

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ BEDRETTİN DALAN MAKALE YARIŞMASI

Yarışma Konusu:
“Düşman Ceza Hukuku ve Uygulamaları”

Katılım Koşulları

Yeditepe Üniversitesi Kurucu Başkanı Sayın Bedrettin Dalan adına her yıl düzenlenmesi planlanan makale yarışmasının ilki, 2018 yılında gerçekleştirilecektir. Yarışmanın konusu, “Düşman Ceza Hukuku ve Uygulamaları” olarak belirlenmiştir. Yarışmaya katılma koşulları ve makale yazım ilkeleri aşağıda yer almaktadır:

1. Makale yarışmasına, hukuk doktoru unvanına sahip olmayan hukuk fakültesi öğrenci ve mezunları katılabilir.
2. Makaleler, linkte yer alan Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yayın ilkelerine uygun şekilde hazırlanacaktır.
3. Makalelerin 15.10.2018, saat 23.59’a kadar e-posta ile hukukmakale2018@yeditepe.edu.tr e-posta adresine “.doc” veya “.docx” uzantılı bir dosya olarak gönderilmesi gerekmektedir.
4. Yarışmaya gönderilen makalelerin özgün, daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması ve yayımı için başvurulmamış olması zorunludur; daha önce telif, lisans yayın anlaşması yapılmamış olması şarttır.
5. Her yarışmacı yalnızca bir makale ile katılabilir. Makalelerde birden fazla yazar olamaz.
6. Makalelerde intihal veya bilimsel araştırma kurallarına aykırılık saptanması, diğer hukuki sonuçları saklı kalmak kaydıyla derhal diskalifiye sebebidir. Ödül kazanmış bir makalede sonradan intihal saptanması halinde yazar aldığı ödülü aynen iade etmeyi kabul etmiş sayılır.
7. Yukarıda yer alan kurallara aykırı olarak gönderilen makaleler hiçbir şekilde değerlendirmeye alınmayacaktır.
8. Yarışmaya katılan makaleler, oluşturulacak bilim kurulu tarafından değerlendirilecek ve ödüle layık görülenler Aralık ayının ilk haftası ilan edilecektir. Ödüller:
1’incilik ödülü – 10.000 TL
2’ncilik ödülü – 5.000 TL
3’üncülük ödülü – 2.500 TL olarak belirlenmiştir.

9. Bilim kurulu, herhangi bir ödül kategorisinde hiçbir makaleyi layık görmeyebilir ve/veya belirli bir kategorideki ödülü birden fazla makale arasında bölüştürmeyi uygun bulabilir.
10. Derece alanlar makaleler, Ulakbim'e kayıtlı olan Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanmak üzere hakem incelemesinden geçirilecek ve yayımlanması uygun bulunanlar derginin özel bir sayısında yayımlanacaktır. Derece alan makalelerin yazarları, aynen veya hakemler tarafından öngörülen değişikliklerle birlikte Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde ve bu derginin içeriğinin kısmen veya tamamen yayımlanacağı her türlü elektronik mecrada eserlerinin yayımlanmasını kabul etmiş ve bu yayım için her türlü telif ücretinden feragat etmiş sayılırlar.

**† TÜRK HUKUKUNDA VE FRANSIZ HUKUKUNDA DÜŞMAN
CEZA MUHALEMESİ UYGULAMALARI**
(THE IMPLEMENTATION OF ENEMY CRIMINAL PROCEDURE LAW IN TURKISH
AND FRENCH LEGAL SYSTEMS)

Arş. Gör. Göksu Işık * **

ÖZ

Terörle savaş terminolojisinin güç kazandığı 2000’li yıllardan sonra tekrar gündeme gelen Düşman Ceza Hukuku teorisi, insan hakları ve hukuk devleti üzerinde temellenen günümüz liberal demokrasilerinde eleştirilebilecek çok nokta barındırmaktadır. Yine de bu durum, öngördüğü hukuk sisteminin bugünkü demokrasilerde var olmadığı anlamına gelmemektedir. Terör tehdidinin gittikçe artması, mücadelenin de daha etkin olmasını gerektirmiş, bu nedenle de ceza hukuku sistemlerinin işleyişinde bir değişim dönemine girilmiştir. Bu değişim sonucu ceza hukukumuz düşmanlaşmış mıdır, düşmanlaşmışsa bunun eleştirisini hangi noktadan yapmak gerekir sorularına cevap aradığımız çalışmamızda; Türk hukuku ve Fransız hukukları karşılaştırılacak, Günther Jakobs’un teorisinde yer alan ilkelerle ortak noktalar bulunmaya çalışılacaktır.

***Anahtar Kelimeler:** terör, düşman ceza hukuku, ceza muhakemesi, düşman, tehlikelilik.*

Abstract

The theory of Enemy Criminal Law, which came to the fore after the 2000s as the war against terrorism gained power, has many aspects that can be criticized within our liberal democracies based on human rights and rule of law. Still, these critics don’t mean that its legal system doesn’t exist in today’s democracies. That is why we can say that the way in which criminal law systems function starts to change in this period. Thus, within

† Eserin Dergimize geliş tarihi: 05.07.2019. İlk hakem raporu tarihi: 21.08.2019. İkinci hakem raporu tarihi: 21.08.2019. Onaylanma Tarihi: 22.08.2019.

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-8120-7294. Yazarın bu makalesi Yeditepe Üniversitesi Bedrettin Dalan Makale Yarışması’nda birincilik derecesi almıştır.

Esere Atıf Şekli: Göksu Işık, “Türk Hukukunda Ve Fransız Hukukunda Düşman Ceza Muhakemesi Uygulamaları”, YÜHFD, C.XVI, 2019/2, s.233-278.

this study, we will search the answers of the questions if our criminal law is enemy and if ever the answer is yes, then we will try to find the point of view from which we should criticize it, by comparing Turkish and French legal systems in order to find if there are common points with the theory of Günther Jakobs.

Keywords : *terror, criminal enemy law, crimianl procedure, enemy, dangerousity.*

GİRİŞ

Günümüz liberal demokratik sistemlerinde terörle mücadele söz konusu olduğunda kurulacak ikinci cümle, bu mücadelenin insan hakları ve hukuk devleti ilkelerine uygun olarak yapılması gerektiğidir¹. Sözde oldukça fazla yer alan bu ilkeler uygulamada kimi zaman o kadar dikkate alınamamaktadır. Kamunun güvenliği ve her bir bireyin yaşama hakkı mı yoksa suçlu veya şüphelinin birey olarak adil yargılanma hakkı mı üstündür? Bu tartışma, terörizme ilişkin yazılıp çizilen çoğu kaynakta yer almakla birlikte bir sonuca varması zor görünmektedir. İkinci Dünya Savaşı sonrası inkâr edilemeyecek bir biçimde kendine yer edinen insan hakları doktrini karşısında terörle mücadelede otoriterleşmenin gerekli olduğunu savunmak, eleştirilere göğüs germe cesaretini de beraberinde getirmektedir. Düşman Ceza Hukuku teorisinin kurucusu olan Günther Jakobs da eşitlik temelinde filizlenen insan hakları doktrinine aykırı ilkeler ileri sürmekten çekinmemiştir. Bunu da “tehlikeli bireyler” ile “standart vatandaşlar” arasında yaptığı ayrımla temellendirmekte, farklı kategoriler içerisindeki

¹ Örneğin *cf.* Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Résolution 1373 (2001), 28 Eylül 2001, S/RES/1373 (2001), §3 (f) ; Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Résolution 2170 (2014), 15 Ağustos 2014, S/RES/2170(2014), préambule ; Birleşmiş Milletler, Assemblée Générale Résolution 56/160 13 Şubat 2002, A/RES/56/160, §6 ; Birleşmiş Milletler, Office of the High Commissioner for Human Rights, Commission on Human Rights resolution A/RES/2002/35, 50th meeting, 22 Nisan 2002, §5,8 ; Birleşmiş Milletler, Assemblée Générale Résolution 57/219, 27 Şubat 2003, A/RES/57/219, §1 ; Birleşmiş Milletler, Assemblée Générale Résolution 46/51, 9 Aralık 1991, A/RES/46/51, Başlangıç ; Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Communiqués de Presse, Déclaration à la presse faite par le Conseil de Sécurité sur les attentats terroristes perpétrés dans la ville de Reyhanli, SC/11006, 13 Mayıs 2013 ; Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Direction Exécutive du Comité contre le terrorisme, *Enquête mondiale portant sur la mise en œuvre de la résolution 1373 (2001) du Conseil de Sécurité par les États membres*, S/2016/49, 20 Ocak 2016, p. 109 ; Birleşmiş Milletler, Office of the High Commissioner for Human Rights, Commission on Human Rights resolution 2003/68, 62nd meeting, 25 Nisan 2003, §3 ; Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi, 16 Mayıs 2005, madde 3, 12. *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

bireylere farklı, aynı kategorilerdekilere ise aynı muamele uygulanmasını öngörmektedir.

İnsan onuru ile ele alındığında tehlikeli bireylerin haklarının kısıtlanabilecek olması ve farklı bir hukuki rejime tabi tutulabilecek olmaları da eleştiri konusu yapılacaktır. İnsanın insan olmaktan dolayı sahip olduğu haklar düşman olarak nitelendirildiğinde mevcut olmayacak, bu hakları kısıtlama yetkisi olan makamlar da devlet içerisinde farklı bir yapılanmaya gidecektir. Bu nedenle egemenlik, insan onuru, eşitlik gibi kavramların içeriğinde değişiklikler olduğu gözlemlenecektir. Bu durum da son yüzyılda insan haklarına dayalı olarak şekillendirilmeye çalışılan ulusal ceza hukuku sistemlerinde kendini gösterecektir. Liberal demokratik bakış açısından olması gereken ile olan aynı olmadığında da Düşman Ceza Hukuku teorisi, olanı dile getirdiği için çok tepki çekecek², fakat varlığı çektigi tepkiler kadar inkâr edilemeyecektir.

Yazar teorisini çok geniş kapsamlı olarak açıklamamış, çok detaylı incelemelerle Düşman Ceza Hukuku sisteminin kurallarının ne olacağını tek tek saymamıştır. Bize verdiği ipuçlarından anlaşılan ise aslında ondan önce de benzer yorumları yapan birçok düşünür olduğudur. Hatta bu nedenle teorisinin temelini oluşturan, bazı suçlardan yargılananların etiketlenmesi farklı ve zalimce nitelendirilebilecek kurallara tabi tutulması ve haklarından mahrum bırakılması yaklaşımı, bugün modern ceza hukukunun inşasında kullanılan bir yaklaşım olarak da nitelendirilmektedir³.

Eşitlik, kardeşlik ve özgürlük üzerine kurulmuş olan Fransa Cumhuriyeti ve insan haklarına saygılı hukuk devleti Türkiye Cumhuriyeti, belirtilen sıfatlar ile ele alındığında Jakobs'un yaklaşımını hayata geçirebilecek ülkeler gibi görünmemektedirler. Fakat terörle en etkin şekilde mücadele etmeye çalışan bu iki ülke, ister istemez terörizmin özel bir yaklaşım gerektiren bir fenomen olduğunu kabul edecektir. Bu durumda da Tony

² Immanuel Kant'ın insanı araçsallaştırma yasağı karşısında Jakobs'un, vatandaşların güvenliğini sağlamak için düşman olarak nitelendirilen bir grup insanın haklarını yok ederek ve onları farklı bir rejime tabi tutarak araçsallaştırılmasını öngördüğü eleştirisine ilişkin cf. Kai Ambos (2017). "Düşman Ceza Hukuku", (Çev. Serkan Oğuz), *Küresel Bakış*, Yıl: 7, Sayı: 22, ss. 77-107, s. 104 ; Ayrıca Alman Anayasa Mahkemesi'nin, terörle mücadele bağlamında güvenlik güçlerine verilen kaçırılan yolcu uçaklarını düşürme yetkisini veren kanunu insan onuru kavramından hareketle iptal etmesine ilişkin cf. Oktay Uygun (2017). *Devlet Teorisi*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 3. Baskı, s. 480. Yazar burada, Devletin tek bir kişinin dahi hayatını feda ederek onu araçsallaştıramayacağından hareketle kararı yorumlamaktadır.

³ Olivier Cahn (2013). « Droit pénal de l'ennemi – Pour prolonger la discussion... », *Jurisprudence revue critique, Droit pénal et politique de l'ennemi*, ss. 105-129, s. 117.

Blair'in dediği gibi “*terör eylemleri tehdidi altında yaşamamaktan daha büyük bir özgürlük yoktur*”⁴ diyerek özgürlük güvenlik dengesini güvenlik lehine bozmak durumunda kalabileceklerdir.

Günther Jakobs'un teorisinde Düşman Ceza Hukukunun uygulanması, temelde üç şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki cezaların artırılması, ikincisi hazırlık hareketlerinin genişletilmesi, üçüncüsü ise düşmanın savunmaya dair temel haklarının kısıtlanmasıdır⁵. Bu çalışma kapsamında teorinin temel hakların kısıtlanması yönü dikkate alınacak, aynı zamanda da terörle savaş doktrini içerisinde terör suçlarından yargılanan kişiler için öngörülen sistemin, Düşman Ceza Muhakemesi Hukuku olarak adlandırılabilir ve adlandırılmayacağı; adlandırılabilirse Türk ve Fransız sistemlerinde bu rejime ilişkin belirtiler olup olmayacağı hususlarına cevap aranacaktır. Bunun için öncelikle Düşman Ceza Hukuku teorisinin teorik temellerini Jakobs'un aktardıklarının üzerine ekleyerek yorumlamak, terörle savaş içerisinde öngörülen hukuk sisteminin teoriye uyup uymadığını tartışmak, daha sonra da farklı bir yargılama hukuku rejiminin nasıl öngörüldüğüne uygulamadan örnekler vererek göz atmak gerekmektedir.

I. Düşman Ceza Hukuku Yaratmak

Günther Jakobs'un Düşman Ceza Hukuku teorisini dile getirdiği ilk makalesi 1985 yılında yayımlanmıştır⁶. Yazarın Almanya'nın terörle mücadele politikası üzerine örnekler vererek bu teoriyi oluşturduğu ve dünyada terörle savaş doktrini çıkmadan çok önce bu konuya ilişkin yeni bir yaklaşım geliştirdiği görülmektedir. Fakat teoriyi destekleyip desteklemediği konusundaki görüşler tartışmalıdır. Jakobs'un hukuki bir fenomenin gerçekliğini ve varlığını gösterdiğini fakat bunu göstermenin Düşman Ceza Hukukunu desteklemek anlamına gelmeyeceğini savunan yazarlar vardır⁷. Bunun dışında yazarın tarafsızlığını koruyamadığını ve

⁴ The Telegraph (24 Şubat 2005). (Çevrimiçi) <<https://www.telegraph.co.uk/news/uknews/1484284/We-must-put-safety-before-liberty-says-Blair.html>> 12.10.2018.

⁵ Olivier Cahn (2013), *loc. cit.*, s. 107.

⁶ Cf. Günther Jakobs (1985). « Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung », *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Volume 97, n° 4, 1985, ss. 751-785 aktaran Dominique Linhardt & Cédric Moreau de Bellaing (2013). « La doctrine du 'droit pénal de l'ennemi' – Linéaments d'une approche sociologique », *Jurisprudence revue critique, Droit pénal et politique de l'ennemi*, ss. 35-50, s. 39.

⁷ Cf. Jean-François Dreuille (2012). « Le droit pénal de l'ennemi: éléments pour une discussion », *Jurisprudence revue critique*, Université de Savoie, ss. 149-164, s. 153-154 ; Henning Rosenau (2008). “Jakobs'un Düşman Ceza Hukuku Kavramı – Hukukun Düşmanı”, (Çev. Erhan Temel), *AÜHFD*, ss. 391-402, s. 396.

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

özellikle de 1999 yılında Berlin’de verdiği konferans sonrasında yazdıklarında bir Düşman Ceza Hukukunun gerekliliğini tanıdığını savunan yazarlar da bulunmaktadır⁸.

Bizim için önemli olan, bu fenomen hakkında yazarın verdiği bilgiler üzerinden ulaşabileceğimiz noktalardır. Yazar, kendini hukuk felsefesinin temelinde yer alan düşünürler ile savunmaktadır. Bu bağlar kabul edilmekle birlikte teorisinde daha fazlasını bulmak dahi mümkün olmaktadır. Bu nedenle, öncelikle teoriyi anlayabilmek için düşmanın kim olduğunu bulmaya çalışacağız, sonrasında da günümüze gelerek terörle savaşta karşı tarafın, Jakobs’un belirttiği düşman olup olmadığını ve ceza hukukunun bu savaştaki yerini araştıracağız.

A. Kuramsal Temelde Düşmanı İnşa Etmek⁹

“Düşman” kelimesi¹⁰, sözlük anlamına bakıldığında çoğu zaman savaş kavramı ile birlikte ele alınmaktadır. Örneğin kelimenin Latince karşılığı olarak geçen “*perduellis*” kavramı, Félix Gaffiot’un sözlüğünde kendisiyle savaşılan kişi olarak açıklanmaktadır¹¹. Carl Schmitt de kelimenin Almanca sözlüklerde nefret eden şeklinde tanımlandığını belirttikten sonra¹², köken itibariyle kendisine karşı mücadele edilen kişiyi betimlediği yorumunu yapmaktadır¹³. Peki, Düşman Ceza Hukuku teorisindeki düşman nasıl belirlenmektedir? Bugünkü anlamıyla savaşın karşı tarafında kim vardır ve

⁸ Cf. Geneviève Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l’ennemi », *Dalloz*, RSC 2010. 69 ; Dominique Linhardt & Cédric Moreau de Bellaing (2013), *loc. cit.*, s. 39.

⁹ Başlıkta Umberto Eco’nun Düşman Yaratmak kitabının ilk hikayesinin isminden esinlenilmiştir.

¹⁰ Kelimenin etimolojik olarak incelenmesi ve edebi eserlerde kullanıldığı bağlamlara ilişkin olarak cf. Dominique Lagorgette (2013). « Diaboliser autrui: étude linguistique des représentations langagières de l’ennemi, du Moyen Âge au journal de 20 heures », *Jurisprudence revue critique - Droit pénal et politique de l’ennemi*, ss. 17-32.

¹¹ Félix Gaffiot (1934). *Dictionnaire Latin Français*, Paris, Hachette, s. 1144.

¹² Örneğin cf. Jacob Grimm, Wilhelm Grimm (1854). *Deutsches Wörterbuch*, Leipzig Verlag von S. Hibzel, « feind » bis feindeshaufe (Bd. 3, Sp. 1457 bis 1460), (Çevrimiçi) <http://woerterbuchnetz.de/cgi-bin/WBNetz/wbgui_py?sigle=DWB&mode=Vernetzung&lemid=GF02122#XGF02122> 27.09.2018.

Fr. L. K. Weigand Erster Band (1909). *Deutsches Wörterbuch*, A bis K, Verlag von Alfred Töpelmann Gießen, p. 515 (Çevrimiçi) <<https://archive.org/stream/deutscheswrter01weiguoft#page/258/search/feind>> 27.09.2018.

¹³ Carl Schmitt (2014). *Siyasal Kavramı*, (Çev. Ece Göztepe), İstanbul, Metis Yayınları, 3. Baskı, s. 136.

bu tanımlar düşmanın kim olduğunu anlamak için yeterli midir? Bunun için önce düşman olan kimdir, sonra da ona hangi temelde farklı muamele yapılmaktadır soruları ele alınacaktır.

Devletin uyruklarını tehlikeli eylemlerden koruma yükümlülüğünü¹⁴ yerine getirirken hukuk ile ilişkisini artırması söz konusu olmaktadır. Hukuksal pozitivizmi esas alan bakış açısı doğrultusunda Devlet hukuktan yararlanmakta, hukuku kullanmakta, hukuku dışlayabilmekte veya meşruiyetini ispatlamak için kullanabilmektedir¹⁵. Devlet iktidarını elinde bulunduranlar tarafından tehlikeli olarak addedilen¹⁶, suçlu olarak tanımlanmakta, Devletin bu tanımlamaları üzerinden de bireyler arasında bir suçlu-suçsuz, bizden olmayan-bizden olan, yabancı-yerli, düşman-dost ayrımı yapılmaktadır¹⁷. Bu nedenle de hukuk sistemine tabi olacak kişiler ve bu kişilerin tabi olacağı kurallar belirlenirken önce devletin politikası önem kazanmaktadır. Bu bağlamda devlet iktidarının meşruiyetini açıklayan teorilerin çoğunda düşman-vatandaş ayrımına dair birtakım ipuçları bulunmaktadır.

Düşman Ceza Hukuku teorisini ortaya atan Günter Jakobs da düşmanın tespiti konusundaki görüşlerini eskilere dayandırmaktadır. Her ne kadar Jakobs'un tam olarak kimin düşman olarak algılanması gerektiği konusunda detaylı bir inceleme yapmadığı, teorisinin kapsamında yalnızca birtakım

¹⁴ Devletin varlığını açıklamaya çalışan felsefi temeller dışında, pozitif hukukta da devletin vatandaşlarını koruma yükümlülüğünün her ne kadar özellikle Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yetkisi kapsamında değerlendirilen uluslararası suçları kapsayacak şekilde olsa da uluslararası toplum tarafından tanındığı konusunda cf. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Résolution 1265 (1999), 17 Eylül 1999, S/RES/1265(1999) ; Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Résolution 1674 (2006), 28 Nisan 2006, S/RES/1674(2006) ; Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Document final du Sommet mondial de 2005, 15 Eylül 2005, A/60/L.1, § 134 (c), 138-139 ; Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Soixante-troisième session, 105e séance plénière, 14 Eylül 2009, A/63/PV.105, s. 5 ; Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri Raporu, *Dans une liberté plus grande: développement, sécurité et respect des droits de l'Homme pour tous*, 24 Mart 2005, A/59/2005, IV, A, 7 (b).

¹⁵ Devlet ve hukuk arasındaki ilişkinin çeşitli teorilere göre incelenişine ilişkin cf. Oktay Uygun (2017). *Hukuk Teorileri*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 114-116.

¹⁶ Neyin tehlikeli olduğunun tespiti konusunda Devletin söz sahibi olduğuna ilişkin cf. Judith Butler (2004). *Precarious Life; The Powers of Mourning and Violence*, London, New York, Verso, s. 76.

¹⁷ Bu ayrımı Beccaria ve Montesquieu'ye dayandırılmasına ilişkin cf. Ronald D. Crelinsten, İffet Özkut (2001). "Counter-Terrorism Policy in Fortress Europe – Implications for Human Rights" in Fernando Reinares (ed.) (2001). *European Democracies against Terrorism; Governmental policies and intergovernmental cooperation*, Ashgate, Dartmouth, ss. 245-272, s. 246.

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

konuların Düşman Ceza Hukuku kavramı içerisinde ele alınabileceğini belirtip ilkelerinde net bir sonuca ulaşamadığı konularında eleştiriler bulursa da¹⁸, ilk kez 2003 yılında yayımlanan çalışmasında¹⁹ yazar, Jean Jacques Rousseau, Johann Gottlieb Fichte, Thomas Hobbes ve Immanuel Kant gibi düşünürlerin teorileri üzerinde bir temellendirme yaparak bu eksikliği gidermeye çalışmaktadır.

İkinci Dünya Savaşı sonrası ortaya çıkan temel haklar doktrini üzerinden, toplumun kendini tehlikelere karşı savunabilmesinin mümkün olmadığı²⁰ kabul edildiği ve belki de toplumun tehlikelerle savaşabilecek şekilde yeniden inşa edilmesi gerektiği için sözleşme teorilerinin yeniden gündeme gelmesi sürpriz bir gelişme olarak algılanmamalıdır. Jakobs, düşmanların ayırt edici özelliklerinin kendilerinden beklenen ve kişi olarak muamele görmenin temel şartı olan asgari bilişsel garantiyi, yani hukuka sırt çevirmemiş olmama kararını verme kabiliyetini taşımamaları olduğunu savunmaktadır²¹. Rousseau'nun vatandaşların genel iradede farklı bir iradeye sahip olabileceği fakat bu durumda genel iradeyi oluşturan bütün tarafından dışlanacağı görüşü²², Hobbes'un toplanmış olanların birliğine gönüllü olarak giren uyruğun çoğunluğun vereceği karara uymayı reddetmesi veya karşı gelmesi halinde daha önce içinde bulunduğu savaş durumunda bırakılabileceği görüşü²³, Kant'ın, güvenliği tehlikeye düşüren kişiye karşı diğerlerinin onu kendisiyle toplumsal ve meşru bir ilişkiye girmeye veya komşuluktan çıkmaya zorlayabileceği görüşü²⁴ ve Fichte'in sosyal sözleşmeyi iradi olarak veya ihmali olarak ihlal eden kişinin vatandaş ve insan olarak tüm haklarını kaybedeceği görüşü²⁵, Jakobs'un yaklaşımıyla elbette benzer özellikler taşımaktadır. Bunu, yazarın kendisi de kabul etmekle birlikte Fichte'in yaklaşımına bir çekince koyduğu görülmektedir.

¹⁸ Francisco Muñoz Conde (2009). « Le droit pénal international est-il un 'droit pénal de l'ennemi'? », *Dalloz*, RSC 2009. 19.

¹⁹ Günther Jakobs (2008). "Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku", (Çev. M. Cemil Ozansü) in Yener Ünver (2008). *Terör ve Düşman Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, ss. 489-505.

²⁰ Dominique Linhardt & Cédric Moreau de Bellaing (2013), *loc. cit.*, s. 42.

²¹ Günther Jakobs (2008), *loc. cit.*, s. 497.

²² Jean Jacques Rousseau (1930). *Du Contrat Social*, Paris, Les Éditions Rieder, s. 145-146.

²³ Thomas Hobbes (2013). *Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti*, (Çev. Semih Lim), Yapı Kredi Yayınları, 12. Baskı, s. 139.

²⁴ Immanuel Kant (1991). *Vers la paix perpétuelle que signifie s'orienter dans la pensée? Qu'est-ce que les lumières? et autres texts*, (Çev. Jean-François Poirier & Françoise Proust), GF Flammarion, s. 83.

²⁵ Johann Gottlieb Fichte (1984). *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science*, (Çev. Alain Renaut), Presses Universitaires de France, s. 269.

Jakobs, yurttaşlık statüsünün kayıtsız şartsız terk edilemez bir kavram olmadığını ve hukuk düzeninin suçluyu içinde tutması gerektiğini savunmaktadır²⁶.

Bu bağlamda, zamanla toplum kavramının da yaşadığı değişiklikler göz önünde bulundurulduğunda birtakım görüş farklılıklarının olması mümkün görülmekle birlikte temelde *çoğunluğun veya kuralları koyanın aldığı kararlara aykırı davranan kişilerin, bu kurallara tabi olmamakla cezalandırılmasını öngören bir sistem* ile karşı karşıya bulunmaktayız. Bu tanım nezdinde sosyal sözleşme teorisyenleri ile birlikte ele alındığında Jakobs'un teorisinin yeni olmadığı, kendisi dahil birçok yazar tarafından kabul edilmektedir²⁷. Aradaki fark, toplum kavramının değişmesi gibi hukuk ve devlet algısının da değiştiği noktada ortaya çıkmaktadır. Mutlakiyetçi devlet anlayışı, yukarıda adı geçen aydınlanmacı yazarların da etkisiyle terk edilmişken, devletin hukuka ve hukukun bireye müdahalesinin artması üzerinde temellenen Düşman Ceza Hukukunun aydınlanmacı yazarlara referans yapması ironik görünmektedir. Çünkü örneğin Olivier Cahn'a göre Düşman Ceza Hukuku teorisinde ve içinde bulunduğumuz dönemde söz konusu olan neoliberal otoriter bir sistemdir ve böylece sosyal sözleşme teorilerindeki toplum, kendisini düzenleyen üst ve alt normlardan çok bireyler arasındaki sözleşmesel ilişkilerle var olmaktadır²⁸. Keza Cahn, sözleşmeye aykırı davranan kişinin haklarını etkileyecek şekilde sözleşmenin toplum tarafından tek taraflı feshedilmesi ile sosyal sözleşmenin varlık sebebinin toplum yararını değil, bireyin haklarını korumak için yalnızca kendi ihlali ile varolan bir kavram haline geldiğini, bu nedenle de iki yaklaşımın aslında farklı olarak ele alınabileceğini ileri sürmektedir²⁹. Jakobs'un liberal çevreler tarafından eleştiri konusu yapılabilecek söylemlerde bulunmuş olması ve bunun sonucunda kendisinin o kadar da yeni bir şey söylemediğini savunması da elbette beklenebilir bir durumdur. Jakobs'un savunmasında da bugünkü liberal demokrasilerin yetersizliklerini dile getirmek, somut olarak var olanın ne olduğunu söylemektir³⁰ ve olanın otoriter özellikleri dile getiren yazarların liberal

²⁶ Günther Jakobs (2008), *loc. cit.*, s. 492.

²⁷ Örneğin *cf.* Olivier Cahn (2013), *loc. cit.*, s. 118-119 ; Jean-François Dreuille (2012), *loc. cit.*, s. 155.

²⁸ Olivier Cahn (2013), *loc. cit.*, s. 124-125.

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ Bu yorum için *cf.* Dominique Linhardt & Cédric Moreau de Bellaing (2013), *loc. cit.*, s. 42 ; Ayrıca *cf.* Günther Jakobs (2009). « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *Dalloz*, RSC 2009. 7.

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

çevreler tarafından çoğu zaman eleştirilere maruz kalması, sık karşılaşılan bir durumdur³¹.

Ceza hukukunun teoride yukarıda anlatıldığı şekilde tespit edilebilecek düşmana yapılacak muamele konusunda araç olarak kullanılması ise yine, yeni bir tespit olarak karşımıza çıkmamaktadır. Jakobs bu şekilde temellendirmese de bir süredir ceza hukukunda birtakım değişiklikler yaşanmaktadır ve belki de onun teorisi bu değişimlerin bugün geldiğimiz noktadaki görünümünü aktarmaktadır. Suçluya yapılan muamelede özellikle Michel Foucault'un analizi temel alındığında, 19. yüzyılda bir değişim yaşanmış ve bedene yönelen cezalardan ruha hitap eden cezalara bir geçiş yaşanmıştır. Çünkü Foucault'ya göre yargılananlar artık yalnızca yasa tarafından tanımlanmış hukuki nesnelere değildir; aynı zamanda tutkular, içgüdüler, anormallikler, sakatlıklar, uyumsuzluklar, ortam ve kalıtımın etkileri de yargılanmaktadır. Ceza hukuku artık yalnızca yaptırım değil, bireyi denetlemeyi, bireyin tehlikeli halini ortadan kaldırmayı, suç eğilimini azaltmayı amaçlamaktadır. Bu da demektir ki, cezalandırma mekanizmaları yalnızca bireylerin ne yaptıklarını değil, bireylerin ne olduklarını, ne olacaklarını ve ne olabileceklerini dikkate alarak bu yönde müdahalede bulunmaktadır³². Tam da bu noktada Jean-François Dreuille'nin Düşman Ceza Hukukunun fiili değil faili cezalandırma niteliğini vurgulamasını hatırlamak yararlı olacaktır³³. Yani Jakobs'un öngördüğü fail merkezli ceza hukuku, aslında Avrupa'da 150-200 yıldır yaşanan evrimin bugünkü değişimini de simgeliyor olabilir. Aradaki farkın da suçluluk kavramı ile tehlikelilik kavramının yer değiştirmesinden kaynaklandığı söylenebilir³⁴.

³¹ Örneğin Carl Schmitt 20. yüzyılda yaptığı tespitlerle liberal çevreler tarafından çok eleştirilmiştir fakat kendisine göre tartıştığı şey yalnızca somut uygulamadır. Cf. Carl Schmitt (2014), *op. cit.*, s. 14 Schmitt aynı zamanda bugün otoriter yönde dönüşüm yaşayan liberal sistemlerin temelinde yeniden anılmaya ve söylediklerinin doğrulanmaya başlanması da çeşitli çevreler tarafından kabul edilmektedir. Cf. Reinhard Mehring (2017). « Carl Schmitt's Friend-Enemy Distinction Today », *Filozofija i društvo*, Volume 28, Issue 2, ss. 304-317, s. 316 ; Carl Schmitt (2014), *op. cit.*, Sunuş (Aykut Çelebi). Ayrıca adı geçen düşünürlerin totaliter Devlete temel oluşturabilecek eserler verdiği konusunda yapılan liberal eleştiriler için cf. Platon'un totaliter yaklaşımını eleştiren ve otoritenin kontrol edilmediği, özgürlüğün kısıtlanmasını gerektiren sistemler öngördükleri için çalışmamızda adı geçen yazarları (Fichte, Kant, Rousseau) da Platon ile ortak olan noktaları dolayısıyla inceleyen Karl R. Popper (1966). *The Open Society and its Enemies (Volume I-II)*, Princeton University Press, Fifth Edition, Chapter 7, Chapter 12/II.

³² Michel Foucault (2017). *Hapishanenin Doğuşu – Gözetim Altında Tutmak ve Cezalandırma*, (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay), Ankara, İmge Kitabevi, 7. Baskı, s. 50-53.

³³ Jean-François Dreuille (2012), *loc. cit.*, s. 151.

³⁴ *Ibid.*, s. 157.

Bu nedenle, düşmanın sözleşme teorileriyle açıklanması durumunda da düşmana yapılacak muamele noktasında yapılan ayırmda da uzun zamandır süregelen bir yaklaşımın evrilmiş bir görünümü ile karşı karşıya bulunmaktayız. Fakat teorik temellerle ayrılan nokta, yalnızca sözleşmeyi ihlal eden bireyin veya suçlunun değil, ceza hukukunu üreten ve uygulayan makamlar tarafından belli durumlar için tehlikeli olarak nitelendirilen bireyin farklı bir sisteme maruz bırakılmasıdır. Bu durum hayata geçirildiği sürece temel haklar açısından çok daha tehlikeli olabilecek niteliktedir. Jakobs'un teorisi ile birtakım başka incelemeler arasındaki benzerlikler elbette süregelen bir ceza hukuku doktrininin varlığından ve bu doktrin topluma ve devlet ile etkileşiminden kaynaklanmaktadır. Yine de incelemeye değer nokta farklılıklardır. Bu nedenle de bir sonraki başlıkta düşmanın belirlenmesinin günümüzde nasıl temellendirildiği sorusuna cevap aranacaktır.

B. Terörle Savaşta Ceza Hukukunun Düşmanlaşması

Umberto Eco, New York'ta bir taksiye bindiğinde taksi şoförü kendisine nereli olduğunu sormuştur. İtalyan olduğu cevabını verdikten sonra karşılaştığı soru, İtalya'nın düşmanının kim olduğudur. Yazar buradan hareketle herkesin düşmana gereksinim duyduğundan, düşmansız savaşın olamayacağından ve savaşın ağırlığı olmadan hükümetlerin kendi meşruiyet alanlarını oluşturamayacaklarından bahsetmektedir³⁵. Bu anı aslında bu bölümde ele alacağımız konuyu özetlemektedir. Yukarıda, düşmanın sözlük tanımının savaşılan kişi şeklinde ele alınmasına istinaden terörle savaşta savaşılan teröristin düşman niteliğinin tartışılması, uygulamaya geçmeden önce teoriyi daha iyi anlamamıza yardımcı olacaktır.

Farazi olarak sözleşmecilerin ele aldıkları kavramlara atıf yaparak düşmanı yaratmak dışında, savaş içerisinde düşmanı yaratmak için daha da gerilere gitmek mümkün olacaktır. Bu bağlamda Hobbes ve Rousseau'nun öncüsü olarak nitelendirilen Francisco Suárez³⁶ gibi düşünürlerin kronolojik

³⁵ Umberto Eco (2014). "Düşmanı İnşa Etmek", in *Düşman Yaratmak ve Rastgele Yazılar*, (Çev. Leyla Tonguç Basmacı), Doğan Kitap, 3. Baskı ; Bu yorum aslında, Devletin özelliklerinden "yiğit olma"yı uğruna savaşan insanlardan hareketle açıklayan, Yunanlı olmayı düşman olarak niteleyen Platon'un da devleti savaş ile açıklayan yaklaşımına uygun düşmektedir. Cf. Platon (2015). *Devlet*, (Çev. Sabahattin Eyüboğlu & M. Ali Cimcoz), İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 18. Basım, s. 126, 178.

³⁶ Bu yorum için cf. Cemal Bali Akal (2010). *Modern Düşüncenin Doğuşu – İspanyol Altın Çağı*, Ankara, Dost Kitabevi, s. 252 ; Ayrıca Francisco Suárez'in, siyasi iktidar ilişkisinde zorbalığa sapan ya da ortak yararı gözetmekten vazgeçen yöneticinin yasallığını yitireceğini ve böylelikle direnme hakkının doğabileceğini savunması da Düşman Ceza Hukuku *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

olarak daha önce ürettikleri eserler, Jakobs'un temellendirmesinin dışında, savaşta düşmanın nasıl belirlendiği konusunda ipuçları içermektedir. Keza Güney Amerika'nın fethi döneminde yerliler ile karşılaştığında inşa edilen "biz / Hristiyanlar" ve "ötekiler / yerliler" ayrımı üzerinden yapılan tartışmalar³⁷, biz olmayan kişiler ile savaşılabileceği konusunda daha somut bir örnek teşkil etmektedir. Immanuel Wallerstein da, bizim kim olduğumuz ve ötekilerin kim olduğu konusundaki ayrımın, zamansallık, evrenselcilik ve tikellik kapsamında bir biz yaratılması sonucu belirlendiğini incelediği yazısında bu soruya verilecek cevabın, verilen savaşın yerel, ulusal veya küresel olabilecek niteliğine bağlı olduğunu savunmaktadır³⁸. Wallerstein'in tespiti, Güney Amerika'nın fethi için de geçerli olabilmekle birlikte yazarın kendisinin de günümüzle kurduğu bağ neticesinde terörle savaşta düşman yaratmak³⁹ kavramını, bugünün terörle mücadele algısında (zamansallık), uluslararası olarak yürütülen bir savaş üzerinden (evrenselcilik), teröre karşı olmayanların terörist olduğu bir dünyada (tikellik) tanımlamamıza yardımcı olmaktadır.

1970'li yıllara gelindiğinde, reformist liberalizmin etkisini yitirmesiyle, devlet merkezli ekonomi politikalarının devlet dışı aygıtlar tarafından kontrol edilmeye başlanmasıyla ve devlet otoritesinin yerini anti-seküler hareketlerin ve grupların almaya başlamasıyla, devletin otoritesini yeniden sağlayabilmek için bu gruplarla mücadele etmeye başlaması söz konusu olmuştur⁴⁰. Böylece devlet, varlığını siyasal özgürlükler ve sosyal haklardan ziyade güvenlik ve terörle savaş açısından temellendirilmeye başlamıştır⁴¹.

tartışmalarının Almanya'da ortaya çıkmasında etkili olan RAF (*Rote Armee Fraktion*) terör örgütünün kendini meşrulaştırmasına benzemektedir. RAF'ın o dönemki politikasında da devleti "düşman" olarak nitelendirmek ve kendi savaşlarını haklı görmek yaklaşımı hakimdir. Buna göre ötekileştirilen Devlettir. Cf. Jan-Werner Müller (2003). *A Dangerous Mind; Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven and London, Yale University Press, s. 182-183.

³⁷ Cf. Cemal Bali Akal (2010), *op. cit.*

³⁸ Immanuel Wallerstein (2003). "Ötekiler: Biz Kimiz? Ötekiler Kim?", in *Amerikan Gücünün Gerileyişi – Kaotik Bir Dünyada ABD*, (Çev. Tuncay Birkan), İstanbul, Metis Yayınları, ss. 113-134, s. 129.

³⁹ "Düşmansız savaşın anlamı yoktur." Cf. « *L'ennemi : pour quoi faire ? Sans l'ennemi, la guerre est ridicule.* » Pierre Desproges (2008). « Les bonnes manières à la guerre », in *Tout Desproges, Manuel de savoir-vivre à l'usage des rustres et des malpolis*, Seuil, (Çevrimiçi) <<https://phortail.org/blagues/manuel-de-savoir-vivre-11.html>> 18.09.2018.

⁴⁰ Terence K. Hopkins & Immanuel Wallerstein (1999). *Geçiş Çağı - Dünya Sisteminin Yörüngesi (1945-2025)*, İstanbul, Avesta Yayınları, s. 177-181.

⁴¹ Salih Akkanat (2014). "Güvenlik Siyasetini Aşmak : İstisna ve Hukuk İlişkisi Üzerine Bir Tartışma", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 69, n° : 2, ss. 279-307, s. 284.

Bu da, devletin artık meşruiyetini temin etmek için gerekçelerini demokrasi, hukuk devleti, insan hakları gibi söylemlere değil daha popülist ve otoriter eğilimlere dayandırması anlamına gelmektedir⁴². Bu nedenle de terörizmin yükselişi, devletin kendine var olmak için bulduğu bu yeni sebebi destekleyici bir politika güdülmesine yardımcı olmuştur. Günther Jakobs'un da liberal çevreler tarafından eleştirilen teorisi, aslında bu değişimi yansıttığından tepki almaktadır. Devlet, varoluşunu güvenlik ve terörle mücadele üzerinden meşrulaştırdığı sürece hukuku da bu yönde kullanmakta ve ceza hukuku düşman haline gelmektedir. Devleti "biz", devlete karşı olanları "öteki" olarak algılamak, bu ötekilere karşı savaşmak, yani devleti dost konumunda ele alabilmek için düşman yaratmak gerekmektedir. Bu düşmanlarla devletin egemenliğini kullandığı alanlardan biri olan ceza politikalarıyla savaşılması, devletin varoluşunu garanti altına almak için kendisi aleyhine işlenen suçları cezalandırması, karşı konulamaz bir sistem yaratmaktadır. Keza Foucault da cezalandırmanın aleni olduğu dönemi incelerken, cezalandırma hakkının, kralın elinde tuttuğu düşmanlarıyla savaşma hakkının bir cephesi olduğu yorumunu yapmaktadır⁴³. Bu politika ile üretilen hukuk, pratikte güvenliği sağlamak açısından işlevsiz olsa da amaç yalnızca toplum nezdinde bir memnuniyete yol açma, devletin kendini güçlendirme ve kendi kendini onaylaması olduğundan⁴⁴ değişen dünyaya ayak uydurmaktadır. Düşman Ceza Hukuku da bu politikanın eseri olarak karşımıza çıkmaktadır. Teorideki düşman kavramı nezdinde de suçlunun, herkes tarafından ona açılan bir savaş karşısında "toplumsal bir düşman" olarak algılanması⁴⁵, ve ceza hukukunun "halkın düşmanları" ile hukuk içi veya hukuk dışı olarak savaşması⁴⁶ söz konusu olmaktadır.

⁴² Dadaşhan Celalettin Kavas (2017). *Dünya Finans Sistemi ile Türkiye'de Cumhuriyet Dönemi Hukuk Politikaları İlişkisi*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Danışman: Prof. Dr. Ali Şafak Balı, s. 165.

⁴³ Michel Foucault (2017), *op. cit.*, s. 92.

⁴⁴ Andreas Eicker (2008). "Ceza Hukukunun Prosedürleştirilmesi Işığında Terörle Mücadele Kanunu Yapma", (Çev. Ali Kemal Yıldız), *in Terör ve Düşman Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, ss. 677-691.

⁴⁵ Olivier Cahn (2013), *loc. cit.*, s. 129 ; Düşmanın kamusal niteliği konusunda ayrıca cf. Carl Schmitt (2014), *op. cit.*, s. 59.

⁴⁶ Johann Chapoutot (2013). « Droit pénal et éradication de l'ennemi: le cas du IIIe Reich », *Jurisprudence revue critique, Droit pénal et politique de l'ennemi*, ss. 53-58, s. 55. *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

Ceza hukukunun devletin müdahalesinin artmasıyla⁴⁷ kılık değiştirmesi ise, maddi hukuk ve usul hukuku açısından öngörülen klasik ilkelerinin göz ardı edilmesi anlamına gelmektedir⁴⁸. Suçlu ile değil tehlikeli ile uğraşmaya başlayan ceza hukuku, bireyin alanına daha çok müdahale edebilmekte ve bu da “totaliter” bir model ortaya koymaktadır. Tehlikeli düşman sahneden tamamen çıkarılmadan cezalandırma bitmemektedir ve savaş mantığı içerisinde klasik ceza hukuku normları erimektedir⁴⁹. Bir yandan güvenliği daha etkili sağlayabilmek ve tehlikeyi daha çabuk bertaraf edebilmek için ceza hukuku içerisine askeri ve idari nitelikler dahil edilmektedir, diğer yandan da temel hakların korunması konusunda bir azalma görölmektedir⁵⁰.

Terörle savaş ve Düşman Ceza Hukuku arasındaki bağa yalnızca devletin kendini var ediş sebepleri ve ceza hukukunun bugünkü görünümü üzerinden değil, Jakobs’un teorisini tanımlayışı üzerinden de ulaşılabilmektedir. Jakobs, teröristlere karşı girişmek mecburiyetinde olduğumuz olgulara Düşman Ceza Hukuku veya düşük yoğunluklu bir savaş diyebileceğimizi belirterek ceza hukukunun bir savaş terminolojisi içerisinde yer alabileceğini kabul etmiřtir⁵¹. Fakat bu söylemin “savaş ceza hukuku” gibi bir söyleme mahal vermemesi gerektiği, Francisco Conde tarafından dile getirilmektedir. Conde, yolun demokratik veya antidemokratik olması fark etmeden kavramsal güvenliği koruma fikrinde bir birleşme olduğunu savunmaktadır⁵². Yazar aynı zamanda savaş hukukundan farklı normlara tabi, uluslararası ve ulusal alanın birbirine karıştığı bir ceza hukukunun söz konusu olduğunu, bunun da devletin kendisine karşı gerçekleştirilen terörizm için özel bir “terör ceza hukuku” uyguladığını belirtmektedir⁵³. Jean-François Dreuille ise kavramsal güvenlik tehlikede olduğunda suçlu düşman, ceza hukuku da bir mücadele, savaş haline gelmektedir yorumunu

⁴⁷ Devlet, siyasi iktidar ile benzer olarak ele alındığı sürece yürütme kuvvetini de simgelemekte, bu nedenle de ceza hukukuna yapılan her müdahale kuvvetler ayrılığı ilkesini zedelemekte ve böylece liberalizmin araçları geri plana itilerek totaliter yaklaşımlar ortaya çıkabilmektedir. Aşağıda yeni bir ceza hukuku rejimi yaratılması şeklinde incelenecek olan temel yaklaşım, yürütmenin yetkilerinin artırılmasıdır. Bu da yukarıda açıklanan Devletin kendini var etme çabalarıyla birlikte yorumlanmalıdır.

⁴⁸ Mireille Delmas-Marty (2009). « Violence et massacres: entre droit penal de l’ennemi et droit pénal de l’inhumain », *Dalloz*, RSC 2009. 59.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Julie Alix & Olivier Cahn (2017). « Mutation de l’antiterrorisme et émergence d’un droit répressif de la sécurité nationale », *Dalloz*, RSC 2017. 845.

⁵¹ Günther Jakobs (2008), *loc. cit.*, s. 499.

⁵² Francisco Muñoz Conde (2009), *loc. cit.*

⁵³ *Ibidem*.

yapmaktadır⁵⁴. Massimo Donnini'nin yorumuna göre ceza hukuku, terörizm karşısında bir "silah" şeklinde kullanılmaktadır ve istisnai normları içermeye başlamaktadır. Hukuk, silah görevi aldığı da suçlu haliyle, etkisiz hale getirilmesi gereken bir düşman olmaktadır. Böylece hukuk bir savaş aracı haline gelmektedir⁵⁵. Salih Akkanat da güvenlik siyasetinin ceza hukukuna etkisinin kendini hukukun ihlali veya askıya alınması şeklinde kendini gösterdiğini belirtmektedir⁵⁶. Kanımızca tüm bu açıklamalar aynı yöne gitmektedir ve bugüne kadar yerleşik olan hukuk algısında yapılan değişiklikler bir şekilde yeni ve farklı bir ceza hukuku sisteminin yaratıldığını göstermektedir. Terminoloji olarak ise en uygununun Julie Alix ve Olivier Cahn tarafından "tepki ceza hukuku" şeklinde dile getirilen söylem olduğu düşünülmektedir⁵⁷. Bütün bu eleştiriler karşısında Jakobs'un kendini savunması da ceza hukukunu tamamen dışlamayan bir hukuk sistemi öngördüğü ve bu nedenle en azından kurallar tarafından yürütüldüğü üzerine kurulmuştur⁵⁸.

Her ne kadar terörle savaş söylemi 11 Eylül 2001 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) bulunan İkiz Kuleler'e yapılan saldırı sonrasında güçlenmiş olsa da Düşman Ceza Hukuku teorisinin öngördüğü yaklaşım ile devletin güvenlik siyasetinin terörle ceza hukuku yoluyla savaşmak üzerinden şekillenerek meşruiyetini sağlamasının benzerliği, bazı yazarlara göre çok daha önceye dayandırılabilir. Örneğin Almanya'da 21 Temmuz 1922 tarihinde kabul edilen Cumhuriyetin Korunmasına İlişkin Kanun, 30 Ağustos 1951 tarihinde kabul edilen Devletin Korunmasına İlişkin Kanun, toplumun düşmanlarından korunması için o dönemde ceza hukuku kullanılarak alınan önlemlere bir örnek olarak gösterilmektedir⁵⁹. Fransa'da da 17 Eylül 1793 tarihinde dahi şüphelilere

⁵⁴ Jean-François Dreuille (2012), *loc. cit.*

⁵⁵ Massimo Donnini (2009). « Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l'usage du droit comme arme ? », *Dalloz*, RSC 2009. 31.

⁵⁶ Liberal kozmopolit söylemin ihlal edildiği argümanını, istisna hali kuramının katılımcılarının askıya alınması argümanını savunması hakkında *cf.* Salih Akkanat (2014), *loc. cit.*, s. 290-295.

⁵⁷ *Cf.* Julie Alix & Olivier Cahn (2017), *loc. cit.*

⁵⁸ Günther Jakobs (2008), *loc. cit.*, s. 490.

⁵⁹ *Cf.* Nathalie Le Bouëdec (2013). « Défendre la démocratie contre ses ennemis: légitimation et contestation des mesures pénales pour la protection de l'État sous la République de Weimar et dans la jeune République fédérale », *Jurisprudence revue critique, Droit pénal et politique de l'ennemi*, ss. 59-80, s. 59 ; Almanya'da İkinci Dünya Savaşı öncesinde biyolojik düşmanı bastırma yöntemi olarak ceza hukukunun, kontrol *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

ilişkin bir kararname çıkarılarak tiraninin veya federalizmin destekçisi olduğunu gösterecek davranışlar sergileyen, ilişkilere sahip olan veya yazılı ya da sözlü beyanlarda bulunan kişilerin veya özgürlüğün düşmanlarının şüpheli olarak tutuklanmalarına olanak verilmesi söz konusu olmuştur⁶⁰. Tabi ki bu kararnamenin zaman itibariyle Düşman Ceza Hukuku göstergesi olduğu söylenemez. Fakat bu belgeler, liberalizmin hâkimiyeti öncesindeki totaliter rejimin uygulamasına bir örnek teşkil ettikleri müddetçe, Düşman Ceza Hukukunun da bir geriye dönüş içerdiği ve bastırıcıdan ziyade baskıcı bir ceza hukuku öngördüğü kabul edilebilecektir. Sonrasında özellikle Fransa'nın bugünkü ceza siyasetini de belirleyen değişiklikler 1986 yılında yapılmış ve klasik ceza hukuku normlarına ilk o zaman müdahale edilmiştir. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere adli ve idari polisin yetkilerinin artırılması⁶¹ ve yürütmenin yargıya müdahalesi, yani devletin hukukta kendini göstermesi söz konusu olmuştur. Ülkemizde de özel olarak Terörle Mücadele Kanunu 1991 yılında çıkarılmıştır. Fakat terör suçları için yapılan özel düzenlemeler 1971 Anayasa değişiklikleri dönemine kadar uzanmaktadır. Bu değişikliklerin de Jakobs'un ilk makalesini yazdığı yıllara yakın zamanlara denk gelmesi, yazarın Avrupa'nın o dönemki eğilimini yansıttığını görmek açısından önemlidir.

Yine de 11 Eylül saldırıları sonrasında güçlenen terörle savaş kavramı, birçok yazar tarafından Düşman Ceza Hukukunun bir yansıması ve yeniden canlanması olarak nitelendirilmiştir⁶². Buna karşılık, Düşman Ceza Hukukunun Avrupa'da ortaya çıkmış olması ve ABD'nin teröristle savaşmak için ceza hukukunu kullanma ihtiyacı duymaması, suç işlemeyenlerin ceza hukuku anlamında suçlu muamelesi görmesi fakat ceza hukukunun kendilerine sağladığı garantilerden faydalandırılmaması⁶³ ve

mekanizmalarından bağımsız bir şekilde, temel hakları kısıtlayan yaklaşımlar içeren bir hal almasına ilişkin bkz. Johann Chapoutot (2013), *loc. cit.*, s. 55.

⁶⁰ Olivier Cahn (2013), *loc. cit.*, s. 115 ; Kararname metni için *cf.* (Çevrimiçi) < <http://historien.geographe.free.fr/decret17septembre1793.pdf> > 07.10.2018, madde 2.

⁶¹ Olivier Cahn (2016). « Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre - Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi », *Archives de Politique Criminelle*, n° 38, Terrorismes, Paris, Éditions A. Pedone, ss. 91-121, s. 97-98.

⁶² *Cf.* Michèle Papa (2009). « Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international », *Dalloz*, RSC 2009. 3, §1 ; Mireille Delmas-Marty (2009), *loc. cit.* ; Dominique Linhardt & Cédric Moreau de Bellaing (2013), *loc. cit.*, s. 39, 46 ; Vivienne Jabri (2008). « La torture, une politique de guerre », in Didier Bigo, Laurent Bonelli & Thomas Deltombe (eds.) (2008). *Au nom du 11 septembre... Les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme*, Paris, Éditions La Découverte, ss. 63-75, s. 67.

⁶³ Massimo Donnini (2009), *loc. cit.*

böylece teröristleri hukuk dışına çıkarması da söz konusudur. Bu nedenle ABD asıllı terörle savaş ile Düşman Ceza Hukukunun özdeşleştirilmesi tartışmalı bir konudur. Özellikle “yasadışı düşman savaşı” kavramı ile Düşman Ceza Hukuku teorisi içerisindeki “düşman” kavramlarının terimsel olarak birbirine benzetilmesi, içerik olarak da benzediği anlamına gelmemektedir. Keza Jakobs, teorisinde düşmanlar için de bir hukuk düzeni öngörmektedir fakat ABD’nin yasadışı düşman savaşçıları herhangi bir hukuki statü içine koymaması, yaklaşımlardaki temel farklılığı ortaya çıkarmaktadır⁶⁴. Fakat elbette Avrupa temelli Düşman Ceza Hukuku, Avrupa’nın ABD’den daha uzun süredir ulusal terör tehditlerine maruz kalmasından kaynaklanmaktadır⁶⁵. Sonrasında uluslararası nitelik kazanan 11 Eylül saldırıları da gelişen dünya ile birlikte değişen ceza hukuku yaklaşımlarına bir yenisini eklemiş bir eylem olarak nitelendirilebilecektir.

Yine de Avrupa’da yaşanan gelişmeler açısından da 2000’li yıllarda tehlikelilik temelinde farklı bir rejim yaratma mantığı oturmaya başlamıştır. Bu durum da Düşman Ceza Hukukunu daha somut olarak örneklemektedir. İlk örnek Fransa’da 25 Şubat 2008 tarihli kanun ile getirilen, tehlikeli addedilen bireylere uygulanacak güvenlik tedbirlerine ilişkindir⁶⁶. Böylece terminoloji olarak da tehlikelilik ceza hukuku anlamında sonuç doğuran bir nitelik kazanmıştır⁶⁷. Daha güncel mevzuat üzerinde inceleme yapan Julie Alix ve Olivier Cahn için de Fransa’da 2015 yılında gerçekleşen terör saldırıları sonrasında terörle mücadele bir savaş haline dönüşmüş⁶⁸ ve bu kavram yalnızca dilde kalmayıp uygulamada da devletin bastırıcı tüm araçlarının devreye sokulması ve nitelik değiştirmesi şeklinde kendini göstermiştir. Amaçlanan ise tehlikeli şüphelilerin önleyici bir şekilde tehlikesiz hale getirilmesi olmuştur⁶⁹. Bu nedenlerle Düşman Ceza Hukuku yaklaşımının var olduğunu gösterecek birçok olgu ile karşı karşıya bulunmaktayız. Yargılamaya ilişkin uygulamada somut örnekler verilebilecek mi sorusunun cevabı ise bir sonraki başlıkta aranacaktır.

⁶⁴ Jean-François Dreuille (2012), *loc. cit.*, s. 151.

⁶⁵ Örneğin, Almanya için RAF, İspanya için ETA (Euskadi Ta Askatasuna), İngiltere için IRA (Irish Republican Army) bu kapsamda değerlendirilebilir.

⁶⁶ Cf. Fransa, *Code de procédure pénale*, (2010-242 sayılı 10 Mart 2010 tarihli kanunla değişik) madde 706-53-13.

⁶⁷ Jean-François Dreuille (2012), *loc. cit.*, s. 152-153.

⁶⁸ Dönemin Fransa Cumhurbaşkanı François Hollande’ın teröre karşı savaş ilan eden 16 Kasım 2015 tarihli konuşması için cf. (Çevrimiçi) <<https://il.ambafrance.org/Attentats-a-Paris-Discours-de-M-Francois-Hollande-president-de-la-Republique>> 07.10.2018.

⁶⁹ Julie Alix & Olivier Cahn (2017), *loc. cit.*

II. Düşman Ceza Muhakemesi Hukuku Yaratmak

Günther Jakobs'un öngördüğü üç belirgin Düşman Ceza Hukuku uygulamasından birinin, yargılama esnasında teröristin haklarının kısıtlanması olduğunu söylemiştik. Çalışmanın bu bölümünde de Türk ve Fransız sistemlerinde teorinin bu yönünün uygulama alanı bulup bulmadığını tartışacağız. Bunun için de öncelikle yargılamada hukuk içinde farklı bir hukuk sistemi öngörerek Jakobs'un teorisinin desteklenip desteklenmediğini, sonrasında da savunma haklarına getirilen kısıtlamaların teoriyle benzerliklerini inceleyeceğiz.

A. Klasik Ceza Muhakemesi Sisteminin Değiştirilmesi

Liberal demokrasilerdeki ceza hukuku sistemleri, hukuk devleti ve insan haklarının korunması gibi birtakım sınırlamalara tabi olarak düzenlenmektedir. Bu sınırlamaların içeriğinde de çoğu zaman hukuki güvenlik ilkesi ve adil yargılanmaya ilişkin ilkeler bulunmaktadır. Olivier Cahn'a göre klasik ceza hukuku normları ile Düşman Ceza Hukuku normlarının uygunluğunu test ederken gereklilik, etkililik ve kanunilik bağlamında yapılacak inceleme sonucu Düşman Ceza Hukukunun liberal demokrasilerde direnebilecek olan normları belirlenebilecektir⁷⁰. Ceza hukukunun düzenlenişinde yukarıda anlatıldığı şekilde yaşanan gelişmeler ve suçlunun değil, tehlikelinin yaptırma maruz bırakılması gibi değişiklikler her ne kadar maddi hukuka ilişkin gibi görünse de Jakobs'un bu değişiklikler üzerine yaptığı yorum da düşünüldüğünde yargılama hukukunda da bir paralellik görülmesi kaçınılmaz olmaktadır⁷¹. Bu durumda da çoğu zaman yargılama aşamasında istisnai bir rejimin uygulanması, yetkili makamların nitelik değiştirmesi, yargının işleyişine askeri, idari ve istihbari nitelikli önlemlerin müdahil olması gibi farklılıklar söz konusu olmaktadır.

1. İstisna Hali Oluşturulması

Önceki başlıkta hukukun askıya alınması veya hukukun ihlali şeklinde kendini gösteren güvenlik siyaseti uygulaması, bizi ister istemez Carl Schmitt'in istisna haline götürmektedir. Schmitt, olağanüstü halin hukuk düzeni içinde olmadığını ve fakat egemen tarafından karar verilebilecek bir durum olduğunu savunmaktadır. Ona göre hukuk düzeni ancak egemenin

⁷⁰ Olivier Cahn (2013), *loc. cit.*, s. 122.

⁷¹ Günther Jakobs (2008), *loc. cit.*, s. 505.

kim olduğunu belirleyebilir⁷², egemen de olağanüstü hale karar verebilir. Buradan hareketle ceza hukukunun kılık değiştirmesi sonucu bir istisnai rejimin yaratılabileceği, fakat bu rejimin “istisnai” olarak adlandırıldığı sürece hukuk düzeni içerisinde, hukuk devleti ilkesine uygun olamayacağı kabul edilmektedir. Schmitt ayrıca, istisnanın her şeyi kanıtladığını ve kuralın yalnızca istisna sayesinde yaşayabileceğini savunmaktadır⁷³. Bu temelde, Düşman Ceza Hukukunun klasik ceza hukuku normlarına göre istisnai bir sistem öngörüyor olduğunu kabul ettiğimiz sürece, bu kuralların klasik ceza hukuku normlarının varlığını doğrulama işlevi görmesi de mümkündür. Örneğin bu tür istisnai düzenlemelerin Vatandaş Ceza Hukukunun meşruiyetini destekleyeceğini söylemek mümkün olabilir.

Terörle savaş söyleminin ise istisnai kuralların meşru bir şekilde devlet iktidarları tarafından uygulanmasına yardım ettiği görülmektedir⁷⁴. Schmitt üzerinden de terörizm bahanesiyle haklılaştırılmaya çalışılan istisnai gelişmelerin, artık egemen bir siyasi statüye sahip olduğu ve bugünkü siyasetin paradigmasını oluşturduğu okuması yapılmaktadır⁷⁵. Judith Butler özellikle Jakobs tarafından da insandılaştırmanın⁷⁶ en somut örneği olarak nitelendirilen Guantanamo’daki tutukluları⁷⁷, devlet iktidarının egemenlik yetkisini istisna halini meşrulaştırmak için kullanmasının örneği olarak yorumlamaktadır. Guantanamo örneğinde, özellikle yürütmenin, örneğin kimin tehlikeli olduğuna karar verme konusunda yargı işlevini görmesi söz konusudur⁷⁸. Böylece yürütme devlet haline gelmekte, hukuk askıya alınmakta veya bir araç olarak kullanılmaktadır. Söz konusu olan yargılama

⁷² Carl Schmitt (2016). *Siyasi İlahiyat ; Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, (Çev. Emre Zeybekoğlu), Dost Kitabevi, 5. Baskı, s. 14-15.

⁷³ *Ibid.*, s. 22.

⁷⁴ Andrew W. Neal (2008). “Goodbye War on Terror ? Foucault and Butler on Discourses of Law, War and Exceptionalism”, in Michael Dillon & Andrew W. Neal (eds.) (2008). *Foucault on Politics, Security and War*, Palgrave Macmillan, ss. 43-64, s. 49.

⁷⁵ Cf. Salih Akkanat (2017), *loc. cit.*, s. 289.

⁷⁶ “*dépersonnalisation*”.

⁷⁷ Jakobs’un bu nitelemesi için cf. Günther Jakobs (2009), *loc. cit.*

⁷⁸ Guantanamo Küba topraklarında olan fakat 1903 yılında yapılan bir antlaşma ile Amerika Birleşik Devletleri (ABD) tarafından kontrol edilmeye başlanan bir üstür. Özellikle terörle savaşı başlatan 11 Eylül saldırılarından sonra hukuk dışına çıkarılarak muamele edilmek istenen yabancılar için kullanılmaya başlanmıştır. Cf. *inter alia*, William Bourdan (2008). « Le camps de détention illégaux: le cas Guantanamo », in Didier Bigo, Laurent Bonelli & Thomas Deltombe (eds.) (2008), *op. cit.*, ss. 76-89 ; Guantanamo’ya tutuklanmak üzere götürülen kişilerin ABD yetkilileri tarafından suçluluk karnesi olan kişiler olduklarına ilişkin cf. (Çevrimiçi) <http://avalon.law.yale.edu/sept11/rumsfeld_016.asp>, 05.10.2018.

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

hukuku olduğunda ise özellikle adil yargılanma hakkının gerekleri yerine getirilmemektedir⁷⁹.

Uygulamaya geldiğimizde ise olağanüstü halin olağanlaştırılması, temelde inceleyeceğimiz Türkiye ve Fransa yaklaşımlarında açık olarak kendini göstermektedir. Fransa’da 14 Kasım 2015 tarihinde⁸⁰, Türkiye’de ise 21 Temmuz 2016 tarihinde⁸¹ ilan edilen olağanüstü hal rejimleri, o günden bu yana karşılaştırmalı olarak tartışma konusu yapılmaktadır. İki ülkenin istisnai olağanüstü hal rejimi yaklaşımlarını yukarıdaki teorik yaklaşımlarla bağlamak amacıyla iki örnek verilecektir. Bunlardan ilki 2855 sayılı Kanun Tasarısı üzerine hazırlanacak komisyon raporunun görüşmelerinde Fransız Parlamentosu Milletvekili Dominique Perben’in yaptığı yorumdur. Milletvekili, “*hukuk kuralları bir ülkenin kendisini savunmasına izin vermiyorsa ülke, bu kurallar parantez içine alınarak savunulacaktır*” demiştir⁸². Türkiye’den vereceğimiz örnek de daha güncel olarak 7145 sayılı Kanunun teklif metninin genel gerekçesinde yer almaktadır. Buna göre, kanunun çıkarılmasındaki amaç “*ülkemizde yaklaşık iki yıldır uygulanan olağanüstü halin uzatılmayacak olması nedeniyle mevcut terör örgütleriyle olağan dönemde hukuk devleti ilkeleri çerçevesinde etkin mücadele edilebilmesi*”⁸³dir. Burada vurgulanmak istenen nokta, olağan dönemde sahip olunan yetkilerin mücadele için yeterli olmaması, olağanüstü dönem yetkilerinin kullanılmasının gerekli olması olması fakat artık olağanüstü dönem ilanının söz konusu olmaması, bu

⁷⁹ Judith Butler (2004), *op. cit.*, s. 57-58 ; Yazar özellikle Michel Foucault’nun yönetimsellik kavramları üzerinden egemenliği kullanan tarafından yasanın araçsallaşması yönünde bir inceleme yapmaktadır. Yazarın öngördüğü ideal sistem hakkında yorumlar için *cf.* Salih Akkanat (2017), *loc. cit.*, s. 291 ; Hukukun subjektif yaklaşımları da içerebilen tarihsel ve düzensiz boyutunu dikkate almadığına dair eleştiriler için *cf.* Andrew W. Neal (2008), *loc. cit.*, s 52.

⁸⁰ Fransa, Décret n° 2015/1475 du 14 novembre 2015, *JORF*, n° 0264 du 14 novembre, s. 21297.

⁸¹ Olağanüstü Hal İlanı, Karar n° : 2016/9064, Karar tarihi : 20.07.2016, *Resmi Gazete*, n°: 29777 Tarih: 21.07.2016.

⁸² Fransa, Assemblée nationale, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l’administration générale de la République sur le projet de loi n° 2855 relatif à la garde à vue par M. Philippe Gosselin*, n° 3040, 15 Aralık 2010 (Çevrimiçi) <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r3040.asp>> 09.10.2018 (Çeviri yazara aittir).

⁸³ Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Genel Gerekeçe, Adalet Komisyonu’na Sevk Tarihi: 16.07.2018, Esas n°: 2/1, (Çevrimiçi) <<http://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0001.pdf>> 09.10.2018 (25.07.2018 tarihinde 7145 sayılı Kanunla kabul edilmiştir).

nedenle de olağan dönemin mücadele araçlarını daha etkin hale getirme ihtiyacıdır. Elbette bu gerekçe, teklifi yapan milletvekillerinin görüşü, Fransa'daki örnek de bir milletvekilinin yorumudur. Fakat buradan görülmektedir ki, son dönemde kanun koyucunun gündeminde olağanüstü halin olağanlaştırılmasına dair argümanlar bulunmaktadır. Bunun dışında, Türkiye'nin kanunlaşan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamele (KHK) ve Fransa'da bitmeyen olağanüstü hal dolayısıyla sürekli kullanılmaya devam edilen olağanüstü yetkiler örnek olarak verilebilecektir. İki ülkede de istisnai bir rejim içerisinde terörle mücadele etme literatürü kullanılmaktadır. Bu istisnai rejim, klasik normlara dahil edildiği sürece de hukuk içerisinde istisnai bir alan yaratılmakta, terörle mücadele için farklı bir hukuk rejimi söz konusu olmaktadır.

2. Kuvvetler Arası İlişkilerin Değişmesi

Kuvvetler ayrılığı, demokrasiye olan güvensizlikte otorite ve özgürlük arasındaki gerilimi düşürmeyi ve bunu da iktidarı bölerek yapmayı amaçlamaktadır⁸⁴. Fakat olağanüstü hal, devletin meşru müdafa yetkisine sahip olduğu bir alan yarattığından bu dönemde yapılan otoriterleştirici düzenlemeler de meşru karşılanabilmektedir⁸⁵. Özellikle de ulusal güvenlik söz konusu olduğunda yalnızca bireylere karşı egemenliğin kullanım şekli değil, aynı zamanda kuvvetler arasındaki ilişkiler de tartışma konusu olabilmektedir. Ulusal güvenliğin anlamı da çoğu zaman üç kuvvetin birbirleri arasındaki ilişkiye göre belirlenmektedir. Son sözü söylemeye yetkili kuvvet ulusal güvenliği garanti altına almak için uygulanacak politikayı, yani kavramın kapsamını belirleyebilmektedir⁸⁶. Hızlı karar alma ve uygulama mekanizmalarının işlerliği önem kazandığında da istihbarat servislerinin ve güvenlik güçlerinin, dolayısıyla da yürütmenin etkinliği artmaktadır. Terör tehlikesini halktan, yargıdan veya yasamadan daha etkin bir şekilde bertaraf edebilecek kuvvetin yürütme olması sebebiyle güvenliği sağlama görevi çoğu zaman siyasi iktidar olarak yürütmeye verilmektedir⁸⁷.

⁸⁴ Mehmet Tevfik Gülsoy (2009). *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 27.

⁸⁵ Hasan Tahsin Fendioğlu (1992). "Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Kavramı ve Bu Konuda İleri Sürülen Teoriler", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Diyarbakır, Sayı 5, ss. 179-203, s. 194.

⁸⁶ Iain Cameron (2000). *National Security and the European Convention on Human Rights*, London, Kluwer Law International, s. 45-46.

⁸⁷ Victor V. Ramraj (2005). "Terrorism, Risk Perception and Judicial Review", in Victor V. Ramraj, Michael Hor & Kent Roach (eds.) (2005). *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

Bunun sonucunda da yasamanın yaratması gereken ceza hukuku sistemine ilişkin normlar, yürütmenin de etkisi altına girmektedir ve yürütmenin yargısal denetimi mekanizmaları da standart ceza hukuku uygulamalarından farklı işlemektedir. Yürütmenin rolünün artırılması, Düşman Ceza Hukuku sisteminin üzerinde temellendiği ilkelerden biri değildir. Fakat öngördüğü ceza hukuku sistemi bugün olağanüstü hal kapsamında ele alınan terörle mücadele istisnai rejimini kalıcı hale getirme argümanını desteklediği için, olağanüstü halin gereği olan yürütmenin yetkilerinin artırılması ve yargısal denetiminin azaltılması yöntemleri, kanımızca teoriye uygun düşmektedir.

Uygulamada kuvvetlerin iç içe geçmesi konusunda en güzel örneklerden biri, Fransa'daki adli ve idari polisin yetkilerinin birbirine karışması noktasında verilebilecektir. Fransa'da adli polis ve idari polis ayrımı⁸⁸ terörle mücadeleye ilişkin önlemlerde tehlikeli bir şekilde değişmeye başlamıştır. Bu değişime ilişkin olarak, idari polisin terörle mücadele önlemlerini almada artan yetkileri ve bu yetkilerin kullanımının kontrolünü sağlayan mekanizmaların sistematik olmayan ve *a posteriori* şekilde devreye girmesi⁸⁹ göz önünde bulundurulduğunda, adli polisin idarenin silahlı kuvvetinden başka bir işlevi olmadığı yorumu yapılmaktadır⁹⁰.

Siyasi amaç güdüyor olması sebebiyle terör suçları değişken ve öngörülemez bir geleceğe dayanmaktadır⁹¹. Terör eylemlerinin klasik risk değerlendirme tekniklerini etkisiz kılacak şekilde rastgele ve belirsiz bir

Cambridge University Press, ss. 107-128, s. 116. Yazar ayrıca bu geniş yetkilerin keyfi olarak kullanılma riskinden de bahsetmektedir.

⁸⁸ Fransız sisteminde adli polis (*police judiciaire*) suçları bastırma amacıyla harekete geçme, idari polis (*police administrative*) ise yönetimsellik anlamında düzenleme yetkisine sahiptir. Adli polis niahi olarak kamu düzenini sağlamak amacıyla fakat esasen suçları takip etme görevini haizken idari polis, doğrudan ve hızlı bir şekilde kamu düzenini korumak temel amacını taşımaktadır. Yani idari polisin müdahil olabileceği durumlar kamu düzeninin korunması ile sınırlıdır, adli polisin müdahil olduğu durumlar da neticeten kamu düzenini sağlarlar. Sonuç olarak standart düzende idari polisin müdahale alanı daha sınırlıdır. Cf. Maxence Chambon (2017). « Une redéfinition de la police administrative », in Julie Alix & Olivier Cahn (dirs.) (2017). *L'Hypothèse de la guerre contre le terrorisme ; Implications juridiques*, Paris, Dalloz, ss. 133-149, s. 136.

⁸⁹ Fransa, *Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, özellikle cf. madde 8-19. Bu kanun ile özellikle Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılan değişiklikler ve terörle mücadele aktörlerinin yeniden yapılması dikkat çekmektedir.

⁹⁰ Laurence Blisson (2017). « Risques et perils de l'association de malfaiteurs terroriste », *Délibérée*, 2017/2, pp. 16-20, s. 18.

⁹¹ Marieke de Goede (2008). "The Politics of Preemption and the War on Terror in Europe", *European Journal of International Relations*, 14(1), ss. 161-185, s. 178.

şekilde gerçekleşmesi, ön alma ve önleme amaçlarını terörle mücadelenin merkezine yerleştirmektedir⁹². Vatandaş Ceza Hukuku normlarını terörle mücadele için yetersiz gören Düşman Ceza Hukuku da suçlunun yerine tehlikeli bireyi koyarak önleme işlevinin önemini vurgulamaktadır. Bu nedenle de önleme amacının önemi vurgulandıkça terörle mücadelede idari polisin yetkilerinin artması meşrulaşmaktadır. Ceza hukuku araçlarının görünümünün değiştirilmesi, terörizmin hukuki rejiminin uygulama alanının genişletilmesi sonucu cezai önleme ile idari önleme kavramlarının sınırları belirsizleşmektedir⁹³.

Bu bağlamda yalnızca idari polisin değil idari nitelikteki kurum ve kişilerin çoğunun yetkisi, kamu düzenini sağlama ve suç işlenmesini önleme amaçları ile artırılmaktadır⁹⁴. Olivier Cahn'a göre ceza hukukunun uygulama alanından idare hukukunun uygulama alanına geçiş yaşanması Düşman Ceza Hukuku teorisinin bir karakteristiğidir⁹⁵. Örnek vermek gerekirse 30 Ekim 2017 tarihli 2017-1510 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile İç Güvenlik Kanunu'na getirilen değişiklikler incelemeye değerdir. İçişleri Bakanı'nın izleme ve idari kontrol konusunda bireysel önlemler alma yetkisi, alınacak önlemlerin niteliği bakımından genişletilmektedir. Belirli bir bölgeden çıkmama, belli aralıklarla polis veya jandarmaya o bölgede bulunduğunu ispatlama, yaşadığı yeri ve bu yeri değiştirdiği takdirde yeni taşındığı yeri bildirme gibi önlemler seyahat özgürlüğü kapsamında ele alındığında otoriter eğilimler taşımaktadır. Bu önlemlerin uygulanma ölçütünün de kişinin davranışlarının kamu düzeni ve güvenlik açısından tehdit oluşturduğuna kanaat getirecek ciddi sebeplerin varlığı şeklinde dile getirilmesi⁹⁶, keyfi kullanıma açık, idarenin kimin tehlikeli olduğuna karar verebileceği bir rejim öngörüldüğünü göstermektedir. Bu rejimin de bireysel özgürlükler anlamında çok geniş bir kısıtlama getirme riski taşıdığı kabul edilmelidir⁹⁷. Bunun dışında valiye de belirli bölgelerde belirlenmiş süreler içinde kimlik, eşya, araç kontrolü yapma yetkisi veren 55-385 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun 8. maddesi de tartışma konusu olmuştur. Fakat

⁹² *Ibidem*, s. 164.

⁹³ Julie Alix & Olivier Cahn (2017), *loc. cit.*

⁹⁴ Örneğin *cf.* İdarenin birtakım bilgi ve belgelere erişimini kolaylaştırmayı amaçlayan hükümler içeren *Loi n° 2004-1343 du 9 décembre de simplification du droit*, madde 1-3 ; İstihbari bilgiye erişimi kolaylaştırmayı amaçlayan hükümler içeren *Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement*, madde 1.

⁹⁵ Olivier Cahn (2016), *loc. cit.*, s. 115.

⁹⁶ *Cf.* Fransa, *Code de la sécurité intérieure*, madde 228-1 – 228-5.

⁹⁷ Bu yorum için *cf.* Frédéric Rolin (2017). « La future loi sur 'la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme' est-elle si menaçante pour nos libertés? », *Le Billet Dalloz*.

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

İlgili hüküm Fransız Anayasa Konseyi tarafından iptal edilmiştir. Gerekçe ise yukarıda İçişleri Bakanına verilen yetkiye getirilen eleştiriler ile paraleldir. Konsey, kamu düzeni ile bireysel haklar arasında denk bir değerlendirme yapılmadığını ve kanun koyucunun belirli bölge ve zaman içerisinde herkese keyfi bir şekilde ve seyahat özgürlüğü ve özel hayatın gizliliğine aykırı olabilecek şekilde kullanılacak bir yetki verdiğini savunmuştur⁹⁸. İçişleri Bakanı'na verilen yetkinin tehlikeli birey hakkında kişisel bir önlem alma niteliği taşıması, valiye verilen yetkinin ise daha genel bir nitelik taşıyarak çok geniş kapsamlı olarak birçok kişinin hak ve özgürlüklerini etkileyebilecek olması dolayısıyla Fransız Anayasa Mahkemesi'nin yalnızca valinin yetkilerini iptal etmesi çok da anormal olarak karşılanmamalıdır. Fakat İçişleri Bakanı'na verilen yetki de kanımızca liberal açıdan eleştirilebilecek niteliktedir.

Karşılaştırma yapmaya müsait bir örnek de Türkiye'den verilebilir. Yukarıda bahsedilen kanun teklifinin ilk maddesi, valiye Fransız İç Güvenlik Kanunu ile İçişleri Bakanı'na ve valiye verilen yetkilerin neredeyse aynılarının verilmesini içermektedir⁹⁹. Henüz Türk Anayasa Mahkemesi'nin konu ile ilgili yorumları bilinmemekle birlikte, ileride başvuru konusu yapılmaya müsait bir hüküm gibi görülmektedir. Yetkili kişi vali olduğundan dolayı, Fransız Anayasa Konseyi'nin yaklaşımı benimsenirse, iptal edilebilecek bir hüküm olarak değerlendirilmeye müsaittir.

Alınan önlemin niteliği konusunda Fransa'da en çok dile getirilen tedbirlerden biri olağanüstü halin ilanı ile koşullarında değişiklikler yapılan¹⁰⁰ "ev hapsi"¹⁰¹ kurumudur. Bu kurumun hukuki niteliğindeki idari

⁹⁸ Fransa, Conseil constitutionnel, Décision n° 2017-677 QPC du 1er décembre 2017.

⁹⁹ İl İdaresi Kanunu, Kanun n°: 5442, Kabul Tarihi: 10.06.1949, *Resmi Gazete* n°: 7236, Tarih: 18.06.1949, madde 11(C): "*Vali, kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu ya da bozulacağına ilişkin ciddi belirtilerin bulunduğu hallerde onbeş günü geçmemek üzere ildeki belirli yerlere girişi ve çıkışı kamu düzeni ya da kamu güvenliğini bozabileceği şüphesi bulunan kişiler için sınırlandırabilir; belli yerlerde veya saatlerde kişilerin dolaşmalarını, toplanmalarını, araçların seyirlerini düzenleyebilir veya kısıtlayabilir ve ruhsatlı da olsa her çeşit silah ve merminin taşınması ve naklini yasaklayabilir.*" (7145 sayılı 25.07.2018 tarihli kanunla eklenmiştir).

¹⁰⁰ Fransa, *Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*, (16 Mart 2017 tarihli karar ve 2016-1767 sayılı 19 Aralık 2016 tarihli kanun ile değişik) **madde 6**.

¹⁰¹ "*assignation à résidence*": Bu kurum, gün içinde 12 saati evde geçirme, üç kere komiserlikte yoklama vermek, valinin izni olmadan ikamet alanından ayrılamamak gibi tedbirleri içerir ve olağanüstü hal ilanı söz konusu olduğu sürece ve 12 ay boyunca verilebilir. Cf. Stephanie Hennette Vauchez (2017). « Serge Slama. Harry Potter au Palais *YUHFD Vol. XVI No.2 (2019)*

özellikler ile tedbirin uygulanmasında İçişleri Bakanı veya Vali'nin görevlendirilmesi, fakat yargının herhangi bir müdahalesinin bulunma imkânının olmaması tartışma konusu yapılan noktalardır¹⁰². Fransız Anayasa Konseyi de henüz tartışmaları bitirecek bir karar vermemiştir. Anayasa Konseyi, tedbirin yalnızca olağanüstü hal ilanı süresince ve olağanüstü hal ilan edilen bölgede uygulanabilmesi ve hakkında tedbir uygulanacak kişinin güvenlik ve kamu düzenine tehdit oluşturan davranışlar sergilediği konusunda ciddi sebepler bulunması sınırlamalarını yeterli görmüştür¹⁰³ ve tedbirin idari niteliği konusunda herhangi bir değişiklik gerektiği sonucuna varmamıştır¹⁰⁴. Mahkeme, idari hakim tedbirin gerekliliği, elverişliliği ve orantılılığı konusunda yapacağı kontrol bazında, çok geniş bir düzenlemenin söz konusu olmadığına karar vermiştir¹⁰⁵. Bu yaklaşımın eleştirildiği nokta ise Fransız Anayasa Konseyi'nin idari ve adli tedbirlerin nitelikleri konusunda karışıklık yaşıyor olmasıdır. Maddede kimlik kontrolü yapılan kişinin bu kontrol dolayısıyla terör eylemleriyle ilişkili olabileceğine dair *ciddi sebepler*¹⁰⁶ bulunduğunun keşfedilmesi şartı yer almaktadır. Olivier Cahn'a göre, kimlik kontrolü doğası itibariyle idari bir tedbir olarak nitelendirilebilse de bunun sonucunda terör eylemleriyle ilişkisi konusunda ciddi sebeplerin varlığının keşfi, adli niteliğe daha uygun düşmektedir. Yazar ayrıca Anayasa Konseyi'nin idari hakim yetkisini tanımamasının tek sebebinin, tedbirin şekli anlamda idari olarak nitelendirilmesi olduğunu savunmuştur¹⁰⁷. Aynı şekilde Maxence Chambon da "ciddi sebepler görülmesi" şartının, idari polisin meşru temelini ispatlamak durumunda olmadan müdahale edebilmesi için sihirli bir formül niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Bu durum da yazara göre, terörle mücadele için özel bir idari polis tipi yaratılmasına sebep olmaktadır¹⁰⁸. Ev hapsi kurumuna ilişkin olarak daha sonraki bir tarihte Anayasa Konseyi'ne

Royal ? La lutte contre le terrorisme comme cape d'invisibilité de l'état d'urgence et la transformation de l'office du juge administratif » *Les Cahiers de la justice, Dalloz*, ss.281-295

¹⁰² Rafaëlle Maison (2016). « Le nom de l'ennemi: quand les logiques de guerre transforment le droit commun », *Les Temps Modernes*, 2016/3, n° 689, pp. 20-35, s. 30.

¹⁰³ Burada az önce İçişleri Bakanı'na verilen yetkilerin kullanım kriterlerine getirilen eleştiriler geçerliliğini korumaktadır. *Cf. supra*. 96.

¹⁰⁴ Bu tür önlemlerin niteliğinin idari ve adli arasında karışık bir tür içerdiğine ilişkin *cf.* Julie Alix & Olivier Cahn (2017), *loc. cit.*

¹⁰⁵ Fransa, *Conseil constitutionnel*, Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015.

¹⁰⁶ Vurgu yazara aittir.

¹⁰⁷ Olivier Cahn (2016). *loc. cit.*, s. 113.

¹⁰⁸ Maxence Chambon (2017), *loc. cit.*, s. 137.

tekrar bir başvuru yapılmıştır. Burada tartışılan konu, tedbirin niteliğinin günlük 12 saat olan sınırının üzerine çıkarılabilme imkânları olduğu sürece özgürlüğü kısıtlayıcı olmasıdır. Fakat Konsey, Olağanüstü Hal Kanunu'nun 6. maddesinde getirilen şartlar uygulandığı sürece bu niteliğin söz konusu olamayacağına hükmetmiştir¹⁰⁹. Sonuç olarak Fransız Anayasa Konseyi'nin yaklaşımının da değişen ceza hukuku anlayışına karşı gelme amacı olduğundan bahsedilemeyeceği açıkça görülmektedir. Ayrıca tehlikeliliği bertaraf etmeye yönelik güvenlik tedbirlerinin de hukuk sisteminde var olmaya devam ettiği de bu örnekten anlaşılmaktadır.

Cumhuriyet savcılarında verilen yetkiler konusunda da savcılarının hukuk sistemi içerisindeki yerine göre çeşitli tartışmalar yapılabilecektir. Savcının yürütme içerisinde ve devlet ile kamuyu temsil eden taraf konumunda olduğu kabul edildiğinde¹¹⁰, yargıya ilişkin hakimler tarafından verilmesi gereken kararlarda daha çok söz sahibi olmasının silahların eşitliği gibi adil yargılanma ilkelerini zedeleyecek nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Bu bağlamda birtakım gizli soruşturma tedbirlerinin savcı tarafından hızlı ve etkin bir soruşturma sağlamak amacıyla doğrudan verilebilmesi, ceza yargılaması sürecinin nitelik değiştirmesi anlamına gelmektedir¹¹¹. Aynı

¹⁰⁹ Fransa, *Conseil constitutionnel*, Décision n° 2017-624 du 16 mars 2017 ; Kararda iptal edilen hüküm, İçişleri Bakanı'nın ev hapsi süresini 12 aydan fazla uzatabilmek için Danıştay Dava Dairesi Kurulu Başkanı'ndan (*Le juge des référés du Conseil d'État*) izin alması rejimine ilişkindir. Konsey, bu durumun Danıştay Dava Dairesi Kurulu Başkanı'nın yalnızca geçici tedbirler hakkında karar verebilmek ve esasa girememekten ibaret olan yetkisini (*Code de justice administrative*, madde L511-1) aşması anlamına gelmesi dolayısıyla maddenin yalnızca bu kısmını iptal etmiştir.

¹¹⁰ Bu yönde cf. Öztekin Tosun (1981). *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Cilt 1, Genel Kısım, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Üçüncü Bası, s. 248-249 ; Bahri Öztürk et al. (2010). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul, Seçkin Yayınları, s. 212 ; Hamide Zafer (2015). "Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü", in Nur Centel (ed.) (2015). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular*, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Konferansları Serisi – 1, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, ss. 1-26, s. 4 ; Bazı sistemlerde savcının bağımsız olmamasının mümkün olduğuna ilişkin cf. Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu, *Opinion on the Draft amendments to the Law on the State Prosecutorial Council of Serbia*, 10-11 Ekim 2014, CDL-AD(2014)029, §7 ; Fakat bu durumda adil yargılanmayı garanti altına alacak önlemlerin alınması gerektiği konusunda cf. Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu, *Interim Opinion on the Draft Law on the State Prosecution Office of Montenegro*, 15 Aralık 2014, CDL-AD(2014)042, §16.

¹¹¹ Örneğin cf. Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler (...), Kanun n°: 6755, Kabul Tarihi: 08.11.2016, *Resmî Gazete* n° 29898, Tarih: 24.11.2016, madde 3 ; Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 161(8) maddesinde terör suçları için Cumhuriyet savcılarında verilen soruşturmayı doğrudan yapma yetkisi, savcıya ulaşılmadığında aynı

zamanda etkin pişmanlık konusunda Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığına dair vereceği karara karşı itiraza başvurulamaması da savcının taraf olarak ele alındığında sorun yaratabilecek bir hükümdür¹¹². Keza etkin pişmanlık hükümleri özellikle son zamanlarda terör suçlarının soruşturulmasında ifade alınırken şüphelilere en başta hatırlatılarak oldukça fazla uygulama alanı bulmaktadır. Elbette, savcının tarafsız olması gerektiğini savunan görüşler kabul edildiğinde soruşturma tedbirlerine savcının karar vermesi veya hakimın yetkisinde olan işlemleri yapması sorun teşkil etmeyecektir¹¹³.

Yürütmenin ve idarenin ceza hukukunda suç olarak nitelendirilen eylemlerle mücadele etmeye bu kadar müdahil olması, elbette ki yargısal kontrol bakımından da kendini gösterecektir. Fransa'da 20 Kasım 2015 tarihli değişiklikler¹¹⁴, Olağanüstü Hal Kanunu'na dayanarak alınan önlemlerin kontrolünü idari hakime bırakmaktadır. Bu bağlamda, Türkiye'nin Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu da benzer şekilde idari nitelikli önlemlerin¹¹⁵ adli yargıda denetimi mümkün

Kanununun 163. maddesi ile Sulh Ceza Hakimine verilmektedir. Burada da Cumhuriyet savcısı taraf olarak kabul edilirse eğer hakimın yapması gereken soruşturma işlemlerini de kendisi mi yapabilecektir veya Cumhuriyet savcısı taraf değilse dahi, tarafsız olması gerekliliği kesin olarak kabul edilen hakimın soruşturmayı tarafsız olarak yürütmeye çalışması ne kadar etkili olacaktır soruları akla gelmektedir.

¹¹² Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun n°: 5271, Kabul Tarihi: , Resmi Gazete no: , Tarih: , madde 171/1 ; Savcının suçun işlendiği konusunda yeterli şüpheye ulaşsa dahi kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebileceğine dair *cf. Yargıtay 16. Ceza Dairesi*, E. 2015/3, K. 2017/3, T. 24.04.2017, (Çevrimiçi) <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>> 10.10.2018.

¹¹³ Bu yönde *cf. Nur Centel* (2004). “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığı”, *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, İstanbul, pp. 199-210, s. 208 ; Ayrıca savcılık makamı ile yargısal işlevlerin birbirinden ayrı olması gerektiği konusunda *cf. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Recommendation 2000 (19)* ; Birleşmiş Milletler, *Guideline on the Role of Prosecutors*, Havana, Cuba, 27 Ağustos – 7 Eylül 1990, §10 ; Avrupa Konseyi, Avrupa Genel Savcılar Konferansı, *Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa İlkeleri (Budapeşte İlkeleri)*, 31 Mayıs 2005, §1.

¹¹⁴ Fransa, *Loi no 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi no 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence (...)*, JORF n° 0270 du 21 novembre 2015.

¹¹⁵ Malvarlığının dondurulması, seyahat özgürlüğünün kısıtlanması gibi tedbirler Birleşmiş Milletler'in de terörle mücadele bağlamında oluşturduğu listede yer alan kişilere karşı uygulanabilecek tedbirler arasında yer almaktadır. Bu tedbirler, Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi tarafından “idari” olarak nitelendirilmişlerdir. Bu benzerlik nedeniyle idari kelimesi kullanılmıştır *cf. Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi, Le YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

olmadığından bulunan bir çözüm olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹⁶. Ceza hukuku yukarıda anlatıldığı şekilde kılık değiştiriyor olsa da bu tür denetim imkânlarının mevcudiyeti, Jean-François Dreuille tarafından güncel ceza hukuku uygulamamızın “düşman” olmadığı şeklinde yorumlanmasına sebep olmaktadır. Yazar, öngörülen her istisnai rejimin Düşman Ceza Hukuku içerisinde ele alınamayacağını, yargısal kontrol mekanizmaları aktif olduğu takdirde Jakobs’un öngördüğü kadar distopik bir rejim içinde olmayacağımızı savunmaktadır¹¹⁷. Fakat bu yorum, ceza hukuku rejimlerinin bir derece de olsa teoride öngörüldüğü şekilde düşmanlaşmadığı anlamına gelmemektedir. Kanımızca idarenin hakim tarafından hükmedilmesi gereken güvenlik tedbirlerine ilişkin yetkileri artırıldığı sürece hukuk içerisinde yürütmenin daha etkin olduğu bir başka hukuk sistemi yaratılması söz konusu olmaktadır.

3. Uzmanlaşma İhtiyacı

Terörle mücadelenin, terör tehdidinin ağırlığı dolayısıyla özel bir muamele gerektirmesi birçok hukuk sisteminde farklı yargılama makamlarının oluşturulmasıyla kendini göstermektedir. Ceza yargılamasına askeri unsurların dahil edilmesi, ceza hukuku vasıtasıyla savaşmak, ceza hukukunu silah olarak kullanmak gibi yukarıda bahsettiğimiz teorik temellere de uygun düşmektedir. Bu bağlamda Türkiye ve Fransa örnekleri, Devlet Güvenlik Mahkemeleri’nin terörle mücadeleye dahil edilmesi ve çıkarılması anlamında incelemeye değerdir.

Fransa’da, 63-23 sayılı, 15 Ocak 1963 tarihli kanunla Cezayir Bağımsızlık Savaşı’nın hemen ertesinde Devlet Güvenlik Mahkemeleri kurulmuştur. Bu mahkemeler ilk kurulduğunda, üç sivil iki asker hakimden oluşmaktadır¹¹⁸. Sonrasında 1981 yılında sol kanat tarafından kaldırılmış olsa da¹¹⁹ 1985 ve 1986 yıllarında gerçekleşen saldırılar ile yeniden gündeme gelmiştir. Bunun sonucunda Devlet Güvenlik Mahkemeleri

cadre juridique universel contre le terrorisme, Module 2, Programme de formation juridique contre le terrorisme, Service de la prévention du terrorisme, Vienne, 2010, s. 10.

¹¹⁶ Bu komisyonun esas itibarıyla yargı yolunun işletilebilmesi için bir ön şart olarak alılabileceğine ilişkin cf. İzzet Özgenç (2018), *op. cit.*, s. 85.

¹¹⁷ Jean-François Dreuille (2012), *loc. cit.*, s. 163.

¹¹⁸ Laurent Bonelli (2008). « Les caractéristiques de l’antiterrorisme français: ‘Parer les coups plutôt que panser les plaies’ », in Didier Bigo, Laurent Bonelli & Thomas Deltombe (eds.) (2008), *op. cit.*, ss. 168-187, s. 168.

¹¹⁹ Fransa, *Loi n° 81-737 du 4 août 1981 portant suppression de la Cour de Sûreté de l’État, JORF* du 5 août 1981.

kurulmasa da Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri kurulmuştur¹²⁰. Bu mahkemeler de terör suçları için yetkili olup terörle mücadele için gerekli görülen farklı hukuk sistemini temin etmekte rol sahibidirler. Yargıda bu şekilde bir özelleşme, iç düşmanlarla savaşmanın etkili yolu olarak devlet politikası haline geldiğinde¹²¹ Düşman Ceza Muhakemesi Hukuku da en yoğun şekilde kendini gösterebilmektedir.

Türkiye’de de terör suçlarını yargılayan makamlarda özelleşme konusunda benzer bir seyir söz konusudur. 1973 yılında kurulan Devlet Güvenlik Mahkemeleri¹²², 1975 yılında Anayasa Mahkemesi kararı¹²³ ile biçim yönünden Anayasaya aykırılık dolayısıyla bu mahkemeleri kuran kanun maddelerinin iptaline karar verilmesiyle işleyememiş, 1982 yılında ise Anayasanın 143. maddesi ile geri getirilmiştir. 2000’li yılların başında Avrupa ile yaşanan yakınlaşmalar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ısrarlı ihlal kararları¹²⁴ üzerine 2004 yılında¹²⁵ kaldırılmıştır. Fakat sonrasında Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri asker hakim dışında yine terör suçları için özelleşmiş bir yargılama makamı işlevi görmeye devam etmiştir. 6352 sayılı Kanunla Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri kaldırıldıktan sonra Terörle Mücadele Kanunu’nun (TMK) 10. maddesine göre öngörülen Bölge Ağır Ceza Mahkemeleri terör suçlarına bakmakta yetkili mahkeme haline gelmişlerdir¹²⁶. 2014 yılında TMK’nın 10. maddesi de 6526 sayılı Kanunla mülga edilince o dönemki adıyla Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu bu tür suçlar için mahkemeler arasında işbölümü adı altında bazı mahkemeleri yetkilendirmeye başlamıştır. Fransa ile Türkiye’nin serüvenleri bu konuda benzer olmakla birlikte, iki sistemde de

¹²⁰ Fransa, *Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l’entrée en vigueur du nouveau code pénal (...)*, *JORF* du 23 décembre 1992.

¹²¹ Vanessa Codaccioni (2017). « Dans l’ombre de la Cour de sûreté de l’État », *Délibérée*, 2017/2, ss. 36-40.

¹²² Kanun n° 1699, Kabul Tarihi: 15.03.1973, *Resmi Gazete* n°: 14482, Tarih: 20.03.1973.

¹²³ *Anayasa Mahkemesi (İtiraz)*, E. 1974/35, K. 1975/126 T. 06.05.1975, *Resmi Gazete* n°: 15380, Tarih: 11.10.1975

¹²⁴ Cf. *inter alia* Incal Türkiye’ye Karşı, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)* [GC], n° 22678/93, 09.06.1998, Karataş Türkiye’ye Karşı, *AİHM* [GC], n° 23168/94, 08.07.1999, Sadak ve Diğerleri Türkiye’ye Karşı (n° 1), *AİHM*, n°s 29900/96 *et al.*, 17.07.2001 ; İhlal sebebi genel olarak sivillerin yürütmenin etkisi altında olabilecek bir askeri hakim içeren yargılama sisteminde yargılanmasının bağımsız yargılama olarak nitelendirilememesidir.

¹²⁵ Kanun n° 5170, Kabul Tarihi: 07.05.2004, *Resmi Gazete* n°: 25469, Tarih: 22.05.2004.

¹²⁶ Yener Ünver (2013). “Türkiye’de Ceza Hukukunda Avrupa Hukukuna Uyum Çalışmaları Bağlamında Üçüncü Yargı Paketinin Genel Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Cilt: 19, Sayı: 2, ss. 407-428, s. 410.

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

inkâr edilemeyen tek istisnai ceza hukuku rejimi yansıması, yargılamada özel yetkili makamlara duyulan ihtiyaçla görülmüştür.

Bu mahkemelerin de kaldırılmasıyla artık yargı eliyle değil, yürütme yani çoğu zaman idare ve istihbarat servisleri eliyle daha etkili bir savaş verileceğine inanılmaktadır¹²⁷. Bu nedenle ceza hukukunun dönüşümü yargıdan bağımsız da gerçekleşecektir. Güvenlik ve istihbarat servislerinin yargı yetkisinin işleyişi esnasında müdahil olması özellikle terörle mücadele kapsamında söz konusu olmaktadır. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun (PVSK) Ek 7. maddesi, adli niteliği de haiz olarak ele alınabilecek tedbirler konusunda yargı içerisinde olmayan makamlara yetki verilmesinin en güzel örneklerinden biridir. Bu maddeye göre, önleme amaçlı dinleme tedbirine gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürü veya Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Dairesi Başkanı'nın yazılı emriyle başvurulması mümkün olmaktadır. Aynı zamanda 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nda bu tedbiri alma yetkisi, istihbari araştırmalar amacıyla Milli İstihbarat Teşkilatı (MİT) Müsteşarı veya yardımcısına verilmiştir¹²⁸. Bu maddelerden ilkinine ilişkin eleştirilecek ikinci nokta da “*terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere*¹²⁹ *ilişkin olarak*” tedbir uygulanmasının süresiz uzatılabilmesidir. Buradaki *tehlike* ibaresi, Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun (CMK) 135. maddesindeki iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirinin bir başka görünümünü, tedbire hükmetme kriterlerini azaltarak ve tedbire hükmedecek makamın yargı makamı olmasına gerek duymayarak uygulamaya mahal verebilmektedir. Aleyhinde tedbire hükmedilecek kişi, CMK'da kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı durumunda belirlenebilecekken PVSK'nın Ek 7. maddesine göre, şüpheli kavramının tehlikeli kavramı ile yer değiştirdiği görülmektedir¹³⁰.

Veli Özer Özbek, önalın soruşturmalarının Ceza Muhakemesi Hukukunun mevcut yapılanmasına uygun olmadığını, bu aşamada CMK anlamında koruma tedbirleri ile önalın soruşturması tedbirlerinin

¹²⁷ Vanessa Codaccioni (2017), *loc. cit.*

¹²⁸ Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu, Kanun n°: 2937, Kabul Tarihi: 01.11.1983, *Resmî Gazete* n° 18210, Tarih: 03.11.1983, madde 6/2.

¹²⁹ Vurgu yazara aittir.

¹³⁰ Tehlike derecesinin yeterli olmadığı, önleyici tedbirin keyfi olarak kullanılmasına mahal verebileceği ve gecikmede sakınca bulunan hallerin neye göre belirleneceği konusunda belirsizlik olduğuna ilişkin cf. Veli Özer Özbek (2015). « Türk Hukukunda İletişimin Adli/İdari Amaçla Denetlenmesi ve Uygulamadaki Sorunlar », in Nur Centel (ed.) (2015), *op. cit.*, ss. 147-225, s. 171.

niteliklerinin birbirine karıştığını savunmaktadır¹³¹. Yazar, Cumhuriyet savcılarının uzmanlaşmasına izin veren bir sistemimiz olmadığından dolayı¹³² suçların işlenişindeki profesyonellik arttıkça savcıların polisin güdümüne girdiği yorumunu yapmaktadır. Bu nedenle bu tedbirlerin devşirilmesinin gerekli olduğunu da kabul etmektedir. Bunun yanında, CMK'nın 135. maddesinin, belirtilen esas ve usuller dışında iletişimin telekomünikasyon yoluyla dinlenmesi ve kayda alınmasının mümkün olmadığını belirten 9. fıkrasının da böylece bir anlamının kalmadığını savunmaktadır¹³³.

İstihbari servisler yoluyla elde edilen delillerin niteliği de yargılama sisteminin kılık değiştirmesinin bir örneği olabilecek niteliktedir. İstihbari nitelikli bilgilerin başlı başına delil olarak kabul edilmesi mümkün olmasa da uygulamada terörle mücadelenin zorlukları dolayısıyla gerekli olduğu kabul edilmektedir¹³⁴. Yargıtay da MİT'in elde ettiği materyallerin savcılığa ulaştırılmasıyla birlikte artık adli sürecin başlatılması ve soruşturma işlemlerinin CMK hükümlerine göre yapılması gerektiğini kabul etmektedir¹³⁵. Fakat istihbarat hizmetleri ile ceza muhakemesi iç içe girdiği sürece istihbari bilgiler istihbaratın takdiri altında toplanmaya devam

¹³¹ *Ibid.*, s. 153-154 ; İstihbari servislerin terör suçlarının soruşturma veya kovuşturma aşamalarında artan yetkilerine ilişkin cf. Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun n°: 6532, Kabul Tarihi: 17.04.2014, *Resmi Gazete* n° 28983, Tarih: 26.04.2014.

¹³² Türk ve Fransız sistemlerinde Savcılık kurumuna ilişkin uzmanlaşma gerektiği konusunda öneriler mevcuttur. Bu yaklaşım, terör suçları için adli yargı içerisinde yeni bir rejim gerektiği argümanını desteklemektedir. Pratikte yer alan hukukçular, ülke çapında tek elden soruşturma yürütülmesi için Türkiye Terör ve Örgütlü Suç Başsavcılığı kurulmasını önermektedir. Cf. Hakan Kızıllarslan (2004). "Türkiye'de Terör ve Örgütlü Suçla Mücadele Uygulaması ve 'Türkiye Terör ve Örgütlü Suç Cumhuriyet Başsavcılığı'nın Kurulması Zorunluluğu", *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, ss. 567-584, s. 576 ; Aynı şekilde Fransa'da da yakın zamanda böyle bir öneri tekrar gündeme gelmiştir. Cf. (Çevrimiçi) <https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2018/07/13/a-la-veille-d-un-week-end-tendu-le-gouvernement-presente-son-plan-d-action-contre-le-terrorisme_5330716_1653578.html> 13.07.2018 ; Bu durum, terörle mücadeleyi uzman ellerle ve adli yargıya diğer kuvvetlerden müdahale gerektirmeden yürütmeyi sağlayabilecektir. Fakat aynı zamanda terör suçlarından yargılanacak kişiler için hukuk sistemi içerisinde hukuk yaratılması anlamına gelebileceğinden Jakobs'un teorisini tanımlayışına da uygun düşmektedir.

¹³³ Veli Özer Özbek (2015), *loc. cit.*, s. 163.

¹³⁴ *İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi*, E. 2017/95, K. 2017/128, T. 1.2.2017 (Çevrimiçi) <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>> 28.08.2018.

¹³⁵ *Yargıtay 16. Ceza Dairesi*, E. 2015/3, K. 2017/3, T. 24.04.2017, (Çevrimiçi) <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>> 10.10.2018.

edilecek ve Özbek'e göre kovuşturma mecburiyeti ilkesi de fiilen uygulanamayacaktır¹³⁶. Bu durum, istihbarat faaliyetinin münhasıran suç işlenmesini önleme amacına sahip olmadığı¹³⁷, işlenmiş veya işlenmekte olan suçlarda da tespit aşamasında yer alabildiği ve böylece soruşturma ve kovuşturma aşamalarına da delil temin ederek dolaylı yoldan müdahil olduğu anlamına gelmektedir. Yargıtay'ın yorumuna göre bu yaklaşım, karşılıklı yardımlaşma kapsamında değerlendirilmelidir ve MİT'in elde ettiği materyalleri de yasal olarak elde ettiği kabul edildiğinden mahkemelerin MİT'ten bu bilgileri talep etmesi olağan karşılanmalıdır¹³⁸.

Elbette Fransa'da da çok benzer yaklaşımlar görülmektedir. İstihbarat servislerinin terörü önleme amacıyla *tehlikli* olarak nitelendirilen kişiler hakkında çok geniş olarak tanımlanan iletişim ağlarına erişmesi mümkündür¹³⁹. Bu durum yine Fransa mevzuatını Düşman Ceza Hukuku açısından detaylı inceleyen Olivier Cahn tarafından özel hayatın gizliliğine ve masumiyet karinesine aykırı uygulamalar içerebilme ihtimali dolayısıyla eleştirilmektedir¹⁴⁰. Yazar bu hükmü 2015 yılında getiren kanunun, istihbaratın “yargısallaşması” açısından bir ilerleme olarak nitelemektedir¹⁴¹.

B. Düşmanın Savunma Haklarının Kısıtlanması

Günther Jakobs'a göre tehlikeliliğe odaklanıldığında, yalnızca teröriste kişi muamelesi yapılmaz. Fakat diğerler bireyler, standart kurallara tabidir. Bu nedenle de hukuk devleti açısından ortaya çıkabilecek sorunlar bertaraf edilmektedir¹⁴². Keza teröristin böyle bir muameleye maruz kalması, yarattığı tehlikenin büyüklüğünden kaynaklanmaktadır. Terör eylemlerinin niceliksel ve niteliksel olarak katliam niteliğinde sonuç doğurabilme ihtimali, teröristin insanlığa olan aidiyetinin reddedilmesini meşrulaştırabilmektedir¹⁴³. Bunun sonucunda, teröristin kendi tabi olduğu

¹³⁶ Veli Özer Özbek (2015), *op. cit.*, s. 164.

¹³⁷ İzzet Özgenç (2018). *Suç Örgütleri*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 11. Bası, s. 336-337 ; Philip B. Heymann (1998). *Terrorism and America, A Commonsense Strategy for a Democratic Society*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, s. 129.

¹³⁸ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2015/3, K. 2017/3, T. 24.04.2017, (Çevrimiçi) <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>> 10.10.2018.

¹³⁹ Fransa, *Code de la sécurité intérieure*, article L 851-1, L 851-2 (24 Temmuz 2015 tarihinde getirilen bir düzenlemedir) .

¹⁴⁰ Olivier Cahn (2013), *loc. cit.*, s. 111.

¹⁴¹ Olivier Cahn (2016), *loc. cit.*, s. 103-104.

¹⁴² Günther Jakobs (2008), *loc. cit.*, s. 502.

¹⁴³ Mireille Delmas-Marty (2009), *loc. cit.*

hukuk kuralları içinde haklarının bulunmaması söz konusu olmaktadır¹⁴⁴. Düşmanın tehlikesiz hale getirilmesi esas olduğundan vatandaşın sahip olduğu savunma haklarına sahip olmaması da teorinin temelinde yer almaktadır¹⁴⁵.

Düşmanın yargılama aşamasında haklarının kısıtlanması Jakobs'un dile getirdiği kadarıyla kendisini en net hürriyetin kısıtlanması ve avukata erişimin yasaklanmasında göstermektedir¹⁴⁶. Teoriye göre, tutuklama ve gözaltı konusunda düşmanın özel bir rejime tabi tutulmasının sebebi, onun yargılamaya katılımını sağlamaktır. Çünkü standart hukuk kurallarına tabi vatandaşın delilleri yok etme veya kaçma şüphesi bulunmamaktadır¹⁴⁷. Teröristin yarattığı bu risk, onun özel kurallara tabi tutulmasıyla giderilmeye çalışılmaktadır.

1. Hürriyeti Kısıtlayıcı Tedbirler Bakımından Özel Hükümler

Türk hukuk sisteminde tutuklama açısından öngörülen sistem, birtakım suçları sayarak bu suçlar açısından tutuklama nedeninin varlığını karine haline getirmiştir. Bu yöntemin ilk izlendiğinde dahi eleştiri konusu yapıldığı görülmektedir¹⁴⁸. Sayma yöntemi, bu suçlar için şüpheli olan kimsenin genel olarak kaçacağına veya delilleri karartacağına karine olarak kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Bir görüşe göre de şüphelinin can güvenliğini sağlama konusunda endişeler mevcut olduğunda tutuklama kararı verilmesi gerekmektedir¹⁴⁹. Bu görüş, Jakobs'un Düşman Ceza Hukukunun aslında düşmanın da yararına olduğu savunması¹⁵⁰ ile paralellik taşımaktadır.

Tutuklanma süresine ilişkin olarak karşılaştırdığımız Türk ve Fransız sistemlerinde konumuza giren suçlar bakımından Jakobs'un sistemini doğrulayacak bir yaklaşım gözlemlenmektedir. Türkiye'de, Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevine giren suçlarda tutuklama süresi iki yıl olmakla birlikte uzatma süresi¹⁵¹ bu kapsamdaki tüm suçlar için üç yılı, terör suçları

¹⁴⁴ Günther Jakobs (2008), *loc. cit.*, s. 500.

¹⁴⁵ Jean-François Dreuille (2012), *loc. cit.*, s. 150.

¹⁴⁶ Günther Jakobs (2009), *loc. cit.*

¹⁴⁷ *Ibidem.*

¹⁴⁸ Erdener Yurtcan (2005). *Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 66.

¹⁴⁹ Yalçın Şahinkaya (2008). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, s. 150.

¹⁵⁰ Bu yorum için *cf.* Dominique Linhardt & Cédric Moreau de Bellaing (2013), *loc. cit.*

¹⁵¹ Kanun ilk çıktıktan sonra maddelerde geçen uzatma süresinin toplam süreyi mi yoksa yalnızca ek olarak uzatılabilecek süreyi mi karşıladığına ilişkin tartışmalar için *cf.* Z. Özen *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

için ise beş yılı geçemeyecek şekilde düzenlenmiştir¹⁵². Burada TMK'nın 2014'te iptal edilen 10. maddesine göre iki yıllık tutuklama ve üç yıllık uzatma sürelerinin terör suçları için iki kat olarak, yani toplamda on yıl olarak uygulanmasını öngören hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından, demokratik bir hukuk devletinde ceza niteliği taşıyacak kadar uzun sayılması gerekçesiyle iptal edildiğini hatırlamakta yarar vardır¹⁵³. Bu durumda, son düzenlemeye göre toplamda yedi yılı bulacak olan tutukluluk süreleri, konuya insan hakları doktrininden yaklaşıldığı sürece ceza hukuku politikasında bir geriye dönüş yaşandığını göstermektedir.

Gözaltı süresinde bu zamana kadar yapılan değişiklikler de ceza hukuku anlayışındaki devinim ile paralellik izlemektedir. Şöyle ki; Devlet Güvenlik Mahkemeleri işlerken kanunun uygulanan son halinde gözaltı süreleri bireysel suçlarda kırksekiz saat olarak düzenlenmekte, toplu işlenen suçlarda ise olağanüstü dönemlerde on güne kadar uzatılabilmekteydi¹⁵⁴. Bugün, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen süre, bireysel suçlarda yirmidört saat, toplu işlenen suçlarda da en fazla dört gündür. Bu hükümlerin terör suçları için uygulanmasında ise olağanüstü hal döneminde yine bir değişiklik yapılmıştır. İlk olarak 667 sayılı KHK, gözaltı süresinin belirtilen suçlar için otuz güne kadar uzatılabilmesine olanak tanımıştır¹⁵⁵. Sonrasında 24 Temmuz 2017 tarihli 684 sayılı KHK ile azami gözaltı süresi yedi gün olarak düzenlenmiştir, uzatma süresi ile birlikte de toplam en fazla ondört gün gözaltı, olağanüstü hal süresince mümkün hale gelmiştir¹⁵⁶. Şu

İnci (2017). *Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, s. 159-160 ; Köksal Bayraktar (2005). "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Yer Alan Koruma Tedbirlerine Genel Bir Bakış", *Legal Hukuk Dergisi*, Ağustos 2005, Yıl : 3, Sayı : 32, ss. 2863-2869, s. 2865.

¹⁵² Terör suçlarına ilişkin değişiklik 15.08.2018 tarihli 694 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 141. maddesiyle yapılmıştır.

¹⁵³ Cf. *Anayasa Mahkemesi (İptal)*, E. 2012/100, K. 2013/84, T. 04.07.2013, *Resmi Gazete* n° 28726, Tarih: 02.08.2013

¹⁵⁴ Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, Kanun n°: 2845, Kabul Tarihi: 16.06.1983, *Resmi Gazete* n°: 18081, Tarih: 18.06.1983, madde 16.

¹⁵⁵ Bu önlemin ulusal otoriteler tarafından kısa zamanda çok fazla yakalama gerçekleştirildiği için gerekli olduğu görüşü için cf. Avrupa Konseyi, Commission des questions juridiques et des droits de l'Homme, *Garantir l'accès des détenus à un avocat*, Rapport de Mme Mariette Karamanli, §38.

¹⁵⁶ Gözaltı süresi konusunda AİHM iç hukuk sistemlerine ve somut olaya ilişkin yorum yapıyor olsa da burada klasik olarak verilecek örnek Brogan ve Diğerleri İngiltere'ye Karşı kararında altı gün dört saatlik gözaltı süresini özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen
YUHFD Vol. XVI No.2 (2019)

anda olağanüstü hal ilanı söz konusu değildir, o nedenle bu süreler uygulama alanı bulamayacaktır. Bunun yerine 25 Temmuz 2018 tarihinde üç yıl süreli olarak kabul edilen hüküm, TMK'ya bir geçici 19. madde eklemiştir ve bu sürelerde normal zamanlarda bir değişiklik yapılmasını öngörmektedir. Bu durumda toplu suçlarda en fazla dört gün olabilecek gözaltı süresi terör suçları için karşılaşılabilecek güçlükler göz önünde bulundurulduğunda iki defa uzatılabilme imkânı bulmuştur. Yani toplamda oniki gün gözaltında kalabilmek mümkün olabilecektir.

Fransa'da da 1986 tarihli Kanun ile birlikte gözaltı sürelerinin kırksekiz saatten doksanaltı saate çıkması söz konusu olmuştur. Bu değişiklik, o yılki değişikliklerin ceza hukuku anlamında bir evrim yarattığı eleştirileri kapsamında sıkça dile getirilmektedir. Güncel düzenleme ise normalde yirmidört saat olan ve yirmidört saat daha uzatılabilecek olan süreyi terör suçları için iki kere uzatmayı mümkün kılmıştır¹⁵⁷. Tutukluluk süresi ise normalde bir yıldır ve altı ay uzatılabilmektedir. Yirmi yıldan az hapis cezası öngören suçlar için toplam sürenin iki yılı, diğer durumlarda da toplam üç yılı geçme imkânı bulunmamakla birlikte terör suçları için azami süre dört yıl olarak öngörülmüştür. Güvenlik bakımından risk oluşturabilecek bir durum olduğunda da dört ay daha uzatılması mümkün görülmüştür ve bu uzatma süresinin bir kere daha tekrarlanmasına imkân tanınmıştır¹⁵⁸.

Belirtilen sürelerle ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin özgürlük ve güvenlik hakkı bağlamında geçmişte yaptığı incelemeler özellikle Türkiye açısından geleceğe ilişkin haber verebilecek niteliktedir¹⁵⁹. Fakat insan hakları doktrininden bir inceleme yapmadığımız için bu çalışma kapsamında detaya girilmeyecektir. Yine de liberal yaklaşımın, hürriyetten yoksun kılan tedbirler açısından düşmanı farklı kurallara tabi tutma konusunda sert eleştiriler yapabileceği aşikârdır.

beşinci maddeye aykırı bulduğu kararı hatırlatmakta yarar vardır. (Brogan ve Diğerleri İngiltere'ye Karşı, *AİHM*, n^{os} 11209/84 et al., 29 Kasım 1988).

¹⁵⁷ Fransa, *Code de procédure pénale*, madde 706-88.

¹⁵⁸ Fransa, *Code de procédure pénale*, madde 145-2.

¹⁵⁹ Örneğin yalnızca istisnai durumlarda hakim önüne çıkmadan dört günü aşacak şekilde hürriyetten yoksun kılınabileceğine ilişkin *cf.* Taş Türkiye'ye Karşı, *AİHM*, n^o 24396/94, 14 Kasım 2000, §86 ; Gerekliliği ispat edilmeden 11 ayı geçecek şekilde hakim önüne çıkarılmamak konusunda terörle mücadelenin getirdiği zorluklar argümanının reddine ilişkin *cf.* Sadak Türkiye'ye Karşı, *AİHM*, n^{os} 25142/94, 27099/95, 8 Nisan 2004, §63 ; Benzer yönde *cf.* Batı ve Diğerleri Türkiye'ye Karşı, *AİHM*, n^{os} 33097/96, 57834/00, 3 Haziran 2004, §155 ; Talat Tepe Türkiye'ye Karşı, *AİHM*, n^o 31247/96, 21 Aralık 2004, §69 ; Demir ve Diğerleri Türkiye'ye Karşı, *AİHM*, n^{os} 21380/93 et al., 23 Eylül 1998, §52. *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

2. Avukata Erişim Hakkına Getirilen Sınırlamalar

Kamunun barışına, bireylerin yaşam hakkına ve ülke bütünlüğünün bozmaya yönelik olarak nitelendirilen terör suçlarının aydınlatılmasındaki kamu yararının üstünlüğü, avukatla görüşmenin kısıtlanmasını meşrulaştırmaktadır¹⁶⁰. Ayrıca maddi gerçeğe ulaşmadaki kamusal menfaat dolayısıyla sanıkla avukat arasındaki hukuki ilişkiye müdahale edilebileceği görüşü de bu yönde imkân tanımaktadır¹⁶¹. Jakobs da bu tedbirin alınma sebebini şüpheli veya sanığın müdafileri ile aralarında kuracakları görüşmenin, yaşam hakkına, vücut bütünlüğüne veya kişi özgürlüğüne tehlike oluşturma ihtimaline dayandırmıştır¹⁶². Fransa’da, avukatla görüşmeyi düzenleyen hüküm kanuna konulmadan önce komisyonda yapılan görüşmeler esnasında, savunmanın şüpheli kimseyle aynı ideolojiyi paylaşan bir avukat tarafından yapılmasının riskli olabileceği tartışılmıştır. Bu durumda, avukatlara verilen talimatlarla eylemlere devam etmek veya avukatlar aracılığıyla delilleri yok etmek söz konusu olabileceğinden görüşmelerin kısıtlanabilmesi mümkün hale getirilmiştir¹⁶³. Türk hukukunda da 667 sayılı KHK’nın gerekçesinde avukatla görüşme hakkının sınırlandırılmasının amacı, yine olağanüstü hal ilanına sebep olan vahim olayların tekrarının engellenmesi ve soruşturmanın sağlıklı bir biçimde yürütülebilmesi şeklinde dile getirilmiştir. Yani, meşrulaştırıcı sebepler doktrinde ve kanunkoyucu tarafından benzer olarak kabul edilmektedir. İncelediğimiz hukuk sistemleri içinde de Jakobs’un yaklaşımının kendisini gösterdiği örnekler bulunmaktadır.

Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 63-4-2 maddesine göre, zorlayıcı sebepler varsa, soruşturma özel olarak gerektiriyorsa ve soruşturmanın selameti için uygun bir tedbir olacaksa gözaltında avukatla görüşmenin oniki saate kadar sınırlanması mümkündür. Bu süre, beş yıldan fazla hapis cezası öngören suçların şüphelileri için yirmidört saate kadar uzatılabilmektedir. Bu kapsama da çoğu zaman terör suçları girmektedir. Bu nedenle terör suçlarının şüphelilerinin yaratabileceği tehlikenin avukatla

¹⁶⁰ Yalçın Şahinkaya (2008), *op. cit.*, s. 150.

¹⁶¹ Hamide Zafer (2013). « Savunma Hakkı ve Sınırları », *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Cilt: 19, Sayı: 2, pp. 507-540, s. 509.

¹⁶² Günther Jakobs (2008), *loc. cit.*, s. 150.

¹⁶³ Fransa, Assemblée nationale, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l’administration générale de la République sur le projet de loi n° 2855 relatif à la garde à vue par M. Philippe Gosselin*, n° 3040, 15 Aralık 2010 (Çevrimiçi) <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r3040.asp>> 09.10.2018.

görüşmesinin kısıtlanarak bertaraf edilmesi, diğer suçlara göre daha gerekli olarak görülmektedir.

Türk hukukunda da 2014 yılı öncesinde TMK'nın 10. maddesine göre avukatla görüşmenin yirmidört saate kadar kısıtlanması mümkündür. Fakat 6526 sayılı Kanunla bu hüküm kaldırılarak avukatla görüşme konusunda bir sınır öngörülmemeye başlanmıştır. Sonrasında, 668 sayılı KHK ile ilk olarak 5 güne varan bir kısıtlamaya imkân tanınmıştır. Bunu müteakiben 676 sayılı KHK, CMK'nın 154. maddesine bir fıkra ekleyerek bu süreyi 24 saate indirmiştir. Şu anda kanunlaşan KHK ile 24 saatlik sınırlanabilme imkânı uygulanmaktadır. AİHM, özgürlüğün kısıtlandığı ilk saatlerden itibaren ve hatta polis tarafından alınan ifadeler esnasında dahi avukata erişimin sağlanması gerektiğine dair kararlar vermiştir¹⁶⁴. Bu yaklaşım karşısında Fransız hukukundaki 24 saat kısıtlanma imkânı eleştiri konusu yapılmıştır¹⁶⁵. Fakat bazı durumlarda AİHM dahi avukata erişim hakkının zorlayıcı sebep var ise ve yargılamanın genel olarak adil olmasına tehlike düşürmüyorsa kısıtlanabileceğini kabul etmektedir¹⁶⁶. Bu nedenle ve somut olaya göre inceleme yapılması söz konusu olduğundan Fransız ve Türk hukuklarında Jakobs'un Düşman Ceza Hukuku teorisi içerisinde ele aldığı gibi avukata erişim hakkının kısıtlanması, doğrudan AİHM yaklaşımına aykırıdır demek mümkün değildir. Yani totaliter yaklaşımlar öngören Düşman Ceza Hukuku her zaman pozitif insan hakları hukukuna aykırı

¹⁶⁴ Özgürlüğün kısıtlandığı ilk anlardan itibaren avukata erişimin sağlanması gerektiğine ilişkin cf. Dayanan Türkiye'ye Karşı, AİHM, n° 7377/03, 13.10.2009 ; 32 Bu durumda alınan ifadelerin mahkemelerde delil olarak kullanılması durumunda mahkemelerin delillerin hangi koşullarda elde edildiğine ilişkin inceleme yapmamış olmasını ihlale yeterli gören kararlar için cf. İzzet Çelik Türkiye'ye Karşı, AİHM, n° 15185/05, 23 Ocak 2018, §38 ; Bayram Koç Türkiye'ye Karşı, AİHM, n° 38907/09, 5 Temmuz 2017 §23 ; Desde Türkiye'ye Karşı, AİHM, n° 23909/03, 01.02.2011 §132 ; Ömer Güner Türkiye'ye Karşı, AİHM, n° 28338/07, 4 Eylül 2018 ; Avukata erişimin kırksekiz saat yasaklanmasını bu süre içinde savunma haklarının geri dönülemez bir şekilde zarar alması ihtimalini artırdığı için ihlale sebep olduğu karar için cf. Magee İngiltere'ye Karşı, AİHM, n° 28135/95, 6 Haziran 2000, §43-45 ; Tutukluluk durumunda avukata özel bir ihtiyaç duyulduğuna ilişkin cf. Benham İngiltere'ye Karşı, AİHM [GC], n° 19380/92, 10 Haziran 1996, §61

¹⁶⁵ Julie Alix (2011). « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives », *Recueil Dalloz*, 2011. 1699.

¹⁶⁶ Salduz Türkiye'ye Karşı, AİHM [GC], n° 36391/02, 27 Kasım 2008, §55 ; John Murray İngiltere'ye Karşı, AİHM [GC], n° 18731/91, 8 Şubat 1996, §63-70 ; İbrahim ve Diğerleri İngiltere'ye Karşı, AİHM, n°s 50541/08 et al., 13 Eylül 2016, §257-265 ; Örneğin avukata ilk yirmidört saat erişim sağlanmaması dolayısıyla susma hakkını kullanabileceğine dair bilgilendirilmeyen başvuran hakkında verilen ihlal kararı için cf. Brusco Fransa'ya Karşı, AİHM, n° 16-466/07, 14 Ekim 2010, §54

hükümler içermemektedir. Bu durum da ya insan hakları yaklaşımının da güvenlik gibi gerekçelerle kendi içerisinde kısıtlanma alanı daha geniş bir rejim yaratmış olması anlamına gelmektedir ya da insan hakları anlayışının da anti-liberal yaklaşımlara evrilmesine sebep olmaktadır. Bu bağlamda, yargılamada eğer Jakobs'un tanımladığı ikinci bir hukuk rejimi varsa, insan haklarını koruma mekanizmalarında da düşmanlar için farklı bir hukuk rejimi öngörülmesi kaçınılmaz olabilecektir. Belki de bu teori kendini doğrularsa tartışılacak konu, birinci kuşak düşman haklarının kapsamının ne olacağı gibi bir başka soruna evrilecektir.

Bunlar dışında kanımızca dosyaya erişime¹⁶⁷, tanıkları sorgulamaya¹⁶⁸, ceza ve tutuklarının koşullarına¹⁶⁹ terör suçlarından yargılananlar için getirilen sınırlamalar ve değişiklikler da teoride tanımlanan Düşman Ceza Hukuku algısına uygun düşmektedir. Fakat Jakobs'un teorisinde belirttiği

¹⁶⁷ Örneğin *cf.* Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Karar Sayısı: 668, Karar Tarihi: 25.07.2016, *Resmî Gazete* n° 29783, 27 Temmuz 2016 ; Bu hüküm hakkında yorumlar için *cf.* Avrupa Konseyi, *Le fonctionnement des institutions démocratiques en Turquie*, Rapport de la Commission pour le respect des obligations et engagements des États membres du Conseil de l'Europe, Project de résolution adopté le 8 mars 2017 par la commission, §15.

¹⁶⁸ Terör suçlarının yargılanmasında istihbari bilgi gerekliliği olduğu sürece istihbarat çalışanları da yargılamaya tanık olarak müdahil olabilmektedirler. Bunun sonucunda adil yargılanma açısından yaşanabilecek sorunlar açısından İngiltere ve Galler bakımından yapılan analiz için *cf.* Jill E.B. Coster van Voorhout (2006). "Intelligence as legal evidence; Comparative criminal research into the viability of the proposed Dutch scheme of shielded intelligence witnesses in England and Wales and legislative compliance with Article 6 (3) (d) ECHR", *Utrecht Law Review*, Volume 2, Issue 2, December 2006, ss. 119-144 ; Benzer yönde yorumlanmaya değer olarak *cf.* Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun, Kanun n°: 7078, Kabul Tarihi: 01.02.2018, *Resmî Gazete* n° 30354 (Mükerrer), Tarih: 08.03.2018.

¹⁶⁹ Örneğin Fransa'da son dönemde terör suçlarından yargılanan radikal kimseler için özel bölümler yapılarak bu kişilerin özel eğitim almak gibi birtakım farklı muamelelere tabi tutulacağı tartışmalarına ilişkin *cf.* Le Monde (25.10.2016) (Çevrimiçi) <https://www.lemonde.fr/societe/article/2016/10/25/detenus-radicalises-le-ministre-de-la-justice-annonce-la-fin-des-cinq-unites-dediees_5019978_3224.html> 11.10.2018 ; Fransa, *Contrôleur général des lieux de privation de liberté, La prise en charge de la radicalisation islamiste en milieu carcéral*, 11 Haziran 2015 ; Türk hukuku için tartışmaya değer görülen hükümler için *cf.* Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Kanun n°: 5275, Kabul Tarihi: 13.12.2004, *Resmî Gazete* n° 25685, Tarih: 29.12.2004, Ek madde 1 ; Ceza ve İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük, Karar Sayısı: 2006/10218, Karar Tarihi: 20.03.2006, *Resmî Gazete* n° 26131, Tarih: 06.04.2006, madde 90(4).

ilkeler arasında doğrudan bu kısıtlamalara girmemesi dolayısıyla bu çalışma içerisinde yer verilmeyecektir.

SONUÇ

“Terörizm, demokrasi için bir tehdittir” cümlesini özellikle son zamanlarda oldukça sık duymaktayız. Bu deyiş, Mireille Delmas-Marty tarafından çok yönlü olması sebebiyle incelenmiştir. Yazar, cümlenin içerisinde birden fazla yargının olduğunu savunmaktadır. Öncelikle, “terörizm demokrasiyi yok etmek ister” kanısına varılmakta, sonrasında ise “iyi olan demokrasi karşısında terörizm kötüdür” algısı oluşturulmaktadır¹⁷⁰. Yazarın vurgulamak istediği nokta, devletlerin politikalarını bu cümlenin yarattığı algı üzerinden şekillendirdiğidir.

Bugün, terörle mücadelede ceza hukukunun müdahalesi çoğu zaman devlete ve anayasal düzene karşı suçların soruşturulup cezalandırılması şeklinde gerçekleşiyorsa belki de burada bugün devlete ve anayasal düzene atfedilen rol daha çok önem kazanmaktadır. Carl Schmitt, demokrasiyi esnek yorumlanmaya ve otoriter eğilimlerle uygulanmaya müsait bir rejim olarak yorumlamaktadır¹⁷¹. Peki ya liberal açıdan bakıldığında bugünkü “demokratik” devletin demokratik niteliği “iyi” değilse? O zaman demokrasiyi korumak amacıyla giriştiğimiz savaşın adil olduğundan bahsetmek mümkün olabilir midir? Bu bağlamda ne kadar haklılaştırmaya çalışırsak çalışalım, “*haksız bir savaşta yalnızca savaşa karar veren değil, bu karara boyun eğenler de sorumluluk taşır*”¹⁷². Bu nedenle terörle mücadele adı altında değiştirilen hukuki rejimlerin sorumluluğu yalnızca devletlere ve iktidarlara değil, bu değişikliğe boyun eğen herkese verilmelidir. Bu soruların sorulmasının nedeni, terörle mücadelenin haksız bir mücadele olduğu sonucuna ulaşmak değil, liberal yönden eleştirilebilecek Düşman Ceza Hukuku teorisinin aslında bugün içinde bulunduğumuz liberal sistemlerde uygulama alanı buluyor olmasını ve buna rağmen eleştirilmesini, kavramlar konusunda yaşadığımız kargaşaya dayandırma isteğimizdir. İnsan hakları ve hukuk devleti ilkesi üzerinde temellenmiş günümüz liberal demokratik rejimlerinde Jakobs’un bir düşman yaratması ve bu düşmanla ceza hukuku yoluyla savaşması elbette ki çok

¹⁷⁰ Mireille Delmas-Marty (2000). *Raisonner la raison d'état vers une Europe des droits de l'Homme*, Paris, Presses Universitaires de France, s. 29.

¹⁷¹ Bu yorum için cf. Carl Schmitt (2017). *Parlamenter Demokrasinin Krizi*, (Çev. Emre Zeybekoğlu), Ankara, Dost Kitabevi, s. 37-46.

¹⁷² Cemal Bali Akal (2010), *op. cit.*, s.77.

eleştiri çekecektir¹⁷³. Çünkü insan hakları, hukuk devleti ve demokrasi İkinci Dünya Savaşı'nın acı tecrübeleri sonrasında oturtulan ve günümüz devlet sistemlerinin temelinde yatan normlardır. Bunun karşısında, Jakobs'un da teorisini İkinci Dünya Savaşı sonrasında uluslararası ceza hukukunun işleyişine dayandırdığı argümanları bulunmaktadır. Yazar, uluslararası ceza mahkemelerinin, insan haklarını ihlal edenlere karşı her şeyi yapmanın mübah olduğu bir anlayışla işlediğini ve var olan düzeni koruyarak doğruluğu kabul edilen normu gerekçelendirme görevi taşıdıklarını savunmaktadır¹⁷⁴. Buradan hareketle, bu normlara atfedilen değerler sonucu, bugünkü anlamıyla liberal demokrasilerin terörle mücadelede yetersiz kaldığının kabul edildiği, bu nedenle de rejim içerisinde rejim oluşturulması çabalarının verildiği sonucuna ulaşmak mümkündür. Belki de artık insan haklarından, hukuk devletinden, demokrasiden anladığımız, bundan altmış yıl öncekiyle aynı olmadığından dolayı Jakobs'un Düşman Ceza Hukukunu eleştirmekte fakat varlığını inkâr edememekteyiz. O nedenle bu çalışma içerisinde teoriye insan hakları doktrininden bir eleştiri getirilmemiştir. Fakat eleştiri getirilebilecek ve daha da tehlikeli olabilecek nokta, insan haklarını koruma mekanizmalarının da kendi hukuki rejimleri içerisinde terörle mücadele amacıyla ikinci bir rejim yaratma riskidir. Bu durumda adı "insan hakları" olan bir doktrin üzerinden, içerisinde insan ve düşman haklarını ayrı ölçütlere tabi tutan koruma sistemleri oluşturulabilecektir. İşte o zaman tehlikeli olacak olan, yaşadığımız bu evrimin farkına varmadan hala geleneksel liberal argümanlarla otoriter eğilimlere yapacağımız eleştirilerdir. Hele ki uluslararası olarak adlandırılan teröre karşı savaşı, tanımı üzerinde uluslararası toplumun uzlaşısı bulunmayan bir kavram üzerinden¹⁷⁵ heterojen toplumlarda yürütmek, bu savaşın evrensellik olgusunu tamamen yok edecek, toplum içerisinde çok daha net bölünmelere yol açabilecek niteliktedir.

Uygulamaya geldiğimizde ise terörle mücadelenin özel bir yaklaşım gerektirdiği artık tartışmasız bir şekilde birçok devletin ve uluslararası toplumun politikasında yer almaktadır. Bu nedenle Jakobs'un kimi zaman vatandaşların güvenlik tedbirlerine tabi tutulması ihtimalini azalttığı gerekçesiyle savunduğu teorisi, var olanı yansıttığı için o kadar da tepki

¹⁷³ Örneğin cf. Francisco Muñoz Conde (2009), *loc. cit.* ; Ya da insan hakları ile terörizm çatışmasını kabul ederek insan haklarının asla terörizme feda edilmemesi gerektiği konusunda cf. Iain Cameron (2000), *op. cit.*

¹⁷⁴ Günther Jakobs (2008), *loc. cit.*, s. 505.

¹⁷⁵ Cf. Ben Saul (2006). *Defining Terrorism in International Law*, Oxford University Press.
YUHFD Vol. XVI No.2 (2019)

çekmemelidir. Hatta Fransız hukukunu inceleyen yazarlar, Düşman Ceza Hukukunun 1990'lı yıllardan beri kabul edilen kanunlarla hayata geçirildiğinin tartışmasız olduğunu savunmaktadırlar¹⁷⁶. Ülkemizde ise 1971 yılından itibaren yaşanan hukuki gelişmeler dünya ile benzer seyirde ilerlemektedir. 1961 Anayasasının özgürlük ortamında “devlet düzenine karşı gelenler ile etkin bir şekilde mücadele edebilmenin yolu yalnızca sıkıyönetimin ilan edilmesi olmamalıdır” ve “hukuk içinde de bir olağanüstü rejim öngörülmelidir” mantıklarıyla yapılan 1971 değişikliklerinden beri artan terör tehdidi ile mücadele için otoriter yaklaşımların benimsenmesi anormal karşılanmamalıdır. Bu iki ülkenin terörle etkin mücadele amacıyla benzer yöntemlerle ceza hukuku rejimlerinde değişiklik yapıyor olması ve bu değişikliklerin Jakobs'un teorisiyle benzer doğrultuda olması, yazarın belli noktalarda belli açılardan haklı olmasa da var olan bir savaşı tanımladığını göstermektedir. Çünkü “*savaş kazanılmak için yapılır, adil olduğu için değil*”¹⁷⁷. Elbette ki bugünkü hukuk sistemlerinde Düşman Ceza Hukuku uygulanmaktadır demek onu desteklemek anlamına gelmemelidir. Fakat yaşanan ile değişim ve devinim içerisinde olanın farkında olmak, geleceği şekillendirme noktasında bize yardım edecektir. Keza bir tarafta liberalizmin, diğer tarafta totalitarizmin olduğu bir skalada ceza siyasetinin zikzaklar halinde ilerlemesi, ceza hukuku sistemlerinin kalbinin attığı anlamına gelir.

KAYNAKÇA

- Andreas Eicker (2008). “Ceza Hukukunun Prosedürleştirilmesi Işığında Terörle Mücadele Kanunu Yapma”, (Çev. Ali Kemal Yıldız), *in Terör ve Düşman Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, ss. 677-691.
- Andrew W. Neal (2008). “Goodbye War on Terror ? Foucault and Butler on Discourses of Law, War and Exceptionalism”, *in Michael Dillon & Andrew W. Neal (eds.) (2008). Foucault on Politics, Security and War*, Palgrave Macmillan, ss. 43-64.
- Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Özdem Özyayın, Esra Alan Akcan, Efser Erden Tütüncü (2010). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul, Seçkin Yayınları.

¹⁷⁶ Cf. Olivier Cahn (2016), *loc. cit.*

¹⁷⁷ Michel Foucault – Noam Chomsky (1971). “İnsan Doğası İktidara Karşı Adalet”, (Çevrimiçi), <https://www.youtube.com/watch?v=_GHTXsER1zE&t=2303s>, 11.09.2018. *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

- Ben Saul (2006). *Defining Terrorism in International Law*, Oxford University Press.
- Carl Schmitt (2017). *Parlamentar Demokrasinin Krizi*, (Çev. Emre Zeybekoğlu), Ankara, Dost Kitabevi
- Carl Schmitt (2014). *Siyasal Kavramı*, (Çev. Ece Göztepe), İstanbul, Metis Yayınları, 3. Baskı, s. 136.
- Carl Schmitt (2016). *Siyasi İlahiyat ; Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, (Çev. Emre Zeybekoğlu), Dost Kitabevi, 5. Baskı.
- Cemal Bali Akal (2010). *Modern Düşüncenin Doğuşu – İspanyol Altın Çağı*, Ankara, Dost Kitabevi.
- Dadaşhan Celalettin Kavas (2017). *Dünya Finans Sistemi ile Türkiye’de Cumhuriyet Dönemi Hukuk Politikaları İlişkisi*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Danışman: Prof. Dr. Ali Şafak Balı.
- Dominique Lagorgette (2013). « Diaboliser autrui: étude linguistique des représentations langagières de l’ennemi, du Moyen Âge au journal de 20 heures », *Jurisprudence revue critique - Droit pénal et politique de l’ennemi*, ss. 17-32.
- Dominique Linhardt & Cédric Moreau de Bellaing (2013). « La doctrine du ‘droit pénal de l’ennemi’ – Linéaments d’une approche sociologique », *Jurisprudence revue critique, Droit pénal et politique de l’ennemi*, ss. 35-50.
- Erdener Yurtcan (2005). *Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu*, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Félix Gaffiot (1934). *Dictionnaire Latin Français*, Paris, Hachette.
- Fr. L. K. Weigand Erster Band (1909). *Deutsches Wörterbuch*, A bis K, Verlag von Alfred Töpelmann Gießen, p. 515 (Çevrimiçi) <<https://archive.org/stream/deutscheswrter01weiguoft#page/258/search/find>> 27.09.2018.
- Francisco Muñoz Conde (2009). « Le droit pénal international est-il un ‘droit pénal de l’ennemi’? », *Daloz*, RSC 2009. 19.
- Frédéric Rolin (2017). « La future loi sur ‘la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme’ est-elle si menaçante pour nos libertés? », *Le Billet Dalloz*.
- Geneviève Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l’ennemi », *Daloz*, RSC 2010. 69.
- Günther Jakobs (2008). “Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku”, (Çev. M. Cemil Ozansü) in Yener Ünver (2008). *Terör ve Düşman Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, ss. 489-505.

- Günther Jakobs (2009). « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *Dalloz*, RSC 2009. 7.
- Hakan Kızıllarlan (2004). “Türkiye’de Terör ve Örgütlü Suçla Mücadele Uygulaması ve ‘Türkiye Terör ve Örgütlü Suç Cumhuriyet Başsavcılığı’nın Kurulması Zorunluluğu”, *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, pp. 567-584.
- Hamide Zafer (2013). « Savunma Hakkı ve Sınırları », *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Cilt: 19, Sayı: 2, pp. 507-540, s. 509.
- Hamide Zafer (2015). “Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü”, in Nur Centel (ed.) (2015). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular*, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Konferansları Serisi – 1, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, ss. 1-26.
- Hasan Tahsin Fendioğlu (1992). “Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Kavramı ve Bu Konuda İleri Sürülen Teoriler”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Diyarbakır, Sayı 5, ss. 179-203.
- Henning Rosenau (2008). “Jakobs’un Düşman Ceza Hukuku Kavramı – Hukukun Düşmanı”, (Çev. Erhan Temel), *AÜHFD*, ss. 391-402.
- Iain Cameron (2000). *National Security and the European Convention on Human Rights*, London, Kluwer Law International.
- Immanuel Kant (1991). *Vers la paix perpétuelle que signifie s’orienter dans la pensée? Qu’est-ce que les lumières? et autres texts*, (Çev. Jean-François Poirier & Françoise Proust), GF Flammarion.
- Immanuel Wallerstein (2003). “Ötekiler: Biz Kimiz? Ötekiler Kim?”, in *Amerikan Gücünün Gerileyişi – Kaotik Bir Dünyada ABD*, (Çev. Tuncay Birkan), İstanbul, Metis Yayınları, ss. 113-134.
- Jacob Grimm, Wilhelm Grimm (1854). *Deutsches Wörterbuch*, Leipzig Verlag von S. Hibzel, « feind » bis feindeshaufe (Bd. 3, Sp. 1457 bis 1460), (Çevrimiçi) <http://woerterbuchnetz.de/cgi-bin/WBNetz/wbgui_py?sigle=DWB&mode=Vernetzung&lemid=GF02122#XGF02122> 27.09.2018.
- Jan-Werner Müller (2003). *A Dangerous Mind; Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven and London, Yale University Press.
- Jean Jacques Rousseau (1930). *Du Contrat Social*, Paris, Les Éditions Rieder.
- Jean-François Dreuille (2012). « Le droit pénal de l'ennemi: éléments pour une discussion », *Jurisprudence revue critique*, Université de Savoie, ss. 149-164.

- Jill E.B. Coster van Voorhout (2006). “Intelligence as legal evidence; Comparative criminal research into the viability of the proposed Dutch scheme of shielded intelligence witnesses in England and Wales and legislative compliance with Article 6 (3) (d) ECHR”, *Utrecht Law Review*, Volume 2, Issue 2, December 2006, ss. 119-144.
- Johann Chapoutot (2013). « Droit pénal et éradication de l’ennemi: le cas du IIIe Reich », *Jurisprudence revue critique, Droit pénal et politique de l’ennemi*, ss. 53-58.
- Johann Gottlieb Fichte (1984). *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science*, (Çev. Alain Renaut), Presses Universitaires de France.
- Judith Butler (2004). *Precarious Life; The Powers of Mourning and Violence*, London, New York, Verso.
- Julie Alix & Olivier Cahn (2017). « Mutation de l’antiterrorisme et émergence d’un droit répressif de la sécurité nationale », *Dalloz*, RSC 2017. 845.
- Julie Alix (2011). « Les droits de la défense au cours de l’enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives », *Recueil Dalloz*, 2011. 1699.
- Kai Ambos (2017). “Düşman Ceza Hukuku”, (Çev. Serkan Oğuz), *Küresel Bakış*, Yıl: 7, Sayı: 22, ss. 77-107.
- Karl R. Popper (1966). *The Open Society and its Enemies (Volume I-II)*, Princeton University Press, Fifth Edition.
- Köksal Bayraktar (2005). “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Yer Alan Koruma Tedbirlerine Genel Bir Bakış”, *Legal Hukuk Dergisi*, Ağustos 2005, Yıl : 3, Sayı : 32, ss. 2863-2869.
- Laurence Blisson (2017). « Risques et perils de l’association de malfaiteurs terroriste », *Délibérée*, 2017/2, pp. 16-20.
- Laurent Bonelli (2008). « Les caractéristiques de l’antiterrorisme français: ‘Parer les coups plutôt que panser les plaies’ », in Didier Bigo, Laurent Bonelli & Thomas Deltombe (eds.) (2008). *Au nom du 11 septembre... Les démocraties à l’épreuve de l’antiterrorisme*, Paris, Éditions La Découverte, ss. 168-187.
- Marieke de Goede (2008). “The Politics of Preemption and the War on Terror in Europe”, *European Journal of International Relations*, 14(1), ss. 161-185.
- Massimo Donnini (2009). « Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l’usage du droit comme arme ? », *Dalloz*, RSC 2009. 31.

- Maxence Chambon (2017). « Une redéfinition de la police administrative », *in* Julie Alix & Olivier Cahn (dirs.) (2017). *L'Hypothèse de la guerre contre le terrorisme ; Implications juridiques*, Paris, Dalloz, ss. 133-149.
- Mehmet Tevfik Gülsoy (2009). *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Michel Foucault (2017). *Hapishanenin Doğuşu – Gözetim Altında Tutmak ve Cezalandırmak*, (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay), Ankara, İmge Kitabevi, 7. Baskı.
- Michèle Papa (2009). « Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international », *Dalloz*, RSC 2009. 3.
- Mireille Delmas-Marty (2000). *Raisonnement la raison d'état vers une Europe des droits de l'Homme*, Paris, Presses Universitaires de France, s. 29.
- Mireille Delmas-Marty (2009). « Violence et massacres: entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *Dalloz*, RSC 2009. 59.
- Nathalie Le Bouëdec (2013). « Défendre la démocratie contre ses ennemis: légitimation et contestation des mesures pénales pour la protection de l'État sous la République de Weimar et dans la jeune République fédérale », *Jurisprudence revue critique, Droit pénal et politique de l'ennemi*, ss. 59-80.
- Nur Centel (2004). “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığı”, *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, İstanbul, pp. 199-210.
- Oktay Uygun (2017). *Devlet Teorisi*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 3. Baskı.
- Oktay Uygun (2017). *Hukuk Teorileri*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Olivier Cahn (2013). « Droit pénal de l'ennemi – Pour prolonger la discussion... », *Jurisprudence revue critique, Droit pénal et politique de l'ennemi*, ss. 105-129.
- Olivier Cahn (2016). « Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre - Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi », *Archives de Politique Criminelle*, n° 38, Terrorismes, Paris, Éditions A. Pedone, ss. 91-121.
- Öztekin Tosun (1981). *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Cilt 1, Genel Kısım, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Üçüncü Bası.
- Platon (2015). *Devlet*, (Çev. Sabahattin Eyüboğlu & M. Ali Cimcoz), İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 18. Basım.
- Rafaëlle Maison (2016). « Le nom de l'ennemi: quand les logiques de guerre transforment le droit commun », *Les Temps Modernes*, 2016/3, n° 689, pp. 20-35.

- Reinhard Mehring (2017). « Carl Schmitt's Friend-Enemy Distinction Today », *Filozofija i drustvo*, Volume 28, Issue 2, ss. 304-317.
- Ronald D. Crelinsten, İffet Özkut (2001). "Counter-Terrorism Policy in Fortress Europe – Implications for Human Rights" in Fernando Reinares (ed.) (2001). *European Democracies against Terrorism; Governmental policies and intergovernmental cooperation*, Ashgate, Dartmouth, ss. 245-272.
- Salih Akkanat (2014). "Güvenlik Siyasetini Aşmak : İstisna ve Hukuk İlişkisi Üzerine Bir Tartışma", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 69, n° : 2, ss. 279-307.
- Stephanie Hennette Vauchez (2017). « Serge Slama. Harry Potter au Palais Royal ? La lutte contre le terrorisme comme cape d'invisibilité de l'état d'urgence et la transformation de l'office du juge administratif » *Les Cahiers de la justice, Dalloz*, ss.281-295
- Terence K. Hopkins & Immanuel Wallerstein (1999). *Geçiş Çağı - Dünya Sisteminin Yörüngesi (1945-2025)*, İstanbul, Avesta Yayınları.
- Thomas Hobbes (2013). *Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti*, (Çev. Semih Lim), Yapı Kredi Yayınları, 12. Baskı.
- Umberto Eco (2014). "Düşmanı İnşa Etmek", in *Düşman Yaratmak ve Rastgele Yazılar*, (Çev. Leyla Tonguç Basmacı), Doğan Kitap, 3. Baskı.
- Vanessa Codaccioni (2017). « Dans l'ombre de la Cour de sûreté de l'État », *Délibérée*, 2017/2, ss. 36-40.
- Veli Özer Özbek (2015). « Türk Hukukunda İletişimin Adli/İdari Amaçla Denetlenmesi ve Uygulamadaki Sorunlar », in Nur Centel (ed.) (2015). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular*, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Konferansları Serisi – 1, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, ss. 147-225.
- Victor V. Ramraj (2005). "Terrorism, Risk Perception and Judicial Review", in Victor V. Ramraj, Michael Hor & Kent Roach (eds.) (2005). *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, Cambridge University Press, ss. 107-128.
- Vivienne Jabri (2008). « La torture, une politique de guerre », in Didier Bigo, Laurent Bonelli & Thomas Deltombe (eds.) (2008). *Au nom du 11 septembre... Les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme*, Paris, Éditions La Decouverte, ss. 63-75.
- William Bourdan (2008). « Le camps de détention illégaux: le cas Guantanamo », in Didier Bigo, Laurent Bonelli & Thomas Deltombe

- (eds.) (2008). *Au nom du 11 septembre... Les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme*, Paris, Éditions La Decouverte, ss. 76-89 .
- Yalçın Şahinkaya (2008). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı.
- Yener Ünver (2013). "Türkiye'de Ceza Hukukunda Avrupa Hukukuna Uyum Çalışmaları Bağlamında Üçüncü Yargı Paketinin Genel Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan*, Cilt: 19, Sayı: 2, ss. 407-428.
- Z. Özen İnci (2017). *Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, s. 159-160.