

DÜŞMAN CEZA HUKUKU VE UYGULAMALARI

(ENEMY CRIMINAL LAW AND ITS PRACTICES)

Nuran Haydar * **

ÖZ

Yirmi birinci yüzyılın risk toplumunda güvenlik yükselen bir değer olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak güvenlik konusundaki hassasiyetin kimi zaman insan hak ve özgürlükleri ve ceza muhakemesi alanındaki güvencelerin aleyhine işlediği gözlemlenmektedir. Bu çalışmada, ünlü Alman ceza hukukçusu Günther Jakobs tarafından ortaya atılan ve geliştirilen düşman ceza hukuku kavramı ele alınmıştır. Düşman ceza hukuku, başta terör olmak üzere toplumsal güvenliği tehdit eden ağır suçları işleyen bireylerin vatandaş ve hatta kişi statüsünde görülmeyip, hukuk dışı birer düşman olma sıfatıyla, kusurluluk yerine tehlikelilik halleri üzerinden değerlendirme yapılarak yargılanmasını ifade eder. İşbu çalışmanın birinci bölümünde düşman ceza hukuku konsepti gelişim süreciyle birlikte ortaya konmuştur. İkinci bölümde ulusal ve uluslararası hukuk sistemlerinde düşman ceza hukuku uygulamalarının nasıl tezahür ettiği gösterilmiştir. Üçüncü ve son bölümde ise, düşman ceza hukukuna yönelik eleştiriler gruplandırılarak tespit edilmiştir.

Anahtar kelimeler: Düşman Ceza Hukuku, Yurttaş Ceza Hukuku, Günther Jakobs, Güvenlik, Tehlikelilik, Cezalandırılabilirliğin Öne Alınması, Terör Suçları, Güvenlik Tedbirleri.

ABSTRACT

In the risk society of the twenty-first century, security has become a rising value. Yet sometimes the sensitivity about the subject of security works against the human rights and liberties and procedural safeguards in the field of criminal law. This paper deals with the enemy criminal law suggested and developed by the famous German criminal lawyer Günther

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.

* İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-4453-9393. Yazarın bu makalesi Yeditepe Üniversitesi Bedrettin Dalan Makale Yarışması'nda ikincilik derecesi almıştır.

Eser Atf Şekli: Nuran Haydar, "Düşman Ceza Hukuku Ve Uygulamaları", YÜHFD, C.XVI, 2019/2, s.279-318.

Jakobs. Enemy criminal law means judging the perpetrators of grave crimes notably terror, which are threatening the societal security, as being unlawful enemies and not as citizens or even persons, by evaluating their dangerousness instead of their culpability. In the first part of this paper, the concept of enemy criminal law is revealed with its development process. In the second part, it is shown, how the practices of enemy criminal law appear in the national and international legal systems. In the third and also the last part, the criticism raised against the enemy criminal law are ascertained in groups.

Keywords: *Enemy Criminal Law, Citizen Criminal Law, Günther Jakobs, Security, Dangerousness, The Expansion of Penalizing to the Preparation Phase, Terror Crimes, Security Measures.*

GİRİŞ

İnsanların henüz suç işlememiş olmaları onların masum oldukları anlamına mı gelir? Oysa bir şeyin gerçekleşmesini önlemek, o şeyin gerçekleşecek olduğu hakikatini değiştirmemektedir.¹ Dolayısıyla henüz suç işlememiş olan kişiler de, işlemlerini önlemek için, cezalandırılabilir mi?

Yönetmen Steven Spielberg tarafından Philip Dick' in öyküsünden sinemaya uyarlanan Azınlık Raporu adlı film, 2054 yılında Adalet Bakanlığı tarafından oluşturulan 'suç öncesi birimi' konu alır. Olayların Washington DC'de geçtiği kurguda, işlenecek cinayetleri çeşitli psişik ve teknolojik yöntemlerle belirleyen ve 'müstakbel' failleri yakalayıp cezalandıran birimin tek açık noktası, geleceği gören kahinlerin her seferinde oybirliği ile karar vermeyip bazen 'azınlık raporu'² kaydı tutmalarıdır. Filmin son sahnesinde ortaya çıkar ki, gelecek bazen de öngörülemezdir.

Devletin görevinin kamu güvenliğini sağlamak ve bunun için önlemler almak olduğu düşünüldüğünde suç daha kuluçka aşamasındayken dahi onu saf dışı bırakmaya çalışması şartıtcı değildir.³ Ancak mesele, bu görevi yerine getirirken ceza hukuku enstrümanlarından yararlanıp yararlanılmadığı ya da bunun ne ölçüde olması gerektiği noktasında yoğunlaşmaktadır. İdari kolluk da denilen önleyici kolluk, henüz ceza

¹ *Minority Report* filminden, Steven Spielberg, ABD, Eylül 2002.

² Tabirin hukuk terminolojisindeki karşılığı muhalefet şerhi/karşı oy yazısıdır. Bkz., Hakan Yavuz, "Yeni Bir Kolluk Tedbiri Olarak Önleyici Gözaltı: İç Güvenlik Paketi Kapsamında Düzenlenen Koruma Altına Alma ve Uzaklaştırma Tedbirleri Üzerine Bir İnceleme", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S: 27, Yıl: 7, Temmuz 2016, s. 611.

³ Jean Baudrillard, "Sanal Evren ve Haber Dünyası", Çev. Oğuz Adanır, **İzinsiz Gösteri**, Sayı 7, 2004, <http://www.izinsizgosteri.net/new/?page=1&content=27> , E.T.: 09.10.2018.

muhakemesi aşamasına geçmemiş, yani savcılığa intikal etmemiş suç öncesi alanda görev yapmaktadır.⁴

Klasik ceza hukukunda soruşturma başlangıç şüphesiyle başlar ve kovuşturma aşamasında sanığın suçu işlediğine dair şüphenin yenilerek kendisine ceza verilmesiyle son bulur. Ancak kişinin işlemeye niyet ettiği suçun sonuçları toplum bakımından çok ağırsa, cezalandırmak için suçun işlenmiş olması beklenmeli midir?⁵

Söz konusu sorunsala Günther Jakobs, düşman ceza hukuku teziyle yanıt verir görünmektedir. Ona göre, topluma ve içinde yaşadığı hukuka topyekun zarar veren ya da vermeye niyet eden kişiler, artık hukukun içinde görülmemeli, hukuk devleti güvencelerinden yararlandırılmamalıdır.⁶ Kamu güvenliğinin sağlanması uğruna ceza hukukunun genişlemesini ve sertleşmesini öngören, failin tehlikeliliği üzerinden yorum yapan bu bakış açısı, ‘düşmanları’ tecrit ederek toplumu onlardan korumaya odaklanır.⁷ Bu çalışmada düşman ceza hukuku kavramsal temelleri (1), global risk toplumunun düşman ceza hukukuna olan eğilimi (2) ve hukuk devleti prensibi başta olmak üzere pek çok açıdan teze yöneltile eleştiriler (3) ile birlikte ele alınmıştır.

1. DÜŞMAN CEZA HUKUKU KONSEPTİ

Ünlü Alman ceza hukukçusu Günther Jakobs tarafından gündeme getirilen Düşman Ceza Hukuku başta Almanya⁸ ve onu takiben Kıta Avrupası hukukları olmak üzere, Amerika⁹, Latin Amerika¹⁰ ve

⁴ Yavuz, **a.g.m.**, s. 620 vd.

⁵ Ahmet Davutoğlu, “Canlı bomba listesi elimizde ama eylem yapmadan tutuklayamayız”, 12.10.2015, <https://www.birgun.net/haber-detay/canli-bomba-listesi-elimizde-ama-eylem-yapmadan-tutuklayamayiz-92096.html>, E.T.: 09.10.2018.

⁶ Günther JAKOBS, “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart” (Kommentar), in: Eser/Hassemer/ Burkhardt (Hrsg.), **Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende**. Rückbesinnung und Ausblick, 2000, 47 vd. (Bundan sonra: Jakobs 2000)

⁷ Günther JAKOBS, “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht”, **Ritsumeikan Law Review**, No. 21, 2004, s. 94 vd. (Bundan sonra: Jakobs 2004)

⁸ Bu konudaki pek çok tartışma için bkz., Thomas Uwer (editör), “**Bitte bewahren Sie Ruhe**”. **Leben im Feindstrafrecht**, Vereinigung Berliner Strafverteidiger, Berlin, 2006.

⁹ George Fletcher, **Rethinking Criminal Law**, Oxford University Press, 2000, (The Universal Part (3.4)).

¹⁰ Alejandro APONTE, “Savaş ve Politika- Günlük Yaşamdaki Politik Aleyhtar Ceza Hukuku”, Çev. Emin KOÇ, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, C.:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 571-581.

İngiltere’de¹¹ de tartışılarak büyük yankı bulmuştur. Jakobs’ un düşman ceza hukukunu dikkatleri üzerine çekmeden incelediği ilk makalesi 1985¹² yılında yayınlanmasına rağmen, tartışmalar 11 Eylül 2001 sonrası ulusal ve uluslararası arenalarda yoğunluk kazanan terörle mücadele çalışmaları ile oldukça artmış ve 2006 yılında Frankfurt’ta tertiplenen 30. Ceza Avukatları Günü’nde¹³ doruk noktasına ulaşmıştır.

Ancak Jakobs’ un da kendi teorisinin kökenlerini aldığını iddia ettiği üzere¹⁴, hukuk felsefesinin temel metinlerinde de suçlular için kimi zaman düşman tabirine başvurulduğunu ve gerçekten de düşman ceza hukuku betimlemelerine benzer bir dışlama öngörüldüğünü tespit etmek mümkündür.

1.1. Düşman Kavramının Hukuk Felsefesindeki Görünümü

Rousseau, Toplum Sözleşmesi’nde, kötülük yapan her insanın, yurduna başkaldırmış ve hainlik etmiş olacağını, yasaları çiğnemek suretiyle toplumun üyesi olmaktan çıktığını ve hatta ona savaş açmış sayılacağını belirtir.¹⁵ Bu ihlaliyle topluma savaş açan bir düşman öldürülerek devletten koparılıp atılmalıdır. Bir diğer ifadeyle artık devletin ve bu kişinin korunması menfaatleri örtüşmediğinden, suçlu birey ‘bir yurttaş olarak değil, bir düşman olarak’ öldürülmelidir.¹⁶

Fichte, Bilim Öğretisinin İlkeleri Açısından Doğal Hukukun Temelleri’nde, ihmalen de olsa toplum sözleşmesini ihlal eden kişilerin vatandaş ve hatta bir insan olarak tüm haklarını yitireceğini, hukuk dışı kalacağını iddia eder.¹⁷ Ona göre her tür ihlal hukukun dışına itilmek, bir eşya ya da vahşi bir hayvan gibi muamele görmeyi hak etmeyi sonuçlar.

¹¹ Daniel OHANA, “Trust, Distrust and Reassurance: Diversion and Preventive Orders Through the Prism of Feindstrafrecht”, **The Modern Law Review**, 73(5), 2010, s. 721-751.

¹² Günther JAKOBS, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, 97, 1985, s. 751-785. (Bundan sonra: Jakobs, ZStW 97 (1985))

¹³ Detaylı bilgi için bkz., <http://vnbs.de/index.php?id=39>, E.T.: 02.10.2018.

¹⁴ Jakobs 2004, s. 94 vd.

¹⁵ Jean-Jacques ROUSSEAU, **Toplum Sözleşmesi**, Çev. Vedat Günyol, Çan Yayınları, 1965, s. 50.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Johann Gottlieb FICHTE, **Foundations of Natural Right**, Çev. Michael Baur, Ed. Frederick Neuhouser, Cambridge University Press, 2000, s. 226.

Toplumdan ihraç edilen bu kişi devlet tarafından ancak hür bir kuş kadar korunur.¹⁸

Hobbes ise genel olarak suç işleyenlerin vatandaşlık statülerine dokunmaz. Suç, doğası gereği kaotik ortamlarda değil, bir düzen içerisinde meydana gelir.¹⁹ Her şeyin zıddıyla mevcut olması prensibi gereği suç düzenin içinde vardır ve bu durum suçluyu düşman addetmeyi engeller. Ancak, vatana ihanet suçu için durum farklıdır. Bu halde bireyin aleni isyanı bir tür savaş hali olarak nitelendirilir ve bu kişiler bir süje olarak değil, bir düşman olarak acı çekmelidirler.²⁰

Kant'a göre ise, her birey medeni bir anayasaya girmek için diğer insanları zorlayabilir. Ona göre, doğal durumda kanunlar olmadığına göre devamlı taciz edilme söz konusu olabilir. Bu takdirde, beni taciz eden kişiyi ya benimle ortak bir toplumsal kanuni statü altına girmeye zorlarım, ya da onu komşuluk alanımdan çıkmaya razı ederim.²¹ Özetle, devamlı surette tacizde bulunan ve toplumsal sözleşmeye girmemekte direnenlere, kişi olarak değil, dışlanılacak bir düşman olarak davranılmalıdır.

Kısaca toparlamak gerekirse denilebilir ki, her suçluyu şeytanlaştırıp dışlamayı salık veren Rousseau ve Fichte'nin anlayışlarında suçlu ve düşman kavramları arasında bir ayrım görülmemektedir. Zaten Jakobs da her hukuk sistemi içerisinde suçluların barınması gerektiğini ifade etmektedir. Ona göre bir suç işlemek kişiye vatandaşlık statüsünü kaybettirmeyeceği gibi verdiği zararı tamir etmesinden doğan yükümlülüğü

¹⁸ Fichte' nin kullandığı ve Jakobs' un da kendi metnine dahil ettiği kavram olan *Vogelfrei*, özgür bir kuş gibi olmayı ifade eder. Bu, tabiatın ve vahşi doğanın insafına bırakılmış olmaya işaret eder. Zira kelimenin Orta Çağ'da ortaya çıkıp karşıladığı ilk durum, kilise tarafından toplum dışı edilen kimsenin artık hukukun hiçbir korumasından yararlanamayacağı halidir. Bu kişiyi yolda görüp dövüp öldürenler, mallarını gasp edenler cezalandırılmayacaktır. Tarihte 'vogelfrei' ilan edilen popüler örnek olarak Martin Luther verilebilir. (1521 Worms Meclisi tarafından). Kaynak: Günther JAKOBS, "Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku", Çev. M. Cemil OZANSÜ, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, C.:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 492, dipnot 8 (çevirmen notu).

¹⁹ Thomas HOBBS, **Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti**, Çev. Semih Lim, YKY Yayınları, İstanbul 2005, s. 205 vd. Kısaca: Nizamsız bir doğa halinde kişi istediği kişiyi öldürebilir ve bu bir suç teşkil etmez.

²⁰ Ibid, s. 205-225.

²¹ Jakobs 2004, s. 96-97; Carlos Gómez-Jara DÍEZ, "Düşman Savaşçılar Versus Düşman Ceza Hukuku: Düşman Ceza Hukukuna İlişkin Avrupa Tartışmasına Giriş ve Onun Hukuk Dışı Düşman Yabancı Savaşçıların Hukuki Statüsü Hakkındaki Anglo-Amerikan Tartışması ile Olan İlişkisi", Çev. Serkan OĞUZ, **CHD**, Yıl 12, S. 34, Ağustos 2017, s. 193.

yerine getirebilmesi için kişi olarak varlığını sürdürmesine ihtiyacı vardır.²² Hobbes ve Kant'ta ise, vatana ihanet ve devamlı taciz halleri hariç olmak üzere suçlular düşman değildirler. Onlara göre ilkesel bir sapkınlık içerisinde bulunan ve bu sayede kişi olma statülerini kaybedenlere karşı düşman ceza hukuku uygulanmalıdır.²³

1.2. Jakobs' un Düşman Ceza Hukuku 'Betimlemesi'

Başlığı Düşman Ceza Hukuku 'teorisi' olarak seçmeyişiimizin ilk nedeni, Jakobs' un kendisinin bir hukuk politikası postulatı öne sürmediğini, bilakis güncel hukukun cezalandırma sürecini bu kapsamda gördüğünü ve tasvir ettiğini iddia etmesidir.²⁴ İkincisi ise onu değerlendiren ya da eleştiren hukukçularca bu kavramdan imtina edilerek 'konsept', 'iddia' ya da 'tez' gibi adlandırmalara başvurma eğilimidir.²⁵

1.2.1. Ortaya Çıkış: 1985

Jakobs, 1985 de yayınlanan ve düşman ceza hukukunu ilk kez andığı bu makalesinde, Alman Ceza Kanunu²⁶ (AlmCK) 30. maddesinde²⁷ düzenlenen teşebbüs aşamasında kalmış suça iştirak konusunu incelemektedir. Jakobs buradan, devletin suça iştirak edenlere vatandaş değil düşman gözüyle baktığı sonucunu çıkarır.²⁸ Çünkü ona göre, henüz dış dünyaya yansımamış

²² Diez, **a.g.m.**, s. 192.

²³ Jakobs 2004, s. 97.

²⁴ Günther JAKOBS, "Düşman Ceza Hukuku? - Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme", Çev. M. Cemil OZANSÜ, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Cilt:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 521. (Bundan sonra: Jakobs 2006.)

²⁵ Henning ROSENAU, "Jakobs'un Düşman Ceza Hukuku Kavramı Hukukun Düşmanı", Çev. Erhan TEMEL, **AÜHFD**, C. 57, S. 4, 2008, s. 393; Diez, **a.g.m.**, s. 187 vd; Philipp KAUFMANN, "Präventivstrafrecht versus Feindstrafrecht", **Juristische Rundschau**, 2016(4), s. 169; Frank SALIGER, "Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?", **Juristen Zeitung**, 61. Jahrgang, Nr: 15/16, 11 August 2006, s. 757. Stefan Schick, Feindstrafrecht als regulative Idee, **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, 3/2012, s. 46.

²⁶ Strafgesetzbuch, 15.05.1871, Neugefasst durch Bek. v. 13.11.1998/ 3322.

²⁷ "(1) Başkasını suç işlemeye yöneltmeye veya azmettirmeye teşebbüs eden, suça teşebbüse ilişkin hükümler gereğince cezalandırılır. Ancak ceza 49/1 hükmüne göre indirilir. Aynı şekilde 23/3 hükmü de geçerlidir. (2) Aynı şekilde, suç işlemeye veya azmettirmeye hazır olduğunu açıklayan, başkasının bu yönlü talebini kabul eden ya da başkasıyla bu konuda sözleşen kişi de cezalandırılır." Ayrıca bkz. Bernd HEINRICH, "Die Grenzen des Strafrechts bei der Gefahrprävention- Brauchen oder haben wir ein 'Feindstrafrecht'", **ZStW** 121 (2009) Heft 1, s. 114-119.

²⁸ Jakobs, **ZStW** 97 (1985), s. 751-756.

suçun önalanda gerçekleşen bu tarz hazırlık hareketlerini -ki burada iştirake teşebbüs söz konusudur- cezalandırma eğilimi, devletin faili bir vatandaş değil, tehdit unsuru/tehlike kaynağı olarak görmesini ifade eder.²⁹ Vatandaş -ya da yurttaş- ceza hukuku bireyin özgürlüklerini, düşman ceza hukuku ise hukuki değerlerin korunmasını optimal hale getirmeyi hedeflemektedir.³⁰

Jakobs, düşman ceza hukukunu değerlendirdiği bu ilk çalışmasında, onun yurttaş ceza hukukuna karışarak onu kirletmesine engel olunması konusunda uyarıda bulunur ve ona göre düşman ceza hukukuna istisnai olarak, sadece olağanüstü hallerde başvurulmalıdır.³¹ Jakobs, oldukça tereddütlü ve hatta eleştirel yaklaştığı için düşman ceza hukuku tezi o zaman için fazla dikkat çekmemiştir.

1.2.2. Formülasyon: 1999

Jakobs 1999 yılında *Eser, Hassemer ve Burkhardt* tarafından organize edilen toplantıda sunduğu tebliğde, saf tanımlayıcı- analitik düzlemini terk ederek, tüm kavramlarıyla düşman ceza hukukunu yeniden ele alarak betimlemiştir.³²

Düşman, normlara uygun davranış sergileyebileceğine dair bilişsel asgari güvenliği garanti altına alamayan bireydir.³³ Böylece Jakobs, düşmanları kişi olmayan (*Unperson*) olarak ele almaktadır. Ona göre düşmanlar, hukuka tamamen sırtlarını dönmüş kişilerdir.³⁴ Bunlara örnek olarak da cinsel suçlular, tehlikeli mükerrir failler, ekonomik suçlular, uyuşturucu kaçakçıları, organize suçlular ve terör amaçlı kurulanlar başta olmak üzere örgütlü suç faillerini vermektedir.³⁵ Söz konusu konuşmasında düşman ceza hukukunun dört göstergesini de dile getiriyor.³⁶ Bunlardan ilki, cezalandırılabilirliğin öne alınması ya da bakış açısının gerçekleşen hareketten, gerçekleşebilecek olan fiile kaymasıdır.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid. Ayrıca detaylı değerlendirme için bkz., Saliger, **a.g.m.**, s. 756-758.

³² Arndt SINN, “Modern Suç Kovuşturması- Düşman Ceza Hukuku Yolunda mı?”, Çev. Yener ÜNVER, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, C.:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 611; Saliger, **a.g.m.**, s. 758; Kai AMBOS, “Düşman Ceza Hukuku”, Çev. Serkan OĞUZ, **Küresel Bakış**, Yıl 7, S. 22, Haziran 2017, s. 89-90.

³³ Jakobs 2000, s. 47 vd.

³⁴ Ibid., s. 47-51.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

Burada sırası gelmişken kısaca Alman Ceza Hukuku'nun iki şeritli yapısına değinmek yerinde olacaktır.³⁷ Bir tarafta failin kusurunun esas teşkil ettiği, geriye dönük değerlendirme yapılan klasik ceza hukuku bulunmaktadır. Ceza hukuku failerin fiil ihlallerini suç olarak düzenler ve yaptırma tabi tutar. Ceza hukuku müesseseleri suçun işlenmesinden sonra harekete geçer. Öte yanda ise emniyet tedbirleri hukuku bulunmaktadır. Burada henüz suç doğmadan, ileriye dönük olarak harekete geçilir ve toplumu suçtan ya da failin tehlikesinden korumak amaçtır.³⁸ Bu yönüyle düşman ceza hukukunun, güvenlik hukukuna daha çok benzediği iddia olunabilir.³⁹

İkinci gösterge, cezalandırmanın öne çekilmesiyle orantılı olarak bir indirime gidilmemiş olmasıdır. Üçüncüsü, ceza kanunu yapımından mücadele kanunu yapmaya geçiştir. Bu, aynı zamanda orantısız, çok ağır cezalandırmayı da ifade eder.⁴⁰

Bu noktada, aşağıda detaylandırılacağı üzere hemen her ülkenin belli bir suç tipiyle 'mücadeleyi' öngördüğü kanunların mevcut olduğunu ve bu düzenlemelerde genellikle ağır suçların konu edinildiğini belirtelim. Jakobs' a göre bu terminoloji bilinçli bir tercihtir zira düşman, kendisine ceza uygulanan ve çıktığı hiza çizgisinden doğru yol tekrar gösterilen değil, kendisiyle savaşılandır.⁴¹

Dördüncü ve son gösterge ise, usule ait hakların ortadan kaldırılmasıdır. Buna şaşırılmamak gerekir, çünkü zaten düşman, hukuk dışılığı da kapsayan bir kavramdır. Alman Mahkemelerinin Kuruluşu ve Çalışma Usulleri Hakkında Kanun'un⁴² 31. maddesine göre, bir insanın yaşam hakkına, vücut bütünlüğüne ya da hürriyetine tehdit oluşturacağına dair bir ipucu ortaya çıkarsa, tutuklu ya da hükümlünün müdafii ile olan iletişimi engellenebilir.⁴³

1999 yılındaki bu formülasyonu ile Jakobs, istisnai hallerle sınırlı tutulmasını salık verdiği düşman ceza hukukunun modern ceza hukukunun önemli ve ayrılmaz bir parçası olduğu fikrine geçiş yapmıştır.⁴⁴

³⁷ Sinn, **a.g.m.**, s. 624.

³⁸ Rosenau, **a.g.m.**, s. 393.

³⁹ Kaufmann, **a.g.m.**, s. 170-173.

⁴⁰ Sinn, **a.g.m.**, s. 614 vd.

⁴¹ Jakobs 2000, s. 47-51.

⁴² Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz, 27.01.1877, 300-1.

⁴³ Ibid. Kanun maddesinin orijinal metni için bkz., https://www.gesetze-im-internet.de/gvgeg/_31.html , E.T.: 02.10.2018.

⁴⁴ Saliger, **a.g.m.**, s. 758.

1.2.3. Derinleşme: 2004-2006.

Burada öncelikle, bu aşamayı açıklarken ihtiyaç duyulacak olan Jakobs'un en önde gelen temsilcisi olduğu pozitif önleme teorisinden bahsetmek gerekmektedir. Pozitif önleme teorisine göre ceza hukukunun amacı normlara riayet edilmesini sağlamak, normları muhafaza etmek ve varlıklarını sürdürmesini garanti etmektir.⁴⁵ Norma aykırı hareket eden, yani toplumu hayal kırıklığına uğratan kişinin yanlış hareket ettiği gösterilerek halkın norma olan inancı sabitlenir. Diğer bir deyişle yasal geçerlilik onaylanır.⁴⁶

Jakobs, cezanın amacının hukuki değerlerin değil, normun geçerliliğinin korunması olduğunu düşman ceza hukuku bağlamındaki açıklamalarında da vurgular.⁴⁷ Bir cemiyette, bir birey açısından diğerlerinin norma sadakatinin beklenebilirliği bilişsel bir altyapı oluşturacaktır. Örneğin, eğer bir parka gitmek istediğimde gasp edilebileceğimi ve hatta öldürülebileceğimi ciddi ciddi düşünüyorsam, yeşil alana tehlikesizce girme hakkım olduğuna ilişkin inancım olmayacak.⁴⁸ Dolayısıyla parkta gezme hürriyetini betimleyen norma ilişkin minimum bilişsel güvenlik sağlanamayacak, bu da normun geçerliliğine gölge düşürecektir. İşte, yurttaş ceza hukukunda birey, ihlal ettiği normun geçerliliğine verdiği zararı tamir etmek üzere cezalandırılır.⁴⁹ Bunun için de devlet vatandaşını muhatap alır, onunla bir iletişim düzleminde buluşur ve onu hukuka tekrar bağlar. Ancak söz konusu iletişim düzlemi tehlikelerden arınmış olmalıdır.⁵⁰ Oysa düşman istisnaen suç işleyen değil, ilkesel olarak sapkın olandır.⁵¹ Suç işleyişi sürekli hale gelmiştir ve hukuka sırt çevirmiştir. Devlet, normlar konusunda kognitif asgari güvenliği garanti altına alamayan (yani norma riayetsizliğinin tek sefere mahsus veya istisnaen olduğunu davranışlarıyla ortaya koyamayan) bireylere kişi olarak muamele eder, haklar tanıyıp yargılarsa, bu kez

⁴⁵ Rosenau, **a.g.m.**, s. 394; Jakobs 2006, s. 513.

⁴⁶ Ibid. Ayrıca, cezalandırma sembolik (mahkemenin hareketin yanlışlığını ilan etmesi ve sanığı mahkum etmesi) ve fiziksel (acıyı gerçekten çekme, örneğin hapse girme) yönleri haiz olmalıdır ki norm korunabilsin. Kaynak: Diez, **a.g.m.**, s. 196.

⁴⁷ Jakobs 2004, s. 104. Bu konuda detaylı analiz için bkz., Jochen BUNG, "Normun Geçerliliği Teorisi Olarak Düşman Ceza Hukuku ve Kişi", Çev. Yener ÜNVER, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, C.:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 597-602.

⁴⁸ Jakobs 2004, s. 99.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Jakobs 2006, s. 508-515.

⁵¹ Jakobs 2004, s. 100 vd.

toplumun güvenlik hakkına aykırı davranmış olur.⁵² Vatandaşlarının güvenliğinden sorumlu olan hatta bunun için kurulmuş bulunan devlet, toplumsal akde tabi olmaya zorlanamayan birey karşısında ne yapacaktır? Bu sorunun yanıtında düşman ceza hukuku tek alternatif gibi durmaktadır.⁵³

Yurttaş ceza hukukunda norma verilen zarar ölçüsünde vatandaş cezalandırılırken düşman ceza hukukunda ölçü tehlikelilik olmaktadır. Zira düşman normu zaten yok saymaktadır. Toplum bütünlüğünü tehdit eden düşmandan normu tamir etmesi beklenemez. O, savaşılan tehlikeli kişidir; oysa yurttaş, hatalı davranmış bir toplum üyesidir.⁵⁴

Jakobs, düşman ceza hukukunun aslında zaten var olduğuna dair açıklamasında, önce İmparatorluk Ceza Kanunu döneminde hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı birkaç örnek verir ve ardından AlmCK 129a ve 129b⁵⁵ maddelerini öne sürer.⁵⁶ İlgili maddeler suç örgütü kuran, yöneten ve ona üye olan kişilerin beş yıldan on yıla, söz konusu örgüt terör örgütü ise on beş yıla kadar hapis cezasına mahkûm edileceğini düzenlemektedir. Burada hatırlanması gereken nokta, hapis cezası süresince failin cezasını çekmekten öte işin doğası gereği, herhangi bir/başka suç işlemekten engelleniyor oluşudur. Jakobs, bu maddenin kusur prensipli ve zararlar orantılı yaptırım uygulayan klasik ceza hukuku anlayışından değil tehlikelere karşı geliştirilen bir güvenlik tedbiri hukukundan izler taşıdığını belirttikten sonra şu soruyu kurgular: Tehlikeleri önlemek ve suçla mücadele polislin göreviyken, bu görev neden ceza hukukuna bırakılmıştır? Çünkü polis uzun soluklu hukuki güvenlik tesis edecek yeteneğe sahip değildir ve tamamen önleyici bir tedbir geliştirmek zorunda da değildir. Dolayısıyla düşman ceza hukuku maddi ve ceza usul hukukunun içinde kalmalıdır ki hukuk devletinde barınabilsin.⁵⁷

Düşman ceza hukukunun var olduğuna ve ona aslında kamunun güvenliği için ihtiyaç duyulduğuna dair sıraladığı diğer örneklerde Jakobs, koruma tedbirlerini ele almaktadır. İletişimin denetlenmesi, tutukluluk, kan örneği alınması, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ona göre ya failin

⁵² Ibid, s. 104 vd.

⁵³ Ibid, s. 104.

⁵⁴ Ibid, s. 101-102; Jakobs 2006, s. 518.

⁵⁵ Kanun maddelerinin orijinal metinleri için bkz., https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_129a.html ; <https://dejure.org/gesetze/StGB/129b.html> , E.T.: 02.10.2018.

⁵⁶ Jakobs 2006, s. 521 vd.

⁵⁷ Ibid, s. 522-524.

tehlikeliliği üzerinden uygulandığı ya da önleyici amaçlı olduğu için yurttas ceza hukuku kapsamında değerlendirilemez.⁵⁸

Jakobs, yurttas ve düşman tabirlerinin ideal tipleri yansıttığını, gerçek hayatta bunların bire bir değil, ara formlarının mevcut olabileceğini belirtir⁵⁹ ve düşman ceza hukukunun mümkün mertebe yurttas ceza hukukuna bulaşmasına ve onu kirletmesine engel olunması gerektiğini hatırlatır.⁶⁰

Son olarak da düşman ceza hukukuna iki sınırlama getirir: Birincisi o devletin düşmanları tüm haklarından mahrum bırakmak zorunda olmadığı, ikincisi ise yetkisi altında bulunan her şeyi yapmak zorunda olmadığı, ki sonradan gerektiğinde düşmanla barış masasına oturabilsin.⁶¹

2. DÜŞMAN CEZA HUKUKU UYGULAMALARI

Bu başlık altında, Jakobs' un düşman ceza hukukunun belirleyenlerinde zikrettiği, cezalandırılabilirliğin ön alana kayması, orantısız ve ağır cezalar ile usuli hakların ortadan kaldırılması şeklinde tezahür eden ulusal ve uluslararası bazda geçerliliği olan düzenlemeler ve uygulamalardan söz edilecektir.

2.1. Ulusal Hukuklar

2.1.1. Almanya

Düşman ceza hukukunun çıkış noktası olan ve hakkında da en çok doktrinsel tartışmaların yaşandığı Almanya ekseninde uygulamalara daha çok emniyet tedbirleri yönünden yer vermek gerekecektir.

Genel Güvenliğin Korunması Amacıyla Mükerrer Faillere Uygulanacak Hürriyeti Kısıtlayıcı Tedbirleri Düzenleyen Kanun⁶²,un 2004 yılında yürürlüğe girmesiyle, Ceza Kanunu'na 66b eklenmiştir. İlgili maddeye göre, 'hükümlünün kamu için önemli derecede tehlike arz ettiğini gösteren emarelerin' varlığı halinde mahkeme sonradan, yani kişinin cezasının infazının bitmesinden evvel, güvenlik amaçlı emniyet tedbiri uygulanmasına (tazyik hapsine) hükmedebilir. Madde metninde, 'mağdura tekrar zarar

⁵⁸ Ibid, s. 524-525.

⁵⁹ Jakobs 2004, s. 93.

⁶⁰ Ibid, s. 106-107.

⁶¹ Ibid, s. 97.

⁶² Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz, BGBl 2004/1-39, 28 Juli 2004. Online erişim için: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=//*/%5B@attr_id=%27bgbl104s1838.pdf%27%5D#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl104s1838.pdf%27%5D__1538494472053, E.T.: 02.10.2018

vermesi kuvvetle muhtemel olan' ibareleri yer almaktadır. Ayrıca, aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre de 'kişinin kusur ehliyetini tamamen ortadan kaldıran ya da azaltan durum bulunmadığı için psikiyatrik hastaneye yatırılma kararı mahkemece hükümsüz kılındıktan sonra' da yine şu iki şartın varlığı halinde tazyik hapsine karar verilebilecektir:

- Kişinin yatırılma kararı 66/3 c.1'e dayalı bir fiilden verilmişse veya yatırmadan önce bunlardan birini işlemişse ve en az üç yıl hapis cezasına mahkum olmuşsa veya psikiyatri hastanesine zaten önceden yatırılmışsa.
- Hükümlünün genel değerlendirilmesinden ağır fiilleri işlemesi kuvvetli muhtemel olduğu sonucu çıkarılıyorsa.⁶³

Alman Ceza Hukuku'nda hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri en radikal önlemlerden olup, burada hedef failin iyileştirilmesi değil, daha ziyade kamunun güvenliğinin korunmasıdır.⁶⁴ Zira kanun başlığının da işaret ettiği gibi ortada tehlikeli mükerrer failer vardır.⁶⁵

Kamu güvenliğine, tekerrüre, failin tehlikeliliğine yapılan bunca vurgu ve tedbirlerin uygulanacağı suç tiplerinde hayata, vücut bütünlüğüne, cinsel dokunulmazlığa ve kamu güvenliğine yönelik suçlar sayılması, ayrıca failin bu hususta kusurunun rol oynamaması da göstermektedir ki burada bir düşman ceza hukuku uygulaması söz konusudur.⁶⁶

Alman hukuku açısından değinilmesi gereken bir diğer nokta, bir suç şüphesi ile harekete geçerek araştırmalara başlayan polisin artık herhangi somut bir suç şüphesi olmadan da önleme amaçlı iletişim denetleyebilmesi ile soruşturmanın hazırlık hareketleri aşamasına doğru geri kaymasıdır.⁶⁷ 2002 yılında yürürlüğe giren 'Otto-Katalog' diye de geçen Uluslararası Terörizmle Mücadele Yasasını⁶⁸ da burada kısaca anmak gerekecektir. Yasa, istihbarat faaliyetleri, tüm vatandaşların verilerinin toplanması ve

⁶³ Rosenberg, **a.g.m.**, dipnot 2,3.

⁶⁴ Hans-Heinrich JESCHECK/ Thomas WEIGEND, **Lehrbuch des Strafrechts**, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. Berlin 1996, s. 814.

⁶⁵ Bir diğer örnek AlmCK 66/1/3 cümlesinin 'kamu için tehlike arz etmek' ifadesini içermesidir. Madde için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_66.html , E.T.:02.10.2018.

⁶⁶ Jacobs 2004, s. 93 vd; Jörg ARNOLD, "Beş Tezde Düşman Ceza Hukuku'nun Gelişim Süreçleri", Çev. İlker TEPE, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, C.:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, ss. 536-540.

⁶⁷ Sinn, **a.g.m.**, s. 615.

⁶⁸ Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz), BGBl 2002/1-3, 11.01.2002, s. 361.

yabancılar konularına odaklı olup, bilhassa istihbarat örgütlerinin yetkilerini bir hayli genişletti, o kadar ki örgütler faaliyetleri için sebep bildirmek zorunda olmadıkları gibi hukuki kontrol da mümkün olmamakta ve hakkında veri toplanan, iletişimi veya interneti izlenen vatandaşlar da bu faaliyetlerden tamamen bihaber kalmaktadır.⁶⁹ İstihbarat noktasında hukuksal ve politik ayırım ciddi derecede zedelenmiş durumdadır.⁷⁰ Bu durum Nazi dönemi Gestaposu uygulamalarını andırmaktadır.⁷¹

Teşebbüsün ve hatta hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasına örnek olarak da Jacobs' un ilk makalesinde incelediği, iştirake teşebbüsü düzenleyen AlmCK 30 ve pek çok yazarın düşman ceza hukukunu tartışırken atıfta bulunduğu 129a ve 129b maddeleri verilebilir. Suçun belirleyici unsurunun hukuksal değerın zarar görmesi değil, norm ihlali, normun korunması olduğu görüşü de teşebbüsü cezalandıran hareketlerle perçinlenmektedir.⁷² Zira henüz bir zarar doğmamıştır. Cezanın amacı bu ve benzer maddelerde hukuki değerlerin korunması değil, toplumun güvenliğinin tesis edilmesidir.⁷³ Aynı doğrultuda Alman Federal Meclisinin gündemini yakın zamanda hayli meşgul eden konu, Alman Ceza Kanunu'na 2009 yılında eklenen 'devlet güvenliğini ağır bir şekilde tehlikeye düşüren bir cebir ve şiddet suçunun hazırlığını yapma' başlıklı 89a⁷⁴ maddesine yeni bir fıkra eklenerek, terör kamplarına gitmeyi de suç olarak düzenlemeyi öngören yasa tasarısıdır.⁷⁵ Maddenin kendisi dahi, suç işleyeceğini biriyle paylaşmak dahil hazırlık hareketlerine ilişkin geniş düzenlemeler içermesi ve on yıla kadar hapis cezası öngörmesi ile yeterince tartışmaya açıkken, 2015 yılında geçen düzenlemeyle eklenen 2a fıkrası, terör faaliyetine girişmek amacıyla yola çıkan ya da bu amaca sahip kişilerin yönlendirmesiyle hareket edenlerin seyahat özgürlüğüne sınırlama getirdi.⁷⁶ Benzer örnekleri 80, 83, 87. Maddeler şeklinde sıralamak mümkünse de bu kadarını açıklamak, özellikle söz konusu terör suçları gibi 'devlet güvenliğini' tehdit eden suçlar olduğunda ceza hukukunun hazırlık alanına

⁶⁹ Heinz DÜX, "Globale Sicherheitsgeetze und weltweite Erosion von Grundrechten", **Zeitschrift für Rechtspolitik**, 2003, Heft 6, s. 190.

⁷⁰ Ibid, s. 190. Arnold, **a.g.m.**, s. 542.

⁷¹ DÜX, **a.g.m.**, s. 190.

⁷² Sinn, **a.g.m.**, s. 622. Martin ASHOLT, "Die Debatte über das „Feindstrafrecht“ in Deutschland Aufleben eines alten Dilemmas am Anfang des 21. Jahrhunderts", **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, 4/211, s. 183.

⁷³ Jakobs 2000, s.49.

⁷⁴ https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_89a.html E.T.: 02.10.2018.

⁷⁵ Kaufmann, **a.g.m.**, s. 164-165.

⁷⁶ Ibid; Asholt, **a.g.m.**, s. 184.

kayarak (hem tedbirler hem cezalandırma alanında) genişlediğini⁷⁷ iddia etmek için kafidir. Ceza hukukunun genişlemesi, tehlikelilik hali ve cezalandırılabilirliğin çok geniş yorumlandığı, failin iradesi merkez alınarak cezalandırmanın zarardan çok önceye çekildiği Nazi dönemi uygulamalarını hatırlatmaktadır.⁷⁸

Tartışmaların odağı olan bir diğer nokta Federal Anayasa Mahkemesi'nin 15 Şubat 2006⁷⁹ tarihinde verdiği ve 11 Ocak 2005 tarihli Hava Güvenliği Kanunu'nun 14/3⁸⁰ maddesinin Anayasa'ya aykırı bulduğu karardır. Mahkemeye göre, masum bireyden devletin bütünlüğü adına hayatını feda etmesi beklenemez; bu hukuka ve özgürlüklere dayalı toplum düzenini reddetmek olur.⁸¹ Ancak her ne kadar Mahkeme, düşman ceza hukukunu bu kararında açıkça reddetmişse de onun bir ölçüde ona müsaade ettiği çıkarımını yapmak mümkündür, bilhassa da içinde masum insan bulunmadığı takdirde söz konusu düzenlemenin insan onuruna aykırı olmayacağını vurguladığı paragrafta bu husus açıkça görülmektedir.⁸² Zira bu takdirde kendi tehlikeliliklerini ortaya koyan ve diğer insanların yaşam haklarını hiçe sayan kişilerin insan onuruna yönelik beklentileri dikkate alınmaz.⁸³

Son olarak kısaca sembolik hukuk meselesi üzerinde durmak gerekmektedir. Bunun çıkış noktası bugün güvenlik hukukunun ön planda olduğu risk toplumlarında yaşayışımız olarak verilmektedir.⁸⁴ Başlarda

⁷⁷ Kaufmann, **a.g.m.**, s. 167 vd.

⁷⁸ Arnold, **a.g.m.**, s. 536.

⁷⁹ 1 BvR 357/05, 15.02.2006, Karara ulaşmak için: https://www.bundesverfassungsgesicht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2006/02/rs20060215_1bvr035705.html , E.T.: 03.10.2018

⁸⁰ Luftsicherheitsgesetz, 11.01.2005, BGBl 1, s. 268, değişiklik: Art. 1 G v. 23.2.2017/ 298. Maddenin mahkeme kararıyla değiştirilmesinden önceki ve sonraki hali için bkz., <https://www.buzer.de/gesetz/4671/al0-59630.htm> , E.T.: 03.10.2018; “14(1) Güvenlik güçleri büyük bir kazanın meydana gelmesini önleyebilmek için hava araçlarını iniş zorlamak için havada sıkıştırabilir, silah kullanarak korkutabilir veya ateş edebilirler. (2)...(3) Silahın kullanımı doğrudan sadece hal ve koşullara göre hava aracının insanların yaşamlarına karşı kullanılacağı ve bu müdahalenin gerçekleşmekte olan tehlikeyi önlemede tek araç olması durumunda caizdir.” Konuyla ilgili detaylı tartışma için bkz., Arndt SINN, “Tötung Unschuldiger auf Grund § 14 III Luftsicherheitsgesetz - rechtmäßig?”, **NSfW**, Heft 11, 2004, s. 585-593.

⁸¹ Arnold, **a.g.m.**, s. 544-545.

⁸² 1BvR 357/05, para. 141.

⁸³ Arnold, **a.g.m.**, s. 545.

⁸⁴ Andreas EICKER, “Ceza Hukukunun Prosedürleştirilmesi Işığında Terörle Mücadele Kanunu Yapma”, Çev. Ali Kemal YILDIZ, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

hakları kanunlarla güvenceye alan liberal hukuk devleti varken 19. yüzyılda toplum ihtiyaçlarının gelişip şekillenmesi sosyal devleti doğurdu yani artık devlet, tanınan hakların kullanılmasından da sorumlu kılındı. 20. yüzyılın ortalarından itibaren ise tüm toplumu aynı anda tehlikeye sokabilen hatta yok edebilen tehditlere şahit olundu ve halkta şiddete karşı tepkisellik gelişti. Tekniğin de ilerlemesi ile terörle mücadelede prosedürel güvenlik hukuku baş gösterdi.⁸⁵ Bunun anlamı çok fazla, çok sık ve çok geniş kanunlar yapılmasıdır.⁸⁶ Sembolik ceza hukukunu savunanların iddia ettiği ise bu tarz kanunlar yaparak bir risk dogmatığı oluşturmanın asıl hedefi sorunları çözmekten ziyade, halkta bir rahatlama hissi uyarmaktır.⁸⁷ Şiddet ya da terör olaylarına karşı devletin harekete geçtiğini göstermesi, halkta bu konunun ele/ ciddiye alındığına dair intiba uyandırmaktadır.⁸⁸ Böylece toplumun güvenlik hissi pekiştirilmiş olur.⁸⁹ Ancak bu durum ceza hukukunun politik amaçlar doğrultusunda kullanılmasını sonuçlar.⁹⁰ Kaldı ki yapılan araştırmalar⁹¹, terör kanunlarında artışın eylemleri azaltmadığını göstermiştir. Bu da sembolik hukuk mantığıyla terörle mücadelede fazla kanunlaşmanın, niteliksel değerden yoksunluğuna işaret etmektedir.

2.1.2. Amerika Birleşik Devletleri

Özellikle 11 Eylül saldırıları sonrası herhalde uluslararası terörizmle mücadele denildiğinde akla ilk gelen devlet ABD olmaktadır. Bu hatırlamanın hatalı olduğu söylenemez zira, ‘düşman’ kavramı aynı gün Başkan Bush tarafından zikredilmiştir.⁹² Öyle ki hükümet, söz konusu saldırıyı düzenleyen teröristleri ‘hukuk dışı savaşçı’ ilan etmiş ve bu retorikle, terörle mücadele hukuku düşman ceza hukukuna evrilmiştir.⁹³ O

Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Cilt:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 678 vd.

⁸⁵ Ibid, s. 679-681.

⁸⁶ Ibid.; Kaufmann, **a.g.m.**, s. 167.

⁸⁷ Eicker, **a.g.m.**, s. 685; Dux, **a.g.m.**, s. 189; Winfried HASSAMER, “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”, **NStZ**, Heft 12, (9) 1989, s. 553-558.

⁸⁸ Dux, **a.g.m.**, s. 192 vd; Hassemmer, **a.g.m.**, s. 554.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Kaufmann, **a.g.m.**, s. 168 vd. ; Mark FOSTER, “Die Strafbarkeit der Unterschätzung des Terrorismus”, **ZStrR** 121 (2003), s. 423-441. Nakleden: Eicker, **a.g.m.**, dipnot 42.

⁹¹ Eicker, **a.g.m.**, s. 684.

⁹² Konuşma metni için bkz., <https://www.theguardian.com/world/2001/sep/21/september11.usa13>, E.T.: 03.10.2018.

⁹³ Ambos, **a.g.m.**, s. 85.

kadar ki 15 Eylül'de gerçekleştirilen zirve toplantısında CIA Şefi herkese üzerinde 'Going to War' yazan bir dosya sunmuştur.⁹⁴

Bu siyasi atmosfer ceza hukuku alanında pek çok yeniliği beraberinde getirdi. Kongreden acil durumlarda inisiyatif almak üzere yetki isteyen Bush, devam eden zamanda pek çok El-Kaide üyesinin ABD sınırları dışında dahi tutuklanmasını da içeren Başkanlık Emirleri yayımladı.⁹⁵ 2001 yılında çıkarılan Vatanseverlik Kanunu⁹⁶ ile terör kavramı oldukça genişletildi.⁹⁷ Bununla birlikte iletişimin denetlenmesi, bilişim ortamında kaydedilen verilere ulaşmak, arama yapmak ve kişilerin izlenmesi için mahkeme kararı gereği kaldırıldı.⁹⁸

Ele geçirilen El Kaide üyelerinin Askeri Mahkemelerde yargılanması uygun görüldü, zira bu 'savaşçılar' ceza muhakemesinden kaynaklanan haklar tanınabilecek vatandaş statüsünde değil, hukuk dışı düşman olarak sıfatlanmalıydılar.⁹⁹ Hukuk dışı düşman betimlemesi hususunda da aslında devletin savaştığı düşmanına Cenevre Sözleşmelerine dayanan insancıl hukuk kapsamında muamele etme sorumluluğundan kaçınma çabası görülmektedir.¹⁰⁰ Hukuki herhangi bir güvence olmaksızın ve duruşma tarihi bilinmeksizin gerçekleştirilen süresiz tutuklamalar da¹⁰¹ bu dönemin düşman ceza hukuku yönünü ortaya koyan diğer örneklerdir. Ayrıca, tutuklamaların cezai değil önleyici amaçla yapıldığı, bu yüzden de herhangi bir duruşmaya gerek duyulmadığı açıkça belirtilmiş olan bu yasada Amerikan vatandaşlarının bile belli bazı tehlikeleri barındırdıkları hallerde 'düşman savaşçı' olarak adlandırılabilceği açıkça belirtilmiştir.¹⁰² Burada yerli gelmişken 2002 yılından itibaren terörle bağlantılı olduğu şüphesi bulunan kişilerin tutulduğu, Küba'daki Amerikan merkez üssü Guantonamo

⁹⁴ Sinn, **a.g.m.**, s. 616.

⁹⁵ Heinrich, **a.g.m.**, s. 108 vd.

⁹⁶ Patriot Act 2001, PUBLIC LAW 107-56, 26 October 2001, https://grants.nih.gov/grants/policy/select_agent/Patriot_Act_2001.pdf, E.T.: 03.10.2018.

⁹⁷ Sinn, **a.g.m.**, s. 617.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Allison M. DANNER, "Defining Unlawful enemy Combatants: A centripetal Story", **43 Texas International Law Journal**, 1, 2007, s. 1-14; Heinrich, **a.g.m.**, s. 108-109.

¹⁰⁰ Ambos, **a.g.m.**, s. 87.

¹⁰¹ J. K. ELSEA, "Detention of American Citizens as Enemy Combatants", **CRS Report for Congress**, 2005. <https://fas.org/sgp/crs/natsec/RL31724.pdf>, E.T.: 03.10.2018.

¹⁰² Ibid. "detention(...) is administrative rather than punitive, and thus no criminal trial is required".

kampını ve buranın Uluslararası Af Örgütü tarafından ‘insan hakları skandalı’ olarak nitelendirildiğini belirtmek gerekmektedir.¹⁰³

ABD başlığında son olarak, ‘extraordinary rendition’¹⁰⁴ meselesini özetlemek gerekmektedir.¹⁰⁵ FBI, CIA ve Savunma Bakanlığı’ nın işbirliği içerisinde yönetilen operasyonlar, ülke toprakları dışında olan bir terör şüphelisinin o devletin yardımı olarak ya da olmayarak herhangi bir hukuki anlaşma olmaksızın ve hukuki güvenceye dayanmaksızın o ülkeden alınıp, tutuklanmak ve sorgulanmak üzere başka bir ülkeye götürülmesini ifade eder.¹⁰⁶ Başta gizliden gizliye yürütülen bu operasyonlar, Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin verdiği *Hamdan vs Rumsfeld*¹⁰⁷ kararından sonra oluşan atmosferde Bush tarafından açıkça kabul edilmiştir.¹⁰⁸ Pek çok örnekten yalnızca birini özetlemek yeterli olacaktır. Khaled El Masri Lübnan kökenli bir Alman vatandaşıdır. 2003 yılında Makedonya’ya tatil yapmak için gittiği esnada, sınırda yakalanarak yerel istihbarat birimleri tarafından bir aya yakın süre boyunca tutuklandı. Bu süreçte herhangi bir tutuklama kararı, duruşma bilgisi mevcut olmadığı gibi avukata erişimi de sağlanmadı. Ardından Skopje havalimanında CIA yetkililerine teslim edildi ve Afganistan’daki gizli bir tutma bölgesine götürülerek dört ay kadar daha sorgulandı, ta ki yanlış kişi olduğu anlaşılana dek. Ardından Arnavutluk’ a geri götürüldü. Münih savcılığı başlattığı soruşturma kapsamında Makedonya’ya yetki verme yazıları gönderildi ve CIA ajanlarının gözaltına alınmasına yönelik kararlar çıkarıldı. Makedonya işbirliği yapmadığı gibi Alman hükümeti de gözaltı kararlarını ABD’ e iletmeyi reddetti. Hukuk muhakemesi sürecinde ise ABD mahkemeleri, bu davanın devlet sırları ifşa

¹⁰³ Amnesty International, AMR 51/063/2005, 13 May 2005, <http://web.archive.org/web/20060207010552/http://web.amnesty.org:80/library/Index/ENGAMR510632005> , E.T.: 03.10.2018.

¹⁰⁴ Türkçeye yargısız infaz ya da olağandışı teslimat olarak çevrilmekle beraber tam kavramı karşılamadığından orijinal terim tercih edildi.

¹⁰⁵ Detaylı analiz için bkz. M. SATTERTHWAITTE, “Rendered Meaningless: Extraordinary Rendition and the Rule of Law”, **The George Washington Law Review**, Vol. 75, Nos. 5-6, 2007, s. 1333-1420; R. JOHNSON, “Extraordinary rendition: a wrong without a right?”, **Richmond Law Review**, Vol. 43, No. 3, 2009, s. 1135-1174.

¹⁰⁶ John A.E. VERVAELE, “Extraordinary Rendition and the Security Paradigm”, **Law Review**, Vol 3, s. 4.

¹⁰⁷ *Hamdan v. Rumsfeld*, IZ 6 S. Ct. 2749 (2006): Hükümet tarafından kurulmuş askeri mahkemelerin Guantonomo’ daki şüphelileri yargılamak için yetkili olmadığına dair karar. Bu mahkemelerin Askeri Ceza ve Askeri Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’na ve Cenevre sözleşmelerine aykırı olduğu tespit edilmiştir.

¹⁰⁸ Vervaele, **a.g.m.**, s.4.

edilmeksizin görülemeyeceğinden bahisle devam etmeyi reddetti.¹⁰⁹ Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden 2012 yılında bir karar çıkabildi.¹¹⁰ Extraordinary Rendition'a düşman ceza hukukunun göstergeleri prizmasından bakıldığında usuli güvencelerin ortadan kaldırılmasına ilişkin daha iyi bir örnek herhalde kolaylıkla bulunamaz.

2.1.3. Kolombiya

Latin Amerika için emsal teşkil etmek üzere burada kısaca Kolombiya'nın vaziyeti ele alınacaktır. Aponte, ülkede elli yılı aşkın süredir toplumun her kesiminin katıldığı bir iç savaşın hakim olduğunu ve düşman ceza hukukunun bundan bağımsız ele alınamayacağını vurgular.¹¹¹ Ülkede sözde demokrasi olmasına rağmen elli yıldır yöneticilerin tamamının ya darbe ya sıkıyönetim ile yönetime geldiğini belirtir.¹¹² Bu iç savaş öyle yoğundur ki, bazı alanlarda devlet iktidarı görülememekte ve bu boşluk yerel güçlerce/ gerillalarca doldurulmaktadır. Dolayısıyla böyle bir ortamda sert bir hukuk olarak düşman ceza hukukunun uygulanması somut olarak pratiğe dökülebilecektir ve bu kesinlikle durumun iyileşmesine neden olmayacaktır.¹¹³ Düşman ceza hukuku burada ancak halihazırda marjinalleşenleri daha çok marjinalleştirecektir.¹¹⁴ Bu da ancak otorite meraklısı diktatörlere hizmet edecektir.¹¹⁵

Nitekim 1990 yılında bir çok hakim ve savcının uyuşturucu teröristleri tarafından katledilmesi üzerine kabul edilen 'Hukukun Savunulmasına İlişkin Statü'ye göre neredeyse engizisyon mahkemelerine benzeyen bir usul öngörülür.¹¹⁶ 2000 yılına kadar süren yargılamalarda polis soruşturma yetkilerinin hiçbiri hakim kararına bağlanmamıştı, hatta 1992'den itibaren Kolombiya silahlı kuvvetleri adli polis görevlerini üstlenmişti, yargılamalar halka açık değildi ve sanık ne hakimi, savcuyu ne de bilirkişi ve tanığı tanıyordu.¹¹⁷

Aponte ayrıca, düşmanın tamamen tasarlanmış bir kavram olduğunu, bir kişinin yaptığı hareketlerden değil, biz onu öyle addettiğimiz için düşman

¹⁰⁹ Ibid, 6-7.

¹¹⁰ *El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, 39630/09, Jugement, 13 December 2012. Bkz., Aşağıda 2.2.2. numaralı başlık.

¹¹¹ Aponte, **a.g.m.**, s. 573.

¹¹² Ibid., s. 574

¹¹³ Ibid, s. 574 vd.

¹¹⁴ Ambos, **a.g.m.**, s. 101.

¹¹⁵ Ibid., s. 98.

¹¹⁶ Sinn, **a.g.m.**, s. 619.

¹¹⁷ Ibid.; Heinrich, **a.g.m.**, s. 106-108.

olduğunu ve tehlikeliliğin ön plana alındığı bu sistemde, gizli tanıklar, gizli deliller, gizli bilirkişilerin usuli güvenceleri aşındıracağını ve adaleti ‘çehresizleştireceğini’ iddia eder.¹¹⁸

2.1.4. Türkiye¹¹⁹

Almanya’da kopan tartışmalar İspanya, İtalya, Fransa gibi Kıta Avrupası’yla beraber Alman ekolunu takip eden Latin Amerika ülkelerinde de tepkiyle karşılandı ancak Türkiye dahil hiçbir ülke de güvenlik hukukunun ön plana çıktığı mücadele yasaları yapmaktan ya da bunların sayısını fazlaştırmaktan dur olmadı.¹²⁰ Türkiye’de de dünyada yükselen değer olan güvenlik kavramı doğrultusunda¹²¹ düzenlemelere gidildi. Anayasa¹²² madde 120¹²³’ye göre, temel hak ve hürriyetleri tehdit eden şiddet hareketlerine karşı devlet olağanüstü hal ilan ederek, bunun sonucunda da madde 15¹²⁴ gereği temel hak ve hürriyetlerinin kullanımını tamamen veya kısmen durdurabilir. Ökçesiz, Anayasa maddelerindeki bu durumu ‘mizah’ olarak nitelendirmekte ve olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamele ile tanınan kapsamlı yetkilerin adeta bir ‘düşman anayasa hukukuna’ işaret ettiğini ifade etmektedir.¹²⁵ Bunu, olağanüstü halde

¹¹⁸ Aponte, **a.g.m.**, s. 575-577.

¹¹⁹ Türk Hukuku’nda düşman ceza hukukuna ilişkin henüz iç hukuku değerlendiren dört başı mamur akademik çalışmalar yeterli düzeye ulaşmadığından, kanunları düşman ceza hukukuna iliştiirmeye çalışmak, kesin ifadelerle bu konseptten etkilenip oluşturulduklarını ya da Türkiye’de onun varlığını kanıtladıklarını iddia etmek yerinde olmayacaktır. Bu yüzden burada, Alman doktrinindeki hukukçuların, Türk kanunlarına çok benzeyen düzenlemeler üzerine yaptıkları tartışmalardan esinlenilerek bazı değerlendirmeler yapılacaktır.

¹²⁰ Ohama, **a.g.m.**, s. 728; 741 vd; Ambos, **a.g.m.**, s. 84 vd.

¹²¹ Hayrettin ÖKÇESİZ, “‘Düşman Ceza Hukuku’ Düşüncesine Eleştirel Bir Bakış- 2”, **Güncel Hukuk**, Ekim 2006, s. 41-42. (Bundan sonra: Ökçesiz, Eleştirel Bakış)

¹²² Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun No.: 2709 Kabul Tarihi: 7.11.1982.

¹²³ TCAY, Madde 120 “*Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hallerinde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Milli Güvenlik Kurulunun da görüşünü aldıktan sonra yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilân edebilir.*”

¹²⁴ TCAY, Madde 15 “*Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.*”

¹²⁵ Ökçesiz, Eleştirel Bakış, s. 42.

hukuksuz bırakılmış bireyle, Jakobs' un hukuk dışı düşmanının benzeştiği düşüncesine dayandırmaktadır.¹²⁶ Ancak Jakobs' un *Unperson*'¹²⁷unun sadece olağanüstü halle sınırlı olmadığından Terörle Mücadele Kanunu ve benzer normlarla daha iyi uyuştuğunu da belirtmektedir.¹²⁸

Türk Ceza Kanunu¹²⁹, nun Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar bölümünde, anayasal düzeni ortadan kaldırmaya¹³⁰, cumhurbaşkanına suikast düzenlemeye¹³¹, Türkiye Büyük Millet Meclisinin görevini yapmasına engel olmaya¹³², hükümeti ortadan kaldırmaya¹³³ *teşebbüs edenler* ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıyla cezalandırılır. Sayılan suçlarda cezalandırmanın öne çekilmesi ve teşebbüs aşamalarının tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasından, öngörülen sonucun tehlikeliliğinin hukuk düzeni için çok yüksek olmasından ileri geldiği çıkarımını yapmak yanlış olmayacaktır.¹³⁴ AlmCK' nın benzeri düzenlemeleri olan (mülga) 80, 83 maddeleri de düşman ceza hukuku tartışmalarında anılmış ve Federal Yüksek Mahkeme tarafından kanun koyucunun devlet güvenliğini tehdit eden böyle bir tehlikeyi evvelden engelleme niyetini gösterdiği şeklinde yorumlanmıştır.¹³⁵ Ancak, failin kötü niyetine dayanan iradesinin değil, hukuki değerleri tehdit eden davranışlarının cezalandırılabilceği belirtilmiştir.¹³⁶

6415 sayılı Terörizm Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun¹³⁷, a göre bir terör suçunda¹³⁸ kullanılması amacıyla veya bu amaçla

¹²⁶ Ibid., s. 43.

¹²⁷ Kişi olmayan.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ 5235 sa. Türk Ceza Kanunu, Kabul: 26/9/2004, Resmi Gazete: 12/10/2004, Sayı: 25611.

¹³⁰ Madde 309.

¹³¹ Madde 310.

¹³² Madde 311.

¹³³ Madde 312.

¹³⁴ Jakobs' un düşman yaklaşımıyla, müebbet hapis ile hukuk düzenine itaat etmeyen, sözleşmeyle kendini bağlı hissetmeyen, ona tamamen yüz çeviren bireyin tehlikeliliğinden muhafaza olunacaktır.

¹³⁵ BGHSt 59, 218, Rn. 27.

¹³⁶ Kaufmann, **a.g.m.**, s. 166-167.

¹³⁷ 6515 sa. Terörizm Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun, Kabul 7/2/2013, Resmi Gazete: 16/2/2013, Sayı : 28561.

¹³⁸ Madde 3 "(1) ... (a) Bir halkı korkutmak veya sindirmek ya da bir hükümeti veya uluslararası kuruluşu herhangi bir eylemi gerçekleştirmeye veya gerçekleştirmekten kaçınmaya zorlamak amacıyla, kasten öldürme veya ağır yaralama fiilleri. 11960 (b) 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında terör suçu olarak YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

kullanılacağını bilerek bir teröriste ya da terör örgütüne fon sağlayan kişi on yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacak olup bu suçun sübutu için fonun kullanılmış olması aranmamaktadır.¹³⁹ Kanun maddesinde suçun oluşması için fonun hukuka aykırı yoldan elde edilmesi de aranmamaktadır. Çok benzer kanun İsviçre Ceza Kanunu'nda da mevcuttur ve hukukçular bu hususu hazırlık hareketlerinin cezalandırılması örneği olarak yorumlamaktadır.¹⁴⁰ Zira fail, fonu toplamış ve tahsis etmiş olarak tehlikeliliğini ortaya koyduğundan suçu işlemesini beklemeye gerek görülmemektedir.

TCK 220/6'a göre, "Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir. Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır." Bu maddeye göre cezalandırma yapılabilmesi için kişinin örgüte üye olmaması, fiillerinde süreklilik bulunmaması, suçun işlenişinde fail olarak bulunması ve kasten hareket etmiş olması gerekmektedir.¹⁴¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2008 yılında verdiği bir kararla 220/6 suçunun kapsamını genişletmiştir. Buna göre, "...örgütün genel çağrısı, örgüte ait yayın organlarının yayınları ve çağruları ile somutlaşmış olup, bu çağrının belirli bir kişiye yapılmış olmasına gerek bulunmamaktadır. Örgütün bilgisi ve istemi doğrultusunda gerçekleştiren bu eylemlerin, örgüt adına gerçekleştiği sabittir."¹⁴² Takip eden Yargıtay kararları da hep örgüt çağrısı üzerine, toplanmak, yürüyüşe katılmak, trafiği engellemek, slogan atmak, amblem taşımak, sivil itaatsizliğe katılmak gibi eylemleri 220/6 kapsamında değerlendirerek söz

kabul edilen fiiller. (c) Türkiye'nin taraf olduğu (...)’de, yasaklanan ve suç olarak düzenlenen fiiller. ”

¹³⁹ Madde 4 " (1) 3 üncü madde kapsamında suç olarak düzenlenen fiillerin gerçekleştirilmesinde tümüyle veya kısmen kullanılması amacıyla veya kullanılacağını bilerek ve isteyerek belli bir fiille ilişkilendirilmeden dahi bir teröriste veya terör örgütlerine fon sağlayan veya toplayan kişi, fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Birinci fıkra hükmüne göre ceza verilebilmesi için fonun bir suçun işlenmesinde kullanılmış olması şartı aranmaz. ... ”

¹⁴⁰ Eicker, **a.g.m.**, s. 684.

¹⁴¹ Mikael LYNGBO/Feridun YENİSEY/Namık Kemal TOPÇU/Önder TOZMAN/Kemal ŞAHİN, "Örgütlü Suçlar ve Terör Suçları Eğitim Modülü", **Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi**, Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2014, s.69

¹⁴² Yargıtay CGK 2007/9-282 E., 2008/44 K., 04.03.2008.

konusu içtihadı takip etmiştir.¹⁴³ Terörle Mücadele Kanunu'¹⁴⁴nda halihazırda üç tür terör suçu¹⁴⁵ tespit edilmişken, bunlardan birine dahil edilemeyen hareketlerin de 220/6 ile terör suçu kabul edilmesi terör kavramının oldukça geniş yorumlandığının göstergesidir. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri de 2009 yılında düzenlediği raporda, Yargıtay içtihatlarının TCK 220/6'nı azınlıklarla ilgili protestolara katılanlar aleyhine fazlasıyla genişlettiğini belirtmiştir.¹⁴⁶ Terör örgütü üyesi olmadığı halde, üstelik genel bir çağrıdan sonra bir protesto eylemine katılarak 'örgüt adına' suç işlediği kabul edilen failin ayrıca gerçek içtima kuralları uyarınca bir de üyelikten ceza alması ile bu suça teşebbüsün de mümkün olduğu göz önüne alındığında¹⁴⁷ terör suçuna iştirakin fazlasıyla genişletildiği iddia olunabilir.

Polis Vazife ve Salahiyeti Kanunu'nun¹⁴⁸ Ek Madde 7¹⁴⁹,de polisin önleme amaçlı iletişimin denetlenmesini de kapsayan geniş istihbarat yetkisi düzenlenmiştir. Bu maddede de her ne kadar yapılacak işlemler için hakim kararı aransa da suç şüphesi üzerine harekete geçen proaktif soruşturma

¹⁴³ Yargıtay 9. CD, E. 2010/9286, K. 2012/5270, 18.04.2012; Yargıtay 9. CD, E. 2011/2412, K. 2013/6246, 18.04.2013; Yargıtay 16. CD E. 2017/2204, K. 2017/5578, 28.11.2017.

¹⁴⁴ 3713 sa. Terörle Mücadele Kanunu, Kabul:12.04.1991, Resmi Gazete: 12/4/1991, Sayı: 20843 Mükerrer

¹⁴⁵ TMK 3'te sayılan ve 'mutlak terör suçu' olarak adlandırılan fiiller, TMK 4'te gösterilmiş suçlardan birinin terör amacıyla ve terör faaliyeti kapsamında işlenmesi ile ortaya çıkan 'nispi terör suçu ve son olarak TMK 7'de terör örgütlerini kurma, faaliyetlerini düzenleme, yönetme veya bunlara girme suçlarından oluşan üçüncü kategori.

¹⁴⁶ Commissioner for Human Rights, "Report by Thomas Hammarberg - Commissioner for Human Rights of the Council of Europe Following his visit to Turkey on 28 June – 3 July 2009: Human rights of minorities", **CommDH**, (2009)30, 01.10.2009, para. 167

¹⁴⁷ A. Caner YENİDÜNYA/ Zafer İÇER, "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt:19, 2013, Sayı:2, s.822.

¹⁴⁸ 2559 sa. Polis Vazife ve Salahiyeti Kanunu, Kabul: 4/7/1934, Resmi Gazete: 14/7/1934, Sayı: 2751.

¹⁴⁹ Ek Madde 7 "(1) Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişini sağlamak üzere, ülke seviyesinde ve sanal ortamda istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar. ... (4) ... Kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usulle üçer ay geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hakim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir. ... (6) ... teknik araçlarla izleme yapılabilir. ..."

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

yapan değil, tehlike odaklı önleyici bir polis faaliyetinden söz edildiği görülmektedir. Yine benzer düzenleme, MİT Kanunu¹⁵⁰ madde 6¹⁵¹, da da yer almaktadır. Bu faaliyetler kapsamında hakkında veri toplanan kişiler bundan haberdar olmadığı gibi maddelerde geçen verilerin imha edilmesine dair ibare bir yaptırıma bağlanmadığından güvence karakteri şaibeli olacaktır.¹⁵²

Ayrıca 2014 yılında kamuoyuna duyurulup 2015 yılında yürürlüğe giren ‘İç Güvenlik Paketi’nin taslak aşamasında PVSK’ ya polise önleyici gözaltı yetkisi tanıyan düzenleme getirme önerilerinde bulunulmuştur.¹⁵³ Ancak 13. Maddeye eklenen (H) bendi ile, ‘başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürenler’ için de kolluğa yakalama ve uzaklaştırma yetkisi getirmekle yetinilmiştir.¹⁵⁴ Güvenlik amaçlı ve tehlike odaklı bir tedbir olduğu ve yasada geçen muğlak ifadeler yüzünden¹⁵⁵ süresinin belli olmadığı gerekçeleri bu düzenlemeyi düşman ceza hukuku kapsamında görmeyi mümkün kılmaktadır.¹⁵⁶

¹⁵⁰ 2937 sa. Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Merkezi İstihbarat Teşkilatı Kanunu, Kabul: 1/11/1983, Resmi Gazete: 3/11/1983, Sayı: 18210

¹⁵¹ Madde 6 “(1) ... (2) Bu Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Teşkilat Başkanı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. ...”

¹⁵² Avrupa Entegrasyon ve İnsan Hakları Mahkemesi ve Ekimdzhev /Bulgaristan, No.62540/00, 28.6.2007, para. 85.

¹⁵³ Yavuz, **a.g.m.**, s. 622-627.

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ PVSK, Madde 13 (H) “Başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürenleri, eylemin veya durumun niteliğine göre; koruma altına alır, uzaklaştırır ya da yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar. (...)”

¹⁵⁶ Aksi görüş için bkz., Yavuz, **a.g.m.**, s. 660, “Ne 2013, ne de 2014 yılında gündeme gelen değişiklik taslaklarında; sebepsiz gözaltına alma, sorgusuz tutuklama, yargısız infaz, vatandaşına düşman ceza hukuku yöntemleri uygulama ve polis devleti kurma gibi hukuk devleti ilkelerinden uzak amaçlar bulunduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.” Genel olarak iç güvenlik paketini bu kapsamda değerlendiren görüş için bkz., Levent Pişkin, “İç Güvenlik Paketi ya da Düşman Ceza Hukuku”,

<http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/203307/ic-Guvenlik-Paketi-ya-da-Dusman-Ceza-Hukuku.html> , E.T.: 09.10.2018.

676 sa. KHK¹⁵⁷ ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nun¹⁵⁸ müdafî ile görüşmeyi düzenleyen 154. Maddesine yapılan ekleme, yukarıda geçen Alman Mahkemelerinin Kuruluşu ve Çalışma Usulleri Hakkında Kanun'un 31. Maddesi ile benzerlik göstermektedir. Zira bu maddeye göre de belli suçlar bakımından “*gözüaltındaki şüphelinin müdafî ile görüşme hakkı Cumhuriyet savcısının istemi üzerine*” kısıtlanabilmektedir. Ayrıca burada, başkasının can güvenliğinin tehdit edilmesi şartı aranmamıştır.

Son olarak, OHAL KHK'larının temel hak ve özgürlükleri sınırlandıracağı beklenmedik bir gelişme olmasa da¹⁵⁹ medya gündemini ‘sivillere ceza muafiyeti’ şeklinde meşgul eden 696 sa. KHK'nın¹⁶⁰ 121. maddesi¹⁶¹ ile getirilen düzenlemeye göre, darbe teşebbüsü ve terör eylemlerinin bastırılması kapsamında gerçekleştirilen fiilleri nedeniyle resmi görevli olmayan kişilerin de cezai sorumluluğu doğmayacaktır. Bu düzenlemenin ‘*vogelfrei*’ kavramıyla kurduğu benzerlik düşündürücüdür.

2.2. Uluslararası Hukuk

Terörizme karşı akdedilen uluslararası ilk anlaşmanın, 1963 tarihli Uçaklarda İşlenen Suçlar Ve Diğer Bazı Eylemlere İlişkin Tokyo

¹⁵⁷ 676 sa. KHK, Kabul: 03/10/2016, Resmi Gazete: 29/10/2016, Sayı: 29872.

¹⁵⁸ 5271 sa. Ceza Muhakemesi Kanunu, Kabul: 04/12/2004, Resmi Gazete: 17/12/2004 Sayı: 25673.

¹⁵⁹ Türkiye’de özellikle olağanüstü hal döneminde düşman ceza hukukunun uygulandığına dair görüşler için bkz., Hüseyin Aygün, “Düşman Ceza Hukuku”, 12.10.2017, <https://www.birgun.net/haber-detay/dusman-ceza-hukuku-184018.html> , E.T.: 04.10.2018; Rahmi Ofloğlu, “Düşman Ceza Hukuku”, 24.03.2018, <http://www.adaletbiz.com/ceza-hukuku/dusman-ceza-hukuku-h201577.html> , E.T.: 04.10.2018; Özlem Altınparmak, “Böyle Hukuk Düşman Başına”, 04.11.2017, <https://m.bianet.org/biamag/siyaset/191239-boyle-hukuk-dusman-basina> , E.T.: 04.10.2018. Ayrıca terörle mücadelede düşman ceza hukukuna başvurulmaması gerektiği yönünde bkz., Salih Gülgeldi, “Düşman Ceza Hukuku”, 13.11.2013, <http://www.hukukihaber.net/dusman-ceza-hukuku-makale.3256.html> , E.T.: 04.10.2018; Mehmet Merdan Hekimoğlu, “Terörle Mücadelede Düşman Ceza Hukuku”, 26.06.2018, <http://www.karar.com/gorusler/terorle-mucadelede-dusman-ceza-hukuku-895355#> , E.T.: 04.10.2018.

¹⁶⁰ 696 sa. KHK, Kabul: 20/11/2017, Resmi Gazete: 24/12/2017, Sayı: 30280.

¹⁶¹ “*Resmî bir sıfat taşıyıp taşımadıklarına veya resmî bir görevi yerine getirip getirmediğine bakılmaksızın 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında hareket eden kişiler hakkında da birinci fıkra hükümleri uygulanır.*” 6755 sa. Kanun madde 37(1) “...*fiilleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz.*”
YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

Sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir.¹⁶² Bundan sonra da özellikle yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren dünyada güvenlik ön plana çıkmış, adeta yüzyıllardır uğruna savaşılan insan hak ve hürriyetleri, güvenlik paradoksunda arka planda kalmıştır. Yerel, bölgesel ve evrensel terörizmle savaş ve uluslararası suçlulukla mücadele konularını düzenleyen onlarca sözleşme akdedilmiştir. Ancak her bir sözleşmeyi ya da terörle mücadele noktasında devletler tarafından ya da bağımsız olarak kurulan organizasyonları incelemek bu makalenin amacını ve hacmini aşacaktır. Amaç, uluslararası toplumun düşman ceza hukukuna eğilimli olup olmadığını ya da bunun derecesini tespit için değerlendirmelerde bulunmaktır. Bu yüzden 193 ülkeyi temsil kabiliyetiyle Birleşmiş Milletler ve yargı yetkisi 47 ülkede tanınan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin tutumunun ele alınması genel bir perspektif sunması açısından gerekli ve yeterli görülmüştür.

2.2.1. Birleşmiş Milletler

1999 tarihli Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme¹⁶³'nin 8/1. maddesine göre; “*Her Taraf Devlet, gerektiğinde müsadere edilebilmeleri amacıyla., 2. Maddede belirtilen suçların işlenmesi için kullanılan veya kullanılması için oluşturulan fonların veya bu suçlardan temin edilen kazançların tespiti, bulunması, dondurulması, el konulması için iç hukuku uyarınca gerekli tedbirleri alır,*”

Ayrıca Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 1373(2001) sayılı kararı ve bunun devamı niteliğindeki tüm kararlarında terörizmi finanse eden kişilerin mal varlıklarının dondurulmasına ilişkin yükümlülükler getirmektedir.¹⁶⁴

Yine, Güvenlik Konseyi tarafından çıkarılan 2014 tarihli bir karara¹⁶⁵ göre; tüm üye devletler, terörist faaliyetlerin finanse edilmesinde, planlanmasında, hazırlanmasında ve icra edilmesinde ya da desteklenmesinde rolü olan herkesin adalete teslim edileceği ve bu fiilin ciddiyeti doğrultusunda bu kişilerin ağır şekilde cezalandırılmasını

¹⁶² Daniel O'DONNELL, “International treaties against terrorism and the use of terrorism during armed conflict and by armed forces”, **International Review of the Red Cross**, Vol.88, Num. 864, December 2006, s. 854.

¹⁶³ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme, 9 Aralık 1999.

¹⁶⁴ Mehmet GÖDEKLİ, **Terörün Finansmanı Suçu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 151.

¹⁶⁵ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, S/RES/2178 (2014), 24 Eylül 2014.

sağlayacak yeterlilikte ceza kanunları yapılacağını garanti etmelidirler.¹⁶⁶ Bu fiiller arasında vatandaşlığı olmadığı ya da ikametinin bulunmadığı bir ülkeye terörist aktivitelere katılmak, planlanmasında ya da hazırlanmasında katkı sağlamak, terörist talimleri almak ya da vermek için gitmek, doğrudan ya da dolaylı olarak sayılan eylemlerde kullanılması amacıyla ya da bunlar için kullanılacağını bilerek fon toplamak ya da tedarik etme ile aynı eylemleri yapması için örgüte üye toplamak sayılmıştır. Aynı kararın devam eden paragrafında ise Konsey, El-Kaideye sosyal medya dahil herhangi bir yoldan destek olan kişi, grup, girişim ve işletmelerin listesinin yapılması gerektiği konusundaki kararlılığını yineler.¹⁶⁷

Örnek olarak verilen sözleşme maddesi ve Güvenlik Konseyi kararında, terör faaliyeti olarak adlandırılan eylemlerinin kapsamının hayli geniş tutulduğu açıktır. Üstelik bunların hazırlanmasına, planlanmasına şeklinde defaten vurgulandığı üzere terör eylemlerine teşebbüs etmenin de terör suçu olarak addedildiği aşikardır. Ancak terör eylemleri için fon sağlamak, suç olarak düzenlenmiş olmaması halinde kendi başına bir teşebbüs değil, ancak hazırlık hareketi olarak nitelendirilebilecekken henüz tahsis edilmediği halde bu amaç için ayrılmış bulunan meblağa dahi devlet tarafından el konulması, sözleşmede hüküm altına alınmış ve devletlere bir yükümlülük olarak getirilmiştir. 2014 tarihli kararda açıkça ifade edildiği üzere, örneğin birinin terör kampına gitmesi için sağlanan -ancak bu kişi henüz gitmese ve para kullanılmasa da- fon da sağlayıcısını terör suçlusu kılacaktır. Jakobs' un kastettiği cezalandırmanın öne alınması herhalde ancak bu kadar elverişli bir örnekle izah edilebilirdi.

2.2.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Extraordinary rendition meselesinin tipik bir davası olan *El-Masri*'de AİHM, maddi ve usuli yönlerden işkence yasağının ayrıca kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının, özel yaşamın gizliliği hakkının ve etkin başvuru hakkının ayrı ayrı ve çok ağır derecede ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁶⁸ Hukuki garantilerin keyfi devlet erki politikasında eridiği¹⁶⁹ böyle bir uygulamanın bir 'insan hakları' mahkemesince teyit edilmesi elbette beklemezdi. Kaldı ki AİHM bir başka davada, *extraordinary rendition*' u

¹⁶⁶ S/RES/2178 (2014), s. 4, para 6.

¹⁶⁷ S/RES/2178 (2014), s. 4, para 7.

¹⁶⁸ *El-Masri v. Yugoslavia*, paras. 223; 237; 250.

¹⁶⁹ *Vervaele, a.g.m.*, s. 5.

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

hukukun üstünlüğü ve Sözleşme ilkelerinden tam bir sapma olarak nitelendirmiştir.¹⁷⁰

Mangouras v. İspanya davasında, Yunan asıllı başvuruçunun kaptanı olduğu gemi İspanya kıyılarında gövdesinde açılan bir yarık nedeniyle batmış, açılan ceza soruşturmasında sorgu hakimi başvuruçunun 3 000 000 Euro kefaletle serbest bırakılması olanağını tanıyacak şekilde tutuklanmasını emretmiştir. AİHM, söz konusu kefalet miktarı açısından Sözleşme'nin 5/3 maddesinden ihlal vermemiştir.¹⁷¹ Burada prosedürel bir hak olan teminatla tutuksuz yargılanma hakkını adeta işlevsizleştiren bir karar görülmektedir.

AİHM, *M. v. Almanya*¹⁷² kararında başvuruçunun hakkında ağır suçlardan mükerrer fail olduğu için suç işlemeye yüksek eğilimli olması sebebiyle hapis cezasının infazından sonra güvenlik tedbirine hükümlenmiştir. Söz konusu tedbir nedeniyle normal ceza infaz kurumunda tutulan başvuruçunun süresini doldurmasına iki yıl kala yürürlüğe giren bir kanunla güvenlik tedbirlerinin on yıl olan tavan süresi kaldırılmıştır. Bunun akabinde mahkeme, M. hakkında da yasanın yeni halinin uygulanabileceğine karar vermiştir. AİHM ise 'ceza' kavramını otonom yorumlayarak ilgili emniyet tedbirini bir ceza addetmiş ve ceza kanunlarının aleyhe olarak geriye yürüyemeyeceğinden bahisle yedinci maddeden ihlal kararı vermiştir.¹⁷³ Zira başvuruçunun suçu işlediği dönemde, söz konusu tutma süresiz uygulanmamaktadır.

Bergmann v. Almanya davasında ise, olaylar çok benzer olmasına rağmen, AİHM tamamen farklı bir karar vermiştir. Bu davada da Bergmann çoğu cinsel dokunulmazlığa ve vücut bütünlüğüne ağır ihlal teşkil eden fiillerden yargılanmış, ceza almış, cezasının infazından sonra hakkında verilen güvenlik tedbirinin de süresini doldurmuştur.¹⁷⁴ Bergmann'ın da işlediği suçlar döneminde henüz güvenlik tedbirinin tavan süresi on yıldır. On yılı doldurduktan sonra bölge mahkemesinin tedbirin devamına karar vermesi üzerine başvuruçunun, temyiz yoluna gitmiştir. Yapılan değerlendirmeler sonucu, temyiz mahkemesi bir kişinin akıl hastası sayılıp hakkında tedbir verilebilmesi için cezai sorumluluğunu (kusur yeteneğini) ortadan kaldıracak derecenin aranmadığını belirterek Bergmann'ın sadist

¹⁷⁰ *Iskandarov v. Russia*, 17185/05, 23 September 2010, para. 156.

¹⁷¹ *Mangouras v. Spain*, 12050/04, 28/9/2010, paras. 13-17; 92.

¹⁷² *M. v. Germany*, 19359/04, 17.12.2009.

¹⁷³ *Ibid*, paras., 7-12; 123-137.

¹⁷⁴ *Bergmann v. Germany*, 23279/14, 7/1/2016, paras. 6-13.

cinsel yönelimlerinin akıl hastalığı kapsamında kalacağını ifade etmiştir.¹⁷⁵ Ayrıca yerel mahkemelerde failin tehlikelilik hali defaten vurgulanmış ve hapisanede kalarak toplum açısından bir tehdit oluşturmaması gerektiğine kanaat getirilmiştir.¹⁷⁶ AİHM ise, her ne kadar kişi bir hastanede tutulmuyor olsa da, akıl hastalığı sebebiyle olaydaki gibi tedbirin uzatıldığı hallerde, artık bu tutmanın niteliğinin cezalandırıcı olmaktan çıktığını, dolayısıyla burada kanunların geriye yürümezliği ilkesinin ihlal edilmediğini karara bağlamıştır.¹⁷⁷

El-Masri davasında tutumu son derece hukukun üstünlüğüne dayanan, hümanist ve oldukça net olan AİHM'in *Mangouras*'ta kişi güvenliği noktasındaki hassas tavrından saptığı gözlemlenmektedir. Yine, failin tehlikeliliği hasebiyle toplumdaki tecridine dayanan, şartları hemen hemen aynı olan son iki davada da altı yıl arayla taban tabana zıt iki karar çıkarması düşündürücüdür. Yerel mahkemeler, Bergmann davasında 'akıl hastalığı' olduğunu kabul etmelerine rağmen doksan yedi yaşındaki başvuruçuyu tedaviye cevap vermemekte direndiği gerekçesiyle hastanede değil, cezaevinde tutmayı uygun görmüş ve bunu toplumun bu kişiden korunması gereğine açıkça dayandırmışlardır. AİHM ise içtihadından dönerek, üstelik de suçun işlenmesinden sonra yürürlüğe giren bir kanunla süresizleşen tedbire onay vermiş görünmektedir.

2.2.3. Ara Sonuç

Uluslararası Ceza Hukuku Derneği'nin beş yılda bir yaptığı kongrelerin sekizincisi 20-27 Eylül 2009 tarihleri arasında İstanbul'da tertiplenmiştir. Bu kongrede alınan pek çok karardan düşman ceza hukuku açısından öne çıkanı, hazırlık hareketlerinin ve iştirak biçimlerinin genişlemesine yönelik olandır.¹⁷⁸ Buna göre, "*diğer insanların hayatlarına, vücut bütünlüklerine ve özgürlüklerine zarar verecek çok ağır bir suçun önlenmesi; kanunun, hangi hazırlık iştirak hareketlerinin cezalandırılacağını çok genel ifadelerle başvurmadan ve özellikle sadece suç işleme kastının veya amacının cezalandırılmasından kaçınarak, objektif ve somut hareketleri tanımlamış olması, suç teşkil eden fiillerin, asıl suçun gerçekleşebilmesi için açık ve yakın bir tehlike oluşturuyor olması, failin kastı ve cezanın suçun faili için*

¹⁷⁵ Ibid, para. 23.

¹⁷⁶ Ibid, paras 20;28.

¹⁷⁷ Ibid, para.182.

¹⁷⁸ XVIII. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi ve İstanbul Kararları, "Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişleyen Biçimleri", Çev. Elif Yarsuvat, **Suç ve Ceza**, Sayı 1, Ocak-Şubat-Mart 2010, s. 13 vd.

öngörülmüş olandan daha hafif olması ve her koşulda bireysel kusurun kapsamına uygun olması”¹⁷⁹ şartlarının sağlanması koşuluyla söz konusu genişleme meşru olarak yapılabilir. Bu kararın alınması ise, günümüz küresel dünyasında bilhassa terörizm ve diğer silahlı örgütlü suçlar olmak üzere çok ağır suçların belirdiği ve açık ve yakın tehlike halleriyle sınırlı olmak ve güvenlik için gerekme kaydıyla hazırlık hareketleri ve iştirakin kapsamının genişlemesine ihtiyaç duyulabileceği gerekçelerine dayandırılmıştır.¹⁸⁰

Çok farklı milletlerden ceza hukukçularını barındıran bu bağımsız derneğin aldığı karar da dünya çapında güvenliğin nasıl birinci mesele haline geldiğini bir kez daha ortaya koymaktadır. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin genel tutumu ve AİHM’in dönüşen yaklaşımı dikkate alınarak şu özet sonuca varmak mümkündür: Ağır suçlarla ‘mücadele’ için cezalandırılabilirliğin öne alınması -ki hazırlık hareketlerinin bizatihi suça dönüşmesini, iştirakin ve terör suçu kavramının genişletilmesini ifade eder- başta olmak üzere, ağır cezalar ve cezanın infazından sonra dahi devam eden emniyet tedbirleri gibi düşman ceza hukuku endikatörlerine uluslararası camiada da sıkça rastlanmaktadır.

3. DÜŞMAN CEZA HUKUKU ELEŞTİRİSİ

3.1. Ampirik Açıdan

Öncelikle, hukuka her daim sırtını dönmüş düşman kategorisi gerçekte mevcut değildir.¹⁸¹ Jakobs, sivil bir anayasa altında yaşamaya zorlanamayan kişi olarak bu tabiri yorumlamışsa da kimin ne zaman düşman kabul edileceği, onun ne zaman ve nasıl dışlanması gerektiği noktasında hiçbir açıklık bulunmamaktadır.¹⁸² Kimin düşman olduğunu belirlemeye yetkili olan kimdir?¹⁸³ Rahatlıkla parlamentodur, devlet başkanıdır, ceza mahkemesidir ya da adli kolluktur diyebilir miyiz?¹⁸⁴ Düşman hangi kriterlere göre belirlenmektedir?¹⁸⁵ Devlet düşmanının kim olduğunu nasıl

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ Ibid, s. 15 vd.

¹⁸¹ Rosenau, **a.g.m.**, s. 398.

¹⁸² Arnold, **a.g.m.**, s. 535.

¹⁸³ Klaus MALEK, “Düşman Ceza Hukuku – 2006 Yılı 30. Müdafiler Günündeki ‘Düşman Ceza Hukuku- Hukuk Devletindeki Hortlak’ Çalışma Grubuna İlişkin Birkaç Düşünce”, Çev. Yener ÜNVER, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, C.:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 593

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ Ibid.

ve nereden bilmektedir?¹⁸⁶ Olağan suçluların yanlışlıkla düşman kabul edilmesinin önüne nasıl geçilecektir?¹⁸⁷ Ne zaman düşman ne zaman vatandaş ceza hukukunun uygulanacağına kim, hangi kriterlere göre cevap verecektir?¹⁸⁸ Hukuku tamamen inkar eden kişinin var olup olmadığı noktasındaki kuşklar dahi, düşman ceza hukuku konseptinin kaypak zeminde yükseldiğini göstermektedir.¹⁸⁹

Aponte' ye göre düşman, düşman gibi davrandığı için değil, otorite onu öyle tanımladığı için düşmandır.¹⁹⁰ Ökçesiz' e göre de düşmanın rejim karşıtları için kullanılan bir tabir haline gelme tehlikesi bulunmaktadır.¹⁹¹

Ancak emniyet tedbirlerinin muhatabı olan kimseler hukuk dışı ve kişi olmayan ya da vahşi hayvan değildirler.¹⁹² Zira ilk olarak, örneğin bir suç örgütünün lideri olan birey, ceza hukukunun pek çok normunu ihlal ediyor da olsa aile hukukuna dayanan görevlerini yerine getiriyor olabilir ya da borçlar hukukuna dayanan bir sözleşmeyle bir ev, araba satın alıyor olabilir ki bu onun hukuk düzeninin büsbütün dışında olmadığını gösterir.¹⁹³ Bir suç örgütüne mensup olmak devletin bireyle iletişimine engel değildir.¹⁹⁴ Düşman, fail olarak ceza hukukunun kapsamında ve dolayısıyla da devletin muhatabıdır, onun devleti muhatap alıp almamasının bir önemi bulunmamaktadır.¹⁹⁵ İkinci olarak da, dünya çapındaki insan hakları hareketleri ve evrensel vatandaşlık statüsü, suçlunun ne yaptığının önemi olmadan bazı temel haklara sahip kişi olmasını gerektirir.¹⁹⁶

Keza Jakobs' un kendisi de yüzde yüz düşmanın bulunamayacağını dile getirmektedir.¹⁹⁷ Kişiler gerçek hayatta, en azından kısmen de olsa hukuka uyar. Bu durum da onların bu tez bağlamında tecrit edilmelerine engel olmaktadır.

¹⁸⁶ Heiner BIELEFELDT, "Das Folterverbot im Rechtsstaat", **Deutsches Institut für Menschenrechte**, Policy Paper No.4, Berlin, Juni 2004, s. 10.

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ Rosenau, **a.g.m.**, s. 398.

¹⁹⁰ Aponte, **a.g.m.**, s. 576.

¹⁹¹ Hayrettin ÖKÇESİZ, " 'Düşman Ceza Hukuku' Düşüncesinin Eleştirisi, Güncel Hukuk, Sayı 26, Şubat 2006, s. 43. (Bundan sonra: Ökçesiz, Eleştirisi)

¹⁹² Rosenau, **a.g.m.**, s. 398; Malek, **a.g.m.**, s. 592.

¹⁹³ Ibid., s. 399.

¹⁹⁴ Sinn, **a.g.m.**, s. 625 vd.

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ Diez, **a.g.m.**, s. 205.

¹⁹⁷ Jakobs 2004, s. 93.

3.2. Semantik Açıdan

Jakobs, ulusal bazdaki kanunların ve uluslararası sözleşmelerin belli suçlarla mücadele şeklinde isimlendirilmesinin, bu düzenlemelerin amacının failin cezalandırılmasından ziyade onlarla savaşılacağı olmasından ileri geldiğini savunmaktadır.¹⁹⁸ Tıpkı veba ve koleraya karşı mücadele gibi.¹⁹⁹ Oysa ki söz konusu yasalar kavramsal olarak suç fenomenlerine yönelik olup, belirli fail gruplarını hedeflememektedir.²⁰⁰

Jakobs' un cinsel suç faillerini de düşman kategorisinde değerlendirdiğinden yola çıkılarak dışlanacak olan, hukuk dışı bırakılan bireyin, terapiye ya da tedaviye tabi tutulmasının düşman ceza hukukunda bir yeri yoktur.²⁰¹ Dolayısıyla, cinsel suçlulukla mücadele kanunları çıkararak ve bu suçluları hastanelerde güvenlik tedbirine tabi kılan bir devlette düşman ceza hukukunun uygulanıyor olduğu iddiası anlamsal açıdan zayıf olacaktır.

3.3. Dogmatik Açıdan

Öncelikle, Jakobs' un Kant'ın felsefesini kendi tezine odaklı ve son derece yüzeysel olarak yorumladığı iddia olunabilir.²⁰² Kant'a göre hukuk belli bir yer ve zamanda yasaların istedikleriyle ölçülürse ampirik olur ve ampirik hukukun içeriği egemenin istencine göre belirlenir.²⁰³ Cezalar ancak belli bir amaca özgülenmemiş, ampirik olmayan, siyasetten uzak saf bir yasa tarafından belirlenebilir.²⁰⁴ İnsana bizzatıhi amacın kendisi olarak muamelede bulunmayı öğütleyen insan odaklı bu radikal aşkın pozitivizmde failin kişi olmaktan çıkarılması söz konusu olamaz.²⁰⁵ Keza, Kant'a göre kişi ancak ve ancak savaş hali olan doğa halinde düşman kabul edilebilir.²⁰⁶

Devamla, Jakobs' un temel düşüncesi, vatandaş ceza hukukunun amacının normların korunması, düşman ceza hukukunun ise tehlikelerle mücadele olduğudur. Burada ilk husus, vatandaş ceza hukuku ile güvence altına alınan normun geçerliliği meselesinin, uçsuz bucaksız bir ceza hukuku doğurabileceği tehlikesidir.²⁰⁷ Bunun sebebi, ana eksen olarak

¹⁹⁸ Jakobs 2000, s. 47-51.

¹⁹⁹ Rosenau, **a.g.m.**, s. 399.

²⁰⁰ Saliger, **a.g.m.**, s. 61.

²⁰¹ Rosenau, **a.g.m.**, s. 400.

²⁰² Arnold, **a.g.m.**, s. 531.

²⁰³ Ibid., s. 532.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ Heinrich, **a.g.m.**, s. 103.

hukuki değerlerin değil normun geçerliliğini korumak alınır, her tür hareketin bir anda cezaya tabi olacak olmasıdır.²⁰⁸ Ancak bundan daha tehlikelisi kamu barışı ve kamu güvenliği gibi kolektif içerikli hukuki değerlerin korunması merkeze alınacak olursa ceza hukukunun ‘suyu çıkacaktır.’²⁰⁹ İkinci husus, önleyici amaçlı hemen bütün faaliyetlerin düşman ceza hukuku kapsamında değerlendirilmesidir. Oysa, vatandaş ceza hukuku da büsbütün önleyici tedbirlerden, koruma tedbirlerinden ve güvenlik tedbirlerinden münezzeh değildir.²¹⁰

3.4. Hukuk Devleti İlkesi Açısından

Düşman ceza hukuku konsepti hukuk devleti ilkesi bakımından pek çok sorunsalı beraberinde getirmektedir.

Güvenlik ve özgürlük paradoksunda güvenliğin ön plana çıkarılması: Yukarıda da bahsedildiği gibi artık bugün risk toplumunun güvenlik hukukuna geçilmiş bir vaziyet söz konusudur.²¹¹ Burada asıl tehlike, güvenliğin ancak sert ceza kanunları ile sağlanacağını düşünmekten ve güvenliği özgürlüğü yadsıyıcı biçimde yorumlamaktan kaynaklanmaktadır.²¹² Güvenlik kaygısı yüzünden diktatörlerin istedikleri kişilerin haklarını sınırlandırmasına ve hatta kişi olmaktan çıkarmasına müsamaha gösterilmemelidir.²¹³ Bu paradoks güvenliğin sürekli kılınmış, eşit ve daha çok özgürlük anlamına gelecek şekilde yorumlanmasıyla aşılacaktır.²¹⁴

Ceza hukukunun ultima ratio olmaktan çıkarılması: Düşman ceza hukuku, önleyici yönün ön plana çıkarılmasıyla aslında son çare olarak uygulanması gereken ceza hukukunu ilk araca dönüştürme tehlikesini barındırmaktadır.²¹⁵

Fiil değil fail odaklı yaklaşım: Fiilin değil failin kim olduğunun önemli olması yani failin iradesinin, saikinın merkeze alınarak, teşebbüsün ve hazırlık hareketlerinin kapsanacağı şekilde cezalandırılabilirliğin öne alınması²¹⁶ tehlikeli faillerin izlenmesine yönelik özel müdahale

²⁰⁸ Ibid.

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ Rosenau, **a.g.m.**, s. 400.

²¹¹ Eicker, **a.g.m.**, s. 678 vd.

²¹² Ökçesiz, Eleştiri, s. 42.

²¹³ Ibid.

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ Sinn, **a.g.m.**, s. 687.

²¹⁶ Arnold, **a.g.m.**, s. 536.

tedbirlerinin geliştirilmesi²¹⁷ fiil ceza hukukundan fail ceza hukukuna geçildiğinin göstergeleri olarak görülmektedir.²¹⁸

Kusur ilkesinin aşınması: Kusura değil tehlikeliliğe ağırlık veren tedbirler²¹⁹ fail ceza hukukuna geçişin bir sonucudur.²²⁰ Failin kim olduğunun önemi ve vatandaş değil de düşman ise etkisiz hale getirilip bir köşede tasfiye edilmesini öngören tutum, devlet erkinin vahşileşmesini sonuçlar.²²¹

Otoriterleşme- faşistleşme: Ceza hukukunun düşman ve vatandaşlar için uygulanmak üzere ikiye ayrılması totaliter bir karakter taşıdığını gösterir ve ceza hukukunun genişlemesi, üstelik sertleşmesi faşist bir toplum düzenine gidişin sinyallerini verir.²²²

Masumiyet karinesinin ortadan kalkması: Ceza hukukunun en temel prensiplerinden olan masumiyet karinesi de düşmanın statüsüne göre ve tehlikelilik haline göre yorum yapan bu hukuk konseptinde ortadan kalkmış görünmektedir.²²³

İnsan onurunun zedelenmesi: Söz konusu hukuki değerlerin korunması olmayıp normun geçerliliği olunca, bir değer olarak insan onuru da anlamını yitirmektedir.²²⁴ Kişilerin statülerinin inkâr edilmesi ile onların vahşi hayvanlar olarak kategorize edilmesi insan onurunun dokunulmazlığını yaralar.²²⁵ Son olarak elbette, bu sistemin işkence yasağına yer vermemesi de insan onurunun hükümsüz kalışına işaret etmektedir.²²⁶

Eşitliğin zedelenmesi: Temelde vatandaş ve düşman şeklinde ceza hukukunda ayırma gitmek ve birinde kusur ilkesine göre işlem yaparken birinde hukuk dışı addedilen bireylerin tehlikelilik üzerinden muamele görmesi, hukuk devletinin çok temel ilkelerinden olan eşitlik prensibine zarar vermektedir.²²⁷ Vatandaşlar ve olmayanlar arasında yaratılan bu çifte standart anayasa hukukunun temellerini göçertecek ve vatandaşların da özgürlüklerine gelecek tecavüzlere ortam hazırlayacaktır.²²⁸

²¹⁷ Ibid, s. 540

²¹⁸ Sinn, **a.g.m.**, s.615.

²¹⁹ Rosenau, **a.g.m.**, s. 392.

²²⁰ Sinn, **a.g.m.**, s. 630-631.

²²¹ Rosenau, **a.g.m.**, s. 401.

²²² Ibid.; Arnold, **a.g.m.**, s. 536.

²²³ Ökçesiz, Eleştiri, s. 42.

²²⁴ Sinn, **a.g.m.**, s. 622.

²²⁵ Rosenau, **a.g.m.**, s. 401; Ökçesiz, Eleştiri, s. 43.

²²⁶ Bielefeldt, **a.g.m.**, s. 10.

²²⁷ Rosenau, **a.g.m.**, s. 401.

²²⁸ Diez, **a.g.m.**, s.194, dipnot 28.

SONUÇ

Düşman ceza hukuku, temelde en yüksek değer olarak insan onurunu ya da diğer temel hak ve özgürlükleri değil, toplumsal güvenliği baz alan bir sistem olarak karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki, kamu güvenliğini tehdit eden failer, ki bunlar mükerrir cinsel suç failleri de dahil olmak üzere, terör suçluları, organize suç örgütü üyeleri, uyuşturucu kaçakçıları, ekonomik suçlular ve benzerleridir, devlet tarafından vatandaş olarak algılanmamalı, vatandaşlara tanınan bütün hukuki güvenceler onlara tanınmamalıdır. Onlar toplumun kendilerinden muhafaza edilmesi gereken tehlikeli kişilerdir. Devlet de güvenlik görevini yerine getirmek için cezalandırmasını erkenden başlatmalı, teröre yardım için ayrılan fonlara el koymalı, istihbaratı mümkün mertebe geniş tutarak planlanan suçlardan haberdar olmalıdır. Tekrar suç işlemesinden şüphe edilen ağır suçlardan hükümlüleri, cezalarının infazından sonra dahi süresiz olarak tutmalı, hiçbir faaliyetin planlama veya aksiyon aşamasında yer almamasına rağmen bir suç örgütüne üye olma gafletinde bulunan kişiyi, bu kişi tehlikelilik halini kanıtlamış bulunduğundan on beş yıllara varan cezalara tabi kılmalıdır.

Ceza hukukunun en ayrılmaz ilkelerinden olan kusur prensibi, masumiyet karinesi ve insan onuru böyle bir yaklaşımda devamlı ihlal edilme tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır. Üstelik devlet erkinin en kolay ve en ağır müdahale yetkisiyle donatıldığı ceza hukukunun son çare olmasının, müesseselerinin suçun işlenişinden sonra harekete geçirilmesi gerekliliğinin göz ardı edilmesi, yüzyıllardır dişle tırnakla savaşılmış edinilmiş insan haklarının güvenlik gerekçesiyle teker teker iade edilmesi gibi bir durumu sonuçlayacaktır. İştirakin ve hazırlık hareketlerinin genişletilmesi ve cezalandırılması, devletin niyet okumasına, bunların tespiti için gerçekleştirilen geniş çaplı bilgi toplama faaliyetleri de özel hayatın devamlı surette ihlaline varacaktır. Bu konseptte ironik olan şudur ki, önerilen ya da tasvir edilen tüm bu uygulamalar *hukuk dışı* ‘düşmanlardan’ korunmak uğruna gerçekleştirilirken geride özgürlükleri aşınmış, hukuksuz devletlerin *hukuk içi* ‘vatandaşları’ kalacaktır.

Zira hukuk devletlerinde hukuk bir ve tek olup, herkese eşit olarak uygulanır. Bir ülkede hangisinin kime, ne zaman ve hangi şartlarda uygulanacağını muğlak olduğu birden fazla ceza hukuku sistemi öngörmek gerçekçi olmaktan uzaktır. Elbette devlet toplumun güvenliğinden de sorumludur. Ancak örneğin, bireylerin evden çıkmasını yasaklayarak can güvenliklerini temin eden bir devlet bu hususta ne kadar samimidir ve ne kadar arzulanabilir?

Suç işlediği sabit olan kişi ceza hukuku kanunları uyarınca cezalandırılmalıdır. Suç işlediğinden şüphelenilen kişi hakkında soruşturma yapılmalı ve gerektiğinde koruma tedbirlerine başvurulmalıdır. Suç işleyeceğinden şüphelenilen kişinin vereceği zarardan sakınmak için de idari kolluk gereken önlemleri almalıdır. Tüm bunlar için hukuk devleti çatısındaki vatandaş ceza hukuku yeterlidir. Söz konusu kişinin adeta cezalandırılır gibi hürriyetinden yoksun bırakılması ceza adalet sistemi mantığına uymaz.

Velhasıl, devletin güvenliği tatbik etmesi gerekmekeyse de bunun yolu onun eline istediği alanı istediği kadar ağır yaptırıma bağladığı bir ceza hukuku teslim etmek olmamalıdır. Savaşın bile bir hukuka bağlandığı günümüzde gelmiş bulunan insan hakları seviyesinden ve bilhassa usuli güvencelerden vazgeçmek kısa vadede güvenliği sağlasa da bunun bedeli özgürlüklerden feragat olacaktır. Düşman ceza hukuku ancak, hukuku ve hukuk devletini zedeler. Zira *adaletle adavet yan yana yürümez ki...*²²⁹

KAYNAKÇA

KİTAP/MAKALE

- AMBOS, Kai, “Düşman Ceza Hukuku”, Çev. Serkan OĞUZ, **Küresel Bakış**, Yıl 7, S. 22, Haziran 2017, s. 77-107.
- APONTE, Alejandro, “Savaş ve Politika- Günlük Yaşamdaki Politik Aleyhtar Ceza Hukuku”, Çev. Emin KOÇ, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Cilt:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 571-581.
- ARNOLD, Jörg, “Beş Tezde Düşman Ceza Hukuku’nun Gelişim Süreçleri”, Çev. İlker TEPE, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Cilt:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 527-550.
- ASHOLT, Martin, “Die Debatte über das „Feindstrafrecht“ in Deutschland Aufleben eines alten Dilemmas am Anfang des 21. Jahrhunderts”, **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, 4/211, s. 180-192.
- BIELEFELDT, Heiner, “Das Folterverbot im Rechtsstaat”, **Deutsches Institut für Menschenrechte**, Policy Paper No.4, Berlin, Juni 2004.
- BUNG, Jochen, “Normun Geçerliliği Teorisi Olarak Düşman Ceza Hukuku ve Kişi”, Çev. Yener ÜNVER, **Terör ve Düşman Ceza**

²²⁹ Abdurrahim Karakoç, **Adalet-Adavet**, Vakıf, 26/05/2008.

- Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Cilt:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 595-610.
- DANNER, Allison M., “Defining Unlawful enemy Combatants: A centripetal Story”, **43 Texas Internatinal Law Journal**, 1, 2007, s. 1-14.
- DÍEZ, Carlos Gómez-Jara, “Düşman Savaşçılar Versus Düşman Ceza Hukuku: Düşman Ceza Hukukuna İlişkin Avrupa Tartışmasına Giriş ve Onun Hukuk Dışı Düşman Yabancı Savaşçıların Hukuki Statüsü Hakkındaki Anglo-Amerikan Tartışması ile Olan İlişkisi”, Çev. Serkan OĞUZ, **CHD**, Yıl 12, S. 34, Ağustos 2017, s. 183-209.
- DÜX, Heinz, “Globale Sicherheitsgezetze und weltweite Erosion von Grundrechten”, **Zeitschrift für Rechtspolitik**, 2003, Heft 6, s. 189-195.
- EICKER, Andreas, “Ceza Hukukunun Prosedürleştirilmesi Işığında Terörle Mücadele Kanunu Yapma”, Çev. Ali Kemal YILDIZ, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Cilt:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 677-690.
- ELSEA, J. K., “Detention of American Citizens as Enemy Combatants”, **CRS Report for Congress**, 2005.
- FICHTE, Johann Gottlieb, **Foundations of Natural Right**, Ed. Frederick Neuhouser, Çev. Michael Baur, Cambridge University Press, 2000.
- FLETCHER, George, **Rethinking Criminal Law**, Oxford University Press, 2000.
- GÖDEKLİ, Mehmet, **Terörün Finansmanı Suçu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- HAMMERBERG, Thomas, "Report by Thomas Hammarberg - Commissioner for Human Rights of the Council of Europe Following his visit to Turkey on 28 June – 3 July 2009: Human rights of minorities", **CommDH**, (2009)30, 01.10.2009.
- HASSAMER, Winfried, “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”, **NStZ**, 1989, s. 553-558.
- HEINRICH, Bernd, “Die Grenzen des Strafrechts bei der Gefahrprävention- Brauchen oder haben wir ein ‘Feindstrafrecht’”, **ZStW** 121 (2009) Heft 1, s. 94-130.
- HOBBS, Thomas, **Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti**, Çev. Semih Lim, YKY Yayınları, İstanbul 2005.

- JAKOBS, Günther, “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht”, **Ritsumeikan Law Review**, No. 21, 2004, s. 93-107.
- JAKOBS, Günther, “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart” (Kommentar), in: Eser/Hassemer/ Burkhardt (Hrsg.), **Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende**. Rückbesinnung und Ausblick, 2000, 47-52.
- JAKOBS, Günther, “Düşman Ceza Hukuku? - Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme”, Çev. M. Cemil OZANSÜ, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Cilt:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 507-526.
- JAKOBS, Günther, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, 97, 1985, s. 751-785.
- JAKOBS, Günther, “Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku”, Çev. M. Cemil OZANSÜ, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Cilt:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 489-505.
- JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts**, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. Berlin 1996.
- JOHNSON, R., “Extraordinary rendition: a wrong without a right?”, **Richmond Law Review**, Vol. 43, No. 3, 2009, s. 1135-1174
- KARAKOÇ, Abdurrahim, **Adalet-Adavet**, Vakıf, 26/05/2008.
- KAUFMANN, Phlipp, “Präventivstrafrecht versus Feindstrafrecht”, **Juristische Rundschau**, 2016(4), s. 163-173.
- LYNGBO, Mikael / YENİSEY, Feridun /TOPÇU, Namık Kemal /TOZMAN, Önder / ŞAHİN, Kemal, “Örgütlü Suçlar ve Terör Suçları Eğitim Modülü”, **Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi**, Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2014.
- MALEK, Klaus, “Düşman Ceza Hukuku – 2006 Yılı 30. Müdafiler Günündeki ‘Düşman Ceza Hukuku- Hukuk Devletindeki Hortlak’ Çalışma Grubuna İlişkin Birkaç Düşünce”, Çev. Yener ÜNVER, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Cilt:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 591- 593.
- O’DONNELL, Daniel, “International treaties against terrorism and the use of terrorism during armed conflict and by armed forces”,

- International Review of the Red Cross**, Vol.88, Num. 864, December 2006, s. 853-880.
- OHANA, Daniel, "Trust, Distrust and Reassurance: Diversion and Preventive Orders Through the Prism of *Feindstrafrecht*", **The Modern Law Review**, 73(5), 2010, s. 721-751.
- ÖKÇESİZ, Hayrettin, " "Düşman Ceza Hukuku" Düşüncesinin Eleştirisi, **Güncel Hukuk**, Sayı 26, Şubat 2006, s. 40 vd.
- ÖKÇESİZ, Hayrettin, " "Düşman Ceza Hukuku" Düşüncesine Eleştirel Bir Bakış- 2", **Güncel Hukuk**, Sayı 30, Ekim 2006, s. 34 vd.
- ROSENAU, Henning, "Jakobs'un Düşman Ceza Hukuku Kavramı Hukukun Düşmanı", Çev. Erhan TEMEL, **AÜHFD**, C. 57, S. 4, 2008, s. 391-402.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, **Toplum Sözleşmesi**, Çev. Vedat Günyol, Çan Yayınları, 1965.
- SALIGER, Frank, "Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?", **Juristen Zeitung**, 61. Jahrgang, Nr: 15/16, 11 August 2006, s. 756-762.
- SATTERTHWAITE, M., "Rendered Meaningless: Extraordinary Rendition and the Rule of Law", **The George Washington Law Review**, Vol. 75, Nos. 5-6, 2007, s. 1333-1420.
- SCHICK, Stefan, "Feindstrafrecht als regulative Idee", **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, 3/2012, s. 46-60.
- SINN, Arndt, "Modern Suç Kovuşturması- Düşman Ceza Hukuku Yolunda mı?", Çev. Yener ÜNVER, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Cilt:8, Proje Yön. Kayhan İçel, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2008, s. 611-631.
- SINN, Arndt, "Tötung Unschuldiger auf Grund § 14 III Luftsicherheitsgesetz - rechtmäßig?", **NStW**, Heft 11, 2004, s. 585-593
- UWER, Thomas (editör), "**Bitte bewahren Sie Ruhe**". **Leben im Feindstrafrecht**, Vereinigung Berliner Strafverteidiger, Berlin, 2006.
- VERVAELE, John A.E., "Extraordinary Rendition and the Security Paradigm", **Law Review**, Vol 3, s. 1-18.
- YAVUZ, Hakan, "Yeni Bir Kolluk Tedbiri Olarak Önleyici Gözaltı: İç Güvenlik Paketi Kapsamında Düzenlenen Koruma Altına Alma ve Uzaklaştırma Tedbirleri Üzerine Bir İnceleme", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S: 27, Yıl: 7, Temmuz 2016, s. 609-666.

YENİDÜNYA, A. Caner /İÇER, Zafer, "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt:19, 2013, Sayı:2, s.797-828.

İNTERNET KAYNAKLARI

Ahmet Davutoğlu, "Canlı bomba listesi elimizde ama eylem yapmadan tutuklayamayız", 12.10.2015, <https://www.birgun.net/haber-detay/canli-bomba-listesi-elimizde-ama-eylem-yapmadan-tutuklayamayiz-92096.html>

Amnesty International, AMR 51/063/2005, 13 May 2005, <http://web.archive.org/web/20060207010552/http://web.amnesty.org:80/library/Index/ENGAMR510632005>

<http://vnbs.de/index.php?id=39>

<https://dejure.org/gesetze/StGB/129b.html>

https://grants.nih.gov/grants/policy/select_agent/Patriot_Act_2001.pdf

https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=//%5B@attr_id=%27bgbl104s1838.pdf%27%5D#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl104s1838.pdf%27%5D_1538494472053

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/D E/2006/02/rs20060215_1bvr035705.html

<https://www.buzer.de/gesetz/4671/al0-59630.htm>

https://www.gesetze-im-internet.de/gvgeg/_31.html

https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_129a.html

https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_66.html

https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_89a.html

<https://www.theguardian.com/world/2001/sep/21/september11.usa13>

Hüseyin Aygün, "Düşman Ceza Hukuku", 12.10.2017, <https://www.birgun.net/haber-detay/dusman-ceza-hukuku-184018.html>

Jean Baudrillard, "Sanal Evren ve Haber Dünyası", Çev. Oğuz Adanır, **İzinsiz Gösteri**, Sayı 7, 2004, <http://www.izinsizgosteri.net/new/?page=1&content=27>

Levent Pişkin, "İç Güvenlik Paketi ya da Düşman Ceza Hukuku", http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/203307/ic_Guvenlik_Paketi_ya_da_Dusman_Ceza_Hukuku.html

Mehmet Merdan Hekimoğlu, "Terörle Mücadelede Düşman Ceza Hukuku", 26.06.2018, <http://www.karar.com/gorusler/terorle-mucadelede-dusman-ceza-hukuku-895355#>

- Özlem Altınparmak, “Böyle Hukuk Düşman Başına”, 04.11.2017, <https://m.bianet.org/biamag/siyaset/191239-boyle-hukuk-dusman-basina>
- Rahmi Ofluoğlu, “Düşman Ceza Hukuku”, 24.03.2018, <http://www.adaletbiz.com/ceza-hukuku/dusman-ceza-hukuku-h201577.html>
- Salih Gülgeldi, “Düşman Ceza Hukuku”, 13.11.2013, <http://www.hukukihaber.net/dusman-ceza-hukuku-makale,3256.html>

KARARLAR

- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, *Avrupa Entegrasyon ve İnsan Hakları Mahkemesi ve Ekimdzhiiev /Bulgaristan*, No.62540/00, 28.06.2007.
- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, *Bergmann v. Germany*, 23279/14, 7/1/2016.
- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, *El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, 39630/09, Jugement, 13 December 2012.
- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, *Iskandarov v. Russia*, 17185/05, 23 September 2010.
- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, *M. v. Germany*, 19359/04, 17.12.2009.
- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, *Mangouras v. Spain*, 12050/04, 28/9/2010.
- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ, S/RES/2178 (2014), 24 Eylül 2014.
- BUNDESGERICHTSHOF, BGHSt 59, 218, Rn. 27.
- BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, 1 BvR 357/05, 15.02.2006.
- SUPREME COURT, *Hamdan v. Rumsfeld*, IZ 6 S. Ct. 2749 (2006)
- XVIII. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi ve İstanbul Kararları, “Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişleyen Biçimleri”, Çev. Elif Yarsuvat, **Suç ve Ceza**, Sayı 1, Ocak-Şubat-Mart 2010, s. 13 vd.
- YARGITAY, 16. CD, E. 2017/2204, K. 2017/5578, 28.11.2017.
- YARGITAY, 9. CD, E. 2010/9286, K. 2012/5270, 18.04.2012.
- YARGITAY, 9. CD, E. 2011/2412, K. 2013/6246, 18.04.2013.
- YARGITAY, CGK 2007/9-282 E., 2008/44 K., 04.03.2008.