

# \* DÜŞMAN CEZA HUKUKU ALTERNATİFSİZ MİDİR? TEORİK DÜŞMAN CEZA HUKUKUNUN UYGULAMADAKİ DÖNÜŞÜMÜ:

## Düşman Ceza Hukukunun İşlevselliği Üzerine Bir İnceleme

(IS ENEMY CRIMINAL LAW IRREPLACIBLE? THE THEORY OF ENEMY CRIMINAL LAW AND ITS TRANSFIGURATION IN PRACTICE: A Thesis on Enemy Criminal Law's Functionality)

Dicle Yağmur Kılıç \* \*\*

### ÖZ

*Düşman ceza hukuku son yirmi yılda yaratıcısı Jakobs tarafından toplumsal düzenin mahvının engellenebilmesi için ceza hukukunun içinde bulunması zaruri olan alternatifsiz bir çözüm olarak sunulmaktadır. Bu makalenin amacı, düşman ceza hukuku tasarımı kendi bütünselliği içinde bir değerlendirmeye tabi tutarak güvenlik arayışında düşman ceza hukuku uygulamalarının gerçekten de alternatifsiz ve/veya etkili bir çözüm sunup sunmadığını incelemektedir. Bu amaç doğrultusunda Jakobik düşman ceza hukuku kendi tarihsel gerçekliği ve teorik temelleri bünyesinde dış unsurlardan arındırılarak bütün saflığıyla masaya yatırılmıştır. (II-III) Ardından ortaya konmuş tasarımın teorik eksiklikleri, çelişkileri ve imkânsızlıkları incelenerek düşman ceza hukukunun kendi kavramsal bütünlüğü içinde güvenlik ihtiyacını karşılamasının teoride mümkün olup olmadığı değerlendirilmiştir. (IV) Son adımda ise teorik bir tasarım olan düşman ceza hukukunun pratikteki önlenemez dönüşümü ve reel düşman ceza hukuku uygulamalarının toplum üzerindeki etkileri çözümlenmektedir. (V)*

**Anahtar kelimeler:** *Düşman ceza hukuku, düşman ceza hukuku uygulamaları, düşman ceza hukuku temel kavramları, düşman, düşmanın toplumdan ihraç edilmesi, jakobik toplumsal sözleşme, Jakobik birey-kişi-norm.*

---

<sup>#</sup> 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.

\* Öğrenci, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-0735-3859. Yazarın bu makalesi Yeditepe Üniversitesi Bedrettin Dalan Makale Yarışması'nda üçüncülük derecesi almıştır.

**Esere Atf Şekli:** Dicle Yağmur Kılıç, "Düşman Ceza Hukuku Alternatifsiz Midir? Teorik Düşman Ceza Hukukunun Uygulamadaki Dönüşümü: Düşman Ceza Hukukunun İşlevselliği Üzerine Bir İnceleme", YÜHFD, C.XVI, 2019/2, s.319-357.

## ABSTRACT

*In the last twenty years, enemy criminal law is represented as the one and only indispensable and irreplaceable solution against the downfall of social order by its creator Jakobs. The aim of this article is to analyze enemy criminal law in its totality in order to examine whether enemy criminal law applications provide the irrevocable and/or effective solution in the search of security. In accordance with this purpose in mind, firstly Jakobian enemy criminal law is studied in its purest form through its historical conversion and theoretical grounds apart from external elements. (II-III) Afterwards, the possibility of enemy criminal law's theoretical layout corresponding to the need of security is investigated in lieu with its lacking aspects, contradictions, and impracticability. (IV) As a final step, the unavoidable alternation of enemy criminal law's theory through practice and the actual impact of implementing the enemy criminal law is evaluated. (V)*

**Keywords:** *Enemy criminal law, enemy criminal law practices, fundamental terms of enemy criminal law, enemy, deportation of the enemy from society, Jakobian social contract, Jakobian individual-person-norm.*

\*\*\*

## Giriş

Düşman Ceza Hukuku kavramı, kavramı ortaya atan Jakobs'un teoriye olan yaklaşımına ve teorinin temellendirilmesi aşamalarına bağlı olarak günümüzdeki şeklini alıncaya dek farklı evrelerden geçmiştir.<sup>1</sup> 1985 yılında hukuk lügatinde yer edinen kavram, 1999'da isim babası Jakobs tarafından geliştirilerek biçim değiştirmiş, bu kez ceza hukuku içinde alternatifi olmayan bir olgu olarak sunularak dikkatleri üzerine çekmiş<sup>2</sup> ve 11 Eylül saldırılarından itibaren tüm dünyada ivme kazanan terör korkusu üzerine gün geçtikçe radikalleşmiştir.

<sup>1</sup> SALIGER, F., Çev./Haz.: OĞUZ, S., Düşman Ceza Hukuku: Eleştirel veya Totaliter Ceza Hukuku Konsepti?, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 34, Ağustos 2017, s.3, <https://jurix.com.tr/article/8090>, (Son erişim tarihi: 8.10.2018);

<sup>2</sup> ROSENAU, Henning., Çev.: TEMEL, Erhan, "JAKOBS'UN DÜŞMAN CEZA HUKUKU KAVRAMI HUKUKUN DÜŞMANI." (Makale 12 Ocak 2008 tarihinde Dokuz Eylül Hukuk Fakültesinde Hukukun Aktüel Sorunları konulu 1. Türk-Alman Hukuk Sempozyumunda tebliğ olarak sunulmuştur), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 57 Sayı: 4,s.6 DOI: 10.1501/Hukfak\_0000001561 Yayın Tarihi: 2008 <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1499/16554.pdf> (Son erişim tarihi: 15.10.2018) *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

Günümüzde, Düşman Ceza Hukuku açıktan açığa, adı konulmadan veya farklı isimler altında pek çok devletin mevzuatında farklı derecelerde bulunmaktadır.<sup>3</sup> Fikrimce son şekliyle düşman ceza hukuku, insan haklarına ve insanın özgürlük alanına sınırları belirlenemeyen bir tehlike bulutu olarak çökmüş, yeterince temellendirilmemiş ve haliyle hukuk devleti anlayışından uzak, iktidarın hukuk dışı eylemlerini hukuki alanda meşrulaştırmak amacıyla kolaylıkla istismar edilebilecek bir kavrama dönüşmüştür.<sup>4</sup>

Jakobs doktrinde pek çok yazar tarafından bu olumsuz tablonun sorumlusu kabul edilmektedir. Ancak geldiğimiz noktada teorinin ve içindeki kavramların anlamlarının Jakobs'un ileri sürdüğü düşüncelerin ötesine geçtiğini, özellikle "düşman" gibi hassas bazı kavramların içeriklerinin belli temellere oturtulmamış tartışmalar çizgisinde gün geçtikçe genişletildiğini de kabul etmek gerekir. Düşman Ceza Hukuku terminolojisindeki bu bilgi kirliliği ise teorinin doğru anlaşılmasını engellemektedir.

Yazımın öncelikli amacı bir icat olduğunu düşündüğüm düşman ceza hukukunu mümkün olduğunca kendi teorisinin mantıksal bütünlüğü içinde ve tüm saflığıyla ortaya çıkarmaktır. Nitekim tam anlamıyla tanımlayamadığımız bir şeyi ne sağlıklı bir biçimde eleştirmek, ne sağlam argümanlarla def etmek, ne de eksikliklerini ve tehlikelerini gidermek suretiyle geliştirmek mümkündür. Bu nedenle kişisel yargılarımı ve doktrindeki eleştirileri yazımın Jakobik düşüncüyü açıklamaya çalıştığım bölümlerinden elimden geldiğince ayrı tutmaya çalıştım. Ancak bu yaklaşımından yazarı desteklediğim veya makalemin tamamının yalnızca açıklayıcı bir tutum çerçevesinde ilerleyeceği çıkarılmamalıdır. Makalemin devamı Düşman Ceza Hukukunun alternatifsiz bir mecburiyet olup olmadığını incelemek adına naçizane eleştirilerimi içermektedir

<sup>3</sup> Jakobs özellikle bazı kanuni düzenlemelerin "mücadele" terimi ön plana çıkarılarak düzenlenmesini düşman ceza hukukunun göstergesi olarak sunar. Oysa pek çok yazar mücadele terminolojisinin suçluyla mücadeleyi değil, suçla mücadeleyi ifade ettiğini belirterek böylesi bir argümanın semantik bir zaaf olduğunu belirtmektedir. Örneğin bakınız:ROSENAU, age, s.9

<sup>4</sup> Bakınız aynı görüşte: AMBOS, Kai., Çev.: OĞUZ, "Düşman Ceza Hukuku", (Makale 'Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht' adlı derginin 2006 senesi 124. sayısında "Feindstrafrecht" adı altında yayımlanmış ve yazarın izniyle Türkçeye çevrilmiştir.), s.1, <http://www.taa.gov.tr/indir/dusman-ceza-hukuku-bWFrYWxlfDk1ZmRjLTU2MWUxLWZjZTY1LTU1NWJiLnBkZnwxMDA4/> (Son erişim tarihi: 15.10.2018)

## Jakobik Düşman Ceza Hukuku Kavramı ve Kavramın Tarihsel Gelişimi

Düşman ceza hukuku kavramı ilk kez Jakobs'un 1985 yılında Alman Ceza Kanunu incelemesi üzerine Frankfurt am Main'de düzenlenen Alman ceza hukukunda öğretilmesine ilişkin bir sempozyumda sunduğu "Hukuka Aykırılık Öncesi Cezalandırma" tebliği ile ortaya atılmıştır.<sup>5</sup>

Başlangıçta, Düşman Ceza Hukukunun hukuk camiasındaki etkisi sönük kalmıştır. Bunun en büyük sebeplerinden biri olarak ise Jakobs'un bu dönemdeki tutumu gösterilmektedir. Jakobs'un kendi keşfine tereddütle yaklaşması ve düşman ceza hukukunun ancak istisnai hallere özgülenmesi gerektiğini belirtmesi<sup>6</sup> düşman ceza hukukunun sansasyonel bir ceza hukuku devinimi olarak algılanmasını engellemiş, düşman ceza hukuku muhtemelen halihazırda varlığı kabul edilen olağanüstü ceza hukuku uygulamalarına yöneltilmiş bir başka niteleme olarak görülmüştür.

Bu tebliğde Jakobs'un değindiği mühim meselelerden biri ise Alman Ceza Kanunu § 30'dur.<sup>7</sup> Bu kanun maddesi, ceza hukukunda alışılmadık bir yaklaşım sergileyerek hukuki menfaatin zedelenmesinden önceki alanda beliren, teşebbüs aşamasında kalmış suça iştirak olgusunu cezai sorumluluğa tabi kılmıştır.<sup>8</sup>

Sözü geçen muamele kapsamında fail, henüz maddi dünyada vuku bulmuş bir fiili söz konusu değilken, yalnızca iç dünyasında şekillenmekte olan "*kötü niyetine bağlanan tehlikeli düşünceleri*" dolayısıyla cezai sorumluluğa tabi tutulmaktadır.<sup>9</sup> Kanunun suça iştirake teşebbüs eden kimsenin kötü niyetine cezai bir sonuç bağlanması ise söz konusu suç failine devlet tarafından saygı gören bir vatandaş gibi değil, tehlikeli bir düşman gibi müdahale edildiğini gösterir.<sup>10</sup> Kanun, failin tehlikeliliğini göz önünde bulundurarak alışıldık cezalandırılabilirlik alanından taşmakta, Alman Ceza

<sup>5</sup> ROSENAU, age, s.5

<sup>6</sup> Age, s.6

<sup>7</sup> Alman Ceza Kanunu § 30 : "(1) Başkasını suç işlemeye yöneltmeye veya azmettirmeye teşebbüs eden, suça teşebbüse ilişkin hükümler gereğince cezalandırılır. Ancak ceza § 49 f. 1 hükmüne göre indirilir. Aynı şekilde § 23 f. 3 hükmü 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."

<sup>8</sup> Age.

<sup>9</sup> HEINRICH, B., Çev.: ŞOHOĞLU, "M. Tehlikenin Önlenmesinde Ceza Hukukunun Sınırları - Yeni Bir Düşman Ceza Hukuku Hakkında Tartışmalar", *Hukuk Köprüsü*, Cilt: 6, Sayı: 11, Aralık 2016, s.3

<sup>10</sup> SALIGER, age, s.3

*YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

Kanunu § 30'daki suçun failine herhangi bir vatandaşa nazaran çok daha sınırlı bir özgürlük alanı bırakmaktadır.

Jakobs kanunun bu yaklaşımını mevzuatta içten içe var olan ama gözlerimizi yumduğumuz bir olguya dayandırır: Pozitif hukuk, failin tehlikelilik ölçüsüne göre Düşman Ceza Hukuku(Feindstrafrecht) ve Vatandaş Ceza Hukuku(Bürgerstrafrecht) olmak üzere ikili bir ayrıma gitmektedir.<sup>11</sup>

Söz konusu görüşe göre, Vatandaş Ceza Hukukunun amacı özgürlük alanlarının(Freiheitssphäre) optimal hale getirilmesiyle, Düşman Ceza Hukuku hukuki menfaatlerin(Rechtsgüterschutz)<sup>12</sup>, korunmasını hedef alır.<sup>13</sup> Vatandaş Ceza Hukuku, failin özgürlük alanına duyduğu saygıdan ötürü, hareket alanı öncesini suç kapsamının dışında tutarak bireylerin anayasal haklarını kullanmalarını garanti altına alırken; Düşman Ceza Hukuku, tehlikeyi önleme amacı güttüğünden, anayasal hakları göz ardı eder.<sup>14</sup>

Jakobs, bu teorisini desteklemek için Alman Ceza Kanunu § 129 ve § 129a'da düzenlenen "suç işlemek ya da terör amaçlı çetelerin oluşturulması" suçlarına da değinir. Bu düzenlemeler doğrultusunda örgüt, henüz herhangi bir suçu teşebbüs aşamasında dahi işlememiş de olsa, örgüt yöneticisi adam öldürmeye teşebbüs suçunun cezası kadar ağır bir cezaya tabi tutulacaktır.<sup>15</sup>

Böylece düşman ceza hukuku, Jakobs'a göre hukuk düzeninin içinde mutlaka bulunması gereken(de lege lata) bir yaklaşım önerisi veya bir suç politikası tartışması olmaktan ziyade, pozitif hukukta belli durumlarda yansımaları görülmeye başlanmış bir olgunun ortaya çıkarılmasıyla vücut bulmuştur. Jakobs'un iddiasına göre, Jakobs bu kavramı yaratmamış, keşfetmiştir. O kadar ki Düşman Ceza Hukuku terimini, bu tarihte hâlihazırda var olan Alman ceza hukukunun "*tanımlayıcı eleştirici analizinin basmakalıp ifadesi*" olarak kullanmıştır.<sup>16</sup>

Ne var ki Jakobs'un yaklaşımında, Düşman Ceza Hukukunun tartışılmaya başlandığı ilk yıllardan bu yana kökten bir değişim gözlenmektedir. Jakobs başlangıçta Düşman Ceza Hukukunun mevcudiyetini "*özgür güçlü bir devletin varlığını(n) değil, bilakis devletin bu bakımdan var olmadığına*"<sup>17</sup>

<sup>11</sup> SALIGER, age, s.3

<sup>12</sup> Bu açıdan hukuki menfaatin ölçütü toplumun varlığının korunmasına dayalı bir güvenlik ihtiyacıdır. Bu mesele aşağıda daha detaylı değerlendirilecektir.

<sup>13</sup> SALIGER, age, s.4

<sup>14</sup> HEINRICH, age, s.3

<sup>15</sup> ROSENAU, age, s.5;

<sup>16</sup> AMBOS, age, s. 12

<sup>17</sup> SALIGER, age, s. 4

bir nişanesi olarak görürken 1999'da "Ceza Hukuk Biliminin İkinci Binyılı" ("Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende") toplantısındaki bildirisinde Düşman Ceza Hukuku uygulamalarının hukuk sistemi içindeki gerekliliğini savunmaya başlamıştır.

Bu bildiri ile ayrıca günümüz hukuk anlayışına göre sağ ve tam doğumla her insanın elde ettiği kişi sıfatı, toplum sözleşmesinin getirdiği temel hukuk düzeninin meşruluğunu bilişsel olarak kabul etmiş ve bu yöndeki kabulünü davranışlarıyla anlaşılır kılan kimselere has bir kavram olmaya indirgenmiştir. Buna karşılık bu düzeni sürekli olarak reddetme kararı verip gerekli bilişsel garantileri göstermeyen, bu düzeni tahrip etme tehlikesi taşıyan kimseler ise kişi sıfatını hak etmeyen şahıslar(individuum) (Unperson) olarak ayrıştırılmıştır.<sup>18</sup> Kişilik statüsünden çıkarılmış (Unpersonen) kimseler artık toplum sözleşmesine uyma kararı alan herkes tarafından düşman sayılacaklardır. Düşmana karşı atılan adımlar ise Vatandaş Ceza Hukuku uygulamalarından farklıdır ve Jakobs tarafından bir savaş olarak nitelendirilmişlerdir.

Yazarın adı geçen bildirisi, sadece Jakobs'un konuya yaklaşımındaki değişim ile değil, teorinin maddi içeriğindeki temel hak ve özgürlük aleyhindeki genişlemelerle de doktrinindeki tartışmaları hararetlendirmiş; Düşman Ceza Hukuku, hukuk tartışmalarının ortasına bir ateş gibi düşmüştür. Kimileri teorinin içeriğini, kimileri başlı başına böyle bir teorinin ileri sürmesi nedeniyle Jakobs'un kendisini eleştirirken hatırı sayılır bir grup hukukçu ise eleştirilerini Düşman Ceza Hukukunun "*saf-tanımlayıcı analitik düzlem*"<sup>19</sup> eksenindeki var oluşunu terk ettiği ve Düşman Ceza Hukukunun hak ve özgürlük karşıtı bir hukuk politikası propagandasına dönüştürüldüğü savı doğrultusunda şekillendirmiştir.

Jakobs hala kanunda var olanı açıklamanın ötesine gitmediğini savunmasına karşın Düşman Ceza Hukukuna yönelik tutumu 1999'daki bildirisinden itibaren her geçen gün giderek radikalleşmiştir. O kadar ki 11 Eylül saldırılarından sonra Jakobs, Düşman Ceza Hukukunun, hukuk düzenindeki varlığı hakkındaki fikirlerini tek başına yeterince zaten güçlü bir ifade olan gereklilik kelimesiyle de değil, *çöktüğe doğru sürüklenmemek için* mecburiyetinde olduğumuz bir olgu ibaresiyle ifade etmektedir.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> SALIGER, age, s. 5

<sup>19</sup> AMBOS, age., 13

<sup>20</sup> JAKOBS, Günther, Çev: OZANSÜ, M. Cemil, 25. Bölüm: "Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku", Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi [8]-Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Proje Yöneticisi: İÇEL, Kayıhan, Editor: ÜNVER, Yener), Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Birinci Baskı: Ocak 2008, Ankara, s. 11  
*YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

Düşman Ceza Hukuku üzerindeki tartışmalar otuz yılı devirmiş olmasına rağmen hala tüm hararetiyle devam etmektedir. Üstelik teorinin maddi içeriği bir yana, Düşman Ceza Hukukunun hukuk olup olmadığı hususunda dahi henüz bir fikir birliğine ulaşılamamıştır. Kesin olan bir şey vardır: Düşman Ceza Hukukunun yeni söylevleri klasik liberal hukuk dünyasında pek çok kesimde endişeyle karşılanmıştır.

Düşman Ceza Hukukunun Alman doktrininde neredeyse tek savunucusu olan fikir babası Jakobs tarafından<sup>21</sup> nihai şekline yaklaştırılmak üzere derinleştirilmesi ve açıklanması 2002-2005 yılları arasında gerçekleşir.<sup>22</sup> Bu son aşamada, Jakobs'un odak noktası düşman ceza hukukunun sınırlarının net bir şekilde çizilmesi ihtiyacıdır. Jakobs, Düşman Ceza Hukukunun sınırlarını netleştirebilmek uğruna bilhassa teorinin felsefi temellerini geliştirmeye, temellerdeki eksiklikleri doldurmaya, kendince yanlış anlaşıldığını düşündüğü kavramların içeriklerini berraklaştırmaya uğraşır.

Bu uğraşın arkasında yatan düşünce düşman ceza hukukunun *dahi hukuk olduğu* bu nedenle *en azından kurallar tarafından yürütüldüğü ve kendiliğinden gelişen, insiyaki, bilinçsiz tutum olarak değerlendirilemeyeceğidir.*<sup>23</sup> Bu öngöründe korkulması ya da kaçınılması gereken Düşman Ceza Hukuku değildir, tam tersine Düşman Ceza Hukuku olağanüstü koşullarda devletin ve toplumsal sistemin kendini koruması için gerekli bir araç olarak doğal bir süreçte kendiliğinden ortaya çıkmış, mecburi bir oluşumdur. Düşman Ceza Hukukunun çerçevesi çizilmedikçe karşılaşılabilecek en büyük problem Düşman Ceza Hukuku ile Vatandaş Ceza Hukukunun birbirine karışması; düşmana karşı savaşta kullanılması gereken Düşman Ceza Hukuku tatbikatı "*sıradan, ortalama*" suç failine uygulanırken "*yurttaşlıktan uzak teröriste en azından biçimsel olarak kişi muamelesi*"<sup>24</sup> yapılmasıdır.

Günümüzde Düşman Ceza Hukuku tartışması Jakobs'u çoktan aşmış durumdadır. Düşman Ceza Hukuku Almanya sınırları dışında kitleleri etkisi altında almış, özellikle Latin Amerika kıtasında hızla yayılmış, tabiri caizse kulaktan kulağa, zihinden zihne yayılırken Jakobs'un kontrolünden çıkarak anlatıcısına göre muhtelif görünüm kazanmıştır. İşte bu nedenle bütün dünyayı etkileyen bu akımın orijininin gerçek anlamda anlaşılabilmesi, doğrularının hakkı verilerek hatalarına veya eksikliklerine dikkat çekilerek

<sup>21</sup> HEINRICH, age, s.2

<sup>22</sup> SALIGER, age, s.6

<sup>23</sup> JAKOBS, "Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku", s.2

<sup>24</sup> Age, s. 1

yansıtılabilmesi bütün bu anlam karmaşası içinde fayda sağlaması en muhtemel girişim olacaktır.

### **Teorik Bir Tasarım Olarak Jakobik Düşman Ceza Hukuku**

Düşman Ceza Hukuku kavramı bütünüyle anlaşılacak isteniyorsa öncelikle Jakobs'un hukukun ne olduğu, nasıl oluştuğu, neyi amaçladığı gibi sorulara yönelik felsefi kabulleri incelenmelidir. Aksi takdirde kavramlar yanlış yargılar üzerine oturtulacak ve tartışmaların bütünselliği söz konusu olmayacaktır. Sentez, antitezin doğru anlaşılması bir tez üzerine kurulması ile elde edilebilir.

Jakobs'un Düşman Ceza Hukuku teorisi henüz ceza hukukunun kanuniliği prensibini tatmin edebilecek ölçüde somutlaştırılmamış olsa da<sup>25</sup> radikal sayılabilecek<sup>26</sup> pozitivist bir yaklaşımla kendi içinde bir bütün teşkil eder. Hatta doktrinde Düşman Ceza Hukuku teorisini desteklemeyen yazarlar bile Jakobik Düşman Ceza Hukuku teorisinin, radikal pozitivist yaklaşımın üzerinden hareket etmenin Düşman Ceza Hukuku sonucunu kaçınılmaz kılacağını belirtmişlerdir.<sup>27</sup>

Düşman Ceza Hukukuna objektif yaklaşmak ancak Jakobs'un yukarıdaki kabulleri çerçevesinde oluşturduğu, birey-insan-toplum-norm kavramlarını ve bu kavramlar arasındaki ilişkiyi çözümlenmekle mümkün olacaktır. Zira Jakobs'un teorisinin asli amacı liberal hukuk devleti anlayışının insan hakları temellerine saldırmak değildir. Ne var ki Jakobs'un benimsediği anlamsal bütünlük içinde bugün eleştirilen pek çok Düşman Ceza Hukuku dinamiği bir gaye doğrultusunda olmasa da nedensellik zinciri içinde birbirine bağlanmış çıkarımlar olarak *ex officio* belirlemektedir.

Jakobs'un teorisinin gerçek açıklaması ancak teorisindeki temel kavramlara atfedilmiş sıra dışı anlamların ortaya çıkarılmasıyla mümkün olacaktır. Mamafih kullanılan kelimelerin yalnızca aynı şekilde yazılması ve telaffuz edilmesi mutabakat sağlamaya yetmez, kelimelerin aynı bağlamda kullanılıyor olması da vazgeçilemez bir koşuldur.

Yukarıda açıklanan nedenler dolayısıyla yazımın bu başlığı altında Jakobik evrenin birey-norm-toplum-kişi dörtgenini mümkün olduğunca sade

<sup>25</sup> Öte yandan düşman hukuk dışı bir statüde bulunduğundan düşmana karşı uygulanması gereken bir kanunilik prensibinden bahsedilip bahsedilemeyeceği de apayrı bir tartışma konusudur.

<sup>26</sup> ARNOLD, Jörg, Çev: TEPE, İlker, 27. Bölüm: "Beş Tezde Düşman Ceza Hukukunun Gelişim Süreçleri", Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi [8]-Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Proje Yöneticisi: İÇEL, Kayıhan, Editor: ÜNVER, Yener), Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Birinci Baskı: Ocak 2008, Ankara, ss 3-6.

<sup>27</sup> Age, s. 3



ve anlaşılır bir şekilde açıklamaya çalışacağım. Ancak her ne kadar Düşman Ceza Hukukunun dikkatleri üzerine çeken noktası, kişi ve düşman kavramları olsa da, bu kavramların temel taşları hukuk geçerliliği problemine, bir normun ne zaman ve hangi şartlar altında geçerli sayılabileceği sorusu üzerine oturtulduğundan makalemin bu başlığındaki ilk durak noktamız Jakobs'un hukuki gerçeklik anlayışı olacak.

### **Jakobs'a Göre Hukuki Gerçeklik**

Jakobs bu temel hukuk felsefesi sorununa saf normativite ve gerçek normativite belirlenimlerinden hareketle ve Hans Kelsen'e dayanan pozitivist bir yaklaşımla cevap arar.<sup>28</sup> Bununla birlikte Kelsen bilhassa bir normun muteberliğine odaklanmışken Jakobs bir normun gerçek olabilmesi için geçerli olmasının yanında etkin olmasını da arar.

Buna göre gerçek bir hukuk normu:

**Muteber/Geçerli olmalıdır.** Muteberlik hukuk normlarının ve onların somutlaştırmalarının geçerli bir yetkilendirici norm tarafından biçimsel doğru(kabul edilen biçimsel doğru bir dini kabul, akıl veya anlak olabilir) veya geçerli maddi bir üst norm(yürürlükteki geçerli bir anayasa gibi) tarafından türetilmeleri ile sağlanır.<sup>29</sup>

**Etkin ve zorlayıcı olmalıdır.** "*Gelişmiş bir hukuk düzeni, sadece çıplak haklar sunmakla kalmaz, kendi totalitesi içinde bunların kullanım imkanını da garanti eder.*"<sup>30</sup> Etkinliği ve zorlayıcılığı olmayan olguların gerçek hukuk olmasına olanak yoktur. Bu koşullar ise devreye bir yaptırımın girmesi, aksi halde ilgili devlet organının süreçteki gecikmesinin yaptırıma bağlanması ile sağlanır.<sup>31</sup>

Geçerlilik, bir piramit şeklinde kendi içinde dışa kapalı biçimlenmiş normların, hukuk dışında bir değer yargısının etkisinde kalmadan üst norma ve hiyerarşik olarak aynı basamakta bulunan diğer düzenlemelere uygunluğu ile değerlendirilir.<sup>32</sup> Ancak geçerlilik konusunda Kelsen'in

<sup>28</sup> JAKOBS, Günther, Çev: OZANSÜ, M. Cemil, 26. Bölüm: "Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme", Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi [8]-Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Proje Yöneticisi: İÇEL, Kayıhan, Editor: ÜNVER, Yener), Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Birinci Baskı: Ocak 2008, Ankara, ss. 6-7

<sup>29</sup> Age, s. 5

<sup>30</sup> Age, ss. 5-6

<sup>31</sup> Age, s. 5

<sup>32</sup> TÜRKBAĞ, Ahmet U., " Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları", s.5, [http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/ahmet\\_ulvi\\_turkbag.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/ahmet_ulvi_turkbag.pdf), (Son erişim tarihi: 15.10.2018), (Bu makale 'Hart – Dworkin Farkı' başlığının eklenmesi ve kaynakların güncelleştirilmesi gibi değişiklikler içermektedir. Özgün olarak ise Hayrettin

görüşlerine dayanan Jakobs'un, etkinlik meselesinde de aynı düşünürü takip ettiği söylenemez. Zira Kelsen, en üst normun geçerliliğini de varsayımsal bir temele(Temel Norm/ Grundnorm) oturtur. Ancak Jakobs'un etkinlik ölçütü -ki kendisi hukuki geçerliliğin vazgeçilemez koşullarından biridir- *H.L.A Hart* gibi bir varsayım yerine sosyal olguya, sosyal realiteye dayanır.

Kendi kendini doğrulayan pek çok tikel normun veya hukuk sisteminin ortaya atılması mümkündür. Pek çok düşünsel hukuk sistemi kendi normlar hiyerarşisi içinde çelişkisiz bir bütün olarak varlık kazanabilir. Ancak tüm bu düşünsel sistemler içinde gerçek devlet ve gerçek hukuku ortaya çıkarmak geçerlilik ögesinin yanında etkinlik ögesinin de tatmin edilmesi ile mümkün olabilecektir. Jakobik Düşman Ceza Hukukunun felsefi temellerinde, ancak toplum tarafından sebatla muhafaza edilen hukuk hakikate dönüşür.<sup>33</sup> Özetle, gerçek bir normun doğru veya ikna edici olması yeterli değildir, bundan daha ziyade yerleşmiş/yaygınlaşmış olması gerekir.<sup>34</sup> Jakobs'a göre, Alman mer'i hukukunda cezalandırılabilir bir fiil olmaksızın tehlikeli olduğu düşünülen faile karşı temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı tedbirler alınmasına yönelik eğilimler Düşman Ceza Hukukunun toplumsal bir gerçeklik kazandığının kanıtıdır.

Jakobs'un en çok eleştirildiği noktası olan hukuk düzeninin ilkesel muhaliflerinin düşman kategorisine girerek "kişi" vasfını kaybedeceği, bu durumda hak ve özgürlüklerinin devletin bu düşmana karşı verdiği savaşta askıya alınabileceği ve hatta tümüyle inkâr edilebileceğine yönelik fikri de Düşman Ceza Hukuku çerçevesinde yukarıda açıklanan felsefi kabullerle desteklenmektedir. Jakobs'a göre insan haklarının evrensel olduğu kuramı *kurgusal, soyut* ve gerçekten uzaktır.<sup>35</sup> Gerçekliği olmayan normlar ise ideal bir kurgu olmanın ötesine geçemezler.<sup>36</sup> Zira insan haklarının evrensel gerçek olduğu savı Jakobs'un hukuki geçerlilik testini geçememektedir.

Jakobs'a göre, insan hakları dünyanın en gelişmiş ve en demokratik ülkelerinde dahi henüz tam anlamıyla etkin bir korumaya sahip değildir. İnsan hakları özü itibariyle pratikte yalnızca bazı insanlar için gerçekleşmektedir. Gerçekleşmeyen bir hakkın gerçekten hak kategorisine girip giremeyeceği, hakka sahip olan kimse hakkını kullanmadığında hak sahibi statüsünü kaybedip kaybetmediği, pratikte geçersiz bir hakkın

Ökçesizin editörü olduğu Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) Sayı 16 (2007) ss.322-329'da yayımlanmıştır.),

<sup>33</sup> JAKOBS, "Düşman Ceza Hukuku?-Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme", s. 7

<sup>34</sup> Age, s.8

<sup>35</sup> Age, s. 2-3

<sup>36</sup> ARNOLD, age, s. 3

evrensel kabul edilip edilemeyeceği sorularına Jakobs'un cevabı olumsuzdur. Üstelik hak kavramının yalnızca hak iddiasında bulunmakla sınırlı kalmaması gerektiği, hakkın konusunun talep ettiği durum ve koşulların pratikte gerçekleştiriliyor olmasının da hak kavramının içeriğinde yer aldığını düşüncesi Jakobs'un da ötesinde bir tarihsel sürece ve sayılı düşünüre uzanmaktadır.<sup>37</sup> Bu görüş doğrultusunda insan haklarının evrensel hukuki geçerliliğinden bahsedilemez. Buna rağmen insan hakları fikrine bu denli bağlanmak ve farklı olasılıkları tartışmaya bile açmamak "olmaması gereken olamaz" mantığından hareket etmektir.<sup>38</sup> Oysa Jakobs'a göre hukuk sadece "olması gerekeni" göstererek gerçeklik kazanamaz.<sup>39</sup>

İşte tam da bu inceleme doğrultusunda, Düşman Ceza Hukukunu liberal demokratik öğretilerden ayırıştırmaya yarayan asli bir belirteç/indikatör elde edilir. Görüldüğü üzere, Jakobs'un düşüncesini günümüz sistemlerinden ayıran en temel nokta, aslında Jakobs'un hukuk felsefesini dayandırdığı başlangıç noktalarıdır. Jakobs'un hukukun gerçekliğine bağlı olarak toplumsal olgulara dayanması onu hukuk düzeninin olması gerekeni yansıtmaması düşüncesinden uzaklaştırır. Ona göre toplum düzeni hâlihazırda kendiliğinden oluşmuştur ve hukuk düzeni de işleyen sistemin çarklarına uygun olarak inşa edilmelidir, aksi takdirde hukuk toplumsal kabul göremeyeceğinden belirli güvenceler sağlayamayacak ve haliyle geçersiz olacaktır.

Aslında Jakobs'un sistemini sosyolojik bir toplum algısına dayanarak kurması, hukuku da bu düzlem üzerine yerleştirmesi de şaşılacak bir mesele değildir.<sup>40</sup> Aşağıda açıklanacağı üzere, Jakobs hukukun varlık amacının merkezinde bireyi değil, toplumu orijin alır; varlık amacı toplum düzeninin korunması veya bozulan düzenin onarılması olan bir sistemin gerçekliğini toplumsal işleyişten alması ise son derece doğaldır.<sup>41</sup> Jakobs var olandan

<sup>37</sup> OĞAN BALKIZ, Nevan, "Minimum Geçerlilik Koşulu, Partikülarist Yaklaşımlar ve İnsan Haklarının Evrenselliği", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 15. Kitap, Ağustos 2006, ss. 173-179

<sup>38</sup> BUNG, Jochen, Çev: ÜNVER, Yener, 31. Bölüm: "İsnad Edilebilirlik, Beklenilebilirlik ve Tedbir Alma Zorunluluğu - Günther Jakobs'a Bir Cevap", Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi [8]-Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Proje Yöneticisi: İÇEL, Kayıhan, Editor: ÜNVER, Yener), Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Birinci Baskı: Ocak 2008, Ankara, s.2

<sup>39</sup> Age.

<sup>40</sup> TEPE, İlker, "Düşman Ceza Hukukunu Anlamaya Çalışmak - I: Jakobs'un Endişesine Karşılık Yöntemli Bir Sorgulama Çabası", Şubat 2015, <http://yenihukuk.blogspot.com/2015/02/dusman-ceza-hukukunu-anlamaya-calsmak-i.html> (Son erişim tarihi: 15.10.2018)

<sup>41</sup> Age.

hareket eder ve toplumun korunmasını esas alır. Oysa günümüz liberal hukuk anlayışı, iktidarın kudretinin kişi özgürlükleri karşısında orantısız ölçüde genişlememesi -bana göre haklı- korkusuyla devletin varlık sebebini toplumdan ziyade bireye; insan haklarını toplumsal sözleşmenin getirdiği bir hak-yükümlülük ilişkisinin dışında yalnızca insan olmaya; hukuk düzlemine ise yalnızca var olana değil, var olabilen ve var olması gereken arasındaki dengeye oturtmaya çabalamaktadır.

Özetle Jakobik bakış açısında “Herkes kişi muamelesi yapılması gerektiği ve dolayısıyla her kişinin insan olması dolayısıyla vazgeçilemez ve devredilemez bazı haklara sahip olduğu görüşü per se(ex officio, kendinde) bir *postulattır*, toplum kurgusu için bir *modeldir* ve dolayısıyla *gerçekten var olan* bir toplumun herhangi bir parçasını yansıtamaz.”<sup>42</sup>

### **Birey, Sosyal Sözleşme, Norm ve Kişi**

Jakobs'un hukuki gerçeklik görüşü tek başına Düşman Ceza Hukuku düşüncesini doğurmaya yetmez. Çünkü bu yaklaşım günümüz modelinin gerçek olmadığını kanıtlamaya yönelik bir çaba olmakla birlikte toplumsal düzenin ilkesel muhaliflerinin hukuk dışı alana soyutlanarak bu kişilere karşı bir savaşa girişilmesini destekleyen bir altyapı sunmaz. Bu sonuca ulaşılabilmesi için başka dayanaklara da başvurmak gerekecektir. Böylece düşmanın toplumdan soyutlanması fikri tarihte Rousseau, Fichte, Hobbes gibi pek çok düşünürün ortaya attığı toplum sözleşmesi üzerinde şekillendirilir.

Sosyal sözleşme kuramı farklı düşünürler tarafından farklı yorumlara tabi tutulmuştur. Kimileri bu kuramı karmaşayı ortadan kaldıracak güçlü bir devlet yaratımını arzularak kimileri ise gözünü iktidar hırsı bürümüş devletin hâkimiyet alanının birey hak ve özgürlükleri lehine daraltılması temennisiyle savunmuştur. Aynı şekilde toplum sözleşmesinin kimler arasında kurulduğu, bu sözleşmeyi kimlerin, nasıl ihlal edebileceği konularında da pek çok ayırım mevcuttur. Bütün farklılıklar arasında Jakobs; Rousseau, Fichte, Hobbes ve hatta Kant'ın eserlerinden belli kesitleri teorisine dayanak olarak gösterir.

Sosyal sözleşme teorisine göre suç, sosyal sözleşmenin bir ihlalidir ve ihlalcî sözleşmeden kısmen muaf kılınarak toplumdan soyutlanacaktır.<sup>43</sup> Rousseau bu durumu "*cemiyet hukukuna' taarruzda bulunan 'kötü niyetli failin' devletin 'üyyesi' olmaktan çıkması, suçlunun yurttaşan(citoyen) ziyade düşman(enemi) olarak ölmeye terk edilmesi*", Fichte ise yurttaşlık

<sup>42</sup> JAKOBS, "Düşman Ceza Hukuku? - Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme", s. 3

<sup>43</sup> JAKOBS, "Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku", s. 3

sözleşmesini terk edenin "*bir insan ve bir yurttaş olarak kıymetini yitireceği ve hukuk dışı kalacağı*" şeklinde tarif etmiştir.<sup>44</sup> Jakobs bu düşünürlere ve görüşlerine ilkel muhalifin toplumdan soyutlanması görüşünün ilk ve tek savunucusu olmadığını kanıtlamak, teorisine tarihsel bir meşruiyet kazandırmak için değinmiş olsa da görüşleri Rausseau ve Fichte ile birebir örtüşmemektedir.<sup>45</sup> Ancak Jakobs'a göre tarafı olduğu görüşler, tarihte ilk kez bu denli açık ve isabetli bir ayrımla Hobbes tarafından ifade edilmiştir:

"Yurttaşlar ile devlet arasında bir teslim sözleşmesi vardır. Bu sözleşme "*kurgusu*"<sup>46</sup> doğrultusunda yurttaşlar, devletin öz inşasında ona müdahalede bulunmayacakları metaforunu baştan kabul eder. Yurttaşın kendi başına vatandaş statüsünü ortadan kaldırmaya çalışması teslim sözleşmesinin ve dolayısıyla teslim olma ilişkisinin ortadan kaldırılması anlamına gelir ve bu kimse artık tebaanın üyesi olarak değil, bir düşman olarak değerlendirilecektir."<sup>47</sup>

Her ne kadar Jakobs kendi görüşlerini açıklamaya çalışırken yukarıdaki yazarlara değinmiş de olsa bütün bu görüşler Jakobs'u olduğu gibi açıklamaya yetmez. Onun toplum sözleşmesi kavramı son derece şahsına münhasırdır, kendi içinde yine son derece özgün olan Jakobik birey-kişi ayrımından soyut olarak değerlendirilmesi yanlış anlaşılmalara yol açacaktır.

Jakobs'un toplum sözleşmesine giden yol birey kavramı ile başlar. Ancak Jakobs'un tasarımında doğa durumdaki birey başlangıçta tek başınadır. Sözü edilen tek başına olma hali, Jakobs'un toplum modeli için önemli bir detay belirtmekle birlikte fikrimce, Jakobs'un sistem teorisine yatkınlığı ile de bağdaşmaktadır. Çünkü tek başına bir bireyin etkileşimi söz konusu olmayacaktır. Sistem teorisi ise etkileşime dayanır.

Jakobs'a göre doğa halindeki tek başına bireyin dünya görüşü ulaşmak istediği hazza ve kaçındığı acıya bağlı olarak bulunduğu çevre içinde gelişen subjektif bir algıdan ibarettir. Doğa halinde tek başına var olan bağımsız birey, haz ve acının ötesinde hareketlerini sınırlama ihtiyacı duymaz; hayatını etkileyen bir başka dış etmen, dış norm yoktur. Dolayısıyla birden fazla kişi bir araya gelmeden objektif herhangi bir düzenden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Oysa toplum için objektif

<sup>44</sup> Age, ss. 3-4

<sup>45</sup> Jakobs'a göre bu görüşler fazla radikaldir, ihlalciler toplumdan dışlandıktan sonra, topluma yeniden dahil olabileme imkanına da sahip olabilmelidir. Bu husus daha detaylı bir incelemesi için bakınız: s. 28 vd

<sup>46</sup> Age, s.4

<sup>47</sup> Age, s.5

kurallara yönelik bir anlam ifade eden birlikte yaşamaya yönelik asgari uzlaşma zeminini oturtmak ancak ve ancak etkileşimle mümkün olacaktır.<sup>48</sup>

Bu görüş doğrultusunda toplumsal sözleşmeye yönelen süreçte varsayılan doğa halinde tek başına yaşamakta olan bireylerin birbirleriyle etkileşim haline geçmesi önemli bir adımdır. İki bireyin etkileşimi doğrudan toplumsal yaşamın objektif asgari şartlarını oluşturmaya yeterli değildir ancak dünyayı yalnız kendi hazları ve acıları ekseninde gören doğa halindeki bu bireylerin menfaat çatışması objektif bir toplumsal yaşam modeline giden yolda bir dönüm noktasıdır. Böylece bağımsız bireyler etkileşim araçları ekseninde zamanla toplumsal yaşamı mümkün kılan objektif normlar üzerinde hem fikir olurlar.<sup>49</sup> Yani toplumu oluşturan, toplumun devamlılığını mümkün kılan zaten toplumsal yaşamın asgari gereklilikleri üzerindeki anlaşmadır.

Jakobik toplumsal sözleşme yaklaşımında birey ve sözleşme kavramları yukarıdaki gibi açıklanmaktadır. Jakobs, Hobbes'un aksine kurgusal olarak var olduğu kabul edilen bir sözleşmeden bahsetmez. Fakat doğa hali içinde kendi haz ve acı duygularından başka hiçbir bağlayıcı kudrete tabi olmayan insanların, bir arada bulunmak için menfaat çatışmalarını belli normlar ekseninde öngörülebilir objektif temellere dayandırarak etkileşime geçmeleri bir nevi sözleşme olarak görülmektedir. İnsanların bir arada bulunabilmelerinin sebebi toplumun gereği olarak gördükleri objektif normların varlığını kabul etmeleri ve bu normlara uymalarıdır. İşte bu algı da bizleri Jakobs'un çok tartışılan kişi kavramına götürür.

Jakobs kişi tanımını yaparken Luhmann'ın sistem teorisinden de esinlenmektedir.<sup>50</sup> Luhmann toplumun çözümleme birimi olarak bireyleri veya grupları değil, son derece özgün bir bakış açısı ile sistemleri ele alır.<sup>51</sup> Sistemlerin sistematik ve bilimsel incelemesi ise ancak ve ancak sistem içindeki ve sistemler arasındaki iletişimin izlenmesiyle mümkündür. Kişisel kanaatim Jakobs'un hukuk normlarının oluşabilmesi için birden fazla birey arasındaki etkileşimi şart koşmasının Jakobs'un toplum algısı ile sistem teorisi arasındaki paralelliği yansıttığı yönündedir.

<sup>48</sup> TEPE, "Düşman Ceza Hukukunu Anlamaya Çalışmak - II: Jakobs'ta "Düşman"ın Fikri Temelleri Üzerine Kısa Bir Değinme", Mart 2015, <http://yenihukuk.blogspot.com/2015/03/dusman-ceza-hukukunu-anlamaya-calsmak.html> (Son erişim tarihi: 15.10.2018)

<sup>49</sup> Age.

<sup>50</sup> JAKOBS, "Düşman Ceza Hukuku? - Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme", s. 7

<sup>51</sup> SARIBAY, Ali Y., "Hukuk ve Politika: Luhmann Sosyolojisi Bağlamında Bir Tartışma", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 14. Kitap, Nisan 2005, s.7  
*YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

Luhmann'ın sistem teorisindeki iletişim kendisini politika ve hukuk gibi alt sistemler tarafından anlamlı olarak kabul ettirmiş olgularda gösterir.<sup>52</sup> Toplumun özü bireylerin bağımsız varlıkları değildir. Toplumu, toplumsal iletişim ve etkileşim içinde gerekli görülmüş olguların ortak kavramlar ışığında anlamlandırılmasıyla ortaya çıkan alt sistemler bütünü oluşturur. Aslında ne Luhmann ne de Jakobs açık açık sisteme dahil olmayan bireylerin insan olmadığından bahsetmiştir. İkisi de bireylerin tekil önemini inkâr etmez.<sup>53</sup> Ancak insan tek başına sosyolojik bir anlam taşıyamaz; insanın iç dünyasındaki bilinç kavramı iletişim ögesinden ve dolayısıyla iletişimle oluşmuş toplumsal normlardan ayırık tutulması gereken bir olgudur. Tek kişi ile iletişimden, iletişim olmadan sistemlerden, sistemler olmadan ise toplumdan bahsedilemez. Düşman Ceza Hukukundaki yüzeysel tartışmalardaki genel yanılığın aksine Jakobs toplum dışı kimseyi hayvan yerine koymaz, bu kimseyi insani nitelikleriyle bir birey olarak görür. Ancak hukuk da toplum içinde bir alt sistem olduğundan, iletişimin ve sistemlerin dışındaki bağımsız bireyin hukuk açısından tek başına bir anlamı yoktur.

Şu ana kadar birey kavramından, bireylerin bir araya gelerek oluşturdukları objektif normlardan bahsettik. İşte bireyin kişiye dönüşmesi de bahsi geçen toplumsal kabul görmüş objektif normların kabulüyle söz konusu olur. Doğa hali içinde, etkileşimden ve sistemlerden uzak birey, bir toplum içinde yaşayabilmek için asgari normlar üzerinde bir kabule vardığında kendi doğasının subjektif sınırlarının ötesinde objektif sınırlamalarla karşıya kalır. Birey, asgari normlara riayet edeceğine yönelik iradesini açığa vurduğunda **bu yönde yükümlülüklerle ve toplum içinde yaşayabilme imkânının sunduğu haklarla donatılmış bir "kişi" sıfatını kazanır.**

Bir başka ifadeyle kişi kavramını ihtiyaçlarından ve bu ihtiyaçların tatmin edilmesine yönelik mekanizmalardan bağımsız düşünmek mümkün değildir.<sup>54</sup> İhtiyaçlar ise somut hukuk düzeni içinde hakların tanınması ve korunmasıyla tatmin edilmiş olacağından, hukuk düzeninin dışına çıkmış, toplumdan soyutlanmış kimse kişi olamaz. Bu nedenle sadece toplum içinde bir düzen modeline dayanan grup normların tanıdığı bireyler "kişi" olabilirler.<sup>55</sup>

<sup>52</sup> Age.

<sup>53</sup> Age.

<sup>54</sup> JAKOBS, "Düşman Ceza Hukuku? - Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme", s. 6

<sup>55</sup> ARNOLD, age, s. 4

Görüldüğü üzere Jakobs'un kişi kavramı toplumla ve toplumsal sistemlerle bir arada olmayı bir ön koşul olarak kabul ederken, insan hakları teorisi toplumdan bağımsız olarak yalnız ve yalın insan kavramından yola çıkar. İnsan hakları, insan denen varlığın olanaklarından türetilmişlerdir.<sup>56</sup> "İnsan" haklarını toplumsal bir sistemle açıklamak mümkün değildir çünkü nasıl ki Jakobik teoride toplum kişi kavramına bir ön koşul olarak görülmüşse, insan hakları da insan olmanın doğasından ayrı düşünülemeyecektir.<sup>57</sup>

Her ne kadar Jakobs toplumsal düzen içinde kalmaya devam eden kişilerin, Vatandaş Ceza Hukuku içinde kendilerine hukuken tanınan haklardan yararlanmalarının garanti altına alınmış olduğunu iddia etse de, teorisinin en açık noktalarından biri de burada gizlidir. Jakobs'un teorisi, Vatandaş Ceza Hukuku sınırları içinde dahi bildiğimiz insan hakları teorisiyle bir arada bulunamayacaktır. Jakobik yaklaşımda insan yalnızca toplumun içinde var olan sisteme itaat etme sözüne bağlı olarak hak elde eder. İnsanın insan olmasından ötürü birtakım haklara sahip olduğu Jakobik düzlemde düşünülemez, haklar devlete ve topluma mevcut düzene itaat edileceği yönünde bilişsel bir garanti sunmakla elde edilirler.

### **Sosyal-Kanuni Düzen İnkârcısının Toplumdan İhracı, Düşmanlaştırma ve Düşmanla Savaş**

Düşman Ceza Hukukunun asıl tartışılması gereken konusu düşmandır. Jakobs'un birey-toplum-norm ekseninde çizdiği kişi kavramına yönelik kendince bir mantık sistemi olduğu savunulabilir. Bu mantık sistemi Düşman Ceza Hukukunun temelini oluşturmakla birlikte, Düşman Ceza Hukukunun esası düşmanın tespit edilmesi ve toplumdan ihracı meseleleridir. Oysa bu hususlar çok daha belirgin eksiklikler ve çelişkiler içermekte ve teorisinin yarattığı kavramsal bütünlük içinde kendi kendisini olumlamasını imkânsız kılmaktadır.

Jakobik düşman tanımına giden yoldaki başlangıç noktası suç ve ceza kavramları arasındaki bağlantıdır. Suç kavramının var olabilmesi, yukarıda belirtildiği üzere hâlihazırda toplumsal yaşama yönelik asgari normlar üzerinde belirli bir uzlaşımın da mevcut olmasına bağlıdır. Yalnızca menfaat çatışmalarından ibaret olan doğa durumunda, hiç kimsenin kendi iradesi dışında, objektif harici sınırlara bağlı hareket etmesi beklenemez; çünkü yukarıda açıklandığı üzere Jakobs'a göre bu evrede objektif harici sınırlar yoktur. Toplum doğa halinde uyulması gereken belli başlı normların

<sup>56</sup> BALKIZ, age, s. 2

<sup>57</sup> Age.



olduğuna dair bilişsel bir uzlaşuya sahip değildir. Dolayısıyla herkes kendi kabiliyeti ve gücü doğrultusunda hareketlerine dilediğince yön verecektir. Bu şartlar altında belirli bir normatif beklentinin hayal kırıklığına uğratılması olan suç olgusunun varlığından bahsedilemez. Aksine suç, mevcudiyetini belli bir toplumsal düzenin var olduğu ve korunacağına yönelik bilişsel garantiden alır; mevcut toplumsal düzenin tahrik edilmesinden doğar.<sup>58</sup> Norm suçun olmazsa olmaz şartıdır, suç ancak normu inkâr eden bir eylem neticesinde beden bulabilir.

Suç toplumun yapı taşını temelinden sarstıktan sonra toplumun devamlılığını sağlamak suça rağmen sosyal sözleşmenin uygulanmaya devam edeceğini, üzerinde uzlaşmış toplumsal düzenin **hala** uygulanmakta olduğunu garanti etmekle mümkündür. Çünkü birey, yalnızca birlikte huzur içinde yaşamının nimetlerinden faydalanabilmek amacıyla toplumu oluşturan normlara itaat etmektedir. Toplumsal düzenin korunamadığı algısı, bireyler arasında objektif hukuki sınırlamalar açısından bir eşitsizlik hissi yaratır; bu da her bireyi kendi menfaatlerini koruyabilmesi için doğa halindeki konumuna dönmeye iter. Bu bilişsel algının yaygınlaşmasının önü kesilmediği takdirde toplum dağılmaya, bireyler de doğa haline dönmeye mahkûmdur.

Toplumsal düzeninin korunması, başkalarının bu düzene riayet edilmeyeceği korkusu ile mümkün olamayacaktır. "*Kişiler kendi davranışlarına; diğerlerinin de normu ihlal etmeleri değil aksine norma uygun hareket etmeleri gerektiğini bilerek yön vermelidirler.*" Böylece ceza, normun suça rağmen hala geçerli olduğuna olan bilişsel güveni sağlama amacıyla suça bir cevap olarak devreye girer.

Buraya kadar anlatılanlar, her suçlunun düşman olduğu gibi bir yanılığa mahal verebilir. Oysa Jakobs suçları ve cezaları incelerken ikili bir ayrıma gider. Suçun niteliği ve cezası, suç failinin **topluma** bilişsel bir garanti sunup sunamamasına göre şekillenecektir:

**Normal Suçluluk(yurttaş suçluluk);** suçun, failin kişiliğindeki bir hata, güçsüzlük nedeniyle işlenmesine karşın failde sosyal sözleşme nezdinde oturtulmuş toplumsal düzene yönelik bir inkâr olmaması halinde meydana gelir. Normal suçun faili yaptığı hataya rağmen **topluma** üzerinde uzlaşmış normlara riayet etmeye devam edeceğine yönelik bir iradesi olduğu hususunda bilişsel bir garanti sunabilen faildir. Aslında failin gerçek iradesinin ne yönde olduğu burada bir önem taşımaz, failin hareketleri topluma, failin işlediği suça rağmen sosyal sözleşmeye sırt çevirmediği

<sup>58</sup> JAKOBS, "Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku", s. 7

yönünde bir güven sağlıyorsa bu kimseye bilinen anlamda ceza uygulanacaktır. Böylelikle normun geçerliliğine verilen zarar tamir edilmiş olur ve toplum kendi kendini doğrulayarak varlığını sürdürmeye devam eder.

**Toplumsal Düzene İhanet Suçluluğu ise;** failin topluma, üzerinde uzlaşşı sağlanmış normlara riayet etmeye devam edeceği hususunda bilişsel bir güven sağlayamamasıdır. Aslında bu suçun işlenebilmesi için failin kanunen çizilmiş sınırlara aykırı davranarak suçun maddi unsurunu meydana getirmiş, hatta başlangıç hareketlerini icra etmiş olması dahi aranmaz. Şahsi kanaatime göre, görünürün ötesinde, failin gerçekten hukuka sırt çevirmesi, toplumsal düzene yönelik sonsuz bir inkâr amacı taşıması da önemli olmayacaktır. Çünkü bu noktada düşman, **toplumdan ihraç edilmeyi ya da toplumsal düzenin içinde kalmayı ne kadar isterse istesin edilgen bir konumdur.** Kendi kendini toplumdan soyutlayamaz, toplumun içine sokamaz. Düşmanın kim olduğuna toplum karar verir; bu nedenle topluma bilişsel güven veremediği için toplumda korkuya yol açan, normların geçerliliğini duruşuyla tehlikeye düşürdüğüne **inanılan** kimse toplumsal düzene karşı suç işlemektedir. Hayatını “*toplumsal-kanuni bir statü*” içinde geçirmek istemediğine inanılan kimseler ise bir düşman gibi ele alınmalıdırlar. Bu bireylerin toplumdan atılmaları zorunludur. Hukuk düzenini tanımayan kişilere karşı açılacak savaş hukuk vasıtasıyla değil ancak zor yoluyla yürütülebilir.<sup>59</sup>

Bu suçlara yönelik müdahalelerdeki zor kavramı hâlihazırda zarar görmüş normun tamirini değil, normun bilinç düzeyinde hasar görmesinin önlenmesini; yani gerçekleşmiş bir fiilden ziyade norma ilişkin geleceğe yönelmiş tehlike beklentisini bertaraf edebilmeyi ve bu sayede toplumda bir güvenlik algısı yaratmayı amaçlar.<sup>60</sup> Bu durumda ceza, failim kınanmasına değil beklenen müstakbel eylemlerin önlenmesine yöneliktir.<sup>61</sup>

Beklenen bir tehlikeye karşı savaşımında ise ihlalci "düşman" kendisi hareketlerini hiçbir objektif sınırlamaya tabi tutmayarak avantajlı bir konumda bulunmaktadır. Devletin kendisini, gerçekliği tartışılır sınırlamalara tabi tutması (insan hakları ve vatandaş ceza hukuku dinamikleri) bu savaşta güvenliğin sağlanması için yeterli değildir. Düşmana karşı savaşta, uyulması mecburi olmayan istisnai bir sınırlama dışında her yol mübahtır.<sup>62</sup>

<sup>59</sup> Age, ss. 5-6

<sup>60</sup> Age.

<sup>61</sup> Age, s. 10

<sup>62</sup> Söz konusu istisnai sınırlamanın daha detaylı bir incelemesi için bakınız: s. 28  
YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

Jakobs bütün bu görüşlerine bir meşruiyet kaynağı olarak çok eleştirilen Kant atfını ekliyor yazısına: "*Salt doğa durumunda bulunan insanlar ve ahali, (ihtiyacım olan) güvenliğimden beni mahrum bırakır ve bu ortam vasıtasıyla bana zarar verir. Anılan kanunsuzluk durumunda benim yanımda olanlar tarafından fülüyata (facto) geçemese de statülerin yarattığı kanunsuzluk (statu iniusto) aracılığıyla, devamlı surette taciz edirim ve ben de onu ya benimle beraber toplumsal-kanuni bir statüye dahil olmaya zorlar ya da benim komşuluk alanımdan çıkmaya razı ederim.*"

Pekala Jakobs Kant'ın görüşlerini anlayamamakla ve Kant'a dair alıntılarının kendi teorisini destekler gibi görünen yanıltıcı ve yüzeysel kesitler sınırları dahilinde kalmasıyla eleştirilmiştir. Ancak bana göre Düşman Ceza Hukuku bütünselliğinde Kant'ı kendi teorisine bir kaynak olarak göstermesinin yerinde olup olmamasının da ötesinde kavramsal karışıklıklar mevcuttur.

### **Jakobik Tasarımın Teorisi Üzerine Bir Değerlendirme**

Düşman Ceza Hukuku, yukarıda da belirtildiği gibi, günümüz kanun koyucularının pozitif hukuktaki eğilimlerini inceleyip ortaya çıkaran saf-tanımlayıcı analitik yaklaşımdan uzaklaşmış, kendi kendini doğrulamaya çalışan varsayımsal bir hukuk sistemi modeli olma yolunda ilerlemektedir. Ancak Jakobs'un da açıkça dile getirdiği gibi *varsayımsal* mantık sistemleri her zaman ikna edicidir.<sup>63</sup>

Günümüz şartları altında ceza hukukunun ilgisinin alışılmış suç alanının dışına yayılması ve pozitif hukukta "Düşman Ceza Hukuku uygulamaları" olarak adlandırılmış tatbikatlara bir eğilim görülmesi Düşman Ceza Hukukunun gerekliliğine, gerçekliğine veya işlerliğine dair somut bir kanıt olarak görülemez. Düşman Ceza Hukuku geldiği noktada, kanun koyucunun kişi hak ve özgürlükleri aleyhine düzenlemelerindeki gözlemlenebilir **gerçekliklerini alıp** bu gerçekliklerin arkasına ikna edici varsayımsal **bir hukuk modeli kurgulamış** ve bu modele de bir gelecek biçmiştir. Üstelik bu model, uzun vadede toplumsal yapının sürdürülebilirliği ve vatandaş hukukundaki güvenli özgürlük alanının korunması için tek çözüm olarak gösterilmektedir.

Bu yönde Düşman Ceza Hukukunun eleştirisi iki yönde yapılabilir. Nitekim düşman ceza hukukunu pozitivist normatif eksenindeki hukuk kabullerinin hukuku optimal seviyeye taşıyıp taşıyamayacağı meselesi yıllardır tartışılmaktadır. Ancak hukukun amacına ve varlık sebebine

<sup>63</sup> JAKOBS, "Düşman Ceza Hukuku? - Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme", s. 3

yönelik argümanlarla şu an için herkesin hemfikir olabileceği genel geçer bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Bana göre Düşman Ceza Hukukunun tespit ettiği probleme çözüm üretip üretmediğinin/tek alternatif olup olmadığının en objektif değerlendirmesi, Düşman Ceza Hukukunun kendi kabulleri içinde kendi amacını sağlayıp sağlayamadığının tespit edilmesiyle gerçekleştirilebilir.

Düşman Ceza Hukukunu kendi tanımları ve kendi fonksiyonları içinde değerlendirdiğimizde teorinin savlarının kendi kendini çürüttüğü kanaatindeyim. Yaptığım incelemeler sonucunda vardığım netice Düşman Ceza Hukukunun, "hukuk" olup olmadığı dahi tartışma konusu olabilecek bir düşünce sistemi olarak varlık amacı olan güvenliği, yurttaşlara sağlamaktan aciz kaldığıdır. Düşman Ceza Hukuku hem kendi iç işleyişindeki çelişkiler hem de hesaba katmadığı dış dinamikler nedeniyle uygulanması mümkün olmayan bir sistemdir. Üstelik her geçen gün kimi zaman kötüniyetle ve kasıtlı olarak erozyona uğratılan bir hukuk politikasına dönüştürülmüştür. Kendimce ulaştığım bu sonuçları adım adım açıklamam gerekirse:

### **1. Düşman Ceza Hukukunun hukuki(?) niteliği belli değildir.**

Bu sonuca ulaşmak için öncelikli olarak sorulması gereken soru Düşman Ceza Hukukunun uygulama alanının teorideki hangi süreci kapsadığıdır. Düşman Ceza Hukuku ihraç ve düşmanlaştırma süreciyle mi ilgilenir (ihraç açısından düşman ceza hukukunun zaman bakımından uygulanması, ihraç sürecinin hangi adımlarla işleyeceği vb konular), ihraç sonrası düşmana karşı savaşı düzenleyen normları mı düzenler yoksa bu iki süreç de Düşman Ceza Hukukunun kapsamı içinde midir? Bu soru ilk bakışta gereksiz görünebilir zira Jakobs makalelerinde açık bir dille bu şekilde ikili bir ayrıma gitmemektedir. Ancak bu soruya verilen cevaba göre Düşman Ceza Hukukunun içeriğine ilişkin eleştiriler farklı odak noktaları kazanmakta ve değişmektedir.

Zira Düşman Ceza Hukukunun devletle düşman arasındaki savaşımı düzenlediği varsayımında, Düşman Ceza Hukukunun kendi argümanları kapsamında ceza hukukunun bir alt kategorisi ve hatta hukukun bir bölümü olarak değerlendirilmesi fikrimce mümkün gözükmemektedir.

Devlet-düşman savaşının Düşman Ceza Hukuku yoluyla düzenlendiği kabul edilirse:

### **Düşman Ceza Hukuku, ceza hukuku mudur?**

Jakobs'a göre **kuralsızlığın** hüküm sürdüğü doğa halinde ne suçtan ne de cezadan söz etmek mümkündür. Hatta suç ve ceza kavramları toplumsal normlarla eş zamanlı olarak ortaya çıkar. Jakobs'un görüşleri doğrultusunda

doğa halinde bulunan düşmanın "suç" işlediğini iddia etmek ve devletin bu yöndeki müdahalelerini "ceza" tanımı içinde kabul etmek Düşman Ceza Hukukunun doğa hali kabulleriyle son derece çelişkilidir. Düşman Ceza Hukukunun düşmanla savaşımı düzenlediği düşünülürse, Düşman Ceza Hukukunun "ceza hukuku" olduğundan bahsetmek mümkün olamayacaktır. Düşmanın ihracından sonra teori ancak bir savaşım stratejisi olarak görülebilir.

Jakobs, bahsi geçen çelişkiyi giderebilmek için toplum sözleşmesinden doğan "götürülecek borçlarını" ifa etmeyen kimsenin her türlü vatandaşlık hakkını yitireceğinden, **ancak yükümlülüklerinin baki kalacağından** bahsediyor.<sup>64</sup> Oysa düşmanın bütün haklarını yitirmesinin nedeni hiçbir objektif kuralın tanınmadığı, hukukun bulunmadığı bir doğa durumuna geçiş yapması olarak açıklanmıştır. Bu şartlar altında devletin, düşmanın hala yükümlülüklerinin bulunduğunu iddia etmesi ve bu fiilleri Jakobs'a göre yalnızca **hukuk düzlemi içinde varlık kazanabilen bir kavram olan suç** kategorisinde değerlendirebilecek olması açıkçası bana anlaşılır gelmemektedir.

Düşmanın devlete karşı yükümlülüklerinin devam ettiği düşüncesi, Düşman Ceza Hukukunun doğa durumuna geçildiği ve hiçbir hakkın bulunmadığına yönelik savların adeta yalnızca düşmanın ihracı meselesinde sonuç doğurması anlamına gelmektedir. Ancak hiçbir statünün doğrudan birbirine üstün sayılmadığı, menfaatlerin güç ve strateji kapsamında elde edilmeye uğraşıldığı doğa durumunda ne hikmetse devletin düşmana karşı bir yükümlülüğü bulunmazken devlet ve toplum sınırlarının tamamen dışında bulunan düşmanın devlete karşı yükümlülükleri devam etmesi ne hukuki bir gerekçeyle desteklenebilecek ne de mantıksal çerçevede gerçekçi görülebilecek bir olgudur.

Bu açıdan düşmanın toplumdan ihraç edilmesinden sonraki fiillerinin suç kapsamında değerlendirilmesi, bu eylemlere yönelik devlet müdahalelerinin de "ceza" olarak görülmesi mümkün görünmemektedir.

### **Bu şartlar altında Düşman Ceza Hukuku, hukuk mudur?**

Düşman Ceza Hukukunun düşmana karşı savaşta uygulanan hukuku düzenlediği varsayımı Düşman Ceza Hukukunun temelleriyle çelişkilidir. Jakobs'un tarif ettiği üzere düşmanın içine itildiği *"doğa durumu aynı zamanda kuralsızlık durumudur"*, yani devlet ile birey arasında *"aşırı özgürlük ile beraber olan aşırı bir savaş"* hüküm sürmektedir. Doğa hali içinde devlet, varlığını sürdürmeyi amaçlayan, menfaatleri doğrultusunda

<sup>64</sup> Age, s. 12

hareket eden bir bireyden farksızdır; aynı şekilde dışlanmış düşman da ancak kendi menfaatini gözetmekte, devletin varoluşunu devamlı surette tehdit etmektedir. Jakobs'un açıklamaları doğrultusunda hiçbir sınıra tabi olmayan bir bireye karşı verilen savaşta, devletin -bırakın Vatandaş Ceza Hukuku mekanizmalarıyla- Düşman Ceza Hukukunun ne olduğu belirli olmayan sınırlamalarıyla dahi kendi ehliyetini kısıtlaması, başlı başına Düşman Ceza Hukukunun mantıksal tasarımına terstir.

Mesele sistem teorisi veya Jakobik toplum sözleşmesi çerçevesinden incelendiğinde Düşman Ceza Hukukunun hukuk olup olmadığı sorusunun cevabı daha da berraklaşır. Normun ve dolayısıyla bir alt sistem olan **hukukun varlığından söz edebilmek için süjeler arasında bir iletişimin ve uzlaşma seviyesine ulaşan bir anlayışın** olması gerekir. Aksi halde hukuktan bahsedilemez. Düşmanla mücadele ise Jakobs'un da belirttiği gibi artık **iletişimin bittiğini** ve savaşın başladığını gösterir. Devlet ve düşman doğa halinde karşılaşmış iki oluşumdan farksızdır. Bu şartlar altında devletin toplumsal düzenden soyutlanan düşmana yönelik herhangi bir hareketi teknik hukuk kapsamında değerlendirilemez. Ne hakların ne sorumluluğun ne de objektif normların dikte ettiği sınırlamaların olmadığı bir dünyada hukuktan bahsedebilmek mümkün müdür?

Açıklananlar ışığında, Düşman Ceza Hukukunun bir hukuk dalı olduğunun kabul edilebilmesi teorinin uygulama alanının yalnızca toplumdan ihraç süreciyle (toplumun ilkesel muhaliflerinin vatandaşlardan nasıl ayırt edileceği, Vatandaş Ceza Hukukunun uygulama alanından hukuksuz doğa statüsüne geçiş süreci gibi meseleler) sınırlı kalması halinde mümkün olabileceği görünmektedir. Ancak aşağıdaki eleştiriler bu varsayım dahilinde dahi Düşman Ceza Hukukunun çözüm olmadığını kanıtlayacak niteliktedir.

## **2. Düşman Ceza Hukuku, kendi içinde çelişkiye varlık amacı olan güvenlik sorununa etkin bir çözüm sunmaktan acizdir.**

Jakobs'un fikirlerini özellikle dayandırdığı düşünür Hobbes, kendi kaotik dönemine düzen getirmek için çabalarken ortaya koyduğu sistem dolayısıyla sigorta edilecek şeyin kıymetinden daha fazla prim ödenmesini gerektiren bir sigorta sözleşmesi yarattığı yönünde eleştirilmiştir.<sup>65</sup> Ben ise Jakobs'u sigorta sözleşmesinin hükümsüzlüğü dolayısıyla işlevsiz kaldığı yönünde eleştiriyorum. Jakobik Düşman Ceza Hukukunun sigorta sözleşmesinin

<sup>65</sup> UYGUN, Oktay, "Devlet Teorisi", On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2014 1. Baskı, s. 218

içindeki bazı hükümler sözleşmenin tamamını etkileyecek ölçüde imkânsızlık içermektedirler.

**İlk olarak toplumsal düzen ihlalcisini tespit etmeye yarayan indikatörlere ve ihlalin varlığını tespit eden yapıya değinelim.** Jakobs, toplum sözleşmesine aykırı davranışla birlikte, bireyin sözleşmeden doğan götürülecek borcunu ifa etmemiş olacağını ve dolayısıyla devletin sözleşmeye olan bağlılığının ortadan kalkması gerektiğini belirtirken kişinin **kendi** iradesinin sonucu sözleşmeden çıkabileceği izlenimini vermektedir. Sözgelimi, ihraç süreci toplumun düşmanı içeri almaması şeklinde değil, düşmanın kendinin içeri girmesini engelleyecek şekilde işlemektedir.<sup>66</sup> Ancak Jakobs daha önceki lafzi vurgularının tersine şaşırtıcı bir biçimde işin aslının böyle olmadığını vurgular: Kimin dışlanacağına toplum karar verir, düşmanın, ihraç sürecinde yetkin olduğu tek husus kendini toplumun dışında tutmaya devam etmektir.<sup>67</sup>

Toplumdan soyutlanarak "düşman" statüsüne girmek istemeyen kimse hukuk sistemine "yeterli derecede" sadık olduğuna dair bir **güven sunmalıdır.**<sup>68</sup> Hatta ve hatta bir kimse hukuka sadık kalacağına dair bir söz verse ve bu sözünde samimi dahi olsa -her ne kadar bunu tespit etmek mümkün olmasa da- bütün bunlar önem taşımayacaktır, toplumda bu söze yönelik bir şüphe varsa bu kişi yine de hakları bulunmayan bir düşman ilan edilip toplumdan soyutlanacaktır.<sup>69</sup> Jacobs'a göre kimin dışlanacağına yönelik toplumun vereceği karar keyfi değildir. Kimlerin ihraç edilmesi gerektiği kararı, toplum denen büyük sistemin her alt sistemi ve her dinamiği gibi toplumun bir arada yaşama arzusundan kaynaklanan itici bir güçle doğal bir süreçte alınır. Üstelik bu karar görünmez, tahmin edilemez bir karar da değildir, iletişim ve etkileşim üzerine norm kuran toplumun kendi kararının, kararın oluşmasına katkı sağlayan bireyler tarafından öngörülemeyen olduğu düşünülemez.<sup>70</sup>

Jakobs'un toplumun karar vermesi yönünde yaptığı açıklamaların lafzi yorumu Jakobs'un ortak bir toplumsal bilincin olduğuna ve bu bilincin pekâlâ toplumdaki her bireyin farkında olabileceği şekilde dışa vurulduğuna inandığı gibi bir izlenim uyandırıyor. Böylesi bir düşünce ilk bakışta Jakobik sosyal sözleşme anlayışıyla paralel bir çizgide görünse de Jakobs'un toplumun kurulması aşamasında varlığını kabul ettiği kolektif bilincin

<sup>66</sup> JAKOBS, "Düşman Ceza Hukuku? - Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme", s. 12

<sup>67</sup> JAKOBS, "Düşman Ceza Hukuku? - Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme", s. 13

<sup>68</sup> JAKOBS, "Düşman Ceza Hukuku? - Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme", s. 12

<sup>69</sup> Age.

<sup>70</sup> Age, s. 12

yalnızca bir arada yaşama arzusundan ibaret olmadığı, aksine toplumdan ihraç gibi spesifik kararlar alabilen bir yapıya dönüştüğünü söylemek gerçekçi değildir.

Bireyselliğin hiçe sayılarak toplumdaki herkesin, toplumsal iradenin yansımada aralarında hiçbir fikri ve/veya ahlaki karşıtlık yokmuş gibi, hangi eylemlerin toplumdan ihraca yol açacağı konusunda **hem fikir** olabileceği düşüncesi çılıncadır. Üç kişi dahi bir araya gelip hangi yemeği yiyeceklerine yönelik son derece önemsiz bir karar alamazken; idam cezasının adil, insani veya efektif olup olmadığı yüzyıllardır tartışıla gelmişken; yüzlerce kişiden oluşan parlamentoların nasıl karar alacaklarına yönelik kuralların yokluğu veya işlevsizliği halinde çalışır bir mekanizma olarak iş görmeleri mümkün olamazken ortak bilincin bu ölçüde gelişmiş olduğu düşünülemez.

**Öyleyse toplumun iradesi nasıl, hangi araçlarla, ne zaman ortaya çıkar?**

Jakobs toplumun karar verme mekanizmasının nasıl işleyeceği yönünde bir tasarım teklif etmekten uzaktır. Kararın hangi usullerle, nasıl bir çoğunlukla verileceği yönünde hiçbir açıklama yoktur.

Toplumun iradesini yansıtmaya görevi temsilen devlet organlarından birine mi bırakılacaktır? Düşmanın ihracına karar verme görevinin yürütmeye bırakılmasının pratik anlamda zaten politik olan bir kavramı teoride de politikleştirileceği ve Düşman Ceza Hukuku dinamiklerini hukuk çerçevesinden hiç olmadığı kadar uzaklaştıracağı açıktır. Öte yandan hangi şartların toplumdan ihraca yol açacağına yönelik kanunlar çıkarılması ceza hukukunun kanuniliği prensibinin tatmin edilmesine bir güvence sağlayacak da olsa, Jakobs bir hukuk politikası sunmadığını iddia ettiğinden Jakobs'un görüşünün bu yönde olduğunu da düşünmüyorum.

Öte yandan Jakobs bu kararı bizzat toplumun verdiğini savunuyorsa, toplumun kararını hangi mekanizmalar doğrultusunda verecek ve bu kararı nasıl açıklayacaktır? İhracı gerektiren oranda "tehlikelilik" toplumsal reaksiyonlara göre mi ölçülecektir? İhraca yol açabilecek olgulara ilişkin her bir somut olaya uygulanabilecek soyut bir kural veya ölçüt var mıdır?

Zira olağan hayatın normal akışı düşünüldüğünde, toplumun ancak **somut olay gerçekleşikten sonra** ve **yalnızca o olay üzerine** tepki göstereceği görülebilir. Oysa herkesin içinde bulunduğu, adeta telepatik bir bağ ile işleyen bütünsel ve tek bir toplum iradesinden bahsedilemeyeceğine göre hangi hareketlerin toplumdan dışlanmaya yol açacağı kararının, korkuya yol açan eylemden daha önce verilmesi ve vatandaşların özgürlük alanının suç teşkil eden "ibarelerden" önce her bir bireye bildirilmesi ihraç



müessesesinin aniliğini ve keyfiliğini önlemek için zaruridir. Aksi takdirde bir kimse kusur meselesi bir yana, haberi dahi olmadan toplumdun dışlanabilir.

Kaldı ki bireysel somut olaylara verilen toplumsal tepkilerin düşman ceza hukukuna yön verdiği kabul edilse bile kalabalık bir insan guruhunun son derece subjektif olan "tehlikeli" ve "kaygı verici" kriterleri merkezinde ortak bir karara varamayacağı da açıktır. Terör saldırıları gibi ekstrem örneklerin toplumda güvenlik kaygısı doğuracağı barizdir. Ancak yalnızca bu örneklere bağlı kalarak gri alanların hukuki çerçevesinin çizildiği söylenemez. Nitekim daha somut bir örnek olarak tecavüzün bir cinsel saldırı olduğu kesindir, buna rağmen ceza hukuku tacizin sınırlarını belirlemeye yönelik pek çok kriter geliştirmiştir. Toplum gri alanlara yönelik kararı nasıl verecektir? Dışlanan kimsenin bütün haklarını kaybetmesine yol açacak, kendisine savaş açılmasına sebep olacak düşman statüsüne alınması toplum tarafından basit, nitelikli yahut mutlak çoğunluk ile karar verilebilecek bir husus mudur?

Toplumun Jakobs'un Düşman Ceza Hukukunda ihraç mevzusunun keyfi olduğu eleştirilerine karşılık olarak toplumun sisteminin doğal sürecinin keyfiliği önlemeye yeterli olacağı savunması yapması tek başına ikna edici olamaz. Toplumun karar verdiği bir sistemde keyfiliği ve belirsizliği bertaraf etmek ancak toplumun, toplum düzeni içinde kalmak isteyen azınlıkların korunmasını sağlayacak bir karar alma mekanizmasının çerçevesinde hareket edeceğini garanti altına alarak mümkün olacaktır.

**Peki bu şartlar altında karar alma sürecinde toplum içinde kalma arzusu taşıyan azınlık muhaliflerin korunması nasıl sağlanacaktır?**

Düşman Ceza Hukuku, azınlığın korunması ve çoğulcu değil çoğunlukçu bir devlet yapısı için elimizde bulunan en etkili silahın -temel hak ve özgürlüklerin- toplumdun dışlananlara uygulanması ihtimalini bertaraf etmektedir.

Düşman Ceza Hukukunda toplumdun ihracın anlık gerçekleşen bir olgu mu belli bir sürecin ürünü mü olduğu da belli değildir. Toplum karşıtı olmayan muhalif azınlıkların korunmasını sağlayabilmek için ihracın belli bir sürecin ürünü olduğu kabulü tercih edilip; ihraç gerçekleşmeden kişinin temel hak ve özgürlüklerin korunması içinde kalacağına yönelik bir güvenceyle korunabileceği düşüncesi akla gelebilir<sup>di</sup>. Hatta doktrinde bu yönde bir kimsenin düşman olduğu kanıtlanana kadar masumiyet

karinesinin uygulanması gibi görüşler öne sürülmüştür.<sup>71</sup> Ancak yukarıda da belirtildiği gibi Jakobs bu çözüme de kapıları kapatmıştır. Düşman Ceza Hukukunun amacı tehlikeyi bertaraf etmek olduğundan ufak bir şüphe kırıntısı bile bireyin düşman muamelesi görmesi için yeterlidir, şüpheden sanık yararlanamayacaktır.<sup>72</sup>

Son olarak, toplumsal düzenin içinde kalma iradesine sahip bir yurttaş, sırf azınlık olduğu için kendisine savaş açılması tehlikesiyle karşı karşıyayken kim, nasıl toplum düzeninin devam edeceğine ilişkin bilişsel bir güvene sahip olup huzur içinde uyuyabilir? Herkesin her an her türlü hareketinin toplumdan ihracına yol açan bir şüphe doğurabileceği endişesiyle yaşadığı bir düzende korkunun önüne geçildiği ve yurttaşlar için güvenliğin sağlandığı nasıl iddia edilebilir? Düşman Ceza Hukukunun varlık amacı güvenliği sağlamak değil miydi?

### **Jakobik sosyal sözleşme teorisinde devlete karşı toplumdan ihraca yol açmayacak meşru bir direnme hakkı olduğundan bahsedilebilir mi?**

Jakobs, belki de azınlığı koruyabilmenin bir yöntemi olarak veya teorisine yöneltilen eleştirileri yumuşatabilmek adına ilkesel karşıt sözünden sadece yaygınlaşmış/kapsayıcı bir iktidara karşı gelmeyi değil, daha ziyade özgürlükçü anayasal toplum düzenine karşı çıkmayı anlamak gerektiğini belirtmektedir.<sup>73</sup> Bu yaklaşım ise toplumdan ihraç olgusunu olduğundan daha da karmaşık hale getirmektedir. Bu düşüncenin kalemin akışı doğrultusunda üzerinde fazla düşünülmeden ortaya atılmış ve unutulmuş bir detay olduğu düşünülebilir. Öte yandan bu düşünce anlaşıldığı biçimde teorisinin merkezinde yatıyorsa sorulması gereken sorular katlanarak çoğalmaktadır.

<sup>71</sup> AMBOS, age, s.16. Ayrıca bakınız: Yazar da masumiyet karinesiyle ilgili incelemelerinin sonunda bu müessesenin düşman ceza hukukunun doğasına aykırı olduğunu belirtmektedir.

<sup>72</sup> Ayrıca bakınız: APONTE, Alejandro, Çev: KOÇ, Emin, 30. Bölüm: "Savaş ve Politika - Günlük Yaşamdaki Politik Aleyhtar Ceza Hukuku", Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi [8]-Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Proje Yöneticisi: İÇEL, Kayıhan, Editor: ÜNVER, Yener), Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Birinci Baskı: Ocak 2008, Ankara, ss. 4-5 Teoride vardığım bu sonuç, Kolombiya'da fiiliyata geçmiş örnekler sunmaktadır. Prof. Dr. Alejandro Aponte'nin belirttiği üzere baş düşman olarak görülen teröristler ve/veya organize suçluların yanında bir nevi "gri alan"da hareket eden diğer aktörler de cezalandırılmaktadır. Bu aktörlerin içinde silahlı çatışmalarla ilgisi olmayan sendika üyeleri, insan hakları organizasyon üyeleri ve öğrenciler de yer almıştır.

<sup>73</sup> JAKOBS, "Düşman Ceza Hukuku? - Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme", s YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)

Jakobs'a göre demokratik ve özgür olmayan bir iktidar, toplum sözleşmesinin meşru kıldığı bir iktidar olarak görülmemekte midir?<sup>74</sup> Düşman statüsü ancak demokratik ve özgür olan toplumlara karşı gelenlerin girdiği bir konum mudur? Bir düzenin "demokratik ve özgür" olduğuna kim, neye göre karar vermektedir? Jakobs'un bu cümlesinden toplum sözleşmesini oluşturan bireylerin, devletin demokratik olmayan uygulamalarına karşın meşru bir direnme hakları olduğu çıkarılabilir mi?

Demokrasi ve özgürlük tanımlarının da kullanıldıkları konsept ve benimsenen kültüre göre günümüzde hala kesin bir tanıma indirgenemediği gerçeği bir yana, gerçekten baskıcı bir iktidarın herhangi bir muhalif eylemde kendi yönetimini demokratik ve özgürlükçü saymayacağını ve eylemcilerin demokrasi arayışındaki hareketlerini ihlal olarak niteleneceğini beklemek, insanın insan olmasından ötürü birtakım haklara sahip olduğu savından daha inandırıcı değildir. Belki böyle bir örnekte iktidarın iradesinin toplumun iradesinden ayrılmış olduğu, karar mekanizmasının iktidar değil toplum olduğu savunulabilir.<sup>75</sup> Ancak bu varsayımda dahi bir tiranlığın yönettiği toplumun çoktan sindirilmiş olacağını kabul etmek gerekir.

Jakobs'un teorisinden doğan sorularla oluşturduğumuz senaryoyu, yine Jakobs'un gerçek norm tanımına göre değerlendirdiğimizde, yazarın iddiasının aksine Düşman Ceza Hukukunun garanti altına alınmış somut bir hak sistemi yaratmadığını görebiliriz. Buna göre, Düşman Ceza Hukuku, sözde toplumsal sözleşmeye girilmesinin esas nedeni olan vatandaş güvenliğinin garanti altına alınmadığı görülmektedir. Düşman Ceza Hukuku, ancak özgürlükçü bir topluma karşı koyuşun ihlal sayılabileceğini belirterek iyi niyetle yola çıkılmış soyut bir kural belirtmektedir. Ancak yukarıda belirtildiği gibi gerçek bir normun ikna edici olması yeterli olmadığı, yerleşmiş/yaygınlaşmış olması gerektiği, normun sağladığı hakların garanti altına alındığı hususunda bilişsel bir garanti sağlaması gerektiği kabulünde, yalnızca özgürlükçü düzene karşı koymanın düşman statüsü doğuracağı varsayımı soyut bir arzudan öteye gitmemektedir.

### **Pratikte Düşman Ceza Hukuku**

Düşman Ceza Hukuku, hukuku üzerine inşa ettiği toplumsal dinamikleri değerlendirmekte eksik kaldığı için teorinin gerçek hayattaki görünümü tasarlananın çok ötesinde uygulamalara ve sonuçlara sebebiyet vermektedir.

<sup>74</sup> Eğer bu görüş kabul edilirse Jakobs'un teorisi, Hobbes'dan ayrılmaktadır. Nitekim Hobbes egemenliğin devredildiği devletin gücünü mutlak iktidar olarak görür.

<sup>75</sup> Bu konu ileride açıklanacaktır.

Düşman Ceza Hukukunun saptırılması, uygulamada teori dışına çıkılması tek başına Jakobs'un tasarımının suçu değildir. Ancak Jakobs da Hobbes gibi karmaşık niteliklere sahip, pek çok değişik faktörün etkisinde şekillenen "*sosyal sorunları gerektiğinden daha basit kalıplara indirgeyerek açıklamaya*" kalkışmaktadır.<sup>76</sup> Teorisini kurarken göz ardı ettiği fonksiyonlar ise eldeki hesabın çarşıya uymamasına neden olmakta, Düşman Ceza Hukuku pek çok psikolojik, sosyolojik ve siyasi etmen arasında niyet edilenin aksi yönde ilerlemekte ve bizleri çirkin gerçekliklerle karşı karşıya getirmektedir.

### **Tatbikatta Düşman**

Öncelikli olarak gerçek hayatta toplumsal düzeni bütünüyle yıkmak isteyen, bu düzenin içinde hiçbir şekilde yer almak istemeyen bir "düşman" örneğinin bulunabilmesi çok nadir bir ihtimaldir. Gerçek hayatta *sadece ve yalnızca hukuka ve hukuk düzenine karşı olan bir insan bulmak* çoğu zaman mümkün olamayacaktır.<sup>77</sup> Mafya babası dahi bulunduğu suç dünyasının ötesinde aile hukuku açısından bir eş, bir babadır ve hayatının pek çok alanında hukuka saygı duymaktadır.<sup>78</sup>

Jakobs bu eleştirilere yönelik olarak "düşman" ve "vatandaş" kavramlarının iki radikal ucunu temsil ettikleri bir spektrumda bulduklarını ve bir kısmi düşman olgusunun mümkün olduğunu söyleyerek cevap vermiştir. "Kısmi düşman" olgusu ise başlı başına kafa karıştırıcıdır. Kısmi düşman kısmen mi ihraç edilecektir? Kısmen ihraçta düşman muamelesi gören yönden kimseye karşı her türlü hukuk dışı muamele mümkünse suçlu düşman olmayan "kısmi" açısından haklarını kullanmaya nasıl devam edecektir? Kısmi düşmanın kişisel sebeplerle suç işlemesine rağmen toplumsal düzenin devam etmesiyle bir sorunu olmayan normal suçludan ayıran nedir?<sup>79</sup>

İkincil olarak değinilmesi gereken husus, karşılaştırmalı hukukta da görüldüğü üzere "düşman" kavramının hukuki değil, politik bir kavram olduğudur. Düşman, bireyin teknik hukuktaki gerekliliklerin yerine gelip gelmediği kontrol edilerek içine sokulduğu hukuki bir statü değil, ekonomik

<sup>76</sup> Oktay Uygun s.215

<sup>77</sup> ROSENAU, age, s.8

<sup>78</sup> Age, s.9

<sup>79</sup> Belki de belli bir "düşman" kavramı yaratmak yerine, bazı özel suçlarda ceza hukukunun uygulama alanının daha geniş olduğunu belirtmek kafalarda daha az soru işareti bırakabilirdi. Ancak muhtemelen böyle bir ihtimalde düşman ceza hukuku bu kadar ses getirmeyecekti.

yaptırımların, iç veya dış savaşın ve daha nice baskı yönteminin siyasi bahanesidir.<sup>80</sup>

Bu hususta önemli olan düşman kavramının soyut tehlikelerinden ziyade somut uygulamalarda büründüğü yeni görünüm olduğundan Prof. Dr. Kai Ambos'un derlediği çarpıcı birkaç örneğe yazımda yer vermek istiyorum<sup>81</sup>:

- İspanya’ da Franco döneminde, Frankist devlete karşı açık bir muhalefet bildiren veya temel hakları talep edenler düşman olarak nitelendirilmiştir.
- Diktatörlük yıllarında –ulusal güvenlik doktrininin temeli olan Arjantin ordusu, gençlerin ruhlarını üniversitelerde zehirleyenleri düşman olarak nitelendirmiş ve “Arjantin ruhunun düşmanlarını yok etmekle” tehdit etmiştir.
- Ruanda’nın soykırımdan ötürü yargılanan önceki hükümet başkanı Jean Kambanda, Tutsi üyelerinin izlenmesi ve öldürülmesi çalışmalarını ve ılımlı Hutuları davet eden radyoyu “düşmanlara karşı yürütülen savaşta vazgeçilmez bir silah” olarak övmüştür.
- Hatta yakın tarihte geçmişte bir Alman sendikası başkanı, kendilerini “ezmek isteyen” belli firmaları “düşman” olarak nitelemiştir.

Görüldüğü üzere hukuk bu kavramı ne kadar teknik tasarlarsa tasarlasın, failin toplumda uyandırdığı endişeye göre tespit edilen düşmanın fiil ceza hukukunun somutluk ölçüde bir ortaya çıkması mümkün olamayacaktır. "*Bu şekilde bir düşmanın belirlenmesi inanılması güç bir saflık ve demagojidir.*"<sup>82</sup> Düşman, keşfedilmez, tasarlanır.<sup>83</sup> Bu tasarım toplumdan topluma farklılık gösterebileceği gibi bugünün düşmanı tam olarak yarının düşmanı da değildir.<sup>84</sup>

Düşman tasarımı toplumun yapacağı düşüncesi de yine iyi niyetlidir fakat maalesef günümüz devlet yapısında gerçekleşmesi pek muhtemel değildir. Fiziki şartlardan ötürü sadece temsili demokrasilerin mümkün olabildiği günümüz devletlerinde en gelişmiş toplumlarda dahi toplumsal disiplini aykırı fiiller ülkenin önde gelen siyasi gruplarınca yerine getirilmektedir.<sup>85</sup> İnsanoğlunun en temel güdülerinden biri acıdan kaçmaktır. Düşman tasarımı tekeline alan siyasi iktidarlar ise insanların bu

<sup>80</sup> AMBOS, age, s. 8

<sup>81</sup> Age.

<sup>82</sup> APONTE, age, s.7

<sup>83</sup> Age, s. 3

<sup>84</sup> Age, s. 4

<sup>85</sup> DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, "Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (GENEL KISIM-Cilt-I)", DR Kitabevi Yayınevi ve Dağıtım, İstanbul, 2016, s.3

temel güdüsünü, risk/tehlike kavramlarını empoze ederek iç ve dış politikada çıkar sağlama amacıyla kullanmaktadır.<sup>86</sup>

Açıklandığı üzere Jakobs'un tasarımında "düşman" herhangi bir canavar değil, insandır. Düşman nitelmesi sadece hukuki hakların taşıyıcısı sıfatının kaybedildiğini gösterir. Oysa uygulamada düşman, halka her an öldürmeye hazır, insani her türlü değere karşı olan amansız ve kalpsiz bir canavar olarak sunulur. Düşmanın var oluş amacı devletin egemenliğine ve toplumun geleceğine son vermektir. Düşman bireylerin özgürlüğünü yok etmek amacıyla acımasızca yok eder.<sup>87</sup> Bu senaryoda yapılacak tek şey toplum içindeki her türlü farklı düşüncüyü bir kenara bırakmak; **kişisel siyasi inançların ve menfaatlerin ötesinde bir bütün halinde** düşmanla savaşa her türlü kaynağı sunmak ve gerektiğinde bu uğurda can vermektir.<sup>88</sup> Toplum kimliğini, ancak düşmanın tam karşısında bir duruşla tanımlayabilir.<sup>89</sup> Düşmana karşı savaşta toplumun her bir bireyi üstüne düşeni **hiçbir tereddüt olmadan, sorgusuz sualsiz** yerine getirmelidir.

Böylece iktidarın düşman tasarımını desteklemeyen sivil gruplar da, iç düşmana karşı savaşta işbirliğinde bulunmayarak düşmana destek verdikleri iddiasıyla düşman ilan edilmektedirler. Hatta ve hatta bu yaklaşım yalnızca sivil gruplar ekseninde kalmamakta, Anayasa Mahkemeleri gibi devlet denetiminde hayati öneme sahip kurumlar dahi "düşman" kategorisi içinde etkisiz hale getirilmektedir.<sup>90</sup> Görüldüğü üzere gerçek hayattaki güç dengeleri gözetildiğinde güvenlik amacıyla düşman kategorisini benimsemek bireylerin haksız yere düşmanlaştırılma korkusuyla bastırılmalarını da beraberinde getirmektedir. Oysa toplumun gelişmesi farklı düşüncelerin özgürce ifade edilmesiyle doğru orantılıdır.

### **Düşman Ceza Hukuku Uygulamalarının Gerçek Yüzü**

Jakobik teoride Düşman Ceza Hukuku uygulamaları devlet üzerindeki pek çok yükümlülüğü kaldırsa da aslında hiçbir zaman tam anlamıyla sınırsız görülmemiştir. Devlet düşmana karşı savaşında düşmanla barışma olasılığını gözetmeli, düşmanın tekrar toplum içine dahil olmasına engel

<sup>86</sup> Age, ss. 149-150

<sup>87</sup> Ruthless(acımasızca) ifadesi Bush'un seçim konuşmasında geçmektedir. Bakınız: KAMBOS, age, s. 9 dipnot 59 ayrıca CNN arşivlerine atıf yapmaktadır.

<sup>88</sup> Meksika Başkanı Calderon'un bu yöndeki ifadeleri için bakınız: MADRAZO LAJOUS, Alejandro, "CRIMINALS AND ENEMIES? THE DRUG TRAFFICKER IN MEXICO'S POLITICAL IMAGINARY", Mexican Law Review, Cilt: 8, Baskı: 2, Ocak-Temmuz 2016, s. 5

<sup>89</sup> Age, s.4

<sup>90</sup> APONTE, age, s.577

olabilecek radikal adımlardan kaçınmalıdır. Bu kısıtlama pek tabii objektif olarak daha yüksek bir güç tarafından devlete dayatılan bir zorunluluk değildir fakat barış olasılığı düşünüldüğünde devletin kendi aksiyonlarını kendi kendine sınırlayabilmesi mümkündür ve hatta yeğdir.

Maalesef Düşman Ceza Hukuku uygulamalarının gerçek hayat örnekleri Jakobs'un iyimser düşüncelerini yanlışlamaktadırlar.

Düşman Ceza Hukuku uygulamaları, düşmanla savaşta her yolun mubah olduğu bahsinden hareket eden müdahaleler içerdiklerinden pek çok farklı kapsam ve şekilde vücut bulmaktadırlar. Bu uygulamaların tek ortak noktası ise tehlikeye karşı hak ve özgürlüklerden ödün verilmesidir. "Ödün verme" ölçütleri ve güvenlik kaygısı aleyhine alanı daraltılan haklar, geçmiş toplumsal travmalara, söz konusu coğrafî alandaki mevcut politik yapılanmaya ve siyasi iktidarın emellerine göre çeşitlilik göstermektedir.

Düşman Ceza Hukuku uygulamalarının en klasik örnekleri arasında kişisel verilerin karşılaştırılması ve aktarılması, iletişimin denetlenmesi, konutun izlenmesi, gizli soruşturmacı kullanılması<sup>91</sup>, ortada hiçbir fiil olmamasına rağmen failin tehlikeliliğini yansıtan düşüncelerinin ceza kanunlarında "suç" olarak düzenlenmesi, ön alan cezalandırılabilirliğinin genişletilmesi ve tekrar tehlikesi ile tutuklama gibi düzenlemeler gösterilebilir. Örneklerden de görüleceği üzere Düşman Ceza Hukuku uygulamaları tehlikenin tespit edilmesi için yapılan ön soruşturma aşamasından son adım olan suçlunun yargılanmasına ve cezanın infazına kadar tüm ceza hukukunu kaplayan -ve hatta ceza hukukunun sınırlarını kolluk hukuku içinde belirsizleştiren- geniş bir alana yayılmıştır. Düşman Ceza Hukuku uygulamaları, ceza hukukunu kendi kapsamının dışına taşırmakta, ceza hukukunu yer yer ve parça parça kolluk hukukunun önleyici yapısının bir aracı hale getirmektedir.<sup>92</sup>

<sup>91</sup> Danimarka'da gizli soruşturma kapsamında sanığın haklarının asgari ölçüde de olsa gözetilmesi, tez-antitez dengesinin sağlanması için sanığı bilgisi dışında resmi bir avukatın tayin edilmesi öngörülmüştür. Bu yönde bakınız: SINN, Arndt, Çev: ÜNVER, Yener, 34. Bölüm: "Modern Suç Kovuşturması - Düşman Ceza Hukuku Yolunda mı?", Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi [8]-Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Proje Yöneticisi: İÇEL, Kayıhan, Editor: ÜNVER, Yener), Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Birinci Baskı: Ocak 2008, Ankara, s. 19

<sup>92</sup> HEINRICH, age, ss 11-14; DÍEZ, C., Çev.: OĞUZ, S., "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", Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 34, Ağustos 2017, ss. 24-25

Suç kavramının fiil odağından fail odağına ve daha da önemlisi failin "kötü niyetine" kaydırılmasına verilebilecek en belirgin örneklerden biri belki Alman Ceza Kanunu<sup>93</sup> doğrultusunda birbirinden ayrık halde hürriyeti tahdit ve şantaj suçlarının cezaları maksimum 5 yıla kadar hapis cezası şeklinde belirlenmişken şantaj yapmak için adam kaçıрма suçunun 5 yılın altında olmayacak şekilde cezalandırılıyor oluşudur.<sup>94</sup>

Düşman Ceza Hukuku bazı hallerde eldeki suçun niteliği dolayısıyla tahammül edilebilir ve mecburi görünebilir. Ancak Düşman Ceza Hukuku uygulamalarının değerlendirmesi yapılırken dünyada bu tarz uygulamaların istisnai olmaktan çıkma eğiliminde olduğu ve korku toplumunun hezeyanları esnasında dudak uçuklatan seviyelere varabileceği göz ardı edilmemelidir.

Örneğin Kolombiya uyuşturucu mafyasıyla girdiği "savaşta", uyuşturucu ticareti suçu faillerinin özel bir hukuka tabi tutulduğunu bu kimselere uygulanacak özel kanunlar vasıtasıyla açıktan açığa ortaya koymuştur. "Cumhuriyeti Savunma Kanunu" ve "Zorunluluk Hali Ceza Muhakemesi" Kanunları kapsamında "normal" ceza hukukunun dışında yalnızca uyuşturucu mafyasına yönelik özel bir "ceza hukuku" yaratmıştır. Bu hukuk sistemi ile uyuşturucu mafyasına "yüzü olmayan adalet" mahlaslı; hakiminin, savcısının, tanıklarının veya bilirkişisinin bilinmediği bir gizli soruşturma sistemi uygulanmaktadır.<sup>95</sup> Üstelik gözaltında bulunma süresi belirsiz bırakılmış, suçlunun yakalanmasına yönelik polis müdahaleleri de hiçbir surette hakim kontrolüne tabi tutulmamıştır.<sup>96</sup>

Şüphesiz ki Düşman Ceza Hukuku uygulamalarının varabileceği en uç noktalardan biri ABD'nin 11 Eylül 2001 saldırıları üzerine attığı adımlardır. Saldırıların hemen arkasından 13 Kasım 2001'de yayımlanan bir kararnameyle düşman savaşçı ilan edilen kimselerin keyfi olarak tutuklanabilmesinin önü açılmış ve sanıkların yakınlarına haber verme hakkı, hukuki danışmandan yararlanma hakkı gibi pek çok hakları yok sayılmıştır. Bütün bu gelişmelerin ardından gelen Yurtseverlik Yasası ve sonunda Guantanamo Hapishanesinde yaşananlar Düşman Ceza Hukuku uygulamalarının varabileceği insanlık dışı konumu gözler önüne sermiştir.<sup>97</sup>

Düşman Ceza Hukuku uygulamaları hakkındaki geçmiş tecrübelerin büyük çoğunluğu, bu uygulamalarla korunmak istenen menfaatlerin

<sup>93</sup> Alman Ceza Kanunu madde 239 (a) ve (b)

<sup>94</sup> HEINRICH, age, ss. 10-11

<sup>95</sup> HEINRICH, age, s. 10

<sup>96</sup> SINN, age, s. 19

<sup>97</sup> HEINRICH, age, s.9



yarardan fazla zarar gördüğünü gözler önüne sermektedir. Bu yöndeki en büyük tecrübelerden biri de Guantanamo örneğidir.

11 Ocak 2002'de Guantanamo Koy'undaki Amerikan deniz üssüne dikenli kafesler içinde getirilen ilk mahkûmlar, Bush tarafından "en kötünün en kötüsü" (worst of the worst) olarak tanımlanmışlardı.<sup>98</sup> Zira o zamanki Savunma Sekreteri Donald Rumsfeld'in ifadelerine göre getirilen mahkûmlar dünya üzerindeki en tehlikeli, en iyi eğitim almış ve en saldırgan katilleriydi.<sup>99</sup>

Bahsi geçen mahkûmların, sanıldığığının aksine 11 Eylül saldırılarıyla itham edilen terör gruplarının kilit isimleri olmadıkları, kimilerinin terörle bağlantısının bile bulunmadığını fark etmek çok zaman almadı.<sup>100</sup> İki yıl gibi bir süreç uzun görünmese de pek çok masumun insanüstü muameleye maruz kaldıkları düşünülünce Guantanamo'daki Düşman Ceza Hukuku benzeri uygulamaların yıkıcı etkisi daha net bir şekilde görülebilir.

Mesele sadece insani değerler de değildir, nitekim görülüyor dünyada daha kutlu bir amaç olarak görülen devletin ve toplumun devam ettirilebilmesi için masum insanların da katledilmesine tahammül edebilen, bunu bir yan zarar olarak görebilen kimselerin sayısı da pek az değildir. Fakat mesele aynı zamanda radikal Düşman Ceza Hukuku uygulamalarının terörle ve düşmanlaştırılmış suç failleriyle savaşta etkin olup olmaması problemidir.

ABD hükümeti, Düşman Ceza Hukukunun, "en ufak bir şüphe kırıntısı dahi tehlikenin önlenmesi için dikkate alınmalıdır" anlayışına benzer bir yaklaşımla Pakistan'da teröristleri ihbar edebilecek olanlara maddi yardımda bulunacağını belirtmiş, adı geçen herkesi hiçbir minimal eşiğe tabi tutmadan düşman ilan ederek Guantanamo'ya yerleştirmiştir.<sup>101</sup> Bu tecrübeden alınan ders ise birkaç yüz tutuklunun hiçbir hukuki itham olmaksızın mahkûm etmenin El Kaide tehlikesini hafifletmediğidir.<sup>102</sup> Tersine bu eylemler ABD'ye karşı garezi beslemiş, tutulan yüzlerce insan içinde bir yahut iki intihar bombacısının muhtemel eylemlerinin engellenmesini sağlarken, El Kaide'nin hukuksuz ve insanlık dışı eylemleri propaganda aleti olarak

<sup>98</sup> DASKAL, Jennifer, "How to Close Guantanamo?", World Policy Journal, Duke University Press, Cilt: 24, No: 3, Sonbahar 2007, s. 1

<sup>99</sup> Age.

<sup>100</sup> Age, s.2.

<sup>101</sup> Age.

<sup>102</sup> Age, s. 3

kullanıp elde tutulandan çok daha fazla kişiye erişmesine imkân sağlamıştır.<sup>103</sup>

Amerikan tecrübesi gösterir ki akıllı bir "savaşım" politikası ancak iyi planlanmış ve sakin adımlarla, savaşılan örgütlerin varlıklarını sürdürmelerinde kilit nokta olan kimselere ulaşılmasıyla mümkündür.<sup>104</sup> En ufak şüphe kısıntısında geri dönüşü olmayan, kontrolsüz ve orantısız ceza hukuku uygulamalarına başvurmak hem maddi kaynakların hem de zamanın boşa harcanmasıdır. Üstelik bu tarz uygulamalar arkasında kırgınlık ve kin bırakır. Panik yerini dinginliğe bıraktığında zamanında hezeyana kapılıp bu gidişata dur diyemeyenlerin öfkesinin veya ataletinin yerini ise utanç doldurur.

Son olarak, Jakobs düşman ceza hukuku uygulamalarının düşmanla muhtemel bir barışı bertaraf edecek kalıplara bürünmemesini temenni ederken realitede görülen uygulamalar sonucunda düşmanın sonsuza kadar toplumun dışına itildiğidir. Orantısız uygulamalar ellerden kayıp gitmemiş suçlu gruplarının "düşman" kategorisini içselleştirmelerine neden olur. Devletin haksız uygulamaları toplumdaki vatandaşları da devlete karşı politize olmaya itecektir. Toplumda devletin haksız uygulamalarının destekçisi olan kesimin ise "düşman"ın insan olduğu gerçeğini çoktan inkar ettiği düşünülürse ne haksız ve orantısız müdahale görmüş bireyin yeniden topluma dahil olmak isteyeceği ne de toplumun "amansız bir canavarı" tekrar içine almaya gönüllü olduğu düşünülebilir.

Düşmanla savaşta devlet müdahalelerinin, olağan dönem uygulamalarından farklı da olsa asgari sınırlamalara tabi tutulması yalnızca insani değerler yönünden değil, "düşmanla savaşımın" efektif ilerlemesi ve barışın sağlanabilmesi için zaruridir.

**SONUÇ: Düşman ceza hukuku ne iyi bir alternatif ne de alternatifsiz bir gerçekliktir.**

Düşman Ceza Hukuku, sistemdeki hatalara yönelik tahlillerin eksik yapılması sonucu hatanın sebebinden ziyade hatanın çoktan var olduğu olduğu olgusuna odaklanmakta, hatayı giderecek alternatif tedavi olanaklarını, çözüm olarak sunduğu ilaçların sonuçlarını ve yan etkilerini değerlendirmeden bir tedavi sunmaya çalışmaktadır.

<sup>103</sup> Age.; Benzer bir şekilde Dalkılıç da teröristlerin hak ve özgürlüklerinin hukuk dışı kısıtlanmasının terörist grupları tarafından propaganda için kullanıldığına değinmektedir. DALKILIÇ, E. Terörizm ve İnsan Hakları İkilemi, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 1, Ocak 2007, Sayfa: 201-255

<sup>104</sup> DASKAL, age, s.3

*YÜHFD Cilt: XVI Sayı:2 (2019)*

Düşman Ceza Hukukunun son dönem ceza hukuku uygulamalarının hak ve özgürlük aleyhine genişlemesini tüm çıplaklığıyla gözler önüne sermek suretiyle ceza hukukuna yaptığı katkı inkâr edilemez. Fakat Jakobs, düşman ceza hukukunun bu sorunların tek tedavisi olduğunu iddia ederek sistemdeki sorunun hukuki yansımalarını aktarmanın çok ötesine geçmektedir.

Hiçbir sorunun tek bir çözüm yolu olamayacağı gibi Düşman Ceza Hukuku da alternatifsiz değildir. Üstelik bu şartlar altında ünlü hukuk filozofu Ronald Dworkin'in "Amerika Özsaygısını Tahrip Ediyor" başlıklı yazısında da belirttiği gibi, "*terör tehlikesi kendisiyle yaşamayı öğrendiğimiz uyuşturucular, seri cinayetler ve diğer cürümlerden daha büyük değilken*" farklı bir çözüm bulunup bulunamayacağına ilişkin ikinci bir değerlendirme dahi yapılmadan uğruna yüzyıllarca çalışılmış olan ceza hukukunda kanunilik prensibi, insan hakları gibi kazanımları bir kenara bırakmak çözüm aramak değil, kolaya kaçmaktır. Kaldı ki alternatifsizlik meselesi bir kenarda dursun, yukarıda açıkladığım üzere şahsi fikrim Düşman Ceza Hukukunun tespit ettiği güvenlik sorununa efektif bir çözüm dahi sunmadığı yönündedir.

Jakobs'un tasarımında hukuk toplumu yönlendirmez, toplum hukuku şekillendirir. Ancak toplumdaki eğilimler her zaman toplum için en iyi seçeneği gösteremez. Düşman Ceza Hukuku, mevcut sistem bozuk da olsa, kırık da olsa, var olduğuna göre, demek ki var olması gereken/doğru olan budur diyerek bir yerde alttan alta da olsa günümüz problemlerini belki kaderci bir biçimde kabul etmektedir.

Bulduğumuz gelişmişlik düzeyinde var olan hukuki güvenceler insan haklarının garanti altına alınması açısından yeterli bir düzlem oluşturmamış olabilir.(De lege feranda) Ancak yapılması gereken var olan hatalı uygulamayı kabul etmek yerine belli kanuni veya idari düzenlemelerle sistemin iyileştirilmesidir. Çünkü hakların **normatif ilkeler olarak evrenselliği ile bu hakların gerçekleştirilme düzeyindeki evrenselliği** birbirinden ayrı tutulması gereken sorunlardır.<sup>105</sup> Problemleri kabul edip problemlerin varlığını meşru kılan bir sistem yaratmak çözüm değildir.

Ceza Hukukunun birey hak ve özgürlükleri aleyhine genişleyen uygulamalarının giderek artmakta oluşu göz ardı edilmemesi gereken bir problemdir. Fakat bu şaşılacak bir mesele değildir. Toplum sabit değildir, toplumsal kaygılar ve çağın özellikleri **her daim** hukukun önüne çözülmesi gereken meseleler sunacaktır. Nihayetinde ceza hukukunun güvenlik-özgürlük arasındaki dengeyi bulma gayesi bir gün ulaşılabilecek ve bir daha

<sup>105</sup> OĞAN BALKIZ, age, s. 1

üzerine düşünülmesi **gerekmeyecek ani bir olgu değil, sürekli bir görevdir**. Ancak hukuksal değişimin hukuksal gelişim olması isteniyorsa bu süreçte toplumun hâlihazırda geldiği nokta değil, toplumun ihtiyaçları gözetilmelidir.

"Temel hak ve özgürlüklere saygılı ve güvenlik sağlayan ceza hukuku uygulamaları geliştirmeliyiz" demek, gerçekten çözüm üretmekten pekâlâ daha kolaydır. Bu yönde yazımı güvenlik-özgürlük dengesine giden yolda pratik fayda sağlayabileceğini düşündüğüm naçizane birkaç tespitimle noktalamak isterim:

- Tehlikenin oranı ne olursa olsun zanlıya minimal bir koruma alanı yaratılması; toplumsal düzenin korunması, suçla savaşımın efektif ilerlemesi ve devletin varlığını devam ettirmesi için zaruri bir unsurdur. Soruşturma ve kovuşturmayaya yönelik ceza hukuku uygulamalarının farklı hakları çeşitli ölçülerde kısıtlaması mümkündür. Ancak bu kısıtlamalar **filden önce** söz konusu suç iddiasının niteliklerine uygun olarak, orantılı bir şekilde ve net çizgilerle dizayn edilmelidir.
- Ceza hukukunun olağanüstü uygulamalarının hangi suçlara hangi şartlarda hangi ölçüde uygulanacağı ve olağanüstü uygulamalara konu suçların tanımları kanunda açıkça yer almalıdır.
- Ceza hukukunun olağanüstü uygulamaları istisnaidir, istisnai kalmalıdır.
- Her şeye rağmen düşman ceza hukuku dinamikleri uygulanmak isteniyorsa düşmanla mücadeledeki karar mekanizmaları devletin farklı organları arasında bölüştürülmeli, "ihraç", "düşman", ve "savaş" kavramlarının içinin toplumun tek bir kesimi tarafından hiçbir denetime tabi olmadan doldurulması engellenmelidir.

### KAYNAKÇA

**AMBOS**, Kai., Çev.: OĞUZ, "Düşman Ceza Hukuku", (Makale 'Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht' adlı derginin 2006 senesi 124. sayısında "Feindstrafrecht" adı altında yayımlanmış ve yazarın izniyle Türkçeye çevrilmiştir.), s.1, <http://www.taa.gov.tr/indir/dusman-ceza-hukuku->

bWFrYWxlfDk1ZmRjLTU2MWUxLWZjZTY1LTU1NWJiLnBkZnwxMDA4/ (Son erişim tarihi: 15.10.2018)

**APONTE**, Alejandro, Çev: KOÇ, Emin, 30. Bölüm: "Savaş ve Politika - Günlük Yaşamdaki Politik Aleyhtar Ceza Hukuku", Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi [8]-Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Proje

- Yöneticisi: İÇEL, Kayıhan, Editor: ÜNVER, Yener), Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Birinci Baskı: Ocak 2008, Ankara, ss. 571-581
- ARNOLD**, Jörg, Çev: TEPE, İlker, 27. Bölüm: "Beş Tezde Düşman Ceza Hukukunun Gelişim Süreçleri", Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi [8]-Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Proje Yöneticisi: İÇEL, Kayıhan, Editor: ÜNVER, Yener), Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Birinci Baskı: Ocak 2008, Ankara, ss. 527-550
- BUNG**, Jochen, Çev: ÜNVER, Yener, 31. Bölüm: "İsnad Edilebilirlik, Beklenilebilirlik ve Tedbir Alma Zorunluluğu - Günther Jakobs'a Bir Cevap", Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi [8]-Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Proje Yöneticisi: İÇEL, Kayıhan, Editor: ÜNVER, Yener), Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Birinci Baskı: Ocak 2008, Ankara, ss. 583-594
- DALKILIÇ**, E. Terörizm ve İnsan Hakları İkilemi, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 1, Ocak 2007, Sayfa: 201-255
- DASKAL**, Jennifer, "How to Close Guantanamo?", *World Policy Journal*, Duke University Press, Cilt: 24, No: 3, Sonbahar 2007, ss. 29-37
- DÍEZ**, C., OĞUZ, S. 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, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 34, Ağustos 2017, Sayfa: 183-209
- HEINRICH**, B., Çev.: ŞOHOĞLU, "M. Tehlikenin Önlenmesinde Ceza Hukukunun Sınırları - Yeni Bir Düşman Ceza Hukuku Hakkında Tartışmalar", *Hukuk Köprüsü*, Cilt: 6, Sayı: 11, Aralık 2016, Sayfa: 129-142
- JAKOBS**, Günther, Çev: OZANSÜ, M. Cemil, 25. Bölüm: "Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku", Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi [8]-Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Proje Yöneticisi: İÇEL, Kayıhan, Editor: ÜNVER, Yener), Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Birinci Baskı: Ocak 2008, Ankara, ss. 489-505
- JAKOBS**, Günther, Çev: OZANSÜ, M. Cemil, 26. Bölüm: "Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme", Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi [8]-Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Proje Yöneticisi: İÇEL, Kayıhan, Editor: ÜNVER, Yener), Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Birinci Baskı: Ocak 2008, Ankara, ss. 507-526

- MADRAZO LAJOUS**, Alejandro, "CRIMINALS AND ENEMIES? THE DRUG TRAFFICKER IN MEXICO'S POLITICAL IMAGINARY", Mexican Law Review, Cilt: 8, Baskı: 2, Ocak-Temmuz 2016, ss.31-55
- OĞAN BALKIZ**, Nevan, "Minimum Geçerlilik Koşulu, Partikularist Yaklaşımlar ve İnsan Haklarının Evrenselliği", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 15. Kitap, Ağustos 2006, ss. 173-179
- ROSENAU**, Henning., Çev.:TEMEL, Erhan, "JAKOBS'UN DÜŞMAN CEZA HUKUKU KAVRAMI HUKUKUN DÜŞMANI." (Makale 12 Ocak 2008 tarihinde Dokuz Eylül Hukuk Fakültesinde Hukukun Aktüel Sorunları konulu 1. Türk-Alman Hukuk Sempozyumunda tebliğ olarak sunulmuştur), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 57 Sayı: 4 Sayfa: 391-402 DOI: 10.1501/Hukfak\_0000001561 Yayın Tarihi: 2008 <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1499/16554.pdf> (Son erişim tarihi: 15.10.2018)
- SALIGER**, F., Çev.:Haz.: OĞUZ, S., Düşman Ceza Hukuku: Eleştirel veya Totaliter Ceza Hukuku Konsepti?, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 34, Ağustos 2017, Sayfa: 211-226, <https://jurix.com.tr/article/8090>, (Son erişim tarihi: 8.10.2018)
- SARIBAY**, Ali Y., "Hukuk ve Politika: Luhmann Sosyolojisi Bağlamında Bir Tartışma", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 14. Kitap, Nisan 2005, ss.5-14
- SINN**, Arndt, Çev: ÜNVER, Yener, 34. Bölüm: "Modern Suç Kovuşturması - Düşman Ceza Hukuku Yolunda mı?", Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi [8]-Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Proje Yöneticisi: İÇEL, Kayıhan, Editor: ÜNVER, Yener), Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Birinci Baskı: Ocak 2008, Ankara, ss. 611-631
- TEPE**, " Düşman Ceza Hukukunu Anlamaya Çalışmak - II: Jakobs'ta "Düşman"ın Fikri Temelleri Üzerine Kısa Bir Değinme", Mart 2015, <http://yenihukuk.blogspot.com/2015/03/dusman-ceza-hukukunu-anlamaya-calsmak.html> (Son erişim tarihi: 15.10.2018)
- TEPE**, İlker," Düşman Ceza Hukukunu Anlamaya Çalışmak - I: Jakobs'un Endişesine Karşılık Yöntemli Bir Sorgulama Çabası", Şubat 2015, <http://yenihukuk.blogspot.com/2015/02/dusman-ceza-hukukunu-anlamaya-calsmak-i.html> (Son erişim tarihi: 15.10.2018)
- TÜRKBAĞ**, Ahmet U., " Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları", [http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/ahmet\\_ulvi\\_turkbag.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/ahmet_ulvi_turkbag.pdf), (Son erişim tarihi: 15.10.2018), (Bu makale 'Hart – Dworkin Farkı'

başlığının eklenmesi ve kaynakların güncelleştirilmesi gibi değişiklikler içermektedir. Özgün olarak ise Hayrettin Ökçesizin editörü olduğu Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) Sayı 16 (2007) ss.322-329'da yayınlanmıştır.)

**UYGUN**, Oktay, "Devlet Teorisi", On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2014 1. Baskı





