

**# FRAENKEL'İN İKİLİ DEVLETİNDEN DUBBER'İN İKİLİ
CEZA DEVLETİNE CEZA HUKUKUNUN İKİLİ KARAKTERİ**
(FROM FRAENKEL'S "THE DUAL STATE" TO DUBBER'S "THE DUAL PENAL
STATE" DUAL CHARACTER OF CRIMINAL LAW)

Arş. Gör. Erdi Yetkin * **

ÖZ

Ceza hukuku, önemli ölçüde bir dönüşüm geçirmektedir ve bu durum Aydınlanma ile birlikte ortaya çıkan modern ceza hukuku ilkelerinde tahribat yaratmaktadır. Dolayısıyla ceza hukukundaki dönüşüm, esasen bir krize işaret etmektedir. Ceza hukukundaki dönüşüm ve kriz ise, hayli ihmal edilmiş bir mesele olan devletin cezai iktidarının meşruiyeti sorusunun nihayet gündeme gelmesini tetiklemektedir. Ceza hukukundaki dönüşümü anlamlandırmaya yönelik pek çok görüş mevcutsa da bu dönüşümün ve krizin temellerinin bütüncül bir şekilde ele alınmadığı görülmektedir. Çalışmamızda Fraenkel'in İkili Devlet ile Dubber'in İkili Ceza Devleti adlı eserlerini, ceza hukukundaki dönüşüm ve kriz ile cezai iktidarın meşruiyeti soruları çerçevesinde ele alacağız. Temel tezimiz, ceza hukukunun idare lehine alan kaybetmesine veya cezai süreçlerin idarileşmesine karşı, Aydınlanmanın getirdiği ilkeleriyle birlikte ceza hukukunun savunulması gerektiğidir. Ancak bu düşünce de devletin cezai iktidarının meşruiyetinin sorgulanmasıyla tamamlanmalıdır.

Anahtar Kelimeler: İkili Devlet, İkili Ceza Devleti, İkili Ceza İmparatorluğu, Ceza Hukukunun Krizi ve Dönüşümü, Ceza Hukukunda İkilik, Devletin Cezai Yetkisinin Meşruiyeti

ABSTRACT

Criminal law is undergoing a significant transformation which is causing the defirmarion of the principles of criminal law which arose with the Enlightenment. As such, this transformation essentially signifies a crisis. This transformation and crisis has finally triggered the much neglected

Eserin Dergimize geliş tarihi: 15.05.2022. İlk hakem raporu tarihi: 27.05.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 28.05.2022. Onaylanma Tarihi: 28.05.2022.

* Yeditepe Üniversitesi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Ana Bilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-6375-3884.

Esere Atıf Şekli: Erdi Yetkin, "Fraenkel'in İkili Devletinden Dubber'in İkili Ceza Devletine Ceza Hukukunun İkili Karakteri", YÜHFD, C.XIX, 2022/2, s.1023-1075.

question of the legitimacy of the state's penal powers. While there are a variety of opinions intended to explain the transformation of criminal law, it appears that the root causes of this transformation and crisis have not been addressed holistically. This work will examine Fraenkel's The Dual State and Dubber's The Dual Penal State from the perspective of the transformation and crisis of criminal law and the legitimacy of penal powers. The foundational thesis of this work is that criminal law's loss of ground to the benefit of the administration and the increasing transformation of criminal procedures into administrative ones requires the defence of criminal law together with the principles given rise by the Enlightenment. However, this approach must be completed with an interrogation of the state's penal powers.

Keywords: *The Dual State, The Dual Penal State, The Dual Penal Empire, Transformation and Crisis of Criminal Law, Duality on Criminal Law, Legitimacy of State Penal Powers*

I - GİRİŞ: BAĞLANTI NOKTASI OLARAK CEZA HUKUKUNDAKİ DÖNÜŞÜM

İkili yapılar¹ ya da bizatihi ikilik düşüncesi, sosyal bilimlerde² de önemli bir yer tutar. İkilik düşüncesi, kimi fenomenlerin bilimsel olarak kavranmasına olanak sağlamaktadır. Biz de çalışmamızda hukukta ikilik düşüncesine dair iki başarılı eseri ele alacağız. Bu eserlerden biri, Nazi Almanyası'nda hukukun ve devletin karakteri ile diktatörlük kuramı bağlamında bir kült eser olan **Ernst Fraenkel**'in **İkili Devlet**'i / **The Dual State / Der Doppelstaat**³, diğeri ise devletin cezai iktidarının meşruiyetinin

¹ 1984 romanının meşhur kavramı "**Çiftdüşün**" muazzam bir ikilik örneğidir. Zira bu yönetime başvuran kişi, aynı anda hem gerçeği eğip büktüğünü bilmekte ve fakat aynı zamanda gerçeğin zedelenmediğine kendini inandırmaktadır. Bir başka deyişle, aynı kişide, aynı anda iki çelişik düşünce, Çiftdüşün vasıtasıyla, bir arada var olmaktadır. Çiftdüşün hakkında bkz. George Orwell, **1984**, Çev. Nuran Akgören, İstanbul, Can, 2010, 187 – 190, 217 – 219.

² Sosyal bilimler sathından ikilik düşüncesine çeşitli örnekler verilebilir: **Freud**'un çalışmalarında yer tutan önemli bir kavram olarak aynı nesneye karşı aynı anda zıt duyguların bir aradalığı anlamıyla "**Ambivalans**", Ernst **Kantorowicz**'in Ortaçağ politik teolojisi üzerine kült eseri "**Kralın İki Bedeni**", bu bağlamda aklımıza ilk olarak gelenlerdir.

³ Ernst Fraenkel, **İkili Devlet: Diktatörlük Teorisine Bir Katkı**, Çev. Tanıl Bora, İstanbul, İletişim, 2020; eserin İngilizce basısı için bkz. Ernst Fraenkel, **The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship**, Çev. E.A. Shils, Oxford University Press, 2017; eserin Almanca basısı için bkz. Ernst Fraenkel, **Der Doppelstaat**, Köln, Europäische Verlagsanstalt, 1974. Çalışmamızda Türkçe çeviriyi esas aldık; bununla birlikte kimi *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

sorgulanması bakımından kült bir eser olmaya aday **Markus Dubber**'in **İkili Ceza Devleti**⁴dir / **The Dual Penal State**.

Bugün artık hukuk devleti geleneğinin ve liberal ceza hukuku anlayışının yerleşik olduğu ülkelerde, ceza hukukunun dönüşümü veya liberal ceza hukukunun krizi üzerinde önemle durulmaktadır. Liberal ceza hukukunun krizi, bir ya da birkaç ülkedeki bir iç kriz olmayıp kendisini bir şekilde liberal yasal – politik düşüncenin parçası gören her devlette farklı şekillerde tezahür eden bütüncül bir krizdir⁵. Zira bugün özellikle liberal bir ceza hukuku anlayışına bağlı olduğu kabul edilen devletler, hukukun ya da liberal kabullerin sınırlarına pek riayet etmeksizin cezai şiddet uygulamaktadırlar⁶. Dolayısıyla da bugünün çelişkisi ve krizi, devletlerin ceza adaletinin içine medeni prensipleri zerk etmede başarısız olmalarıdır⁷.

Dönüşenin ve de krizde olanın yalnızca ceza hukuku olduğunu söylemek, çok dar bir bakış açısına tekabül eder. Esasen neoliberalizmin koşullarında ve hâkimiyeti altında yaşanan derin kriz, İkili Devlet fenomeni ile hukuk arasındaki distopik ilişkinin temelinde yer almaktadır⁸.

Asıl olarak II. Dünya Savaşı sonrası güç dengesinin değişimine koşut olarak ve bu nedenle ve ayrıca 11 Eylül 2001 saldırılarının da meydana çıkarttığı hızlandırıcı etki çerçevesinde⁹, ceza hukukundaki krizin veya dönüşümün tüm dünyaya yayılan bulaşıcı etkisi¹⁰, çarpıcı bir şekilde karşımızdadır. Günbegün yaşanan gelişmeler ışığında yüz çevirerek bu

durumlarda, örneğin terminolojik bir teyit gereksinimi doğduğunda, İngilizce ve Almanca basılar da kontrol amacıyla incelenmiştir. Örneğin Türkçe çevirideki **“Koruma Amaçlı Tutuklama”** ifadesini, İngilizce ve Almanca basılarla karşılaştırdık ve **Schutzhaft** kavramının karşılığı olduğunu gördük ve biz bu kavramı **“Koruyucu Tutma”** olarak kullanıp ayrıca izah ettik. Zira bu şekilde bir teyit yapılmasa kimi kavramların, **Schutzhaft** örneğinde olduğu gibi, hukuk tekniği bakımından anlamını somutlaştırmak mümkün olmayabilirdi.

⁴ Markus D. Dubber, **The Dual Penal State: The Crisis of Criminal Law in Comparative – Historical Perspective**, Oxford University Press, 2018.

⁵ Dubber, **The Dual Penal State**, s. 2.

⁶ James Monaghan, **"Book Review: Markus D Dubber, The Dual Penal State: The Crisis of Criminal Law in Comparative-Historical Perspective"**, Sydney Law Review, Vol: 41(1), 2019, s. 149.

⁷ Kimmo Nuotio: **“The Dual Penal State á la Markus Dirk Dubber”**, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, Volume:6, Issue: 2, 2018, s. 179.

⁸ A. Emre Zeybekoğlu, **“Rechtsstaat'tan Doppelstaat'a ya da Refah Devletinden Neoliberal Bir Ütopyaya Doğru”**, Hukuk Kuramı, C. 6, S. 3, Eylül - Aralık 2019, s. 35.

⁹ Mehmet Cemil Ozansü, **“Düşman Ceza Hukuku: Kanundan Tedbire Geçiş”**, Düşmanı Yargılamak, Haz: Ozan Değer, İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s. 106.

¹⁰ Ozansü, **Kanundan Tedbire Geçiş**, s. 123.

dönüşümü yok sayma imkânı da artık kalmamıştır. Küresel risk toplumunda öne çıkan hususlar, çevre felaketleri, terörist faaliyetler ve terör örgütlerinin artan zarar verme kapasitesi, örgütlü suçluluğun yaygınlaşması ve kalıp değiştirmesidir¹¹. Böylelikle de risk toplumu, sanayi toplumunun yaşayış biçimleri ve tercihlerinin bir sonucudur fakat risk toplumu, eski modern ulusal toplumdaki farklı olarak sınırları aşan bir dünya toplumuna dayanmaktadır¹².

AİHS sistemi içerisinde tüm devletler bakımından 18. maddenin serüveni dahi, ceza hukukundaki dönüşümü gözlemlemek için bir anlamda yeterli olabilir. İlk kez 2004 yılında Gusinskiy v. Rusya kararında 18. madde ihlali tespit edilmiş olup Rusya, Moldova, Ukrayna, Gürcistan, Azerbaycan ve Türkiye, haklarında AİHM tarafından 18. madde ihlaline hükmedilen ülkelerdir¹³. 2004 yılına kadar hakkında ihlal kararı verilmemiş 18. maddeye ilişkin olarak AİHM'nin, 2004 – 2016 arası nadiren, 2016 sonrası ise sıklıkla 18. madde ihlal kararları verdiği göze çarpmaktadır¹⁴. Özellikle çok tartışmalı politik davalar bağlamında ve hep AİHS m. 5 ile bağlantılı şekilde hükmedilen 18. madde ihlalinin, ilk kez 2004 yılında ve sonrasında da bilhassa 2016 sonrasında verilmesi tesadüf olarak kabul edilemez. Bu durumu, çağdaş ceza hukukundaki özellikle düşman ceza hukuku etrafında süregelen tartışmalar ile Avrupa sathında arttığı kabul edilen otoriterlik eğilimleri ışığında değerlendirmek gerekir.

Israrlı bir şekilde ceza hukuku ve hukuk tarihi literatüründe, bir cezai rejim olarak askeri mahkemeler ve olağanüstü hal yetkileri görmezden gelinip inkâr edilmektedir ve olağanüstü hal ceza rejimi her yerde mevcut olmasına rağmen, ceza hukuku doktrini tarafından yadsınmaktadır¹⁵. Türkiye de bu eğilimin bir örneği olarak zikredilebilir. Bilhassa politik yargılamaların damga vurduğu son 20 yılda Türkiye’de “**Düşman Ceza**

¹¹ Elvan Keçelioğlu, “**Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü**”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan – Cilt I, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2015, s. 629 – 630.

¹² Keçelioğlu, **Ceza Hukukunun Değişen Yüzü**, s. 629.

¹³ Haklarında 18. madde ihlali kararı verilen ülkeler, bu ihlallerin sayısı ve yıllara göre dağılıma dair tablolar için bkz. Benan Molu: **Siyasi Amaçlı Tutuklama Yasağı Çerçevesinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 18. Maddesinin Kapsamı, Uygulaması ve 18. Madde İhlali Kararlarının Sonuçları**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2021, s. 183. Keza AİHM’nin 18. madde ihlali kararları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aynı eser, s. 35 – 46.

¹⁴ Molu, **18. Madde**, s. 27, 28 – 30, 32.

¹⁵ Smadar Ben - Natan: “**The Dual Penal Empire: Emergency Powers and Military Courts in Palestine/Israel and beyond**”, *Punishment & Society*, 23 (5), 2021, s. 755.

Hukuku / Das Feindstrafrecht” kavramı yoğun bir şekilde ele alınmaktadır ve bu konuya ilişkin olarak bir literatür de oluşmuştur¹⁶. Keza düşman ceza hukuku kavramı yalnızca ceza hukukunda değil çeşitli disiplinlerde (politika bilimi, anayasa hukuku, genel kamu hukuku gibi) de tartışma konusudur. Bununla birlikte Türkiye’de ceza hukukçularının – düşman ceza hukuku kavramının pejoratif olarak ele alınması dışında – liberal ceza hukukunun krizi ve ceza hukukunun dönüşümü ile yoğun bir şekilde ilgilendikleri söylenemez. Türk ceza hukuku doktrininde, ceza hukukunun dönüşümüne dair yapılan tartışmalar kendine yer bulamıştır ve ceza hukukunun dönüşümü fenomeni ceza hukukçularının ilgi alanının dışına havale edilmektedir. Hal böyle olunca Türk ceza hukuku doktrininde, ceza hukukunun dönüşümüyle ilgili meseleler ya doğrudan kabullenilmekte ya da insan haklarının ülkemizdeki durumunun sonucu ve geçici bir gelişme olarak algılanmaktadır¹⁷.

¹⁶ Düşman Ceza Hukuku, Türk hukukunda üzerine eğilen bir konu olmuştur. Ancak konumuz doğrudan Düşman Ceza Hukuku kavramının incelenmesi olmadığından, Türkçe orijinal eser veya çeviri ilgili tüm literatürün zikredilmesinden ziyade yalnızca dikkat çeken belirli eserlere işaret etmekle yetineceğiz.

Türk ceza hukuku doktrininden pek çok ismin makalelerin çevrilmesine katkı sunduğu, “Terör ve Düşman Ceza Hukuku” adlı çevirilerin derlendiği eser, düşman ceza hukuku tartışmaları bağlamında bilhassa dikkat çekmektedir. Bkz. Kayıhan İçel (Proje Yöneticisi), Yener Ünver (Editör), **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2008, s. s. 489 – 705; Bu eserde, Mehmet Cemil Ozansü tarafından, Jakobs’un 2004 ve 2006 tarihli makaleleri de çevrilmiştir ki bu durum, Türkçe’deki Düşman Ceza Hukuku tartışmalarına bilhassa önemli bir katkı olarak gözükmektedir. Yine belirtmek gerekir ki yakın zamanda Düşman Ceza Hukuku konusu, bir doktora tez konusu olarak çalışılmıştır. Bkz. Denizler Şanlı, **Düşman Ceza Hukuku: Kaynaklar, Kuramsal Çerçeve, Eleştiriler**, İstanbul, NotaBene, 2019; Keza Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen “Bedrettin Dalan Hukuk Makale Yarışması” da “Düşman Ceza Hukuku ve Uygulamaları” konusuyla icra edilmiştir. Yarışmada dereceye giren makaleler için bkz. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı:2, 2019, s. 235 – 359.

¹⁷ Bununla birlikte ceza hukukunun dönüşümünün teknik yönden en önemli kısımlarından birini teşkil eden, Cezalandırılabilirliğin öne alınması (die Vorverlagerung der Strafbarkeit) ve cezalandırılan hazırlık hareketleri (die strafbare Vorbereitungshandlungen) konuları son 10 yıl içerisinde özellikle Almanca konuşan ülkelerde – bilhassa Almanya’da ve daha düşük bir yoğunlukla da olsa Avusturya ve İsviçre’de de – ciddi bir şekilde tartışılmakta ve incelenmektedir. Cezalandırılabilirliğin öne alınması ve cezalandırılan hazırlık hareketleri gibi konularda son 10 yılda ardi ardına pek çok tez yazılmış olup söz konusu konular, anılan ülkelerde ceza hukukunun yeni biçiminin tartışıldığı en güncel tartışma konuları arasındadır. Türk doktrininde ise, söz konusu meseleler ve ceza hukukunun dönüşümüne dair diğer konular, adı geçen ülkelere nazaran çok sınırlı bir şekilde tartışılmaktadır.

Yukarıda bahsi geçen ana eğilimin dışında Türk ceza hukuku doktrinde, ceza hukukundaki dönüşümü ele alan az sayıda da olsa çalışmalara rastlanıldığını ifade etmek gerekir¹⁸. Bu ender çalışmalardan birinde Erman, ceza hukukunun dönüşümüyle ilgili Kıta Avrupası sisteminde dile getirilen belli başlı görüşleri¹⁹ incelemiştir. Erman, bu görüşlerin aynı fenomeni farklı noktalardan kavradıklarını, esas olanın ceza hukukundaki dönüşüm olduğunu belirtmektedir. İşte bu nedenledir ki yazar, ceza hukukundaki dönüşümü anlamlandırma çabalarını, “*karanlıktaki bir fili tarif etmek*” olarak ifade etmiştir²⁰. Zira yazara göre söz konusu teoriler birbirlerinin alternatifi olarak değil, daha çok bütünlüycisi olarak görülmelidir. Asıl hedefimiz bağlamında ise şunu söyleyebiliriz ki, ceza hukukundaki dönüşümü Fraenkel ve Dubber’in görüşlerinden hareketle okumaya çalışmak “karanlıktaki fili, fil olarak teşhis etmemize” olanak sağlayabilir.

II - FRAENKEL’İN İKİLİ DEVLETİ

A. Fraenkel’in İkili Devleti ve Türkiye’de Yeniden Keşfi

Fraenkel’in İkili Devleti, ilk kez 1940’da İngilizce, ardından 1974’te Almanca ve 2020’de ise Türkçe olarak basılmıştır. İkili Devlet, Fraenkel’in ifade ettiği üzere, nasyonal sosyalist Almanya’da yaşadığı olağanüstü deneyimleri²¹ anlamlandırabilme çabasının bir ürünüdür²².

¹⁸ Bkz. R. Barış Erman, “**Ceza Hukukunun Dönüşümü**”, Duygun Yarsuvat’a Armağan - Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C: IX, S: 2, 2012, s. 447 – 480; Elvan Keçelioğlu, “**Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü**”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan – Cilt I, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2015, s. 627 - 638.

¹⁹ Erman tarafından bu yaklaşımlara örnek olarak Düşman Ceza Hukuku, Risk Ceza Hukuku, Mücadele Ceza Hukuku, Tehlikelilik Ceza Hukuku gösterilmektedir. Erman, **Ceza Hukukunun Dönüşümü**, s. 449 – 459.

Yine ceza hukukundaki dönüşümle bağlantılı olarak Önleyici Ceza Hukuku, Müdahale Ceza Hukuku, Sembolik Ceza Hukuku gibi başkaca kavramlar ortaya atılmıştır. Kanımızca tüm bu teorilerdeki (bir ölçüde sembolik ceza hukuku hariç tutulabilir) en temel ortak özelliklerden biri de ceza sorumluluğunun ön alana çekilmesidir. Bu nedenle bir şemsiye kavram olarak Ön Alan Ceza Hukuku ya da Almanca literatürde sıklıkla kullanılan “die Vorverlagerung der Strafbarkeit (Cezalandırılabilirliğin Öne Alınması) tabiri, ceza hukukundaki dönüşümü anlamak bağlamında anahtar rolü görebilir.

²⁰ Erman, **Ceza Hukukunun Dönüşümü**, s. 449.

²¹ Yahudi ve sosyal demokrat kimliğiyle Fraenkel hemen aşağıda izah edilecek olan tedbir devletinin doğal hedefidir. Bununla birlikte I. Dünya Savaşı’nda Alman İmparatorluğu adına savaşması nedeniyle Yahudilerin toplumsal hayattan dışlanması bir nebze olsun kurtulabilmiş ve yurt dışına iltica edeceği 1938’e kadar avukatlığı sürdürebilmiş ve kitabını yazabilmiştir. Fraenkel ve İkili Devlet’in yayımlanış öyküsü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Serdar Tekin, “**Schmitt’e Karşı Fraenkel: Toplumsal Gerçekçi Bir Diktatörlük**” *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

Kitap, Amerika Birleşik Devletleri'nde 1940 yılında yayımlandığında hayli ses getirmiş ve birçok eser incelemesine konu olmuştur²³. İkili Devlet, 1933 – 1938 arasını kapsamaktadır, bir başka deyişle kapsamına aldığı zaman dilimi, II. Dünya Savaşı ve Holokost öncesidir. Bu nedenledir ki Tekin'e göre kitap ele aldığı zaman dilimi itibariyle, henüz Nazi diktatörlüğü en adi suçlarını işlememiş olduğundan, ilk ilginin akabinde, Franz Neumann'ın “Behemont”u ile Arendt'in totalitarizme dair eserlerinin gölgesinde kalmıştır²⁴. Ancak 2018 yılında basılan iki eser, Anglosakson dünyasında bu eserin yeniden ilgi gördüğünü bize göstermektedir. Bu eserlerden biri, çalışmamızın temel bloklarında birini teşkil eden Markus Dubber'ın The Dual Penal State adlı eseri iken diğeri de **Jens Meierhenrich**'in “**The Remnants of the Rechtsstaat**” adlı eseridir²⁵.

Türkiye'de de son 5 yılda, İkili Devlet'in “yeniden keşfedilmesi” dikkat çekicidir. Bu durumun nedeni ise eserin akademik başarısından ziyade Türkiye'nin içinde bulunduğu politik atmosferde gizlidir. Bu politik iklim, özellikle 2016 yılında gerçekleşen darbe teşebbüsünün ardından ilan edilen ve yaklaşık 2 yıl boyunca devam eden Olağanüstü Hal (OHAL) dönemi ve uygulamalarından etkilenmiştir²⁶. Dolayısıyla Türkiye'nin politik düzlemi ile bu düzlemin doğrudan sonucu olarak ortaya çıkan hukuki tartışmaları düşününce, İkili Devlet'in Türkiye'de gittikçe ünlenmesine şaşmamak gerekir. Bu çerçevede İkili Devlet'in Türkiye'de neden ünlendiğine dair 2 örnek vermek istemekteyiz:

Öncelikle Fraenkel, kitabının başında Sokrates'in şu sözlerine yer vermektedir:

*“Mahkemelerin kararlarının geçerlilik iddiasında bulunamayacağı, daha ziyade tek tek kişilerce değiştirilebildiği, geçersiz kılınabildiği bir devletin ayakta kalabileceğine inanır mısın hiç? Yoksa çöküp gideceğini mi düşünürsün?”*²⁷

Tahlili Olarak İkili Devlet”, Düşmanı Yargılamak, Haz: Ozan Değer, İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s. 163 – 167.

²² Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 14 (1974, Almanca Basıma Önsöz).

²³ Bu incelemelerden Otto Kirchheimer ve Franz Neumann, İkili Devlet'e daha eleştirel yaklaşırken diğer yorumlar ise kitap hakkında genelde olumludur. Bu eserlere dair ayrıca bkz. Tekin, **Schmitt'e Karşı Fraenkel**, s. 168.

²⁴ Tekin, **Schmitt'e Karşı Fraenkel**, s. 168 – 169.

²⁵ Jens Meierhenrich, **The Remnants of the Rechtsstaat: An Ethnography of Nazi Law**, Oxford University Press, 2018.

²⁶ Tekin, **Schmitt'e Karşı Fraenkel**, s. 163.

²⁷ Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 33.

Yukarıdaki alıntı, özellikle AİHM ve AYM kararlarının ilk derece mahkemelerince dikkate alınmaması tartışmaları çerçevesinde düşünüldüğünde, Türkiye için hayli güncel bir söz olmaktadır. Özellikle Enis Berberoğlu 3²⁸ kararı bu bağlamda hayli önem arz etmektedir. Bu kararında AYM'nin önceki ihlal kararının uygulanmamasına yönelik ifadeleri²⁹ ve son ihlal kararının Türkiye Büyük Millet Meclisi ile Hâkimler ve Savcılar Kurulu'na gönderilmesi, AYM kararının uygulanmamasına dair ortaya çıkan krizi özetlemeye yeter niteliktedir.

Kitabın Türkiye'de neden yeniden keşfedildiğine dair bir başka örnek ise, Fraenkel tarafından tarihsel ve doktriner referanslarla sayfalarca tartışılan **“Fancied Emergency”** kavramıdır³⁰. Bilindiği üzere 15 Temmuz darbe girişiminin ardından ilan edilen OHAL'in devamının gerekliliği ile OHAL döneminde alınan tedbirlerin sebep, süre ve amaç bakımlarından sınırları, Türkiye'nin son 5 yıldaki ana gündem maddelerinden biri olmuştur.

Bu politik arka plan dâhilinde Türkiye'de, Schmitt'in, Fraenkel'in, Weimar Cumhuriyeti'nin ve nasyonal sosyalist Almanya'nın hayli tartışılır olduğu gözlemlenmektedir. İşte bu atmosferde, Fraenkel'in kitabı Türkiye'de haklı bir ün kazanarak kendisinden söz ettirmiştir³¹.

Fraenkel'in İkili Devlet adlı eseri çalışmamızda 3 boyut itibarıyla ele alınacaktır: 1) Fraenkel'in, İkili Devlet kavramıyla kastı nedir? 2)

²⁸ Kadri Enis Berberoğlu (3) [GK], B. No: 2020/32949, 21/1/2021.

²⁹ Örneğin kararda şu tespitlere yer verilmiştir:

“Anayasa'nın 153. maddesinin açık hükmüne rağmen Anayasa Mahkemesi kararlarının her ne sebep ve mülahaza ile olursa olsun yerine getirilmemesi hukukun üstünlüğü ilkesinin ve bu ilkenin temel alındığı anayasal düzenin ağır bir biçimde ihlali anlamına gelmektedir (pg. 141). Bu kapsamda, türlü bahaneler ve hukuk tanımaz tutum ve davranışlarla bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesine ve mevcut ihlallerin sürdürülmesine neden olacak şekilde, Anayasa'nın öngördüğü hukuk düzenine karşı koyma anlamına gelen keyfi kararlara hiçbir hukuk sisteminde müsaade edilemez. Dolayısıyla bir hukuk devletinde anayasal hükümlere uymamanın ilgililer açısından cezai, idari ve hukuki sorumluluklar doğuracağı açıktır (pg. 142). Ayrıca belirtmek gerekir ki anayasal düzenin korunması yalnızca Anayasa Mahkemesine ait bir görev değildir. Anayasal kurumların, kamu gücünü kullanan organların, gerçek veya tüzel kişilerin Anayasa'yı koruma ve anayasal kurallara sadakat gösterme yükümlülüğü bulunmaktadır (pg. 144). Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin Kadri Enis Berberoğlu (2) kararı ve işbu Kadri Enis Berberoğlu (3) kararında tespit edilen hak ihlallerinin ortadan kaldırılması ve bahsi geçen ihlal kararının gereğinin yerine getirilmesi yalnızca ilgili derece mahkemelerinin değil, ilgileri olduğu ölçüde başta Türkiye Büyük Millet Meclisi ile Hâkimler ve Savcılar Kurulu olmak üzere kamu gücünü kullanan diğer organların da görevidir. Bu sebeple ihlal kararının ilgili kurumlara da gönderilmesi gerekir” (pg. 145).

³⁰ Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 38 - 39, 44 – 52, özellikle 47.

³¹ Bu konudaki örnekler için bkz. Tekin, **Schmitt'e Karşı Fraenkel**, s. 163, dp. 2.

Türkiye’de İkili Devlet’e dair yapılan okumalardan, biz hangi noktalarda ayrılıyoruz ya da vurgu farkımız nedir? 3) İkili Devlet’ten, ceza hukukunun dönüşümünü izah bakımından yararlanabilir miyiz ve cevabımız evet ise bu nasıl mümkün olacaktır? Hemen ifade edelim ki asıl olarak 2 ve 3 numaralı başlıklara odaklanacağız; zira yukarıda ifade ettiğimiz üzere İkili Devlet temel yapısı itibariyle Türkiye’de yeterince tanıtılmıştır³².

B - İkili Devletin Yapısı

Fraenkel’a göre nasyonal sosyalist Almanya’da devletin, tıpkı Janus gibi, iki yüzü vardır. **Norm Devleti / The Normative State / Normenstaat** ile **Tedbir Devleti³³ / İmtiyaz Devleti / The Prerogative State/**

³² Bilhassa Zeybekoğlu ile Tekin’in 2019 ve 2020’de çıkan makaleleri, Türk okuyucuya bilimsel olarak İkili Devlet’i tanıtmıştır. Bkz. A. Emre Zeybekoğlu, “**Rechtsstaat’tan Doppelstaat’a ya da Refah Devletinden Neoliberal Bir Ütopyaya Doğru**”, Hukuk Kuramı, C. 6, S. 3, Eylül - Aralık 2019, s. 32 – 56; Serdar Tekin, “**Schmitt’e Karşı Fraenkel: Toplumsal Gerçekçi Bir Diktatörlük Tahlili Olarak İkili Devlet**”, Düşmanı Yargılamak, Haz: Ozan Değer, İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s. 162 – 189.

³³ Bu noktada terminolojiye dair bir açıklama yapma ihtiyacı duyuyoruz. “**Norm Devleti**” ibaresi, Türkçe yazında yerleşiktir. Bununla birlikte İkili Devlet’in ikinci yapısına dair ise çeşitli adlandırmaların varlığı göze çarpmaktadır. Örneğin Tekin ve Zeybekoğlu “**İmtiyaz Devleti**” terimini tercih etmekte, İkili Devlet’in Türkçe çevirisinde Bora ise “**Önlem Devleti**” tabirini kullanmaktadır. Biz “**Tedbir Devleti**” ibaresini tercih ediyoruz.

İkili Devlet’in Almanca çevirisinde “**Maßnahmenstaat**” ibaresi kullanılmıştır ki tedbir ya da önlem kelimelerini karşılık olarak kullanmak, bu bakımından daha doğru olacaktır. İkili Devlet kitabında Fraenkel, bugünkü anlamıyla hukuk devleti tanımını karşılamasa da önceden belirlenmiş normlara göre yargılama yapan ve hukuk korumasından yararlananlara öngörülebilirlik sunan norm devletinin karşısında diğer bir devlet biçimini konumlandırmaktadır. Nasyonal sosyalist devletin bu ikinci yüzü, halin icabına göre davranır, özellikle nasyonal sosyalist rejimin devamı için faaliyet görür ve uygun tedbirleri kullanır; bu nedenle de tedbir devleti tabirine daha uygundur. Bu çalışmada değerlendirdiğimiz bir diğer eser olan Dubber’in İkili Ceza Devleti’nde de Penal Law – Penal Police karşıtlığına yer verdiğini hatırlayabiliriz. Yani esasen hukuk devleti – polis devleti karşıtlığı, bir nevi norm devleti – tedbir devleti karşıtlığıyla Fraenkel’in kitabında kendine yer bulmaktadır.

Tedbir ile önlem arasında seçimizi ise tedbirden yana kullandık. Kunter’in, koruma tedbirlerini ele alırken tedbir – önlem farkına dair açıklamalarını ikna edici buluyoruz. Kunter’e göre bir zarar ihtimaline karşı alınan tedbirler genel olarak “**Tehlike Tedbiri**” olarak adlandırılır. Bunlarda kendi içinde “**Önleme Tedbiri**” ve “**Koruma Tedbiri**” olarak ayrılır. Birinciler uzak bir tehlikeyi önlemeye matufken ikincilerde ise tehlike yakındır, önleme olanağı yoktur ve ancak tehlikeden korunmak söz konusu olabilir. Bu nedenledir ki önleme tedbirleri bakımından bir hakkın mevcudiyeti şartken koruma tedbirleri bakımından görünüştü haklılık yeterlidir. Keza tedbir her zaman önlem bazen de korur; önlem ise bu bağlamda sadece önleme tedbirlerini karşılar. Dolayısıyla da tedbir yerine önlem tabiri kullanılmamalıdır. Bkz. Nurullah Kunter, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş Yedinci Bası, İstanbul, Kazancı,

Maßnahmenstaat. Bir başka ifadeyle Fraenkel'in temel tezi, Nazilerin iktidara geldikleri tarih olan 1933'ten itibaren Almanya'da devletin ikili bir görünüm arz ettiğidir³⁴.

Fraenkel, Drittes Reich'ta, norm devleti ile tedbir devletinin birlikte var olduğunu ileri sürmektedir³⁵. Böylelikle bir yanda yasalar, mahkeme kararları, idari işlemler ile ifadesini bulan, hukuk düzenini ayakta tutmaya dönük geniş egemenlik yetkileri ile donatılmış norm devleti, öbür yanda ise hukuki sınırlamalardan azade, keyfilik ve şiddetin egemen olduğu tedbir devleti bulunmaktadır. Fraenkel'a göre Drittes Reich'in anayasası, istisna halidir. Bu istisna hali kullanılarak, nasyonal sosyalist Almanya'da politik alan, hukuken bir hava boşluğuna çevrilmiştir. Zira bu alanda normun egemenliği söz konusu değildir, hukuki güvencelere yer yoktur, usul hükümleri ve belirlenmiş yetkiler söz konusu değildir, ikili devlette anayasal

1981, s. 513, 514 ve dp. 312. Kunter'in, tehlike tedbiri kavramına, neden tehlike tedbirleri değil de tehlike tedbiri teriminin kullanıldığına, bunun alt grupları olarak önleme tedbiri ve koruma tedbiri terimlerinin anlamına ve özelliklerine ve bir tedbiri, önleme tedbiri veya koruma tedbiri olarak kabul etmenin doğuracağı pratik sonuçlara dair ayrıntılı izahat için bkz. Nurullah Kunter, "**Tehlike Tedbirleri**" Genel Teorisi ve Para Cezaları İçin İcrai ve İhtiyati Haciz", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 34, S: 1-4, 1968, s. 27 – 32.

Yüce ise Kunter'in tedbir – önlem ayrımını yerinde bulmamaktadır. Zira Yüce'ye göre, her koruma mahiyeti gereği önlemedir. Örneğin sanık korunurken kaçması önlenir, delil korunurken de bozulması ya da yok olması önlenmiş olur. Dolayısıyla da tedbir, önlem sözcüğüyle Türkçeleştirilebilir. Bkz. Turhan Tufan Yüce, "**Ceza Yargılama Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi**", Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, 1980, s. 68 – 72, özellikle 70 ve dp. 5.

Türk Dil Kurumu'nun sözlüğünde önlem "kötü veya yanlış bir şeyi önleyecek yol, tedbir", tedbir ise "önlem" ve "hazırlık" ile karşılanmaktadır. Yani bu iki kelimenin birbirleriyle olan yakın ilişkisi, sözlükteki anlamlarında da söz konusudur.

Kanımızca Yüce'nin eleştirisi göz ardı edilemez ve fakat Kunter'in ayrımı daha ikna edici ve daha sistematiktir. Tedbir – önlem kelimelerine dair Kunter ve Yüce'nin aktardıklarından ve bu kelimelerin sözlük anlamlarından hareketle görüşümüzü şu şekilde ifade edebiliriz. Gerçekleşmesi istenmeyen bir şeyi önlemek, negatif bir ilişkiyi ifade eder. Tedbir ise sözlükteki hazırlık anlamının da gösterdiği üzere pozitif bir ilişkidir ve önlenmek istenen tehlikenin yanı sıra tedbir konusunun durumunu daha iyi hale getirme amacını da belirtir. Tedbir Devleti de, aldığı tedbirlerle, hem nasyonal sosyalist iktidara yönelik tehlikeleri önler hem de rejimi tahkim eder, sağlamlaştırır, korur, daha iyi bir konuma getirir. Bu nedenle "Tedbir Devleti" ibaresini, "The Prerogative State" ve "Die Maßnahmenstaat" karşılığı olarak kullandık.

³⁴ Tekin, **Schmitt'e Karşı Fraenkel**, s. 162.

³⁵ Bu paragrafta Fraenkel'in özetlenen görüşleri için bkz. Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 35 – 36. *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

garantiler çözülmüştür³⁶ ve ilgililere sorumluluk yükleyen – hak tanıyan idare hukuku ve normlar artık mazide kalmıştır. Bu alanda devlet gücü, her tekil vakada durumun icabına göre verilen kararlarla işlemektedir. Bir başka deyişle bu alanda tedbirler hüküm sürmektedir. Tedbir devleti ifadesi, tam da bu durumu tanımlamaktadır. Fraenkel'a göre tedbir devletinin işlevi, nasyonal sosyalizmin mutlak diktatörlüğünün inşası ve idaresidir.

Bu noktada şu soru akla gelmektedir: Mademki kapitalist hukuk işlemeye devam etmektedir o halde bu anayasal garantilerin, klasik hukuki güvencelerin tasfiye edildiği alan neresidir? Bu alan, politik olandır. Peki, o halde, bir ikinci soruyu sormak gerekir, politik olan nedir? Cevap, tedbir devletinin politik kabul ettiği her şeydir. Dolayısıyla da İkili Devlette önemli olan yalnızca politik olanın hukuk denetiminin dışına çıkarılması değil, her şeyin politik kabul edilebilmesidir³⁷. Nazi Almanya'sında kategorik olarak politik olanın dışında kalan bir alan bulunmamaktadır. Keza Fraenkel, ilgili kişilere politik görüşlerinden dolayı sürücü belgesi verilmemesine, Yahudi bir avukata doğum belgesi düzenlenmesi talebinin reddi üzerine açılan davanın kabul edilmemesine, iki keşişin eşcinsel ilişkisinin politik bulunmasına dair çeşitli örnek davaları zikretmektedir³⁸.

³⁶ Fraenkel bu bağlamda Yehova Şahitleri ile memurların dosya inceleme yetkisine dair mahkeme kararlarını değerlendirmektedir. Fraenkel'ın, Weimar Anayasası m. 48'de askıya alınabileceği belirtilen haklar arasında dini cemaatlerin ve memurların haklarının belirtilmemesi nedeniyle bilhassa bu haklar hakkında açıklamalarda bulunduğu görülmektedir. Bununla birlikte henüz Nazi diktatörlüğü kurulmadan önce Schmitt tarafından da bu hakların, 48. madde tasarruflarından bağımsız olup olmadığı meselesi incelenmiştir. Schmitt'e göre, anayasanın teşkilata dair düzenlemeleri diktatörlüğe karşı dayanıksızken (federe birimlerin yetkilerine kararname ile müdahale edilmesi gibi) Weimar Anayasası'nın ikinci kısmında bulunan maddi hukuk kurallarının diktatörlüğe karşı dayanıklı ve dokunulamaz olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Böylelikle dini cemaatler veya memurlar da diktatörlük tasarruflarına maruz kalabileceklerdir. *"Parlamentonun parlamenter yasama devleti bakımından esas teşkil eden yasama tekelinin diktatörlüğe dayanaklı olamayacağı yerde, memurun kendi sicil kaydını inceleme hakkı ile teoloji fakültelerinin varlıklarını muhafaza etme hakkı diktatörlüğe dayanıklı kalacakmış"*. Bkz. Carl Schmitt: **Kanunilik ve Meşruiyet**, Çev: Mehmet Cemil Ozansü, İstanbul, İthaki, 2016, s. s. 94 – 96, 99 – 100.

Yine Reichstag Yangınından sonra çıkartılan 28 Şubat Kararnamesi acaba komünist olmadığı muhakkak olan kiliselere, tarikatlara, aşçı karşıtlarına uygulanabilir mi sorusu da bir başka problemlili alan olmuştur. Bu soru, kanaat açıklamaları yoluyla ya da hoşnutsuzluk yayılması suretiyle komünistlerin yeniden güçlenmesi söz konusu olabilir argümanına dayanan **"Komünizmle Dolaylı Mücadele Doktrini"** ile evet şeklinde yanıtlanmıştır. Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 55 – 60.

³⁷ Tekin, **Schmitt'e Karşı Fraenkel**, s. 174.

³⁸ Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 93, 96 – 98.

Dolayısıyla nasyonal sosyalist devlette, “*Siyasi olan, siyasi makamların siyasi olduğunu söyledikleri şeydir*”³⁹.

Odak noktamızı norm devletine⁴⁰ çevirdiğimizde norm devletin, kapitalist ekonominin işleyişi için gereken hukuki güvenliği sağladığını görmekteyiz. Norm devleti, kapitalist⁴¹ ilişkiler ağını sürdürür ve güvence

³⁹ Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 94.

⁴⁰ Tekin’e göre, yargı, tedbir devletin tahkim edilmesi ve işlemesi sürecinde önemli bir işlev görmüştür. Özellikle tedbir devletin alanının norm devletin alanı aleyhine genişlemesi sürecinde mahkemelerin de payı bulunmaktadır. Tekin’e göre mahkemelerin tedbir devletine adaptasyonu bakımından kabaca üç farklı yaklaşım vardır: 1) Tedbir devleti tarafından mahkeme kararlarının uygulanmayarak boşa düşürülmesi 2) Mahkemelerin yetki alanlarını tedbir devleti lehine daraltmaları 3) Mevzuatın değişimi. Tekin, **Schmitt’e Karşı Fraenkel**, s. 172, 176, 177 – 178; Yine Zeybekoğlu da mahkemelerin büyük ölçüde tedbir devletine teslim olduğunu belirtmektedir. Bkz. Zeybekoğlu, **Rechtsstaat’tan Doppelstaat’a**, s. 37, dp. 5.

Keza Tekin’e göre “*Almanya’da hukukun mahkemeler eliyle uğradığı metamorfoz, pozitivism yüzünden değil, büyük ölçüde pozitivismze rağmen gerçekleşmiştir*”. Tekin, **Schmitt’e Karşı Fraenkel**, s. 176; Aynı yönde Akçabay, **Weimar Cumhuriyeti Yargısı**, s. 130 – 139. Bu görüşlere değinmemizin sebebi, Radbruch kaynaklı olarak hukuki pozitivism nedeniyle Nazi Almanyası’nda yargıçların ve dolayısıyla yargının, rejimin bir baskı aparatına dönüştüğü kabulüne dair genel kanının aksine görüşler olmalarıdır. Kanımızca da bu görüşlerde ziyadesiyle haklılık bulunmaktadır.

⁴¹ Bu noktada bir parantez açmakta fayda var. Bilindiği üzere Nazi partisinin resmi adı **Die Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei (NSDAP)**, yani **Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi**’dir. Ancak Nazi partisi ne sosyalistti ne de işçi partisiydi. Zira David Guerin, - dilimize merhum hocamız Bülent Tanör tarafından çevrilen - **Faşizm ve Büyük Sermaye** kitabında faşizm için şu tanımlamayı yapmaktadır: “*Faşizm insanın elini arkadan bağlıyor, cebini daha iyi boşaltabilmek için*”. Daniel Guerin, **Faşizm ve Büyük Sermaye**, Çev: Bülent Tanör, İstanbul, Habitus Yayıncılık, 2012, s. 23. Guerin, Naziler ile Alman ağır sanayisi arasındaki işbirliğini tüm çıplaklığı (“**kapitalizmin ev hizmetkârı**” nitelemesiyle) ile ifade etmektedir: “*30 Ocak’ta da Şansölye Schleicher iktidarı devretti. Artık, tüm olarak Alman kapitalizmi, yavrusu Üçüncü Reich’i, vaftiz suyuna batırmak için kucağına almış demektir*”. (s. 44).

Bilhassa Guerin’in ağır sanayi ile mamul madde sanayi arasındaki çekişmeye dair ve asıl olarak ağır sanayi tarafından İtalya’da ve Almanya’da faşist ve nazist organizasyonların desteklenmesine ilişkin görüşleri kayda değerdir. Guerin tarafından ağır sanayiciler arasında sayılan Stinnes, Thyssen karşısında imalat sanayisinin temsilcisi olarak zikredilen kişi, Weimar Cumhuriyeti dönemine Gustav Stresemann ile damga vuran iki dışişleri bakanından biri olan AEG firmasının başkanı Walter Rathenau’dur. Walter Rathenau, aşırı sağ bir örgütün suikastına kurban gitmiştir ve suikast, meşhur Cumhuriyeti Koruma Kanunu’nun (Gesetz zum Schutze der Republik) ihdas edilmesine neden olmuştur. Ağır sanayi – imalat sanayi çekişmesi hakkında bkz. aynı eser, s. 38 – 44, 282.

Naziler ve Alman ağır sanayisi arasındaki bağlantı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aynı eser, s. 21 – 44; 201 – 234; 237 – 287.

altına alır. Bu çerçevede Gestapo'nun hukuk müşaviri Werner Best'in ifadesiyle “*milli yapıcı kuvvetler*” norm devletinin koruması altındadır⁴². Dolayısıyla “Untermensch” olarak nitelenenler mahkemelere erişemese de sıradan davalar olağan hukuk ve ceza mahkemelerinde görülmeye devam etmektedir⁴³. Bu milli yapıcı kuvvetler arasında ise öncelikle Yahudilerin⁴⁴ ve işçi sınıfının olmadığını söylemek gerekir. Keza tedbir devletinin tekil vakıada⁴⁵ uygun görmediği diğer herkes de norm devletinin korumasından yararlanamayacak, tedbir devletinin insafına kalacaktır. Dolayısıyla somut vakıanın, normlara göre mi yoksa durumun gereklerine/halin icabına göre mi çözülmesi gerektiğine tedbir devleti karar verecektir⁴⁶.

Somut tekil vakılarda konu iktisadi olsa dahi tedbir devletinin olaya müdahale etme imkânı vardır. Ancak tedbir devleti mademki kapitalist ilişkiler ağının bir sonucudur, o oto – limitasyon⁴⁷ uygular ve iktisadi

Fraenkel da kitabının son bölümünde (her ne kadar Guerin kadar sert bir tonda olmasa da ve ağır sanayi ile bağlantılı burjuvazinin Nazileri bir kere iktidara getirdikten sonra yaşadıkları olumsuz etkilere dikkat çekse de) Guerin ile aynı kanaati paylaşır görünmektedir. Bkz. Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 261 – 282, özellikle 301 308. Dolayısıyla gerek faşizmin gerekse de Nazizm'in iktidara gelişlerinde işçi sınıfının iktidarı ele geçirme ihtimalinden daha çok kapitalizmin iç çelişkilerinin aşma amacı rol oynamıştır görüşü dikkate değerdir.

Bu uzun dipnotu yalnızca ilgili tarihsel vakıalara dair bilgi vermek amacıyla tesis etmedik. Özellikle çalışmamızın sonuç kısmındaki değerlendirmelerimiz, bu dipnottaki bilgilerle bağlantılıdır.

⁴² Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 122 – 123.

⁴³ Robert D. Rachlin: “**Roland Freisler ve Volksgerichtshof: Bir Tedhiş Aracı Olarak Mahkeme**”, Nazi Almanyası'nda Hukuk: İdeoloji, Fırsatçılık ve Adaletin Saptırılması, Ed: Alan E. Steinweis ve Robert D. Rachlin, Çev: Kivılcım Turanlı, İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s. 104; Eserin İngilizce basısı için bkz. Rachlin, Robert D.: “**Roland Freisler and The Volksgerichtshof: The Court as an Instrument of Terror**”, The Law in Nazi Germany : Ideology, Opportunism, and the Perversion of Justice, edited by Alan E. Steinweis, and Robert D. Rachlin, Berghahn Books, 2013, s. 63 – 88.

⁴⁴ Yahudi bir yönetmenin sözleşmesi feshedilir ve haksız fesih nedeniyle ödenmesi gereken tutar da ödenmez. Dosya Reichsgericht'in önüne gelir. Mahkeme sivil ölüm olgusuna işaret eder, bu çerçevede hak ehliyetinin tam olduğu Aryanlar, sınırlı olanlar ve olmayanlar ayrımlarını belirtir ve Yahudilerin hukuki kişiliği yok sayar. Aynı karara Zeybekoğlu'nun da özellikle değindiğini belirtmek gerekir. Bkz. Zeybekoğlu, **Rechtsstaat'tan Doppelstaat'a**, s. 37, dp. 5.

⁴⁵ “Norm devletinin arka planında her an pusuda bekleyen bir çekince vardır. Siyasi maksada uygunluk mülahazası”. Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 125.

⁴⁶ Zeybekoğlu, **Rechtsstaat'tan Doppelstaat'a**, s. 36 – 37.

⁴⁷ Örneğin Zeybekoğlu haklı olarak NSDAP organları ile bireyler arasındaki ilişkilerde hukukun genel ilkelerinin uygulanmaya devam edeceğine dair Reichsgericht kararına vurgu yapmaktadır; Fraenkel da buradan hareketle eğer NSDAP yargı denetiminden tamamen

hayatın, özel teşebbüs hürriyetinin yani kapitalist ilişkiler ağının, norm devletinin ilkelerine göre işlemesine “izin verir”⁴⁸. Tam bu noktada Fraenkel norm devleti ile hukuk devletinin farkını izah ederek açıklamalarımızın özetini verir: “*Hukuk devletinde mahkemeler idareyi hukuka uygunluk bakımından denetler, Drittes Reich'ta ise polis makamları mahkemeleri maksada uygunluk bakımından denetler*”⁴⁹.

Yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde İkili Devlet'in yapısına⁵⁰ dair bir özeti, Tekin'in tespitlerini zikrederek sunabiliriz⁵¹:

- Norm devleti – tedbir devleti birbirinden net çizgilerle ayrılmış kurumsal yapılara sahip değildir. Devletin bu iki yüzü, işleyişteki ve icradaki farklılıklarla görünür olur. Ancak Gestapo'yu tedbir devletinin kurumsal aygıtı olarak kabul etmek olanaklı olabilir.

azade olsaydı norm devletinden bahsedilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Zeybekoğlu, **Rechtsstaat'tan Doppelstaat'a**, s. 38.

⁴⁸ Zeybekoğlu, **Rechtsstaat'tan Doppelstaat'a**, s. 41.

⁴⁹ Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 90.

⁵⁰ Son yıllarda Türkiye'de bir hayli ünlene “**Bir Alman'ın Hikâyesi**” adlı eserinde Haffner'in kimi tespitleri de, gündelik hayatta bu ikili devlet yapısının nasıl görüldüğü noktasında yararlı olabilir: “*Prusya püritenliği “kabuğu sert içi yumuşak” figürleri sever. Alman halkının millet olarak ikili bir hayatı vardır, çünkü neredeyse her münferit Alman ikili bir hayat sürer*”. Sebastian Haffner, **Bir Alman'ın Hikâyesi: Hatırladıklarım (1914 – 1933)**, 3. Baskı, Çev: Hulki Demirel, İstanbul, İletişim, 2018, s. 91. Yazarın kendi gözlemleri çerçevesindeki bu tespiti, Fraenkel'in kullandığı anlamıyla bir ikilik anlamına gelmez. Burada Haffner daha çok, Prusya bürokrasisinin soğuk yüzüne vurgu yapmaktadır. Ancak Haffner, kitabının kimi kısımlarında ise doğrudan Fraenkel'in teorize ettiği biçimde ikilik düşüncenin gündelik hayattaki semptomlarını gözler önüne sermektedir. Kendisi de bir hukukçu olan Haffner, Prusya Yüksek Eyalet Mahkemesi'nde çalışmaktadır ve burada Prusya İçişleri Bakanı'nın genelgeleri hiçbir şeyi değiştirmiş görünmemektedir. Gazete haberlerine göre anayasanın ancak paçavra kadar hükmü kalmıştır ama medeni kanunun her paragrafı hala geçerlidir ve sayfaları, bundan önce hiç olmadığı kadar sık çevrilmektedir. Keza hâkimlik güvenceleri sona ererken hâkimler **Volksrichter** ya da **Richterkönige** olmuşlardır. Zira artık onlar kanunlara bağlı kalmak zorunda değildir. Haffner'in staj yaptığı mahkemedeği istişareler dahi ikili devlete işaret etmektedir. Çünkü eski yargıçlar sıkı bir şekilde burjuva hukukuna bağlı iken nasyonal sosyalist kökenli yargıçlar ise, gayet hoyrat bir şekilde burjuva hukukunun dışına çıkabilmektedirler. Keza hâkimlik sınavında artık fiilen uygulanması pek zor olan burjuva hukuku, hâkim adaylarına sorulmaya devam etmektedir. Haffner, **Bir Alman'ın Hikâyesi**, s. 167 - 169.

Özellikle yargıya dair duruma ilişkin örneklerin değerli olduğu kanısındayız. Norm devletinin bir parçası olarak yürürlükteki hukuku uygulama çabası ve tedbir devleti ile dengeyi koruma çabası, bu günlük hayat örneklerine dair bir açıklama sunar gözükmektedir.

⁵¹ Tekin, **Schmitt'e Karşı Fraenkel**, s. 171 – 172.

YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)

- 28 Şubat 1933 tarihli OHAL kararnamesi, tedbir devletinin temel belgesi olarak kabul edilebilir. Bu kararnamedeki yetkilerle ki politik olan, hukuk denetiminin dışına çıkartılmıştır.
- Tedbir devletinin yetki sahası politik olandır ancak neyin politik olup olmadığını yani sınırları tedbir devleti belirlemektedir.
- Tedbir devleti tarafından politik olarak addedilmeyen hususlarda ise norm devleti işlemektedir. Ancak norm devleti hukuk devleti anlamına gelmez. Norm devletinin sınırları, tedbir devleti tarafından çizilir.

Netice olarak temel soru, Nazi devletinin niteliği tartışmasıdır. Yani Nazi devleti, büyük sermayenin emrinde bir keyfi iktidar mıdır yoksa tekeller kapitalizm koşullarında dahi asgari düzeyde de olsa belirlilik ve öngörülebilirlik sağlamakta mıdır? Tedbir devletinin bizatihi varlığı ve neyin kendi alanında olduğunu tayin etmesi başlı başına bir keyfilik alanıdır. Bununla birlikte Fraenkel'a göre Nazi hukuku, özellikle ekonomik alanı düzenlemeye yönelmiştir ve bu çerçevede asgari düzeyde de olsa bir düzen ve öngörülebilirlik söz konusudur⁵². Dolayısıyla Fraenkel'ın İkili Devleti, bir Behemont'tan ziyade Janus yüzlü devleti imler⁵³.

C - Ara Değerlendirme: İkili Devletin Anahtarı

İkili devlete dair temel özellikleri belirtip ikili devletin ana resmini çizdikten sonra ceza hukukunun dönüşümü ile ikili devlet fenomeni bağlantısını kurabilmek için, ikili devletin satır aralarına odaklanmak gerekmektedir.

İlk olarak şu basit soruyu sormak gerekir: İkili devlet nitelemesinin, işlevi nedir? Biliyoruz ki tarihin belki de en ağır suçlarını işleyen bir klik, II. Dünya Savaşı ile Holokost'a sebebiyet vermiştir ve öncelikle de içerde “temizlik” yapılmıştır. Bu çerçevede esasen Nazi Almanyası'nda norm devleti dahi yoktur, keyfi, baskıcı bir zümrenin tiranlığı vardır demek daha kolaydır. Ancak Fraenkel bu yolu seçmediğine göre, neden bir ikili devlet tanımlaması yaptığına odaklanmak gerekmektedir. Kanaatimizce bu sorunun cevabını ararken hukukçu bakış açısı ile esere odaklanmak yararlı olacaktır. Esasen hukukçu gözüyle bir meseleye yaklaşmak, çoğu zaman, hukukun bir yabancılaşma alanı olması sebebiyle, vakıaların ve olguların üzerine ipek bir şal, yani hukukun şalını örtmek anlamına gelir. Bununla birlikte ikili devlet meselesinde hukuki bakış, perdeyi aralamamıza yardım

⁵² Zeybekoğlu, **Rechtsstaat'tan Doppelstaat'a**, s. 38 – 40.

⁵³ Leviathan – Behemont ilişkisi bağlamında Fraenkel – Neumann tezlerinin farkı hakkında bkz. Zeybekoğlu, **Rechtsstaat'tan Doppelstaat'a**, s. 38 – 39, dp. 7.

edebilir. O halde ikili devletin anahtarı nerededir sorusunu cevaplamak için Fraenkel'in değindiği birkaç örneğe yer vermek uygun olacaktır:

Fraenkel idare mahkemelerinin denetiminin nasıl ortadan kaldırıldığını gayet ayrıntılı şekilde tasvir etmektedir. Prusya'da, bir dizi gelgitin ardından, 10.02.1936'da Gestapo tasarruflarının ve konularının idare mahkemelerinin denetimi dışında olduğuna dair çıkan yasa ile bu sorun çözülmüştür. Böylelikle doğrudan doğruya Gestapo işlemleri/eylemleri, olağan polis makamlarının Gestapo'nun genel ya da özel talimatı ile yaptıkları işlemler/eylemler ve Gestapo'nun yetki alanına giren bütün idari işlemler/eylemler (maddi anlamda Gestapo işlemleri/eylemleri), idare mahkemelerinin denetiminden koparılmıştır⁵⁴.

Bir diğer örnek ise devletin mali sorumluluğuna dair asliye mahkemelerinin denetiminin Memurlar Yasası'nın 147. maddesi ile çözümesidir⁵⁵. Böylelikle en yüksek idari otorite, ilgili mali talebi idare mahkemesinin alanına taşıyabilecektir. Ancak unutmamak gerekir ki, Gestapo'nun şekli ve maddi işlemlerinin yargıdan bağımsız olması dolayısıyla esasen idari otoritelere mali hak talebini sonuçsuz bırakma imkânı tanınmaktadır.

Yine bir diğer örnek ise şu şekildedir: 13.12.1934 tarihli yasa ile ise nasyonal sosyalist sözde ihtilalin yol açtığı bir durumla ilgili medeni hukuk talebi ileri sürülürse, İçişleri Bakanı yargılama safahatını durdurup talebi takdir yetkisiyle çözüme bağlamak üzere bir idari makama devredebilecektir⁵⁶.

Son olarak kitabın sonundaki Fraenkel'in doğrudan deneyimlediği örnek olaylardan birinin üzerinde durabiliriz. Bir hukuk davasında Fraenkel avukatlık yapar; meşakkatli bir sürecin sonucunda dava kazanılır. Ancak hemen ertesinde Fraenkel'a bir tebligat yapılır: Gestapo tarafından ilgili alacağa el konulmuştur⁵⁷.

Tüm bu örnekleri, Fraenkel'in açıklamalarıyla birleştirmek uygun olacaktır. Fraenkel önce Schmitt'in "*Plebisiter demokrasinin paltosu geniş ve kat kattır, nicelerini tedbil-i kıyafet ettirebilir ve gözden saklayabilir*" sözünü hatırlatır ve bu söz üzerine "*önlem devletini norm devleti kılığına sokar ve onun hakiki çekirdeğini keşfetmek de yoğun gayret ister*" sözlerini

⁵⁴ Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 69 – 74, özellikle s. 73.

⁵⁵ Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 75 – 76.

⁵⁶ Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 76 – 77.

⁵⁷ Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 309 – 311.

sarf eder⁵⁸. Akabinde Fraenkel kitabının bir başka yerinde ise meseleyi tam olarak kavratan şu cümleleri kurar:

*“Tebdir devleti norm devletini tamamlamak ve bastırmakla kalmaz, kendi siyasi hedeflerini gizlemek için norm devletinin ideolojisini de kullanır”*⁵⁹.

Böylelikle kapitalist ekonominin aradığı hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ile Fraenkel’in ifadesi ile 80 milyonluk bir imparatorluğu etkili bir şekilde yönetme ihtiyacı ikili devlette norm devlete sonuç vermektedir. Fraenkel’a göre kapitalist ekonominin ihtiyaç duyduğu rasyonel bir hukuk düzeni ile Drittes Reich’in keyfi egemen gücünün bağdaştırılması, ikili devletin anahtarıdır⁶⁰. Devletin milli kuvvet olarak saydıkları için işleyen bir hukuk sistemi ile milli kuvvetlerden sayılmayanlar için Nazi devletinin haydutluğu, bir bütün halinde ikili devleti tasvir eder. Dolayısıyla İkili Devlet, ne yalnızca tebdir devleti tasarruflarıyla ne de yalnızca norm devleti tasarruflarıyla anlaşılabilir⁶¹. İşte hukuki bakış açısı, burada – ilginç bir şekilde – anahtar olmaktadır. Zira ikili devlet, hukuki cambazlıklarla ya da doğrudan doğruya yargı denetiminin “milli olmayan kuvvetler” için sonlandırılmasıdır. Ama aynı ikili devlette, “milli kuvvetler” için hukuk işlemeye devam etmektedir. Kanaatimizce Fraenkel’in örnek verdiği mevzuat değişiklikleri veya işlemesine müsaade edilen ve fakat ortaya çıkan karar beğenilmeyince değiştirilen yargı süreçleri hesaba katılmaksızın ikili devlet anlaşılabilir. Dolayısıyla ikili devlet kitabının kapsadığı süre zarfında ve Fraenkel’in tezleri uyarınca, hukuk devletinden bir esinti gibi de olsa norm devletinin varlığı inkâr edilemez. Bu nedenle de kanaatimizce ikili devlet görüşünü anlamak için yalnızca cebri tasarrufları değil, milli kuvvetler için işleyen norm devletini ve tebdir devletinin eyleme biçimlerini de dikkate almak gerekir.

D - İkili Devlette Ceza Hukuku

1. Hatalı Bir Bakış Açısı: Liberal Ceza Hukukunda Politik Suçların Hususiyetini Dikkate Almamak

İkili devlette ceza hukukuna odaklanmadan evvel, ikili devlet fenomeninin tam olarak anlaşılabilmesinde son derece önemli bir rol oynadığını düşündüğümüz, ceza hukukuyla bağlantılı hayli yaygın bir yanlış değerlendirmeye kısaca değinmek gerekiyor.

Schmitt, meşhur eseri **Politik İlahiyat**’ta önemli bir metodolojik açıklamada bulunmaktadır. Schmitt, olguların gerçek yüzünün ancak

⁵⁸ Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 51.

⁵⁹ Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 92.

⁶⁰ Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 132 – 135.

⁶¹ Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 130.

istisnalar vasıtasıyla kavranabileceğini iddia etmektedir. Normal olan hiçbir şeyi kanıtlamazken istisna her şeyi kanıtlar ve bu nedenle de istisna, normal olandan daha ilginçtir. İstisna, kuralı kanıtladığı gibi kural da ancak istisna vasıtasıyla yaşamaktadır⁶².

Benzer bir istisna – kural diyalektiği çerçevesinde, kent marjinlerinin devlet gücünün işleyişi, mantığı ve etkileri hususunda bilgi edinmek için son derece önemli olduğu belirtilmektedir⁶³. Yani kent marjinleri, istisnai olayların yaşandığı, istisnai yerler değildir; bilakis marjinler, devlet egemenliğinin işleyiş biçimleri bakımından önemli ipuçları barındırmaktadır⁶⁴.

Liberal burjuva demokrasilerindeki ceza hukukunun istisnai yüzünü görebilmek için – Schmitt’ten ödünç aldığımız bu yöntemi uygulayarak – politik suçlara bakmak gerekir. Zira ceza hukukunun marjini, politik suçlardır.

Her politik sistem, kendi muhaliflerine karşı baskı araçları uygular ve ceza hukuku modern devletin elindeki en önemli baskı araçlarından biridir. Hal böyle iken liberal – demokratik ideallerin, politik suçlar söz konusu olduğunda sınıfı geçmelerini beklemek ne yazık ki bir hayli zordur. Sistem baskıcı yüzünü, bilhassa politik suçlarda gösterir. Öyle ki politik suç yargılamalarında hukuk, hem kendi kuralları çerçevesinde işler hem de üçüncü bir gözü şaşırtacak denli işlemez. Yani bir yanda ceza muhakemesi olağan şekilde işler yani bir suç uyarınca muhakeme yapılır, maddi gerçek araştırılır; öbür tarafta ise politik niteliğin ağır basması sonucunda olağan yargılamaların dışına çıkılır. Böylelikle de Yonucu’nun isabetli tabiri ile hukuk hem var olur hem de yok olur: “**Var – Yok Hukuk**”⁶⁵.

Var – Yok Hukuk, pek çokları için düpedüz hukuksuzluk olarak görülebilir ve fakat asıl söz konusu olan, aynı anda hem olan hem de olmayan hukuk vasıtasıyla muhaliflerin ya da muhalefet etme potansiyeli olanların hayatlarının kontrol altına alınmasıdır⁶⁶. Dolayısıyla her sistem (liberal – demokratik sistem dâhil), bir sistem olması itibarıyla, az ya da çok ama bir yönüyle baskıcıdır. Bu nedenledir ki ikili devletin anahtarı, salt baskıya teşne politik suç yargılamasına bakılarak anlaşılabilir.

⁶² Carl Schmitt: **Siyasi İlahiyat – Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm**, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, 5. Baskı, Ankara, Dost, 2016, s. 22 – 23.

⁶³ Deniz Yonucu, “**Var – Yok Hukuk: Türkiye’de Hukukun Şiddetinin Etnografik Analizi**”, *Düşmanı Yargılamak*, Haz: Ozan Değer, İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s. 218.

⁶⁴ Yonucu, **Var – Yok Hukuk**, s. 236.

⁶⁵ Yonucu, **Var – Yok Hukuk**, s. 226, 229 – 230.

⁶⁶ Yonucu, **Var – Yok Hukuk**, s. 235.

Yukarıda belirttiğimiz görüşümüze karşın politik suçların ve politik suç yargılamalarının belirtilen özelliklerinin ihmal edildiği görülmektedir. Örneğin Akçabay, Weimar Cumhuriyeti'nde, tehdidin devlete mi yoksa hükumete mi karşı yöneldiği ve tehdit kaynağının menşeinin ne olduğuna göre yargının pozisyon aldığını belirtmektedir⁶⁷. Bu çerçevede sol kanadın Bavyera Sosyalist Cumhuriyeti deneyimi, çok kanlı bir şekilde bastırılmış ve sağ kalanlar da ağır bir şekilde cezalandırılmıştır⁶⁸. Hâlbuki sağ kanadın 1920 Kapp Darbesi ile Hitler'in 1923 Birahane Darbesi ile ilgili yargılamalarda, sanıklar çok az cezalar almışlar ve adeta hem yargı hem de devlet tarafından hoş görülmüşlerdir⁶⁹. Keza Weimar Cumhuriyeti'nde örnekleri çok olan politik cinayetler bakımından da durum benzerdir. Zira sağ kanadın işlediği cinayetler nedeniyle ortaya çıkan cezai sorumluluk, sol kanadın işlediği cinayetler nedeniyle ortaya çıkan cezai sorumluluğa kıyasla hayli sınırlıdır ve yargının sağ kanada karşı hoşgörüsünü göstermektedir⁷⁰. Yine yargının Naziler iktidara gelmeden evvel, Nazi suçlarına dair tavrı da son derece yumuşaktır ve Nazilerin lehine olmuştur⁷¹. Netice olarak Akçabay, yukarıda örnekleri verilen yargılamalar çerçevesinde “Nazi iktidarı ile Weimar Cumhuriyeti hukuk uygulaması arasında bir kesintiden çok bir devamlılık söz konusudur” ve “Weimar dönemi boyunca Cumhuriyet'e mesafeli duran, formalizmi terk ederek mevcut yasaları iki farklı hukuk uygulaması ortaya çıkaracak ölçüde geniş yorumlayan Alman yargıçları, Nazi iktidarına hızla adapte olmuş” çıkarımlarında bulunmaktadır⁷².

Benzer şekilde Rachlin de Weimar yargısı ile Nazi yargısı arasında bir süreklilik ilişkisi kurarak sağ kanat cinayetlerine, özellikle **Fememord** ve Yahudilere karşı işlenen suçlara müsamaha gösterilmesi örneklerini zikretmektedir⁷³.

Ancak kanaatimizce her sistemin ve bu bakımdan liberal – demokratik devletin de az ya da çok baskıcı olması sebebiyle, politik yargıdaki kuraldan sapmalar, belirli kişileri kayırmalar, ağır cezalar gibi haksızlıklar, ikili devlette ceza hukuku olarak kavranamaz. Buradaki ayırımın pek saydam

⁶⁷ Fehmiye Ceren Akçabay, “Karanlığa Aralanan Bir Kapı: Weimar Cumhuriyeti Yargısı”, Düşmanı Yargılamak, Haz. Ozan Değer, İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s. 144.

⁶⁸ Akçabay, **Weimar Cumhuriyeti Yargısı**, s. 145 – 146.

⁶⁹ Akçabay, **Weimar Cumhuriyeti Yargısı**, s. 146 – 147.

⁷⁰ Akçabay, **Weimar Cumhuriyeti Yargısı**, s. 147 – 149.

⁷¹ Akçabay, **Weimar Cumhuriyeti Yargısı**, s. 149 – 150.

⁷² Akçabay, **Weimar Cumhuriyeti Yargısı**, s. 154.

⁷³ Rachlin, **Volksgesichtshof**, s. 106.

olmadığını kabul etmek gerekir. Yani sisteme için şedit cezai iktidar ile ceza hukukunun ilkelerinin yadsınarak bir idari sürece dönüşmüş ceza hukuku arasındaki ayrımı belirlemek güçtür. Ancak yalnızca politik suç yargılamasına bakılarak ikili devlet tanımına başvurulacaksa, ikili devlet teorisinin bir özgünlüğü kalmaz ki bu durumda bugünkü liberal ceza hukukunu benimsemiş devletler de dâhil pek çok ülkede ikili bir ceza hukukundan bahsetmek gerekecektir. Yani biz, politik suç sahasındaki ceza hukukunun klasik ilkeleriyle açıklanamayacak anormallikler normaldir görüşünü elbette savunmuyoruz. Bununla birlikte politik suç yargılamasının hususiyetlerinin ve baskıcı niteliğinin, her ne kadar liberal ceza hukuku aksini iddia etse de, liberal ceza hukuku sistemlerini kabul etmiş ülkeler bakımından da bir vakıa olduğunu vurgulamak istiyoruz. Dolayısıyla biz politik suç yargılamalarından ziyade Fraenkel'in kitabında verdiği örneklerinden hareketle olağan ceza hukukunun yanında yer alan olağanüstü ceza hukukunu veya ceza hukuku benzerini, iki görünüş biçimiyle tanımlayacağız: Ya ceza hukuku idare lehine alan kaybetmiştir ya da cezai süreçlerin kendisi idarileşmiştir⁷⁴.

⁷⁴ İsrail olağan ceza hukukunda, politik bir motivasyon gözetilmesinden bağımsız olarak şiddet suçları, komplo, ihanet, tahrik, ateşli silah bulundurmak ve kullanmak gibi suçlar zaten cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla hukukun ikiliği, yani kişilere veya gruplara düşman olarak mı yoksa vatandaş olarak mı muamele edileceği, kovuşturma makamlarının bürokratik kararlarına bağlı durumdadır. Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 753.

Ben – Natan hukukun ikiliğini izah için iki yaşam öyküsünden bahsetmektedir: Barak Nir, Kudüs'te yaşana Yahudi bir İsrail vatandaşdır ve Batı Şeria'da Filistinlilere saldırılarda bulunan bir yeraltı örgütüyle olan bağlantısı nedeniyle tutuklanır. Barak Nir, üç Filistinli öğrencinin öldüğü ve diğerlerinin de yaralandığı bir eylemde yardım eden konumundadır ve çeşitli suçlardan İsrail Ceza Kanunu'na göre Kudüs Bölge Mahkemesi'nde yargılanır ve 6 yıl hapis cezasına çarptırılır. İkinci hikâyenin kahramanın adı ise Muhammed Mansur Ziadah'tır. Filistin Halk Kurtuluş Cephesi'nin bir üyesi olan Ziadah, Filistinli bir İsrail vatandaşdır. Ziadah, sivil bir otobüse el bombası atar ve fakat bomba patlamaz. Fiili, İsrail Ceza Kanunu uyarınca suç olsa da Tüzükler gereğince Lud Askeri Mahkemesi'nde yargılanır. Yasadışı örgüte üye olmak, silah ve mühimmat satın almak ve ateşli silah içeren suçlar işlemekten müebbet hapis cezasına çarptırılır.

Cezaların infazı da, hukuk ikiliğinin çarpıcı bir örneğidir. Nir, iki yıl sonra Devlet Başkanı tarafından affedilir. Ziadah ise 18 yıl sonra koşullu salıverme için başvurur zira İsrail Ceza Kanunu'na göre zorunlu olmayan müebbet hapis cezalarında 20 yıl sonra koşullu salıverilme imkânı mevcuttur. Ancak bu talep reddedilir, çünkü mahkemece 20 yıllık limitin, Tüzük uyarınca tesis edilen ölüm cezasını gerektiren suçlarda uygulanmayacağı, Tüzük uyarınca tesis edilen müebbet hapis cezasının da böylelikle belirsiz olduğu kabul edilmiştir.

Ben – Natan, aktardığı bu olaylarından ardından “burada yalnızca cezalandırmak değil, farklı bir mantıkla cezalandırmak söz konusudur ve ceza, devlet iktidarının bizatihi *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

2. Ceza Hukukunda İkili Devletin Görünüş Biçimleri

Fraenkel, cezai yargılamalara değindiği kitabının kısa bölümünde kâfirlerin/zındıkların yargılanması tabirini kullanmaktadır ve de ilk olarak **Hochverrat (Vatana İhanet)**^{75/76} suçunun kanundaki tanımının istismar edildiğini belirtmektedir. Zira Fraenkel, herhangi bir şekilde cebir hedefi olmayan davranışlar nedeniyle vatana ihanet hazırlığından azami şekilde sanıkların cezalandırıldığını belirtmektedir⁷⁷.

Esasen nasyonal sosyalist rejim altında, vatana ihanete dair hükümler değiştirilmiştir. Fakat Fraenkel'in da belirttiği üzere, nasyonal sosyalist dönemde vatana ihanet suçunun temel formları olan 80 ve 81. maddelerde yine de **“cebren veya cebir kullanma tehdidiyle (mit Gewalt oder durch**

dışavurumdur”

tespitini yapmaktadır. Bkz. Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 753 – 754.

Ben – Natan'ın söz konusu örneği, özellikle farklılaşmış normatif yapı ve kurumsallaşmış özel mahkemeler sistemi ile anlamlıdır. Tam da böylesi bir sistemde cezanın infazı bile farklılaşmaktadır. Dolayısıyla farklılaşmış normatif yapılar ve kurumsallaşmış özel mahkemeler sistemi, ceza hukukundaki ikiliği teşhis için yardımcı olabilir. Böylesi özelliklerin yokluğunda yalnızca politik suç sahasındaki haksızlıklardan aynı sonuca varmak ise, bize sorunlu görülmektedir. Zira bu durum bir özellikten ziyade liberal ceza hukukunda görülen bir semptomdur. Bu semptomla mücadele edilmelidir fakat Fraenkel, Dubber, Ben – Natan gibi isimlerin görüşlerini, yalnızca politik suç sahasındaki sisteme içkin ve bizce kabul edilemez haksızlıklar bakımından ele almak, ceza hukukunda ikilik görüşlerini hatalı şekilde anlamaya neden olacaktır.

⁷⁵ Nasyonal sosyalist devlet anlayışının farkı, vatana ihanet suçuna dair yaklaşımın Weimar Cumhuriyeti'ne nazaran farklılaşmasına neden olmuştur ve 19. yüzyılın ve Weimar Cumhuriyeti'nin vatana ihanet yaklaşımı, nasyonal sosyalist dönemde değişmiştir. Böylelikle nasyonal sosyalist dönemde vatan haini, devlete karşı savaş ilan eden ve halka yönelik sadakat yükümlülüğünü ihlal etmiş bir düşman olarak kabul edilmektedir. Vatan haini, yeniden suçluların en kötüsü haline gelmiştir ve en ağır şekilde cezalandırılmaktadır. Nasyonal sosyalist rejim altında vatana ihanet suçu hakkında ayrıca bkz. Volker Bützler, **Staatsschutz mittels Vorfeldkriminalisierung: Eine Studie zum Hochverrat, Terrorismus und den schweren staatsgefährdenden Gewalttaten**, Baden – Baden, Nomos, 2017, s. 201 – 202.

⁷⁶ Yeni düzenlemelerde vatana ihanet suçunun kendine yer bulduğu 80 ve 81. maddelerde **“wer es unternimmt (her kim kalkışırsa)”** kalıbıyla vatana ihanetin kalkışma suçu niteliği korunmuştur, bu durum başlı başına zaten vatana ihanette cezalandırılabilirlik alanının yaptırım itibariyle genişlemesi anlamına gelmektedir. Çünkü o dönemki 87. maddede, ceza kanunu bağlamında kalkışmak fiilinin, tamamlanma ve teşebbüs anlamına geldiği belirtilmiştir. Böylelikle teşebbüs evresi ile tamamlanma evresi, vatana ihanet suçunda eşitlenmiştir. Ancak bu durum, nasyonal sosyalistler değiştirmeden önce de aynıdır, bugünkü Alman Ceza Kanunu'nda da vatana ihanet suçları, kalkışma suçu olarak düzenlenmiştir.

⁷⁷ Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 104.

Drohung mit Gewalt)” ibaresi geçmektedir. Dolayısıyla 80⁷⁸ / 79 ve 81⁸⁰ maddeler ancak cebir veya cebir kullanma tehdidiyle işlenebilir ve fakat cebir veya cebir kullanma durumu yoksa icra hareketlerine başlanmış olmaz. Bununla birlikte Nazi iktidarı döneminde geçerli olan hukuka göre, 82. maddede vatana ihanet için anlaşma, 83. maddede ise vatana ihaneti teşvik ve bu suçta tahrik ve de vatana ihaneti sair şekilde hazırlama⁸¹ cezalandırılmaktadır.

⁷⁸ Vatana ihanet suçunun, Alman Ceza Kanunu’nun ilk kabul edildiği zamandaki haliyle nasyonal sosyalist iktidar altındaki görünümü ve aşağıda çevirilerine yer verdiğimiz madde metinlerinin orijinal halleri için bkz. Bützler, **Staatsschutz mittels Vorfeldkriminalisierung**, s. 193 – 203.

⁷⁹ Nasyonal sosyalist iktidar sürecinde, vatana ihanet suçuna ilişkin 80. madde şu şekildedir:

Madde 80 (1) Her kim, cebren ya da cebir kullanma tehdidiyle, İmparatorluk topraklarının tamamını veya bir kısmını yabancı bir devletin egemenliği altına koymaya veya İmparatorluğa ait bir toprağı İmparatorluktan koparmaya kalkışrsa, ölüm cezası ile cezalandırılır.

(2) Her kim, cebren ya da cebir kullanma tehdidiyle, İmparatorluk anayasasını değiştirmeye kalkışrsa da aynı şekilde cezalandırılır.

⁸⁰ Nasyonal sosyalist iktidar sürecinde, vatana ihanet suçuna ilişkin 81. madde şu şekildedir:

Madde 81 (1) Her kim, Başkanı (Reichspräsidenten) ya da Başbakanı (Reichskanzler) veya Hükümet üyelerinden birini, anayasaya uygun erkenden mahrum etmeye ya da cebren veya cebir kullanma tehdidiyle veya bir cürümle veya bir cünha ile tamamen veya belirli bir alandaki anayasaya uygun yetkilerini icra etmeye zorlamaya ya da bunları engellemeye kalkışrsa, ölüm cezasıyla veya ömür boyu hapis cezası ile veya beş yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır.

⁸¹ Bu noktada çalışmamızda kendisinden yararlandığımız Rachlin’in makalesinin Türkçe çevirisindeki bir soruna işaret etmek istemekteyiz. Eserin Türkçe çevirisinde pek çok yerde vatana ihanet teşebbüsünden bahsedilmektedir. Bununla birlikte eserin orijinali incelendiğinde görülmektedir ki Türkçe çeviride “**vatana ihanet teşebbüsü**” karşılana kavramın doğrusu, “**vatana ihanet hazırlığıdır**”. Zira orijinal eserde “**preparation for high treason**” ifadesi “*Vorbereitung zum Hochverrat*” karşılığı olarak kullanılmıştır. Bkz. s. 72. Keza metinde geçen “**preparation**” ibareleri, (s. 72, 75, 77 ve 78) buldukları bağlamlar itibarıyla de hazırlığı ifade etmektedir. Zaten nasyonal sosyalist dönemdeki vatana ihanet suçuna dair düzenlemelerin yapısı, bu açıklamalarımızı teyit etmektedir. Çünkü vatana ihanet suçu, bir “**Teşebbüs / Kalkışma Suçu (Das Unternehmensdelikt)**” olarak tipleştirilmiştir. Hal böyle iken vatana ihanet teşebbüsü, tamamlanmış vatana ihanete eşittir. Vatana ihanet suçunda ayrıca hazırlık hareketleri de cezalandırılmaktadır ki metinde “preparation” kelimesinin geçtiği yerlerde, tipik olarak vatana ihanet hazırlığından bahsedilmektedir. En nihayetinde 77. sayfada bir karardan bahsedilmektedir. Bu kararda ilgili kişi, vatana ihanet hazırlığına yardımdan mahkûm edilmiştir: “a defendant was convicted, not of high treason or of preparations for high treason, but of being an accessory to preparations for high treason. Thus, he was punished, although two degrees removed *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

Fraenkel'in açıklamalarından, hazırlık hareketlerine doğru normatif olarak genişletilen cezalandırılabilirlik alanının, uygulamada kötüye kullanılarak aşırı bir cezalandırma için manivela olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte ikili devlette ceza hukukuna dair asıl dikkati çeken tespitler, Fraenkel'in Nazi Almanya'sında politik davaların devasa bir aldatma manevrası olduğunu ve **Volksgesichtshof (Millet Mahkemesi)** ile **Sondergericht (Özel Mahkeme)** adlı özel mahkemelerin de esasen mahkeme değil tedbir devletinin aparatları olduklarını belirten görüşleridir. Zira nasyonal sosyalist dönemde ceza hukuku bakımından önem arz eden asıl meseleler, cezai iktidarın, idare lehine alan kaybetmesi ve cezai iktidarın, idarenin bir aparatına dönüşmesidir. Bu iki gelişmeyi daha iyi açıklamak adına ayrı ayrı başlıklarda ele almak uygun olacaktır.

a - Cezai İşlerin İdari İş Olarak Ele Alınması

Fraenkel'in, "**Schutzhaft (Koruyucu Tutma)**" hakkında verdiği örnekler, nasyonal sosyalist iktidarda cezai süreçlerin idari faaliyete dönüşmesine işaret etmektedir. Bu bağlamda Fraenkel, Merkez Bankası başkanı Köppen, Eutin Belediye Başkanı ve Martin Niemöller olaylarını sıralar ve keza kitabın sonunda yer alan ekte de Fraenkel, avukat olarak bizzat deneyimlediği bir olayı anlatmaktadır.

Nasyonal sosyalist dönemdeki anlamıyla "**Koruyucu Tutma**" (**Schutzhaft**)⁸², el altında tutulan kişinin, politik sebeplerle ve idari yolla, kişi özgürlüğünden bütünüyle mahrum edilmesini sağlayan, devlet politikası

from treason". Bu alıntıda bahsi geçen vatana ihanetten iki derece uzaklaşmadan kasıt, sanığın, "**vatana ihanete hazırlıktan yardım eden**" olarak mahkûm edilmesidir. Eğer ki burada "preparation" kelimesi "teşebbüs" olarak anlaşılırsa o halde Rachlin'in bu açıklaması hem değer yitirir hem de yanlış hale gelir. Dolayısıyla Türkçe çevirideki "**vatana ihanet teşebbüsü**" olarak ifade edilen kısımların "**vatana ihanet hazırlığı**" olarak anlaşılması gerekmektedir.

⁸² Türkçe yazında genellikle "gözaltı" veya "tutuklama" kelimeleri, her neviden "tutma" tasarrufunu karşılamak için, ilgili olan duruma göre çeşitli sıfatlarla birlikte kullanılmaktadır. Örneğin önleyici gözaltı veya önleyici tutuklama bu bağlamda zikredilebilir. Bununla birlikte gözaltı ve tutuklama kavramlarını, ceza muhakemesi sistemi içerisinde ele almak uygun olacaktır. Kanımızca devlet iktidarının kişi özgürlüğünü kısıtlaması hali, "**Tutma**" kavramıyla ifade edilebilir. Bu çerçevede de idare hukuku alanındaki tutma uygulamalarını, ceza muhakemesi kavramlarıyla ifade etmemiş oluruz. Yalnızca "idari" ya da benzeri sıfatlarla ceza muhakemesi kurumlarının birlikte kullanılması, kanımızca hem kargaşaya hem de tutma ediminin anlam yitimine neden olmaktadır. Bu nedenle biz "**Schutzhaft**" karşılığı olarak "**Koruyucu Tutma**" kavramını kullandık.

karakterli bir idari tedbirdir⁸³. Koruyucu Tutma, her ne kadar nasyonal sosyalistlerden önceki bir kurum olsa da ve nasyonal sosyalistler tarafından hukuk dışı şekilde icat edildiği reddedilse de, nasyonal sosyalistler kendi dönemlerinde bu kuruma damgalarını vurmuşlardır⁸⁴. Nasyonal sosyalist dönemdeki Schutzhaft bakımından hukuki temeller, Devlet Başkanı'nın 4 ve 28 tarihli Kararnameleri ile İçişleri Bakanı'nın 12 Nisan 1934 tarihli genelgesidir⁸⁵. Koruyucu Tutma, amaç bakımından gerekli olduğu ölçüde devam edecektir⁸⁶. Nasyonal sosyalist dönemde, ya ilgili kişinin kendisinin korumak için ya da ilgili kişinin davranışlarıyla ve de özellikle devlet düşmanı faaliyetleri ile kamu güvenliğini ve kamu düzenini doğrudan tehlike düşürmesi durumunda, Koruyucu Tutma uygulanabilirdi⁸⁷. Yan bir amaç olarak tutmaya muhatap kişinin politik kavrayışı üzerinde etki doğurma da ayrıca belirtilmektedir⁸⁸. Neticede nasyonal sosyalist dönemde politik bir araç olarak Koruyucu Tutma, nasyonal sosyalist tahayyüllere göre “devlet düşmanı” olarak faaliyet yürüttüğüne inanılanlara karşı uygulanmıştır.

Koruyucu Tutma hakkındaki bu ön açıklamaların ardından Franekel'in örneklerine değinebiliriz. Merkez Bankası müdürü Köppen, bir kiracısına karşı tahliye kararı aldırdıktan sonra kamusal öfkenin muhatabı olur ve hakkında Koruyucu Tutma kararı çıkartılır. Köppen hakkında herhangi bir suç isnadında bulunulmamış olup “Köppen Sorunu” doğrudan Koruyucu Tutma ile çözülmüştür⁸⁹.

Nasyonal sosyalistlerin iktidarı ele geçirmesinin ardından Eutin Belediye Başkanı görevden alınır ve hem kendisinin bütün taleplerinden vazgeçmesi istenir hem de kendisine karşı Naziler tarafından mali hak talebinde bulunulur. Ancak bunun için mahkemelere müracaat edilmez ve Belediye Başkanı hakkında Koruyucu Tutma kararı çıkarılır. Koruyucu Tutma kararının şantajı altında Belediye Başkanı, Nazilerin taleplerini kabul eder.

⁸³ Otto Geigenmüller, **Die politische Schutzhaft im nationalsozialistischen Deutschland**, Würzburg, Paul Scheiner Buchdruckerei und Verlagsanstalt, 1937, s. 30.

⁸⁴ Geigenmüller, **Die politische Schutzhaft**, s. 7. Geigenmüller, çalışmamızda yararlandığımız doktora tezinin basılı halini Heinrich Himmler'e atfedecek kadar nasyonal sosyalist biridir. Bununla birlikte Schutzhaft bakımından özellikle adı geçen yazarın eserinden faydalanmamız gerekirdi. Zira Schutzhaft kavramının, Fraenkel'in kitabında örneklendiği hali, tam olarak da Geigenmüller'in anlattığı formudur.

⁸⁵ Geigenmüller, **Die politische Schutzhaft**, s. 12.

⁸⁶ Geigenmüller, **Die politische Schutzhaft**, s. 41.

⁸⁷ Geigenmüller, **Die politische Schutzhaft**, s. 30, 32.

⁸⁸ Geigenmüller, **Die politische Schutzhaft**, s. 30, 37.

⁸⁹ Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 87.

Fraenkel, Nazilerin bu taleplerini toplama kampına gönderme tehdidiyle birlikte ileri sürmelerini, “**haydutça şantaj**” olarak tanımlamaktadır⁹⁰.

Bir diğer çarpıcı örnek Rahip Martin Niemöller olayıdır. Rahip, rejime karşı tutumu nedeniyle yargılanır ve beraat eder; ancak akabinde toplama kampına gönderilir. Bu olayda norm devletin beğenilmeyen kararı, tedbir devletin tedbiriyle fiilen etkisiz kılınmıştır⁹¹.

Son olarak kitabın sonundaki ekte yer alan ve Fraenkel'in avukat olarak yer aldığı bir olay, meseleyi özetlemektedir. Yahudi bir adam, Nazilerin yayın organındaki bir haberde kullanılan resme ilişkin olarak, resmin daha önce başka bir dergide kullanıldığına dair kendi kendine bir yorumda bulunur. Ancak o esnada bir SA mensubu tarafından fark edilir ve ardından hakkında cezai işlem başlatılır. Fraenkel, müvekkili ile görüşür ve müvekkilinin söylediklerini araştırarak teyit eder. Bununla birlikte Fraenkel ve müvekkili, Gestapo'nun da bir tutma kararının mevcut olabileceğini hesaba katarlar ve bir beraat kararı alındıktan sonra Gestapo'nun tutma kararının kaldırılmasının daha zor olacağını düşünürler. Fraenkel ile müvekkili, suçu kabul etmenin daha lehe olacağı konusunda fikir birliğine varırlar. Fraenkel'in müvekkili suçu kabul eder, kısa bir hapis cezasına çarptırılrsa da mesele bu şekilde kapanmış olur. Yani Fraenkel'in müvekkili cezalandırılrsa da Gestapo'nun eline düşmekten ve toplama kampına gönderilmekten kurtulmuştur⁹².

Bu bağlamda Fraenkel'in değerlendirmesi şu şekildedir:

“Hukuken gerekçelendirilmiş devlet eylemleriyle tamamen keyfi devlet eylemlerinin bu yan yanlığı - ki beraat edenlerin toplama kampına yollanması bunun en bariz örneğidir -, Üçüncü Reich'in ikili devlet karakteri arz ettiğini ortaya koyar”⁹³ / ⁹⁴.

“Günümüz Almanya'sında bütün siyasi cürümler için iki yaptırım vardır. Mahkemelerin verdiği cezalara ek olarak veya onların yerine, polis idari önlemler icra eder.”⁹⁵”

Böylelikle politik suç sahasında (ki Nazi rejiminde politik olana yaklaşım nedeniyle bu kavram da kaygan bir zeminde bulunmaktadır) ceza

⁹⁰ Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 77 – 78.

⁹¹ Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 89.

⁹² Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 313 - 314.

⁹³ Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 89.

⁹⁴ Volksgerichtshof'un haklarında hüküm verdiği kişilerin, Gestapo tarafından yeniden yakalanarak hapsedildiği örnekler olduğu belirtilmektedir. Bkz. Rachlin, **Volksgerichtshof**, s. 107.

⁹⁵ Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 92.

hukukunun zemin kaybetmesi ve politik suç alanında suç ve ceza kavramlarının yerini belirli bir ölçüde idarenin tedbirlerinin alması söz konusudur.

Wächter isabetli şekilde şu tespitlere yer vermektedir: Tarihte, ölüm cezası ya da hapis cezası yoluyla rejim muhaliflerinin fiziken yok edilmesine, politik muhalefetin yıldırlmasına, politik iktidarın güvenliği amacıyla ceza hukukunun işlevsel olarak kullanılmasına dair pek çok örnek vardır ve fakat ceza hukukunun bu alandaki etkinliğini abartmamak gerekir. Nasyonal sosyalist muhalefetin büyük kısmıyla, yargıdan ziyade polis, SA, SS ve toplama kampları meşgul olmuştur. Yine Latin Amerika askeri diktatörlüklerinde de politik muhalefete karşı ceza hukuku araçlarının kullanılmasının yerine doğrudan “**kaybetme**” yolu tercih edilmiştir. Rejime düşmanlığın kitlesel bir fenomen haline gelmesi durumunda, adaletin seremonyal biçimleri başarısız hale gelmektedir. Politik muhalefetin fiziksel olarak ortadan kaldırılması söz konusu ise, özel olarak ve polis vasıtasıyla politik suikastlar daha etkili, daha hızlı ve daha güvenilirdir ki aynı durum hapsetme bakımından da geçerlidir⁹⁶.

Schmitt, Weimar Anayasası m. 48/2’de yer alan, kamu güvenliği ve kamu düzeni önemli ölçüde bozulduğunda veya tehlikeye girdiğinde, devlet başkanının kamu güvenliğini ve kamu düzenini yeniden tesis için sahip olduğu gerekli tedbirleri alma yetkisini, olağandışı bir kanun koyuculuk faaliyeti olarak tanımlamaktadır⁹⁷. Devlet Başkanı böylelikle hem doğrudan ve müstakilen bir talimat verebilir hem de genel anlamda kural koyabilir ve bu kuralın uygulamasını da kendisi yapabilir. Yani Devlet Başkanı, yasama devletinin esasına oluşturan yasama – yürütme ayrımını fiilin kaldırıp kendinde bu iki kuvveti birleştirebilir⁹⁸. Böylelikle Schmitt, Devlet Başkanının olağanüstü hal kararnameleleri pratiğinin sebep olduğu dönemin somut anayasal gerçekliği içinde Alman devletinin, idare ve yargı devletlerinin bir tür birlikteliği şekline büründüğünü iddia etmekteydi⁹⁹. Bu tespitler ışığında Schmitt şu değerlendirmeleri yapmaktadır:

“Bugün bir tedbirin yasama faaliyetlerinden değil de, sadece yargısal faaliyetlerden tefrik edilebiliyor olması, şu gelişmenin açık bir belirtisi olabilir: Bugünün anayasa hukuku bilinci, yargı devleti ve idare devleti

⁹⁶ Wächter, Gerd H. Wächter, “**Der doppelte Charakter des Strafrechts: Ökonomie, Repression und Ideologie in der Theorie des Strafrechts**”, Kritische Justiz, Vol: 17, No: 2, 1984, s. 182.

⁹⁷ Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, s. 83 vd, özellikle 83 ve 85.

⁹⁸ Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, s. 88 – 89.

⁹⁹ Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, s. 113.

*biçimlerini doğrudan idrak ederken, parlamenter yasama devletine has ayrımlara hem ilgi azalıyor, hem de bunlar giderek anlaşılmasız bir içeriğe bürünüyor*¹⁰⁰.

“... Zira parlamenter yasama usulüne paralel olarak işleyen, bundan ayrılmış ve müstakil bir hukuk koyma usulünün tanınmış olması, yasama devletinin doğrudan imhası demektir”¹⁰¹”

İkili devlette ceza hukukunun ayırt edici özelliklerinden biri olarak bu başlıkta incelediğimiz, bilhassa politik cezai işlerde eyleyenin yargıdan ziyade idare olması, yargı – idare ayrımının silikleşmesine neden olur. Dolayısıyla da Schmitt’in Nazi diktatörlüğü arifesinde yasama devleti ile idare devleti arasındaki ayırım silikleşirken yargı devleti ile idare devleti arasındaki ayırımın muhafaza edildiği görüşünün, Nazi diktatörlüğünden sonra işlemez hale geldiği söylenebilir. Yukarıda yer verdiğimiz Schmitt’in sözlerini değiştirerek durumu şu şekilde ifade edebiliriz: **Yargı usulüne paralel ya da onun yerine işleyen bir idari usulün resmen veya fiilen tanınmış olması, yargı devletinin doğrudan imhası anlamına gelir.**

b - Cezai Süreçlerin Maddi Olarak İdari Faaliyetlere Dönüşmesi

Bir önceki başlıkta, ceza süreçlerin doğrudan idareye havale edilmesini incelemiştik. Bu başlıkta ise ceza süreçlerin, şeklen ceza adaleti organlarınca ele alınmasına rağmen maddi olarak idari faaliyet gibi görülmesi ve görünmesi değerlendirilecektir. Bir sonraki ana başlıkta Dubber’in yönetim biçimleri olarak hukuk – polis ayrımı yaptığından ayrıntısıyla bahsedeceğiz. Ancak bu başlıktaki devam edecek açıklamalarımızdan evvel şu hususun altını çizmek gerekir, Dubber’in isabetle belirttiği üzere bir yönetim modeli ile onu kullanan aktörler ya da organlar arasında zorunlu bir bağlantı yoktur¹⁰². Yani Dubber’in özellikle Anglo-Amerikan sistemi üzerinden verdiği örneklerle görülmektedir ki bir yargı organı da Dubber’in hukuk – polis ayrımı uyarınca polis faaliyeti icra edebilir. Bu noktaya ayrıca vurgu yapmak istedik, zira bu başlık altında şeklen yargı organları tarafından görülse de özü itibarıyla idari faaliyet olarak tanımlanabilecek süreçlerden bahsedeceğiz.

Franekel’a göre, yerleşik mahkemelerin yanında paralel bir yargı düzeninin aparatı¹⁰³ olan Volksgerichtshof’un tedbir devletinin aparatı olmasının sebebi ne uygulanan hükümler ne de verilen cezalardır; bilakis

¹⁰⁰ Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, s. 104.

¹⁰¹ Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, s. 84.

¹⁰² Dubber, **The Dual Penal State**, s. 119.

¹⁰³ Rachlin, **Volksgerichtshof**, s. 81.

hukukun temel ilkelerinin bilinçli bir şekilde reddedilmesidir. Bu nedenledir ki bu yapılar, adı mahkeme olsa da tedbir devletinin organlarıdır.

Fraenkel, Volksgerichtshof gibi organları tedbir devletinin bir aparatı olarak nitelerken özellikle “Ne bis in idem” ilkesinin reddiyle ilgili bir olayı referans olarak göstermektedir ve şu değerlendirmeyi yapmaktadır:

“Kendi kararlarını ancak çekinceli olarak ciddiye alan mahkemeler, yargı organı değildirler, verdikleri hükümler de sahici kararlar değil, birer önlemdir”¹⁰⁴.

Fraenkel, yukarıda zikredilen tespitini yaparken hüküm - tedbir ayırımına dayanıyor görünmektedir. Zira tedbirin temel vasfı (ve hükümden ayrıldığı nokta) onun bir konudaki münferit durumu ele almasında gizlidir¹⁰⁵.

Ceza, kolluk tedbirlerinden farklıdır ve bu durum 1930’lu yılların mahkeme kararlarında dahi ortaya konulmaktadır¹⁰⁶. Bu çerçevede Nazi iktidarından hemen önce Schmitt şu tespiti yapmaktadır: *“Örneğin, bir mahkeme hükmünün tedbir olmaması ve tersine biçimde “tedbir” ifadesinden de asla bir mahkeme hükmünün anlaşılması, tabii karşılanan bir durum olarak kalmıştır”¹⁰⁷.*

Nazi mahkemelerinin yargılamalarına dair tespit olarak ifade edilen, “yargı yoluyla büyük bir katliamın gerçekleştirilmesi” veya “(basit suçlamalarla) ve hızlandırılmış yargılama usulleri uygulanarak mümkün olan en kısa sürede çok kişiye ceza verilmesi”¹⁰⁸, politik suçlar sahasında her devlette meydana gelen haksızlıklarla izah edilemez. Volksgerichtshof özellikle Freisler başkanlığında, normların keyfi ve öngörülemesiz şekilde yorumuyla birlikte, bir terör aracı olarak hizmet görüp orantısız¹⁰⁹ şekilde verdiği çok sayıdaki ölüm cezasıyla ölüm meleği haline gelmiştir¹¹⁰. Özellikle senelik olarak 1942 – 1944 yıllarında Volksgerichtshof’ta görülen davalarda sanıkların yaklaşık yarısının ölüm cezasına çarptırılması, Volkserichthof’un niteliğini gözler önüne sermektedir¹¹¹. Böylesine hızlı bir şekilde, asıl olarak nasyonal sosyalist bakış açısıyla maslahata uygunluk nedeniyle, yani Almanya’nın savaş gücünü ve nasyonal sosyalist iktidarı

¹⁰⁴ Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 106.

¹⁰⁵ Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, s. 103.

¹⁰⁶ Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, s. 101 – 102.

¹⁰⁷ Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, s. 101.

¹⁰⁸ Akçabay, **Karanlığa Aralanan Bir Kapı: Weimar Cumhuriyeti Yargısı**, s. 131.

¹⁰⁹ Bilhassa rejim aleyhine beyanda bulunmak, propaganda yapmak veya propaganda aracı dağıtmak nedeniyle ölüm cezasının verilmesi, ölçüsüzlük bakımından dikkate değerdir. Rachlin, **Volksgerichtshof**, s. 101 – 102.

¹¹⁰ Rachlin, **Volksgerichtshof**, s. 105.

¹¹¹ Rachlin, **Volksgerichtshof**, s. 102 - 103.

korumak için bir tedbir olarak ceza yargısına başvuruluyorsa, bu halde tedbire karar veren organın adının özel mahkeme veya Gestapo ya da başka bir idari organ olması fark yaratmaz, ortada adli değil idari bir faaliyet vardır¹¹².

Şaka gibi basit eylemlere aşırı cezalar vererek Alman toplumuna dehşet saçan ve usul kuralları özellikle sanıklara savunma imkânı vermeyecek şekilde tasarlanan Volkgerichtshof'un, 11 yıllık süre zarfında kaypak bir ihanet suçu kabulüyle 5.000'den fazla ölüm cezası hükmü verdiği belirtilmektedir¹¹³. Volkgerichtshof, hükümetin ulusal ve askeri hedeflerini desteklemek amacıyla yürütme organının bir kolu olarak işlev görmüştür¹¹⁴. Örneğin “**Nacht und Nebel**” programı kapsamında işgal edilen ülkelerden kaçırılıp da yargılanması gereken muhalifleri yargılamak hususunda askeri mahkemeler elverişsizken ve diğer mahkemeler ürkek kaldığında, Volkgerichtshof hızlı bir şekilde bu yargılamaları icra etmiştir (ki bu bağlamda yaklaşık 2.800 ölüm cezasından bahsedilmektedir)¹¹⁵. Keza belirtilmelidir ki, özellikle savunma gücünü zayıflatma ve düşmana yataklık olarak adlandırılan askeri suçlar da Volkgerichtshof'un görevi dâhilindeydi ki rejim karşıtı propaganda yapmak, fıkra anlatmak, düşmanla sosyalleşmek, düşmana barınak veya yiyecek vermek gibi çok çeşitli davranış biçimleri bu kapsamda mütalaa edilmektedir¹¹⁶. Hitler'in suikasttan kurtulmasını

¹¹² II. Dünya Savaşı esnasındaki Nazi askeri yargısı da bu duruma örnek gösterilebilir. Savaş döneminde görülen toplam 2.5 milyon davadan ve verilen 30.000 ölüm cezasından bahsedilmektedir. Kolaylıkla verilen ölüm cezalarının, bilhassa savaş gücünü ve ordu içi disiplini korumak amaçlarına matuf şekilde verildiğini gösteren örnekler mevcuttur. Nazi askeri yargısı hakkında bkz. Helmut Ortner: **Acımasızca Alman: Hitler Diktatörlüğünde Failler ve Kurbanlar**, Çev. Emrah Cilasun, İstanbul, Tekin, 2020, s. 31 – 50, özellikle s. 32, 33, 34, 38 – 39, 41. Bu sayfalarda firar, kendini askerliğe elverişsiz hale getirmek, tahrip olmuş enkazdan hırsızlık gibi fiillerin ölüm cezası ile cezalandırılmasına dair örnekler bulunmaktadır.

Nazi askeri yargısını, tam olarak ikili devlete dair örnek olarak belirtemeyiz. Ayrıca askeri yargının, olağan yargıya göre özelliklerini de kabul etmek gerekir. Bununla birlikte tüm şartları zorlayarak en ağır cezaları veren, fiili ikinci plana atarak neredeyse bütünüyle önleyiciliği ve disiplini – savaş gücünü korumayı önceleyen ve fahiş sayıda dava gören bir yargının, esasen ağır cezalara hükmedebilmek için idare tarafından kullanılan bir aparata dönüştüğünü söylemek gerekir. Dolayısıyla askeri de olsa bir yargı sıfatının varlığı, ilgili organın bütünüyle idari tasarrufta bulunur biçimde hükümler kurmasına mani olmalıdır. Aksi bir yaklaşım ise, yargı vasfını tartışmaya açık bütünüyle idari bir organdan mı bahsediliyor sorusunun sorulmasına neden olacaktır.

¹¹³ Rachlin, **Volkgerichtshof**, s. 82.

¹¹⁴ Rachlin, **Volkgerichtshof**, s. 94 - 95.

¹¹⁵ Rachlin, **Volkgerichtshof**, s. 96 - 97.

¹¹⁶ Rachlin, **Volkgerichtshof**, s. 94

şansızlık olarak nitelendirmek, suikastçıları övmek, Führer'e küfretmek, bir Bolşevikle politik sohbet yürütmek, savaş gücünü zaafa uğratmak ve askerlikten soğutmak suçlarından ölüm cezasına çarptırılmak için yeterlidir¹¹⁷.

Netice olarak, Trouillot, her tarih anlatısının gerçek hakkında yeni bir iddia olduğunu ifade ederken aynı zamanda bir hakikat iddiasında bulunmanın belirli asgari kurallara dayandığının altını çizmektedir. Öyle ki tarihsel gerçekliğe asgari bir güvenilirlik atfedilmesinin başlıca koşulları, tarihsel araştırmaların birtakım usullere dayanmasıdır. İşte bu usuller vasıtasıyla ki tarih ile uydurma ve hatta sahtecilik birbirinden ayrılmaktadır¹¹⁸. Bir ceza yargılamasının da “yargılama” olarak kabul edilmesinin belirli kuralları vardır. Bu kurallara uyulmazsa, yapılan faaliyet yargılama, faaliyeti de gören organ da mahkeme adını taşısa bile, ne bir yargılamadan ne de bir mahkemedden bahsedebiliriz. **Bu çerçevede maddi adalet arayışı bayrağı altında usul kurallarını tamamen göz ardı eden, cezai bir haksızlığı yargılamaktan ziyade halin icabı doğrultusunda karar veren nasyonal sosyalist politik suç “mahkemeleri”, maddi olarak idari organ ve onların kararları da hükümden ziyade tedbir hükmündedir.**

c - Ara Sonuç

Yukarıdaki açıklamaların sonucu olarak ikili devlette ceza hukukunun durumuna dair şu sonuçları çıkarabiliriz:

- 1- Fraenkel'in ikili devlete dair tespitleri ile aynı şekilde, nasyonal sosyalist ilk dönemde ceza hukukunda da norm devleti ve tedbir devleti ikiliğinden söz edilebilir. Burada norm devleti – tedbir devleti ilişkisi bakımından, ikili devlete dair açıklamalar geçerlidir.
- 2- Ceza hukukunda tedbir devletinin görünümü iki şekilde ifade edilebilir:
 - a. **Norm devletinin korumasından yararlanamayacaklar ya da tekil bir olayda norm devletinin korumasından yararlanmasında uygun görünmeyenler için, cezai iktidarı, doğrudan doğruya tedbir devletinin kullanması:**

¹¹⁷ Ortner, *Acımasızca Alman*, s. 68 – 69, 71 – 73; Yine Volksgericht tarafından görülen bir başka davada, Hitler'in sonunun Mussolini gibi olacağını söylemek ölüm cezasıyla cezalandırılmıştır. Bkz. aynı eser, s. 74 – 77.

¹¹⁸ Michel –Rolph Trouillot, *Geçmiş Susturmak Tarihin*

Üretilmesi ve İktidar, Çev. Ozan Zeybek, İstanbul, İthaki, 2015, s. 34

Bu durumun tipik örneği “**Schutzhaft (Koruyucu Tutma)**” uygulamasıdır. Bu halde cezai iktidarın konusu olacak bir fiili yargılama konusu yapmak ya da cezai iktidarı baskı aracı olarak kullanmak yerine doğrudan tedbire başvurulur. Böylelikle idari tedbir alanı, cezai iktidar alanı aleyhine genişler.

b. Genelde hukukun ve özelde ceza hukukunu temel ilkelerinin tamamen göz ardı edilmesinin sonucunda mahkemelerin kolluğa, ceza muhakemesinin kolluk faaliyetine dönüşmesi:

Bunun da tipik örneği **Volksgerechtshof**'un “yargılamaları” ve “hükümleridir”. Bu halde, her ne kadar ceza hukuku alanında kalındığı izlenimi verilse de bu zahiri bir fenomendir. Gerçekte ceza hukukunun ilkeleri bir kenara bırakıldığından söz konusu olan safi idari tedbirdir. Dolayısıyla anılan sözde mahkemeler aslında gerçekte idari organ, bunların yargılamaları idari süreç, hükümleri ise idari tedbirdir.

III - DUBBER'İN İKİLİ CEZA DEVLETİ VE TÜREVİ İKİLİ CEZA İMPARATORLUĞU

A. Liberal Devlette Cezai iktidarın İhmal Edilmiş Meşruluk Sorunu

En genel tanımlamayla Dubber'in “**The Dual Penal State (İkili Ceza Devleti)**” adlı eseri, batılı liberal devletlerdeki ceza hukukunun yaşamını konu almaktadır¹¹⁹. Dubber'in monografisi, ikili ceza devletinde ceza hukukunun eleştirilen analizi amacıyla Alman ve Amerikan ceza hukukları ve ceza hukuku doktrinleri üzerine karşılaştırmalı bir tarih çalışması olarak belirtilmektedir¹²⁰. Özellikle söz konusu iki ülkenin seçimi anlamlıdır; zira farklı hukuk sistemlerini temsil eden bu iki ülkedeki “**Ceza Çelişkisi (The Penal Paradox)**” ve “**İnkâr Halleri (States of Denial)**”, liberal cezalandırmadaki krizin, ulusalüstü olduğunu göstermektedir¹²¹.

Dubber, kitabında ele aldığı cezai iktidar tipleri vasıtasıyla devletin cezai iktidarına eleştirel şekilde yaklaşmaktadır. Yazar, yalnızca sınırlı sayıda uç örnek bakımından değil, ulusalüstü bir fenomen olarak liberal devletlerdeki ceza hukukunun kriz haline odaklanmaktadır. Liberal anlayışı kabul etmiş görünen ülkelerde egemenlik çelişkisinin en keskin formu olarak karşımıza ceza çelişkisi çıkmaktadır. Zira liberal anlayışta her ne kadar devletin meşruluk kaynağı, bireylerin özerkliğine saygı temelli olsa da cezai iktidar vasıtasıyla bireyler üzerinde şiddetli bir müdahalede bulunmaktadır ve bu

¹¹⁹ Kimmo Nuotio: “**The Dual Penal State á la Markus Dirk Dubber**”, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, Volume:6, Issue: 2, 2018, s. 178.

¹²⁰ Monaghan, **Book Review**, s. 149.

¹²¹ Monaghan, **Book Review**, s. 150.

müdahalenin – her ne kadar ihmal edilip göz ardı edilse de – meşrulaştırılmaya ihtiyacı bulunmaktadır¹²². Bilhassa devasa ölçekte cezai şiddet tehdidi ve bunun tatbiki, liberal olmayan “öteki” toplumların özelliklerinden ziyade liberal bir fenomendir. Dolayısıyla da batı liberal demokrasilerinde devletin cezai iktidarı yaygın, en iyi ihtimalle gelişigüzel ve her zaman genişleyen kullanıma sahiptir ve bu durum, bir ideoloji olarak isabetliliğinden bağımsız olarak liberal kabullerle çelişki içerisinde¹²³.

Olağanüstü hal söz konusu olduğunda, sansür, sokağa çıkma yasakları, sınır dışı etmeler, kolektif cezalandırmalar ve cezai bir isnada bağlı olmaksızın tutma sıklıkla tartışılmıştır. Ancak bir cezai mahkûmiyet neticesinde cezalandırma olarak ceza rejimi, olağanüstü hal yetkileri içerisinde en çok ihmal edilen konulardan biridir¹²⁴. Genelde liberal düzenden en uç sapmalara odaklanılmaktadır ve tam da bu nedenle cezai isnatlar, kişi özgürlüğünün ihlalinin en liberal formu olarak görülmektedir. Öyle ya von Liszt’in ifadesiyle “*Ceza kanunu suçluların Magna Carta’sıdır*”. Ancak bu sözün Magna Carta’ya verilen anlam ile devletin cezai iktidarının en önemli göstergesi olan ceza kanununu hayli tartışılır bir şekilde bir araya getirmesi bir yana¹²⁵, ceza kanununun suçluların Magna Carta’sı olması gerektiği ya da zorunluluğu şeklinde değil, bir durum tespiti olarak anlam kazanır. Dolayısıyla da Dubber’in isabetle belirttiği üzere, ceza kanunu yalnızca ve yalnızca devlet aksini kararlaştırmadığı müddetçe suçluların Magna Carta’sıdır¹²⁶. Demokratik meşrulukla tahkim edilmiş kanun koyucu, normatif çözümler bularak ceza kanununa yön verir. Örneğin fiil gerekliliği, bir fiil mi gerektiriyor ve zilyetlik bakımından tartışma mı var, o halde zilyetlik fiil olarak tanımlanır ve sorun çözülür¹²⁷. Bu durumda cezalandırılabilirlik sahasının genişlemesi, normatif bir etiketle meşruluk sorunu dışarda bırakılarak sağlanmaktadır.

İşte Dubber, hayli örnekle tahkim ettiği kitabında, liberal devletlerdeki ceza hukukunun bugünkü halini ele almaktadır ve vaziyetin hiç de liberal düşüncenin temel varsayımlarına uygun olmadığını gözler önüne sermektedir. Batının liberal demokrasilerindeki ceza hukuku, biri hukuk devletine özgü (**Penal Law**) diğeri ise polis devletine özgü (**Penal Police**) cezai iktidar uygulamaları olmak üzere ikili bir yapı arz etmektedir. Ancak

¹²² Dubber, **The Dual Penal State**, s. 100.

¹²³ Dubber, **The Dual Penal State**, s. 4.

¹²⁴ Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 746.

¹²⁵ Dubber, **The Dual Penal State**, s. 38.

¹²⁶ Dubber, **The Dual Penal State**, s. 36.

¹²⁷ Dubber, **The Dual Penal State**, s. 59.

kategorik olarak meşru kabul edilen, meşruluk sorunu hiç tartışılmayan veya zaten bu sorunun aşıldığı kabul edilen liberal demokrasilerde, devletin cezai iktidarının meşruiyeti büyük ölçüde ihmal edilmiştir. Dolayısıyla “**devletin en keskin kılıcı olarak ceza hukukunun (das Strafrecht als schärfstes Schwert des Staates)**”¹²⁸, meşruiyeti sorunu, liberal ilkeleri benimseyen ya da benimsediği iddiasındaki devletlerde önemli ölçüde ihmal edilmiştir. Bu çerçevede Dubber, devletin cezai iktidarının meşruiyetine dair tartışma eksikliğini, Almanya ve ABD üzerinden ele almaktadır.

Dubber’in **Penal Law – Penal Police**¹²⁹ ayırımında Almanya, Dubber tarafından, **Penal Law** tipi cezai iktidar türüne örnek olarak kabul edilmektedir¹³⁰. Bununla birlikte Dubber’a göre, Alman ceza hukukunun karşılaştırmalı bir analizi, liberal cezalandırmanın temel meydan okumalarına bir cevap vermeyecektir; çünkü Alman ceza hukuku, bir bütün olarak, devletin cezai iktidarının meşruiyeti sorusuyla ilgilenmemekte, daha ziyade şekli tasnifçilikle bezeli bir teknik doktriner – teorik analize yoğunlaşmaktadır¹³¹.

Böylelikle ceza çelişkisi bakımından Almanya’nın dikkat çekici özelliği, hayli gelişmiş ceza hukuku öğretisi vasıtasıyla meşruluk probleminin bir kenara bırakılmasıdır. Alman ceza hukuku öğretisi, yerleşik, kendinden hoşnut ve daha üstün bir maddi hukuk geleneği ile meşruluk sorununu aştığı iddiasındadır. Zira meşruluk sorunu zaten ilk nesil ceza hukukçuları tarafından (özellikle de Feuerbach tarafından) bir kez ve tüm zamanlar için zaten çözülmüştür ve artık bilimsel araştırmanın konusu değildir ya da devlet olmanın bir gereği de cezai iktidara sahip olmaktır, yani cezai iktidar, meşruluk sorunu dışıdır¹³². Dolayısıyla Alman yaklaşımı şu şekilde kabaca özetlenebilir: “**Modası geçmiş meşruluk sorununu bir kenara bırakalım**”.

Dubber, Alman ceza hukukunu, otoriter bir yasal metin (Alman Ceza Kanunu) etrafında doktriner sistem inşasına yönelmiş, nesnel ve hukukun doğru bilgisine sahip olduğu konusunda herhangi bir tereddüt olmayan ve böylelikle de kanun koyucudan sonra en prestijli yerde konumlanan hukuk

¹²⁸ Jens Puschke, **Das neue Terrorismusstrafrecht im Lichte der Verfassung**, KriPoZ, 2018/2, s. 102.

¹²⁹ Cezai iktidarın, bu iki farklı kullanım biçimine dair bkz. Dubber, **The Dual Penal State**, s. 121.

¹³⁰ Dubber, **The Dual Penal State**, s. 105.

¹³¹ Dubber, **The Dual Penal State**, s. 17.

¹³² Dubber, **The Dual Penal State**, s. 22 – 23, 27.

uzmanların etkin olduğu bir girişim olarak tanımlamaktadır¹³³. Böylelikle Alman ceza hukuku öğretisi, esasen pozitivist – statist bir yapıdadır ve devlet gücüne hizmet etmektedir, yani kendisini, kanun koyucunun egemen cezai iradesini tamamlamaya, uygulamaya ve kolaylaştırmaya adanmıştır¹³⁴. Bu çerçevede yazara göre, bir fiksiyon ya da gerçek, köklü Alman pozitivismi, devletin cezai iktidarının eleştirel bir şekilde ele alınmamasının nedenlerinden birini oluşturmaktadır¹³⁵.

Dubber’a göre meşruluk sorununun zaten çok eskilerde çözüldüğü kabul edildiği Alman ceza hukuku öğretisinde **slogancılık, etiketçilik, tasnifçilik** biçiminde özetlenen retorik araçlar egemendir¹³⁶. Bu çerçevede Dubber, Türk ceza hukuku doktrininde de bilinen veya kabul edilen çeşitli görüşleri, ilkeleri, teorileri ele alır. Bu bağlamda, Welzel’in Finalist Hareket Teorisi, Roxin’in Fiil Hâkimiyeti Teorisi, Von Liszt’in “ceza kanunu, suçluların Magna Carta’sıdır” sözü, ilk kez Feuerbach tarafından bu şekilde ifade edilen “nullum crimen sine lege” ilkesi, Hukuki Değer Öğretisi, cezai sorumluluğun tipiklik – hukuka aykırılık – kusurluluk biçiminde üçlü yapıda incelenmesi, cezanın amacı olarak Pozitif Genel Önleme görüşü, zilyetlik hareket gibidir önermesi gibi ceza hukukunun en temel meseleleri, Dubber tarafından hayli eleştirel bir şekilde ve en nihayetinde devletin cezai iktidarının meşruluğu sorusu bağlamında ele alınmaktadır¹³⁷.

Dubber tarafından ele alınan meselelerden yalnızca birine, İki İzlilik sistemine, kısaca değinebiliriz. Bir cezai iktidar kullanımını, bir cezai iktidar uygulaması olarak kabul edilmeyebilir¹³⁸. Bu durumun da tipik örneği bugün yaptırım teorisinin esası halindeki İki İzlilik sistemidir. Yani cezalar ve güvenlik tedbirleri ayırımıyla uygulanan cezai şiddetin üstü örtülebilir ve maddi ceza hukukunun gelişiminde ceza hukuku içerisinde “keşfedildiği” belirtilen ilkelerden sarfınazar edilebilir. Örneğin kusur prensibi, güvenlik tedbirlerinde uygulanmaz; Alman hukukunda güvenlik tedbirlerinde geriye yürüme yasağının uygulanıp uygulanmayacağı da tartışmalıdır. Tam da bu noktada Dubber, **Sicherungsverwahrung** süresinin geriye dönük olarak belirsiz bir süre biçiminde belirlenmesi ve bu durumun Alman Anayasa Mahkemesi’nce anayasaya aykırı bulunmamasını ve Amerikan Yüksek

¹³³ Dubber, **The Dual Penal State**, s. 20, 25 – 27.

¹³⁴ Dubber, **The Dual Penal State**, s. 22; Nuotio, **Book Review**, s. 179.

¹³⁵ Dubber, **The Dual Penal State**, s. 27.

¹³⁶ Dubber, **The Dual Penal State**, s. 13.

¹³⁷ Dubber, **The Dual Penal State**, s. 33 – 95.

¹³⁸ Alman ve Amerikan sistemleri uyarınca bu hususa dair açıklamalar için bkz. Dubber, **The Dual Penal State**, s. 40.

Mahkemesi'nin **Kansas v. Hendricks (1997)** kararıyla bir tutma edimini, cezai garantilerden azade kılmasını örnek olarak göstermektedir¹³⁹. Bu duruma biz de sanıyoruz ki Türk hukuku özelinde bir katkı sunabiliriz:

TCK m. 20/2 uyarınca tüzel kişilerin cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak güvenlik tedbirlerinin, tüzel kişiler hakkında da TCK m. 20/2,c.son ve TCK m. 60 uyarınca uygulanabilmektedir. Bu çerçevede Kabahatler Kanunu m. 43/A uyarınca bazı suçlar nedeniyle ayrıca tüzel kişilerin kabahat sorumluluğu öngörülmüştür ve idari para cezası vermeye de ilgili suçlar nedeniyle yargılama yapmakla görevli mahkeme yetkili kılınmıştır. Türk ceza hukuku doktrinde tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun olmadığı kabul edilmektedir. Normatif bir dayanağı olan ve mevcut TCK uyarınca geçerli olan bu görüş, aslında Kabahatler Kanunu m. 43/A'yı açıklamaktan uzaktır. Adli para cezası yerine idari para cezası etiketinin yapıştirılması, maddenin düzenleniş biçimi itibariyle geniş anlamda cezai bir müdahale olduğu muhakkak olan 43/A uyarınca yapılan müdahalenin meşruluğu sorununun göz ardı edilmesini sağlamaktadır. Hâkim görüş tarafından tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun olmadığı kabul edilse de, 43/A düzenlemesi göz ardı edilebilmektedir. Böylelikle Kabahatler Kanunu m. 43/A, Türk hukukunda tüzel kişilerin cezai sorumluluğu bağlamında, Dubber'in terminolojisiyle ifade edecek olursak, bir tasnifçilik ve etiketçilik örneği olarak karşımızda durmaktadır.

Almanya'da meşruluk sorununun çok önceden çözüldüğü fiksiyonu hâkimken Amerika Birleşik Devletleri'nde ise böylesi bir fiksiyon dahi yoktur; zira bu soru hiç gündeme gelmemektedir¹⁴⁰. Devletin cezai iktidarı, meşruiyet incelemesine tabi olan devlet iktidarı alanının (söz gelimi vergi gücünün) dışında bulunmaktadır¹⁴¹. Yani cezai iktidarın meşruluğu sorununa yönelik Amerikan yaklaşımı özetle **“cezai iktidarın meşruluk sorununu göz ardı edelim”** şeklindedir.

Amerikan cezai yönetim modeli, Dubber tarafından **“Penal Police”** olarak nitelendirilmektedir¹⁴². Bu cezai iktidar modeli, ev halkı üzerinde aile babasının sınırsız patriarkal otoritesini anlatmaktadır. Böylelikle ev halkı, özerk bireyler olarak değil yalnızca aile babasının disiplini altında yönetimin nesnelere olarak kabul edilir¹⁴³. Böylesi bir cezai iktidar

¹³⁹ Dubber, **The Dual Penal State**, s. 21. Ancak AİHM, M. v. Almanya (2009) kararında, bu düzenlemeyi “ceza” olarak nitelendirerek ihlal kararı vermiştir.

¹⁴⁰ Dubber, **The Dual Penal State**, s. 177.

¹⁴¹ Dubber, **The Dual Penal State**, s. 111

¹⁴² Dubber, **The Dual Penal State**, s. 105.

¹⁴³ Dubber, **The Dual Penal State**, s. 103.

modelinde meşruluk sorunları tanınmaz ve egemen patriarkın devletin ev halkı üzerindeki otoritesi, tam anlamıyla tartışma götürmez haldedir¹⁴⁴. **Penal Police**, cezai iktidarın süjesi ve objeleri arasındaki ayrımı iletir ve bunu tezahür ettirir. Zira cezai iktidarın süjesi, egemen devlettir; objeleri ise devlet egemenliğine karşı hareket etmiş suçlulardır. Böylelikle Dubber, Amerikan sistemindeki **actus reus** ve **mens rea** doktrinlerinin nasıl esnetildiğine ve bunlara yönelik istisnalara, sistemin hiyerarşik ve takdire bağlı yönüne, bu bağlamda maslahata uygunluk ilkesi, **plea bargain** gibi kurumların ya da bir bütün olarak infaz sürecinin eleştirisine yer vermektedir¹⁴⁵.

Monaghan da Dubber'in polis analizinden yola çıkarak bir tür süper bakanlık (super – ministry) konumundaki **Avustralya İç İşleri Bakanlığı'na (Home Affairs)**, kelime anlamı üzerinden odaklanmaktadır. Yazar ABD, Birleşik Krallık ve Avustralya örneklerini zikrederek ulusalüstü bir yaklaşım sergilediğini göstermektedir. İngilizcede “home” kelimesinin ev anlamını vurgulayan yazar, bu kelime tercihiyle hem göçmenlerin duygusal yönü güçlü ev sembolüne karşı bir tehdit olarak resmedildiğini ve de hükümetin, özellikle İçişleri Bakanı'nın, dolaylı olarak bir nevi **“paterfamilias”** olarak konumlandırıldığını belirtmektedir. Böylelikle evi savunmak için yapılan müdahaleci veya cebri devlet eylemleri meşrulaştırılmakta ve bu tür eylemler eleştiriden azade kılınmaktadır¹⁴⁶.

Böylelikle Amerikan ceza hukuku, krallığın tümünde kralın barışının tesis edilmesi ve yayılması anlayışı temelli İngiliz geleneğini devam ettirmektedir. Amerikan Devrimi'nin ardından meydana gelen devlet iktidarına yönelik radikal eleştiriden, ceza hukuku nasibini almamıştır ve dolayısıyla da bir cezai iç istisnadan bahsedilebilir (**internal penal exceptionalism**)¹⁴⁷. İngiliz ceza sisteminin hiyerarşik ve anayasallık öncesi halinden aydınlanma lehine Amerikan – yeni – devrimci – cumhuriyetçi bir ceza hukuku teorisi ortaya çıkmamıştır ve de bir Amerikan Becceria'dan, Bentham'dan ya da Feuerbach'tan bahsedilemez¹⁴⁸. Dolayısıyla Amerika'nın özellik arz eden kısmı, devrimden sonra cezai meşruiyet sorunun çok az ele alınmasıdır. Amerikan yaklaşımı, yeni bir politik proje olarak kendini tanımlasa da, cezai iktidar sahasında, tam anlamıyla devletin

¹⁴⁴ Monaghan, **Book Review**, s. 151.

¹⁴⁵ Dubber, **The Dual Penal State**, s. 123, 125.

¹⁴⁶ Monaghan, **Book Review**, s. 153 – 154.

¹⁴⁷ Dubber, **The Dual Penal State**, s. 177.

¹⁴⁸ Dubber, **The Dual Penal State**, s. 179.

merhametine kalmış olan suçlular üzerindeki egemen güç pratiklerinde hiçbir sakınca görmemiştir¹⁴⁹.

Dubber, maddi ceza hukukundaki başarısıyla övünen Alman ceza hukukuna ve doktrinine, slogancılık, etiketçilik ve tasnifçilik temelli sert bir eleştiri yönelttiği gibi Amerika'nın da ceza muhakemesindeki gelişmişlik iddiasına dair aynı sertlikte eleştiride bulunmaktadır. Yazar, övülen Amerikan usuli korumalarının, ya eski İngiliz düzenlemelerinden geldiğini ya da ancak 20. yüzyılın ikinci yarısında Amerikan Yüksek Mahkemesi'nce kabul edildiğini ve hemen akabinde de büyük ölçüde esnetildiğini belirtmektedir. **O halde meşhur Amerikan ceza muhakemesinin usuli korumaları, ya çok eskidir, ya çok yenidir, ya da Amerikan, temel ve koruma sayılamayacak ölçüde zayıftır**¹⁵⁰.

Netice olarak, Dubber'ın gerek Almanya gerekse de ABD örnekleri üzerinden başarıyla gösterdiği üzere, liberal ilkeleri benimsediğini iddia eden ülkelerde, devletin cezai iktidarının meşruluğu sorunu önemli ölçüde ihmal edilmiştir. Çeşitli inkâr mekanizmaları vasıtasıyla cezai şiddetin meşruluğu sorusunun üstü örtülmektedir. Bu durumun ise pratik olarak iki sonucu bulunmaktadır. Bir müdahaleye, ceza hukuku müdahalesi niteliği verilerek, ayrıca bir meşruluk gereksinimi olmaksızın (zira kategorik olarak meşru kabul edilen ve meşruiyeti sorgulanmayan ceza hukuku müdahalesi nedeniyle), ilgili müdahale (kolluk hukukuyla yapılamayacak denli uzun süreli tutmalar için cezalandırılabilirliğin öne alınması örneği) meşruluk incelemesinden kaçırılabilir. Dubber bu duruma örnek olarak geçmişte cezalandırılan bir durum – statü olarak serserilik halinin yerini bugünün “**Bulundurma / Zilyetlik Suçlarının (Besitzdelikte)**” aldığını ve böylelikle zilyetlik suçlarının yasallık etiketi ile meşrulaştırıldığını belirtmektedir¹⁵¹. İkinci olarak da liberal ceza hukuku ilkeleriyle meşrulaştırılması olanaksız görülen cezai müdahaleler, çeşitli inkâr mekanizması teknikleri ile cezai olmayan müdahale olarak nitelendirilerek (ceza – güvenlik tedbiri ayrımı örneği) yine cezai müdahalenin meşruluğu sorunundan sarfınazar edilebilir. Böylelikle bir suç, ihlal ya da düzene aykırılık olarak, adli para cezası idari para cezası olarak, ceza, tedbir ya da herhangi bir formda idari tutma olarak vasıflandırılabilir ve böylelikle meşrulaştırma gereğinden ilk elden kurtulunur¹⁵².

¹⁴⁹ Dubber, *The Dual Penal State*, s. 183.

¹⁵⁰ Dubber, *The Dual Penal State*, s. 3.

¹⁵¹ Dubber, *The Dual Penal State*, s. 108.

¹⁵² Dubber, *The Dual Penal State*, s. 110.

B. Liberal Devlette İkili Ceza Devleti

Ceza hukuku sahası, devletin cebri gücünün kategorik olarak meşru ve olağan kullanımı olarak kabul edildiğinden, devletin cezai iktidarının meşru kullanımı sorunu büyük ölçüde ihmal edilmiştir. Bu durum da ceza hukuku alanında ikili bir yapının ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Bir başka deyişle cezai olağanüstü hal, liberal hukukun bir parçası olarak hayatta kalmış ve ikili ceza devletinin kurulmasını sağlamıştır¹⁵³.

İkili ceza devleti teorisi, cezai iktidarı, sırasıyla hukuk devletinin (**Rechtsstaat**) ve polis devletinin (**Polizeistaat**) karakteristiği olan iki devlet yönetimi biçimine, hukuk ve polise karşılık gelen paralel perspektiflerden ele alır^{154/155}. Dubber, Foucault'un terminolojisini kullanarak, iki yönetim modeli arasında fark gözetmektedir. Bunlar hukuk ve polistir (**Law – Police**). Yani aslında Dubber klasik bir ayırım olan “**Hukuk Devleti (Rechtsstaat veya Rule of Law)**” – “**Polis Devleti (Polizeistaat)**” ayırımına, Atina ve Roma örneklerini de vererek ve liberal batı demokrasileri bağlamında açıklamada bulunduğunu da belirterek, dayanmaktadır¹⁵⁶. Aydınlanma ile birlikte, önceleri polis yönetimiyle devlet gücünün nesnelere olan kişiler, devletin egemenlik tasarruflarını meşrulaştırması gereken hukukun güvencesi altında özerk, eşit sujeler olarak kavranmıştır¹⁵⁷.

Liberal ceza hukukunun kriziyle birlikte hem klasik liberal ceza hukuku ilkelerinin korunması hem de bu ilkelerden sapma biçiminde ceza hukuku alanında ikilik söz konusu olmuştur¹⁵⁸. Bütün bu ceza hukukunda ikilik düşüncelerindeki temel sav ise şu şekildedir: Liberal olmayan ceza hukuku ve cezalandırma, liberal demokrasilerdeki ceza sistemine sızmıştır ve ikili bir sistem yaratmıştır. Bir yandan, liberal ceza sistemi, ceza adaletinin meşru doktrini olarak kabul edilmektedir. Öte yandan ise liberal olmayan

¹⁵³ Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 749.

¹⁵⁴ Keza bunların ideal tipler olduğunu ve uygulamada bu iki modelin birbirleri içerisine geçtiğini de belirtmek gerekir. Bkz. Dubber, **The Dual Penal State**, s. 104; Nuotio, **Book Review**, s. 179.

¹⁵⁵ Dubber, birer yönetim modeli olarak hukuk ve polise karşılık gelen kavramlara dair son derece ayrıntılı bir liste hazırlamıştır. Anılan listenin incelenmesi, yazarın hukuk – polis ikiliğini hangi bağlamda kullandığına dair aydınlatıcı olabilir. Bkz. Dubber, **The Dual Penal State**, s. 115 – 116.

¹⁵⁶ Dubber, **The Dual Penal State**, s. 99 – 101.

¹⁵⁷ Dubber, **The Dual Penal State**, s. 102, 103.

¹⁵⁸ Ben – Natan, Jakobs'un Düşman Ceza Hukuku – Vatandaş Ceza Hukuku, Dubber'in Penal Law – Penal Police, Packer'in Crime Control – Due Process, Alexander'in The New Jim Crow görüşlerini bu bağlamda örnek olarak göstermektedir. Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 742.

ceza hukuku, doktriner düzlemde reddedilse de, belirli grupları ve vaka kategorilerini demir yumrukla yönetmek için kullanılmaktadır¹⁵⁹. Bu çerçevede Dubber da Janus benzetmesine başvurarak bir yüzün **Penal Law**, diğer yüzün ise **Penal Police** teşkil ettiğini ifade etmektedir¹⁶⁰.

Dubber, eserinin adından da anlaşılacağı üzere cezai iktidar modellerini incelediği kısımda Fraenkel'in eserine atıf yapmakta ve polis kavramı ile tedbir devletini, hukuk ile ise norm devletini eşleştirmektedir. Her ne kadar yazar, hukuk devleti ile norm devletinin birbirinden farklı kavramlar olduğunu belirtse de çağdaş ceza hukukunda da **içerdekiler – dışardakiler, hukuka bağlı vatandaşlar – kural tanımazlar, erdemliler – düşük karakterli alçaklar, failer – mağdurlar, failer – devletin nesnesi olan kişiler** arasındaki ayrımların mevcudiyetine dikkat çekmektedir¹⁶¹.

Monaghan, Dubber'in teorisinin ırk ayrımı temelli cezai uygulamalardaki farklılıklar ile göç alanındaki cezai iktidar pratiklerinin aydınlatılmasında faydalı olabileceğini belirtmektedir. Monaghan bu bağlamda Avustralya özelinde "**Summary Criminal Jurisdiction**" örneğini ele almaktadır. Bu jürisiz yargılama imkânı, özellikle Aborjinlere karşı işletilerek jüri önünde yargılamanın mahkûmiyet için ortaya çıkaracağı zorlukları bertaraf etmektedir. Böylelikle Dubber'in hukuk – polis ayrımının, bilhassa kolonilerdeki durumu ve bu bağlamda da özellikle hukuki korumayı atlatmak için geçmişte ve günümüzde kullanılan polis yöntemlerini (**Summary Criminal Jurisdiction** gibi) anlamada yardımcı olacağı belirtilmektedir¹⁶².

Netice olarak, ceza hukukunun dönüşümü ve krizi, bugün ceza hukukunun giderek daha çok ikili bir yapı olarak görünmesine neden olmaktadır. Bu ikili yapının istikrarlı bir yapı olarak devamı tehlikesi, mevcuttur ve yakıcı bir şekilde karşımızdadır. Aydınlanma'nın getirdiği ilkelere göre işleyen olağan ceza hukukunun yanı sıra, idarileşen veya idareye alan kaptıran bir olağanüstü ceza hukuku giderek daha görünür hale gelmektedir.

C. Günümüzün İmparatorluk Formlarında İkili Ceza İmparatorluğu

Liberal devletlerdeki ceza hukukunun ikili niteliğine dair çok yeni bir çalışma da Ben – Natan'ın "**İkili Ceza İmparatorluğu (The Dual Penal Empire)**" makalesidir. Adından da anlaşılacağı üzere, Ben – Natan da, Dubber'in fikirlerinden belirli ölçülerde etkilenerik ve esinlenerek

¹⁵⁹ Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 742.

¹⁶⁰ Dubber, **The Dual Penal State**, s. 100.

¹⁶¹ Dubber, **The Dual Penal State**, s. 118.

¹⁶² Monaghan, **Book Review**, s. 153.

günümüzdeki ceza hukukunun krizine ve ceza hukukundaki ikilik yaklaşımına dair yeni bir bakış açısı getirmiştir.

Ben – Natan, olağanüstü hal yetkilerinin¹⁶³ imparatorluğun karakteristiği olduğunu ve düşman olarak kabul edilenler bakımından olağan ceza sisteminden ayrı bir cezai rejim oluşturarak ikili ceza rejimini teşekkül ettirdiğini iddia etmektedir. Böylelikle olağanüstü hal ve olağan ceza sistemlerinin maskelenmiş ikiliği, çok daha cebri nitelik arz eden olağanüstü hal sistemi altında, emperyal düzenin düşmanlarının kovuşturulmasına hizmet etmektedir¹⁶⁴.

Britanya için “**İmparatorluk (Empire)**”, İsrail için ise “**Emperyal Teşekkül (Imperial Formation)**” terimlerini kullanan Ben – Natan, Britanya İmparatorluğu tarafından Filistin’de hem Filistinlilerin hem de Siyonistlerin direnişine karşı kullanılan olağanüstü hal yetkilerinin¹⁶⁵, İsrail’in kurulmasıyla İsrail’e aktarıldığını başarılı bir şekilde göstermektedir. Öyle ki olağanüstü hal yetkileri ve askeri kovuşturmalar, öncelikle Yahudi kolonyalistlerin toprakları devralmasında, 1967 sonrasında da işgal edilen Filistin toprakları üzerinde genişleme ve askeri kontrol bakımından fayda sağlamıştır. İsrail’de toplam hapisane nüfusunun üçte birini oluşturan binlerce Filistinli, askeri mahkemelerde düşman olarak yargılanmaktadır¹⁶⁶. Dolayısıyla da emperyal 30’lu yıllardan kolonyal günümüze değin olağanüstü hal yetkileri, ceza sisteminin bir parçasını oluşturmaktadır¹⁶⁷.

Yazar, genel kanının tam aksine, olağanüstü hal yetkileri cezai rejiminin, bir istisna değil, süreklilik teşkil ettiğini belirtmektedir¹⁶⁸. Bizce de ceza hukukunun ikili karakterini ve liberal ceza hukukunun krizini anlayabilmek için, yaşanan gelişmelere geçicilik veya istisnailik etiketlerini yapıştırmadan yani inkâr mekanizmalarını devreye sokmadan gelişmeleri dürüstlikle kabul

¹⁶³ Yazarın “**state of emergency**” ve “**emergency powers**” ve benzeri kullanımlarına karşılık olarak çalışmamızda “**olağanüstü hal**” kavramı kullanılmıştır. Esasen istisnai hal rejimlerinden hareketle istisnai hal durumu – yetkileri şeklinde bir terminoloji de kullanılabilir. Ancak makalede, Angolo – Amerikan terminolojisine uygun olarak olağanüstü hal çerçevesinde konunun ele alınması nedeniyle ve yazarın görüşlerini Türkçeye aktarırken çevirinin akıcılığını da sağlamak adına olağanüstü hal tabirini kullandık.

¹⁶⁴ Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 742.

¹⁶⁵ Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 747 - 749.

¹⁶⁶ Filistin’de olağanüstü hal ceza hukukunun uygulamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 750 – 753.

¹⁶⁷ Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 743.

¹⁶⁸ Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 744.

etmek gerekmektedir. Dolayısıyla yazarın bu tespiti hayli yerindedir. Çünkü emperyal olağanüstü hal, bir krize yönelik anlık bir yanıt değil, bilakis bir yönetim biçimidir. Dolayısıyla da olağanüstü hal, bir egemenlik ve politik kontrol tekniğidir¹⁶⁹.

Cezai olağanüstü yetkiler, olağan ceza hukukunu askıya almamıştır ve fakat onunla aynı anda var olmuştur. Keza bu olağanüstü hal yetkileri, ceza muhakemesindeki kabul edilen liberal yasal korumaları askıya alırlar ve fakat bu askıya alma hali, asla bir “**yasal kara delik (legal black hole)**” meydana getirmez. Bir kişinin ya da bir olay kategorisinin, olağanüstü hal yetkilerine mi yoksa ceza hukukuna mı göre yargılanacağı, yürütme kararına bağlı hale gelmektedir¹⁷⁰. Böylelikle Ben – Natan, bir cezai rejim olarak emperyal olağanüstü hal yetkilerinin fonksiyon gördüğünü ileri sürmektedir. Yani karşımızda daimi bir cezai rejim bulunmaktadır. Bu rejimde ayrıca suçlar, cezalar ve usuli hükümler düzenlenir ve olağan yargı sistemi ile olağanüstü yargı sistemi arasında tutma, yargılama ve mahkemeler teşkilatına bakımından farklılıklar gözlemlenir; yani ikili bir yapı ortaya çıkar¹⁷¹.

Böylelikle Ben – Natan, Jakobs'un düşman ceza hukukuna dair tasviri görüşlerine katılırken iki önemli özellikten daha bahsetmektedir. Öncelikle bir adalet dağıtımından evvel düşmana karşı koyup onu yenmeyi amaçlayan askeri yargı kullanılmaktadır ve bilhassa ırksal olarak tesis edilip oluşturulmuş düşmana karşı bu olağanüstü ceza yetkileri tatbik edilmektedir¹⁷². Netice olarak cezai olağanüstü hal rejimleri, yalnızca emperyal geçmişin bir hatırası değil ve fakat 21. yüzyılın yeni emperyal oluşumlarının da bir enstrümanıdır¹⁷³.

Ben – Natan, kavramlaştırdığı ikili ceza imparatorluğu ile ikili ceza devletinin de farklı şeyler olduğunu iddia etmektedir. Zira imparatorluk, bir yönetim biçimi olarak, modern liberal devlet gibi liberal değildir. İmparatorluklar, diğer otokratik sistemler gibi, hukuken yönetilse de yalnızca hukukun üstünlüğüne dayanmazlar. İkili ceza imparatorluğun başlıca hedefi, kendisine yönelik politik direnişi bastırmaktır. İkinci olarak, imparatorluk, daha açık bir şekilde liberal olmadığından, ceza sistemindeki ikilik, kurumsallaşmıştır. Yani ikili ceza imparatorluğunda, asi nüfusu yargılamak için askeri mahkemeler kurulur ve düşman olarak etiketlenen

¹⁶⁹ Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 745.

¹⁷⁰ Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 745 - 746.

¹⁷¹ Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 742.

¹⁷² Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 755.

¹⁷³ Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 756.

kesimler, olağanüstü hal kapsamında kurumsallaştırılmış şekilde yargılanır. Son olarak ise ikili ceza imparatorluğu ile ikili ceza devleti arasında inkâr mekanizmaları da farklıdır. Zira liberaller tarafından ikili ceza devletinde, düşman ceza hukukunun varlığı reddedilir ve fakat imparatorluğun yeni formu olarak Ben – Natan tarafından sunulan ABD, İsrail gibi devletlerde olağanüstü hal kanunları ve askeri mahkemeler doğrudan reddedilemez, çünkü bunlar açıkça vardır. Bu imparatorluk formlarında inkâr mekanizması, cezai meselelerin cezai niteliğinin reddi biçiminde gelişir. Söz konusu olan sadece güvenlik için gerekli olan önleyici tedbirlerdir ve böylelikle de esasen imparatorluk formunun cezai eylemleri, ceza hukukunun dışında kümelendiği ve ceza hukukunun da saf haliyle varlığını sürdürdüğü iddia edilir¹⁷⁴.

IV - İKİLİ DEVLET VE İKİLİ CEZA DEVLETİ ÇERÇEVESİNDE CEZA HUKUKUNDAKİ GÜNCEL DURUMA DAİR DEĞERLENDİRME

Çalışmamızda şu ana değin Fraenkel'in ikili devleti ile bu görüşten hareket eden Dubber'in ikili ceza devleti ve yeni bir çalışma olan Ben – Natan'ın ikili ceza imparatorluğu görüşlerini açıklamaya çalıştık. Bu noktada artık tüm bu görüşleri, ceza hukukunun güncel durumu bakımından değerlendireceğiz. Öncelikle Fraenkel'in ikili devletinden özellikle ceza hukuku bağlamında çıkardığımız sonuçları, ceza hukukunun güncel durumuyla sınamak istemekteyiz.

Alman şansölyesi Merkel, terörist Ladin Amerikan güçlerince öldürüldükten sonra, bu öldürme pratiğinden duyduğu neşeyi dile getirmiştir¹⁷⁵. Almanya'nın AİHS'e ve ölüm cezasını Avrupa sathında ortadan kaldıran ek protokollere taraf olduğunu göz önüne alarak ceza hukukunda ikili devlet pratiğine ilişkin olarak şu soruyu sormak gerekir: AİHS 6 ve 13 nolu protokoller ortadayken acaba terör operasyonları ile doğrudan öldürme ve hatta daha doğru bir kelime olarak imha, ancak tedbir devletinin bir tasarrufu mudur?

Ozansü, hukuk tarihinde her yeni olan hukukilik inşasında, eski hukukun olağan muhakeme usulünün, olağanüstü bir durum karşısında kifayetsiz kalması nedenine dayanan meşruiyet algısının başrolü oynadığını ifade etmektedir. Örneğin itham usulü, zındıklık tehlikesi karşısında anlamsızdır ve *crimen exceptum* (sıra dışı suçlar), suç ve ceza kavramlarının

¹⁷⁴ Ben – Natan, *The Dual Penal Empire*, s. 746 – 747, 756.

¹⁷⁵ Ozansü, *Kanundan Tedbire Geçiş*, s. 106 – 107.

modernleşmesine hizmet etmiştir¹⁷⁶. Bu çerçevede de günümüzde terörizm, organize suçlar, çevre suçları, bilişim suçları, cinsel suçlar, sınır aşan suçlar gibi alanlarda artan riskler ve bu risklerin gerçekleşmesinden duyulan derin korku, modern ceza hukukunun özellikli suç alanlarda yetersiz kaldığına ve form değiştirmesi gerektiğine yönelik düşünceleri beraberinde getirmektedir. Fraenkel'in da kitabında kullandığı Schmitt'in "*tabii ki plebisiter meşruiyetin mantosu, kimi şeylerin üstünü örtebilecek ve saklayabilecek kadar bol ve kıvrımlıdır*"¹⁷⁷ sözünde, plebisiter kelimesini çıkarıp "güvenlik veya korku odaklı" ibaresini yerleştirmek, sanırız ki ceza hukukunda ve genel olarak da hukukta bugün meydana gelen pek çok gelişmeyi anlamamıza yardımcı olacaktır.

Ceza hukukundaki bu dönüşümü iktisadi ve politik değişimlerden ayrı düşünemeyiz. Sanayi Devrimi sonrası dünyada genel olarak artan zenginlik, geçmişe nazaran en azından insanlığın genel olanak kapasitesinin arttığını göstermektedir. Bununla birlikte bu büyüyen pastanın paylaşımı sorunu ise çözülmek bir yana yakıcı bir şekilde karşımızdadır. Neoliberal politikalarla birlikte, kitlelerin bu büyümüş pastadan aldıkları pay 1980'lerden itibaren düşmeye başlamıştır ve bu eğrinin sürmesi beklenmektedir¹⁷⁸. Zeybekoğlu, ikili devleti, neoliberalizmin iflasına bağlamaktadır. Otomasyon ve devamında gelen teknolojik gelişmeler yeni bir küresel sınıf ve ekonomik yapıda yenilik getirmekle kalmamış, eski sistemin politik yapılarını da deforme etmiştir. Bu bağlamda en çarpıcı dönüşüm ise **yurttaşın paydaşa** dönüşmesidir. Neoliberal politikaların ise uzun vadede zor olmaksızın uygulanması olanak dışıdır. Bu düzenin sonucu olarak ortaya çıkan ikili devlet yapısı, bir yanda paydaşlar arasında düzeni tesis ederken paydaş olmayanları da düzen dışına yerleştirmektedir. Yurttaşlıklarını kaybederek çıplak bir hayat yaşamaya başlayan geniş kitleler için gündelik hayat, kamp hayatına dönüşmekte ve bu şekilde istisnai hal olağan hale gelmektedir. İşte ikili devlet de bu düzen dışına çıkmış kitleleri hizaya sokma işlevi görmektedir. Paydaşlar arası mübadele norm devleti ile mümkün kılınmakta iken tedbir devletinin tedbirleri ile geniş kitle istenilen yere gönderilmekte ya da sabitlenmektedir¹⁷⁹.

Böylelikle olağanüstü hal yetkileri, bir grubun diğeri üzerinde egemenliğini sağlamlaştıran ikili ceza sistemiyle bir parçalanma

¹⁷⁶ Ozansü, **Kanundan Tedbire Geçiş**, s. 116.

¹⁷⁷ Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, s. 115.

¹⁷⁸ Zeybekoğlu, **Rechtsstaat'tan Doppelstaat'a**, s. 42 – 43.

¹⁷⁹ Zeybekoğlu, **Rechtsstaat'tan Doppelstaat'a**, s. 43 – 51.

yaratmaktadır¹⁸⁰. Kanımızca işte bu neoliberalizmin krizi koşullarında ve bu krizin ortaya çıkardığı hukukun ve özelde de ceza hukukunun dönüşümü - krizi uyarınca Fraenkel'in ikili devleti, devletin cezai iktidarının tedbir devletinin eline geçmesi tehlikesine işaret etmektedir. Zira ikili devlet, belirli istikrar örüntüleri yaratmaya ehil ve dolayısıyla kalıcılık potansiyeli taşıyan bir yönetim tarzıdır ve ikili devleti günümüzün yeni otoriter rejimlerini anlamak noktasında değerli kılan da bu durumdur¹⁸¹.

Ceza hukukunun güncel halinde bir ikili devlet formunun ortaya çıkması tehlikesi, devletin cezai iktidarının özellikle politik suçlardaki şedit görünümünden kaynaklanmaz. Her devlette bir zor aygıtı olarak ceza hukuku rol oynadığından, sisteme içkin haksızlıklar ile ceza hukuku sisteminin ikili bir karaktere bürünmesine neden olan haksızlıklar arasında, kesin bir çizgi çekmek hayli zor olacaktır. Dolayısıyla Fraenkel'in örneklerinden ve tespitlerinden yola çıkarak ceza hukukunda ikili devlet için, ya ceza hukukunun, kolluk – idare hukuku lehine alan kaybetmesi ya da ceza hukuku süreçlerinin, maddi olarak kolluk – idare hukuku süreçlerine dönüşmesi ve bu şekilde “milli olmayan kuvvetler” için “olağan ceza hukuku” tasfiye edilirken öbür tarafta da “milli kuvvetler” için “olağan ceza hukukunun” aynı şekilde işler olması gerekir tezini ileri sürmekteyiz.

Modern ceza hukuku, kanunilik ilkesine dayanmakta, daha çok kişisel hukuki değerleri savunmakta, suç ile mücadele aracı olarak görülmemekte, hümanizm ilkesi çerçevesinde şekillendirilmektedir¹⁸². Ancak günümüzde ceza hukuku bir bastırma değil önleme aracı haline getirilmeye çalışılmakta, bu duruma koşut şekilde ceza muhakemesi hukuku da suçla mücadele aracına ve kimi zaman mağduru tatmin etme amacına yönelmektedir.¹⁸³. Erman'ın aşağıdaki tespitleri dikkat çekicidir:

*“Ceza muhakemesi, belirli suçlarla mücadele bakımından ikiye bölünmüş, şizoid bir yapıya kavuşmuştur. Dahası, bu ikili yapı, olağanüstü dönemde ortaya çıkmasına rağmen giderek olağan dönemde yuvalanmış, özel muhakeme tedbirleri genele yayılmıştır”*¹⁸⁴.

Düşman ceza hukukunun temel özellikleri (cezanın kusur ile değil tehlikelilik ile temellendirilmesi, önleyici kanun koyuculuk, tehdit ve düşmanın bertaraf edilmesi, statüsüzleştirme)¹⁸⁵ esasen polis hukukunun

¹⁸⁰ Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 755.

¹⁸¹ Tekin, **Schmitt'e Karşı Fraenkel**, s. 178 – 180.

¹⁸² Keçelioğlu, **Ceza Hukukunun Değişen Yüzü**, s. 631.

¹⁸³ Keçelioğlu, **Ceza Hukukunun Değişen Yüzü**, s. 633, 637.

¹⁸⁴ Erman, **Ceza Hukukunun Dönüşümü**, s. 448.

¹⁸⁵ Erman, **Ceza Hukukunun Dönüşümü**, s. 451 – 453.

özellikleridir. Yine mücadele ceza hukuku, suçta karşı zafer kazanma amacı, muhatapın değişmesi ve kamusal makamları mücadeleye katması¹⁸⁶ ile polis hukukunu andırmaktadır. Keza risk ceza hukuku, işlevselciliği ve kusur ile orantılı yaptırımını değil riskin bertaraf edilmesini¹⁸⁷ hedeflemesi ile polis hukukuna benzemektedir.

Ceza hukukundaki dönüşümü açıklamaya çalışan veya ceza hukukunda ikilik tespitine yer veren tüm görüşlerin, meseleyi kısmi olarak ele aldıklarını belirtmiştik. Bizim bu çalışmada ceza hukukundaki dönüşüme ve krize dair tespit ettiğimiz temel özellikler ise şu şekildedir: **Ceza hukuku haksızlığına verilen önem azalmaktadır, cezai iktidar bazı alanlarda idarenin eline geçmektedir ve cezai süreçlerin kendisi idarileşmektedir.**

Cezai bir isnat olmaksızın tutmanın her türlü formu, ABD'nin Guantanamo'da "**Unlawful Enemy Combatant**" kategorisiyle kişileri hapsedmesi, yani cezai bir isnattan azade idari prosedürlerle, tedbirlerle, istisnai düzenlemelerle ya da olağanüstü hal yetkileriyle bir nevi düşman kabul edilenlerle mücadele etmek ve düşmanların hürriyetlerinin tahdit edilmesi, günümüzde cezai iktidarın, idare lehine alan kaybetmesinin işaretleridir.

Muhakeme garantilerinin tasfiyesi, şüpheli – sanık statüsünün azalan değeri, bilhassa soyut tehlike suçları ve hazırlık suçlarında cezai haksızlıktan ziyade önleme amacının daha baskın hale gelmesi ise, cezai süreçlerin idarileşmesi tehlikesini, yakıcı bir tehlike olarak karşımıza getirmektedir.

Cezai haksızlık düşüncesinin değer yitimi, suç kavramının da yapısal olarak değişmesine neden olmaktadır. Ancak vurgulanmalıdır ki tehlikeleri önleme hukukuna dair bir müdahale için vesile olabilecek her şey, ceza hukuku yaptırımını ile de tehdit edilemez¹⁸⁸. Ceza normunun muhatapı, ihlalciler veya tehlikeye atanlar değil, tipiklikte tanımlanmış davranışın icrasına ya da ihmeline göre cezaya layık davranışla suçlanabilir¹⁸⁹. Dolayısıyla yalnızca gelecekteki suçun olasılığı, yani önleme amacı, ceza hukukunun uygulanması için neden olamaz (yani bizce yeterli de olamaz), aksine cezalandırılacak hareketin, söz gelimi hazırlık hareketinin, bizatihi bir haksızlık olarak tasvir edilmesi zorunludur¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Erman, **Ceza Hukukunun Dönüşümü**, s. 454 – 456.

¹⁸⁷ Erman, **Ceza Hukukunun Dönüşümü**, s. 457 – 458.

¹⁸⁸ Puschke, **Das neue Terrorismusstrafrecht**, s. 103.

¹⁸⁹ Puschke, **Das neue Terrorismusstrafrecht**, s. 104.

¹⁹⁰ Puschke, **Das neue Terrorismusstrafrecht**, s. 104.

Ceza hukukunun idarileşmesi veya idare lehine alan kaybetmesi, bugünkü hukuki gelişmişliğin önemli bir formu olan kanuniliğin zedelenmesi anlamına gelmektedir. İmparatorluk politikaları, herkes için tek hukuk düşüncesine dayanmaz ve bu nedenle de farklı insan grupları için çoklu hukuk tipleri üretilmektedir¹⁹¹. Düşman Ceza Hukuku kavramında, tehlike kaynağı birey ve ona uygulanacak tedbir ile uzlaşılabilir yurttaş ve ona uygulanacak ceza karşı karşıya konumlandırılır. Dolayısıyla Düşman Ceza Hukuku'nun muhatabı, kanunilik alanından çıkarılır. Bu şekilde düşman olarak nitelenenler bakımından kanun formu aşılır ve kanunun yerini tedbir alır. Bu durumun bir sonucu olarak devlet egemenliğine tabi eşit yurttaşlık düşüncesinin de sonunun gelmesi tehlikesi söz konusu olacaktır¹⁹².

Dubber'in ikili ceza devleti ise, en başta ceza hukukçularını, devletin cezai iktidarı genişleyip sertleşirken bu iktidarın meşruiyetini sorgulamaya davet etmektedir. Dubber, üzerine eğildiği örnekler olarak hem Alman hem de ABD sistemlerinin zayıf yanlarını yansıtma olanağı bulmuştur. Bu şekilde yazar, devletin cezai iktidarının meşruluğu sorununu ortaya atmakta ve böylelikle de devletin cezai iktidarının, hem Türkiye'de hem de liberal ilkeleri benimsediği iddiasındaki diğer ülkelerde, ilerici yönden bir eleştirisi için temel oluşturmaktadır.

Yine meşruluk sorunu önemli ölçüde ihmal edilince, çeşitli inkâr mekanizmalarının işlemesi kolaylaşmaktadır. Bir yanda cezai bir müdahale olarak hukuka uygun görülmesi mümkün olmayan egemenlik tasarrufları, cezai müdahale alanı dışında nitelendirilerek cezai müdahalenin meşruluğu göz ardı edilir. Ben – Natan, ABD ve İsrail bağlamında bu durumu başarıyla örneklendirmiştir. Öbür yanda da Dubber'in ceza – güvenlik tedbiri ayrımı çerçevesinde, cezai müdahalenin meşruluk sorununun göz ardı edilmesine dair açıklaması dikkate değerdir.

Dubber ve Ben – Natan'ın çalışmaları, bizim ikili devlet üzerinden ceza hukukunun dönüşümünü okuma çabamızı destekler niteliktedir. Zira ceza hukukunun dönüşümü olarak adlandırılan sürecin, ikili devlet formuna sebebiyet vermesi olasılığı, basitçe kötümser bir düşünce olarak nitelendirilemez. Adı geçen yazarların çalışmalarında ABD ve İsrail çerçevesinde verdikleri örnekler, ciddi bir tehlikenin varlığına işaret etmektedir. Meşruluk sorununu tanımayan, **“Penal Police”** biçiminde cezai iktidarın biçimlendiği, nüfusun belirli bir kısmının ya da belirli grupların

¹⁹¹ Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 755.

¹⁹² Ozansü, **Kanundan Tedbire Geçiş**, s. 121 – 122.

özel bir ceza hukuku sürecine tabi kılındığı, özel mahkemelerin veya komisyonların işlediği sistemler, hayal ürünü örnekler olmaktan ziyade yaşadığımız çağda giderek ceza hukukunun “**Zeitgeist**”ı haline gelmektedir.

Son olarak tüm bu açıklamalarımız çerçevesinde Türkiye özelinde de, ceza hukukunun doğrudan idare lehine alan kaybetmesine ve cezai süreçlerin idarileşmesine dair çeşitli örnekler var gözükmemektedir.

AİHM tarafından Türkiye aleyhine verilen AİHS m. 18 ihlallerini önemi, AİHS sistemindeki herhangi bir hakkın ihlalinden öte bir anlam taşımaktadır; zira AİHM tarafından 18. madde ihlaliyle ilgili sözleşmecî devletin kötü niyetle hareket ettiği kabul edilmektedir ve bu durum, sözleşmecî devletin Sözleşme'nin ruhuna aykırı davrandığı anlamına gelmektedir¹⁹³. Keza 18. maddenin varlık nedeni ve işlevi olarak da, sözleşmecî devletlerin, ellerindeki gücü kötüye kullanarak sözleşmede güvence altına alınan hakları ve özgürlükleri keyfi bir şekilde sınırlamalarının önüne geçmek ve totaliter rejimlerin Avrupa sathında yeniden ortaya çıkmasına mani olmak adına bir erken uyarı – alarm ve güvence sistemi tesis etmek gösterilmektedir¹⁹⁴. Demirtaş 2 v. Türkiye kararında, hem Daire hem de Büyük Daire tarafından, Kavala v. Türkiye kararında ise Daire tarafından, Türkiye aleyhine 18. madde ihlali tespit edilmiştir¹⁹⁵. Cezai süreçlerin, cezai haksızlık isnadının araştırılması haricinde kullanılması, ceza hukukunun idarileşmesi tehlikesinin somut bir görünümüdür.

Keza tutuklama çerçevesinde yaşanan tartışmalar da bu bağlamda anılabilir. Esasen tutuklamanın ceza muhakemesi amaçları haricinde kullanımı, süregiden bir tartışmadır¹⁹⁶. Bununla birlikte tutuklamanın Türkiye’de, bir koruma tedbiri olmaktan öte bir şekilde yoğun bir şekilde kullanıldığı bir vakiydir.

Bir diğer sorunlu alan, kimi davalarda mahkeme kararlarının uygulanmaması bağlamında yaşanan gelişmelerdir. AİHM’in Demirtaş ve Kavala kararlarının yerine getirilmemesi, Avrupa Konseyi ile Türkiye arasında ciddi şekilde bir soruna neden olmaktadır. Anılan kararların her birinin uygulanmamasına yönelik olarak, hem bir süre açıkça bu kararların

¹⁹³ Molu, **18. Madde**, s. 107 – 111.

¹⁹⁴ Molu, **18. Madde**, s. 7, 24 – 25.

¹⁹⁵ Demirtaş 2 kararında 18. madde ihlali hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Molu, **18. Madde**, s. 41 – 42, 45 – 46, 84 – 85, 87 – 88 ve Kavala kararında 18. madde ihlali hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aynı eser, 44, 86 – 87.

¹⁹⁶ Bu hususa dair son derece başarılı ve öz bir değerlendirme için bkz. Yüce, **Zorlayıcı Önlem Teorisi**, s. 70 – 72.

uygulanmak istenmemesi hem de başvuruculara temelde farklı olmayan başkaca suçlamalar yöneltilmesi söz konusudur¹⁹⁷. Keza AYM'nin de Berberoğlu kararlarının uygulanmasında yaşanan güçlükler hafızalardadır. Özellikle beğenilmeyen mahkeme kararlarının uygulanmaması, cezai alanda, yalnızca artık cezai iktidarın değil idarenin de belirleyici olduğunu göstermektedir ki bu durum ceza hukukunun idare lehine alan kaybetmesini anlatmaktadır.

Cezai süreçlerin, yalnızca cezai bir haksızlığın muhakeme edilmesi haricinde kullanılması, mahkeme kararlarının uygulanmaması ve mahkeme kararlarının cezai haksızlık isnadının haricinde yalnızca bir tutma aracı olarak kullanılması hakkındaki örnekler, Türkiye'deki ceza hukukunun durumu bakımından ciddi bir tehlikeye işaret etmektedir.

Fraenkel ve Dubber'in eserleri uyarınca nihai değerlendirme olarak şu hususları belirtebiliriz: Cezai süreçlerin hem bizatihi korunması hem de niteliklerinin muhafaza edilmesi yönündeki çabalar bugün için büyük bir anlama sahiptir. Cezai süreçlerin idare lehine alan kaybetmesi, koruyucu tutma, toplama kampı gibi tarihin kötü hatıralarını akla getirmektedir. Cezai haksızlığın ve ceza hukukunun modern ilkelerinin reddi ise Volksgerichtshof benzeri yapılanmalara sebebiyet verebilir. Cezai müdahale, devlet iktidarının en ağır müdahalelerinden biridir ve fakat aynı zamanda bireylere hukuki güvenlik de sağlar. O halde modern ceza hukukunun ilkelerine göre işleyen cezai süreçlerin bireylere sunduğu güvencelerin farkında olunmalıdır. Ceza hukukunun alan kaybetmesiyle ortaya çıkabilecek ikili ceza hukuku ise, ceza hukuku garantilerini tarumar edecektir ve bu tehlikeye karşı herhalde en önce aydınlanmanın getirdiği ilkelerle ceza hukukunun savunulmaya ihtiyacı var gözükmektedir. Ancak cezai isnat maskesi ardında, her türlü şedit müdahalenin de üzeri örtülemez. Yani modern ilkeleriyle birlikte ceza hukukunun savunulması gerektiği düşüncesi, devletin cezai iktidarının meşruiyetinin sorgulanmasına dair ihtiyaçla bütünleşmelidir. Aksi halde liberal kabullere en uygun müdahale biçimi savıyla cezai müdahale, meşruluk sorununun dışına çıkartılır ve bu durumun da ceza hukukunun içten çürümesine neden olması, şaşırtıcı olmayacaktır.

Netice olarak modern ilkeleriyle birlikte devletin cezai iktidarının hem alanı hem de nitelikleri, idari iktidara karşı savunulmalıdır ve ayrıca devletin

¹⁹⁷ Anılan kararların uygulanmama sürecine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Molu, **18. Madde**, s. 139 – 147.

cezai iktidarının meşruluk sorunu ele alınarak cezai iktidarın meşru sınırlar dâhilinde kullanılması sağlanmalıdır.

TESPİTLER VE TEZLER

- 1- Fraenkel'in ikili devlet teorisi, nasyonal sosyalist devletin yalnızca hukuka aykırı veya hukuk dışı davranışlardan yola çıkılarak anlaşılabilir. İkili Devlet, yalnızca tedbir devletinin tasarruflarıyla değil ama aynı zamanda (Türkiye'deki okumalarda bilhassa ihmal edilmiş olan) norm devletiyle ve norm devleti ile tedbir devleti arasındaki ilişkiyle ve özellikle norm devletinin alanını hukuken ya da fiilen daraltan düzenlemelerle veya uygulamalarla anlaşılabilir.
- 2- Devletin cezai iktidarının, özellikle politik suçlarda şedit bir şekilde görülmesi, doğrudan ikili devlet kavramına müracaat etmeyi sağlamaz. Zira liberal veya değil, bir toplumdaki meşru güç kullanma tekeline sahip olan her devlette zora başvurulur. Dolayısıyla politik ceza hukukunun kendine has şedit özelliği, eğer ikili devlet formu olarak anlaşılırsa, ikili devlet teorisinin herhangi bir orijinalliği kalmaz.
- 3- Fraenkel'in tespitleri ve örnekleri çerçevesinde bizce ceza hukukunun ikili devletteki görünüş biçimi iki şekildedir: Ya ceza hukuku, koruyucu tutma veya toplama kampı örneklerinde olduğu gibi idare hukuku lehine alan kaybetmiştir ya da Volksgerichtshof örneğinde olduğu gibi, cezai süreçlerin kendisi idarileşmiştir.
- 4- Dubber, liberal kabullerin belki de en zayıf noktalarından biri olan, liberal devlette cezai iktidarın meşruiyeti sorununu ele almıştır. Cezai müdahale biçimindeki devletin zor kullanımı kategorik olarak meşru kabul edildiğinden, Dubber'in analizi, açıkça ihmal edilmiş bir soruyu gündeme getirmektedir. Bu sorun ya hiç ele alınmamaktadır (ABD örneği) ya da bu sorunun aşıldığı düşünülmektedir (Almanya örneği).
- 5- Bir cezai müdahalenin meşruluğu sorunundan iki şekilde kaçış söz konusu olmaktadır: İlki, bir müdahaleye ceza hukuku müdahalesi niteliği vererek ve ceza hukuku müdahalesinin kategorik olarak meşru olduğunu varsayarak meşruluk sorununun üstünün örtülmesidir. Devletin müdahalesi bakımından sorunlu olabilecek herhangi bir müdahalenin, cezai forma sokularak meşruiyet sorununun gizlenmesine dair her türlü örnek bu bağlamda zikredilebilir. İkincisi ise bir ceza hukuku müdahalesini ceza hukuku dışında konumlandırarak meşruluk sorununu gizlemedir. Bu ikinci hale de tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun Türk hukukunda

reddedilmesine rağmen Kabahatler Kanunu m. 43/A uyarınca kabahat sorumluluğunun öngörülmesi örnek olarak gösterilebilir.

- 6- Ben – Natan, Dubber’ın görüşlerini ve ceza hukukundaki ikilik tartışmalarını, imparatorluk kavramına müracaat ile geliştirmiştir. Olağanüstü hal ceza hukukunun istisnai bir nitelik değil tam tersine sürekli bir cezai iktidar biçimi ve pratiği olduğunu göstermesi, özel mahkeme veya benzerlerinin kurumsallaşmış yapısı ve ırk temelli ayrımcı ceza hukuku politikaları ile ceza hukukunun ikili bir yapı arz ettiği görüşleri, yazarın çalışmasını değerli kılmaktadır.
- 7- Ceza hukukunun dönüşümünü açıklamaya çalışan teorilerin ortak noktası, ikili bir yapı haline bürünmeye başlayan ceza hukukunu izah etmektir. Cezai isnat olmaksızın tutma, özel yargı organları oluşturma, cezai haksızlıktan sarfınazar edilerek ceza hukuku müdahalesine başvurma ve cezai iktidarın meşruiyeti sorununu göz ardı etme, bugünün ceza hukukunda ikili bir karakterin giderek baskın hale gelmesine sebebiyet vermektedir.
- 8- Ceza hukukunun idare lehine alan kaybetmesine veya cezai süreçlerin idarileşmesine karşı, Aydınlanmanın getirdiği ilkeleriyle birlikte ceza hukuku savunulmalıdır. Çünkü devlet egemenliğinin en keskin müdahale formlarından biri de olsa ceza hukuku, aynı zamanda bireylere güvenlik sağlamaktadır. Dolayısıyla cezai süreçlerin varlıklarının korunması ve cezai süreçlerin cezai haksızlık temelli ve usuli garantileri korur bir şekilde işletilmesi gerekir. Ancak modern ilkeleriyle birlikte ceza hukukunun savunulması gerektiği düşüncesi, devletin cezai iktidarının meşruiyetinin sorgulanmasıyla tamamlanırsa bir anlam ifade edecektir.

KAYNAKÇA¹⁹⁸

Akçabay, Fehmiye Ceren: “**Karanlığa Aralanan Bir Kapı: Weimar Cumhuriyeti Yargısı**”, Düşmanı Yargılamak, Haz: Ozan Değer, İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s. 126 – 161. (**Weimar Cumhuriyeti Yargısı**).

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu: **Kadri Enis Berberoğlu (3)**, B. No: 2020/32949, 21/1/2021.

¹⁹⁸ Çalışmamızda, yalnızca literatür örneği olarak belirtilen eserlere kaynakçada yer verilmemiştir.

- Ben – Natan, Smadar: **“The Dual Penal Empire: Emergency Powers and Military Courts in Palestine/Israel and beyond”**, Punishment & Society, 23 (5), 2021, s. 741 – 763.
- Bützler, Volker: **Staatsschutz mittels Vorfeldkriminalisierung: Eine Studie zum Hochverrat, Terrorismus und den schweren staatsgefährdenden Gewalttaten**, Baden – Baden, Nomos, 2017.
- Dubber, Markus D.: **The Dual Penal State: The Crisis of Criminal Law in Comparative – Historical Perspective**, Oxford University Press, 2018.
- Erman, R. Barış: **“Ceza Hukukunun Dönüşümü”**, Duygun Yarsuvat’a Armağan - Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C: IX, S: 2, 2012, s. 447 - 480.
- Fraenkel, Ernst: **İkili Devlet: Diktatörlük Teorisine Bir Katkı**, Çev: Tanıl Bora, İstanbul, İletişim, 2020.
- Geigenmüller, Otto: **Die politische Schutzhaft im nationalsozialistischen Deutschland**, Würzburg, Paul Scheiner Buchdruckerei und Verlagsanstalt, 1937,
- Guerin, Daniel: **Faşizm ve Büyük Sermaye**, Çev: Bülent Tanör, İstanbul, Habitus Yayıncılık, 2012.
- Haffner, Sebastian: **Bir Alman’ın Hikâyesi: Hatırladıklarım (1914 – 1933)**, 3. Baskı, Çev: Hulki Demirel, İstanbul, İletişim, 2018.
- Keçelioğlu, Elvan: **“Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü”**, Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan – Cilt I, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2015, s. 627 - 638. (Ceza Hukukunun Değişen Yüzü).
- Kunter, Nurullah: **“Tehlike Tedbirleri” Genel Teorisi ve Para Cezaları İçin İcrai ve İhtiyati Haciz**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 34, S: 1-4, 1968, s. 27 – 32.
- Kunter, Nurullah: **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş Yedinci Bası, İstanbul, Kazancı, 1981.
- Molu, Benan: **Siyasi Amaçlı Tutuklama Yasağı Çerçevesinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 18. Maddesinin Kapsamı, Uygulaması ve 18. Madde İhlali Kararlarının Sonuçları**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2021. (18. Madde).
- Monaghan, James: **“Markus D Dubber, The Dual Penal State: The Crisis of Criminal Law in Comparative-Historical Perspective”**, Sydney Law Review, Vol: 41(1), 2019, s. 149 - 154. (Book Review).

- Nuotio, Kimmo: **“The Dual Penal State á la Markus Dirk Dubber”**, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, Volume:6, Issue: 2, 2018, s. 178 – 187. (Book Review).
- Ortner, Helmut: **Acımasızca Alman: Hitler Diktatörlüğünde Failler ve Kurbanlar**, Çev: Emrah Cilasun, İstanbul, Tekin, 2020. (Acımasızca Alman).
- Orwell, George: **1984**, Çev: Nuran Akgören, İstanbul, Can, 2010.
- Ozansü, Mehmet Cemil: **“Düşman Ceza Hukuku: Kanundan Tedbire Geçiş”**, Düşmanı Yargılamak, Haz: Ozan Değer, İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s. 105 – 125. (Kanundan Tedbire Geçiş).
- Puschke, Jens: **Das neue Terrorismusstrafrecht im Lichte der Verfassung**, KriPoZ, 2018/2, s. 101 – 108. (Das neue Terrorismusstrafrecht).
- Rachlin, Robert D.: **“Roland Freisler ve Volksgerichtshof: Bir Tedhiş Aracı Olarak Mahkeme”**, Nazi Almanyası’nda Hukuk: İdeoloji, Fırsatçılık ve Adaletin Saptırılması, Ed: Alan E. Steinweis ve Robert D. Rachlin, Çev: Kıvılcım Turanlı, İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s. 80 – 109. (Volksgerichtshof).
- Schmitt, Carl: **Siyasi İlahiyat – Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm**, Çev.: A. Emre Zeybekoğlu, 5. Baskı, Ankara, Dost, 2016.
- Schmitt, Carl: **Kanunilik ve Meşruiyet**, Çev: Mehmet Cemil Ozansü, İstanbul, İthaki, 2016.
- Tekin, Serdar: **“Schmitt’e Karşı Fraenkel: Toplumsal Gerçekçi Bir Diktatörlük Tahlili Olarak İkili Devlet”**, Düşmanı Yargılamak, Haz: Ozan Değer, İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s. 162 – 189. (Schmitt’e Karşı Fraenkel).
- Trouillot, Michel –Rolph: **Geçmiş Susturmak Tarihin Üretilmesi ve İktidar**, Çev: Ozan Zeybek, İstanbul, İthaki, 2015.
- Wächter, Gerd H.: **“Der doppelte Charakter des Strafrechts: Ökonomie, Repression und Ideologie in der Theorie des Strafrechts”**, Kritische Justiz, Vol: 17, No: 2, 1984, s. 161 – 185.
- Yonucu, Deniz: **“Var – Yok Hukuk: Türkiye’de Hukukun Şiddetinin Etnografik Analizi”**, Düşmanı Yargılamak, Haz: Ozan Değer, İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s. 212 – 241. (Var – Yok Hukuk).
- Yüce, Turhan Tufan: **“Ceza Yargılama Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi”**, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, 1980, s. 67 – 96. (Zorlayıcı Önlem Teorisi).

Zeybekoğlu, A. Emre: “**Rechtsstaat'tan Doppelstaat'a ya da Refah Devletinden Neoliberal Bir Ütopyaya Doğru**”, Hukuk Kuramı, C. 6, S. 3, Eylül - Aralık 2019, s. 32 - 56. (**Rechtsstaat'tan Doppelstaat'a**).