

## DÜŞMAN CEZA HUKUKU\*

Yazar: Prof. Dr. Kai AMBOS\*\*

Çeviren: Arş. Gör. Serkan OĞUZ\*\*\*

Düşman Ceza Hukuku' nun *Günther Jakobs* tarafından yeniden diriltilmesi sadece Alman dilinde değil, aynı zamanda İspanyol ve Portekiz Ceza Hukuku dillerinde de büyük dalgalanmalara neden olmuştur.<sup>1</sup>

Aynı şekilde *Jakobs'* un düşünceleri yetenekli öğrencileri tarafından vakit kaybettirilmeksizin Kıta Avrupası Hukuk sisteminin (“civil law” denilen) tüm ana ülkelerine taşınmıştır. Ben daha önce *Jakobs'* un (yeni) düşüncelerini eleştirmiş ve doğrudan doğruya bunun kırılğan bir hukuk sisteminde kolay bir şekilde kötüyü kullanılabilecek olan çift anlamlılığını şikayet etmişim.<sup>2</sup>

Ben bu eleştirimi- özünde birçok diğer yazar<sup>3</sup> ile görüş birliği içerisinde

---

\* Makale ‘Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht’ adlı derginin 2006 senesi 124. sayısında “Feindstrafrecht” adı altında yayımlanmış ve yazarın izniyle Türkçeye çevrilmiştir.

\*\* Göttingen Üniversitesi, Ben asistanım Nils Meyer-Abich’e bu çalışmanın materyallerinin toplanması ve kaleme alınmasındaki çok önemli yardımı için teşekkür ederim. Dr. Peter Rachow’a (Göttingen) önemli fikirleri için teşekkür ederim. *Jakobs ZStW* 117 (2005), ve Hörnle’nin, *GA* 2006, Heft 2 makaleleri dikkate alınmamıştır.

\*\*\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans, srknoguz@yahoo.de.

<sup>1</sup> İtalyanca “diritto penale da emergenza” M. Donini, ¿Una nueva edad media penal? in: J. M. Terradillos Basoco/M. Acale Sánchez (koordinatörler) *Temas de Derecho Penal Económico*, Madrid 2004, 214 f. m.w.N.

<sup>2</sup> Bkz. K. Ambos, *La Parte General del Derecho Penal Internacional, Bases para una elaboración dogmática*, Montevideo 2005, 58.

<sup>3</sup> Bkz. F. Muñoz Conde, *El nuevo Derecho penal autoritario*, in: M. G. Losano/F. Muñoz Conde (koordinatörler), *El Derecho ante la Globalización y el Terrorismo: “Cedant arma togae”*; *Actas del Coloquio Internacional Humboldt*, Montevideo 2003, Valencia 2004, 161, 170 vd.; i.W. identisch aynı eser., *Las Reformas de la Parte Especial del Derecho Penal Español en el 2003: de la “Tolerancia Cero” al “Derecho Penal del Enemigo”*, içinde: *Revista Electrónica de Ciencias Jurídicas (REJ)* 2 (2005) 22 vd.; aynı eser, *De nuevo sobre el “derecho penal del enemigo”*, içinde: *Revista Penal (RP)* 16 (2005) 123 vd.; E. Demetrio Crespo, *Del “Derecho Penal Liberal” al “Derecho Penal del Enemigo”*, içinde: *Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPC)* 14 (2004) 88 vd., 109 (=içinde: F. Pérez Álvarez (Editör), *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, 1027-1054, Salamanca 2004, ve içinde: *Nueva doctrina penal (NDP)* 2004/A, 47-76); F. Velásquez V., *El Funcionalismo Jakobsiano: una perspectiva latinoamericana*, *RDPC* 15 (2005) 215; A. Aponte, *Krieg und Feindstrafrecht, Überlegungen zum “effizienten” Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, Baden- Baden 2004, 126 vd. (131, 134 f.); G. Portilla Contreras, *Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo*, in: *Jueces para la Democracia (JpD)* 49 (2004) 43 vd. = aynı eser, *El Derecho Penal y procesal del “enemigo”*.

isabetli bir şekilde- devam ettiriyorum, ancak sadece Düşman Ceza Hukuku'nun kullanımında genişleyen<sup>4</sup> ulusal ve uluslararası ceza hukukunun tanımlayıcı-analitik kategorisinin eleştirisi ve onun ortaya konulması ile suç siyaseti politikasının ayrılması gerektiği kanaatindeyim.<sup>5</sup>

Son olarak *Jakobs*, benim birazdan- düşman kavramına tarihi yaklaşımda (Bölüm I)- *Jacobist* tartışmanın suç politikası programına evrimleşmesini ispat etmeye çalıştığım gibi, sadece güncel tartışmaların öncüsü olarak kınanabilir (özellikle bölüm II.2.b). Ben bunu- eski ama yeniden önemli olan- insan haklarına dayanan ceza hukuku karşı taslağı ile karşılaştıracam (III).

## I. Düşman-Kavrama Yaklaşım

### 1. Hukuk ve Devlet Felsefesi' nde Düşman

*Aristoteles* en iyi devlet üzerine incelemesinde, devletin barış ve savaş zamanları için silahlanmasını istemiştir. Düşmanların tahkimat yapısı ve zor erişilebilir bir durum ve yapı tarzı ile devleti ele geçirmesi engellenmelidir.<sup>6</sup>

Aristoteles'in dış düşmanlar üzerine fikirleri "ait oldukları her şeyin bir parçası" olarak davranılması gereken vatandaşlar iken, iç düşmanlar üzerine şu şekildedir: Kim bir toplulukta yaşamaz veya kimin yaşamaya ihtiyacı yoksa O, devletin üyesi değildir ve O, "ya hayvan ya da Tanrı'dır."<sup>7</sup>

Prometheus Efsanesi'nde *Zeus* *Hermes*'e daha açık bir şekilde beyan etmiştir:" Kim gelenek ve hukukta birleşmiyorsa, O, devletin hasta bir üyesi olarak öldürülmelidir."<sup>8</sup> Buna karşılık *Cicero* sadece vatandaşların dikkate alınmasını, ancak yabancıların dikkate alınmaması gerektiğini uyarmıştır, zira bu şekilde

---

Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos, içinde: López Barja de Quiroga/Zugaldía Espinar (koordinatörler.), *Dogmática y Ley Penal*, Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, tomo 1, Madrid/Barcelona 2004, 693 vd.; E.Prieto Navarro, *Ciudadanos y enemigos*. Günther Jakobs, de Hegel a Schmitt, içinde: S. Bacigalupo/M. Cancio Meliá (koordinatörler.), *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona 2005, 49 (70 vd.); L. Greco, *Über das so genannte Feindstrafrecht*, Manuskript, 2005 (vorgesehen zur Veröffentlichung in *Goltdammer's Archiv (GA)* 2006), IX; krit. Jakobs' Schüler und Übersetzer M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo*, içinde: *Derecho Penal Contemporáneo (DPC)* 3 (2003) 39 vd.; aynı eser., *Feind"strafrecht"?*, *ZStW* 117 (2005) 282 vd.

<sup>4</sup> J. M. Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, 2. Aufl., Madrid 2001.

<sup>5</sup> Grecos (Fn. 3), III Düşman ceza hukukunun tanımlayıcı, jurnalcı-eleştirci kavramı ile yasal-olumlu kavram arasındaki faydalı farklılık dipnot.126 ve ilgili metin.

<sup>6</sup> *Aristoteles*, *Politik*, Eugen Rolfes (Übersetzung, Anmerkungen, u.a.), Leipzig 1948, 260 vd. Rn. 1330 b-1331a.

<sup>7</sup> *Aristoteles* (Fn. 6), 5 Rn. 1253 a.

<sup>8</sup> *Platon*, *Protagoras/Theaitetos*, Karl Preisendanz (Übersetzung), Jena 1925, 26.

insan topluluğunun ortak birliği ve bu nedenle “iyilik, cömertlik, yardımseverlik, adalet” de ortadan kalkacaktır.<sup>9</sup>

Yabancılar açısından karşılıklı olarak başkalarını düşünme ülküsü, düşmanlar söz konusu olduğunda doğal bir sınıra sahiptir: “İyi bir adam, soğuktan donmamak için, kötü karakterli vahşi bir tiran olan Phalaris’in kıyafetini çalabilir mi?”<sup>10</sup>

Bu retorik sorunun cevabını Cicero’ nun kendisi hemen cevap vermektedir, ancak O bunu toplum için “hiçbir alanda kullanılmayan” kişilerin haklarının sınırlandırılması söz konusu olduğunda eleştirmez.<sup>11</sup>

Birçok zaman, bu noktada ayırma ve ihraç gereklidir:

“Şöyle ki bizim tiranlarla bir ortaklığımız yoktur, birçok zaman keskin ayrılıklar, hırsızlık, öldürme şerefli olduğunda doğaya aykırı değildir ve tüm bu felaket getirici ve Allah’sız nesil insan topluluğundan dışlanmalıdır. Çünkü bazı üyeler kan ve adeta yaşam nefesini kaybettiklerinde ve bu durum vücudun diğer organlarına zarar verdiğinde, onların organları kesildiği gibi, insan şeklinde canavarlaşma ve bu canavar rezaleti ortak insanlığın vücudundan kesilmelidir.”<sup>12</sup>

*Digesten*<sup>13</sup> de iç ve dış düşman ayrımı yapmıştır: Düşmanlar, bizimle savaş halinde bulunurlar ve ayrıca hırsızlar ve korsanlardır.<sup>14</sup>

---

<sup>9</sup> M. T. Cicero, *Vom rechten Handeln*, Editör: K. Hoem, Zürich 1953, 139 f. § 28 f.: „Çünkü temeli anlayış olan insan topluluğu, daha ziyade bedensel ve ruhsal yönden acı çekmek yerine bir diğerinin kendi menfaatine onun hukukunu kısıtladığında yıkılır.“

<sup>10</sup> Cicero, *Vom rechten Handeln* (Fn. 9), 140 § 29.

<sup>11</sup> Cicero, *Vom rechten Handeln* (Fn. 9), 140 § 30.

<sup>12</sup> Cicero, *Vom rechten Handeln* (Fn. 9), 141 § 32; lat.: aynı eser, *De officiis*, Libri tres, editör von H. A. Holden, Amsterdam 1966, 106 f. § 32: “Etenim ut membra quaedam amputantur, si et ipsa sanguine et tamquam spiritu carere coeperunt, et nocent reliquis partibus corporis, sic ista in figura hominis feritas et inmanitas beluae a communi tamquam humanitate corporis segreganda est.”

<sup>13</sup> Zentraler Teil des *Corpus Iuris Civilis*, Sammlung der Schriften der klassischen Juristen des römischen Rechts, Bkz. U. Wesel, Geschichte des Rechts, München 1997, 157 f.

<sup>14</sup> Pomponius, *Dig. L*, 16, 118 (T. Mommsen’in (Editör), askısından alınmıştır) *Corpus Iuris Civilis*, Volumen Primum, Berlin 1928, Rn. 943, 18): „Hostes hi sunt, qui nobis aut quibus nos publice bellum decrevimos: ceteri latrones aut praedores sunt“; Bkz. Ulpianus, *Dig. XLIX*, 15, 24 (ebd., Rn. 892, 5); Gaius, *Dig. L*, 16, 234 (ebd., Rn. 954, 28): „Quos nos hostes appellamus, eos veteres perduelles appellabant, per eam adiectionem iudicantes, cum quibus bellum esset.“

Kim anavatanını kötü bir niyetle ve hainlik ruhu ile terkederse<sup>15</sup>, arkadaşlık, misafirperverlik ve benzeri diğer dostluk bağlantıları bulunanlar hariç, o da düşmandır.<sup>16</sup>

*Lock'* a göre, bir üyenin huzurlu, “doğal” topluluk üzerinde<sup>17</sup> kaba kuvvet kullanması savaş durumuna<sup>18</sup> neden olduğunda, “toplumsal sözleşme ile kurulan” tüm yükümlülükler ortadan kalkar ve bu durum herkese, tecavüzde bulunana karşı koyma hakkı verir.<sup>19</sup>

*Lock* kanunun ihlal edilmesinin neden olduğu sınırlı savaş durumu ile yerleşik düzene başkaldırı arasında fark gözetmiştir.<sup>20</sup>

Bu durumda devlet otoritesi başkaldırıcıyı nasıl kışkırtmışsa<sup>21</sup>, savaş durumunda “beni yok etmekle tehdit edeni, benim yok etme hakkımın olması mantıklı ve meşrudur.” Zira bu durumda anayasa doğadan, herkesin elde etmesi mümkün değilse, insanlığın mümkün olduğunca muhafaza edilmesini, masumların güvenliğinin üstün tutulmasını talep etmektedir.”

Bir savaş ilan edilmiş insanlar, bir yırtıcı hayvan gibi öldürülebilirler, zira “bu tür insanlar, ortak yaşama, akıl ile bağlı değildirler ve kaba kuvvet ve şiddetten başka kural tanımazlar. Güçleri kesilir kesilmez kesinlikle yok edilen tüm diğer tehlikeli ve muzır yaratıklar gibi, onlara da bu nedenle bir yırtıcı hayvan gibi muamele edilebilir.”<sup>22</sup>

Burada huzurlu doğal yaşamı terk eden ve bunun sonucunda bir yırtıcı hayvan gibi muamele edilme sonucunu doğuran kişilerin sürülmesi sonucunu doğuran vatandaşların ortak yaşamı, bir diğer tarafta siyasi hakların ihlali ile ilgilidir ve bu da ortak bir düşmana karşı halkın başkaldırması<sup>23</sup> ile sonuçlanır:

<sup>15</sup> Paulus, Dig. XLIX, 15, 19 (Mommsen'e göre (Fn. 14), Rn. 890, 18): „Qui malo consilio et proditoris animo patriam reliquit, hostium numero habendus est.“

<sup>16</sup> Pomponius, Dig. XLIX, 15, 5 (Mommsen'e göre (Fn. 14), Rn. 886, 10): „In pace quoque postliminium datum est: nam si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt.“

<sup>17</sup> J. Locke, Zwei Abhandlungen über die Regierung, Editör W. Euchner, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 1995, 260 vd. §§ 95 vd.

<sup>18</sup> Locke (Fn. 17), 211 § 19, açık bir şekilde (barışçı) doğa durumundan kaldırır.

<sup>19</sup> Locke (Fn. 17), 345 § 232.

<sup>20</sup> Locke (Fn. 17), 210 f. § 17 f.

<sup>21</sup> Locke (Fn. 17), 211 § 18.

<sup>22</sup> Locke (Fn. 17), 209 f. § 16, ayrıca bkz. Anı eser., 211 § 19, bir eşkiyayı öldürmek hukuka uygun olabilirdi, çünkü o bir ülkeyi kanaet etme güvencesi vermemektedir, buna karşılık bir hırsızlıkta, “hukuku çağırılmadan başka birşey yapılamaz”. Bir başka yerde (ebd., 210 f. § 18) Locke “kendi kurbanını, onun parasını almak için şiddet kullanarak kendi isteğini yaptırmaya getiren bir hırsızın meşru bir şekilde öldürülmesinden de bahsetmektedir”. Hırsızlık sadece şiddet kullanılarak yapıldığında, bu gerekçe itiraz edilemezdir.

<sup>23</sup> Locke (Fn. 17), 345 vd. §§ 232 vd.

“Egemen ya da uyruk, şiddet yolu ile ya soyluların ya da halkın hukukuna tecavüz etmeye teşebbüs ederse ve bunu anayasanın ve meşru bir hükümetin tüm yapısının devrilmesi için sebep gösterirse, benim hislerime göre bir insanın asla işleyemeyeceği şiddetli bir suç işlemiş olur. O, bir ülkeye hükümetin yıkılışını getiren katliam, haydutluk ve yakıp yıma gibi tüm felaketlerden sorumludur. Kim ki bu şekilde davranırsa hukuken ortak bir düşman olarak insanlığın haşeresi olarak göz önünde bulundurulmalı ve ona bu şekilde muamele edilmelidir.”<sup>24</sup>

Aynı şekilde Rousseau’ nun toplumsal sözleşme konseptinde de siyasi bir toplulukta yaşayan insanların uyruk olarak yükümlülükleri, vatandaş olarak hakları bulunmaktadır.<sup>25</sup>

Kim kendi güç ve makam sevgisini takip ediyorsa ve bununla toplumsal kurallar ve başkalarının iyiliğini dikkat etmiyorsa düşman olur.<sup>26</sup>

Toplumsal sözleşmenin ihlal edilmesi, ahlaklı insanların güveni ile eşdeğerdir ve anavatana bir ihanet oluşturur.

“O, bu yasayı ihlal ederek, toplumun üyesi olmayı bırakır, evet ona savaş açar. Çünkü bir düşman olarak ölmek bir suçlu olarak ölmekten daha az tercih edilir.”<sup>27</sup>

Böyleleri “ahlaklı insan değildirler, bir insandılar ve bu durumda yenileni öldürmek bir savaş yasasıdır.”<sup>28</sup>

Toplumsal sözleşmenin ihlali ve bunun sonucunda yasayı ihlal edenlerin sürülmesini, devletler arasında, askerlerin *a limine* düşman olarak karşı karşıya durdukları savaş durumundan,<sup>29</sup> savaş devam ettiği sürece tabi ki, ayırmak gerekir: “Ancak onlar silahlarını bırakır bırakmaz ve teslim olur olmaz, tekrardan- çünkü onlar artık düşman veya düşmanın araçları değildirler- kesinlikle insandılar.”<sup>30</sup>

---

<sup>24</sup> Locke (Fn. 17), 344 f. § 230 (Vurgulama, K.A.).

<sup>25</sup> J.-J. Rousseau, Staat und Gesellschaft, „Contrat Social“, übersetzt und kommentiert von K. Weigand, München 1959, 30; Bkz. C. Pérez del Valle, Estudios de filosofía política y del derecho penal, Bogotá 2004, 57.

<sup>26</sup> Bkz. Pérez del Valle (Fn. 25), 61.

<sup>27</sup> Rousseau (Fn. 25), 33 (Vurgulama, K.A.).

<sup>28</sup> Rousseau (Fn. 25), 34; Bir başka yerde (ebd., 14 f.) Rousseau bu bakımdan eleştirir ve bu tür bir hakkı kabul etmez. Bkz. R. Brandt, Rousseaus Philosophie der Gesellschaft, Stuttgart-Bad Cannstatt 1973, 87. Burada ceza hukukuna veya ölüm cezasının meşruluğuna bir çağrı yapıp yapılmadığı tartışmalıdır, bkz. Pérez del Valle (Fn. 25), 58.

<sup>29</sup> Rousseau’ya göre (Fn. 25), 14, bu, insana bir düşman olarak nasıl karşı konulacağı için tek çıkar yoldur: Ne doğa durumunda ne de toplum durumunda insanlar düşman değildir.

<sup>30</sup> Rousseau (Fn. 25), 15.

Toplumsal sözleşme kaynaklı düşmanların sürülmesi, Fransız Devrimi Siyasi Bildirgesi' nde de bulunmaktadır:

“Depuis le peuple francais a manifesté sa volonté tout ce qui lui est opposé est hors le souverain; tout ce qui est hors le souverain est ennemi. (...) Entre le peuple et ses ennemis il n'y a plus rien de commun que le glaive.”<sup>31</sup>

Locke ve Rousseau gibi sözleşme teorisine dayan *Hobbes* ve *Fichte*' de isyan edenler vb. deneyimli suçluların doğal durumdan geri çekilmesinden bahsetmiştir. Bundan ötürü, bir ceza bir uyuğa değil, bilakis bir düşman uygulanır (*Hobbes*)<sup>32</sup> veya fail bir şey gibi, bir hayvan parçası olarak açıklanmış ve sadece devletin değil, herkesin ona saldırma, keyfi olarak işkence yapma ve öldürme izninin olduğu özgür kuşların durumuna (*Fichte*) benzetmektedir.<sup>33</sup> Benzer bir şekilde *Kant*'a<sup>34</sup> göre de, kişi veya halk doğa durumunda, bu durumda varsayılan kanunsuzluk için bir tehlike oluşturmaktadır ve bu nedenle ona düşman olarak muamele edilmelidir.<sup>35</sup>

Düşman kavramının modern ve hukuki olarak şekillenen anlayışı, önemli bir şekilde *Carl Schmitt*'e dayanmaktadır.<sup>36</sup>

Düşman Schmitt için gücün belirlenmesinin merkezinde bulunmaktadır ve politikanın doğasıdır:” Her dini, ahlaki, ekonomik, etnik ya da diğer karşıtlık, insanları dost ve düşman olarak etkili bir şekilde gruplaştırmaya yetecek kadar güçlü olduğunda siyasi bir karşıtlığa evrilir.”<sup>37</sup>

<sup>31</sup> Bericht des Comité de salut public, Rapport v. 10. Okt. 1793: Choix de rapports etc., Paris 1818 vd., T. XIII, 119, E. Friesenhahn'den alıntılama, Der politische Eid, Bonn 1928, 16.

<sup>32</sup> T. Hobbes, Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates, Editör I. Fetscher, Frankfurt a.M. 1984, 242 Kap. 28; aynı eser., Vom Menschen. Vom Bürger, Editör von G. Gawlick, 2. Aufl., Hamburg 1966, 233 Kap. 14 Abs. 22.

<sup>33</sup> J. G. Fichte, Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre, Hamburg 1960, 272: „Bu (ifade edilen) hak, neden onun en iyinin iyisi olmadığı, onu tahrip etmek, ona saldırmak keyfi bir şekilde işkence yapmak ve öldürmek için bir neden neden olarak gösterilemez; ancak kimse onun lehinde de değildir. „

<sup>34</sup> I. Kant, Zum ewigen Frieden, Editör T. Valentiner, Stuttgart 1971, 24 2. Bölüm dipnotlaral birlikte.

<sup>35</sup> Bu yazarlara bkz., ayrıca G. Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, içinde: Höchststrichterliche Rechtsprechung Strafrecht (HRRS) 3/2004, 89 (= Ritsumeikan Law Review 21 (2004) 93-107 ve aynı eser., içinde: G. Jakobs/M. Cancio Meliá, Derecho Penal del Enemigo, Madrid 2003, 19-56); L. Gracia Martín, Consideraciones Críticas sobre el Actual Denominado „Derecho Penal del Enemigo“, in: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 07-02 (2005) 13 vd., [http://\\*/criminet.ugr.es/recpc](http://*/criminet.ugr.es/recpc).

<sup>36</sup> NS-Ideolojisi için onun anlamı, B. Rüthers, Entartetes Recht, Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich, München 1994, 101-180 m.w.N.

<sup>37</sup> C. Schmitt, Der Begriff des Politischen, Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien, Berlin 1963, 26 vd., 37.

Düşman rekabet ya da muhalefet anlamında genel veya özel bir rakip değildir, o genel olarak açık bir düşmandır: “Hostis is est cum quo publice bellum habemus.”<sup>38</sup>

Düşman, “önemli yoğun hayati bir anlamda, farklı bir şeydir ve yabancısıdır”; “ne onunla önceden karşılaşmış normlarla ne de “harici” bir hüküm ile ve bu nedenle “tarafsız” üçüncü birinin karar vereceği çatışmalar mümkündür.”<sup>39</sup> Bireysel bir “düşman” ile bir barış yapılabilirken, kamusal düşmana cevap, eninde sonunda her zaman savaştır.<sup>40</sup> Düşman ve savaş, hiçbir zaman saf bir tartışmanın veya sembolik bir mücadelenin konusu değildir:

“Dost, düşman, savaş kavramları gerçek anlamlarına özellikle fiziki anlam imkanına sahip olduklarında ve bunların anlamı olduğunda kavuşurlar. Savaş, düşmanlığın yerine geçer, zira bu durum bir başka var oluşun büyük varlığının yadsınmasıdır. Savaş, sadece düşmanlığın dışı vurumudur.”<sup>41</sup>

“Düşman kavramı bir anlama sahip olduğu sürece “ savaş gerçek bir ihtimal olarak bulunmalıdır,<sup>42</sup> çünkü “savaş, mantığını ideal veya hukuki anlama karşı değil, bilakis gerçek bir düşmana karşı yürütmektedir.”<sup>43</sup>

Lock’ un “İnsanlığın düşmanı” anlayışı, Schmitt’ in siteminde yoktur, çünkü “insanlık” ve dost-düşman grupları karşılıklı olarak birbirlerini dışlarlar;<sup>44</sup>insanlık kavramı “dost ve düşman farklılıklarının sadece bir olasılık ile “ sona ermesi durumunu kapsamaktadır.<sup>45</sup> Somut olarak kim düşman olarak görülüyorsa,

<sup>38</sup> E. Forcellini, Lexicon Totius Latinitatis, Band III, 1865, 320 u. 511, Schmitt, Begriff (Fn. 37), 29 Fn. 5ten alıntılama şu şekildedir: „Hostis is est cum quo publice bellum habemus (...) in quo ab inimico differt, qui est is, quocum habemus privata odia. Distingui etiam sic possunt, ut inimicus sit qui nos odit; hostis qui oppugnat.”

<sup>39</sup> Schmitt, Begriff (Fn. 37), 27.

<sup>40</sup> Schmitt, Begriff (Fn. 37), 30.

<sup>41</sup> Schmitt, Begriff (Fn. 37), 33.

<sup>42</sup> Schmitt, Begriff (Fn. 37), 33.

<sup>43</sup> Schmitt, Begriff (Fn. 37), 50 f.; ilk olarak savaş vasıtasıyla düşman bir statü ve bu vasıta ile savaşı sona erdirmeye şansı veya bir af elde eder, aynı yerde, 11, 46 vd.; ayrıca bkz. C. Schmitt, Theorie des Partisanen, Berlin 1963, 87 (“Düşman olarak ilan etme, savaş ilanında), 91 („ (...savaşa mantık ve karakter veren düşmanlıktan farklılaşır“), ayrıca bkz. Rousseau’dan farklı düşünme (Fn. 25), 14 f.

<sup>44</sup> Schmitt, Begriff (Fn. 37), 54 f. ve 56: „İnsanlık ancak savaşın gerçek imkanları ortadan kalktığında ve tüm dost-düşman gruplaşmaları imkansız olduğunda gerçek olabilecek bireyler arasındaki ilişkiler sistemidir.”

<sup>45</sup> Schmitt, Begriff (Fn. 37), 54 f.: Bu bağlamda insanlık kavramı bir “ideolojik araçtır”; kim onu kullanırsa, kandırmak ister.

devlette en azından gerçek anlamda karar verme gücüne sahip olan tarafından<sup>46</sup> veya “meşru iktidarı” belirleyen otorite tarafından kritik bir durumdadır.<sup>47</sup>

## 2. Siyasi Uygulamada Düşman

Pratik siyasette siyasi rakiplerin “düşman” olarak nitelendirilmesi bugüne kadar ekonomik yaptırımlardan iç veya dış savaşa kadar olası tüm baskı yöntemlerinin bahanesi olmaya hizmet etmiştir.<sup>48</sup>

İspanya’da *Franco* döneminde, kim frankist devlete karşı açık bir muhalefet bildirir veya temel hakları talep ederse düşman olarak nitelendirilmiştir.<sup>49</sup>

Diktatörlük yıllarında –ulusal güvenlik doktrininin temeli olan-<sup>50</sup> Arjantin ordusu, “gençlerimizin ruhlarını üniversitelerde zehirleyenleri” düşman olarak<sup>51</sup> nitelendirmiş ve “Arjantin ruhunun düşmanlarını yok etmekle” tehdit etmiştir.<sup>52</sup>

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.<sup>53</sup> Kavram, *orta doğudaki* ve Ortadoğu üzerindeki çatışmalarda da bir öncüdür. Hamas “Siyonist düşmanları”<sup>54</sup>, Filistin Başbakanı Abbas, “İsraili”<sup>55</sup>

<sup>46</sup> Schmitt, Begriff (Fn. 37), 46 f.

<sup>47</sup> Bkz. C. Schmitt, Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, München/Leipzig 1934, 11, 20; Schmitt, Partisanen (Fn. 43), 87.

<sup>48</sup> Ayrıca bkz. Muñoz Conde, Reformas (Fn. 3), 17 vd.; Demetrio Crespo (Fn. 3), 90; Gracia Martín (Fn. 35), 3 f.

<sup>49</sup> Muñoz Conde, içinde: Losano/Muñoz Conde (Fn. 3), 175; aynı eser Reformas (Fn. 3), 30.

<sup>50</sup> Onun teorik gerekçelendirilmesi geliştiğinde, Schmitt, Partisanen (Fn. 43), 30, 40 vd., 85 f. u. passim, O, partizanları düzensiz ve meşru olmayan savaşçılar olarak, “mutlak düşmanlığın taşıyıcıları” olarak (91), sadece “partizanca” savaşılacak kişiler şeklinde (83) karakterize ettiğinde.

<sup>51</sup> Coronel Juan Carlos Moreno, J. R. Serrano-Piedecabras’tan alıntılama, El delito de genocidio. Especial referencia al “caso Pinochet”, in: J. L. Díez Ripollés et. al. (Editör) La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo, Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Madrid 2002, 1508: “Son enemigos (...) los ideólogos que envenenan en nuestras universidades el alma de nuestros jóvenes.”

<sup>52</sup> Serrano-Piedecabras (Fn. 51), 1508 tan aktaran General Luciano Menéndez: “Los enemigos del alma argentina serán destruidos.” Bkz. Velásquez (Fn. 3), 211, Latin Amerika kitabı “sağ”siyasetinin temizliği ile ilgili.

<sup>53</sup> Prosecutor v. Kambanda, Yargılama ve hüküm 4.9.1998 (ICTR-97-23-S), para.39 (vii).

<sup>54</sup> Şeyh Ahmad Yassin (22.3.2004 tarihinde öldürülen Hamas Lideri), Ropörtaj 1 Temmuz 2003, <http://www.rebelion.org/palestina/030710mhuammad.htm>.

<sup>55</sup> Mahmoud Abbas, USA TODAY, 1.4.2005, <http://www.usatoday.com/news/world/2005-01-04-abbas-x.htm?csp=34>.



dışlamakta ve Ariel Sharon önceki Filistin Başbakan'ı "Arafat"<sup>56</sup> düşman olarak nitelirmektedir. Irak' ta ihtilalciler Amerikan medyasını "enemy force"<sup>57</sup> olarak, Bush bunlar tarafından "İslam düşmanı, Allah düşmanı, Müslüman düşmanı" olarak nitelendirilmektedir.<sup>58</sup>

Bush'un kendisi düşman kavramını 11 Eylül 2001 tarihinden itibaren savaş kavramı olarak stilize etmiştir: "We are the target of enemies who boast they want to kill: kill all Americans, kill all Jews and kill all Christians."<sup>59</sup>

Irak savaşının başlamasından üç gün önceki bir ulusa sesleniş konuşmasında Bush, susturma politikasının devam ettirilmesinin olası sonuçlarının "destruction never before seen on this earth" olacağına yemin etmiş ve önleyici darbenin tarzının haklı olduğunu savunmuştur: "evil man" veya "such enemies" in ilk darbeyi vurması beklenmemelidir.<sup>60</sup>

Bush-Hükümeti tarafından beslenen "hukuk dışı savaşçılar" ("unlawful combatant") haksız bir şekilde insani halk savaşçıları ile azılı caniler arasında kalmaktadır.<sup>61</sup>

Bu retorik ile birlikte, terör ceza hukuku da giderek düşman ceza hukukuna evrilmiştir.<sup>62</sup>

---

<sup>56</sup> Ariel Sharon, CNN World, 29.3 2002, [http://\\*/archives.cnn.com/2002/WORLD/meast/03/28/mideast/](http://*/archives.cnn.com/2002/WORLD/meast/03/28/mideast/).

<sup>57</sup> Washington Times, 17.7 2003, [http://\\*/washingtontimes.com/national/20030717-121015-6169r.htm](http://*/washingtontimes.com/national/20030717-121015-6169r.htm).

<sup>58</sup> Abdel Aziz al-Rantissi, (17.4.2004 tarihinde öldürülen Hamas Lideri), BBC News, 28.3.2004, [http://\\*/news.bbc.co.uk/2/hi/middle-east/3576563.stm](http://*/news.bbc.co.uk/2/hi/middle-east/3576563.stm).

<sup>59</sup> Seçim yarışı konuşması, Atlanta/Georgia, 8.11.2001, "the only possible response is to confront it and to defeat it. This new enemy seeks to destroy our freedom and impose its views. We value life; the terrorists ruthlessly destroy it", CNN.com, 8.11.2001, [http://\\*/archives.cnn.com/2001/US/11/08/rec.bush.transcript/](http://*/archives.cnn.com/2001/US/11/08/rec.bush.transcript/).

<sup>60</sup> Bush, Ulusa sesleniş konuşması, CNN World, 17.3.2003, [http://\\*/www.cnn.com/2003/WORLD/meast/03/17/sprj.irq.bush.transcript/](http://*/www.cnn.com/2003/WORLD/meast/03/17/sprj.irq.bush.transcript/). Ayrıca bkz. Bush'un 6.10. 2005 tarihli konuşması, [http://\\*/www.cnn.com/2005/POLITICS/10/06/bush.transcript/](http://*/www.cnn.com/2005/POLITICS/10/06/bush.transcript/): "Against such enemy there is only one effective response: We will never back down, never give in and never accept anything less than complete victory."

<sup>61</sup> Avrupa Demokrasi ve Hukuk Komisyonu (Venedik Komisyonu) Bilirkişisinin Hukuk Durumu üzerine faydalı raporu üzerine: EuGRZ 2004, 343 vd.

<sup>62</sup> Bkz. K. Ambos, Terrorismusbekämpfung seit dem 11. September, in Politische Vierteljahrschrift (PVS) Sonderheft 2006 (yayımlanma); rechtsvergleichend zu Spanien, Frankreich, Italien, England und USA G. Portilla Contreras, FS Bacigalupo (Fn. 3), 708 vd.; zu Spanien Cancio Meliá, delitos de terrorismo (Fn. 3), 43 vd.

Düşman kavramının iç politika tartışmalarında kullanılmasına, yakın geçmişte bir Alman sendikası başkanının, kendilerini “ezmek isteyen” belli firmaları “düşman” olarak nitelmesi örnek olarak gösterilebilir.<sup>63</sup>

Devletler Hukuku, 2. Dünya Savaşı’nda Almanya ile ittifak kuran devletlere yöneltilen, ancak bugün pratikte anlamı olmayan Birleşmiş Milletler tüzüğü’nün 107. Maddesi<sup>64</sup> düşman devletler hükmünü kabul etmiştir.<sup>65</sup> Aynı şekilde, devletler hukuku açısından çok daha önemli olarak kabul edilen ve dünyayı koruma temelleri denilen insanlığa karşı belli suçların dünya çapında takip edilmesinin öncüsü olan, Cicero’ ya dayandırılan *hostis humani generis* teorisi, (devletler) ceza hukuku açısından bir hayli önemlidir.<sup>66</sup>

Korsanlar her şeyden önce bu anlamda insanlığın düşmanlarıdır -“*pirata hostes humani generis*”- olarak adlandırılan ve bundan dolayı kavramın bugün devletler hukuku ile ilgili tüm suçları (*delicta iuris gentium*) kapsamı, her devletin bunları takip etmesini mümkün hale getirmiştir.<sup>67</sup>

### 3. Özet: Dış ve İç Düşmanlar

Bu tarihi *tour d’horizon*dan sonra, “dış” ve “iç” düşmanlar arasında ayırım yapmak akla yaklaşıp. “Dış” düşman kendi toplumu dışındaki varlıkları tehdit eder. O, özellikle devletleşmiş yapılar *ile* devletler arasında klasik bir savaş ortaya çıkarır. Düşman burada, statüsünden ötürü belli başlı *hakları olduğu kabul edilen* ve onunla barış ve af görüşmeleri yapılabilen savaştaki rakiptir. “Düşmanın açıklaması”, yani düşmanın tanımlanması ve tarif edilmesi, savaş durumunu ortaya çıkarır: onunla bir savaş durumunda bulunulan *insan* benim

---

<sup>63</sup> Aynı şekilde IG-Bau Wiesehügel Başkanı, 5.10.2005, <http://www.n-tv.de/587492.html>.

<sup>64</sup> „Hükümetleri, bu savaş boyunca anlaşma devletlerinin düşmanı olan devletlere saldırma veya bu saldırılara izin verme sonucu olan ikinci dünya savaşının sonucu olan tedbirler, bu Chartha ile ne yürürlüğe girmiş ne de yasaklanmıştır. „ (K.A.). Ayrıca bkz. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi madde 53 bağlamında: „(...) „ikinci dünya savaşında bu Chatha’nın tarafları olan tüm devletler“ madde 53 fıkra 2 anlamında düşman olarak nitelendirilen düşman devletlere karşı önlemler almıştır.

<sup>65</sup> Örneğin Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri Kofi Annan’ın feshi için, Fassbender, UN Reform und kollektive Sicherheit, Der Bericht des «UN High-level Panel on Threats, Challenges and Change» vom Dezember 2004 und die Empfehlungen des UN-Generalsekretärs vom März 2005, Berlin 2005, <http://www.boell.de/downloads/global/GIP17-UN-Reform-Sicherheit.pdf>, 29: «It is high time to eliminate the anachronistic «enemy» clauses (...)»

<sup>66</sup> F. Neubacher, Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit, Politische Ideen- und Dogmengeschichte, kriminalwissenschaftliche Legitimation, strafrechtliche Perspektiven, Tübingen 2005, 111 m.w.N.

<sup>67</sup> Bkz. K. Ambos, Vor §§ 3-7, içinde: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, §§ 1-51 StGB, München 2003, Rn. 47 vd. m.w.N.

düşmanımdır. Ancak savaş durumunu sona erdiğinde, düşmanlar dost olabilirler ya da en azından siyasi birlikte bir ortak olabilirler.<sup>68</sup>

Dış düşman pek ala (*bazı*) haklara sahip olabilir; her durumda o belli-bugün insancıl devletlerce hukuku emniyete alınmış<sup>69</sup> -*insani muamelenin azami haklarına* sahiptir, haklardan yoksun değildir.

Ancak *iç düşmanda* durum tamamen farklıdır. O kendi toplumunun “aykırı sesidir”. Kendi varlığını bir birey olarak kendi toplumuna bağlamayan ve bu toplumla entegre olmak istemeyen, bir toplulukta hüküm süren temel değerlere değer vermeyen veya vermek istemeyen kişi, iç düşmandır. Devletler arasındaki klasik savaş, bir toplumunun temelini veya huzurlu ortak yaşamın tehlikeye atan zincirlerinden kurtulmuş insan veya doğa durumundaki benzer hayvanlara nispet edilebilen veya topluma hükmeden değerlerden kurtulmuş insan grubu ile bir “iç savaşa” evrilir.<sup>70</sup>

Ancak kim *tam olarak* bir iç düşmandır? Farklı bir sesin sürülmesini haklı gösterecek belli bir toplumun temel değerlerinden ayrılma ne zaman düşünülebilir? Aykırı seslerin gösterilmesi mutlaka gerekli midir? Felsefe bu soruların cevaplarını somutlaştırmamıştır. Tehdit bakış açısı ön planda durmaktadır:<sup>71</sup>

Kendi varlık ve kimliğini tehdit eden diğerlerini reddetmek, düşman için temel kriterdir.*Düşünsel*-kültürel veya bedensel-maddi açıdan beni şüpheye düşürebilen veya böyle yapacağından çekindiğim kişi de düşmandır.<sup>72</sup>

Böyle belirlenen iç düşmanın *asla bir hakkı* yoktur.

*Hostis humani generis* hem dış hem de iç düşman olabilir. Gerçekte duruma göre değişmez. Devletler Hukuku suçları savaşta daha da belli olur: barışta olduğu gibi-silahlı çatışma. Bundan dolayı insanlığın düşmanları her zaman vardı ve bu suçlar işlenene kadar da her zaman olacaktır. Ancak *hostis humani generis* devletler hukuku suçları ile ilgili bağlantısından, hareketin karşılaştırılmasını garantileyen nispi bir şekilde belirli *çıplak düşman kavramından ayrılmaktadır*.

<sup>68</sup> Schmitt te bunu kabul etmektedir, Partisanen (Fn. 43), 16: Barış anlaşması anlaşılır bir şekilde savaşın sonudur.

<sup>69</sup> Bkz. [http://\\*/www.icrc.org](http://*/www.icrc.org).

<sup>70</sup> Bkz. J. S. Hohmann, „Ihr Charakter ist ein Inbegriff von Schlechtigkeit und Leichtsin“, Zur Geschichte von Feindbildern in Deutschland, Berlin 1995, 40; Brandt (Fn. 28), 87 m.w.N.

<sup>71</sup> Kant’a göre (Fn. 34), 24 2. Bölüm dipnotlarla birlikte., insan kendi kanunsuz durumu ile “saf doğa durumu” güvenliğini tehdit eder, çünkü, onu “ortak hukuk durumuna” zorlamak veya onu komşuluktan ihraç etme, ona “bir düşman gibiymiş gibi davranma” meşrudur“.

<sup>72</sup> C. Schmitt, Ex captivitate salus: Erfahrungen der Zeit 1945/47, Köln 1950, 88.

Dış düşman kavramına bir miktar meşruluk tanınmasa da, iç düşman tek başına başkalarının sürülmesi için maddi bir dayanak sağlamadan, rakiplerin adına leke sürülmesi ve şiddetli bir takım yol ve yöntemlerin haklı gösterilmesine hizmet eder. *Bu düşman kavramının sınırı yoktur.* Bu durum, *özellikle bir taraftan değer yargısı içermeyen* devletin bir makine olarak kurulması sorunu çatışmasını bir tarafa bırakan, bir diğer taraftan savaşı düşmanlığın olmazsa olmaz bir sonucu olarak isteyen ve bununla alternatif çözüm imkanlarını *a limine* bir temele koyan Schmitt'te kolayca anlaşılabilir.<sup>73</sup>

Sınırsızlık mübalağa çerçevesinde gitmektedir: Görünen tehditin dozunun kaçırılması ile birlikte iyi özelliklerin reddedilmesi, gerçekliği tüketmekte ve şiddetli tartışmanın kaçınılmaz olmasına neden olmaktadır. (İç) Düşman ile hiçbir ortaklık yoktur, o kendi varlığına bir tehlike oluşturmaktadır ve o her zaman kendi –bireysel veya kollektif- kimliğinin dışında ayakta durmaktadır. Düşman, burada hiçbir zaman bir önemsiz ya da zararsız bir kavram değildir: O, her zaman önüne geçilmesi yada berraklaştırılması gereken bir tehdittir. Düşman ile iletişim çok sıkı vuku bulmadığı için, ortada sadece silahlı mücadele kalmaktadır: Savaş. Çoğu zaman, yok edilecek düşman, kendi nitelendirilmesi gibi-tamamen labeling approach<sup>74</sup> anlamında-önce yaratılır (kelimenin gerçek anlamıyla “adlandırılır”).<sup>75</sup>

## II. Jakobs' a göre Düşman Kavramı

### 1. Değişimdeki Düşman Kavramı

Henüz 1985 yılında –Frankfurt am Maindeki Ceza Hukuku Eğitimci Profesörler toplantısında- Jakobs, halihazırdaki Alman Ceza Hukuku'nun tanımlayıcı-eleştireci analizinin basmakalıp ifadesi olarak düşman ceza hukuku kavramını kullanmıştır.<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> Schmitt, Begriff (Fn. 37), 33: „Savaş düşmanlığın takip eder, çünkü bu diğer varlığın mantıklı yadsımasıdır. Savaş sadece ortaya çıkmış düşmanlıktır.», «Düşman kavramı bir mantığa sahip olduğu sürece» savaş imkanı var olmalıdır. Schmitt'e göre düşmanlık siyasetin bir karakteri ise, düşmanlık sadece bir savaş vasıtası olarak anlaşıldığında savaş siyasetin bir karakterine dönüşür. H. Laufer, Das Kriterium politischen Handelns, München 1962, 156 Fn. 69.

<sup>74</sup> „Labeling approach“ a göre, suçlar ve kabahatler sosyal tanımlamaların sonucudurlar, yani onlar toplumsal bir suç yüklenmesi yoluyla ortaya çıkarlar, bkz. H. J. Schneider, Kriminologie, Berlin/New York 1987, 551.

<sup>75</sup> Laufer (Fn. 73), 150 vd., bu konuda düşmanın bilinmesi ile onun belirlenmesi ayırımından bahsetmektedir.

<sup>76</sup> G. Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung (Referat auf der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt a.M. im Mai 1985), ZStW 97 (1985) 753; Ayrıca bkz. Aynı eser., Strafrecht. Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre: Lehrbuch, 2. Aufl., Berlin 1991, 2/25c.

Suçluları açık bir şekilde “hukukun düşmanı” yapıp ve onların bireysel alanını ve bir *vatandaş* olarak statüsünü tamamen bertaraf eden bu “tehlike kaynağı”, kapsayıcı düzenlemeler ihtiva etmektedir.<sup>77</sup> Zira devlet bireylerin özel alanına nüfus etmektedir böylece “mahremiyet ve bununla birlikte vatandaşların sübjektif konumları bitmektedir ve özel hayatı olmadan bir vatandaşın var olması mümkün değildir”.<sup>78</sup>

Düşman ceza hukuku düzenlemeleri denilen düzenlemelerin muhatapları, -ceza hukuku kanunu yapmak ve usuli garantilerle donatmak yerine<sup>79</sup>- ceza hukuku saldırıları ve mücadelesine muhatap olup, bir vatandaşlık statüsünden yararlanmayan bir düşman olurlar.<sup>80</sup> “Kamulaştırma”, “dahili diğerlerine”, yani davranışın içinde bulunduğu gerçekliğin planlama bağlantısına erişimi mümkün kılmaktadır.<sup>81</sup>

Böylece “kim buralı devlete karşı hak ve mahremiyete sahip olmayan birisi ile örneğin dış bir gücün temsilcisiyle, komplo hazırlarsa” yurttaşlık önceliklerinin zevkinden artık yararlanamaz.<sup>82</sup>

Kısaca: Vatandaş ceza hukuku, düşman ceza hukuku düzenlemelerine dış geçirmelidir ve “saf” vatandaş ceza hukukunun bu “yaklaşımında”, düşman ceza hukukunun asıl tehlikesi yatmaktadır.<sup>83</sup>

Jakobs daha sonra, özellikle 1999 yılında *Eser, Hassemer, ve Burkhardt* tarafından organize edilen “Ceza Hukuk Biliminin İkinci Binyılı” Berlin toplantısındaki konuşması ile, saf tanımlayıcı-analitik düzlemi terk etmiştir.<sup>84</sup>

<sup>77</sup> Jakobs, *Kriminalisierung* (Fn. 76), 753

<sup>78</sup> Jakobs, *Kriminalisierung* (Fn. 76), 755.

<sup>79</sup> G. Jakobs, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart* (Kommentar), içinde: A. Eser/W. Hassemer/B. Burkhardt (Editör), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München 2000, 51 f. In concreto gehören dazu laut Jakobs (*Kriminalisierung* (Fn. 76), 757; aynı eser içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt, 51; aynı eser *Feindstrafrecht* (Fn. 35), 93) Özellikle özel alanı suça teşvik eden tüm düzenlemeler (§§ 30, 129, 129a StGB) aynı şekilde üreten ve tedarik edenlerin çeşitliliğindeki belge suçları (§ 267 StGB), ayrıca §§ 30 I, Nr. 1, 31 I, Nr. 1 BtMG, §§ 211 I, 49 I Nr. 1 StGB, §§ 31 vd. EGGVG, aynı şekilde §§ 112, 112 a, 81 a, 100a, 100c, 110 StPO. Jakobs, *Kriminalisierung* (Fn. 76), 756, 761.

<sup>80</sup> Jakobs, *Kriminalisierung* (Fn. 76), 773.

<sup>81</sup> Jakobs, *Kriminalisierung* (Fn. 76), 776, §§ 98, 99 StGB nin atfı ile.

<sup>82</sup> Bkz. Jakobs, *Kriminalisierung* (Fn. 76), 757, 784; ayrıca., *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck* in: *Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge* 390, Paderborn 2004, 45 f.; aynı eser., *Feindstrafrecht* (Fn. 35), 93 f. ayrıca bkz. J. L. Díez Ripollés, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, RECPC 07-01 (2005) 24, [http://\\*/criminet.ugr.es/recpc](http://*/criminet.ugr.es/recpc).

<sup>84</sup> Jakobs’ Kenner Cancio Meliá, *Düşman “ceza hukuku”* (Fn. 3), 277 Fn. 32 ile, üç aşamalı bir

*Jakobs* şimdi “davranışlarında (cinsel saldırı), yaşam kazançlarında (ekonomik, uyuşturucu madde ve organize suçlarda) veya suç örgütleri ile bağlantılarından dolayı (terörizm, organize suçlar) sürekli bir şekilde şüphe altında bulunan kişilerle mücadele eden, ancak en azından hukukun öneminden ötürü uygulanan, bir diğer ifade ile hukuki kişi olarak bağdaşmayan muamelelerin yapılmasını garanti altına alan asgari standartlarından, “Mücadele Kanunu”<sup>85</sup>ndan bahsetmektedir”.<sup>86</sup>

Bunun içinde sadece bir düşman ceza hukuku tasvirinden *lex lata* fazlası yoktur, yani *Jakobik* ceza anlayışının temelinde bir düşman kavramı yaratmak: “Sadece davranışında veya ekonomik hayatında veya temel olarak bir örgüte bağlılığında değil, aynı zamanda yani her durumda muhtemelen sürekli bir şekilde hukuk döndürülmüş ve böylece kişisel davranışlarının bilişsel asgari güvenliği ve bu eksiklikle kendi davranışlarını ortaya koyan kişi” bir birey olarak düşmandır.<sup>87</sup>

Bu durum “sıradan suçlar” da daha fazla “anlaşılır” görünür, ona “tehlikeli bir birey olarak değil, bilakis hatalı hareket etmiş bir birey olarak” yani bir kişi ve vatandaş olarak da davranılabilir, ancak bir düşman olarak davranılmamalıdır, “tekrar suç işleyecek veya bir örgüte ayak uyduran fail” de bu durum daha da zordur.<sup>88</sup>

Bir düşman olarak muamele edilen terörist her durumda “temel olarak hukuk düzeninin meşruluğunu” reddeder ve “bunu tahrip etmeye” çalışır.<sup>89</sup>

*Jakobs* düşmanı artık belirli özel ceza hukuku bakış açısı - adeta kanun koyucunun bir üretimi- ile değil, bilakis somut olaylardan çözmekte ve onlardan ayırt etmektedir: Düşman, yurttaşlık durumuna “ne zorlanamayan ne de bundan ayrılamayan” kişilerin “rahatsız edici sosyal çevresidir”.<sup>90</sup> *Böyle bir birey,*

---

gelişme göstermektedir: 1985/1991, 1999/2000 ve 2003/2004. Portilla Contreras, Fundamentos (Fn. 3), 44 bir “cambio cualitativo”; C. Prittwitz, Derecho penal del enemigo: análisis crítico o programa del derecho penal?, içinde: S. Mir Puig/M. Corcoy Bidasolo (Editör), La política criminal en Europa, 2004, 112 vd. von einem “cambio de sentido” bahsetmektedir. Ayrıca bkz. Donini (Fn. 1), 214 Fn. 33 ile (“función de legitimación”); Greco (Fn. 3), Fn. 30’a göre (“Ton önemli bir şekilde değişmiştir”); Díez Ripollés, sociedad (Fn. 81), 20.

<sup>85</sup> *Jakobs*, içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), Fn. 10 vd.: Örneğin Ekonomi suçları, terörizm, yasadışı uyuşturucu ticareti ve diğer organize suçlar ve cinsel saldırı ve diğer tehlikeli suçlarla mücadele kanunları.

<sup>86</sup> *Jakobs*, Staatliche Strafe (Fn. 83), 42 (K.A.).

<sup>87</sup> *Jakobs*, içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 52 (K.A.).

<sup>88</sup> *Jakobs*, Feindstrafrecht (Fn. 35), 92.

<sup>89</sup> *Jakobs*, Feindstrafrecht (Fn. 35), 92

<sup>90</sup> *Jakobs*, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 53. Bir diğer yerde (aynı eser Prologo, in: Ja-

“kişi kavramı nimetinden yararlanamaz”<sup>91</sup> çünkü “kim sürekli bir şeytan gibi davranırsa ve kendi yükümlülüklerini yerine getirme güvenini kaybetmişse ona artık bir hukuki kişi olarak davranılamaz”.<sup>92</sup>

Suçluların yönlendirilmesi “hukuk ve hukuksuzluk üzerine ilan edilmeli ve bu normatif beklentiye büyük bir şekilde ve tam olarak teşebbüs edilmelidir, yani ne kadar açık ise, konuşulan norm o kadar önemlidir”.<sup>93</sup>

## 2. Eleştirel Değerlendirme

### a) Düşman kimdir?

Uzun zamandır sınırlandırmadaki güvensizlikte yatan belirsizlik eleştirilmiş,<sup>94</sup> somut olayın gerekçelendirilmesi anlaşılabilir tek kriter olarak çözümlendiğinde ve düşman soyut olarak tanımlandığında, kişi/vatandaş ile düşman arasındaki sınır tamamıyla belirsizleşmiştir. Bir “düşman” artık -adeta reaktif- olan kanuni düzenlemeler ışığında belirlenemez, bilakis devlet düzenine karşı “düşmanca” tavırlar nedeniyle, -ihtimaldir ki- bu düzenin değerlerine karşı koyma azmi (organize suç) veya gelecekte değerlere itaat etme konusundaki olası yetersizliği nedeniyle (mükerrer suçlar), belirlenmektedir. Mükerrer suçlar ve organize suçlar “potansiyel” ve teröristlerden sonra “kesin” düşmanlardır. Terörizm konusunda bağlayıcı bir tanımın zorluğuna<sup>95</sup> ve daha önce de bahsedilen, her sevilmeyen muhalefetin o şekilde tanımlanması uygulamasına rağmen.<sup>96</sup> Usuli açıdan, hangi usuli kurallarla “düşmanın teşhisi”

---

kobs/Cancio Meliá (Fn. 35), 14) Jakobs daha kesin bir şekilde formüle etmiştir: „hay que separarse de quien no admite ser incluido bajo una constitución civil“.

<sup>91</sup> Jakobs, Feindstrafrecht (Fn. 35), 92.

<sup>92</sup> Jakobs, Staatliche Strafe (Fn. 83), 41.

<sup>93</sup> Jakobs, Feindstrafrecht (Fn. 35), 91.

<sup>94</sup> Bkz. 1985 Puppe, Schmidhäuser, Lampe, Hirsch und Köhler’in eleştirileri, W. Gropp, Tagungsbericht. Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1985 in Frankfurt a.M., ZStW 97 (1985) 920 ff, 924, 926. Krit. ayrıca H. Schüler-Springorum, Kriminalpolitik für Menschen, Frankfurt a.M. 1991, 240; Muñoz Conde, içinde: Losano/Muñoz Conde (Fn. 3), 174; Portilla Contreras, Fundamentos (Fn. 3), 45 Fn. 17 ile birlikte, Schmitt’ benzer eleştiriler, Laufer (Fn. 73), 138, 150, 153:Yabancılar, ne zaman bir düşman olunacağı açık değildir. Schmitt neden ne nasıl bir insanın veya insan grubunun bir diğer insan veya insan grubunu reddedeceği sorusu çevresinde dolaşmaktadır. – Fikir durumu üzerine iyi bir bakış açısı Greco (Fn. 3), II da bulunmaktadır.

<sup>95</sup> Bkz. G. Martin, Understanding Terrorism, Challenges, Perspectives, and Issues, Thousand Oaks, London/New Delhi 2003, 9, 35 f., 116: “One Person’s Terrorist is Another Person’s Freedom Fighter.”Ambos devletler hukuk açısından yaklaşmıştır, Terrorismusbekämpfung (Fn. 62).

<sup>96</sup> Bkz. Örneğin Arjantinli Generalal Videla’nın teröristlerin fikirlerini de taşıyan ifadeleri: “el terrorista no solo es considerado por matar con un arma o colocar una bomba, sino también por

başarıya uğraşır sorusu sorulur. Aslında sadece iki imkan vardır: Ya vatandaş ceza hukuku kuralları ile gidilir ve hukuk devletine uygun bir yargılamada -masumiyet karinesi- saman (düşman), buğdaydan (vatandaş) ayrılır. Böylece vatandaş ceza hukuku düşmanlara da uygulanır ve bu nedenle düşman ceza hukuku münakaşası reddedilir. Bu nedenle düşmanın statüsünü açık ve tam anlamıyla *petitio principitii* anlamına gelen ve halen ispatlanması gereken bir şekilde (belli kişilerin statülerini “düşman” olarak) belirleyen düşman ceza hukuku bakış açısı daha mantıklıdır.<sup>97</sup>

Jakobs’ un kendisi, vatandaş ile düşman arasındaki sınır sorununun “önceden sahip olunan anlayışlara göre farklı bir şekilde cevaplandırılabilceğini” kabul etmiştir.<sup>98</sup> O, dost ve düşmanın “*çok zor bir şekilde saf olarak gerçekleşecek*” “iki ideal” tip oluşturduğunu itiraf etmiştir.<sup>99</sup> Buna göre “karşılıklı iki izole ceza hukuku alanı yaratmak değil, bilakis dünyanın iki kutbunu tasvir etmek veya ceza hukuku bağlamında ters iki eğilimi göstermek” gerekir.<sup>100</sup> Ve o uyarır: “Kim düşman ve dost suçlular arasında açık bir şekilde mesafe koymazsa, “savaş” ve “ceza yargılaması” *düzensizliği ile karşılaştığında buna şaşırılmamalıdır*”.<sup>101</sup>

Açıklanan belirsizliklere rağmen, *Jakobik* gerekçelendirmenin Vatandaş-Düşman sınıflandırması temelleri, varlığını sürdürmektedir.<sup>102</sup> *Jakobs* bir insanın (vatandaş yada kişi) tartışmalı kuvvetlerinin resmi üzerine değil, bilakis vatandaşların davranışlara göre –vatandaş ceza hukuku- ve düşmanların davranışlarına göre –düşman ceza hukuku” na yönlendirilen ayrılmış iki kural üzerine gitmektedir. Ceza da farklı adreslerin fonksiyonuna bağlı olarak ayarlanmaktadır: “Hukuki olarak planlanmış iletişime iştirak eden” denilen yıldırma ve hukuki doğruluğun “per se hukuki olarak planlanmamış” kişilerin üzerinde tasdik edilmiş etkileri.<sup>103</sup> Bu şekilde etki canlanır, temel olarak hukuka uygun ve aynı şekilde hukuka aykırı bir şekilde davranan insanlar vardır. Hareket

---

activarlas a través de ideas contrarias a nuestra civilización occidental y cristiana” (aktaran Serrano-Piedecabras (Fn. 51), 1508).

<sup>97</sup> Bkz. “callejón sin salida” Gracia Martín (Fn. 35), 2-28 f. Bu açıdan B. Schünemann “canlı değerlendirici” ceza hukuku doğmatik dilindeki “sirkulasyonu” eleştirmektedir, Die deutsche Rechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende, GA 2001, 211.

<sup>98</sup> Gropp’tan aktaran (Fn. 94), 928.

<sup>99</sup> Jakobs, Feindstrafrecht (Fn. 35), 88, 90.

<sup>100</sup> Jakobs, Feindstrafrecht (Fn. 35), 88.

<sup>101</sup> Jakobs, Staatliche Strafe (Fn. 83), 46, ayrıca bkz. Cancio Meliá, Feind“strafrecht“ (Fn. 3), 288: ya savaş hareketleri ya da bu açıdan suçlar.”

<sup>102</sup> Örneğin Jakobs, içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 50; aynı eser, Staatliche Strafe (Fn. 83), 42 f.; aynı eser, Feindstrafrecht (Fn. 35), 88 f., 93.

<sup>103</sup> Jakobs, içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 50; Bkz. Fn. 127.



değil, bilakis hareketlerin özellikleri<sup>104</sup> *düşman gruplarına aidiyete karar verir. Bu kesinlikte yer almayan bir kişinin –vatandaş yada düşman olarak- bir imgesi burada tasarlanır; Vatandaş-düşman karşıtlığı, Scmittsel dost-düşman karşıtlığına benzer bir şekilde (I.1)*<sup>105</sup>, düşmanın kendi varlığını talep etmekte ve bu şekilde *gerçekliği çağırmaktadır:*

*“Onun iğrenç alınıp alınmadığı ve belki de atavik geri kalan barbarlık zamanlarında bulunan, insanları her zaman dost ve düşman olarak gruplandırmanın olup olmayacağı veya farklılıkların bir gün yeryüzünden kaybolup kaybolmayacağı umudu, onun doğru veya yanlış olup olmadığı, terviyevi nedenlerden ötürü artık asla düşmanların olmayacağı yalanı, burada söz konusu değildir. Burada kurgu ve düzgüsellik değil, bu farklılığın ortak vasatının gerçekliği ve gerçek imkanı üzerine hareket edilir.”*<sup>106</sup>

Siyasi uygulama düzleminde vatandaş-düşman gruplaşması, esasında onların marjinalleşmesi ile bağlantılı olarak doğrudan doğruya savaşılan gruplarla, örneğin göçmenler, yahudiler ve sadece karşılıklı ilişkilerde toplumsal olarak sınırlı bir şekilde kabul edilen alt kültürlerle ayrıca baskı uygulanmasına neden olmaktadır.<sup>107</sup>

Aynı şekilde *Jakobs*’a aşırı çoğunluk<sup>108</sup> tehlikesine ve “çok kültürlülüğün tahrip

<sup>104</sup> Bu bağlamda Gracia Martín (Fn. 35), 22; Cancio Meliá, Feind“strafrecht“ (Fn. 3), 281, 284, 286 f., 289; Demetrio Crespo (Fn. 3), 90; R. Hefendehl, Organisierte Kriminalität als Begründung für ein Feind- oder Täterstrafrecht? StV 2005, 157; Díez Ripollés, sociedad (Fn. 81), 21; ayrıca bkz. Gropf’tan aktaran Puppe, (Fn. 94), 920.

<sup>105</sup> Benzer eleştiriler için L. Schulz, Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, ZStW 112 (2001) 659 f.; Greco (Fn. 3), nach Fn. 95.

<sup>106</sup> Schmitt, Begriff (Fn. 37), 28 f.

<sup>107</sup> Bkz. M. Bock, Kriminalität der Mächtigen, Kritische Anfragen an ein in die Jahre gekommenes Konzept und Seitenblicke auf jüngere Verwandte, içinde: G. Kaiser/J.-M. Jehle (editör), Kriminologische Opferforschung: Neue Perspektiven und Erkenntnisse, Teilband I, Freiburg 1994, 180 vd.; Bkz. Aponte (Fn. 3), 135; E. R. Zaffaroni, El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos, içinde: En Torno de la Cuestión penal, Colección: Maestros del Derecho Penal Nr. 18, Montevideo/Buenos Aires 2005, 156.

<sup>108</sup> G. Jakobs’a göre bu çoğunluk incelenmektedir, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” Prinzipiendenken, Oder: Verabschiedung des “alteuropäischen” Strafrechts? ZStW 107 (1995) 868 “Bireysel eşitlik”, “karşılıklı doğa durumu ile” Daha yüksek bir “anlaşma aracı” na yönelir; Bu konuda dikkat edilmelidir, Jakobs, Feindstrafrecht (Fn. 35), 92, Doğa durumunu eksik bilişsel güvenlik hukuksuzluğu durumu şeklide tasvir etmiştir: “Doğa durumu tam olarak kuralsızlık durumudur, yani aşırı mücadele gibi aşırı özgürlük. Savaşı kim kazanırsa, normun ne olduğunu belirler ve savaşı kaybeden bu belirlemeye boyun eğer.” Ayrıca aynı eser içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 52: Düşmanlar artabilir çünkü toplum, devlet kurumu olan dinleri, aile kurumunu ve bir ortak ulus olam bilincini kaybeder, bu şekilde hukuki bir şekilde kendi kimliğini kurma imkanı artmaktadır.

gücüne”<sup>109</sup>neden olduğunda, her şeyden kendi görüşünü önce *tüm öteki yabancı kültürlerle yönlendirmektedir. Cezalar temel kültürün kimliğini onaylıyorsa*,<sup>110</sup>-ceza hukuku için homojen bir temel oluşumunu reddeden modern endüstri dünyasının çok kültürlü gerçekliğine rağmen- hukuka sağlam bir şekilde uyulması için kendi kültürel bağlantısında bulunan göçmenlere gerekli bilişsel güvenlik sunulmayabilir.<sup>111</sup>

### b) Tasviriden Siyasi Programa

*Carl Schmitt*’ten<sup>112</sup> farklı olarak *Jakobs*, kendi ifadesinin tanımlayıcı olarak, yani yüzde 95<sup>113</sup> veya 98<sup>114</sup> olarak, anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir.

Kendi uyumsuzlukları nedeniyle azarlanan elçilere sadece kötü bir haber vardır.<sup>115</sup>

Ancak *Jakobs* bu noktada *lex lata* ilkesini, karakteri bir *düşman* ceza hukuku olarak varsayılan değerleri kendi analizinin maddesi yaptığında sadece bir tasvirici değildir, çünkü “düşman” kavramı *par excellence* bir normatif kavramdır.<sup>116</sup>

Tamamıyla makul “yakıştırma tezi”<sup>117</sup> ne göre vatandaş ceza hukuku-hukuk devleti ceza hukuku- düşman kavramının normatif yüklemesi nedeniyle suçun bedelini pahalıya ödetmelidir. Zira düşmanın tanımı, hukuk devleti zararları büyütmeyecek kadar açık bir şekilde, aslında (düşman ceza hukuku yakıştırması) *lex lata* ile başarıya ulaşamaz. Düşman kavramının eksik kesinliği, içine işleyen argümanlar nedeniyle kendi analitik verimliliğine de karşıdır.<sup>118</sup>

---

<sup>109</sup> Als harmlose Multifolklorismen einer Kultur oder als gefährliches Nebeneinanderleben mehrerer Kulturen, *Jakobs*, içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 52.

<sup>110</sup> Ayrıca bkz., M. Martínez Sánchez, La Necesidad de Pena en el Derecho Penal Alemán (Strafbedürfnis), Consagración y aplicación en Colombia. Críticas a la teoría de la Imputación Objetiva: entrevista al profesor *Jakobs*, Bogotá 2002, 33; bkz. Aponte (Fn. 3), 135: Vtandaş, kim “ana kültür”de birleşiyorsa?

<sup>111</sup> Bkz. Zaffaroni (Fn. 107), 156, Bu açıdan kapalı bir evrensel dünyadan bahsedilmektedir, yani göçmenler, işsizler vb.

<sup>112</sup> Bu ampirik ve tanımlayıcıda ne anlam çıkıyorsa (örneğin Schmitt Begriff (Fn. 37)) pratik bağlantıda da bulunmalıdır ve bu denilmek istenmiştir.

<sup>113</sup> Aynı şekilde Strafrechtslehrertagung in Frankfurt/Oder im Mai 2005 (Bkz. Tagungsbericht von Heger, ZStW 117 (2005), 865, 886, ancak orada yüzdellik değerler zikredilmemiştir).

<sup>114</sup> D. Sauer’dan aktaran, *Jakobs auf dem 29. Strafverteidigertag in Aachen*, , Das Strafrecht und die Feinde der offenen Gesellschaft, NJW 24/2005, 1704.

<sup>115</sup> *Jakobs*, içinde: *Jakobs/Cancio Meliá* (Fn. 35), 15: “se mata al mensajero que trae una mala noticia por lo indecoroso de su mensaje”.

<sup>116</sup> Ayrıca bkz. Greco(Fn. 3), Fn. 102; Prittwitz, içinde: *Mir Puig/Corcoy Bidasolo* (Fn. 84), 114.

<sup>117</sup> Daha önceki dipnot 83 ve metne bkz.

<sup>118</sup> Eleştiri Greco (Fn. 3), dipnot 108’ göre.

Programın tanımlanmasından kaliteli sığrama, yakın zamanlardaki birçok fikir ile sıkıca bağlanmış ve *Jakobs*'un orantılı kabul ettiği, bir “düşman inceleme” talebinde en yüksek noktasına ulaşmaktadır.<sup>119</sup>

Düşmanların vatandaş olarak açıklanması suretiyle vatandaş ceza hukukunun açıklığının suiistimal edilmesi - karşıt bir şekilde- tabiri caizse “hilelidir”.<sup>120</sup>

Bununla birlikte bugün “düşman ceza hukukuna anlaşılabilir bir alternatif” bulunmamaktadır.<sup>121</sup>

Devletin terörizm ile mücadelede orantısız bir mecburiyet yükleyip yükleyemeyeceğinin “sorulması çok zevkli” dir ve “mahvolmak istenmiyorsa, terörizme karşı yapılması zorunlu”, “adlandırıldığından farklı” olarak “pek ala düşman ceza hukuku, terbiye edici savaş” olabilir.<sup>122</sup>

*Last but not least:*

“Konu, güncelde pratik bir şekilde bir birey olarak davranılması için zorunlu olan azami şartlar sunulmayan, etkileri kırılmış kişilere, dayanılabilir dünya şartları yaratmaktır. Düşman kişilere davranış tarzı şüphesiz hukuki olarak düzenlenmiştir, ancak bu hukuki düzenlemeler ihraç üzerinedir. Düşmanlar halihazırda birey değildirler. Düşman ceza hukuku kavramı, kapsamı veya bütünlüğü (de), düşmanın neyden korktuğuna bağlı olan savaşa dönüşür. Bu kulağa ahlaka aykırı gelmektedir ve öyledir çünkü bu durum hukukiliği kapsayan imkansızlıklar üzerine hareket etmektedir.”<sup>123</sup>

Bu bağlamda ceza hukuku biliminin görevi, “düşman ceza hukuku düzenlemelerini teşhis etmek...”<sup>124</sup>, “ceza hukuku adına neyin döndüğünü, yani ceza hukuku tamamlamalarını düşmanla mücadele hukuku vasıtasıyla dile getirmektir.” Aksi takdirde, ceza hukuku bilimi “ekonomik açıdan domine edilen toplum tarafından, daha az etkili bir azınlık konumuna düşürülecektir”<sup>125</sup>. Bir düşman ceza hukuku *ceza politikası programının* ve ceza hukuku bilimcilerinin bu programın aktif bir şekilde şekillendirme taleplerinin her şeyi budur. Bu,

<sup>119</sup> Jakobs, Staatliche Strafe (Fn. 83), 46: “Hukuk düzeninin vatan hainleri, terörist veya diğer olası rakiplerde neyi ölçebildiği” (Onlara düşman olarak davranma, K.A.).

<sup>120</sup> Jakobs, Staatliche Strafe (Fn. 83), 47.

<sup>121</sup> Jakobs, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 53.

<sup>122</sup> Jakobs, Feindstrafrecht (Fn. 35), 92; Burada dikkat edilmelidir ki, “Terbiye edici savaş” savaş durumu olan doğa durumunda olduğu gibi, bir sosyal sözleşme ile terbiye edilen bir sonuç görüşüdür.

<sup>123</sup> Jakobs, içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 53.

<sup>124</sup> Jakobs, içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 53.

<sup>125</sup> Jakobs, içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 53 f.

tanımlayıcı ve jurnalcı-eleştirci düşman ceza hukuku kavramından, *meşruluklu düşman ceza hukuku kavramına* geçişte bir adımdır.<sup>126</sup>

“Düşman”ın tehlikeliliğinin fazla talibinin olması ve bundan ortaya çıkan tehdit edici tehlikeliliği, hukuki açıdan kişisizleştirilmeyi de arttırmaktadır.<sup>127</sup>

Çünkü düşmana reaksiyon, her şeyden önce “ondan neden korkulduğuna” bağlıdır.<sup>128</sup> Aynı zamanda tehdit ile beraber fazla talibin çıkması gerçek ağırlığın alındığı gibi görülmektedir, çünkü düşman ceza hukukunun kullanımında failin özelliklerinin tanınması, temel olarak normun geçerliliği-sadece önemsiz bir şekilde değil- şüpheye düşmektedir.<sup>129</sup>

Bu, silahlanma ve düşman ceza hukuku reaksiyonunu tekrardan meşrulaştırmaktadır.<sup>130</sup>

Düşman ceza hukuku münakaşasının bir destek bulmadan gerçekliğini bulması, gerçek ve çıplak iddialar arasındaki sınırı bulanıklaştırır, tehlikenin algılanması düşman ceza hukuku ile saptanır, tehlikeden sürekli bahsedilerek moral bozulur.<sup>131</sup>

Bu kurgusal gerçekliğe reaksiyon olarak, her zamanki gibi terbiye edici savaş değiştirilemez olarak görünmektedir. Yurttaşların önceden tayin edilen özgürlükleri, dokunulmaz olarak kalmamaktadır; onlar (sadece) korunmaz, (aynı zamanda) tasfiye edilir.

*Jakobs*, -psikolojik-fizik sistemin özelliklerini gösteren kişi konseptinin temeli olarak- *iç sistemi*<sup>132</sup> ve geçekliğin müthiş bir şekilde göze çarpan, fazla talibi olan

---

<sup>126</sup> Bu terminoloji için bkz. Greco (Fn. 3), III, (Fn. 77’ye göre) Greco’ nun kendisi Jakobs’un yasal olumlu kullanımına eğilimlidir. -Burada tasvir edilen kapsayıcı atlayış Jakobs’un öğrencileri tarafından da kabul edilmemektedir, sadece tam zaman meselesi tartışmasıdır. Cancio Meliá, Feind”strafrecht” (Fn. 3), 278 ile Fn. 34, “Jakobs’un tezinin modern çağda gelişimine devam etmesi (“üçüncü aşama” denilen, o. Fn. 84) (...) hiçbir şüphe bırakmamıştır ki, o düşman ceza hukuk tasviri dışında belli şartlar altında onu meşru saymıştır”. Prieto Navarro, Ciudadanos (Fn. 3), 53 u. Passim içine bakınız “desarollo lógicamente necesario” der jakobsschen Lehre.

<sup>127</sup> Jakobs, Staatliche Strafe (Fn. 83), 44.

<sup>128</sup> Jakobs, içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 53.

<sup>129</sup> Bkz. Cancio Meliá, Feind”strafrecht” (Fn. 3), 286; Schulz (Fn. 103), 663 f.

<sup>130</sup> Bkz. Zaffaroni (Fn. 107), 163 f.: “Bewaffnung” (“armamentismo”) des Diskurses: Düşman bazı silahların hukuka uygunluğu vasıtasıyla yüksek bir şekilde biçimlendirilir.

<sup>131</sup> Prittwitz’in eksik ampirik temeli üzerine, içinde: Mir Puig/Corcoy Bidasolo (Fn. 84), 116, 118, 119.

<sup>132</sup> Bkz. Jakobs, Strafrecht (Fn. 106), 843 vd., 851 vd., 859, 874 Fn. 70 ile; N. Luhmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1990, 33 f.; ders., Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, 124 vd., 225. Grdl. und krit. Prieto Navarro, Ciudadanos (Fn. 3), 54 vd.

söz seçimine dayanan aşırı *normativciliğini* kanıtlamıştır.<sup>133</sup>

Alman Ceza Kanunu (StPO) madde 112a' daki, tekrarlanma tehlikesi “bir tehlike kaynağı, vahşi bir hayvan gibi güvence altına alınmalı, ancak bir kişi ilişkisi üzerine gidilmeme” lidir.<sup>134</sup>

*Jakobs'a*, bir insanın tehlikeli ve kontrol edilmez bir hayvan olduğu konusunda inanıldığında, bu sanki bir insana bir insan gibi değil, bir hayvan, -insan olmayan birisi- gibi davranılmasını şart koşmakta ve *böyleleri* hukuku muameleyi hak etmemektedir. Ancak bu sonuç insan haklarına, burada temsil edildiği gibi (Başlık III), uygun bir ceza hukuku bakış açısı ile takip edilmez. Hukukta bir tedbir her zaman, onurları normativ bir yapı olmayan, ancak insani varoluş ile takip edilen insanlara yöneliktir.<sup>135</sup>

### c) Sonuca Etki Etmeyen Ceza Hukuku Öğretisi

Ceza hukukunun geleceği ile ilgili daha önce anılan Berlin Toplantısı'nda *Björn Burkhardt* ne uygulama ile ilgili olan ne de uygulanabilir, ne suça ne de suç iddiasına etki eden veya uygula yoluyla (kanun yapma, hukukun uygulanması) etkisizleştirilen veya baltalanan tüm hukuki öğreti cümle, teori ve sistemlerini “sonuca etki etmeyen öğreti” olarak tarif etmiştir.<sup>136</sup>

Buna ek olarak bir öğreti “uygun bir yankı bulmadığında” da sonuca etki etmemektedir.<sup>137</sup>

---

<sup>133</sup> Ayrıca bkz. Cancio Meliá, Feind“strafrecht” (Fn. 3), 280 f.; ayrıca eleştiri H. Prantl, Diabolische Potenz - ein neues fatales Denken: Das Feindstrafrecht von Jakobs, Süddeutsche Zeitung vom 5./6. März 2005, 17: Formulierungen, die “zum ersten Mal seit 60 Jahren wieder in Deutschland zu hören sind”; Sauer (Fn. 114), 1705: “geistiger Brandstifter”.

<sup>134</sup> Jakobs, Staatliche Strafe (Fn. 83), 41; Bkz. auch H. H. Lesch, “Hörfalle” und kein Ende – Zur Verwertbarkeit von selbstbelastenden Angaben des Beschuldigten in der Untersuchungshaft, GA 2000, 363, bunun sonucu olarak, Nemo-tenetur- ilkesi fazla esnemekte ve sorumluluk prensibi tam olarak hesaplanan “subjektif düşünce ahlakı”na bir tehlike girmekte, “sanığın bir kişi olaak sahip olduğu kalite zarar görmekte ve bunun yertine onu bir hayvan-yaratık varlığı seviyesine indirmektedir”.

<sup>135</sup> Bkz. Gracia Martín (Fn. 35), 34 vd.

<sup>136</sup> B. Burkhardt, Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik (Hauptreferat), içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 111 (127 f.). Dagegen sieht B. Schünemann, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der Deutschen Strafrechtswissenschaft, GA 1995, 203, 221 vd., içinde – onun tarafından şekillenen kavram - “sonucu olmayan öğreti” iki bloktan oluşan “Alman Ceza hukuku biliminin” ilk bloku olarak, “onun nedeni ya seçmecilikte ya da gelenekselcilikte yatmaktadır ve onun temeli son zamanlarda bilimsel olarak iç siyasete denk gelmektedir” (203).

<sup>137</sup> Burkhardt (Fn. 136), 128.

Bu ölçüyü burada temel alırsak, düşman ceza hukukunun doğrudan doğruya hukuki uygulaması -lex lata' nın açık bir şekilde olan tasviri- üzerine şüpheye düşüle de, o, bilimsel ve ceza politikası tartışmalarda kendi “yankısını” tabiri caizse zorla kabul ettirmektedir.<sup>138</sup>

*Jakobs'* un yön gösterici tezleri *Eser'* i doğrudan doğruya Berlin Toplantısı' nda çabucak küçülen bir tavır almaya zorlamıştır. Bu tezler aniden etrafı saran bir ateş gibi, İspanyol ve Portekiz ceza hukuku dünyasına yayılmıştır, bu nedenle –özellikle Latin Amerika' da-düşman ceza hukuku üzerine tartışmalar suç nazariyesi ve ceza hukuku sisteminin temel sorunlarına benzer bir aşama kazanmıştır.<sup>139</sup>

Geçici bir fenomen üzerine hareket ettiğinde de, *Jakobik* tezlerin yön gösterici karakteri (Başlık b), yine de -içeriksel olarak nasıl olması isteniyorsa- yürütmesel yada yargısal bağlamda pratik öneme sahip olan bir suç politikası potansiyeli içermektedir.

Bu olası sonuçlar ve doğrudan doğruya Latin Amerika'da<sup>140</sup> veya benzer kırılğan hukuk devleti yapısına sahip olan bölgelerde kuşkusuz bir şekilde şüphelere neden olmaktadır. *Eser* ile birlikte bilimcilerin yükümlülükleri peşinde gidilip, kendi teorisinin olası sonuçları iyice düşünülüp tartışıldığında,<sup>141</sup> *Jakobs'a*, bu yükümlülüğün bir ihlali –sonuç bilincinde eksiklik-<sup>142</sup> suçlaması yapılmalı, bu durum ona olası sonuçlardan bağımsız olarak, sadece sisteminin iç kararlılığı olarak görünmektedir. *Jakobs*, hukuki kategoride ortaya atılan eleştirileri tamamen ciddiye almamıştır: Korku, “hukuki bir kategori”<sup>143</sup> değildir ve o kendi teşhisini korku üzerine yaptığında, daha sonra bu nedenle, dünyayı bazen

---

<sup>138</sup> Schünemann kuşkusuz farklı düşünmektedir, Rechtswissenschaft (Fn. 97), 211 f., düşman ceza hukuku “sirküler” ceza hukuku öğretisi ile birlikte (o. Fn. 97) şimdi ayrıca sonucu olmayan öğretileri hesaba katmak istemektedir, burada kuşkusuz O, Burkhardt'tan farklı düşünmektedir. (Bkz. Fn. 136).

<sup>139</sup> Hemen hemen tamamıyla geçen yüzyılın 90'lı yıllarında ve Alman ve İspanyol ceza hukuku bilimlerinden Latin Amerika'ya taşınan objektif hesaplanılabilirlik ile karşılaştırması, bugün düşman ceza hukukundan kurtulamamıştır. Düşman ceza hukuku, hatta mezuniyetten sonra bir ünite (“modulo”) oluşturmaktadır.

<sup>140</sup> Velásquez (Fn. 3), 215, O, eleştirisini genel olarak *Jakobs'* un işlevciliği ile bağlantılı olarak yapmaktadır.

<sup>141</sup> A. Eser, Schlussbetrachtungen, içinde: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Fn. 79), 443: “bir teori, pratikte uygulanmadan uygulamaya sokulmamalıdır”. Ebd., 445: “Hukuk teorisi sitemi planlamak için, inandırıcı olmakta sapırılabilir sonuçlar hesaplanmalıdır- ve bu durum bilimsel sorumluluk alanında daha az önemli değildir.”

<sup>142</sup> *Eser*, içinde: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Fn. 141), 445 mit Fn. 3.

<sup>143</sup> Bkz. *Eser*, içinde *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Fn. 141), 445 mit Fn. 3.

korutabilmektedir.<sup>144</sup>

*Jakobs* sadece soyut hukuki kategorileri delillendirmekte ve meslektaşlar ile vatandaş kategorisine etki eden bu gerçek etkileri görmezden gelmektedir. *Jakobs* kendisini *Carl Schmitt*'in geleneğinde görmemektedir (ve asla “otoriter kişilerin tedarikçisi olarak”),<sup>145</sup> ancak o “kendi” düşman ceza hukukunu *Hobbes*'a dayandırdığında,<sup>146</sup> *Hobbes*'u “karar verici modelin klasik temsilcisi olarak” gören ve gerçeğe zarar veren devlet otoritesini vurgulayan, devletin hukuka karşı-hukukun karşısındaki üstünlük tezini türeten *Schmitt*'le buluşmaktadır.<sup>147</sup>

“Bu durum (Olağan üstü hal, K.A.) ortaya çıktığında, hukuk gerilerken, devletin varlığını sürdüreceği açık bir şekilde bellidir.”<sup>148</sup>

Argümanlar, tanıdık bir şekilde özellikle, hukuk devletinin *tasfiyesini* hikmeti hükümet ile evet devletin kendisinin *ele geçirilmesini - contradictio in adiecto!*– meşru gösteren Latin Amerika diktatörlerine hizmet etmektedir.<sup>149</sup>

<sup>144</sup> *Jakobs*, içinde: *Jakobs/Cancio Meliá* (Fn. 35), 15.

<sup>145</sup> Bkz. Muñoz Conde, De nuevo sobre (Fn. 3), 124 ile Fn. 9, *Jakobs*'un Muñoz Conde yazdığı mektup, burada da - Velásquez ve *Jakobs* arasında Externado de Colombia Üniversitesinde bir tartışma yaşanmış, Bogotá, Ekim 2004, *Jakobs* sinirlenmiş ve salonu terk etmiştir. (çeşitli söylentiler yayılmıştır), ayrıca bkz. Muñoz Conde, De nuevo sobre (Fn. 3), 125 ve Fn. 11; Velásquez'in yayımlanan görüşlerinde (Fn. 3), 197, olaydan bahsedilmemiştir) –*Jakobs* tarafından ortaya çıkan dille ilgili yanlış anlaşılımlar bilimsel karşı karşıya gelişlerde verimli bir düzeye gelmemiştir.

<sup>146</sup> *Jakobs*, Feindstrafrecht (Fn. 35), 89 f. Zu *Hobbes* bei *Jakobs* auch Prieto Navarro, Ciudadanos (Fn. 3), 62 vd.

<sup>147</sup> Bkz. C. Schmitt, Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes, Hamburg 1938, 67 vd. Schmitt kendi devlet görüşüne dayanmakta ve *Hobbes*'un otoriterliğini tekrarlamaktadır (özellikle 66 vd., 131 f.), ancak *Hobbes*'un bunun içinde yatan sahiplenmesi tartışmasıdır. (Bkz. Aponte (Fn. 3), 96 vd.). Ona göre de, Schmittsel *Hobbes*- yorumlamasına göre devlet, aynen bir makine gibi olmalıdır, siyasi amaçlardan özgür olmalı ve inandırma ve Değerlere karşı nötr olmayı teknik bir araç olarak elde etmelidir. Schmitt şu şekilde keyiflenmiştir (ebd., 63): “Teolojik, hukuki veya benzeri karşıtlıklar ne kadar da umutsuz ve kayıptır! Buna karşılık ne makine ne kadar da “temiz” ve “tamdır”! Devletin içinde bulunduğu değer anlayışları ki o iyi bir makinedir, evet machina machinarum olan büyük makine ne kadar da kendiliğinden anlaşılırdır!” ve devam eder S. 69: “Bu şekilde teknik ve tarafsız olan bir devlet hem toleranslı hem de müsamahasız; O her iki durumda da aynı şekilde tarafsız kalır. O kendi değerine, kendi gerçekliğine ve kendi adaletine kendi teknik kusursuzluğundanda sahiptir.” Devlet, savaşın veya iç savaşın yadsıması demektir ve savaşçı engeller. Böyle yapmazsa, “yeniden bir doğa durumu ortaya çıkar ve bu aşamada artık devlet yoktur (...) Bunlardan bir tanesi diğerini ortadan kaldırır” (ebd., 72).

<sup>148</sup> Schmitt, Politische Theologie (Fn. 47), 18.

<sup>149</sup> Aponte (Fn. 3), 107. Eleştiri, Hikmet-i Hükümetin ceza hukukunun “tek dayanağı” (“único fundamento”) olarak gösterilmesi üzerine Muñoz Conde, içinde: Losano/Muñoz Conde (Fn. 3), 173, için bunun nedeni *Jakobs*'un şekillendirdiği aşırı işlevselcilik pozisyonudur.

Düşman ceza hukuku tartışmaları, Schmitt’ ten izlenildiği gibi, devletin baskısına endişe verici bir yön, yani tüm halk gruplarının sürülmesine, vermektedir;<sup>150</sup> bu açıdan Schmitt düşman ceza hukukunun “öncü düşünürü” yada “ruhani dedesi” ve bu nedenle *Jakobik* tartışmanın habercisi olarak nitelendirilebilir.<sup>151</sup>

Jakobs’a en azından, o böyle adlandırılmaktan hiç ama hiç hoşlanmasa da, düşman ceza hukuku suç politikasının “bendición científica”sı, yani kamu güvenliği ve sıfır toleransın popülist bir tartışması, suçlaması yapılabilir.<sup>152</sup> Daha ileri gidilirse, meşru-olumlu düşman kavramı, “topluluğa yabancı”<sup>153</sup> karşı tasarısında ve daha da önemlisi *Edmund Mezger*’de ifadesini bulduğu gibi, Nazi Dünya Görüşü sistemine benzemektedir:

“Halk ve ırka zararlı nüfus parçasının tasfiyesi”<sup>154</sup> ve bir tanesi genel ve bir tanesi de belli bir kişi gurubu için, örneğin mükerrer suçlular, iki ayrı ceza hukuku yaratmak.<sup>155</sup>

Bununla *Jakobs*’un siyasi düşünüş tarzı üzerine veya modern düşman ceza hukukunun diğer temsilcileri kastedilmemektedir, *-Jakob*, ceza hukukundaki tüm çalışmaları nedeniyle şüphesiz, uludur!-, ancak yakın incelemelerdeki tarihi paralellik açıkça ona musallat olmuştur.

Bu arada, Latin Amerika’ da özellikle gerçekleşen şey, her durumda onun buralara yaptığı sayısız seyahatleri ile orada hüküm süren suç politikası bağlantılarına güven duymak ve esasında düşman ceza hukuku temel eğilimi ateşine benzin dökmek istemediği yararından hareket edildiğinde, *Jakobs*’ un kendi düşman ceza hukuku düşünceleri ile birlikte oradaki gerçek dünyada

---

<sup>150</sup> Ayrıca bkz. Muñoz Conde, *Reformas* (Fn. 3), 25.

<sup>151</sup> Prantl (Fn. 133), 17; devam etmektedir: “Hukuk devletinin tasfiyesi”, “Kültürel yıkılış”, “bir kelime ile Almanya’da 6 yüzyıldan beri duyulmamış kelimeler gibi”. Aynı şekilde Prieto Navarro, *Ciudadanos* (Fn. 3), 79 vd. (81: “peligrosamente cercano”).

<sup>152</sup> Prittwitz, içinde: *Mir Puig/Corcoy Bidasolo* (Fn. 84), 118. Ayrıca bkz. J. L. Díez Ripollés, *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, RECPC 06-03 (2004) 24, [<sup>153</sup> Yasatasarı 17.3.1944, BA R 22/944, Bl. 225 vd., 233 vd.; bu konuda. G. Werle, \*Justiz- Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich\*, Berlin/New York 1989, 619-680, özellikle 636 vd.; F. Muñoz Conde, \*Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo\*, \*Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo\*, 3. Aufl., Valencia 2002, 206 vd.](http://*/criminet.ugr.es/recpc: “defección ... al campo de la ideología de la seguridad ciudadana”</a>.</p></div><div data-bbox=)

<sup>154</sup> E. Mezger, *Kriminalpolitik und ihre kriminologischen Grundlagen*, 3. Aufl., Stuttgart 1944, 247.

<sup>155</sup> Bkz. yukarıda dipnot 153, anılan yasa tasarısında geçen Mezgers’im resmi raporu, Muñoz Conde, *Edmund Mezger* (Fn. 153), 239 vd. ayrıca bkz. Muñoz Conde, içinde: *Losano/Muñoz Conde* (Fn. 3), 171 f.; *Portilla Contreras, Fundamentos* (Fn. 3), 49 ile Fn. 58; *Prieto Navarro, Ciudadanos* (Fn. 3), 76.



fırtına kopartan aldırmazlığı hayret vericidir. *Jakobs'* un bazı spesifik ifadeleri, , onun kendi sözlerini tartıp tartmadığı ve gerçekten de otoriter suç politikası “tedarikçileri” veya benzerleri tarafından suiistimal edilmemek için bir çaba harcıyıp harcamadığı konusunda doğal şüphelere neden olmaktadır. Kolombiya konusunda onun temsil ettiği bakış açısı, böyle “lime lime edilmiş bir ülkenin” –“zorla düşman ceza hukuku vaziyetine getirilmesi”dir.<sup>156</sup>

Ancak O, Kolombiya’ da onlarca yıldır devam eden karmaşık bağlantılı silahlı çatışmaların farkında mıdır? O, Latin Amerika’da İspanyol ve Portekiz koloni egemenliğinin arttığı olarak düşman ceza hukukunun her zaman bulunduğunu ve O, bunun sosyal, etnik ve ayrıca azınlık ve baskı altına alınmış toplumsal grupların suçlu gibi gösterilmesine hizmet ettiğini biliyor muydu?<sup>157</sup>

*Jakobs*, “farklı normatif anlayışlara sahip grupların” varlığını ve aynı şekilde “homojen olmayan insan fikirlerinin” “zorunlu olarak” düşman ceza hukukuna yöneltmeye hazırsa,<sup>158</sup> Latin Amerika için, çok kültürlü Avrupa toplumunun aynısı geçerlidir: Esasında marjinalleşenler tekrar marjinalleştirilirler (Başlık b’ nin sonu). Bu somut eleştiriye” her teorik yapı suiistimal edilir”<sup>159</sup> genel itirazının yararı olmamaktadır. Kolombiya Anayasa Mahkemesi’nin, *Jakobik* düşman ceza hukukuna dayanan birçok hukuk kuralını anayasaya aykırı açıkladığı direktifleri de,<sup>160</sup> açıklanan ifadelerde hiçbir şeyi değiştirmemektedir. *Jakobs* düşman ceza hukukuna karşı *Jakobs* minimum ceza hukukunu koyma ve bu ikisini aynı anda karşılıklı olarak dengeleme teşebbüsü, dünya üzerindeki ceza hukukunun problem tartışmalarının üstesinden gelmemektedir.<sup>161</sup>

Doğal olarak, burada ifade edilen eleştiriler temel anlamlarında kıta Avrupası hukuk çevresi ülkelerindeki Alman ceza hukuku biliminin tek taraflı düzenlemeleri ile ilgilidir ve sadece *Jakobs’u* değil, aynı zamanda Alman ceza hukuku biliminin diğer bileşenlerini de ilgilendirmektedir.<sup>162</sup>

---

<sup>156</sup> *Jakobs*, Martínez ile röportaj, içinde: Martínez (Fn. 110), 28.

<sup>157</sup> Bkz. örneğin Kolombiya Aponte için (Fn. 3), 221 vd., 331 vd. Eleştiri, Düşman ceza hukukunun Latin Ameikaya zararları için Prittowitz, içinde: Mir Puig/Corcoy Bidasolo (Fn. 84), 119.

<sup>158</sup> *Jakobs*, içinde: Martínez (Fn. 110), 28.

<sup>159</sup> M. Cancio Meliá, içinde: *Jakobs/Cancio Meliá* (Fn. 35), 93 = Cancio Meliá, Feind”strafrecht” (Fn. 3), 283.

<sup>160</sup> Cancio Meliá, içinde: *Jakobs/Cancio Meliá* (Fn. 35), 93.

<sup>161</sup> Bkz. Eleştiri, Ambos, Parte General (Fn. 2), 58.

<sup>162</sup> Bkz. K. Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Ansätze einer Dogmatisierung, 2. Aufl., Berlin 2004, 54 vd.; aynı eser, Parte General (Fn. 2), 49 vd. ayrıca bkz. F. Muñoz Conde, Recensiones bibliográficas, RP 16 (2005), 255.

Geniş dünyada ilan edilen Alman tek taraflı bakış açısı, ceza hukuku ihracatı yapmakta dokunulmaz kalmakta veya alıcı devletler ceza hukuku sisteminin bilimi veya ceza hukuku bilimcileri karşısında kısmen ve bu devletlerin sosyal gerçeklikleri karşısında çok kere bihaber kalmaktadır. Bunun nedenleri farklıdır. Eksik dil yeteneğindeki Alman ihracatının entelektüel gururu ve (Latin Amerika) ithalatının abartılan derin saygısı yeterli olmaktadır. Tüm bunlar haklılık nedenleri olabilir ancak Alman ve diğer kıta Avrupası hukuk çevresi ceza bilimcileri arasındaki eşit olmayan ilişki halen göze batmaktadır;<sup>163</sup> çoğu zaman Alman ceza hukuku biliminin açıklanmasının ilk adımını başka adımlar izler.

### III. Karşı Taslak: Tüm İnsanlar için bir Ceza Hukuku

Yukarıda açıklanan ifadelerden sonra, düşman ceza hukukunun birçok nedenden dolayı *reddedileceği* açıktır.<sup>164</sup>

Düşman kavramı belirsiz ve normatif bir şekilde suç isnat etmektedir. Onu tanımlayıcı-eleştirel çeşitliliğine anlamlı analitik bir fonksiyonun ait olması isteniyorsa dahi, onun açıklanan sınır belirleme problemi nedeniyle (başlık II.2.a) *eksik bir ayrıştırılabilirlik* ve -hukuk devletinde tehlikeli veya tamamen totaliter sitemlerde (gizli) bulunan- *suiistimal etme tehlikesi* (başlık II.2.c) kalmaktadır. Bundan başka, onun polemikli ve kutuplaştırıcı içeriği zorunlu eleştirel-rasyonel tartışmalar açısından her yerdeki ceza hukuku genişlemelerini etkilemektedir. Böyle tartışmalara yer vermek yerine, kavram, çoğu zaman içinde tarafsız gerekçelerde kişiselliğe neden olan ve mantığın yarı yolda kaldığı şiddetli duygusal bir tartışmayı tahrik etmektedir.<sup>165</sup>

Düşman kavramı, bundan başka sıkıntı verici bir tarihi süreklilik üzerine ayakta durmaktadır, örneğin iletişim kesildiğinde ve bir insan veya insan grubu dışlandığında veya onlarla savaşılması gerektiğinde, savaş kavramı her zaman kullanılmıştır.

---

<sup>163</sup> “Yeni açıklıklar” çeşitli göstergelerle tespit edilmiştir, örneğin yeni zaman Alman ceza hukukunun veya Goldammerin Ceza hukuku arşivini genişleyen (yabancı) çalışan çevresinin ve yabancı çalışanların artan yayımlarının güçlendirilmiş aktiviteleri veya dil yeteneği.

<sup>164</sup> Ayrıca bkz. L. R. Guillaumondegui, Los Discursos de Emergencia y la Tendencia hacia un Derecho Penal del Enemigo, <http://www.carlosparma.com.ar/bloomberg.doc>, 2004, 15; Cancio Meliá, Feind”strafrecht” (Fn. 3), 280 vd.; Hefendehl (Fn. 104), 158; Greco (Fn. 3), dipnot 121’e göre.

<sup>165</sup> Bkz. Greco (Fn. 3), VIII: “Ceza hukukunda sağduyu kendi yerini aldığı anda, düşman ceza hukukunda ona yer yoktur.”

Esası şudur: Düşman ceza hukuku, hukuki kavram olan *insanlar* veya bireyler ile normatif yapıcı ceza hukukunun ifade ettiği *kişiler* arasındaki farklılıklara dayanmaktadır.<sup>166</sup>

“Kişi”, bu açıdan sadece “normatif” ceza hukukunu normlarının alıcısı olarak ifade edildiğinde, tam olmaktadır: Vatandaş ceza *hukukunun* kullanımı kişinin tanınmasına bağlı sayıldığında, düşman ceza hukukuna “kişi olmayanlar” olarak sıradan bireyler kalmaktadır.<sup>167</sup>

Bu ön şart, düşman ceza hukukunu –burada temsil edilen- insan merkezli ve *insan onuruna* dayanan ceza hukukundan ayırmaktadır. Kapsamı veya bütünlüğü (de), düşmanın neyden korktuğuna bağlı olan,<sup>168</sup> “düşmanı sadece fiziki cebirden savaşa kadar”<sup>169</sup> ve “hukuki olarak halen ispatlanamayan”<sup>170</sup>, evet, “geniş kapsamlı hukukiliğin imkansızlığı”<sup>171</sup> *nın söz konusu olduğu bir ceza hukuku*, insan *onuruna dayanan* bir ceza hukuku değildir. İnsanların “iyi” ve “kötü”, “vatandaş” ve “düşman” olarak ayrılması, kendi tutarlılığında insan onuru ile bağdaşmayan bir basitleştirme değildir.<sup>172</sup>

Vatandaş ceza hukukunun düşman ceza hukuku kuralları ile (başlık b) ayrı bir düşman ceza hukuk ile karşılaştırılarak kirletilmesi, şeytani Beelzebub ile kovmak ve düşman olarak damgalanan kişileri cehenneme yollamak anlamına gelmektedir. Aynı zamanda vatandaş ceza hukukunun büyük etkisi ile düşman ceza hukukunun ayrılmasını geliştirmektedir. İzole edilmiş bir düşman ceza hukuku, geri kalan vatandaş ceza hukukunun hukuk devleti özelliğini garantilememektedir, zira sadece bazı bireyler ile ilgili olan hukuksuzluk “devletin sınırında bir alan bırakmak şöyle dursun, devletin tamamına zorla payanda vurmakta ve hukuk devletini özünden tahrip etmektedir”.<sup>173</sup>

<sup>166</sup> Bkz. B. Schünemann, Debate en torno a la Conferencia: “La idea de la normativización en la Dogmática Jurídica Penal”, del Prof. Jakobs (Coment.), içinde: H. Moreno (coord.), Problemas capitales del moderno Derecho Penal a principios del siglo XXI, México 2003, 266, wo er die “categoría ontológica del ser humano” und die “categoría normativa de la persona” gegenüberstellt.

<sup>167</sup> Gracia Martín (Fn. 35), 34, 41 f.

<sup>168</sup> Jakobs, içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 53.

<sup>169</sup> Jakobs, Feindstrafrecht (Fn. 35), 90.

<sup>170</sup> Jakobs, içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 51.

<sup>171</sup> Jakobs, içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 53.

<sup>172</sup> Ambos, Allgemeiner Teil (Fn. 162), 60; aynı eser, Parte General (Fn. 2), 55.

<sup>173</sup> H. Bielefeldt, Das Folterverbot im Rechtsstaat, [http://\\*/institut-fuermenschenrechte.de/437/Bielefeldt-2004-Folterverbot.pdf](http://*/institut-fuermenschenrechte.de/437/Bielefeldt-2004-Folterverbot.pdf), 2004, 10.

Sonuç olarak, düşman ceza hukuku insan haklarına dayanan ceza hukuku açısından herşeyden önce adil değildir, burada tekrar özetlenmesi gereken farklı nedenlerden ötürü sadece bir *contradictio in adiactiodur*.<sup>174</sup>

O, bilhassa tehlikenin önlenmesinin görevidir, yani, önleyici polis ve düzen hukukunun, bastırıcı ceza hukukunun değil.<sup>175</sup>

O, fiilin fail ile yer değiştirmesine neden olmaktadır, yani fiil ceza hukuku yerine bir fail ceza hukuku.<sup>176</sup>

Genel bir şekilde normların stabilize edilmesi, pozitif anlamda genel önleme ileri sürülemez.<sup>177</sup>

Ona tüm insanlar için geçerli bir ceza hukuku karşılık verebilir, yani, bireylere ve onların dokunulmaz *insan onuruna*<sup>178</sup> dayanan, *Kant*'ın tamamen *insanın kendisinin bir amaç olduğu* bu insan onuruna dayanan özgür, eşit ve karşılıklı

---

<sup>174</sup> Bkz. Cancio Meliá, Feind"strafrecht" (Fn. 3), 282 vd. (286 mit Fn. 68, 288); aynı eser, Delitos de terrorismo (Fn. 3), 39 vd.; C. Prittowitz, Nachgeholte Prolegomena zu einem künftigen Corpus Juris Criminalis für Europa, ZStW 113 (2001) 795; aynı eser içinde: Mir Puig/Corcoy Bidasolo (Fn. 84), 114; Gracia Martín (Fn. 35), 30 (ayrıca bkz. 27, orada o, hukuka sadece prosedürel açıdan dikkat etmektedir "desde el punto de vista del Estado como agente" -); Silva Sánchez, expansión (Fn. 4), 166; P. Laurenzo, Recension "Silva S., La expansión de derecho penal, 2nda. ed. 2001", RDPC 12 (2003) 456; Sauer (Fn. 114), 1704. Ayrıca eleştiri Greco (Fn. 3), Fn. 87. - Hatta Jakobs da şüphe duymaktadır (Gropp'a göre (Fn. 94), 930): "Olağanüstü durum ceza hukukunun" hukuk olup olmadığı onun hangi niktarda uygulandığına bağlıdır: O, radikal bir şekilde kullanıldığında, kelimenin tam anlamıyla düşman ceza hukukudur. Çünkü hukukun kavgadan, savaştan uzaklaşma karakteri ortadan kaybolmaktadır. Bu durumda, düşman ceza hukuku anlam ve ifadesini yitirmiş bir ifadedir.

<sup>175</sup> Zaffaroni (Fn. 107), 158 ("administrativización"); Prieto Navarro, Ciudadanos (Fn. 3), 71 ("prevención de peligros"); ayrıca bkz. H.-J. Albrecht, Der erweiterte Sicherheitsbegriff und seine Folgen, <http://www.rav.de/infobrief91/albrecht.htm>, 12. ayrıca bkz. die Einschätzung von J. K. Elsea, Detention of American Citizens as Enemy Combatants, CRS Report for Congress, 2005, <http://www.fas.org/spp/crs/natsec/RL31724.pdf>, 7, tutuklanan amerikan vatandaşlarını "enemy combatants" olarak tanımlanmıştır (Fn. 61), aynı şekilde, genel olarak savaş tutsakları ve düşman olana sivillere ceza hukuku tedbirleri ile davranılmamıştır: "detention (...) is administrative rather than punitive, and thus no criminal trial is required".

<sup>176</sup> Bkz. Bölüm II. 2. a) m.w.N. dipnot 104.

<sup>177</sup> Cancio Meliá, Feind"strafrecht" (Fn. 3), 284 vd.; ve Zaffaroni (Fn. 107), 154 f., tasdik etmektedir ki, bir "düşman ceza hukuku" gerçeklikte, kurbanın sadece özgürlüğüne değil, aynı zamanda onun güvenliğine de kesebilecek genel negatif etkiye sahiptir.

<sup>178</sup> Bu konuda bkz. Ambos, Allgemeiner Teil (Fn. 162), 65 vd.; aynı eser Parte General (Fn. 2), 61 vd. ayrıca bkz. Gracia Martín (Fn. 35), 34 vd.

birbirini tanıma ilişkisi<sup>179</sup> olan adil bir ceza hukuku anlayışı.<sup>180</sup>

Adil bir ceza hukuku, gerçek insanları sorumluluk süjesi olarak “et ve kan” dan görmektedir<sup>181</sup>.

O, hukuk devletine uygun ve anayasal temellere sahiptir, her şeyden önce insan onuru ve kişi özgürlüğü. Sadece toplumun bir üyesi olarak kişiliğinin tanınması “soyut ortak yapıların denetlenmesinin bir tashih edici”liğini garanti altına alır.<sup>182</sup> Sadece “bireylerin kısmi asosyalliği” anayasada teminat altına alınmış insan onuru ve insaniyetini sağlar: “Obsessif düşünce ve takıntılara karşı aykırılık ve özgürlük olarak insanlık, bireyler ve azınlıkların korunması olarak insanlık, bireysel olarak karar verilen imkanlar vasıtasıyla sorumluluk olanağı olarak insanlık...”<sup>183</sup>

İnsan onuru, tüm ceza hukuku sistemlerinin *giriş ve aynı zamanda değişmez noktası* olmalıdır, yalnız bundan sonra, “dünyanın bütün ‘sihri’ (Weber), formel –amaca uygun işlevcilik vasıtasıyla oldukça yer kaplayan ve umulur ki bu yola aşılabilir engeller” döşenmesiyle bozulur.<sup>184</sup>

Kısaca: İnsan onuruna dayanan bir ceza hukuk sisteminin üyeleri her zaman, insan olmaları kudretiyle, vatandaş statüsüne sahiptirler. Böyle bir ceza hukuku sisteminin ceza hukuku düşman kabul etmez ve herhangi bir insanın sürülmesi orada asla yer bulmaz. Böyle bir ceza hukukunun ceza hukuku bilimi “düşman

<sup>179</sup> Dünya çapında geçerli bir “insan hakları felsefesi” nin verimliliği üzerine”Bkz. H. Bielefeldt, Philosophie der Menschenrechte: Grundlagen eines weltweiten Freiheitsethos, Darmstadt 1998, 45 vd. (62 vd.), 158 vd., 202 f.

<sup>180</sup> Bkz. Greco (Fn. 3), Fn. 90’da Kant’a dayanılarak. Bu bağlamdaA. Eser, Welches Strafrecht braucht und verträgt der Mensch? Einige Gedanken zu vernachlässigten Grundfragen, içinde: Prittowitz et al. (Editör), Festschrift für Klaus Lüderssen, Baden-Baden 2002, 196 f., 203; aynı eser, Una justicia penal “a la medida del ser humano” en la época de la europeización y la globalización, in: Universidad nacional de Educación a Distancia (UNED, Editör), Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología, Madrid 2001, 17 f., 31 vd.

<sup>181</sup> B. Schünemann, La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal, in: UNED (Fn. 180), 655; ayrıca Gracia Martín (Fn. 35), 34 vd. (34, 37, 41 vd. m.w.N. özellikle Pufendorf und Welzel daha önce W. Hardwig, Die Zurechnung, Ein Zentralproblem des Strafrechts, Hamburg 1957, 118; M. Maiwald, Der “dolus eventualis”, Ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung, ZStW 78 (1966) 54.

<sup>182</sup> H.-G. Soeffner, Individuelle Macht und Ohnmacht in formalen Organisationen, içinde: K. Amelung (editör), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, Sinzheim 2000, 26.

<sup>183</sup> Soeffner (Fn. 182), 26.

<sup>184</sup> Soeffner (Fn. 182), 27.

ceza hukuku kuralları” ile uğraşmaz,<sup>185</sup> bilakis “doğmatik araştırmalar ve suç hukukunun ceza politikası vasıtasıyla şekillenmesi ile insan haklarının güvencede olduğu özgürlüğe katkıda” bulunur.<sup>186</sup>

Ceza hukuku bilimi bu açıdan kendi tez ve teorisinin sistem dışı sonuçlarına yönelen uygulama bilimi de olmalıdır.<sup>187</sup>

Tüm bunlar doğal olarak genişleyen devletler ceza hukuku için de geçerlidir, o öncelikli olarak ve ilk aşamada ulusal ceza hukuklarına tabi olan hukuk devleti temel ilkeleri gibi ceza hukuku ile uygulanır.<sup>188</sup>

Daha da fazlası: İnsan haklarına uygun program önermelerini, liberal insan haklarının hukuk devletine uygun kazanımlarını zahmetli bir şekilde savaşarak kazanılan ceza hukuk temel ilkelerinden ayıramayan ve cezalandırmayı her halükarda talep eden<sup>189</sup> *Neopunitivismus*’ un kurban yeri üzerine kurban edildiğinde, durum korkunç olur. Sonuç gerçekte, en kötü insan hakları ihlalleri ile ilgili değilse, insan hakları savunucularının görmezden geldiği *devletler hukuku düşman ceza hukukunu*<sup>190</sup> savunmaktır: Hukuk devleti garantileri ve aydınlanmış (adil) ceza hukuku temel önermelerini aynı şekilde.

Çokça şikayet edilen değişen meydan okumalar<sup>191</sup>, temel hukuk devleti kazanımlarından vazgeçilmeksizin, adil bir ceza hukuku ile de karşılaştırılabilir.<sup>192</sup>

---

<sup>185</sup> Hemen hemen hiç “teşhis edilememiştir”, Jakobs, içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 53, Bkz. Yukarıda dipnot 124 ve metin.

<sup>186</sup> Eser, içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 141), 446.

<sup>187</sup> F. Muñoz Conde, Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik? (Kommentar), içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 202.

<sup>188</sup> Bu fikir devletler ceza hukuk tartışmalarında sürekli dile getirilmektedir, Bkz. Jüngst G. P. Fletcher/J. D. Ohlin, Reclaiming fundamental principles of criminal law in the Darfur case, içinde: Journal of International Criminal Justice (JICJ) 3 (2005) 539 vd.

<sup>189</sup> Bkz. özellikle Latin Amerika ve Latin Amerika Yargıtay’ının genişleyen insan hakları ile ilgili kararları D. Pastor, La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos, Nueva Doctrina Penal 2005/A, 73 vd.

<sup>190</sup> Jakobs ile bu bağlamda karşı karşıya gelme Ambos, Allgemeiner Teil (Fn. 162), 63 vd.; ders., Parte General (Fn. 2), 58 vd.

<sup>191</sup> Bkz. L. Kuhlen, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit (Kommentar), içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 57 vd., Kuhlen bu konuda zor bir şekilde belirlenebilen evrensel hakların korunmasını, soyut tehlike suçları problemini, kuruluşlarla ilgili ticari sorumluluklar nedeniyle bireysel hesaplanabilirliğin zayıflığını, devlet ceza kovuşturma makamlarının müdahale yetkisinin hukuki sonucunun, genişlemesinin esnek olmasını, bu noktada polis hukuku ile muhakeme uyumaları problemleri arasında ortadan kalkan sınır zikredilebilir.

<sup>192</sup> Demetrio Crespo (Fn. 3), 98; Guillaumondegui (Fn. 164), 14; Prieto Navarro, Ciudadanos (Fn. 3), 77 f.

Normallik reaksiyonu aşırı tehditlere makul bir cevap olmalıdır. İlkeler ve değerler, sadece ceza hukukunun orantılılık ve öngörülebilirlik kriterlerini dikkate alan bir reaksiyon ile stabilize edilebilirler.<sup>193</sup>

Bundan başka, ceza hukukunun, geçerlilik alanında yaşayan insanlarla farklı bir şekilde muhatap olması sadece sıkça tekrarlanan cezanın amacını değil, aynı zamanda çift hatlılığı da gösterir. O, bastırıcı bir şekilde cürme karşılık verme ile özellikle tehlikeli faillerdeki önleyici koruma arasındaki farklılığı hesaba katar.<sup>194</sup>

Bunun haricinde farklı fikirler de vardır, örneğin *Hassemer*' in müdahale edici ceza hukuku fikri<sup>195</sup> veya *Silva*' nın aynı şekilde belirli bir tehlike için özel bir reaksiyonu savunan farklı sürattteki bir ceza hukuku fikri.<sup>196</sup> Bu fikirler her zaman buldukları gibi,<sup>197</sup> onlar her durumda, düşman ceza hukuku kategorisinde tercih edilen keskin olmayan ve tehlikeli düşüncelerdir,<sup>198</sup> çünkü onlar temel olarak hukuk devleti temelindeki demokratik düzen sistemi üzerine hareket ederler ve hukuk devleti ilkelerinden vazgeçmek gibi en keskin yaptırımları ılımlı bir şekilde geri almaktadırlar.<sup>199</sup>

---

<sup>193</sup> Cancio Meliá, Feind"strafrecht" (Fn. 3), 285 f.

<sup>194</sup> Ayrıca bkz. Jakobs, Staatliche Strafe (Fn. 83), 40 vd.; aynı eser, Feindstrafrecht (Fn. 35), 88 vd.

<sup>195</sup> W. Hassemer, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992 383, Hassemer, "çekirdek ceza hukukunu azaltan" klasik ceza hukuk ile kurallara aykırılık hukuku arasında kurulması gereken müdahalede bulunucu bir ceza hukukunu savunmaktadır.

<sup>196</sup> Silva Sánchez, expansión (Fn. 4), 157 vd. (=aynı yerde, Die Expansion des Strafrechts: Kriminalpolitik in postindustriellen Gesellschaften, Frankfurt a.M. 2003, 79 vd.) Sánchez, hesaplanabilirlik talebi seviyesi istemekte ve yaptırımlara bir bakış atılması garantisini talep etmektedir. Hapis ve Para cezası ve tüm garantileri kapsayan geleneksel ceza hukuku yanında hafif yaptırımlar lehine "ikinci hız" "özgürlükten mahrum bırakmama" ortaya çıkmaktadır ancak Hassemer'in Müdahalede bulunucu ceza hukukundan farklı olarak ceza hukukunun içerisinde yerleşmesi gerekmektedir. Bu şekilde iki derece veya iki hıza dayanan hesaplanabilirlik kuralları, garantiler ve yaptırımları ile bir ceza hukuku inşası ortaya çıkarmaktadır. 20. Yüzyılın ikinci yarısında Ceza hukukunun karakteristik özelliği olarak iki hıza örnek için bkz. Donini (Fn. 1), 203.

<sup>197</sup> Eleştiri Silva Sánchez, Lorenzo (Fn. 172), 441 vd. (455 u. passim); J. M. Terradillos Basoco, Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico, in: Terradillos Basoco/Acale Sánchez (Fn. 1), 237 f.; E. Gorriç Núñez, Posibilidades y límites del derecho penal de dos velocidades, içinde: Terradillos Basoco/Acale Sánchez (Fn. 1), 343 vd.

<sup>198</sup> Aynı şekilde Greco (Fn. 3), dipnot 93' göre.

<sup>199</sup> Kuşkusuz Silva Sánchez farklı düşünmektedir, expansión (Fn. 4), 163 vd., O düşman ceza hukukunu- istisnai bir şekilde «absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia» temeli üzerine ve «mal menor» – olarak, ceza hukukunun "üçüncü hızı" şeklinde tanımak istemiştir. Eleştiri, Lorenzo (Fn. 172), 455 f.; Díez Ripollés, sociedad (Fn. 83), 25 f.