

# Özgürlük ve Güvenlik

*Prof. Dr. Dres. h.c. Philip Kunig  
Berlin Freie Üniversitesi,  
Almanya & Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

*Çev. Çiğdem Vardar<sup>1</sup>*

## I.

Özgürlük, benim için felsefi ya da psikolojik değil, bir bireye ya da topluluğa ait tüm hakların bütününe ifade eden hukuki bir kavramdır; ki söz konusu hakların bir kısmı, insan onuru, yaşam hakkı, bireyin aile ya da meslek içi gelişimi veya kendini bireysel ya da toplum içinde politik ve dini olarak ifade edebilmesi gibi doğrudan insani varoluşa ilişkindir. Fransız Devrimi bağlamında ya da 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesiyle şekillendirilmiş bu hukuki tasarımda temel koşul, doğumdan ölüme kadar tüm insanların söz konusu özgürlüklere eşit bir biçimde sahip olmasıdır. Dolayısıyla, özgürlüklerin kullanımına dair eşitsizlikler her ne kadar fiili bir durum olarak ortaya çıksa da, hukuki olarak kabul edilemez; ki bu sadece pozitif hukuka ilişkin bir sorunsal değil, aynı zamanda her hakkın doğası gereği var olan bir postulatır.

Güvenlik ise bir hak değil, bir durumdur ve kendisine erişebilmek için zorunlu olan haklar açısından bir dayanak noktası olan kavram, özgürlüklere yönelik her hangi bir şiddetin, zorlamanın, tehdit ve terörün olmamasını ifade eder. Bu bağlamda özgürlüklerin, – devlet sınırları içerisinde ya da dışarısında olmak üzere – toplumsal güçler tarafından ihlal edilmesi halinde, söz konusu ihlalleri önlemek – uluslararası hukukun sınırları dahilinde – devletin görevidir.

Öte yandan, özgürlüklerin devlet tarafından güvence altına alınması aslında bir optimalleştirme görevidir. Yani devlet, özgürlüklerin kullanımına başkaları tarafından (örneğin ekonomik güçlerce ya da zor kullanma suretiyle)

<sup>1</sup> Araş. Gör., Freie Universität Berlin.

zarar verilmeyeceğini garanti edemez. Ancak, yapabileceği ve yapmak zorunda olduğu şey, kendisinin özgürlükleri ihlal etmekten kaçınmasıdır. Bu sebeple, özgürlüklere ilişkin haklar devlet için koruma yükümlülüğünün yanı sıra dokunmama yasağını da belirtir.

Ancak, özgürlüklere yönelik tehditlerin devletten de gelebileceğini tarih (ve bugün) göstermektedir. Hatta ne yazık ki söz konusu özgürlük tehditleri, devletin aslında başka özgürlükleri korumak için müdahalelerde bulunduğu durumlarda ortaya çıkar; ki bu noktada devlet, kendisince tehlike oluşturduğuna kanaat getirdiği özgürlükleri ihlal eder. Elbette ki devlet her türlü özgürlüğü güvence altına almak için çaba göstermelidir, ancak bu kendi belirlediği hedef doğrultusunda olmamalıdır. Zira, devlet haklar ile donatılmış doğal bir yapı değil, aksine hakların uygulanması hatta daha iyi bir ifade ile hakların güvence altına alınması için çabalayan bir kurumdur. Bu sebeple, her türlü eylemini (ya da eylemsizliğini) gerekçelendirmelidir. Devletin aksine, birey ya da halk özgürlüklerini kullanırken herhangi bir gerekçe sunmak zorunda değildir. Ancak, bu noktada özgürlüklere ilişkin haklar çekişmeli bir biçimde birbiriyle çakışacaktır. Böyle bir durumda, yani herkesin kendisine eşit bir biçimde tanınmış özgürlüklerden yararlandığı hallerde, – bu Sempozyum’un düzenleyicilerinin de formüle ettiği biçimde – gereken denge ve uzlaşma yalnızca devlet tarafından sağlanabilir.

Tüm bunlardan çıkan sonuç ise, özgürlük ve güvenlik arasındaki ilişkinin sıkıntılı ve soyut olduğudur. Söz konusu ilişki somutlaşsa dahi, özgürlük ve güvenlik kavramları yine de bir çözüm sunamamakta, sadece bir yön belirlemektedir. Bu sebeple, her bir olayın değerlendirilmesinde kimin karar verdiği ve hangi ölçüte göre karar verdiği önemlidir.

Bu bağlamda, “özgürlük ve güvenlik arasındaki denge hakkında değerlendirme yapmaya, karar vermeye ya da böyle bir dengeyi kurmaya hangi devlet organı yetkilidir?” sorusu şöyle cevaplandırılabilir: Temel haklara ilişkin özgürlükler devleti tüm varlığı ile ilgilendirdiği için, mahkemeler ve özel olarak anayasa mahkemeleri de dâhil olmak üzere, kamu gücünün tüm taşıyıcıları bu noktada bir iş bölümü dâhilinde yetkilidir.

## II.

Tebliğ boyunca Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin rolü hakkında bilgi vereceğim. Bu bağlamda, Mahkeme’nin yetkilerini usul hukuku ve maddi

hukuk açısından kısaca belirtip, Mahkeme'nin sahip olduğu bu olanaklarla ne yaptığını açıklayacağım. Son olarak da bir değerlendirmede bulunacağım.

Federal Anayasa Mahkemesi birçok yetkiye sahiptir. Ancak, burada sadece güvenlik ve özgürlük arasındaki ilişki bakımından öne çıkan yetkilerinden bahsedeceğim, ki bunlardan en önemlisi, 50'li yıllardan beri mümkün olan ve Anayasa'da belirtilen temel haklara dayanan (yani İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne bağlı olmayan) anayasa şikâyetidir.

Anayasa şikâyeti, sıkı koşulların varlığı halinde, doğrudan kanunlara karşı açılabilir. Örneğin Hava Güvenliği Kanunu, karadaki hedeflere karşı saldırı düzenleyecek olan sivil uçakların, daha havadayken askeri güçler tarafından vurulmasını mümkün kılmaktaydı. Sık uçan bir yolcu, söz konusu Kanun'a karşı anayasa şikâyeti yoluna başvurmuş ve Federal Anayasa Mahkemesi, tehdit altındaki insanları kurtarmak için – sayıca kurtarılacaklara göre daha az olsalar dahi – başka insanların kurban edilmesinin insan onurunu ihlal ettiğine karar vermiş ve söz konusu Kanunu iptal etmiştir. Ancak, anayasa şikâyetine çoğunlukla, bir kanunun idare ya da yargı tarafından uygulanmasını sağlayan işlemlere karşı başvurulmaktadır. Federal Anayasa Mahkemesi, bu noktada da, yani uygulamanın bir temel hakkı ihlal edip etmediğini kontrol ederken dahi, uygulamanın dayandığı kanunun tüm unsurları bağlamında anayasaya uygunluğunu da denetlemektedir. Zira, anayasaya aykırı olan bir kanunun uygulanması, anayasaya uygun olamayacaktır. Yani sonuç itibarıyla anayasa şikâyeti, bireysel bir norm denetimidir ve mahkemelerin başvurusu ile başlayan somut norm denetiminin ve her şeyden öte Almanya açısından parlamenter muhalefetin ve federal güçler ayrımının yararına bir araç olan soyut norm denetiminin yanında yer almaktadır.

Nihayetinde, Federal Anayasa Mahkemesi, anayasal organlar arasındaki çatışmaların konu edildiği davalarda da, örneğin hükümet ve parlamento arasındaki ilişki kapsamında, güvenliğe ilişkin kararlar verebilmektedir. Bu noktada, Mahkeme'nin yurtdışına askeri birlik göndermekle ilgili kararları örnek gösterilebilir; ki günümüz açısından oldukça önemli bir konudur. Söz konusu kararlar kapsamında, dış tehditler karşısında özgürlükleri güvence altına almak için yürütülecek dış güvenlik politikasını belirleme yetkisi, Anayasa Mahkemesi müdahalesi ile parlamentoya verilmiştir ve parlamentonun elde ettiği bu rol, Mahkeme tarafından korunmaktadır.

Görüldüğü üzere, usul hukuku kanuni olarak öngörülmüş bir çok dava çeşidi sayesinde, Federal Anayasa Mahkemesi'ne geniş bir yetkiler paleti sunmaktadır. Öte yandan, Mahkeme maddi hukuk açısından da, hatta daha da fazla olmak üzere, geniş yetkilere sahiptir. Modern bir hukuk devletinde, hukukun geçerli olmadığı hiç bir alanın var olmadığı ve dolayısıyla hiç bir devlet işleminin yargı denetiminin dışında kalamayacağı neredeyse tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Öte yandan, temel hakların her alana temas ettiğine dair algı, en azından Alman hukuku açısından aynı kesinlikle söylenemez. Öyle ki, anayasa metninden kendiliğinden ve zorunlu olarak çıkmayan bu bakış açısı, aslında Federal Anayasa Mahkemesi tarafından, kuruluşunun ilk yıllarında verdiği temel öneme sahip iki kararı kapsamında yerleştirmiştir.

Bu bağlamda ilk olarak, kişiliğini geliştirme özgürlüğü, Mahkemece hukuk düzeni dahilinde yapma ve yapmama şeklindeki her türlü davranışın kapsamlı bir biçimde garanti altına alınması olarak yorumlanmış, ki bu yeni bir temel hak korumasını ve böylece gerektiği takdirde her türlü kamu gücü ihlaline karşı – ihlale sebebiyet veren kanunun anayasal denetimi de dahil olmak üzere – anayasa yargısı tarafından sağlanan korumayı da beraberinde getirmiştir. Aslında, yurt dışında Alman Hükümeti'ni eleştiren konuşmalar yapmak isteyen bir başvurucuya pasaport verilmemesine ilişkin oldukça sıradan bir olay kapsamında, yani devlet güvenliği ile kişisel özgürlüğün çatıştığı bir probleme ilişkin olarak, Mahkeme'nin kararını verirken seçtiği argümanlar, o andan itibaren tüm yaşam alanları açısından hiç bir boşluğu olmayan kusursuz bir temel hak korumasını sağlayacak domino etkisi yaratmıştır.

Yine aynı dönemde, demokratik bir devlette ifade özgürlüğü ve söz konusu özgürlüğün özel hukuk ilişkileri üzerindeki etkisine dair Anayasa Mahkemesi'nce verilen diğer bir karar, yukarıda belirtilen karar gibi önemli sonuçlar doğurmuştur. Mahkeme söz konusu karar kapsamında, önceleri sadece – Anayasa'nın lafzına da uygun olarak – negatif statü hakları olarak anlaşılan temel hakların, aynı zamanda tüm hukuk düzeninin yorumlanmasında ölçüt norm olacak objektif değerler olduğunu açıklamıştır. Bu noktada, domino etkisi özgürlüğe ilişkin tüm temel haklar açısından kendisini göstermiş ve üç devlet erkini de ilgilendirecek biçimde anayasal özgürlüklerin devlet tarafından korunması sorumluluğunu getirmiştir, ki

örneğin bu sorumluluk takdir yetkisinin özgürlük ve güvenlik ekseninde somutlaştırıldığı durumlarda, hükümet ve idare tarafından gözetilmelidir. Öte yandan, örneğin anayasa düşmanlarına karşı bürokrasinin kendi içerisinde alınan önlemlerde olduğu gibi, devlet içi alanlarda da özgürlüklerin korunması dikkate alınmalıdır. Zira, anayasa düşmanının dahi anayasaya dayanma hakkı vardır; onursuzca hareket eden biri, kendi onurunun korunması hakkını kaybetmez.

Aynı şekilde, kanun koyucu da, yaptığı kanunların yeterli temel hak korumasına sahip olmaması durumunda, Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi olacağını ve öte yandan temel hakların, kanun yapma direktifi gibi etki ettiğini dikkate almalıdır. Mahkeme, söz konusu bu iki unsura sonraları sıkça dayanmıştır. Bu noktada en bilinen örnek, Mahkeme'nin anayasal sebeplere dayanarak, kişisel verilerin korunmasına ilişkin bir kanun yapılması direktifinde bulunmasıdır, ki Anayasa metninde, konuya ilişkin olarak herhangi bir ifade yoktur ve olması da mümkün değildir. Bu noktada, Mahkeme anayasayı değiştiren tali iktidar gibi hareket etmiştir. Mahkeme'nin söz konusu tavrı, özgürlük ile güvenlik arasındaki dengeyi sağlamaya yönelik her türlü devlet eyleminin yargısal denetiminde, anayasal ölçülülük ilkesinin her zaman dikkate alınması gereken bir denetim ölçütü olarak var olduğu ve örneğin verilerin kaydedilmesi, kamera kaydı yapılması ve daha başka önlemler açısından rasyonel yani gerekçelendirilebilir sebeplerin olması zorunluluğu sonucunu da doğurmuştur.

Mahkeme'nin bu tavrının, özgürlüklere ilişkin alanlarda yapılan anayasa değişikliklerini denetlediği hallerde de söz konusu olduğunu belirtmeliyim. Bu bağlamda örneğin Anayasa, temel haklar kataloğunda sadece insan onuruna ilişkin maddenin değiştirilemeyeceğini garantiler. Oysa Mahkeme, yetkisini genişleten bir yorumda bulunarak, özgürlüklere ilişkin her temel hakkın insan onuruna dair bir çekirdek alanının olduğuna ve söz konusu bu alana da dokunulamayacağına hükmetmiştir. Böylece örneğin, terörle mücadele kapsamında konutların dinlenmesine olanak sağlayan konut dokunulmazlığına ilişkin bir anayasa değişikliğini esastan denetleyerek, değişikliğin yoğunluğunu düşürmüş ve söz konusu karar kapsamında, özgürlüğün güvenliği sağlama çabası sebebiyle orantısız bir biçimde ihlal edildiğine karar vermiştir.

### III.

Şimdiye kadar yaptığım açıklamalar, Federal Anayasa Mahkemesi'nin hiçbir şeyle bağlı olmadan, başına buyruk bağlayıcı kararlar verebilecek bir pozisyonda olduğu ya da kendisini böyle bir pozisyona soktuğu izlenimini doğurmuş olabilir ki bu noktada *gouvernement des juges* veya bağlantılı bir biçimde – Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı'nun da az önce belirtip, haklı olarak eleştirdiği üzere – yargısal aktivizm kavramları akla gelebilir. Ancak, böyle bir izlenim Federal Anayasa Mahkemesi'ne bir bütün olarak bakıldığı takdirde, yanlış olacaktır.

Çünkü, her şeyden önce ölçülülük gibi anayasal ilkeler, Mahkeme'nin, değerlendirmelerini ve tartmalarını sadece kendisine göre (ki yani aslında hakimlerin çoğunluğunun oyuyla) yapmasını sağlayacak açık bir yetkiye sahip olmasını engeller. Her ne kadar çoğunlukla gözden kaçsa da, ölçülülük ilkesi aslında somutlaştırıcı bir rasyonelleştirme şemasında ibarettir. Şöyle ki, bir devlet eyleminin hedefe ulaşmak için uygun olup olmadığı öncelikle olgusal ve neredeyse fiziki bir sorudur. Söz konusu eylemin hedeflenen etkiyi sağlamak için gerekli olup olmadığı incelemesinde ise objektif-rasyonel bir söylem ön plandadır. Rakip değerler ise ilk olarak orantılılık unsurunun değerlendirilmesinde ortaya çıkmakta ve bu noktada *Dezisionismus* unsurları kendini göstermektedir. Ancak burada da Mahkeme'nin politik bir tercihi değil, aksine gerekçelendirilebilir anayasal değerlere dayanmak zorunda olan değerlendirmeleri söz konusudur. Ve özellikle önemli olmak üzere, Federal Anayasa Mahkemesi bir devlet eyleminin orantılı olup olmadığını incelerken dahi, yasa koyucunun ve idarenin karar önceliğine genel olarak saygı duymakta, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin ifade ettiği biçimde *margin of appreciation* kavramını tanımaktadır. Mahkeme kendisini, birbirini kontrol eden devlet erklerinin işbirliği dâhilinde, üçüncü güç konumuna geri çekmekte ve yalnızca olgusal hataların, irrasyonel koşulların, kendisiyle çatışan durumların ve keyfi davranışların olup olmadığını kontrol etmekte ve ancak hukuki olarak savunulabilir durumları kabul etmektedir. Kendini, kanun koyucunun ya da idarenin yerine koyarak karar vermemekte, aksine anayasal sınırların aşıldığı durumları düzeltmektedir.

### IV.

Kişisel görüşüm, Federal Anayasa Mahkemesi'nin bir mahkeme tarafından işlevsel olarak korunması gereken sınırlara genel olarak saygı

duyduğudur, ki bu her durumda bugün konuştuğumuz güvenlik ve özgürlük arasındaki dengeye ilişkin vakalar açısından da geçerlidir. Mahkeme'nin anayasanın koruyucusu olarak sahip olduğu rol önleyici bir pozitif etki yaratmakta; dolayısıyla kanunların titiz bir biçimde hazırlanmasını ve yeni kanunların daha iyi gerekçelendirilmesini sağlamaktadır. Bu özellikle, bugünlerde Almanya açısından da geçerli olmak üzere, populizm ya da *fake news* sebebiyle, parlamentodan çok Talkshowlarda hazırlanan, sosyal medya kargaşasında tartışılan yasama aktivizmine karşı önemli bir frendir.

Federal Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları yıllardan beri yüksek bir düzeyde kabul görmekte ve bu sayede hukuka olan güven de güçlenmektedir. En yüksek mahkemenin üyesi olarak kariyerinin zirvesine ulaşmış ve tekrar seçilmeyi düşünmek zorunda olmayan kişiler, gerçek anlamda bağımsız bir konumdadır ve söz konusu kişilerin anayasaya karşı sorumlu olmaları, özenli davranmaları ve saygılı olmaları beklenmektedir; ki bir anayasanın, işte bu bahsedilen türden kişiliklere ihtiyacı vardır. Zira, anayasa, kendileri olmadan hukukun hukuk olarak adlandırılmayacağı değerler ve hukuk devletine ilişkin esaslar için bir depo, bir bellek gibidir; devleti zorunlu olarak alması gereken önlemler açısından engelleyemez, ancak bu noktada sahip olduğu vazgeçilemeyecek değerleri ve esasları, devlet eylemlerinin kesin sınırları olarak belirler.

Karşılaştırmalı hukukun anlamına ve sınırlarına dair bir nokta ile tebliğimi sonlandırmak istiyorum.

Bir çok kişi farklı düşünse de ben, anayasal sorunlar açısından her zaman her yerde geçerli olabilecek cevapların olmadığı kanaatindeyim. Anayasa hukuku bilimi bir ithalat/ihracat işlemi değildir ve neyse ki ulusal deneyimlerden, kültürel geleneklerden etkilenmektedir. Ancak, başkaları hakkında bilgi sahibi olmak ve kendi yolunu belirleyen kararların hazırlık aşamasında diğer sistemlerle olan ortak noktalar ve farklılıklar hakkında düşünmek ilham verici olabilir. Dolayısıyla, Federal Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları, bir karşılaştırma yapma açısından ilginç bir malzemedir; ancak ne daha fazlası ne de daha eksigiğidir.

Türk Anayasa Mahkemesi'ne kuruluşunun 55. Yıl dönümünde, çeşitli bir çok görevinin üstesinden gelmesi konusunda başarılar diliyorum.