza Hukuku ve "Hukuk Devleti"

Hukuk devleti teorisinde "yasallık", devlet faaliyetlerinde keyfiliğin önlenmesi için merkezi önemde bir kavram olmakla birlikte, çağdaş hukuk devleti anlayışı,

keyfiliğe karşı yasaların egemen olduğu bir asgari çerçeveyi aşmıştır. Güncel hukuk devleti anlayışı, devlet gücünün hukukla sınırlanmasının da ötesinde, bu sınırlamanın özgürlük ve insan onuru ile bu iki kavramı da kapsayacak biçimde insan hakları lehine gerçekleştirilmesini öngörmektedir. Kısaca biçimsel hukuk devleti, maddi içeriğini insan haklarında bulan bir bütünsel hukuk devleti anlayışına evrilmiştir ve devleti içerik yönünden sınırlayan değerlerin merkezinde insan hakları yer almaktadır (Sancar, 2008: 34-35).

Düşman ceza hukuku anlayışının, hukuk devletinin bu en genel çerçevesindeki temel unsurlara yabancı olduğu savunulmaktadır.⁹² Ama bundan önce, düşman ceza hukukunun temel hak ve özgürlüklerle ilgili temel bir kabulünü konu etmek gerekir. Burada, düşmana uygulanacak kurallar henüz tartışma konusu dahi edilmeden, düşman ceza hukukunun “kişi” kavramı ve bu çerçevede kişi haklarını biçimlendiriş biçimi üzerinde durulmaktadır. Saliger’e göre, Jakobs’un “kişi”den, hukuka sadık olmak üzere bilişsel güvence istemesi, kişinin “boyun borcu” olarak tasarlanmıştır ve bu bir tür “kişiliğin şartmanesi”dir (Saliger, 2017: 224). Jakobs’un kişi tasarımı, haklar değil, yükümlülükler hesaplanabilir. Vatandaşlar, doğuştan vatandaş statüsüyle doğmamışlardır. Aksine, bu statülerini kendi emekleriyle kazanmalıdırlar. Bir “kişi”, davranışları normlara uygunsu, kendi rolünü de yerine getirmiş demektir. Eğer kişi bu “boyun borcu”nu yerine getirmese, büyük ölçüde “güvenilmez bir nefer” olarak kalır, kendisinin tehlike kaynağı olarak ihraç edilmemesi için güvenilir bir biçimde hukuka sadık olduğunu göstermelidir (224-225). Saliger, Jakobs’un kişi, hakların varlığı ve kullanımı ile ilgili oluşturduğu bu kapsamın *totaliter* bir nitelik taşıdığı kanısındadır.

Diğer yandan, Jakobs’un çerçevesi, hukuk devletinin temelini oluşturan “insan hakları”nı, belirli bir devletin tavrına ve kabulüne bağlı kılmaktadır (Goppel, 2013:

⁹² Saliger’e göre “dost- düşman” karşıtlığı ekseninde oluşturulan hukuki rejim, hukuk devletinin erozyona uğraması sorununu çözmekte, aksine onu dayanılamayacak bir noktaya kadar keskinleştirmektedir (Saliger, 2017: 219).

253). Oysa insan hakları düşüncesi ve bu düşüncenin geçerliliği, herhangi bir devletin kabulüne bağlı değildir. Devletlerin aksi tutumlarında dahi, insan hakları varlıklarını devam ettirirler (253). Aslında temelde düşman ceza hukuku çerçevesi, devlet odaklı bir bakış açısının ürünüdür (253) ve bu yönüyle “devlet gücünün sınırlandırılması” fikrine de yabancıdır. Hak ve özgürlüklerin devlet tarafından değerlendirilebilirliği ve kişinin statüsü ve haklarının devletin kabul edip etmemesine bağlı olması, insan hakları düşüncesinin temeliyle çelişmekte (252), kimin düşman olarak tanımlanacağına karar verebilmesi, devlet için muazzam bir güç kaynağı yaratmaktadır (254). Siyasal bir kararlar, bir kişinin hukuk düzenini kabul etmediği ve masumiyetini yitirdiği varsayımıyla, temel haklar geçerliliğini yitirmekte, sözde tehlikeliliğin kabulüyle hakların sınırlandırılması, durumu daha da vahim kılmaktadır (254). Bu yönden düşman ceza hukuku, devlet kudretinin insan hakları lehine sınırlandırılması fikrine tümüyle yabancıdır. Aksine, teori, devlet gücünün lehine ve bu gücü yeniden üreten bir eksende, “hukuk devleti prensiplerini tüm yurttaşlar açısından ortadan kaldırmaktadır” (253).

Aşağıda, Jakobs’un kendine özgü bir karakter gösteren “hukuk devleti” anlayışı ele alınacaktır. Ama kuşkusuz, düşman ceza hukuku anlayışının hukuk devletinin temel unsurlarına yabancı kalması, kendisini esas olarak düşman ceza hukuku alanında öngördüğü uygulamalar yönünden gösterir. Bu açıdan, düşman ceza hukuku alanının hukuk devleti anlayışı ile ilişkisini, bilinen ve çağdaş anlamıyla “hukuk devleti” teorisini oluşturan unsurlar yönünden de analiz etmek gerekir.

3.3.1. Jakobs'un “Hukuk Devleti” Anlayışı

Jakobs'un kendi sistematığı açısından düşman ceza hukuku ile hukuk devleti arasındaki ilişkinin analizi gereksiz gibi görülebilir. Yukarıda da belirtildiği gibi⁹³ Jakobs, hukuk devletinin bilinen çerçevesini “normal” yurttaş hukuk alanına özgülemekte, düşmanlarla kurulan ilişkiyi ise “tehlikelilikle mücadele” ekseninde tanımlamaktadır. Bu yönüyle, düşman ceza hukuku alanıyla hukuk devleti kapsamının bir rabıtası bulunmamaktadır. Ama öte yandan, Jakobs'a göre sorunsal düşman ceza hukuku alanının bir kurallar bütünü olarak “varolabilmesi” ve geçerliliğini bir hukuk olarak muhafaza etmesi ile ilgilidir ve salt bu nedenle düşman ceza hukukuna hukuk devletine özgü bir takım güvenceler “verilmelidir”. Böylece düşman ceza hukuku, hukuk devleti içinde barınma imkânına da kavuşabilecektir. Jakobs'un bu çerçevesinde düşman ceza hukuku, en azından “kurallar aracılığıyla yürütülmesi” nedeniyle yine de bir hukuk, devletin organlarını ve bunların işlevlerini düşmanla mücadele hususunda bağlayıcı olduğu için de bir hukuk biçimidir. Ama bu hukuk, aynı zamanda düşmanın haklarının sistematik biçimde ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu çerçeve, devlet yönünden mutlak bir “hukukluluk durumu”nu göstermekle birlikte, cezalandırılacak birey açısından ise tam bir “hukuksuzlaşma” durumunu öngörmektedir ve sonuç olarak hukuka ikili bir karakter ve anlam vazetmektedir. Jakobs, bu ekseninde, “hukuk”u ve “hukuk devleti”ni bir ve aynı anlama gelmek üzere kullanılmaktadır. Bir diğer ifadeyle düşman ceza hukuku bir hukuk biçimi olarak öngörülmekle, ama aynı zamanda hukuk devleti içinde de kendine yer bulmaktadır.

⁹³Bkz. “Düşmanla Mücadele Hukuku'nun ‘İkili’ Karakteri” başlığı.

Jakobs'un çerçevesiyle somutlanan anlayış, temelde hukuk devletini normativist eksende yorumlayan bir yaklaşımdır: Normativist eksenin formülü, "hukuk devleti=devletin hukuku" biçiminde özetlenebilir (Sancar, 2008: 54). Bu kapsamda,

"(...) hukuki pozitivistin bakış açısında, her devlet bir hukuk devletidir; şu anlamda ki, devletin bütün işlemleri hukuksal işlemlerdir ve hukuk düzeni olarak nitelendirilen bir düzeni icra ederler... Devlet her zaman bir egemenlik devletidir; egemenlik, her zaman mevcuttur ve devlet de, egemenliğin nasıl icra edileceğini ve kimin emredip kimin itaat edeceğini belirleyen bir hukuk düzeni olması anlamında da hukuk devletidir" (Kelsen'den akt, Sancar, 2008: 55).

Bu anlayışa göre, dar anlamda, bir takım şekil kurallarına uyularak yürürlüğe konulmuş yazılı hukuk kuralları yasaları oluşturur ve yasa her biçimde bağlayıcıdır (Wolf'tan akt. Ünal, 2004: 187). Esasen yasa kavramı ve yasallık ilkesi, hukuk devletinin gelişimi ve içeriği açısından merkezi önemdedir. Devletin sınırlanmasının ve yapılanmasının hukuksal biçimi olarak yasallık, devlet faaliyetlerinin keyfiliklerinin önlenmesinin vazgeçilmez bir şartıdır (Sancar, 2008: 53). Ama öte yandan yasallık, hukuk devletinin yalnızca asgari anlamıdır (54). Yürürlükteki hukukun içeriğine bakılmaksızın geçerli ve ideal olduğunu savunan pozitivist anlayışın sonucu olarak, yasa bir haksızlık aracı ve keyfilik de bir maddi hukuk kaynağı olabilir (Diemer-Plessner'den Akt, Ünal, 2004: 187). Normativist/ pozitivist yaklaşımda, "hukuk devleti, içeriği her türlü keyfiliğe göre belirlenebilecek olan hukuk normlarının oluşturduğu bir yasa devletine indirgenmiş olmaktadır"(Sancar, 2008: 55).

Bir "gerçek normativist"⁹⁴ olarak Jakobs'un "devletin uyguladığı bir hukuk" olarak düşman ceza hukukunu, salt bu niteliği nedeniyle "hukuk devleti" kapsamında

⁹⁴ Jakobs için ceza hukukunun temel işlevi, normların duruşuna zarar vermektan kaçınılmasıdır. (Lauterwein, 2016: 25). Suçlunun, "ihlal edilen normun geçerli olmadığı"na ilişkin iddiası herhangi bir etki yaratmaz, çünkü kanunun uygulanması, normun geçerli olduğunu gösterir. Burada cezalandırma, "yasanın reddinin reddi" olarak anlam bulduğu için, Hegel'in cezalandırma teorisiyle de açıkça benzeşmektedir (25).

sunmasının beklenmeyen bir yanı yoktur. Ancak Jakobs, düşman ceza hukukunun varlığı ve geçerliliğini böylece temin ederken, bu yürürlüğü düşmanların haklarının ortadan kaldırılması amacına özgüleyerek, normativist anlayış içinde dahi özgün bir yer edinmektedir: Normativist/ pozitivist anlayışın yukarıda belirtilen ve “hukuk devleti”ni “yasa devleti”ne indirgeyen yaklaşımında, keyfilik ve temel hak ve özgürlükleri ihlal etme durumu, *halen bir “olasılık”tır*. Uygulanan ve geçerli hukukun tam, tutarlı ve adil olduğunu savunan pozitivist hukuk anlayışı, amaççı olmadığı ve yürürlükteki hukukun içeriğine ilgisiz olduğu için (Keyman, 2005: 199), temel hakların mevcut hukukta ihlali, keyfiliği belirleyen sosyal/siyasal etmenlerin düzeyine bağlı bir olasılık halinde kalacaktır. Ancak Jakobs’ta hukuk, münhasıran “düşmanların haklarının ortadan kaldırılması”ni amaç edinmiştir. Bir diğer ifadeyle Jakobs’a göre düşman ceza hukuku, bir yandan hukuk devleti kapsamında kendine yer bularak geçerliliğini de muhafaza ederken, bu yürürlük aynı anda, düşman tasarımının yöneldiği süje açısından, haklarının sistematik olarak ihlal edilerek giderek ortadan kaldırılması anlamındadır. Bu açıdan Jakobs’un “hukuk devleti”, düşman olarak tasavvur edilen kişilerin haklarının ortadan kaldırılmasına (*“hukuksuzlaştırılmasına”*) özellikle odaklanmış ve hatta esaslı bağlamını da bu işlevle bulmuş görünmektedir. Düşman ceza hukukunun bu biçimdeki tam ve mutlak hak ihlali kavramı, hukuk devleti ve insan hakları fikirleriyle açıkça çelişmektedir (Goppel, 2013: 252).

Ama öte yandan, Jakobs, bir yandan düşman ceza hukukunun geçerliliğini ve yürürlüğünü normativist eksende gerekçelendirirken, bu hukukun Anayasa normlarıyla ilişkisi konusunda hiç ilgilenmemektedir. Jakobs’un çerçevesinde, düşman ceza hukuku çerçevesi ile anayasa arasındaki ilişkiye ilişkin esaslı herhangi bir analiz ve gerekçe bulunmamaktadır. Bu, bir normativistten beklenecek bir tutum değildir: Anayasa, salt pozitivist/ normativist açıdan, var olan hukukun bir parçasıdır. Uygulanan hukukun bir parçası olarak anayasa da tam ve eksiksizdir ve öyle olduğu için kendinde bir değerdir.

Diğer yandan, pozitivistler, çoğu kez anayasaya özel bir değer de yüklemektedirler. Örneğin Kelsen'e göre anayasa kavramının çekirdeği, tüm iç hukuk düzenini ve bu düzen tarafından oluşturulan toplumun özünü belirleyen üstün bir ilke düşüncesidir (Kelsen, 2015: 866). Anayasa hukuk düzeninin esası, devletin temelidir (866). Öte yandan anayasa, yapılacak yasaların içeriğiyle ilgili genel hatlar, ilkeler ve sınırlar belirler. Bireyler lehine yasa önünde eşitlik, fikir özgürlüğü ve mülkiyet hakkı gibi hakların dokunulmazlıklarını ilan ederek yasaların yalnızca kendisinin öngördüğü yöntemlerle yapılmasını bildirmekle kalmayıp, aynı zamanda hakları ihlal edebilecek herhangi bir hüküm içermemelerini de emreder (867). Bu açıdan anayasa, hem yasaların nasıl yapılacağını düzenlemiş ve hem de kendisine aykırı normları yasaklamak yoluyla bunların içeriğini de göstermiş ve belirlemiş olur (Keyman, 2005:190). Kelsen, böylece, temel normdan kaynaklanan bir normlar sistemi öngörür (197). Yine pozitivist hukukçu Hart da, temel normun yerine, düzene dâhil normların geçerliliğini saptayan bir "tanıma normu" öngörür (191). Pozitivist/ normativist yaklaşım yönünden, anayasaların maddi içeriği henüz tartışma konusu edilmeksizin ama çoğunlukla haklara ilişkin temel metinler olduğu da teslim edilerek, uygulanırlığı ve yürürlüğü ilgili herhangi bir duraksama bulunmadığından ve altındaki diğer normların geçerliliğini belirleyen öneminden söz etmek yanlış olmaz.

Jakobs'un, çerçevesini bir yandan düşman ceza hukuku normlarının geçerliliğine ve yürürlüğüne dayandırırken, öte yandan bu normların (yine geçerli ve yürürlükteki) anayasa normlarıyla ilişkisini analiz konusu yapmamasının pozitivist/ normativist açıdan dahi açıklanabilir bir yanı bulunmamaktadır. Bu eksiklikte, böylesi bir ilişkinin, "güncel" bir ilişki olarak kurulma zorunluluğunun ve güçlüğüne de payı büyük olmalıdır. Gerçekten de, güncel bir ceza hukuku yaklaşımı olarak düşman ceza hukukunun, günümüzdeki anayasal anlayışla ilişkisini kurmak oldukça zordur: Günümüzde anayasa kavramı, insan haklarının tanınıp güvence altına alınmasıyla

karakterize olmuştur (Sancar, 2008: 116). Anayasallaşma (anayasacılık) hareketinin bir sonucu olarak devletin faaliyet serbestisi daralmıştır. Bu sınırlamanın amacı, yurttaşların temel özgürlük alanını güvence altına almaktır (Lipson, 1973: 301). İnsan haklarının tanınıp güvence altına alınmasına ilişkin kurallar, anayasaların zorunlu içeriksel bloğu olarak kabul edilmekte ve bu unsurdan yoksun belgeler anayasa olarak anılmamaktadır (Sancar, 2008: 116). İnsan haklarının anayasal tanınmasıyla insan hakları pozitifleşir ve hukuksal geçerlilik gücü kazanır. İnsan haklarının anayasanın yapısal ilkeleri arasına girmesiyle birlikte bu ilkeler anayasa-altı (türevsel) normlar karşısında ölçü işlevi görür. İnsan haklarının anayasal düzeyde tanınması, aynı zamanda, devletin kendi eylem ve işlemlerinin meşruluğunu insan haklarına dayandırdığına ilişkin bir taahhüt niteliğindedir ve bu taahhüt, nesnel etkisiyle devlet organlarını da bağlar (120-122). Günümüzde hukuk devleti, tüm faaliyet ve eylemleri hukuk kurallarına ve anayasaya uyan ve bu kurallara bağlı olan devlettir (Batum, 2004: 64). “Anayasanın üstünlüğü” ilkesi, normlar hiyerarşisi içinde anayasanın en üstte yer almasını ve üretilen mevzuatın da anayasaya uygunluğunun esas alınmasını gerektirir (Gemalmaz, 2010: 285).

Güncel anayasa anlayışının bu biçimdeki kapsamına göre, insan hakları temelinde bir içerikle donanarak aynı zamanda bir yürürlük gücü de elde eden anayasal normlarla, münhasıran düşmanların haklarını ortadan kaldırmaya ve onları hukuksuzlaştırmaya odaklanan bir hukuk yürürlüğünün ilişkisini kurmak mümkün görünmemektedir. Diğer yandan bu ilişkisizlik durumu, Jakobs’un normativizminde de büyük boşluklar doğurmaktadır. Jakobs bir yandan düşman ceza hukuku düzenlemelerinin yürürlüğüne dayanarak çerçeve oluştururken, diğer yandan hem yürürlükteki anayasal normlarını, hem de düşman ceza hukukunun bu normlara uygunluğu sorunsalını bir yana bırakmış görünmektedir. Bu durum, Jakobs’un kendi kuramsal çerçevesinde bir eksiklik yaratmasının yanında, öngördüğü normativist

çerçevenin kuramsal meşruiyetini de ortadan kaldırmaktadır. Öyle görünmektedir ki Jakobs'un normativizmi, kendi içinde kuramsal tutarlılıktan yoksun ve salt düşman ceza hukuku düzenlemelerine meşruluk kazandırma ve onlara hukuk düzeni içinde “yer açma” amacını gerçekleştirilmeye yönelik bir niteliktedir.

Öyleyse, düşman ceza hukuku düzenlemeleri, bir yandan bütün bir hukuk sisteminde yarattıkları etkiyle yeni hukuk düzeninin belirleyici bir parçası haline gelmekte, ama bu durum, anayasal hak ve güvencelere aykırı olarak gerçekleşmektedir. Düşman ceza hukuku, anayasal hakları göz ardı etmekte (Heinrich, 2016: 131), bazı failleri anayasal teminatlardan mahrum bırakmaktadır (129). Yurttaşlar, ait oldukları yasal düzeni bilen ve bir dereceye kadar da davranışlarını garanti eden ve kendi statülerini yaratan kimselerdir, ancak devlete karşı haklara da sahiptirler (Goppel, 2013: 250). Belirli normları ihlal etmiş olmaları, onların yasal dışına çıkarılmasını gerektirmez (250). Ancak anti-terör yasaları, genel olarak, anayasal garantileri etkisiz kılarak hukukun bu anlamda askıya alınması işlevi görmektedir (Paye, 2009: 222). Bu askıya alma, ceza hukuku aracılığıyla gerçekleşir ve var olan hukuk düzeni içinde meydana gelir (235). Bir başka ifadeyle hukuk devleti gerilemekte (Boukalas, 2016: 42) ve hatta paramparça olarak işlev ve mantığını da kaybetmektedir (59), ancak bu durumda dahi hukuki düzen bir anlığına bile bir kenara atılmamakta, örneğin anayasa hükümleri askıya alınmamakta ve üzerinden de atlanılmamakta, ancak bir yandan da yasaların öngördüğü sınırlamalar geçerliliğini devam ettirerek (Heinrich, 2016: 129) anti-terör yasaları aracılığıyla hukukun içine yerleştirilmektedir (Boukalas, 2016: 447). Kısaca, hukuk devletini ihlal eden uygulamalar yasallaşmaktadır (Heinrich, 2016: 136). Bu yönüyle terörle mücadele, örgütlü suçların tehlikeliliğini temel alarak, hukukun üstünlüğüne dayanan bir ceza anlayışının içine yerleştirilmiş bir truva atıdır (Arnold, 2007: 7).

Jakobs'un "hukuk devleti" anlayışı, bu biçimde, yasa devleti ile hukuk devleti özdeşliğine dayanan pozitivist/normativist yaklaşım ekseninde temellenmekte, ancak başta anayasal düzenlemelerle ilişkisi olmak üzere kendi çerçevesi yönünden dahi kuramsal boşluklar barındırmaktadır. Kuşkusuz Jakobs'un hukuk devleti ile ilgili yaklaşımı kendine özgüdür ve bu yaklaşım, düşman ceza hukuku anlayışının bilinen hukuk devleti kuramıyla ilişkisine ilişkin de pek az veri sunmaktadır. Diğer yandan, düşman ceza hukuku kuralları, varlıklarıyla güncel bir hukuksal düzen ve yürürlük yaratmışlardır ve üstelik bu bütünlüğe halen "hukuk devleti" adı verilmektedir.⁹⁵ Acaba düşman ceza hukuku anlayışı, hukuk devleti kuramı yönünden nasıl ele alınabilir? İçinde düşman ceza hukuku kurallarının da yer aldığı bir hukuk düzeneği, halen "hukuk devleti" olarak adlandırılabilir mi? Bu sorunsallar, hukuk devletinin bilinen belirli nitelikleri ışığında tartışılabilir.

3.3.2. Düşman Ceza Hukuku ve "İnsan Onuru"

Düşman ceza hukukunun, hukuk devleti anlayışıyla uyumu sorunsalına ilişkin temel noktalardan birisi, "insan onuru" ile ilişkisidir. "İnsan onuru", "özgürlük" ile birlikte hukuk devletinin maddi anlamını ve içeriğini belirleyen bir kavramdır (Sancar, 2008: 35). Bu bağlamda, insan onurunun korunması, hukuk devleti teorisinin ve anayasal hak ve özgürlüklerin yöneldiği temel bir değerdir. Ama öte yandan, insan onuru, ceza hukuku alanında, bu alanla ilgili daha özel bir anlama bürünür. Ceza hukukunun, genel olarak insan onuruna aykırı cezalar öngörmemesi ve insana saygı

⁹⁵ Avrupalı politikacılara göre terörizmle mücadele için alınan sert önlemler "anayasal normallik" içinde kalmaktadır ve ceza hukukunun geleneksel politikasından önemli bir sapma söz konusu değildir (Melia, 2011: 118). Ama gerçekte, ceza hukukunun siyaset ve iktidarın baskısı ve gölgesinde kalması, yalnızca otoriter veya totaliter rejimlerde değil, demokratik karakterli Avrupa'da da, ceza hukukunu giderek artan bir biçimde erozyona uğramaktadır (Arnold, 2007: 9). Bu anlamda, "demokrasi" artık "kusurlu" bir demokrasidir. Liberal demokrasinin artık "nazik totaliteryanizm" yolunda olduğu, böylece, çoktan teyid edilmiştir (9).

temelinde oluşturulması, hukuk devletinin içeriğinin bir parçası ve gereğidir (İçel, 2004: 271). Bir yandan, ceza hukuku uygulamaları, insan onurunu korumanın ve garanti etmenin bir görünümü ve aracı iken, diğer yandan insan onuru, bir hukuk devletinde ceza hukuku alanında ihlal edilemeyecek sınırları belirleyen bir temel ilkeyi ifade eder (Radtke, 2011: 207).

Düşman ceza hukuku anlayışının, “düşman” olarak nitelendiği kimselerin tehlikelilikleriyle mücadelede öngördüğü zorun, bilinen anlamda “ceza”dan farklı olduğu ve bütünüyle fiziksel etkililiği ve güvenlik tedbiri olma niteliğini sağlayacak bir işleve sahip olduğu, “düşmanın ihracı” amacının, “savaş”a varan bir kuvvet/ zor uygulamasıyla ve haklarının ortadan kaldırılmasıyla sağlanmasının formüle edildiği yukarıda belirtilmişti. Ceza hukuku süreçlerini, savaşa varan bir zor uygulaması olarak gören ve tehlikeli kimselerin haklarının kaldırılmasına odaklanan bir anlayışın, düşman olarak nitelendirdiği kimseyi, bir “insan” olarak kabul ettiğini söylemek mümkün görünmediği için, bu çerçevenin “insan onuru” kavramıyla bir ilişkisinin olduğunu savlamak da güçleşmektedir. Herkes birey olarak insan onuruna eşit biçimde sahiptir ve devlet, bir kimsenin kişiliğinin niteliğini belirleme hakkına sahip olmadığı gibi, hiç kimseyi de “insan dışı” olarak kabul edemez (Heinrich, 2016: 136). Jakobs’un literatüründeki kimi ifadeler, düşman ceza hukuku çerçevesinin insan onuru kavramı ve kapsamıyla ne ölçüde ilişkili olduğunu genel olarak göstermesi açısından açıklayıcıdır: “Savaş olarak düşman ceza hukuku”, “Düşmanı kızığa çekmek”, “Düşmanın sürülmesi”, “Vahşi bir hayvan olarak düşman”, “Kişiliksiz biri olarak düşman”, “Sürekli bir şekilde şeytan gibi davranan kişi olarak düşman” (Jakobs’tan akt. Saliger, 2017: 222). Bu ifadelerin, insan onurunu temel alan çerçeveyi yansıttığı söylenemez. Bu anlayış, bireyleri kişi olmaktan çıkararak cezalandırma konusu yaparak, aslında insanları da bir “av hayvanı” olarak kabul etmektedir (Ökçesiz, 2006: 167). İnsanın kişilikten çıkarılması, onurunun da reddi anlamına gelir (Ökçesiz, 2008b: 556).

Gerçekten de, insan kimseye ait değildir, kendisine aittir (Jager, 2011: 218). İnsan onurunu gerçekleştirmenin varlık koşulu, bireyin kişiliğinin tanınmasında yatmaktadır. Onur, “hukuk süjesi olmak ”tır (218). İnsan onurunun ceza alanındaki en önemli görünümü, “bireyi sıradan bir obje olarak kabul etmemek”tir. Bir başka ifadeyle sanık ceza muhakemesinin sıradan bir objesi değildir, aksine baş aktördür ve pek çok müstakil hakka sahiptir (219). Aslında insan onuru, böylece, “hak ve özgürlüklere sahip birey” biçiminde varlık bulmaktadır. Düşman ceza hukuku anlayışı, insanları, savaşılmaları gereken nesnelere indirgemekte, devlete karşı ileri sürülebilecek tüm haklardan mahrum bırakmakta ve onlara karşı savaşa varan bir fiziksel güç uygulamasını meşrulaştırmaktadır (Goppel, 2013: 250-251). Bu açıdan düşman ceza hukuku, kendisinin bir hukuk mu yoksa hukukun kötüye kullanılması anlayışı olarak mı nitelenmesi gerektiği konusunda bir kuşku yaratır, çünkü düşmanın gayrimeşru olarak yok edilmesi amacına yönelmiştir. İnsanları düşman olarak kategorize edip özgürlüklerinden mahrum bırakmak, anayasal kuralların ve özellikle insan onurunun açık ihlalidir (Heinrich, 2016: 136).

İnsan onuru, temel hak ve özgürlükleri hukuk düzeninin bütünü yönünden temelleyen bir değer olmakla birlikte, ceza hukuku açısından “ihlal edilmeyecek sınırları belirlemek” bağlamında bulduğu anlam, kimi durum ve uygulamaların düşman ceza hukuku anlayışı açısından ayrıca tartışılmasını gerektirmektedir. Burada, insan onuru ceza hukukunun sınırlarını belirlemekte ama düşman ceza hukuku da düşmanın tehlikeliliğine karşı verilen mücadelede, hukuki sınırları adeta ortadan kaldırmaktadır. Bu yönden, en başta, hukuk devletinin bir temel değeri olarak insan onuruyla düşman ceza hukuku arasında varlıksal bir çatışma olduğunu ifade etmek yanlış olmaz.

Bir sınır kavramı olarak insan onurunun, cezai süreçler yönünden doğrudan ve adeta müstakil bir değer ve ölçü olarak ayrıca varlık kazandığı ve düşman ceza hukuku anlayışıyla ilişkisi açısından analiz edilebilecek üç somut durumdan söz edilebilir:

İşkence yasağı, öngörülen soruşturma/yargılama usul yöntemlerinin ortaya çıkardığı problemler ve cezanın infazıyla ilgili süreçler. Bu üç durumda, insan onuru hem bir sınır kavram olarak ve hem de doğrudan bir müstakil hak/ ölçü gibi konumlanmaktadır.

İşkence ve zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ve cezalandırma yasağı, hemen bütün hukuk sistemlerinde kayıtlanamayan ve hiçbir durumda istisnası olmayan, mutlak bir yasak olarak öngörülmüştür (Ertan, 2008: 172).⁹⁶ Aslında Jakobs'un, işkence yasağının düşmanlara uygulanmayacağı yönünde herhangi bir savı bulunmamaktadır. Bu anlamda, düşman ceza hukuku anlayışının düşmanlara karşı öngördüğü mücadelede, bir muamele/ cezalandırma biçimi olarak işkencenin de kullanılabilmesine ilişkin doğrudan bir söylemi de söz konusu değildir. Bununla birlikte, bu anlayışın, işkence yasağını gevşetmeyi muhakeme ettiği (Saliger, 2017: 223) ve bir bütün olarak işkence ve kötü muameleyi çağırان bir zemin tesis ettiği belirtilmektedir: Düşman ceza hukukunun temel eğilimi, tehlikeli düşmanla mücadele bağlamında onun kişi olmaktan çıkarılması biçimindedir (Arnold, 2008: 538). Günümüz Almanya'sında işkencenin ve insan onurunun tartışılmasının meşru bir biçimde gerçekleşmesi, bu eğilimin bir sonucudur (538). Her ne kadar Federal Mahkeme halen işkence yasağına mutlak bir geçerlilik tanıyor da (Jager, 2011: 219), mahkemenin kimi kararlarındaki gerekçeleri, teröristlerin de insan onurunun bulunduğu ve aksi uygulamaların bu değer ihlali anlamına geleceğinin saptanması ile ilgili şüpheler uyandırmaktadır. Bu gerekçelere göre, insan onuruna karşı her türlü saldırının yasaklandığı değil, aksine belli durumlar için izin verilebileceği (Arnold, 2008: 546) bir yaklaşım meşrulaşmaktadır.

Düşman olarak tasarlanan bireylere işkence yapılabilmesini meşrulaştıran bir zeminin oluşabilmesi, düşman ceza hukukunun kabul ettiği temel öncüllerle ilgilidir.

⁹⁶ Bkz. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi md.5, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, md.7. ve 4., Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, md 5. ve 27, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, md.3. ve 15.

Hukuku koyan ve kollayan bir güç tanımlandığı durumda, bu güç hukuk düzeniyle bütünleşir ve hukuk sisteminin dışarıya karşı verdiği bir gözdağı haline gelir. Bu güç, sınırsız bir güç haline gelirse, hukukun kendisini de tehdit edebilir (Benjamin'den akt. Aponte, 2008: 578-579). Aleyhtar Ceza Hukuku anlayışında bu gücün esas itibariyle sınırsız olarak haklara ve güvencelere karşı yöneltilmesi öngörüldüğünden, başkalarıyla savaşın devamını sağlayan biçimde işlevlendiği durumlarda, yakalanmış bir suçluya işkence edilebilecek, hatta bu kişi öldürülebilecektir (579). Gerçekten de, Goppel'e göre, Jakobs, devletin sadece gerekli önlemlerin alabileceğini belirtmekle ve aşırı önlemlere karşı belirli sınırlar öngörmekle birlikte,⁹⁷ bu sınırlar, devletin zorlu durumlarda gösterdiği tepkiye sınırlama getirmemektedir (Goppel, 2013: 251). Bu bağlamda Jakobs, doğrudan hedefe yönelik öldürmeyi tartışmamakla birlikte, hedefe yönelik öldürmeyi de haklı kılacak bir yol sunmaktadır (249). Özellikle terör eylemleri söz konusu olduğunda, devletin bu eylemlere önleme temelli ve bilgi alma amaçlı tepkisi, hem düşman olarak tanımlanan kişilerin yaşama haklarının saldırıya uğramasına ve hem de bu kişilere karşı işkence yasağının sınırlarının ortadan kalkmasına kadar varan zorlu bir tablo oluşturur (251). Bu nedenle Jakobs'un düşman ceza hukuku argümanı, düşman olarak tanımlanan kişilerin yaşam hakkının bozulmasına ve saldırıya uğramasına olanak veren ve bunları meşrulaştıran bir çerçevedir (Goppel, 2013: 249).

Sorunsalın bu bağlamdaki görünümü, bireyin düşman olarak tanımlanmasıyla, devletin gerekli gördüğü her türlü önlemi meşrulaştırmasıdır (Galli, 2012: 166). Bu meşrulaştırma, düşmanları gizlice öldürmek ve onları yasal işlemlere tabi tutmak yerine vahşice vurmak ve bilgi elde etmek için işkence ederek tehlikelilik kaynağını ortadan kaldırmayı dahi kapsar bir biçime bürünmüştür (166). Rosenau ise, Jakobs'un 11 Eylül olayları bağlamındaki analizleriyle, Guantanamo'yu meşru hale getiren bir sonuca ulaştığını belirtmektedir. Buna göre, Guantanamo, düşman ceza hukuku teorisinin en

⁹⁷ Ayrıntılı açıklamalar için, bkz. yukarıda, "Düşman Ceza Hukuku Kurallarının 'Sınırları'" başlığı.

tehlikeli yanını tek sözcükle gösteren bir örnektir. Burada devlet ilkelce ve orta çağdan kalma yöntemlerle, gözden çıkardığı kimseleri hiçbir hukuki koruma olmadan tutuklamakta, gözden kaybetmekte ve etkisiz hale getirmektedir. Bu, bir hukuk devletinin kendi savunmasını yapması için ona yapılan ve başına gelecekleri bildiren bir uyarı olarak kabul edilmelidir (Rosenau, 2008: 397). Hukuku ortadan kaldıran ve hukukla sonuna kadar mücadele eden bir kaba kuvvetin ifadesi olarak düşman ceza hukuku, bir hukuk devletinde geçerli bir meşruiyete sahip olamaz (401).

Düşman ceza hukuku, “*unperson*” olarak bertaraf etmek istediği tehlikenin, hala ve daima “insan” olduğunu göremediği için, örneğin, işkence yasağını ve bu yasağı temelleyen değerleri de anlayamaz (Ökçesiz, 2008: 564). Aslında burada, teknik anlamda işkence olmamakla birlikte, içerdiği şiddetle işkenceye yakın bir anlam içeren ve bu bağlamda işkence yasağı ile yarışan durum ve uygulamalardan da söz edilmelidir (Naucke'den akt. Arnold, 2008: 538). Şüphelinin rızası hilafına vücudundan zorla kan örnekleri almayı olanaklı kılan durumda olduğu gibi, burada kimi durumlarda şüpheliye karşı güç kullanımı serbest bırakılmaktadır. Bu, işkence yasağının delinebileceğine ilişkin bir söylemdir (538). Bu yaklaşımın izi sürüldüğünde, düşman ceza hukuku anlayışının öngördüğü ve şüpheliye karşı güç kullanımını içerir ve soruşturma/yargılama yöntemleri de, insan onuru açısından değerlendirilmeyi gerektirir.

Jakobs'un, şüpheliyi/ faili “sürecin öznesi” olarak ele alan çağdaş yaklaşımın normal suçluluk alanında aynen devam etmesi gerektiğini, ancak tehlikelilikle mücadele söz konusu olduğunda “düşmanın ihracının sağlanması” ekseninde usulü güvencelerin ortadan kaldırılmasını önerdiği yukarıda belirtilmişti. Bu açıdan Jakobs'un “taarruz biçimindeki zor” olarak tanımladığı ve Alman ceza mevzuatıyla da örneklendirdiği (Jakobs, 2008a: 500), “kan alma”, “dinleme”, “gizli gözlem usulleri” ve “iletişimin denetlenmesi” gibi usul hukuku yöntemleri, düşman ceza hukuku anlayışı açısından tümüyle meşrudur. Bu anlayış açısından şüpheliye güç kullanımını içerir yöntemler,

tehlikeliliğin bertaraf edilmesi amacına yönelik uygulanan “zor”un bir parçasıdır. Bu “zor”un, insan onuru ile ne ölçüde bağdaştığı, düşman ceza hukukunun ilgi alanı dışında görünmektedir.⁹⁸ Diğer yandan, maruz kalan kişi açısından bir “güç kullanımı” anlamına geldiği kesin olan ve salt bu yönüyle dahi insan onurunu zedeleyen bu yöntemlerin etkisi, yalnızca yöneldiği hedefle de sınırlı kalmamaktadır. İletişimin denetlenmesi yönteminde olduğu gibi, kişilerin konuşmalarının kamuya açık olmayan dinlenilmesi yoluyla elde edilen veriler, yalnızca şüphelinin değil, aile bireyleri de dâhil olmak üzere tüm taraflarla ilgilidir. Aynı durum DNA örneklerinin sonuçlarının depolanmasında da mevcuttur (Radtke, 2011: 218). Aslında genel olarak bilgi kontrolünün teknolojik potansiyeli, yalnızca hedeflenen çerçeveyi araştırmakla sınırlı kalmayacak, bir bütün olarak genele yayılmayı zorunlu kılacaktır (Zaffaroni ve Edmundo, 2013: 167). Bu yöntemlerin toplumsal düzeydeki uygulanma yöntemi ve amacı, oldukça geniş bir nüfusun “potansiyel suçlu” olarak izlenmesiyle sonuçlanır.

İnsan onurunun oldukça yaygın biçimde tartışıldığı bir diğer alan da, cezanın infazı ile ilgilidir. Bir görüşe göre, insan onurunun anlamı somut olarak cezanın infazında ortaya çıkmaktadır (Hassamer, 2011: 216). Özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûm edilen kimselerin başta kişi özgürlüğüyle ilgili belirli hakları kısıtlanmakla birlikte, tüm hakları elinden alınmış olmaz (Centel, 2004: 38). Aksine, hükümlü, öğ alma, suçun karşılığının ödenmesi ve güvenliğin korunması gibi infazın geleneksel amaçları karşısında, insan onurunun önceliği zemininde (Günther, 2001: 69) temel bazı haklara sahiptir.

Düşman ceza hukuku anlayışının cezanın infazıyla ilgili yürürlük bulduğu temel, “tehlikeli suç/ suçlu” kategorisiyle ilgilidir. Ükelere ve dönemlere göre farklılıklar göstermekle birlikte bu kategori, cezaların infazı sürecinin temel bir kategorisidir.

⁹⁸ Radtke’ye göre, insan onurunun en önemli yönü, gizli soruşturma tedbirlerinin uygulanmasına sınırlamalar getirmesiyle kendisini göstermektedir (2011: 218).

“Tehlikeli suçlu”, içeriği farklı anlamlar taşıyabilen bir kavram olmakla birlikte, belirli nitelikte suçları işleyen ve suç işleme eğiliminde kararlılık gösteren kişiler olarak tanımlanmaktadır (Yenisey, 2001: 242). Böylece “tehlikeli suçlu” ile “tehlikeli suç” örtüşerek, en ağır suçları işleyenler, siyasi örgüt ve diğer suç örgütü mensupları ile büyük çaplı iktisadi suç failleri, tehlikeli kişiler olarak belirlenirler (243).

Cezanın infazı sürecinde, kişinin tehlikeliliğini esas alan yaklaşım (Günther, 2001: 69), “tehlikeli” kişilerle “normal” suçlular arasında, sahip bulunduğu haklar yönünden esaslı bir ayırım yapmaktadır. Bu yaklaşıma göre, terör eylemcilerinin diğer hükümlülerle teması kesilmeli (Yenisey, 2001: 237), tehlikeli hükümlüler, sert bir izolasyona tabi kılınmak, yüksek güvenlikli cezaevlerinde muhafaza edilmek veya nakil yoluyla sürekli yer değiştirmek gibi farklı muamelelere tabi kılınmalıdır (Dünkel ve Snacken, 2001: 342). Öte yandan bu kişiler, mektuplaşma, telefonla görüşme, ziyaretçi kabulü, müdafî ile görüşme gibi diğer mahkûmların temel hakları arasında kabul edilen bazı haklardan da mahrum bırakılabilirler (Yenisey, 2001: 246-249; Ünal, 2001: 254-257).

Cezaların infazı sürecine ilişkin bu yaklaşım, düşman ceza hukuku anlayışı ile tümüyle örtüşmektedir. Tehlikeli kişilere karşı orantısız ve aşırı yüksek hapis yaptırımı, düşman ceza hukukunun temel niteliklerinden birisidir (Diez, 2017: 185). Suçlar ve suçlular arasında infaz sırasında yapılan ayırım, soruşturma ve yargılama sürecindeki ayırımın bir devamı ve sonucu olarak gerçekleşmekte ve tehlikeli suçlar/ suçlular yönünden ayrıksı bir infaz rejiminin ortaya çıkmasıyla sonuçlanmaktadır.⁹⁹ Bu rejimde, hücrelerdeki onur kırıcı yaşam koşulları özellikle tartışılmakla birlikte (Hassamer, 2011: 216), genel olarak da tehlikeli suçlar/ suçluların soruşturma ve yargılama süreçlerinde

⁹⁹ Hükümlü kişilerin tabi kıldıkları bu oransız ve tutarsız infaz rejiminde, diğer yandan, adaletle işbirliği yapmayı kabul eden hükümlüler yönünden önemli bir ceza indirimi öngörülmektedir. Böylece hukuk, tövbe eden ve rehabilite edilen iyi bireylerle merhameti hak etmeyen teröristler arasında infaz safhasında ve bir kez daha ayırım yapar (Galli, 2012: 164).

haklarından sistematik olarak bırakılmasına yönelik yaklaşım, cezanın infazı safhasında bir bütün olarak yeniden üretilmektedir.

3.3.3. Düşman Ceza Hukuku ve “Eşitlik”

Hukuk devleti düşüncesinin inşası ve gelişiminde en temel unsurlarından birisi olarak eşitlik, bir bakıma yasallık ilkesinin sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Yasa koyucu dâhil, hiç kimsenin yasanın üzerinde yer alamayacağına ilişkin ilke, toplumun bütün üyelerinin eşit bireyler olarak muamele görmesinin temel aracı haline gelmiştir (Preuss'tar akt. Sancar, 2008: 53). Bir yaklaşıma göre eşitlik, hukuk devletinin dayandığı temel ilkedir. Bireylerin yasa karşısında eşit olduğu yönündeki kabul, modern öncesi toplumsal düzenlerden keskin bir kopuşu ifade etmektedir (Özenç, 2015: 143). Yasa önünde eşitlik, liberal hukuk anlayışının hak kuramının temelidir ve her bireyi hak sahibi bir hukuki özne olarak görür (144).

Yasa önünde eşitlik, iki temel anlama sahiptir: Birincisi, öncelikle, yurttaşlar arasında din, dil, ırk, cinsiyet, inanç, siyasal düşünce gibi nedenlerle ayırım yapılmaksızın herkes yasa önünde eşit kabul edilir (Sancar, 2008: 243). Eşitliğin bu birincil anlamı, “doğrudan ayrımcılık yasağı”nı ve “devletin eşit muamele etme yükümlülüğü”nü içerir (Sever, 2015: 43). Kavramın ikinci anlamı, daha çok “nisbi” yönüne ilişkindir. Buna göre yasa önünde eşitlik, mutlak veya “eylemli bir eşitlik” değildir ve benzer durum ve koşullarda bulunanlara benzer biçimde davranılmasını gerektirir (Öden, 2003: 218-219). Bir başka anlatımla, eşitlere eşit, kişilerin ve durumların farklılaşması durumunda ise, kişilere, kişi gruplarına ve olgulara farklılıkları ölçüsünde farklı (eşitsiz) davranılabilir (Hesse'den akt. Sancar 2008: 242). Genel olarak, farklılaşmaya yol açan sınıflamanın anlaşılabilir, gerçek ve somut bir farka

dayanması, sınıflamanın rasyonel, adil ve amaçla yeterli ölçüde ilgili olması, keyfi, nedensiz veya haksız olmaması gerekir (Öden, 2003: 222). Yine, ulusal ve uluslararası mahkemelerin kullandığı bir ölçüt olarak, “haklı neden” bulunması durumunda, farklı muamele mümkündür (Sever, 2015: 46-47). Bu durumlarda, sınıflamanın dayandığı farklılık nedeninin eşitlik ilkesine aykırı olmadığı kabul edilir.

Düşman ceza hukukunun öngördüğü “yurttaş-düşman” ayırımının, eşitlik ilkesinin yukarıda belirtilen kapsamıyla ilişkisi, belirli bazı yönlerden analiz edilebilir: Bu ayırım, tehlikeli olduğu varsayılan kişileri, tehlikelilikleri saptandığı andan itibaren farklı bir hukuk rejimine tabi kılmaktadır. Burada “tehlikelilik” le belirlenen “düşman”, bir sınıflama olarak ortaya çıkmakta ve “normal suçluluk” alanından farklı bir ceza hukuku rejiminin uygulanmasına dayanak yapılmaktadır. Öncelikle, yaklaşımın öngördüğü farklılık nedeni, dayandığı “yurttaş-düşman” temel ayırımı nedeniyle “eşitlik” ilkesine de uzaktır. Eşitlik ilkesinin, yurttaşlar arasında din, dil, ırk, cinsiyet, inanç, siyasal düşünce gibi nedenlerle ayırım yapılamayacağına ilişkin temel anlamı, düşman ceza hukuku tarafından “vatandaşların ve bireylerin statülerinin olumsuz olarak oluşturulmasıyla” (Jager, 2011: 215) birlikte ortadan kalkmaktadır. İnsan hakları, cinsiyet, din, dil, siyasi görüş ve sosyal statü ayırımı gözetmeksizin bütün insanlara uygulanması temeline dayanır (Goppel, 2013: 252). İnsan haklarının uygulanmasının, insanların belirli davranış ve tavırlarının içeriğine bağlı olduğu düşüncesi, insan haklarının evrenselliği düşüncesiyle bağdaşmaz (252). Bu noktadaki tartışma, aslında, farklı muamelenin eşitlik ilkesi kapsamında meşru bir gerekçesinin bulunup bulunmadığından daha çok, eşitliğin mutlak anlamına ve “ayırıcılık yasağı”na ilişkindir. “Tehlikeliliğin belirlediği düşman”, daha başından itibaren yalnızca “ayırma tezi” olarak değil, aynı zamanda “ayırıcı bir kategori” olarak oluşturulmuştur. Esasen düşman ceza hukuku, “düşman”ı, “insanlığını yitirmiş düşman” (Jager, 2011: 215) olarak inşa ettiği ve böylece bir kısım bireyi “hak sahibi özne” olarak görmediği için,

insanların yasa önündeki eşitliğine ilişkin ilkenin bu anlayışla ilişkisi, en temelden itibaren kurulamamaktadır. Öte yandan, “düşman”, tasarımsal olarak betimlenmiş bir kategoridir. Bu tasarımdan suçlu yaratılırken, varsayılan niyet cezalandırma konusu yapılmakta ve suç, fiilden ve kanıtlardan bağımsız olarak gerçekleşmektedir. Ayrıca eşitlik ilkesine aykırı olarak, kimlik, ırk ve etnik köken gibi ölçütler, terörle mücadele adı altında tehlikeliliğin göstergeleri gibi kullanılmakta, teröre karşı savaş, bir kimsenin öznel karakteristiklerini (örneğin bir ideolojiyi, dini inancı ile ilgili suçlanan ve yargılanan insan gruplarını) ima eder görünmektedir (Galli, 2012: 166-167). Ceza hukuku süreçleri, politik kararlarla şekillenmekte ve bir bütün olarak “düşman”ın haklarının ortadan kaldırılmasına yönelmektedir. Böylesi bir çerçevenin eşitlik ilkesini gözetme amacı bulunmadığı gibi, ilkeye aykırı olmayacak bir farklılık nedeni üretmesi de beklenemeyecektir.

Diğer taraftan, düşman ceza hukukunun istisnai durumlarda ve olağanüstü koşullara özgü olarak uygulanması gerekçesi de, farklılığa yol açan bir sınıflama gerekçesi olarak değerlendirilemez. “Kalıcı olağanüstü hal” veya “kapitalist devletin krizi” bağlamında, hangi çerçevede tartışılırsa tartışılsın, düşman ceza hukuku kurallarının genel hukuk sistemi içindeki yürürlüğü geçerli, sürekli ve kalıcıdır. Yürürlüğün istisnai bir niteliği söz konusu değildir. Aksine, düşman ceza hukuku kuralları, kendi sistematiğiyle birlikte, uygulanan hukuk sisteminin bir parçası haline gelmiştir. Bu yönüyle, geçiciliği veya istisnailiği ima eden “olağanüstü koşullar”,¹⁰⁰ anti-terör rejiminin kalıcı ve sürekli yürürlüğü karşısında, eşitlik ilkesine uygun bir farklılaştırma temeli sunmamaktadır. Aksine, hak sahipliği açısından iki ayrı hukuki rejim (ikili hukuki düzen) oluşturan bu yürürlük, eşitliğin işlenemeyeceği ve eşitlik tartışmasına dahi girilemeyen bir alan oluşturur (Sever, 2015: 51).

¹⁰⁰ Modern anayasalarda öngörülen bir rejim olarak “olağanüstü hal”, her ne kadar duruma özgülenen bir hukuki rejim olarak görülse de, mekânla bağlantısını kopararak ve durumu bulanıklaştırarak, özne odaklı bir ayırımı temel alır ve liberal düzen için otoriter yapının korunmasının bir yolu olarak işlev görür (Sever, 2015: 50-51).

Üstelik düşman ceza hukukunun yürürlüğü, normal hukuka sızarak ve “vatandaş ceza hukuku”na da sirayet ederek, ceza hukukunun bir bütün olarak işleyişinde önemli değişiklikler yaratmaktadır (Melia, 2017: 118). Bu durumun, “paralel bir hukuk sistemi” olmanın da ötesinde, “iç içe geçmiş sistemlerin birlikteliği” olarak nitelendiği, yukarıda belirtilmişti. Düşman ceza hukuku, hukuk devletinin diğer tüm ilkeleri açısından olduğu gibi, eşitlik kavramı bağlamında da, ceza hukuku süreçlerinde bütünsel bir “bozucu” bir etki yaratır. Yurttaş-düşman ve olağan-olağanüstü ikiliklerinin yarattığı farklı muameleler, bir yandan “vatandaş ceza hukuku”na sızarak kendini bu alanda yeniden üretirken, aynı zamanda ceza hukuku sistematğinde ve işleyişinde de kurucu/belirleyici bir tesir oluşturur. Kısaca, yasa önündeki eşitlik ilkesinin rutin ihlali, “normal”leşir.

Ama diğer yandan, eşitlik ilkesinin temellediği varsayılan hukuk devletlerinde, düşman ceza hukuku kuralları, bu ilkeyle çelişmeksizin (ya da bu yönde sonuç doğuracak bir itirazla karşılaşmaksızın) yürürlük bulmaktadır. Bu durum, sorunsalı, yalnızca düşman ceza hukuku yaklaşımının eşitlikle ilişkisi bağlamında değil, eşitlik ilkesinin bizatihi kendisinin liberal hukuk düzenlerindeki anlam ve fonksiyonu yönünden de tartışmayı gerektirmektedir. Buna göre, hukuk devletinin gayri şahsi ve eşit bir hukuki düzen iddiası, eşitsizliklerin gizlenmesi, korunması ve pekiştirilmesi amacına yöneliktir (Sever, 2015: 34). Yasa önündeki eşitlik bir yandan şahıslar üstü bir siyasal düzenin hukuki güvencesi olarak sunulurken, öte yandan aynı ilkenin işleyişine ilişkin kararlar, hukuk dışı alanın belirlediği bir durumu hukuk alanında meşrulaştıracak biçimde alınır (34). Farklılık vurgusu, çoğulluk ve çeşitlilik olarak değil, hukuk alanında farklı muamele edebilme olanağını sağlaması açısından önem taşır ve eşitsizlikleri meşrulaştıracak biçimde işler (44). Farklılıkların sınıflamasının hangi durumlarda haklı olacağına ilişkin değerlendirme, içinde öznel ve değer alanına ilişkin bir değerlendirmeyi de zorunlu kılar. Bu yönden, yasa önünde eşitlik kavramı, öznel,

ideolojik ve kökünü hukuk dışı alanda bulan bir kavramdır (47). Farklılıklara ilişkin sınıflama, belli ikilikler bağlamında yapılarak eşitsizlik meşrulaştırılır: Kamusal- özel, yurttaş-yabancı, dost-düşman, olağan-olağanüstü gibi ikilikler sayesinde, eşitsiz düzenlemelerle özne temelli kategoriler türetilerek, iki ayrı kategoriye ilişkin ayrı hukuki sonuçlar düzenlenir (49-50).

Bu nedenle, düşman ceza hukuku yaklaşımının eşitlik ilkesiyle ilişkisi iki ayrı düzlemde tartışılabilir. Bir yönden düşman ceza hukuku, dayandığı “yurttaş-düşman” ayırımı ile, yasa önünde eşitlik ilkesinin en temel anlamına yabancıdır. Düşmanla mücadele için öngörülen kuralların yarattığı hukuki rejim ve bu rejimin bütünsel etki ve sonuçları, eşitlik düşüncesi ile esaslı biçimde çelişmektedir. Ama diğer taraftan, eşitlik ilkesi, politik alana ait kararların belirlediği kategorilere farklı muamele etme olanağı sağladığı ve eşitsizlikleri bu yolla meşrulaştıran bir içeriğe kavuştuğu ölçüde, düşman ceza hukuku kurallarını da sistem içinde olağanlaştırır. Hatta bu durumda, düşman ceza hukuku yaklaşımı, dayandığı “yurttaş-düşman” ayırımıyla, böylesi bir eşitlik anlayışının kurucu öğelerinden biri haline gelir. Düşmanın belirlenmesiyle ve düşmana karşı uygulanacak kurallarla ilgili olarak oluşturduğu sistematik, yasa önünde eşitsizliği üreten ve meşrulaştıran bir eşitlik anlayışının başat bir parçası olarak anlam bulur.

3.3.4. Düşman Ceza Hukuku ve Ceza Hukuku İlkeleri

Yukarıda, eşitlik düşüncesiyle birlikte, hukuk devleti düşüncesinin bir temel gerçekleyeni ve değeri olarak “insan onuru”nun, cezai süreçler yönünden doğrudan ve müstakil ölçü olarak varlık kazandığı durumlar analiz konusu yapılmıştı. Öte yandan insan onurunu koruyan ve geliştiren bir hukuk devleti, ceza hukukuyla ilgili başat anlamını, anayasal düzeyde sağlanmış hak ve özgürlüklerde ve bu hak ve özgürlükleri

sağladığı ve güvence altına aldığı kabul edilen ceza hukuku ilkelerinde bulacaktır. Ceza hukuku alanı, devletin temel hak ve özgürlüklere en derin müdahalelerde bulunma hakkı veren bir nitelik taşıdığından, hukuk devleti ilkelerinin en çok ihtiyaç duyulduğu bir alandır (İçel, 2004: 264). Devletin her türlü müdahalesinin bir anayasal meşruiyete ihtiyaç duyması, hukuk devletine özgü bir ceza hukuku sisteminin en önemli unsurlarından birisidir (Radtke, 2011: 206). Bu bağlamda, günümüzde, büyük oranda anayasal güvenceye bağlanmış olan ve bir hukuk devleti açısından ihmal edilemeyecek sınırları da belirleyen (Hassamer, 2011: 205) kimi ceza hukuku ilkeleri, keyfi uygulamaları önleyerek (İçel, 2004: 264) hukuk devletinin varlığını temin etmekte, aksi durumda ise hukuk devletinden söz edilememektedir.

Öte yandan ceza hukuku ilkeleri, bir bütün olarak kişilerin adil yargılanma haklarını güvence altına almaktadırlar. Ceza hukuku ilkeleri, hukuk devleti ilkesi ışığında devletin keyfi uygulamalarını önlerken, bunu, sanığı sıradan bir obje olmaktan çıkararak ve müstakil pek çok hakla donatarak gerçekleştirirler (Jager, 2011: 219). Bu açıdan, sanığı hukuki bir süje olarak donatan haklarda ifadesini bulan adil yargılanma hakkı, insan onurunun korunması ve gerçekleştirilmesinin de bir görünümü olarak değerlendirilmelidir (Radtke, 2011: 207).

Ekseriyetle bilinen (205) ve çağdaş hukuk sistemlerinde genellikle anayasal güvence biçiminde öngörülen bu ilkelere, düşman ceza hukuku çerçevesiyle doğrudan ilgili olanları; kanunilik ilkesi, ölçülülük ilkesi ve suçsuzluk karinesidir.

3.3.4.1. Kanunilik İlkesi

Kanunilik ilkesi, en genel anlamda, suçların ve cezaların ancak yasayla konulabilmesini öngörür (İçel, 2004: 266). Bu anlamda kanunilik, biçimsel hukuk devleti ilkesinin ceza hukuku alanındaki özel bir görünümüdür. Bununla birlikte

kanunilik kuralının kapsam ve anlamı, bu görünümü de aşan bir biçimde gelişmiş ve hem kişilerin temel haklarının gerçekleştirilmesi hem de bu haklara keyfi müdahalelerin engellenmesine yönelik bir içerikle donanmıştır (265). Günümüzde kanunilik ilkesi, “kanunsuz suç ve ceza olmaz” temel ilkesiyle birlikte, suçları saptayan yasa hükümlerinin tereddüte yer vermeyecek biçimde belirli ve açık olmasını, yürütmeye suç yaratma yetkisinin verilmemesini ve kişilerin işlediği zaman yürürlükte bulunan bir kanunun suç saymadığı bir eylemden dolayı cezalandırılmamasını da kapsamaktadır (266). Böylesi bir içerik, hukuksal düzenlemelerin “öngörülebilir” olmasına ilişkin anayasal ilkeyi (266) ve “suç tipi garantisi”ni de içerir (Jager, 2011: 209).

Düşman ceza hukukunun, düşmanla mücadelenin kurallar aracılığıyla yürütülmesini öngördüğü ve hukuk devleti anlayışının da bu çerçevede oluşturduğu yukarıda belirtilmişti. Bu anlamda düşman ceza hukuku anlayışı en genel olarak “kanunilik” ilkesini öngörmekle birlikte, bu ilkenin yukarıda belirtilen içeriğine yabancıdır. Bir kere, düşman ceza hukukunun “kanunilik” anlayışı, ceza hukuku alanında kişilerin haklarının temin edilmesinin değil, hukuki ve kuralına uygun bir biçimde hakların ortadan kaldırılmasının (Jakobs, 2008: 500) bir aracıdır. İkincisi, kimin, ne zaman düşman olarak kabul edileceği, bunun dışlanma ölçüsüne ulaştığının ne zaman tespit edileceği (Arnold, 2008: 535) ve ne zaman cezai süreçlerle ilişkilendirileceğine ilişkin yargı, belirlilikten ve öngörülebilirlikten yoksundur. Yine, anti-terör yasalarının dayandığı terör ve terörizm kavramları, somut, yeknesak ve belirli tanımlardan yoksun olduğu için belirli ve öngörülebilir de değildir. Bunun bir sonucu/ devamı olarak, terör örgütüne ilişkin yöneticilik/ üyelikle ilgili suç tipi de, failin niyetine odaklanır, muğlak ve geniş bir yoruma imkân tanıyan bir çerçeve yaratır.

Terör suçlarının belirsiz, açık uçlu ve taraflı düzenlemeler biçiminde tanımlanması, failin ve maddi eylemlerin niteliğinden ziyade, fiili işleyen niyetinin nasıl varsayıldığı ve yürütme tarafından ne biçimde nitelendirildiğine dayalı bir alan

oluşturur. Suçun “terör suçu” olma vasfı, maddi eylemlerden değil, failin varsayılan kastından kaynaklanır (Paye, 2009: 220). Cezalandırılabilirlik yer değiştirmiş, odaklanma noktası “gerçekleşen fiil”den “gelecekte gerçekleşecek fiile” yönelmiştir (Saliger, 2017: 215). Anti-terör hukuki rejimi, bir bütün olarak “düşman”ın belirlenmesi ve hukuki ve objektif ölçülere bağlı kılınmasıyla oluşmaz, aksine muğlak ve sınırları belirsiz bir düşman tasarımı yaratılmasına yöneliktir. Terör suçları, ön alanı cezalandırdığı ve hazırlık hareketlerinin de cezalandırılmasını da içerdiği için, suçun ne zaman ve nasıl başladığına ilişkin niteleme, bir kolluk kararı/ faaliyetinin sonucu olarak ortaya çıkar. Bu, ne gibi eylemlerin yasaklandığının hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi yükümlülüğünü öngören (Giritli, 2004: 17) “suç tipi garantisi”nin (Jager, 2011: 209) amacını ortadan kaldırır. Terör suçlarının muğlak karakteri yürütmeye geniş bir takdir yetkisi tanımakla birlikte, “suçlu” ve “düşman”ın eşitlendiği bir kurmacayla/tasarımla, aslında yürütmenin müdahalesine ihtiyaç duyan ve bu müdahaleyle karakterize olan bir hukuk rejimi oluşur. Sonuç olarak bu rejimde yargı süreçleri bir bütün olarak araçsallaştırılmış, yürütmenin karar ve yönelimlerinde belirlenen ve polisin icra yöntemlerine dayanan bir alan haline gelmiştir.

Terörizm ve terör suçunu hangi fiilin ne biçimde oluştuğunun yürütme/ polis tarafından belirlendiği bir hukuki rejimde, “kanunilik” ilkesinin sonucu olduğu varsayılan “suç tipi garantisi”, bizatihi suç tiplerinin belirsiz ve muğlak karakterleri nedeniyle, işlevsizleşmektedir. Düşman politik bir kararla belirlendiği için, bu durum, yürütmenin farklı kurumları/fraksiyonları yönünden dahi öngörülemeyen süreçleri tetikleyebilecektir.¹⁰¹ Bununla birlikte, kanunilik ilkesinin işlevsizleşmesi, özellikle hak sükreleri yönünden sonuçlar doğurmaktadır. Özellikle toplumsal muhalefet hareketlerinin

¹⁰¹ Kolombiya örneğinde Anayasa Mahkemesi’nin ‘düşman’ olarak değerlendiren bir tepki eğilimi ile ve terörle mücadele usullerinin gücü elinde tutan blokun bileşenleri açısından da göreceli bir istikrarın sonunu ifade etmesiyle ilgili açıklamalar için bkz. yukarıda, “ ‘Politik Bir Karar’ın Ürünü Olarak ‘Düşman’” başlığı altında.

keyfi, tek yanlı ve politik karar ve nitelermelere bağlı olarak “iç dūřman” olarak nitelendirilebilmesi olanaklı hale gelmektedir. Bu hareketlerin “failleri” yönünden, hangi fiillerinin ne biçimde anti-terör mevzuatıyla ilişkilendirilebileceğine ilişkin herhangi bir belirlilik ve öngörülebilirlik bulunmamaktadır. Yine, suçla ilişkilendirilen durumlarda, suçun ne zaman ve ne biçimde başladığı, hangi biçimde devam ettiği ve nasıl bittiğine ilişkin nitelermeler tümüyle spekulatif kalacaktır. Toplumsal hareketlerin terör suçları ve terörizm ile ilişkilendirilebildiği; öğrenciler, sendikacılar ve insan hakları savunucularının da dūřman ceza hukuku düzenlemeleriyle suçlanabildiği bir hukuk yapısında,¹⁰² “kanunilik” unsurunun bu sjeler için temin edeceği herhangi bir hak da söz konusu olmayacaktır. Aksine “kanunilik”, kapsamlarının keyfi olarak belirlendiği suç tiplerini ifade ettiği oranda, yürütmenin keyfi nitelme ve müdahalelerini sağlayan yeni bir içerik kazanabilecektir.

3.3.4.2. Ölçülülük İlkesi

İdare ve anayasa hukuku dallarında da uygulanan bir ilke olarak ölçülülük ilkesi, ceza hukuku alanında “oranlılık” ilkesi biçiminde de ifade edilmektedir (Oğurlu, 2001: 486). İlkenin genel içeriği, hakların sınırlandırılmasında başvurulan aracın, sınırlamayla ulaşılacak amacı gerçekleştirmeye elverişli olması ve araçla amaç arasında ölçüsüz bir oran bulunmamasına ilişkindir (zbudun, 2017: 116). İlke, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında, öngörülen sınırlama amacını gerçekleştirmeye yarayacak en az sınırlayıcı ve öngörülen amaca ulaşmaya en elverişli olanı seçme yükümlülüğü öngörür. Ölçülülük ilkesi, ceza hukuku alanında “ngrlen cezanın, işlenen suçla orantılı olması” biçiminde özetlenebilir. Ölçülülük, maddi ceza hukuku alanında olduğu kadar, ceza usulü ve tedbirler açısından da geçerlidir.

¹⁰² Ayrıntılı açıklamalar için bkz. yukarıda, “Politik Bir Karar”ın ürünü Olarak ‘Dūřman’” başlığı.

Düşman ceza hukukunun, maddi ceza hukuku ve usule ilişkin ceza hukuku hükümlerini bir “tedbirler hukuku” toplamı olarak ele aldığı belirtilmişti. Yine, bu hükümlerin, “tehlikelilik” temel ölçütüne bağlı olarak öngörüldüğü yukarıda vurgulanmıştı. Düşman ceza hukuku anlayışının temel ölçüt olarak tehlikeliliği belirlemesiyle, cezalandırılabilirlik genişlemiş, ön alan ve hazırlık hareketleri cezalandırılabilir hale gelmiş ve usule ilişkin hükümler de “tehlikelilikle mücadele” temelinde bir tedbirler toplamı olarak yürürlük kazanmıştır.¹⁰³

Bu temel durum, öncelikle suç ile ceza arasındaki oranlılıkla ilgili hukuk devletine özgü tüm ölçütleri ortadan kaldırmış görünmektedir: Terör suçlarının genel olarak “soyut tehlike suçları” olarak öngörülmesiyle birlikte¹⁰⁴ “fiil”, bir cezalandırma unsuru ve ölçüsü olma niteliğini yitirmiştir. Hukuki değere *zarar veren fiili* değil, *hukuki değer tehlikeye atulmasını* esas alan bu çerçevede, esasen failin kötü niyetine bağlanan tehlikeli düşünceleri cezalandırmayı amaç edinmektedir (Heinrich, 2016: 131). Esasen, burada, “gerçekleşen fiil”den daha çok, “gelecekte gerçekleşeceği varsayılan fiil”e odaklanma ekseninde bir değişim gerçekleşmektedir (Saliger, 2017: 215). Soyut tehlike suçlarında, ne somut bir fiilin ne de fiili işleme için somut bir planın aranmaması, aksine hukuksal değer ihlal edilmeden ve hatta somut bir tehlike dahi oluşmadan cezalandırılmanın sağlanması, bir “fiil ceza hukuku”nun değil, “fail ceza hukuku”nun varlığını göstermektedir (Heinrich, 2016: 131-140).

Yine hukuk devleti ilkesinden türetilen (Fahl, 2006: 223) ve hukuk devletinin temel özelliklerinden birisi olan “kusur ilkesi” (Radtke, 2011: 206), “fiil ceza hukuku” anlayışının bir gereği ve en önemli unsurudur (Koç, 2006: 530-531). Cezanın kusurla orantılı bir biçimde tayin edilmesi, cezanın oranlılığı/ ölçülülüğünü de sağlamanın

¹⁰³ Ayrıntılı açıklamalar için, bkz. yukarıda, “Yargılama/ Soruşturma Usulü Hukuku Alanına İlişkin Düşman Ceza Hukuku Düzenlemeleri” başlığı

¹⁰⁴ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. yukarıda, “Bir Suç Tipi Olarak ‘Örgüt Üyeliği’ Suçları” başlığı.

yanında, başlı başına bir ölçü olarak da kabul edilebilir (Radtke, 2011: 206). Soyut tehlike suçlarında, suç tipinde varsayılmış bir kusurdan dolayı, kişi suçlu sayılmaktadır (Ünver, 2003: 957-971). Gerçekte, kişinin tehlikeliliğine ilişkin kuşku, cezalandırmanın temelini oluşturmakta, bu bütünsellik içinde “fiil” ve “kusur”, suç tipinin içinde varsayımsal olarak kabul edilmektedir.

Suçu oluşturan fiilin, zarar oluşturu olup olmadığı ile ilgilenmeyen, fiilin isnat edilebilirliğini ise suç tipinde varsayılan bir kusur düşüncesi ile oluşturabilen bir suç tipi olarak soyut tehlike suçlarının, ölçülülükle bir ilgisinin bulunmaması gerekir. Çünkü bu suç tipleri, ceza hukukunda cezai sorumluluğun en temel unsurlarını dışlayarak bütünüyle tehlikeliliği temel almakta, böylece cezada ölçülülüğün gerçekleşmesini sağlayacak hukuki ölçüleri de göz ardı etmektedir. Soyut tehlike suçları, hukuk devleti açısından tam bir dikenli yoldur (Kühne, 2006: 94).

Düşman ceza hukuku anlayışı, “suç fiiliyle oranlı ceza” ilkesi yerine, “tehlikeye karşı savaş” yaklaşımı olarak özetlenebilir. Ceza hukukunun risklere ve bunlara yol açan nedenlere karşı mücadele aracı olarak konumlanmasıyla, kusurluluk ve tehlikelilik arasındaki fark belirsizleşir (Taşkın, 2016: 82-83). Aynı belirsizleşme durumu maddi ceza hukuku ile ceza muhakemesi hukuku arasında da yaşanır ve bir bütün olarak ceza hukuku sistemi siyaset ve yürütmenin elinde araçsallaşır (82-83). Ceza hukukunun bu biçimde konumlanması, suç ve cezada oranlılık ilkesinin de gerçekleşme şansını azaltır (82-83). Aslında fiili olarak ispatlanmamış bir tehlikeye, yani tehlikenin meydana çıkabileceği tehlikesine karşı savaşa varıncaya değin sert müdahale tedbirleri uygulanır (Kühne, 2006: 91). Amaç, karşı tarafın haklarının tümüyle ortadan kaldırılmasıdır. Mücadele, muhakeme hukukundan veya maddi hukuktan kaynaklanan insan haklarına sahip kişilere değil, “kötü”lere karşı yapılmaktadır (91-92). Böylesi bir anlayışın, maddi hukuk ve usul hukuku alanında ölçülülüğü temel almaktan daha çok, ölçüye

dayanmayan ve ihraç etmeye dayalı (Jakobs, 2008: 519) bir cezalandırma esasına dayandığı söylenebilir.

Ölçülülük ilkesiyle ilişkisi kurulabilecek bir diğer ceza hukuk ilkesi de ceza hukukunun son çare (*ultima ratio*) olması niteliğidir. Ceza hukukunun, yaptırımlarının radikal niteliğinden dolayı diğer toplumsal araçlardan sonra ve yardımcı nitelikte yer almasını kapsayan ilke (İçel, 2004: 264), devletin cezalandırma iktidarının sınırlanması gereğini ifade eder (Taşkın, 2016: 59). İlkenin, ceza hukukunun ikinciliği (66), etkinliği ve verimliliği (68-69) gibi konu başlıklarıyla birlikte, cezanın oranlı ve ölçülü olmasıyla da bağı bulunmaktadır (74-75). Son çare ilkesi, cezada oranlılığın sağlanmasında bir “araç ilke”dir: Cezaya başka ve daha uygun araçlar bulunmadığı durumda başvurulmalı, etkili biçimde sosyal fayda sağlamalı, ihlalden daha ağır bir acı ve kötülük üretmemelidir (73-74). İlke, temel hakların ihlaline yol açabilecek ceza muhakemesi hukuku düzenlemelerinin ve usuli tedbirlerin, başka bir yolla elde edilemeyecek nitelikte olmaları halinde başvurulabileceğini öngörerek, ceza muhakemesi hukukunda da karşılık bulmaktadır (62).

Düşman ceza hukuku anlayışının, tehlikelilik söz konusu olduğu zaman en etkin ve sert biçimde uygulanacak bir “mücadele hukuku” olarak işlevlenmesi, son çare ilkesi yönünden de belirli sonuçlar doğurmaktadır: Bir kere, tehlikeliliğin ön alanda ve hazırlık hareketleri aşamasında cezalandırmaya tabi kılınması, ceza hukukunun uygulama alanını aşırı biçimde genişletmektedir. Burada ceza hukuku, tehlikeliliğin belirlendiğinin varsayıldığı aşamada, “gerçek bir zarar doğmaksızın” (Galli, 2012: 164) ve “gelecekteki zararı önlemek için” (Zedner, 2010: 391) uygulama alanı bulmaktadır. Bu safha, genel olarak “önleme” işleviyle açıklanmaktadır (Kühne, 2006: 90-91; Taşkın, 2016: 79), ancak bu durumda, bir “önleme”den çok, ceza normuyla düzenlenen alanın genişlemesinden (Taşkın, 2016: 63) söz edilmelidir. Bir başka ifadeyle, suç tipinin içerdiği alan genişlemiş, ön alan biçiminde ifade edilen safha, suç tipinin sınırları

içine dâhil edilmiştir. Her ne biçimde ifade edilirse edilsin, ceza hukukunun böylesi esneklikle, genişlikle ve öncelikle uygulanması, son çare ilkesinden uzaklaşma anlamındadır (63).

İkincisi, ceza hukukunun tehlikelilikle mücadele aracı olarak tasnifi, kusurluluk ve tehlikelilik arasındaki farkla birlikte, maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku arasındaki farkı belirsizleştirir (82). Aslında, ceza hukuku, tehlikelilikle mücadele ekseninde araçsallaştırılmakta ve bu durum, son çare ilkesinin anlamını ve ceza hukuku alanındaki görünümünü ortadan kaldırmaktadır. Özellikle ilkenin ceza usulü düzeyindeki karşılıkları bütünüyle silinmektedir. Örneğin, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi veya gizli soruşturmacı görevlendirilmesi gibi, ancak başka surette delil elde edememe durumunda başvurulabileceği öngörülen usuller, bambaşka bir bağlam kazanarak mücadele hukukunun başvurduğu ana yöntemler haline gelmektedir. Öyle ki, tehlikelilik, böylesi usuller kullanmadan ortaya çıkarılamayacak bir biçimde varsayıldığı için, zorunlu ve son çare durumlarında kullanılması öngörülen usuller, başlıca ve şartsız olarak kullanılabilir yöntemler haline gelmektedir.

Sonuç olarak düşman ceza hukuku anlayışı, ceza hukukunun, maddi ve usulü yönlerden ikincilliğini ve son araç olarak kullanımını değil, tam tersine, tehlikelilik ekseninde ana çare ve amaç olarak kullanımını öngörmektedir. Ceza hukukunun, tehlikeliliğin mevcut varsayıldığı geniş ve yaygın bir alan için uygulanabilir hale gelmesi, başkaca sosyal araçların/ politikaların yerine ikame edilmesi anlamındadır ve bu bağlamda onu son çare niteliğinden uzaklaştırır. Öte yandan bu durum, ceza hukukuna yeni ve kurucu bir işlev yüklemekte ve geleneksel işlevini de yerinden oynatmaktadır (Paye, 2009: 220): Normalde ceza hukuku dava açılan bireylerle ilgilenirken, terörle ilişkilendirilen yeni suçlar kendisine göre toplumsal sorumluluk yaratmakta, kişiler, yürütme tarafından terör örgütü olarak belirlenen bir örgüte mensup olmakla cezalandırılmaktadır (220). Ceza usul yöntemlerinin de geleneksel rolü

tersine çevrilerek bu usuller, kamusal ve özel özgürlüklerin korunması yerine sistematik olarak ihlal edildiği araçlar haline gelmektedir (221-222). Bütün bu çerçevenin ceza hukukuna yeni bir işlev tanımladığı ve ceza hukukunun, devletin oluşumunun organik momentinin bir parçası ve kamusal otorite ile vatandaş arasındaki ilişkinin yeniden tanımlandığı bir araç olarak işlevlendiği belirtilmektedir (224). Ceza hukuku, toplumsal hareketleri parçalamadaki rolü ile de, iktidarın yeniden yapılanması sürecinde yeni bir işlev kazanmaktadır (224).

3.3.4.3. Suçsuzluk Karinesi

Ceza yargısının adil biçimde yapılmasını sağlayan ilkelerden biri olarak suçsuzluk karinesi (Ünal, 2001b: 189) genel olarak, “suçlanan kimsenin, suçluluğu yasal olarak kanıtlanıncaya değin masum sayılması”nı kapsamaktadır. Bu genel kapsam, adil bir yargılamayla mahkûm oluncaya kadar suçsuz sayılma ve buna göre muamele görme hakkı ile birlikte şüphenin sanık lehine işlemlerini/ yorumlanmasını da içermektedir. Suçsuzluk karinesi, kişinin suç işlediği şüphesiyle hakkında dava açılmadan önce yapılan işlem ve eylemlerden itibaren başlar (Feyzioğlu, 1999: 145) ve suç kesin olarak ispatlanıncaya kadar devam eder. İlkeye göre, sanık suç işlemediğini kanıtlamakla yükümlü olmayıp, suçu kanıtlama yükü, suçlayan makama aittir (Ünal, 2001b: 190).

Düşman ceza hukuku yaklaşımının, şüpheden sanığın yaralanacağına ilişkin ilkenin tersine, kişinin tehlikeliliğine ilişkin bir şüpheyi eksen aldığı ve üstelik bu şüpheyi cezalandırma koşulu olarak da yeterli gördüğü söylenebilir. Terör suçları, terör eylemlerinin aşırı biçimde tehlikeli olduğu ve bu nedenle engellenmesi gerektiği yönündeki kabule dayalı olduğu için (Melia, 2017: 115), failin niyetine odaklanan ve suçu fiil ve kusurdan koparan bir niteliğe sahiptir. Sınırları belirli olmayan bir terörizm temelinde, suç tipinin oluşturduğu esnek ve takdire dayalı zeminle belirlenen

cezalandırma süreçleri, tehlikelilikle ilgili geniş ve yoruma olanak tanımakta, hatta bu yoruma ihtiyaç duymaktadır. Bu açıdan, “şüphe”nin bir soruşturma başlangıcı unsuru olarak değil, aynı zamanda yargılama ve cezalandırma temeli olarak anlam kazandığından bahsetmek yanlış olmaz.

Üstelik düşmanlara karşı öngörülen önlemler belirsiz temeller üzerinden meşrulaştırıldığından ve bireylerin kişi statüsüne ilişkin karar devlet tarafından verildiğinden, masumiyet karinesinin uygulanabilirliği de bu siyasal bir karara bağlıdır (Goppel, 2013: 253). Bir başka ifadeyle, hangi kişilerin masum olup olmadığı konusundaki karar, istihbaratı nitelikte olan ve bu kaynaklar tarafından belirlenen, mahkeme süreçlerinin dışında alınan, politik bir karardır (Galli, 2012: 165). Bu açıdan, kişinin masumiyetiyle ilgili süreçler, yargılama süreci daha başlamadan belirlenmiş ve hatta yürütme tarafından ispatlanmış sayılmakta ve sonraki tüm soruşturma/ yargılama safhası da bu belirlenime bağlı biçimde araçsallaştırılmaktadır.

Gerçekten de, düşman ceza hukukuna muhatap olan kişi, soruşturmanın başlangıcından itibaren “suçsuz” değil, “tehlikeli” muamelesi görmektedir. Kişinin soruşturulmasına, onun, aksi ispatlanıncaya kadar suçsuzluğunu da kapsayan “şüpheliliği” değil, bir nevi ispatlanmış sayılan “tehlikeliliği” yol açmaktadır. Tehlikeliliği hakkında yeterince “şüphe” uyandıran kişiye de artık bir “kişi” olarak değil, “düşman” olarak muamele edilecek ve mücadele hukuku ekseninde hakları ortadan kaldırılacaktır. Dolayısıyla düşman ceza hukukunda, soruşturma ve yargılama diyalektiği tersine çevrilmiş durumdadır: Ceza hukuku, şüphenin aydınlatılması ve suçluluğu kanıtlanıncaya kadar kişilerin masum sayılması temeline dayanırken, düşman ceza hukuku, kişinin suçla ilişkisi yönünden bir aydınlatma faaliyetini değil, tehlikeliliğin belirlendiği andan itibaren “düşman” olarak sayılmasını ve bütün bir soruşturma/ yargılama süreci boyunca onlara bu biçimde muamele edilmesini öngörmektedir. Bu yönden, cezai sürecin tamamı boyunca hakların askıya alınmasına

özgülenmiş olan bir ceza hukukuyla, kişinin suçsuzluk karinesi tanınmamış durumdadır (Ökçesiz, 2006: 163).

Kişiye “masum” olarak muamele edilme koşullarının ortadan kaldırılması, suçsuzluk karinesi yönünden önemli bir takım sonuçlar doğurmaktadır: Bir kere, kanıtlama yükü tersine çevrilmiş durumdadır. Kendisine “düşman” olarak muamele edilen kişi, “tehlikeli” olmadığını ispat edecektir. Suçlama fiil veya kusur temelinde olmadığından ve ön alanda, özel alana müdahale edilerek tehlikeli bireyle savaşılmaması sürecinin bir parçası olarak anlam kazandığından (Heinrich, 2016: 132), soruşturma/ yargılama aşamaları, kişinin, bu kanaatin aksini ispatlama çabasıyla tanımlanacaktır.

Kişi açısından, cezalandırılabilirliğin genişlemesine dayanan (131) ve bir fail ceza hukuku/ düşünce ceza hukuku olarak ortaya çıkan (139) bir ceza hukuku uygulamasında, tehlikeliliğinin aksinin ispatlanması, büyük oranda bu “kanaatin aksinin ispatlanması faaliyeti” olarak gerçekleşecektir. Tehlikeliliğin, ön alanın cezalandırılmasına uygun ve yoruma elverişli muğlak karakteri, “suç tipi” ile ilgili hukuksal güvenceleri ortadan kaldırdığı gibi, kişinin “suçlu olmadığına” ilişkin ispat çabasının sınır ve içeriğini de belirsiz kılmaktadır. İspat yükünün kişi aleyhine tersine çevrilmesine ve bu çabanın da içerik ve sınırının belirsizleştirilmesine, maddi hukuk bakımından soruşturma/ yargılama mercilerine sağlanan bir “ispat kolaylığı” (Kühne, 2006: 94) eşlik etmekte, usuli güvencelerin ortadan kaldırılmasıyla herkes aleyhine dava açılması riski ortaya çıkmakta (Zaffaroni ve Edmundo, 2013: 175) ve böylece masumiyet karinesi ortadan kalkmaktadır (94).

Öte yandan, düşman ceza hukukunun, gerek maddi ceza hukuku, özellikle de ceza usulü yönünden bir tedbir hukuku olarak öngörülmesi, suçsuzluk karinesini zedelemektedir. İletişimin telekomünikasyon yoluyla denetlenmesinin genişlemesi, uzun süreli gözetleme, video kamera ile izleme gibi, ceza muhakemesi hukuku araçlarının bastırma ve önleme karakterine göre biçimlenmesi, suçsuzluk karinesine

aykırıdır (Jager, 2011: 215). Bu araçlar, düşmana karşı uygulanan tedbirlerin bir parçası olarak işlevlenmekle birlikte, düşmanın saptanması ve belirlenmesi safhası açısından da kullanımı büyük önem taşıyan “usul teknikleri”dir (Fletcher, 2006: 28). Son yıllarda kullanımı çarpıcı biçimde artan bu araçlar, devletin müdahale yetkisinin genişletilmesi anlamındadır (Jager, 2011: 215) ve kişinin suçsuzluğunu ispat etmesini dahi zorlaştırmaktadır. Tedbir ve önleme hukuku, usuli araçları devlet lehine tek yönlü ve tek yanlı olarak tanımlayan ve şüphelinin savunma vasıtalarını tanımayan bir yaklaşımdır. Bu yaklaşımda esas olan, hakların askıya alınması ve hatta ortadan kaldırılması yoluyla tehlikeliliğin önlenmesi ve kişinin ihracı olduğundan, kişinin savunma hakkının ve vasıtalarının yeterli ve etkin kullanımı da söz konusu değildir. Süreç, devlet açısından suç ispatının kolaylaştırılması, buna karşılık savunma hakkının güçleştirilmesi biçiminde gelişmektedir (Hassamer, 2011: 213). Halbuki suçsuzluk karinesi, bir açıdan savunma hakkını da kapsamaktadır (Feyzioğlu, 1999: 152). Hukukun bir bütün olarak tehlikeli kişinin haklarından mahrum bırakılmasına odaklanması, bizatihi suçsuzluk karinesini ihlal etmektedir, ancak diğer yandan savunma vasıtaları kısıtlandığı için, kişi, zaten tersine çevrilmiş kanıtlama yükü altında, suçsuzluğunu kanıtlama olanağından da büyük oranda yoksundur.

Konunun maddi ceza hukukuyla ilgili boyutu bir yana bırakıldığında dahi, yargı pratiği yönünden yaşamsal önemde olan yönü, usul alanıyla ilgilidir. Kişi, savunma hakkı ve araçları kısıtlanmış olarak, suçsuzluğunu nasıl kanıtlayacaktır? Bir başka bağlamda ifade edilecek olursa, olağan suçluların veya suçsuzların, düşman ceza hukukunun değirmen taşları arasına yanlışlıkla düşmeleri nasıl önlenecektir? (Ökçesiz, 2008b: 555). Kişiler, devletin usul yöntemleriyle elde ettiği varsayılan, kendileriyle ilgili “tehlikelilik” sonucunun aksini, nasıl ve hangi araçlarla kanıtlayacaklardır? Aslında burada sorunsal, düşmanlara farklı davranabilme durumundan ziyade, yurttaşların tümünün haklarını sınırlandırıp sınırlandırmama tartışmasına dönüşmektedir

(Zaffaroni ve Edmundo, 2013: 175). Diğer tüm haklarda olduğu gibi masumiyet karinesinin uygulanabilirliği de siyasal bir karara bağlı olduğu için, belirsiz temeller üzerinde meşrulaştırılan düşman ceza hukuku uygulamalarının bu kararlarla birlikte yürürlük kazanmasıyla, masumiyet karinesi de herkes açısından geçerliliğini yitirecektir (Goppel, 2013: 253). Aslında burada, siyasal bir kararla, bir bireyin hukuk düzenini kabul etmediği ve masumiyetini yitirdiği varsayımıyla, yasa karşısında eşitlik gibi diğer tüm haklar da geçerliliğini kaybetmektedir (253). Bu bağlamda, suçsuzluk karinesi bağlamında tartışılan bu durum, tüm neden, sonuç ve koşullarıyla birlikte, aslında, düşman ceza hukuku sistemine yönelik eleştirilerin yaşamsal öneminin bir özeti gibidir.

3.3.5. Adil Yargılanma Hakkı ve Düşman Ceza Hukuku

“Hukukun Üstünlüğü” ilkesinin bir sonucu ve aynı zamanda bu ilkeyi içeren bir kavram olarak “Adil Yargılanma Hakkı”, esas olarak “*Common Law*” hukuk geleneği içinde doğmuş ve gelişmiştir (Tanrıver, 2004: 191). Genel olarak, hukuk devleti ilkelerine uygun biçimde yargılanmayı talep hakkını içerir (191). Bu yönüyle adil yargılanma kavramı, hukuk devleti ile ilgili yukarıda incelenen hemen tüm değer ve ilkelerle ilişkili bir çerçeveye sahiptir. Örneğin, adil yargılanma kavramı, şüphelinin/sanığın ve diğer katılımcıların, muhakeme sürecinde etkin bir süje olarak konumlandırılmasını öngördüğü için “insan onuru” garantisinin bir görünümüdür (Radtke, 2011: 207). Yine, “suçsuzluk karinesi” başta olmak üzere, yukarıda belirtilen ceza hukuku ilkelerinin hemen tamamı, adil yargılanma kavramının doğrudan unsurlarıdır. Bunların yanında, “davanın kanunla kurulan, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede, makul bir sürede, hakkaniyete uygun bir biçimde, açık duruşma yoluyla görülmesi”, “yüzyüzelik”, “ taraflar arasında silahların eşitliği”, “yargılamada

yüzyüzelik” gibi ilkeler de, bir bütün olarak adil yargılanma hakkının içeriğini oluştururlar (Gölcüklü ve Gözübüyük, 1998: 239).

Adil yargılanma hakkı, hukuk devleti unsurlarıyla ve diğer ceza hukuku ilkeleriyle ilişkili olduğu başlıklarla birlikte, düşman ceza hukuku yaklaşımının maddi ve usuli ceza hukuku alanında öngördüğü çerçevenin yeniden tartışılabileceği yeni bir düzlem sunmaktadır. Ceza hukuku açısından, ön alanın ve hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasını da kapsayan, muğlak karakterli ve politik süreçlerle belirlenen çerçevenin kapsamı ve sonuçları, yukarıda çeşitli başlıklar altında ayrıntılı biçimde tartışılmıştı. Böylesi bir çerçevenin, “hakkaniyet ve adalete uygun” bir yargılama sayılamayacağı ve *özsel* olarak, adil yargılanma kavramıyla bir ilgisinin bulunmayacağı açıktır. Ama diğer yandan, düşman ceza hukuku süreçleri, dar anlamda ve salt hukuksal bir kategori olarak, adil yargılanma hakkını oluşturan unsurlar yönünden ve bu düzlemde de değerlendirilebilir.

Düşman ceza hukuku yaklaşımının adil bir yargılama yönünden ortaya çıkardığı en önemli sorunsallardan birisi, öngördüğü ceza usulü yöntemleridir. İletişimin telekomünikasyon yoluyla denetlenmesinin genişlemesi, uzun süreli gözetleme, video kamera ile izleme, gizli soruşturmacı görevlendirme gibi delil elde etme araçlarının suçsuzluk karinesine aykırı olduğu yukarıda vurgulanmıştı. Bu gizli soruşturma yöntemleri, adil yargılanma hakkını, sadece suçsuzluk karinesi bağlamında değil, kapsadığı diğer başka unsurlar açısından da ihlal etmektedir.

Birincisi, bu yöntemlerin soruşturma safhasındaki hukuksal denetimi, yargı makamlarının da araçsallaşması ve sınırlarının polis/yürütme faaliyeti tarafından belirlenmesi karşısında, etkisiz bir prosedürden ibarettir.¹⁰⁵ Hâkim kararlarının etkisiz hale getirilmesi, devlet ve yurttaş arasındaki ilişkinin yeni bir dengede kurulmasına yol

¹⁰⁵ Bkz. yukarıda, “Politik Bir Kararın Ürünü Olarak Düşman” ve “Düşman Ceza Hukuku Yürürlüğünün Hukuk Düzenine Etki ve Sonuçları” başlıkları.

açacak güçte bir olgudur (Sinn, 2008: 628-629). Yargısal denetim bir yana, polisin ceza muhakemesinde sahip olduğu araçlar, savcılığı dahi etkisiz kılacak ve “ceza muhakemesinin polisiyeleşmesi” nitelemesine ulaşacak düzeydedir (Hassamer, 2011: 213).

İkincisi, bu usuller, ön alanı cezalandırmaya yönelik yargısal faaliyetin bir parçasıdır. Gizli soruşturma usulleri, ön alanı da içerir bir suç tipine ilişkin delil elde etme faaliyetidir ve suç tipi fiilden kopuk olduğu için, kaçınılmaz olarak gizli usullere başvurulmaktadır. Müdahale yoğunluğu yüksek ve daha çok istihbarat birimlerinin bilgisi ve kontrolü altında gerçekleştirilen bu usuller, bu bağlamda, ön alanın cezalandırılmasına yönelik suç tipi ile doğrudan bağlantılıdır (Radtke, 2011: 214).

Üçüncüsü, sıklıkla soruşturma safhasında uygulanan gizli usuller, yargılama safhasında da öngörülmektedirler. Gizli tanık, kan örneği alma, müdafî yardımı ve ilişkisinin kısıtlanması gibi, yargılama safhasında da uygulanan usuller, aslında, ceza hukukunun “bastırıcı ve önleyici karakterine göre biçimlendirilen” (Jager, 2011: 215) ceza muhakemesi usulleridir. Bu bağlamda, maddi ve usuli ceza hukuku, Jakobs’un ifadesiyle, bir bütün olarak “tedbirler hukuku” olarak uygulanmaktadır.

Gizli usuller, soruşturma veya yargılama safhasında uygulanmasına bakılmaksızın, bir bütün olarak etkin savunma hakkına ciddi bir biçimde zarar vermektedir (Radtke, 2011: 214). Gizli olarak elde edilen delillere erişim, devletin “gizli çıkarları” nedeniyle önemli oranda zorlaştırılabilmektedir. Gizli usullerle elde edilmiş delillerin değerlendirilmesi ile ilgili olarak, kovuşturma safhasında bir takım sınırlandırmalara ve hukuki denetimlere başvurulsa da, bu, soruşturma safhasında bu delillerin ele geçirilişinde doğrudan ve temel bir hak ihlalinin yapıldığı gerçeğini değiştirmemektedir (214). Olayın aydınlatılması isteği ve delil elde etmedeki zorluklar gerekçe yapılarak, usuli haklar dramatik bir biçimde ihlal edilmektedir (Arnold, 2008: 541). Gizli delillerin, gizli şahitlerin, gizli bilirkişilerin olduğu, kısaca her şeyin gizli

tutulduğu bir yargılama sürecinde, haklar ve güvenceler aşırı biçimde kısıtlanacaktır (Aponte, 2008: 577).

Gerçekten de, gizli usuller, hangi safhada uygulanırsa uygulansın, “mahkeme önünde hak arama özgürlüğü”, “silahların eşitliği”, “yüzyüzelik”, “sözlülük” (Gölcüklü ve Gözübüyük, 1998:239), “hukuki yardım alma”, “vasıtasızlık” gibi, adil yargılama hakkı kapsamında değerlendirilen unsurları ihlal etmektedir. Bir kere, gizli yöntemlerle elde edilen deliller, şüphelinin/ sanığın sürece katılımını dışlamakta, elde edilme sürecinde hukuki yardım almasını engellemekte, lehe delillerin toplanmasını talep hakkını da ortadan kaldırmaktadır. Öte yandan bu yöntemler, etkisiz ve prosedürleşmiş bir yargı denetimi eşliğinde elde edilmekle kalmamakta, bu biçimde “yasal” hale gelerek ve yargılama aşamasında da yöntemsel olarak sürdürülerek, “silahların eşitliği”, “vasıtasızlık”, “sözlülük” gibi sanığın muhakeme sürecine etkin olarak katılımını sağlayan ilkelerin tamamını işlevsiz kılmaktadır. Bu yöntemler, özünde, muhakemenin “adil yargılanma hakkı”nı sağlayan süreçler olarak değil, “bastırma ve önleme” temelinde bir mücadele hukuku olarak öngörülmesiyle ilgilidir. Gizli usullerin kullanıldığı bir muhakeme süreci, şüpheliyi/ sanığı etkin bir suje olarak konumlandırmaktan (Radtke, 2011: 207) ziyade, odağına tehlikelilikle mücadeleyi ve düşmanların ıskat edilmesini esas aldığı için, böylece “*hukuki ve kuralına uygun bir biçimde hakları uygulamadan kaldırma*” (Jakobs, 2008a: 500) fonksiyonunu yerine getirmektedir.

Aynı eğilim, örgütlü ve özellikle terörizm suçlarıyla ilgili olarak özel olarak yetkilendirilmiş mahkemelerin varlığında da görülmektedir. Bu mahkemeler, yargısal hakların hiçe sayıldığı, askeri yargılama usulüyle işleyen, özel yetkilendirilmiş anti-terör mahkemeleridir (Arnold, 2008: 542). Anti-terör mahkemeleri, bazı ülkelerde “askeri mahkeme” biçiminde çalışmaktadır. Örneğin Kolombiya’da, gerillalar ve asilerin yanında, silahlı çatışmalarla ilgisi olmayan sendika üyeleri, insan hakları

savunucuları ve öğrenciler de askeri mahkeme usulleriyle yargılanmıştır (Aponte, 2008: 574). Bununla birlikte, adil yargılanma hakkı yönünden, sorunsal yalnızca askeri mahkemeler ve yöntemlerle sınırlamak doğru değildir. Günümüzde, örgütlü suçlar ve özellikle terörle mücadele alanını temel alarak yargılama yapan, bu alanlara ilişkin özel olarak yetkilendirilmiş anti-terör mahkemeleri giderek yaygınlaşmaktadır. Bu mahkemeler, askeri mahkeme niteliğinde olsunlar veya olmasınlar, alana özgü maddi ceza ve usul kurallarını temel olarak yargılama yapmaktadırlar. Dolayısıyla anti-terör mahkemeleri, askeri olup olmamalarından ziyade, yargılama alanına ilişkin işlevlerine göre nitelendirilebilirler.

Bu mahkemeler, terörle mücadele amacıyla kurulmuş (Öztürk, 2012: 9; Hakeri, 2013: 59) ve bu amaçla özel olarak yetkilendirilmiş mahkemelerdir. Mahkemelerin varlığının, doğal yargıç-doğal mahkeme ilkelerini ihlal ettiği ve olağanüstülüğü hâkim kılmaya yönelik olduğu belirtilmektedir (Çağdaş Hukukçular Derneği, 1991: 26). Dolayısıyla, “ihtisas mahkemeleri” olarak tanımlanan (Öztürk, 2012) ve alanlarında özel olarak faaliyet yürüten mahkemeler, “normal” alana ilişkin muhakeme sisteminin dışında ve anti-terör hukuki rejiminin bir parçası olarak işlevlenen mahkemelerdir. Mahkemelerin yargılama biçimi ve kapsamı, düşmanla mücadele hukukunun yukarıda vurgulanan tüm nitelikleri ile belirlenmiştir. Bu, temelde polis/ yürütme tarafından belirlenmiş bir çerçevedir. Anti-terör mahkemelerinin, polisiye faaliyetin bir parçası olarak işlev görmesi iki yönlü olarak gerçekleşir: Birincisi, mahkemeler, polis/ yürütme tarafından belirlenen bir temelde ve bu çerçeveyi esas alarak yargılama faaliyeti yürütürler. Yargılama öncesi safhada, “düşman” tanımlanmış olur, daha doğrusu “suçlu” bir “düşman tasarımı” olarak yaratılır ve yargılamanın konusu haline getirilir. Bir başka ifadeyle, yargılama konusu haline getirilmiş olan düşman, tanımlanmış ve yaratılmış bir düşmandır. Yargılama faaliyeti de, bu bağlamda, polisiye faaliyetin bir parçası olarak gerçekleşir. İkincisi, polisiye faaliyet, yaratılmış düşman tasarımının

cezalandırılmasına uygun suç tipi temelinde ve polisiye yargılama yöntemleri kullanılarak, yargılama safhasında yeniden üretilir. Polisiye bir faaliyetin ürünü olarak oluşturulmuş ve suç tipi ile tahkim edilmiş bir “düşman” tasarımına dayalı yargılama fonksiyonu, politik süreçlerle belirlenmiş ve “polisiyeleşmiş bir ceza muhakemesi” (Hassamer, 2011: 213) anlamındadır. Burada, polis erki, düzenin düşmanlarına yönelen sürekli bir savaş faaliyeti olarak işlev görür ve hukuk da bu savaş için vardır (Neocleous, 2015: 264). Bir başka ifadeyle, bu düzenekte “*bütün bir ceza hukuku sistemi, siyasetin ve onun icra kuvvetinin elinde araçsallaşmış olur*” (Taşkın, 2016: 83).

Özel yetkili mahkemelerin fonksiyonel anlamı, bu yönden, “bağımsızlık ve tarafsızlık” unsurlarına yabancıdır. Dolayısıyla bu mahkemeler, adil yargılama hakkının güvencesi ve unsuru değil, “mücadele hukuku”nun bir bileşeni olarak nitelendirilebilir.

SONUÇ

Çalışma, her bir bölümlemenin konu ve temasına göre, düşman ceza hukuku anlayışıyla ilgili belirli çıkarımlara ulaşmaktadır. Düşman ceza hukukunun asli varlığını gösteren “örgüte üyelik suçları” başta olmak üzere terör suçlarının ve terörizm kavramının sınırlarının belirsizliğiyle, yoruma açık, nesnel dayanaklardan uzak ve keyfi bir suç alanı ortaya çıkmış, böylece yeni cezalandırma sistemi, hayaletimsi, muğlak ve tasarımsal bir “düşman” imgesi üzerine kurularak, bilinen hukuk devleti ilkelerinin tamamını da reddeden ve onlarla çelişen bir yapı olarak oluşturulmuştur.

Çalışmanın ulaştığı sonuçlar içerisinde, düşmanın politik süreçlere bağlı olarak oluşturulması ve düşman ceza hukukunun da temelde politik bir ceza hukuku anlayışı olarak varlık bulması durumuna özellikle dikkat çekilmelidir. Çalışmada belirlenen ve düşman ceza hukuku anlayışına yüklenen bu politik nitelik, ulaşılan diğer çıkarım ve sonuçları kendisine bağlayan ve bunları kendisinin bir unsuru kılan önemdedir.

Kuşkusuz, düşman ceza hukukunun politik süreçlerle belirlenen bir hukuk anlayışı olduğuna ilişkin tezin ne oranda salt bugüne özgü bir durumu yansıttığı noktası, sorgulamaya değerdir. Aslında, bir üst yapı kurumu olarak “hukuk”, ekonomik- politik ilişkiler tarafından “kurulan”, döneminin hâkim toplumsal-siyasal formasyonunu yansıtan ve bu yapıyı da koruma görevini üstlenen bir alandır. Bu anlamda, ceza hukuku alanı başta olmak üzere hukuk alanının tamamı, bütün tarihsel süreçler boyunca bir anlamda “politik” süreçlere bağlı olarak belirlenmiş, hâkim sosyal- siyasal yapıyı meşrulaştırma ve yeniden üretimini sağlama zemini olarak işlevlenmiştir. Dolayısıyla, düşman ceza hukuku anlayışının da, hukukun bu tarihsel/ siyasal anlamının ve işlevinin bir parçası olduğu ve güncelliğinin de herhangi bir özgünlük barındırmadığı savunulabilir. Bu savunu, gerçekliği büyük oranda yansıttığı için, doğrudur da.

Ne var ki, düşman ceza hukukunun politik niteliği vurgulandığı zaman, bu genel tarihselliğin güncel biçimini ve özgünlüklerini içeren, bu anlamda da belirtilen tarihsellikten farklılaşan bazı noktalara da dikkat çekilmektedir. Bu noktalar, hukuk alanının ekonomik- politik yapıyla ilişkisindeki değişimi ifade ettikleri oranda, tarihselliği genel, kaba ve gerçekliğin bilgisini sağlama zemininden uzaklaşmış bir bağlamdan kurtararak, ona, gerçek, güncel ve aynı zamanda kendi bağlamsal sürekliliğini de sağlayan bir temel kazandırmaktadırlar.

Bu noktalardan birincisi, yeni cezalandırma anlayışının, bir öncekinden farklı olarak, politik alanla kurduğu ilişkinin dolaylımsızlığı ile ilgilidir.¹⁰⁶ Düşman ceza hukuku anlayışının temsil ettiği yeni paradigma, politik alanla dolaysız, doğrudan ilişki kuran ve bu ilişkiyle belirlenen yeni bir hukuk çerçevesine işaret etmektedir. Bu doğrudan doğruya ilişki, iki ekseninde gerçekleşmektedir. Bir yandan, ekonomik- politik yapının siyasal alanda beliren yönetim ve tahakküm biçimleri, hukuk alanına, hukuki kategori ve uygulama alanları olarak dolaysız biçimde yansımaktadır. “Düşman”, artık muhalif bir hasım olarak değil, meşru kabul edilmeyen ve demokratik tartışmadan dışlanmış, salt bir düşman olarak (Mouffe’dan akt, Agtaş, 2013: 256), temelde politik alana ait bir kategori olarak oluşmakta, “polis” toplumsal bölüşüm sisteminin hâkim düzenini temsil etmekte (Ranciere’den Akt, Agtaş, 2013: 253), “risk toplumu”, içinde bulunulan toplumsal durum ve siyasallık hakkındaki bir niteleme olarak kullanılmaktadır (254). Siyasal alana ait bu belirlemeler, yeni cezalandırma sisteminin “hukuki” kategorileri olarak doğrudan doğruya varlık bulmakta ve böylece, yeni ceza yürürlüğünün de kurucu söylemleri olarak işlevlenmektedir: Bütün bir ceza rejimi yeni söylem, hedef ve tekniklerin etkisi altına girdiği için, bireyi hedef alan cezalandırma süreçleri yerine nüfusa uygulanan olasılık hesaplar ve risk dağılımları esas alınmakta,

¹⁰⁶ Burada, “hukuk alanı” ile “politik alan”, yukarıda belirtilen ve tarihsel olarak doğru olan ilişki biçimini yadsıyacak bir bağlamda değil, bu tarihselliğin güncel biçimini vurgulamak amacıyla, özelleştirilmiş bir anlamda kullanılmaktadır.

birey temelli ve bireysel kusur ve sorumluluk nosyonuna bağlı yerleşiklik kazanmış kusur ve ihmal standartlarını referans almak yerine kusursuz sorumluluk ve kamu güvenliğine gönderme yapılmakta, ıslah uygulamalarına yönelmek yerine sınıflandırmaların yardımıyla risklerin ve risk gruplarının doğru belirlenerek tehlikelerin öngörülmesi ve yönetilmesine yönelinmektedir (Agtaş, 2013: 259-261). Yeni uygulamaların odağında, bireylerden çok nüfustaki hedef kategoriler ve alt popölasyonlar bulunmaktadır (Feeley ve Simon'dan Akt, Agtaş, 2013: 259). Hedef kategoriler, siyasal hasımlarla birlikte, yoksul sınıflardır. Yeni ceza yürürlüğü, “yoksulluğun suçlulaştırılması, polisin militerleşmesi ve ceza yasalarının dışlayıcı tarzda yeniden örgütlenmesi” (Bedirhanoğlu ve diğerleri, 2016: 13) gibi olgularla, aynı zamanda “yeni suçlulaştırma” süreci olarak gerçekleşmektedir. Jakobs'un, “bireyi ‘kişi olmaktan çıkarma’ ve böylece ona bir düşman olarak muamele edebilmenin ‘hukuku’ ” olarak ifade edilebilecek en temel çerçevesi de, politik alan tarafından dolayimsız olarak belirlenen bu hukuk anlayışının ürünüdür.

Düşman ceza hukukunun politik niteliğinin ikinci yönü, siyasal aktörlerin hukuki süreçlerdeki asli rolüne ilişkindir. Soruşturma ve yargılama aşamalarında yürütmenin/ polisin edindiği kurucu ve belirleyici rol, hem politik alana ait tercih ve dışlama süreçlerinin hukuk alanına taşınması, hem de bu transferin bizatihi politik alana ait figürler eliyle yürütülmesi anlamındadır. Bu süreç, hukuk alanının ürettiği figür ve ajanların (hukukçuların) asli işlevlerinin, şimdiye kadar bilinen anlam ve kapsamıyla sona ermesi, araçsallaştırılması ve ceza hukuk alanının bir bütün olarak “polisleştirilmesi” sonucuna ulaşmaktadır. Esasen, ceza hukuku süreçlerinde yürütmenin/ polisin edindiği birincil rol, siyasal alanın hukuksal alan aleyhine genişlemesinin ve “hukuksal işlev”i de kendine bağlayarak, onu içermesinin ve giderek onun anlamını ve bağlamını da değiştirmesinin hem bir nedeni, hem de beklenen bir sonucudur.

Bu esaslı değişim, açık bir biçimde “hukuk devleti” aleyhine gerçekleşmektedir. Bu, belirtilen değişimin, hukuk alanına ilişkin olarak ortaya çıkardığı belki de en önemli gelişmedir. Çalışmada gösterildiği gibi, düşman ceza hukuku anlayışı hukuk devleti ilkeleriyle hiçbir düzlemde uyuşmamaktadır. Düşman ceza hukuku ile cisimleşen yeni ceza hukuku süreçleri, önceki hukuk devleti çerçevesini dağıtmakta, ortaya yeni bir hukuk paradigması çıkarmaktadır. Bu yeni paradigmanın hukuk devletiyle ilgili iki önemli niteliğinden söz edilebilir. Birincisi, yeni cezalandırma anlayışı, başta yaşama hakkı olmak üzere, bütün temel hak ve özgürlüklerin rutin biçimde ihlalini öngörerek, bu ihlalleri “hukuksallık” içine almaktadır. “Hukuk devleti” ilkelerine göre biçimlenen bir hukuksallık anlayışında yer bulamayacak olan bu durumla, devletlerin hak ihlallerine yönelik (daha çok operasyonel) etkinlikleri normalleşmekte ve daha da ötesi bu “hukuk dışı faaliyetler”, kendisine hukuki bir çerçeve edinme olanağına kavuşmaktadır. İkincisi, ortaya çıkan bu yeni hukuksallık, yalnızca “düşman” lara yöneltilen, bir “savaş” ve “mücadele” hukuku olarak gerçekleşmemekte, hak ihlalleri toplumsal bir yaygınlıkla uygulama alanı bulmakta, bu yeni hukukun etki ve sonuçları giderek bütün bir topluma yayılmaktadır. Hukuk devleti yürürlüğü sadece “düşmanlar” açısından değil, toplumun tamamı yönünden ortadan kalkmaktadır. Bu durumu, salt “kirlenmemin yayılması” biçiminde açıklamak, gerçekliği tam olarak ifade etmemektedir. Çünkü bir yandan düşman ceza hukuku, *özel ve zorunlu olarak*, genel toplumsal bir yürürlüğü önermiş durumundadır. Bu, bir hukuk yaklaşımı olmanın getirdiği, zorunlu bir genel toplumsal niteliktir. Öte yandan düşman ceza hukuku, dolaylı politik biçimiyle, *yönetenlerin yönetilenlere* ilişkin bir yönetim/tahakküm tasarrufudur. Burada yönetenler yönünden “toplumu risklerden korumaktan” değil, aslında “toplumsal risklerden korunmaktan” bahsetmek daha doğru olur. Böylesi bir tasarruf, başta politik hasımlar olmak üzere, ama bunu da aşarak, bütün bir toplum yönünden uygulama alanı bulmasıyla tanımlanabilir. Dolayısıyla, düşman ceza

hukukunun yalnızca “düşmanlar”a değil, geniş bir toplumsallığa uygulanması, devlet-toplum ilişkisinde , “yönetenlerin hukuku” olarak topluma zerk edilmesinin bir sonucudur.

Peki, ama önceki hukuk devleti de “yönetenlerin hukuku”nun bir biçimi değil midir? Bu sorunsalın, yukarıda kısa biçimde yapılan “hukuk” tartışmasının bir türevi olduğu söylenebilir: Hukuk devletinin kapsamı ve sınırları, burjuvazinin doğuşu, gelişimi ve gelişiminin sınırları tarafından belirlenmiştir. Bu yönden, hukuk devleti, ekonomik-politik bir sistemin, kapitalizmin hukuku olarak nitelenebilir. Ama hukuk devleti, kapitalizmin gelişiminin ortaya çıkardığı siyasal/ sınıfsal aktörlerin her birinin ilişkilerinin/çelişkilerinin tarihsel gelişiminin de sonuçlandığı bir çerçevedir. Hukuk devletine bu yönden bakıldığında, onun somut içeriğinin oluşmasında, başta hak ve özgürlük talepleri olmak üzere, yönetilen geniş toplumsal/sınıfsal yığınların ifade ve etkinlikleri belirleyici bir rol oynamıştır. Bu, aynı zamanda devlet kudretinin toplum lehine sınırlandırılmasını da sağlamıştır. Bu yönüyle hukuk devleti, sosyal-siyasal yapının ve ilişkilerin hukuksal alana yansıyan özgül bir formudur. Bu form, hukuk dünyasında sistematik bir değerler bütünü yaratmıştır. Görünmektedir ki, düşman ceza hukuku yaklaşımının ceza hukukundaki dönüştürücü etkisiyle, hukuki alanda oluşan bu değerler sistemi, ters yüz edilmiş, hukuk yürürlüğünden kaldırılmıştır. Bu durumda, toplumla etkileşime girilmeksizin ve önceki hukuki sınırlamalardan kurtularak oluşturulan, salt politik ve toplumsal tahakkümü sağlamaya yönelik bu yeni hukuksallık, nasıl ve ne biçimde sonlanacaktır? Hukuk devleti, belirli bir tarihselliğin/ toplumsallığın ürünü olmakla, onu aynı biçimde ve tekrar ederek ihya etmek pek mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla hukuk devletinin bilinen tüm ilke ve değerleri aleyhine oluşan bu yeni durum, yeni bir toplumsallığı içeren ve bu yeni toplumsallığın ürettiği bir yeni hukuksallık çerçevesiyle aşılabilecektir.

KAYNAKÇA

Agamben, Giorgio (2006), **İstisna Hali**, İstanbul: Otonom Yayıncılık.

Agtaş, Özkan (2013). **Ceza ve Adalet**, İstanbul: Metis Yayınları.

Ağaoğulları, Mehmet Ali (2006), **Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği**, Ankara: İmge Kitabevi.

Ağaoğulları, Mehmet Ali ve Köker, Levent (2009), **Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı**, Ankara: İmge Kitabevi.

Akbaş, Kasım (2016), “İdeoloji Olarak Hukuk”, **HFSA-Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, **15. Kitap** içinde s. 81-95, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.

Aponte, Alejandro (2008), “Savaş ve Politika- Günlük Yaşamdaki Politik Aleyhtar Ceza Hukuku”, Yener Ünver (Ed.), **Terör ve Düşman Ceza Hukuku** içinde s. 571-582, Çev. Emin Koç, Ankara: Seçkin Yayıncılık,

Arnold, Jörg (2007), “Protection of Human Rights by Means of Criminal Law: On The Relationship between Criminal Law And Politics”, Kaleck, W., Ratner, M. , Singelstein, T. , Weiss, P. (Ed.) **International Prosecution of Human Rights Crimes** içinde s. 3-12, Berlin: Springer.

Arnold, Jörg (2008), “Beş Tezde Düşman Ceza Hukukunun Gelişim Süreçleri”, Yener Ünver (Ed.), **Terör ve Düşman Ceza Hukuku** içinde s. 507-526, Çev. İlker Tepe, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Batum, Süheyl (2004), “Hukuk Devleti ve Meşruiyet” **Hukuk Kurultayı-2004**, Ankara Barosu Yayınları.

Bayraktar, Köksal (1982), **Siyasal Suç**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Bedirhanoglu Pınar, Dölek Çağlar ve Hülagü Funda (2016), “Eleştirel Güvenlik Çalışmalarının Marksist Eleştirisine Katkı: Devlet, Zor ve Sınıf Mücadelesi Bağlamında

‘Güvenliği’ Yeniden Düşünmek”, **Praksis- Aylık Sosyal Bilimler Dergisi**, S.40, s. 9-41.

BM ve Bölgesel Örgütlerin Terörle Mücadele Esnasında İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin İçtihatlarının Özeti (2008), Yener Ünver (Ed.), **Terör ve Düşman Ceza Hukuku** içinde s. 171-244, Çev. İzzet Mert Ertan, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Boukalas, Christos (2016), “Olağanüstülük Yok: Otoriter Devletçilik, Agamben, Poulantzas ve İç Güvenlik”, Çev. Anıl Aygen, **Praksis - Dört Aylık Sosyal Bilimler Dergisi**, S.40, s. 41-66.

Bora, Tanıl (2016), “Olağanüstü”, www.birikimdergisi.com., erişim tarihi, 1 Ağustos 2017.

Bung, Jochen (2008), “Normun Geçerliliği Teorisi Olarak Düşman Ceza Hukuku ve Kişi”, Yener Ünver (Ed.), **Terör ve Düşman Ceza Hukuku** içinde s. 595-610, Çev. Yener Ünver, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Centel, Nur (2004), “Çağdaş Ceza İnfaz Hukukunda Özgürlüğü Bağlayıcı Cezalar ve Gelişmeler”, **Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan**, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Chossudovsky, Michel (2010), **Amerika’nın “Terörizme Karşı Savaşı”**, Çev. Alpaslan Işıklı, Ankara: İmge Kitabevi

Çağdaş Hukukçular Derneği (1991), **Terörle Mücadele Yasası-Demir Kafes**, Ankara: Yurt Kitap Yayın.

Çelebi, Aykut (2006), “(Sunuş) ‘Siyaset Kaderimizdir’: Carl Schmitt ve ‘Siyasal Kavramı’”, Carl Schmitt **Siyasal Kavramı** içinde s.9-20, İstanbul: Metis Yayınları.

Dere, Veysel (2002), “Hak Mücadelesine Hukuksallaşmış Politik Saldırı”, **Halkın Devrimci Yolu Dergisi**, S. 8, s. 40-51.

Diez, Carlos- Gomez Jara (2017), “Düşman Savaşçılar Versus Düşman Ceza Hukuku: Düşman Ceza Hukukuna İlişkin Olarak Avrupa Tartışmasına Giriş ve Onun Hukuk Dışı Düşman Savaşçıların Hukuki Statüsü Hakkındaki Anglo-Amerikan Tartışması İle Olan İlişkisi”, Çev. Serkan Oğuz, **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 34, s. 183-209.

Dubber, Markus D. (2010), “Citizenship and Penal Law”, **New Criminal Law Review**, S. 13.2, s. 190-215.

Dünel, Frieder ve Snacken, Sonja (2001), “Karşılaştırmalı Avrupa Ceza İnfaz Sistemi: Sorunlar, Uygulama Ve Perspektifler”, **İnfaz Hukukunun Sorunları**, Ankara, Goethe Institut ve Başkent Üniversitesi Yayını

Eicker, Andreas (2008), “Ceza Hukukunun Prosedürleştirilmesi Işığında Terörle Mücadele Kanunu Yapma”, Yener Ünver (Ed.), **Terör ve Düşman Ceza Hukuku** içinde s. 677-690, Çev. Ali Kemal Yıldız, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Erem, Faruk (1993), **Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayınları.

Ergüven, Nasih Sarp (2016), “Uluslararası Hukuk Açısından Güvenlik Kavramının Teorik Temelleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 65, S.3, s. 771-835

Ermiş, Münip (2007), “Terörle Mücadele Kanunu ve İnsan Hakları”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 4, s. 305-335.

Esen Arnwine, Selin (2006), “11 Eylül Saldırılarından Sonra Batı Demokrasilerinde Çıkarılan Yeni Terörle Mücadele Yasalarının Temel Haklara Etkisi: ABD ve İngiltere Örneği”, **Hukuk Kurultayı-2006**, Ankara Barosu Yayınları.

Fahl, Christian (2006), “Kriminolojinin Ceza Hukukunun İnsan Anlayışı Üzerindeki Etkisi”, Yener Ünver (Ed.), **Suç Politikası** içinde s. 221-228, Çev. Ali Kemal Yıldız, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Feyzioğlu, Metin (1999), “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 48, S. 1., s. 135-163.

Fletcher, George P. (2006), “Political Theory and Criminal Law”, **Criminal Justice Ethics**, 25. 1, s. 18-38.

Galli, Francesca (2012), “The War on Terror and Crusading Judges: Re-establishing The Primacy of The Criminal Justice System”, Masferrer Aniceto (Ed.), **Post 9/11 and The State of Permanent Legal Emergency** içinde s. 153-177, New York: Springer.

Gasser, Hans Peter (2008), “Terör Eylemleri, ‘Terörizm’ ve Uluslararası İnsancıl Hukuk”, Yener Ünver (Ed.), **Terör ve Düşman Ceza Hukuku** içinde s. 83-98, Çev. Fulya Eroğlu, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Gemalmaz, Mehmet Semih (2010), **Devlet, Birey ve Özgürlük**, İstanbul: Legal Yayıncılık.

Giritli, İsmet (2004), “Hukuk Devleti”, **Hukuk Kurultayı-2004**, Ankara Barosu Yayınları.

Goldstone Richard J. ve Simpson Janine (2008), “Terörizme Hukuki Bir Cevap Olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Rolünün Değerlendirilmesi”, Yener Ünver (Ed.), **Terör ve Düşman Ceza Hukuku** içinde s. 99-122, Çev. Gülay Arslan, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Goppel, Anna (2013), **Killing Terrorists: A Moral and Legal Analysis**, Berlin: Walter De Gruyter.

Gölcüklü, A. Feyyaz ve Gözübüyük, A. Şeref (1998), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ankara: Turhan Kitabevi.

Günther, Klaus (2001), “Ceza İnfaz Hukukunun İnsan İmgesi”, **İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu**, Ankara, Goethe Institut- Ankara Başkent Üniversitesi Yayınları, s. 55-71.

Hakeri, Hakan (2013) “Türk Hukuku’nda Terörle Mücadelenin Hukuki Boyutu”. **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, s. 59-105.

Hassamer, Winfried (2011), “Akademik Bakış: Modern Hukuk Devletinde Ceza Hukuku ve Anayasa İlişkisi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 17, s. 204-219.

Heinrich, Bernd (2016), “Tehlikenin Önlenmesinde Ceza Hukukunun Sınırları-Yeni Bir Düşman Ceza Hukuku Hakkında Tartışmalar”, **Hukuk Köprüsü Dergisi**, S.11, s. 129-141.

İçel, Kayıhan (2004), “Devletin Suç Politikası ve Hukuk Devleti” **Hukuk Kurultayı-2004**, Ankara Barosu Yayınları.

İsfen, Osman (2011), **Düşman Ceza Hukuku**, İzmir Barosu Panel 10.12.2011, <http://www.izmirbarosutv.org.tr/detay.asp?id=123&b=D%FC%FEman%20Ceza%20Hukuku%20-%2010.12.2011>, erişim tarihi 01.01.2018.

Jager, Christian (2011), “Akademik Bakış: Modern Hukuk Devletinde Ceza Hukuku ve Anayasa İlişkisi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı:17, s. 204-219.

Jakobs, Günther (2008a), “Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku”, Yener Ünver (Ed.), **Terör ve Düşman Ceza Hukuku** içinde s. 489-506, Çev. Mehmet Cemil Özansü, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Jakobs, Günther (2008b), “Düşman Ceza Hukuku?- Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme”, Yener Ünver (Ed.), **Terör ve Düşman Ceza Hukuku** içinde s. 507-526, Çev. Mehmet Cemil Özansü, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Jakobs, Günther (2014), “On The Theory of Enemy Criminal Law”, Markus D. Dubber (Ed), **Foundational Texts in Modern Criminal Law** içinde s. 415-424, Oxford: Oxford University Press.

Kant, Immanuel (1984), **Seçilmiş Yazılar**, Çev. Nejat Bozkurt, İstanbul: Remzi Kitabevi.

Karaman, Başak (2015), “Roma Hukukunda ‘Persona’ Kavramı”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10,S. 127-128, <https://jurix.com.tr/article/4594>, erişim tarihi 10 Eylül 2018.

Kelsen, Hans (2015), “Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Çev. Yasin Sönmez, C. 64, S.3, s. 857- 914.

Keyman, Selahattin (2005), **Hukuka Giriş**, Ankara: Yetkin Yayınları.

Koç, Seda (2006), “Kusur Yeteneğini Etkileyen Arızı Sebepler”, Yener Ünver (Ed.), **Suç Politikası** içinde s. 529-556, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Kühne, Hans- Heiner (2006), “Vatandaş Özgürlüğü ve Suçlu Özgürlüğü- Leviathan ile Bekçi Arasında Devlet”, Yener Ünver (Ed.), **Suç Politikası** içinde s. 83-96, Çev. Hakan Hakeri, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Lauterwein, Carl Constantin (2016), **International and Comparative Criminal Justice: Limits of Criminal Law: A Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing**, London and New York: Routledge.

Lipson, Leslie (1973), **Politika Biliminin Temel Sorunları**, Çev. Tuncer Karamustafaoğlu, Ankara: AÜHF Yayınları.

Malek, Klaus (2008), “Düşman Ceza Hukuku-2006 Yılı 30. Müdafiler Günündeki ‘Düşman Ceza Hukuku –Hukuk Devletindeki Hortlak’ Çalışma Grubuna İlişkin Birkaç Düşünce”, Yener Ünver (Ed.), **Terör ve Düşman Ceza Hukuku** içinde s. 591-994, Çev. Yener Ünver, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Melia, Manuel Cancio (2017), “Terörizm ve Ceza Hukuku: Engel Olma Hayali, Hukukun Üstünlüğü’nün Karabasanı”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Çev. Serkan Oğuz, S.1, s. 115-126

Mouffe, Chantal (2010), **Siyasal Üzerine**, Çev. Mehmet Ratip, İstanbul: İletişim Yayınları.

Neocleous Mark (2012), **Güvenlik, Şiddet ve Savaş**, Ankara: Dipnot Yayınları.

Neocleous, Mark (2015), “Polis: Savaş”, Bora Erdağı (Ed.), **Liberal Hakların, Hukukun ve Devletin Sınırları içinde** s. 261-275 , Çev. Haluk Mert Bal, Ankara: Nota Bene Yayınları.

Neocleous, Mark (2016), **Evrensel Hasım**, Çev. Beyza Sümer Ağdaş, İstanbul: Nota Bene Yayınları.

Oğurlu, Yücel (2001): “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak ‘Ölçülülük’ İlkesi”, **Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan** içinde s.485-521, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını.

Ortiz, Laure (2001), “Demokratik Bir Rejimde Terörizme Karşı Zorunlu Önlemler”, **İnsan Hakları ve Güvenlik** içinde s. 130-151, , Ankara: Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma Ve Uygulama Merkezi Yayınları.

Oyan Altuntaş, Ekin (2009), **Terörizme Karşı Savaş Stratejisi**, Ankara: İmge Kitabevi.

Öden, Merih (2003), **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Ankara: Yetkin Yayınları.

Ökçesiz, Hayrettin (2006), “Düşman Ceza Hukuku Tasarımı”, **Hukuk Kurultayı-2006**, Ankara Barosu Yayınları.

Ökçesiz, Hayrettin (2008), “Düşman Ceza Hukuku Düşüncesine Eleştirel Bir Bakış-II ”, Yener Ünver (Ed.), **Terör ve Düşman Ceza Hukuku** içinde s. 553-560, Ankara: Seçkin Yayıncılık

Ökçesiz, Hayrettin (2008b), “ ‘Düşman Ceza Hukuku’ Düşüncesinin Eleştirisi”, Yener Ünver (Ed.), **Terör ve Düşman Ceza Hukuku** içinde s. 561-570, Ankara: Seçkin Yayıncılık

Öktem, A. Emre (2007), **Terörizm -İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları-**, İstanbul: Derin Yayınları

Özbudun, Ergun (2017), **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları.

Özek, Çetin (1963), “Devletin Şahsiyetine Karşı İşlenen Cürümlerde Cezalandırılan Hazırlık Hareketleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 29,S. 3, s. 458-520.

Özek, Çetin (1994), “Silahlı Çete-Amaç Suç İlişkisinde İştirak Sorunları”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 49, S. 3, s. 357-378.

Özen, Muharrem (2010), **Genel Tehlike Yaratan Suçlar**, Ankara: USA Yayıncılık.

Özenç, Berke (2015), “Marx, Hukuk Devletinin Kökenleri ve Liberal Hakların Sınırları”, Bora Erdağı (Ed.), **Liberal Hakların, Hukukun ve Devletin Sınırları** içinde s. 141-172, Ankara: Nota Bene Yayınları.

Öztürk, Bahri (2012) “CMK 250 İle Yetkilendirilen İhtisas Mahkemeleri Kaldırılabilir mi? Kaldırılırsa Ne Olur?”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, S. 32, s. 9-10.

Passas, Nikos (2009), “Genel Rapor- Terörizmin Finansmanı”, **18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi** içinde, s. 147-166, İstanbul: Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları.

Paye, Jean-Claude (2009), **Hukuk Devletinin Sonu –Olağanüstü Halden Diktatörlüğe Terörle Mücadele-**, Çev. G. Demet Lüküslü, Ankara: İmge Kitabevi

Picotti, Lorenzo (2009), “Genel Rapor- Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişlemesi”, **18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi** içinde, s. 53-105, İstanbul: Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları.

Pierson, Christopher (2000), **Modern Devlet**, Çev. Burcu Erdoğan ve Neşet Kutluğ, İstanbul: Çiviyazıları.

Radtke, Henning (2011), “Akademik Bakış: Modern hukuku Devletinde Ceza Hukuku Ve Anayasa İlişkisi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S.17, s. 204-219.

Ristroph, Alice (2012): “Terror as a Theory of Punishment”, Michael Tonry (Ed.) **Retributivism Has a Past: Has It a Future?**, içinde s. 155-168, Oxford: Oxford Univ. Press.

Rosenau, Henning (2008), “Jakobs’un Düşman Ceza Hukuku Kavramı Hukukun Düşmanı”, Çev. Erhan Temel, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 4, s. 391-402.

Rousseau, Jean- Jacques (1990), **Toplum Sözleşmesi**, Çev. Vedat Günyol, İstanbul: Adam Yayınları.

Sabuktay, Ayşegül (2010), **Devletin Yasal Olmayan Faaliyetleri –Susurluk Olayı’na Hukuk-Siyaset Kuramından Bakış-**, İstanbul: Metis Yayınları.

Saliger, Frank (2017), “Düşman Ceza Hukuku: Eleştirel veya Totaliter Ceza Hukuku Konsepti?”, Çev. Serkan Oğuz, **Ceza Hukuku Dergisi**, S.34, s. 211-226.

Sancar, Mithat (2000), “Şiddet, Şiddet Tekeli Ve Demokratik Hukuk Devleti”, **Doğu Batı Düşünce Dergisi**, S. 13, s. 27-46.

Sancar, Mithat (2008), **“Devlet Aklı” Kıskaçında Hukuk Devleti**, İstanbul: İletişim Yayınları.

Saul, Ben (2008), “Uluslararası Hukukta Terörizmi Tanımlama Girişimleri”, Yener Ünver (Ed.), **Terör ve Düşman Ceza Hukuku** içinde s. 21-48, Çev. İrem Çakırca, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Saul, Ben (2008b), “Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nde Terörizmin Tanımı: 1985-2004”, Yener Ünver (Ed.), **Terör ve Düşman Ceza Hukuku** içinde s. 21-48, Çev. Seda Koç, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Schmitt, Carl (2005), **Siyasi İlahiyat –Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm-**, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, Ankara: Dost Kitabevi.

Schmitt, Carl (2006), **Siyasal Kavramı**, Çev. Ece Göztepe, İstanbul: Metis Yayınları.

Schmitt, Carl (2010), **Parlamentar Demokrasinin Krizi**, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, Ankara: Dost Kitabevi.

Sever, D. Çiğdem (2015), “İdeolojik Bir kavram Olarak Hukuki Eşitlik”, Bora Erdağı (Ed.), **Liberal Hakların, Hukukun ve Devletin Sınırları** içinde s. 29-58, Ankara: Nota Bene Yayınları.

Singh, Ujiwal Kumar (2008), “Sessiz Erozyon: Hindistan’da Anti-Terör Yasaları Ve Hukukun Sınırlarını Değiştirmek”, Yener Ünver (Ed.), **Terör ve Düşman Ceza Hukuku** içinde s. 345-368, Çev. Esra Demir, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Sinn, Arndt (2008), “Modern Suç Kovuşturması-Düşman Ceza Hukuku Yolunda mı? ”, Yener Ünver (Ed.), **Terör ve Düşman Ceza Hukuku** içinde s. 611-632, Çev. Yener Ünver, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Tannenbaum, Donald G. ve Schultz, David (2005), **Siyasi Düşünce Tarihi –Filozoflar ve Fikirleri-**, Ankara: Adres Yayınları.

Tanrıver, Süha (2004) “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. 17, S. 53, s. 191-215

Taşkın, Ozan Ercan (2016), “Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, s. 59-91.

“Terörizme Karşı Koyarken İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Desteklenmesi ve Korunması Özel Raportörün Raporu”, Raportör: Scheinin, Martin, Yener Ünver (Ed.), **Terör ve Düşman Ceza Hukuku** içinde s. 251-277, Çev. A. Emrah Bozbayındır, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Türk, Duygu (2013), **Öteki, Düşman, Olay –Levinas, Schmitt ve Badiou’da Etik ve Siyaset-**, İstanbul: Metis Yayınları.

Türk, Hikmet Sami (2012), **Terörizmle Mücadelenin Hukuki Boyutları**, Ankara: Yetkin Yayınları.

Ünal, Şeref (2001), “Cezaların İnfazı Sürecinde Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya İle Olan İlişkileri”, **İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu**, Ankara, Goethe Institut-Ankara Başkent Üniversitesi Yayınları.

Ünal, Şerif (2001b), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi- İnsan Haklarının Uluslararası İlişkileri**, Ankara: TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları.

Ünal, Şeref (2004), “Adaletin Gereği Olarak Hukuk Devleti”, **Hukuk Kurultayı-2004**, Ankara Barosu Yayınları.

Ünver, Yener (2003), **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Yaşar Osman, Gökcan H. Tahsin ve Artuç Mustafa (2014), **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Ankara: Adalet Yayınevi.

Yenisey, Feridun (2001), “İnfaz Hukukunun İnsan Hakları Yönü”, **İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu**, Ankara, Goethe İstitut- Ankara Başkent Üniversitesi Yayını.

Zabunoğlu, Yahya Kazım (1973), **Kamu Hukukuna Giriş**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Zaffaroni, Eugenio Raul ve Edmundo Oliveira (2013), **Criminology and Criminal Policy Movements**, Maryland: University Press of America.

Zedner, Lucia (2010), “Security, the State, and the Citizen: The Changing Architecture of Crime Control”, **New Criminal Law Review**, 13. 2, s. 379-403.

Zelman, Joshua D. (2008), “Uluslararası Hukukta Son Gelişmeler: Anti- Terörizm Mevzuatı-Bölüm 1: Genel Değerlendirme”, Yener Ünver (Ed.), **Terör ve Düşman Ceza Hukuku** içinde s. 83-98, Çev. A. Emrah Bozbayındır, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ÖZET

Düşman ceza hukuku, Almanca'daki orijinal haliyle “*Feindstrafrecht*”, “düşmanlara uygulanan hukuk” bağlamında tarihsel bir sürekliliğin bir parçası olsa da, esas olarak Alman hukukçu Günther Jakobs tarafından oluşturulmuş özel bir hukuk yaklaşımıdır. Jakobs'un çerçevesi, aynı zamanda anti-terör yasaları ile cisimleşen, güncel ve güçlü bir hukuk yürürlüğünü ve anlayışını yansıtmaktadır. Çalışma, düşman ceza hukuku anlayışını tarihsel kökenleriyle birlikte değerlendirmekte, ama daha çok sahip olduğu güncel yürürlüğü konu edinmektedir. Anlayışın, “yurttaş-düşman ayırımı” ve “tehlikelilikle mücadele” gibi dayanaklarının toplumsal etki ve sonuçları üzerinde durulmakta, yaklaşımın somut içeriğinin bütün bir hukuk alanında yarattığı etkiler ve özellikle temel haklar ve özgürlükler aleyhine açığa çıkardığı süreç ve sonuçlar analiz edilmektedir.

Anahtar kelimeler: Düşman ceza hukuku, Günther Jakobs, insan hakları, düşman, anti-terör yasaları.

ABSTRACT

The Enemy Criminal Law, its original term in German language is "*Feindstrafrecht*", is a private law approach which has been developed by the German criminal law professor Günther Jakobs, although it is a part of a historical continuity in the context of "the law applied to enemies." The framework of Jakobs reflects the effect and approach of an up-to-date and powerful law, which is at the same time embodied by counter-terrorism laws. This study evaluates the understanding of criminal law of the enemy in terms of its historical origins, however it is more focused on the current applications. It emphasizes on the social impacts and consequences of the foundations of the understanding such as "citizen-enemy distinction" and "fight against dangerousness", and analyzes the effects of the concrete content of this approach on the whole field of law and in particular its processes and consequences against the fundamental rights and freedoms.

Key words: Enemy criminal law, Günther Jakobs, human rights, enemy, counter-terrorism laws.