İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İstanbul Hukuk Mecmuası

İstanbul Hukuk Mecmuası, 82 (4), 1231-1269

DOI: 10.26650/mecmua.2024.82.4.0012
https://dergipark.org.tr/pub/ihm
http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_

Başvuru: 13.06.2024
Revizyon Talebi: 11.11.2024
Son Revizyon Tarihi: 11.06.2024
Kabul: 24.11.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararının Tercümesi ve Bu Karar Üzerinden İnsan Hakları ve Terörizm İlişkisinin Analizi*

Berk Cem Tatar**

Öz

10.000 insanın hayatı 150 insanın hayatından daha önemli midir? Eğer öyleyse, insan hayatı yalnızca nicel bir sayı olarak görülebilir mi? Söz konusu soruya cevap vermeden önce düşünülmelidir ki, insanların geçmişlerine bakmadan sadece rakamlara bakılabilir mi? Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu çalışmada incelenen kararında bu durum detaylı olarak tartışılmıştır. Bu nedenle, bu çalışmada bu konuda çok büyük önem taşıyan bir karar Türkçeye çevrilmiş, akabinde de kararda ulaşılan sonuçla birlikte ulaşılma yöntemi bakımından da bir analiz yazılmıştır. Söz konusu analiz sırasında yaşam hakkının nesneleştirilemeyeceği ve insanın bir hakkın sadece öznesi olabileceği hususunda felsefi yaklaşımlarda bulunulmuştur. Ayrıca Alman Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu davayı incelemesi sırasında başvurduğu yöntemler tartışılmıştır. Bir kanun kaynaklı vuku bulan bu davada Mahkeme incelerken sadece hukuki arka plandan faydalanmamıştır. Meclisteki farklı görüşteki milletvekillerine davada görüş sunma fırsatı tanınmıştır. Ek olarak sadece milletvekilleri görüş sunmamış, Alman Silahlı Kuvvetler Birliği, Pilotlar Birliği ve Bağımsız Uçuş Refakatçileri Örgütü de yazılı görüşler sunmuşlardır. Söz konusu yaklaşım ile Türk Anayasa Mahkemesi önünde bir davanın incelenmesi sırasındaki farklılıklara da değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler

İnsan Hakları, Yaşam Hakkı, İnsan Onuru, Anayasa, Terörizm

Translation of the German Federal Constitutional Court's Plane Hijack Verdict and Analysis of the Relationship Between Human Rights and Terrorism Based on This Verdict

Abstract

When compared, is the life of 10,000 people more important than the lives of 150? If so, can human life be viewed only as a quantitative number? Before answering the question, it should be considered that is it possible to look only at numbers without looking at people's backgrounds? The German Federal Constitutional Court discussed this situation in detail in its verdict examined in this study. For this reason, in this study, a critical verdict in this regard was translated into Turkish, and then an analysis was written in terms of the method of reaching the result in the decision. During the analysis in question, philosophical approaches were made that the right to life cannot be objectified and that human beings can only be the subject of a right. In addition, the methods used by the German Constitutional Court during the examination of the case in question were discussed. In this case, which arose out of an enacted law, the Court did not use only the legal background while examining it. Members of Parliament with different opinions were given the opportunity to present their views on the case. In addition, not only the deputies submitted their opinions, but also the German Armed Forces Association, the Pilots' Association, and the Independent Flight Attendant Organisation submitted written opinions. With this approach, the differences in the examination of a case before the Turkish Constitutional Court are also mentioned.

Keywords

Human Rights, Right to Life, Human Dignity, Constitution, Terrorism

* Eserdeki görüşler, yazarın şahsi görüşlerini yansıtmakta ve çalıştığı kurumu bağlamamaktadır.

** **Sorumlu Yazar:** Berk Cem Tatar (Yüksek Lisans Mezunu), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Türkiye. E-mail: berk.cm.tatar@gmail.com ORCID: 0000-0001-9606-5762

Atıf: Tatar BC, "Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararının Tercümesi Ve Bu Karar Üzerinden İnsan Hakları Ve Terörizm İlişkisinin Analizi" (2024). İstanbul Hukuk Mecmuası 1231. https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.4.0012

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

Extended Summary

As is known, the securitisation of the law came to the fore after 9/11. In this article, the balance and the subsequent dilemma of security and freedom were examined on the basis of a verdict of the German Federal Constitutional Court, which was dated in 2006. In the decision of the Court, from time to time, the possibilities of the weighing lives one another were dwelled on by examining "Aerial Security Law" which at one point permitted a hijacked plane to be shot down, in order to save more lives. The court, however, did not open the door of weighing life by invoking the core element of the *Bundesgesetz*, the German Constitution, namely the human dignity. The verdict, which was translated into Turkish from German, did not solely touch upon the substantive part of the law. In other words, the German Federal Constitution Court has also delved into the procedural part of the law. As is known, in Germany, *landers*, the States, have a lot saying during the procedure of enacting a law. Therefore, the States have also argued against the Law before the Court not only on the grounds of the substantive part but also on the grounds of the procedural part. It was contested that the Federal government did have the consent of the other part of the legislature.

Regarding the substantial part, the issue that the German Federal Constitutional Court focuses on in its decision is the incomparability of human lives. If there is even a 1% chance, human life cannot be put at risk and cannot be compared quantitatively. Similar discussions have arisen in the railway switchman dilemma for years. Accordingly, when a waggon with no brakes is coming quickly and five railway workers are working on the road where the waggon in question travels, they do not have time to escape. However, if the railway switchman notices the situation and turns the switch, he turns it to the side where only one worker is working. With very simple mathematics, the railway switchman would prefer that one person die rather than five. When the criminal liability of the railway switchman is left aside, the issue to be discussed is "ethics". Because are the lives of five people greater than the life of one? The answer to this question is generally "yes". The question then asked will be; What if that person is a Nobel Prise-winning doctor who will find the cancer vaccine? Then the answer changes and the scientist's life becomes more important than the other five people and the railway switchman does not turn the switch. The dilemma begins exactly here. When answering the first question, the background, education, and role of these people on the world stage were not taken into consideration. Directly, these people were reduced to the status of objects, they were forgotten that they were humans, and they turned into "numbers". An attempt has been made to explain this situation around the concepts of human rights and the fight against terrorism. It was emphasised that the concepts in question are not alternatives to each other and that the fight against terrorism will be carried out more accurately by respecting human rights. This is the issue emphasised in the Court decision in this study. The issues that

states should take into consideration when legitimately fighting terrorism within the boundaries of law were also evaluated within the framework of "ethical" principles, both in the decision of the German Federal Court and in the subsequent analysis.

Furthermore, while the Court examined the case, many aspects were considered and many actors were given the right to defend their arguments before the Court. In the process, professionals in the topic such as the Association of German Federal Defence, the Association of Pilots and the Independent Flight Attendant Organisation had right to put forward their ideas and arguments. Not only were the non-governmental bodies able to present their arguments, but also the groups at the parliaments could argue the case. In this process, one of the interesting things to observe was the delving into the arguments of the parliament groups/alliances who backed the law during the voting procedure of the law, but argued against it before the Court. Also, the possibilities of these "amicus curiae", the friends of the court, term in Turkish aspect was dwelled on. In this regard, as it is seen that the working rules of the Turkish Constitutional Court and the German Constitutional Court are different from one another, many aspects of them were discussed. Most importantly, the term "amicus curiae" was used when the first of its kind was made possible by the Turkish Constitutional Court, as the Court accepted the amicus curiae report, which was prepared by the Constitutional Law Research Association (Anayasa-Der) and the Turkish Criminal Law Association (TCHD) and submitted together to the Court.

Giriş

Bilindiği üzere 11 Eylül 2001 tarihi insanlık için unutulamayacak trajik olayların yaşandığı bir gün. O tarihten sonra insan hakları ve terörizm ilişkisi daha önce akademisyenlerin dahi tahmin edemeyecekleri düzeyde değişmiştir. Birey-devlet ilişkisindeki sarkaç otoriteyi temsil eden Devlet tarafına ağır basmış, en önemlisi ise akademi ve yasama bunu kanıksamıştır. Benzer yaklaşımlar Avrupa Birliği (AB) tarafından da benimsenmiştir. Bilindiği üzere 11 Eylül sonrası güvenlik algılamaları değişmiş, bu doğrultuda AB de güvenlik stratejisini ve dış ilişkilerini yeniden uyarlamıştır[1]. Söz konusu değişim Aralık 2003'te yayımlanan Avrupa Güvenlik Stratejisi Belgesi'nde (European Security Strategy Paper) kendine yer bulmuştur. Buna göre terörizm, sınır kontrolü ve donmuş çatışmalara ayrıca önem atfedilmiştir[2]. Bu konuda yargı kararları, 11 Eylül sonrası olaylar kaynaklı çıkan kanunlar veya regülasyonlar nezdinde daha da önemli olmuştur. Çoğu zaman çıkan kararlar iki tarafı da memnun etmemişse de – bu çalışmada da inceleneceği üzere – frenleyici bir mekanizma olarak çalışmıştır.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu çalışmada incelenecek kararı teröristlerce kaçırılmış ve kalabalık bir yere düşüp daha fazla insanın öldürülmesine yol açacak bir uçağın henüz yere düşmeden havada savaş uçaklarıyla vurulmasına izin verilmesiyle ilgilidir. Bir uçağın, içinde kaçırılma olayına hiç karışmayan yolcularla birlikte vurulması konusunda Mahkeme'nin üzerinde durduğu hususlar dikkate değerdir. Bu çalışmanın büyük bir kısmı Mahkeme'nin kararının Türkçeye çevrilmesi olduğu için kanun veya metin isimlerinin Almancalarına da ihtiyaten atıflarda yer verilirken, kararda birçok kez atıf yapılan Alman Anayasası maddelerinin de Türkçe çevirilerine atıfta yer verilmiştir.

Böyle bir kararın çıkmasına yol açan Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasının Alman Yasama organınca geçirilmesine sebebiyet veren hadise kararda açıklanmıştır. 11 Eylül olayları sonrası Avrupa'da terörizm ve insan hakları konusunda büyük bir tartışma yaşanmıştır. Zaman zaman devletlerin aldıkları kararlar ile insan hakları, "Mehteran Takımı" gibi "iki ileri-bir geri" hareket etmiştir[3]. Türkçeye çevrilen bu kararda ise teröristlerce kaçırılan bir uçağın yere düşmeden vurulması halinde o uçakta bulunan ve bu terör saldırısına katılmayan yolcuların ve mürettebatın yaşam hakları uzunca tartışılmıştır. Ancak asıl üzerinde durulan husus hiçbir zaman bir teröristin motivasyonundan tam olarak emin olunamayacağıdır. Zira terörist her ne kadar uçağı kaçırsa ve uçağı daha fazla insanı öldürmek motivasyonuyla

[1] Sibel Turan ve Nergiz Özkural Köroğlu, *Uluslararası İlişkilerde Teoriden Pratiğe Güncel Yaklaşımlar*, (1. Bası, Dora 2015) 87 vd.

[2] EU Council, European Security Strategy Paper (2003), < https://www.consilium.europa.eu/media/30823/qc7809568enc.pdf > Date of Access 9 June 2023.

[3] Can Öztaş 'The March of the Mehteran Rethinking the Human Rights Critiques of Counter-Terrorism' (2011) 7(2) Utrecht Law Review 180, 184.

silah olarak kullanacaksa da dikkat edilmesi gereken nokta teröristin de o uçakta olduğudur. Günün sonunda dışarıdan bakan biri, kalabalık bir yerde bulunan binlerce kişinin hayatının uçakta bulunan birkaç yüz kişinin hayatından nicelik olarak tercih edilebilir olduğunu düşünebilir; ancak bir teröristin son dakikaya kadar vazgeçme ihtimalinin bulunduğu akıldan çıkmamalıdır. Böyle bir durumda o insanlar erken veya yanlış temellendirilmiş bir karar verildiği için öldürülmüş olacaklardır. Ancak ne var ki, yapılan hukuki yorumlara rağmen 11 Eylül saldırılarının insanlığın tarihine bir kara leke olarak kalacak olması bir yana, saldılar insan hakları hukukunun gerilemesi ve kötüleşmesi bakımından da bir dönüm noktası olmuştur. Eskiden olmuş olsa toplumlarda infial yaratacak yürütme organı direktifleri, 11 Eylül sonrasında bazı çevrelerce yeterli derecede sert olmaması sebebiyle dahi eleştirilebilmiştir. Nitekim 11 Eylül saldırılardan hemen sonra ve United Airlines uçağı Pennsylvania'da düşmeden önce, ABD Başkanı George Bush orduya gerekirse yolcu uçaklarının vurulması emrini vermiştir. Bu emiri ise "Ülkenin başkentini ve Amerikalıları korumak için" verdiğini açıklamıştır[4].

Aşağıda büyük oranda Almanca asıl dilinden yer yer de anlam bütünlüğünün teyit edilmesi amacıyla resmi İngilizce çevirisinden çevrilen Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararına yer verilmiş, daha sonra da bu kararın analizi yapılmıştır. Söz konusu kararda irdelenen husus ise insan hayatının niceliksel olarak karşılaştırılamazlığı ve iptali istenen kanunun insan hayatını hakkın öznesi değil bir nesnesi haline getirmesi üzerinedir. Zira Anayasa Mahkemesi, Alman filozof Immanuel Kant'a dayanan oldukça geniş bir tanım olarak "nesne formülü"nü geliştirmiştir. Bu formül uyarınca, insan onurunun, kamu makamlarının "insanları yalnızca eylemlerinin nesnesi olarak kullanmasını" yasakladığı ileri sürülmüştür. Bir diğer deyişle, Kant'ın yaklaşımının da esas aldığı görüşe göre insanlar herhangi bir hakkın nesnesi değil, hakkın kullanıcısı pozisyonundaki öznesi olabileceklerdir. Dolayısıyla insan onuru ve yaşam hakkı asla keyfi bir idari karara konu olamazlar[5]. Bu sebeple Federal Anayasa Mahkemesi kararının büyük bir bölümü çevrilmiştir. Çevrilen kısımlar Anayasa Mahkemesi'nin insan hakları bakış açısı hakkında fikirlerin ve argümanların tartışıldığı kısımlar, çevrilmemiş kısımlar ise genel anlamda Alman sistemi içerisinde eyaletlerin veya yasamanın kanatlarının arasındaki yetki tartışmaları üzerine olan kısımlardır. Ayrıca çeviride görüleceği üzere yer yer 2.1. gibi çift numaralandırmaya gidildiği görülmüştür. Karışıklığa sebebiyet vermemek için bu durumun açıklanmasında fayda vardır. Karar çevirisi sırasında asıl dilindeki orijinal metinde her paragrafın bir numarası vardır. Söz konusu bu

[4] Miguel Beltrán De Felipe and José María Rodríguez De Santiago, 'Shooting Down Hijacked Airplanes? Sorry, We're Humanists. A Comment on the German Constitutional Court Decision of 2.15.2006, Regarding the Luftsicherheitsgesetz (2005 Air Security Act)' (2007) Bepress Legal Series <https://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=9355&context=expresso> Date of Access 25 September 2023.

[5] Lukas Frederik Müller, 'Identifying German Legal Approaches to Terror—How the Constitution Shapes Legislation Allowing the Shooting Down of a Hijacked Plane' (2019) 19(1) German Law Journal 114, 119.

numaralar da bu çalışmadaki çeviride en soldaki baş kısımda yer almaktadır. Kararın içeriğindeki numaralandırmalara da bu baş kısımdaki paragraf numaralarından sonra yer verilmiştir.

I. Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararının Çevirisi

A. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin İlk Dairesi'nin 15 Şubat 2006 Tarihli Kararı

1 BvR 357/05

1. Federal Anayasa'nın[6] 35. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesi[7] ve 35. maddenin 3. fıkrasının birinci cümlesi[8], Federal Hükümet'e doğrudan silahlı kuvvetlerin, doğal afetlerin kontrolü için konuşlandırılmasına ilişkin detaylar ve bunlara uygun olarak özellikle ağır kazalar halinde, bu durumlardan zarar gören eyaletler ile işbirliği konusunda düzenlemeler yapma hakkını vermektedir. 35. maddenin 2. fıkrasının ikinci cümlesi dahilinde "Özellikle ağır kaza" kavramı, bir felaketin neredeyse kesin olarak beklenebileceği olayları da kapsamaktadır.

2. Federal Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesi ve 35. maddesinin 3. fıkrasının birinci cümlesi, Federal Hükümet'e, doğal afetlerin ve özellikle ağır kazaların olması durumunda silahlı kuvvetlere, özellikle askeri silahlarla müdahale etme yetkisi vermez.

3. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun[9] 14. maddesinin 3. fıkrası[10] uyarınca, silahlı kuvvetlere, insan hayatına karşı kullanılması amaçlanan bir uçağı doğrudan silahlı kuvvet kullanarak düşürme yetkisinin verilmesi, uçakta o sırada saldırıya iştirak etmemiş kişilere de zarar vereceğinden Federal Anayasa'nın 1. maddesinin 1. fıkrasındaki "İnsan Onuru"nun garanti altına alınmasıyla[11] bağlantılı olarak Federal Anayasa'nın 2. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesindeki[12] yaşam hakkı ile bağdaşmaz.

---

6 *Grundsgesetz*.

7 Doğal bir afette veya çok ağır bir kazada, bir eyalet diğer eyaletlerin polis kuvvetlerini, diğer idarelerin, federal sınır muhafızlığının ve silahlı kuvvetlerin birliklerini ve araçlarını yardıma çağırabilir.

8 Doğal afet veya kazanın birden fazla eyaletin topraklarını tehdit etmesi halinde, etkili bir mücadele için gerekli oldukça, Federal Hükümet eyalet hükümetlerine talimatta bulunarak polis kuvvetlerini diğer eyaletlerin hizmetine vermelerini emredebilir ve federal sınır muhafızlığı ve silahlı kuvvetlerin birliklerini polis güçlerini desteklemeye gönderebilir.

9 *Luftsicherheitsgesetz – LuftSiG*.

10 Doğrudan doğruya silah gücünün kullanılmasına, ancak mevcut koşullara göre uçuş aracının insan yaşamına karşı kullanılacağının anlaşılması ve bunun o andaki tehlikenin önlenmesi için tek çare olarak kabul edilmesi halinde izin verilebilir.

11 İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür.

12 Herkes, yaşam ve beden bütünlüğünün korunması hakkına sahiptir.

Karar

1. 11 Ocak 2005 tarihli Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası (Federal Resmi Gazete I sayfa 78), Anayasa'nın 87/a maddesinin 2. fıkrası[13] ve 35. maddenin 2. fıkrası ve 35. maddenin 3. fıkrası ile bağlantılı olarak Anayasanın 2. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesiyle ve Anayasanın 1. maddesinin 1. fıkrasıyla bağdaşmaz ve bu nedenle geçersizdir.

2. Federal Almanya Cumhuriyeti'ne başvuruculara gerekli masrafları geri ödenmesi emri verilmiştir.

Sebepler

A.

1.Bireysel başvuru ile Havacılık Güvenlik Kanunu tarafından silahlı kuvvetlerin insan hayatına karşı suçlarda silah olarak kullanılması amaçlanan uçakları doğrudan silahlı kuvvet kullanarak düşürme yetkisine itiraz edilmektedir.

I.

2. 11 Eylül 2001'de, Amerikan havayollarının dört yolcu uçağı Amerika Birleşik Devletleri'nde uluslararası bir terör örgütü tarafından kaçırılmış ve düşürülmüştür. Uçaklardan ikisi New York'taki Dünya Ticaret Merkezi'ne, biri Amerika Birleşik Devletleri Savunma Bakanlığı Pentagon'a düşmüştür. Dördüncü uçağın düşüşü Pennsylvania eyaletinde Pittsburgh'un güneydoğusunda meydana gelmiş, muhtemelen uçaktaki yolcuların müdahalesi uçağın rotasında bir değişikliğe neden olmuştur. Uçaklardaki, Dünya Ticaret Merkezi bölgesindeki ve Pentagon'daki 3.000'den fazla kişi bu saldırılarda ölmüştür.

3. 5 Ocak 2003 tarihinde, silahlı bir adam bir uçağı kaçırmış ve uçağa Frankfurt / Main bankalar bölgesinin üzerinde daire çizdirmiş ve kendisine Amerika Birleşik Devletleri'ne telefon etme imkânı tanınmazsa uçağı Avrupa Merkez Bankası'na düşürmekle tehdit etmiştir. Bunun üzerine bir polis helikopteri ve Alman Hava Kuvvetlerine ait iki jet avcı uçağı havalanmış ve kaçırılan uçağın etrafında uçmuştur. Polis kuvvetleri teyakkuza geçmiş, Frankfurt şehir merkezi boşaltılmış, yüksek binalar tahliye edilmiştir. Yakalandıktan yarım saatten az bir süre sonra ise uçağı kaçıranın kendi başına hareket eden mental bozukluk yaşayan bir kişi olduğu ortaya çıkmıştır. Hava korsanının talebine uyulduktan sonra uçak, Rhein-Main Havaalanına inmiş ve korsan, tutuklanması sırasında görevlilere direnmemiştir.

[13] Silahlı güçler ulusal savunma görevi dışında ancak Anayasanın açıkça öngörmesi halinde kullanılabilir.

4. Her iki olay da sivil havacılığa hukuka aykırı müdahaleyi önlemeyi, sivil havacılığın güvenliğini bir bütün olarak iyileştirmeyi ve bunu yaparken de uçağın bulunduğu yerlerde hava trafiğiyle ilgisi olmayan amaçlar için onları kötüye kullanmak isteyen kişiler tarafından gelebilecek tehlikelerden korumayı amaçlayan çok sayıda önlemin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir (Uçak tanımı için 27 Mart 1999 tarihinde değiştirilen Sivil Havacılık Kanunu'nun[14] 1.2. maddesine bkz. Federal Resmi Gazete I s. 550.).

5.a) 16 Aralık 2002 tarihinde, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi, Sivil havacılık güvenliği alanında ortak kurallar oluşturan 2320/2002 sayılı Tüzüğü (EC) kabul etmiş, bu tüzük, 29 Nisan 2004 tarihli 849/2004 sayılı Tüzük (EC) ile değiştirilmiştir (Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi (OJ) 30 Nisan 2004 tarihli L 158, s. 1). Bu tüzük, Avrupa Topluluğu üye devletlerinin topraklarındaki havalimanları için kapsamlı hava trafik güvenlik önlemlerinin alınmasını sağlamıştır. Bu önlemler, ulusal havalimanları için planlama gereksinimlerinin belirlenmesini, halkın erişebileceği tüm havalimanı alanlarının gözetimine ilişkin düzenlemeleri, uçakların aranmasına ve personelin ve taşınan eşyaların taranmasına ilişkin hükümleri, yolcuların ve bagajlarının taranmasına ilişkin hükümleri ve hava mürettebatı ve yer personelinin işe alınması ve eğitilmesine ilişkin ulusal bir program için kılavuz hükümleri ihtiva etmektedir.

6.b) Federal Almanya Cumhuriyeti'nde, amacı hava trafiğinin güvenliğini artırmak ve hava trafiğini saldırılardan korumak olan olgusal ve yasal önlemler alınmıştır.

7.aa) 1 Ekim 2003 tarihinden itibaren Aşağı Ren, Kalkar'da kurulan "Ulusal Hava Güvenlik Merkezi"[15] faaliyete geçmiştir. Bu merkez, Alman hava sahasında güvenliği garanti altına almak için merkezi bir bilgi merkezi olarak, Federasyon ve eyaletlerin havacılık güvenliği sorunlarından sorumlu tüm yetkililer arasında koordineli ve hızlı bir işbirliği sağlamayı amaçlamaktadır. Ulusal Hava Güvenlik Merkezinde, Federal Silahlı Kuvvetler, Federal Polis ve Alman Hava Seyrüsefer Hizmetleri[16] üyeleri hava sahasını taramaktadır. Merkezin temel işlevi, onları hedefli bir kaza için silah olarak kullanmak isteyenler tarafından komuta edilen sivil uçaklar olan kaçırılmış uçaklardan kaynaklanan tehlikeleri önlemektir. Bir uçak ister NATO ister Ulusal Hava Güvenlik Merkezi'nce "kaçırılmış" olarak sınıflandırıldığında, Alman hava sahasında bu tür bir tehlikenin önlenmesi için gerekli tedbirlerin sorumluluğu, Federal Almanya Cumhuriyeti'nin yetkili makamlarındadır.

14 *Luftverkehrsgesetz*

15 *Nationales Lage- und Führungszentrum Sicherheit im Luftraum.*

16 *Deutsche Flugsicherung.*

8.bb) Bu önlemlerin yasal dayanağı, 11 Ocak 2005 tarihli Havacılık Güvenlik Fonksiyonlarının Yeni Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da[17] belirtilmiştir (Federal Hukuk Gazetesi I s. 78).

9.aaa) Federal Konsey'e göre[18], Federal Konsey'in onayını gerektiren ancak bu tür bir rızayı almayan (Bundesrat Belgeleri 716/04) bu Kanun, o zamana kadar Sivil Havacılık Kanunu'nda belirtilen ve havacılık güvenliğine yönelik dış tehlikelerin önlenmesine ilişkin hükümleri pekiştirmektedir ve düzenlenecek diğer konularla birleştirilmiştir. 16 Aralık 2002 tarihli ve 2320/2002 numaralı Avrupa Parlamentosu ve 16 Aralık 2002 tarihli Konsey Tüzüğüne uyarlamalar yapmaktadır (Bundesrat Belgeleri 15/2361, s.14). Kanunun 1. maddesi, yeni tüzüğün özü olarak Havacılık Güvenliği Kanunu'nu içermektedir.

10. (1) Havacılık Güvenliği Kanunu, 1. maddesi uyarınca, uçak kaçırma, sabotaj eylemleri ve terörist saldırıları olmak üzere hava güvenliğine koruma sağlamaya hizmet etmektedir. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca, havacılık güvenliği otoritesi, hava trafiğinin güvenliğine yönelik saldırıları önleme işlevine sahiptir. 3. madde uyarınca, yetkisi özel olarak Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 5. maddesinde spesifik olarak düzenlenmediği ölçüye kadar, münferit bir olayda hava trafiğinin güvenliğine yönelik bir tehlikeyi önlemek için gerekli tedbirleri alır.

11. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 5. maddesi, havacılık güvenliği otoritelerine, kamunun erişemeyeceği havalimanı alanlarını güvence altına almak için kişi ve nesnelerin taranması ve aranması konusunda kapsamlı yetki verir. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 7. maddesi, havacılık güvenliği yetkililerine, profesyonel sıfatla uçuş veya havaalanı operasyonlarına dahil olan kişilerin geçmiş kontrollerini gerçekleştirme yetkisi verir. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 8. ve 9. maddeleri, hava trafiğinin güvenliğine yönelik saldırılardan korunma ile ilgili olarak havalimanı operatörlerinin ve havayollarının birtakım görevlerini belirler. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 11. maddesi, uçakta belirli nesneleri taşımayı yasaklar. Son olarak, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 12. maddesi, uçağın komuta pilotlarına, seyrettikleri uçağın emniyet ve düzeninin korunması için işlev ve yeterliliklerin verilmesini düzenler.

12. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 16. maddesi 2. fıkrası uyarınca, havacılık güvenliği otoritelerinin görevleri prensip olarak Federal Hükümet adına Eyaletler tarafından yerine getirilir. Ancak, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca hava trafiğinin güvenliğine yönelik saldırılardan korunma, Federal Polis

---

17 *Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben*.

18 Federal Konsey (*Bundesrat*), Federal Almanya Cumhuriyeti'nin yasama kolunun bir kanadıdır. Alman Anayasası'nın 50.maddesi uyarınca Eyaletler, Federal Konsey aracılığıyla, Federasyonun yasama ve idaresine ve Avrupa Birliğinin işlerine katılırlar (*Yazar Notu*).

Kanunu'nun[19] 4. maddesi uyarınca, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 16. maddesinin 3. fıkrasının 2. ve 3. cümlelerindeki gerekliliklerin karşılanması durumunda Federal Polisin görevidir. En son bahsedilen hükümler uyarınca, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 9. maddesinin ilk fıkrasında belirtilenler dışında, havacılık güvenliği otoritelerinin görevleri, güvenlik önlemlerinin ülke çapında tek tip olarak uygulanmasını garanti etmek için gerekliyse Federal İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenen federal otorite tarafından doğrudan yerine getirilebilir.

13. (2) "Silahlı Kuvvetler Aracılığıyla Destek ve İdari Yardım"[20] başlığı altında, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13. ve 15. maddeleri arası, Kanun'un ayrı bir 3. bölümünü oluşturmaktadır. Büyük bir hava olayında, polis gücünün kullanılması bağlamında, Anayasanın 35. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesi veya 35. maddesinin 3. fıkrasındaki anlamı dahilinde "özellikle ağır bir kaza" olduğu varsayımına yol açan önemli bir hava olayı olgusu mevcutsa, silahlı kuvvetler, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, bu tür bir kazayı etkili bir şekilde önlemek için gerekli olduğu ölçüde hava sahasında eyalet polis kuvvetlerini desteklemek için konuşlandırılabilir. Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrası uyarınca bölgesel olağanüstü hal durumunda, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesinin 2. fıkrası uyarınca bu tür bir konuşlandırma kararı, etkilenen eyaletin talebi üzerine Federal Savunma Bakanı tarafından veya Bakanı temsil eden başka bir Federal Hükümet bakanı tarafından alınır. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13. maddenin 3. fıkrasının birinci cümlesi uyarınca, Anayasa'nın 35. maddesinin 3. fıkrası uyarınca bölgelerarası bir olağanüstü hal durumu olduğunda ise bu karar, etkilenen eyaletlere danışılarak Federal Hükümet tarafından alınacaktır. Aynı hükmün ikinci cümlesi uyarınca, Federal Hükümetin kararı bu sürede alması imkansızsa, Savunma Bakanı veya Savunma Bakanına vekalet eden Federal Hükümetin bakanı, bu kararı Federal İçişleri Bakanına danışarak alacaktır. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesinin 4. fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca, görev bağlamında silahlı kuvvetlerin desteği, Havacılık Güvenliği Kanunu hükümlerine uygun olarak sağlanacaktır.

14. Havacılık Güvenliği Kanunu uyarınca geçerli operasyonel önlemler ve seçimlerine ilişkin geçerli ilkeler, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. ve 15. maddelerinde belirtilmiştir. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 15. maddesi 1. fıkrası uyarınca, Havacılık Güvenlik Kanunu madde 14/1 ve 14/3 anlamında özellikle ağır bir kazanın meydana gelmesini önlemeyi amaçlayan operasyonlar, yalnızca bu tür bir kazanın meydana geleceği uçağın daha önce hava sahasında silahlı kuvvetler tarafından kontrol edilmiş ve daha sonra uyarılmaya ve yönlendirmeye çalışılması başarısız olmuşsa hayata geçirilebilir. Bu ön koşul yerine getirilmişse, Silahlı

[19] *Bundespolizeigesetz.*

[20] "*Unterstützung und Amtshilfe durch die Streitkräfte"*

Kuvvetler, Havacılık Güvenliği Kanunu 14. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, uçağı hava sahasındaki rotasından çıkarabilir, inmeye zorlayabilir, silahlı kuvvet kullanmakla tehdit edebilir veya uyarı atışları yapabilir. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 2. fıkrası uyarınca orantılılık ilkesi, bu önlemler arasındaki seçim için geçerlidir. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, uçağa karşı silahlı kuvvetin doğrudan kullanımına, ancak ağır bir kazanın meydana gelmesi bu tür önlemlerle dahi engellenemiyorsa izin verilebilir. Ancak bu, yalnızca, uçağın insan hayatına karşı bir silah olarak kullanılması amaçlandığı ve bu yakın tehlikeyi önlemek için doğrudan silahlı kuvvet kullanımının yegane yol olduğu durumlarda geçerlidir. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 4. fıkrasının birinci cümlesi uyarınca, bu tedbiri emretmek için münhasır yetki Federal Savunma Bakanına veya Savunma Bakanının temsil edilmek zorunda olması durumunda, onu temsile yetkili olan Federal Hükümet üyesine aittir.

15. bbb) Kanunun yasama sürecinde - Havacılık Güvenlik Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasının esas olarak anayasaya uygunluğuna ilişkin ifade edilen çekinceler dışında - her şeyden önce tartışmalı olan soru, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13. 14. ve 15. maddelerinin Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrasının ikinci ve üçüncü fıkrası[21] ile belirlenen anayasal sınırlar içinde kalıp kalmadığıydı. Bu soruya Federal Meclis'te Federal Hükümet ve iktidar partilerinin milletvekilleri tarafından olumlu yanıt verilirken (Federal Meclis Genel Kurul Tutanakları 15/89, ss 7882-7883, 7886 (A), 7900 (C)); muhalefet partilerinin temsilcileri tarafından olumsuz yanıt verilmiştir (Federal Meclis Genel Kurul tutanakları 15/89, ss 7884, 7890-7891). Ayrıca, Federal Meclis İçişleri Komisyonu'nun yürüttüğü bilirkişi duruşmasında bu soruya ilişkin ifade edilen görüşler çelişkiliydi (26 Nisan 2004 tarihli komite toplantısı ile ilgili 15/35 sayılı tutanak). Aynı durum, Federal Konsey'deki tartışmaları için de geçerlidir. (Komite çoğunluklarının görüşleri için, Federal Konsey belgesi 827/1/03, s 1 vd ve Federal Konsey belgesi 509/1/04, ss 13-14.).

17. ccc) Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13, 14 ve 15. maddelerinde silahlı kuvvetler tarafından destek ve idari yardıma ilişkin hükümlerin ifadesi aşağıdaki gibidir:

18. § 13

19. Federal Hükümetin Kararı

20. (1) Büyük bir hava olayında, polis gücünün kullanılması bağlamında, Anayasanın 35. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesi veya 35. maddesinin 3.

[21] Doğal afet veya kazanın birden fazla eyaletin topraklarını tehdit etmesi halinde, etkili bir mücadele için gerekli oldukça, Federal Hükümet eyalet hükümetlerine talimatta bulunarak polis kuvvetlerini diğer eyaletlerin hizmetine vermelerini emredebilir ve federal sınır muhafızlığı ve silahlı kuvvetlerin birliklerini polis güçlerini desteklemeye gönderebilir. Birinci cümleye göre Federal Hükümetin aldığı önlemler, Federal Konseyin isteğiyle her zaman, diğer hallerde tehlikenin giderilmesinden sonra gecikmeden kaldırılır.

fıkrasındaki anlamı dahilinde "özellikle ağır bir kaza" olduğu varsayımına yol açan önemli bir hava olayı olgusu mevcutsa, silahlı kuvvetler, bu tür bir kazayı etkili bir şekilde önlemek için gerekli olduğu ölçüde hava sahasında eyalet polis kuvvetlerini desteklemek için konuşlandırılabilir.

21. (2) Anayasanın 35. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca bir görevle ilgili karar, etkilenen eyaletin talebi üzerine Federal İçişleri Bakanına danışılarak, Federal Savunma Bakanı tarafından, kendisine vekalet edilme durumu söz konusu olduğunda ise ancak Bakanlar Kurulu'nun onu temsile yetkili üyesi tarafından verilebilir. Acil işlem yapılması gerektiğinde, Federal İçişleri Bakanlığı gecikmeden bilgilendirilecektir.

22. (3) Anayasa'nın 35. maddesinin 3.fıkrası uyarınca görevle ilgili karar, etkilenen Eyaletler ile istişare halinde Federal Hükümet tarafından alınacaktır. Federal Hükümetin kararını zamanında vermesi mümkün değilse, Federal İçişleri Bakanı'na danışılarak Federal Savunma Bakanı tarafından, kendisine vekalet edilme durumu söz konusu olduğunda ise ancak Bakanlar Kurulu'nun onu temsile yetkili üyesi tarafından verilebilir. Federal Hükümetin kararı gecikmeden gerçekleştirilecektir. Derhal eyleme geçilmesi gerektiğinde, etkilenen Eyaletler ve Federal İçişleri Bakanlığı gecikmeden bilgilendirilecektir.

23. (4) Daha fazla ayrıntı, Federal Hükümet ve Eyaletler arasında düzenlenecektir. Silahlı kuvvetlerin desteği bu Kanun hükümlerine göre yapılır.

24. § 14

25. Operasyonlar, talimat verme yetkisi.

26. (1) Silahlı kuvvetler, ağır bir felaketin ortaya çıkmasını önlemek amacıyla hava sahasındaki uçuş araçlarını geri püskürtebilir, inişe zorlayabilir, silah gücü kullanma tehdidinde bulunabilir veya uyarı atışı yapabilir.

27. (2) Birden çok olası önlemler içinden tahminen bireylere ve kamuya en az zarar verecek olanın seçilmesi zorunludur. Alınan önlem, amacının gerektirdiği sürede ve genişlikte uygulanmalıdır. Önlemin yol açacağı zarar, hedeflenen başarıya göre göze çarpacak derecede bir ölçüsüzlük içinde olmamalıdır.

28. (3) Doğrudan doğruya silah gücünün kullanılmasına, ancak mevcut koşullara göre uçuş aracının insan yaşamına karşı kullanılacağının anlaşılması ve bunun o andaki tehlikenin önlenmesi için tek çare olarak kabul edilmesi halinde izin verilebilir.

29. (4) Üçüncü fıkradaki önlemin alınmasına yönelik emir, ancak Federal Savunma Bakanı tarafından, kendisine vekalet edilme durumu söz konusu olduğunda ise ancak Bakanlar Kurulu'nun onu temsile yetkili üyesi tarafından verilebilir.

30. § 15

31. Diğer Önlemler

32. (1) 14. maddenin 1. fıkrası ve 14. maddenin 3. fıkrası uyarınca önlemler ancak [uçağın] kontrolünden ve [uçağın] başarısız uyarı ve yön değiştirme girişimlerinden sonra alınabilir. Bu amaçla silahlı kuvvetler, hava trafik kontrolünden sorumlu makamın talebi üzerine hava sahasındaki uçakları kontrol edebilir, yönlendirebilir veya uyarabilir...

33. (2) (…) Federal Hava Kuvvetleri Başkanı, Federal Savunma Bakanını, 14. maddenin 1. fıkrası ve 14. maddenin 3. fıkrasındaki önlemlere yol açabilecek durumlar hakkında gecikmeden bilgilendirecektir.

34. (3) İdari yardımın diğer düzenlemeleri ve ilkeleri etkilenmeden kalır.

II.

35.Davacılar, anayasal şikayetleri ile doğrudan Havacılık Güvenliği Kanunu'na itiraz etmektedirler, çünkü iddia ettikleri üzere, devlete o suçun faili olmayıp, mağduru olan kişileri kasıtlı olarak öldürme izni vermektedir. Davacılar, kanunda belirtilen koşullar altında uçakların düşürülmesine izin veren Havacılık Güvenlik Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasının Anayasa'nın 19. maddesinin 2. fıkrası[22] ile bağlantılı olarak 1. maddenin 1. fıkrası ile 2. maddenin 2. fıkrasının ikinci cümlesi kapsamındaki haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir[23].

36. 1. Anayasa şikâyeti kabul edilebilirdir. Şikayet sahiplerinin temel hakları, itiraz edilen düzenleme tarafından doğrudan ihlal edilmektedir. Uçakları sık sık özel ve profesyonel nedenlerle kullandıklarından, Havacılık Güvenlik Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca alınan önlemden etkilenme olasılığı sadece teoride değildir.

37. 2. Anayasa şikâyeti ayrıca sağlam dayanaklara sahiptir. Havacılık Güvenliği Kanunu, Anayasa'nın 1. maddesinin 1. fıkrası ve 2. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesi uyarınca başvurucuların insan onuru ve yaşam hakkı gibi temel haklarını ihlal etmektedir. Yasa, onları yalnızca devlet eyleminin objeleri haline getirmektedir. Yaşamlarının değeri ve korunması nicel boyutlara ve muhtemelen "koşullar altında" kendilerine kalan ömür uyarınca Federal Savunma Bakanının takdirine bırakılmıştır. Acil bir durumda, eğer Bakan, elindeki bilgilere dayanarak onların (uçaktakilerin) yaşamlarının kısa süreceğini ve yaklaşmakta olan kayıplar karşılaştırıldığında artık

[22] Bir temel hakkın özüne hiçbir sebeple dokunulamaz.

[23] Kararın 36-40. paragraflarında başvurucuların iddialarına ve bu iddialarına temel oluşturan argümanlara yer verilmişken Kararın Mahkemece "Kabul edilebilir" bulunduğu ileri sürülen argümanların tartışması için 72. paragraf ve devamına bakılmalıdır (*Yazar Notu*).

onların hiçbir şekilde değerli sayılmayacaklarını veya daha az değerli sayılacaklarını öngörürse, feda edilebilirler veya kasten öldürülebilirler.

38. Devlet, bir grup insanı- bu durumda, bir uçağın mürettebatını ve yolcularını- kasıtlı olarak öldürerek vatandaşlarının çoğunluğunu koruyamaz. Bir tarafta kaç kişinin etkileneceği ve diğer tarafta kaç kişinin etkilenmesine izin verilmez standartlarına göre hayatların hayatlarla karşılaştırılmasına müsaade edilemez. Devlet öldürerek kurtarmayı umduğundan daha az sayıda olduğu için insanları öldüremez.

39. Yolcuların yaşam hakkına ilişkin bir nitelik de, uçağın artık silaha dönüştüğü ve yolcuların da bunun bir parçası olarak görüldükleri iddia edilerek temellendirilemez. Bu şekilde argüman üreten her kimse, onları yalnızca devlet eyleminin nesnesi haline getirir ve onları insan niteliklerinden ve onurundan mahrum bırakır.

40. Anayasanın 2. maddesinin 2. fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan özel hükmün[24] anayasal gerekliliği de farklı bir sonuca yol açmaz. Anayasanın 19. maddesinin 2. fıkrasında yer alan temel hakların özünün teminatı, kasıtlı fiziksel yıkım yoluyla yaşama hakkına tecavüzü ortadan kaldırmaktadır.

41. Başvurucular, temel yaşam haklarının ve insan onurunun da ihlal edildiğini iddia etmektedirler, zira Havacılık Güvenliği Kanunu ve bu Kanun'da öngörülen silahlı kuvvetlerin ülke içi topraklarda konuşlandırılması Anayasa'nın 87/a maddesini ihlal ettiği için Anayasaya aykırıdır. 87/a maddesinin 2. fıkrasında belirtilen şartların karşılanmadığını ileri sürmüşlerdir. Ayrıca, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13, 14 ve 15. maddelerinin, Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrası ve 35. maddenin 3. fıkrası ileri sürülerek hukuka uygun hale getirilemeyeceğini iddia etmişlerdir. Bu hükümlerin, çaresiz bir sınır durumuyla başa çıkmak için sıkıyönetim yasasının kısmen uygulanmasını amaçladığı söylenmektedir. Bununla birlikte, Federal Silahlı Kuvvetlerinin ülke içi topraklarda askeri araçlarla savaş benzeri bir operasyonel misyonunun Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında olmadığı söylenmektedir.

43. Bunun dışında, Havacılık Güvenliği Kanunu, Federal Konsey'in onayı olmadan yürürlüğe girdiği için, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3.fıkrasının halihazırda Anayasaya aykırı olduğu iddia edilmektedir. Mezkur kanunun, eyaletlere hava trafik idaresinin verilmesine ilişkin hükümleri değiştirdiği için Anayasa'nın 87d/2 maddesi[25] uyarınca Federal Konseyin onayını gerektirdiği söylenmiştir. Federal Konsey'in onayının gerekliliği durumunda, bir yasanın Federal Konsey'in onayını gerektiren kısımları içermesi halinde, sadece münferit hükümlerine değil, bir bütün olarak yasaya atıfta bulunulduğu söylenmektedir.

[24] ... Bu haklar, ancak bir yasaya dayanarak sınırlandırılabilir.

[25] Hava trafiği idaresinin görevleri, Federal Konseyin onayına bağlı bir federal yasayla Federasyon adına yürütülmek üzere eyaletlere devredilebilir.

III.

44. Alman Federal Meclisi, Federal Hükümet, Özgür Bavyera Eyaleti Hükümeti, Hessen Hükümeti, Alman Silahlı Kuvvetler Birliği[26], Pilotlar Birliği[27] ve Bağımsız Uçuş Refakatçileri Örgütü[28] bireysel başvuruya ilişkin yazılı görüşler sunmuştur.

45. 1. Alman Federal Meclisi, itiraz edilen düzenlemeyi Anayasaya uygun olarak kabul etmektedir.

46. a) İtiraz edilen düzenlemenin anayasal dayanağı, Anayasanın 35. maddesinin 3. fıkrasının birinci cümlesinde yer almaktadır. Ayrıca insanlardan kaynaklanan olaylar, bu hüküm anlamında özellikle ağır kaza kavramına girmektedir. Bunun dışında kazanın daha önce gerçekleşmiş olması gerekmez. Doğrudan meydana gelmek üzere olması yeterlidir. Havacılık Güvenliği Kanunu kapsamındaki durumlarda, birden fazla Eyaletin toprağı tehlike altındadır. Federal bölge o kadar küçük birimlere bölünmüştür ki, seyir hızında uçan bir ticari uçak kaçınılmaz olarak birkaç federal eyaletin sınırlarını geçecektir.

47. Anayasanın 1. maddesine aykırılık yoktur. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13, 14 ve 15. maddelerine uygun uygun olarak hareket ettiğinde, uçaktaki insanları onurlarından mahrum bırakan ve onları nesne haline getiren, Federal Hükümet – ki sadece tepki vermektedir – değil, sadece uçaktaki insanları öldürme niyetinde olmayan, ayrıca onlar ölürken onları daha fazla insanın yok olmasında araç olarak kullanma niyetiyle uçağın kontrolünü ele geçiren kişidir. Devlet, ancak ilgili kişilerin özne niteliğini geçersiz kılarsa ve böylece kişilerin kişi olmalarından dolayı sahip oldukları değeri küçümsediğini ifade ederse, Anayasa'nın 1. maddesinin ihlaline yaklaşır. Ancak bu, Hava Güvenlik Kanunu'nun amacı değildir. Hava Güvenliği Kanunu, yasama organının çaresiz durumlar için de yasal bir çerçeve sağlama çabasını oluşturur.

50. Yasama organı, yalnızca pasif kalma veya genel olarak düzenlenebilecek en uç noktaya ulaşması gereken bir düzenleme yapma seçeneğine sahipti. 11 Eylül 2001 modeline dayanan terörizme tepki, ceza hukuku anlamda meşru müdafaa ve acil durumlardan temelde farklıdır. Bu tür durumlarda, hukuk, yalnızca sorumlu kişilerin eylemlerini meşrulaştırabilir; bunun sonucunda, hukuka uygun eylemleriyle, daha da büyük bir yanlışı önlemek için yanlışa neden olur. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası, Federal Savunma Bakanı ve onun emriyle görevleri yerine getiren askerler için kişisel bir hukuka uygunluk gerekçesi[29] teşkil eder.

---

[26] *Deutscher BundeswehrVerband.*

[27] *Vereinigung Kokpit.*

[28] *Unabhängige Flugbegleiter Organisation (UFO).*

[29] *Rechtfertigungsgrund*.

51. b) Yeşiller grubu ek bir açıklamada, bir yolcu uçağının vurulmasının suça iştirak etmemiş kişilerin öldürülmesiyle ilişkilendirilmesi halinde izin verilmeyeceği gerekçesiyle Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddenin 3. fıkrasını kabul ettiğini belirtti. Hükmün, böyle bir eylemi meşrulaştıracak yeni hukuka uygunluk gerekçeleri oluşturmadığı söylenmektedir. Aksi takdirde, temel yaşam hakkına ilişkin hukuki farkındalık tehlikeli bir şekilde zayıflayacaktır.

52. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası, insan yaşamının insan yaşamına karşı niceliksel veya niteliksel bir tartımını sağlamaz. Bir uçağın düşürülmesine anayasal olarak, davranışıyla özellikle ağır bir kazaya neden olmak isteyen "Terörist[30]" varsa izin verilir. Aksine, suça iştirak etmeyen kişilerin hedef alınarak kasten öldürülmesi, Anayasa'nın 1. maddesinin 1.fıkrası ile bağlantılı olarak 2. maddesinin 2. fıkrasının ilk cümlesi ile yasaklanmıştır. Ayrıca, bireyin devletin varlığının ve kamu yararının tehlikeye atıldığı durumlarda, onları korumak için kendini feda etme yükümlülüğü de reddedilmelidir. Şayet bir yolcu uçağı, bir silah olarak kullanılıyorsa, yolcuların ve kabin ekibinin yaşam haklarına devlet tarafından yapılan bir saldırıdan kaçınma hakları, hedef alınarak uçağın vurulmasından dolayı tehlikeye giren yerde bulunan insanlar lehine bu haktan kaynaklanan koruma görevinden sonra gelmemektedir.

53. 2. Federal Hükümet de ayrıca bireysel başvuruya konu olan düzenlemenin Anayasaya uygun olduğu görüşündedir.

54. Havacılık Güvenliği Kanunu ile devlet her insanın hayatını koruma görevini yerine getirmektedir. Burada olduğu gibi, bir kişinin yaşam hakkı ile başka bir kişinin yaşam hakkı çatışırsa, yaşamın korunmasının niteliğini ve kapsamını belirlemek yasama organının görevidir. Somut önlemlerle ilgili olarak, yetkili makamlar, bunlar hakkında görevleri doğrultusunda takdir yetkisi dahilinde karar verecektir. Bu bağlamda, uçaktaki insanların temel haklarına yönelik aktif müdahale olağanüstü önem arz etmektedir. Ancak bu, aynı hukuki menfaatin, yani yaşam hakkının, doğrudan tehlikede olduğu durumlarda, üçüncü şahıslara karşı koruma görevinin yerine getirilmemesini hukuken sağlayamaz. Bir tehlikeyi önleme görevi, koruma görevinden daha öncelikli değildir. Koruma görevini yerine getirmek için, yasama organı, insan hayatlarına karşı yaklaşmakta olan çok yakın bir tehlikenin, örneğin uçak enkazı sebebiyle başka insanların ölmesinin veya yaralanmasının önlenmesini sağlayabilir. Bu bağlamda, hayatların hayatlarla karşılaştırılması söz konusu değildir.

56. Bunun dışında, dikkate alınması gereken husus, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen durumda, uçaktaki kişilerin, tabiri caizse, silah olarak kullanılan uçağın bir parçası olmalarıdır. Hava trafiğine karşı güncel tehditler göz önüne alındığında, uçaktaki insanlar, hava trafiğini

[30] Kararın orijinalinde bu kelime "*Störer*" olarak sunulmaktadır (*Yazar Notu*).

kullandıklarında kendilerini maruz bırakacakları tehlikenin bilincinde olmalıdırlar. Eğer devlet, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasına uygun hareket ederse, tehdit altındaki hayatların en azından bir kısmı kurtarılabilir. Böylesine olağanüstü bir durumda, silahın ayrılmaz bir parçası durumundaki bu kişiler, zaten kurtarılamayacakları için onlara karşı da bu yapılabilir.

57. Havacılık Güvenliği Kanunu aynı zamanda insan onuruna da saygı duymaktadır. Düşürülecek uçakta bulunan insanların onuruna da saygı duyulur. Onlar iradeleri dışında başka insanların hayatlarını tehdit eden bir silahın parçası durumundadırlar. Sadece bu nedenle ve saldırıyı önlemek için başka herhangi bir yol olmadığından, devlet önlemleri onlara karşı yöneltilmiştir. Muhtemelen zarar görecek üçüncü kişilerin de insan onuru ihlal edilmemiştir. Bu Kanun, aynı zamanda tüm hükümleriyle onların korumasına hizmet etmektedir.

58. Havacılık Güvenliği Kanunu, yetkilerin anayasal düzenini de gözetir. Silahlı kuvvetlerin konuşlandırılması söz konusu olduğunda, Federal hükümetin yasama yetkisi, Anayasa'nın 73. maddesinin 1. ve 6. fıkralarına[31] dayanmaktadır. Federal Hükümet, ayrıca havacılık güvenliği için idari yetkiye sahiptir. Federal Hükümet'in Anayasa'nın 87d. maddesinin 1. fıkrasının birinci cümlesi[32] ile kurulan hava trafiği idaresi, Federal Hükümet'in kendi organları aracılığıyla hava trafik güvenliğini sağlama yetkisini içerir. İdari yetki, Anayasa'nın 35. Maddesinin 2. ve 3. fıkraları ile bağlantılı olarak Anayasa'nın Madde 87a. 1. ve 2. fıkralarından[33] kaynaklanmaktadır. Havacılık Güvenliği Kanunu'nda öngörülen silahlı kuvvetlerin, afet acil durumunun önlenmesi için Anayasa'nın 35. maddesinin 2. ve 3. fıkraları çerçevesinde kullanılması gerçekleştirilmektedir.

59. Bu durumdan, eyaletlere destek olmak amacıyla böyle bir konuşlanmanın federal eyalet polisinin tehlikeye karşı mücadelesinde her zaman eyalet yasalarına uymak zorunda oldukları sonucuna varılmaz. Böyle bir destek için gerekli silahların kullanılması, Anayasanın 87a. maddesinin 1. fıkrası kapsamına girmemektedir.

60. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13. 14. ve 15. maddeleri uyarınca silahlı kuvvetlerin konuşlandırılması, Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrası ve 35. maddenin 3. fıkrası çerçevesinde özellikle ağır bir kazanın önlenmesine hizmet etmektedir. Uçağın insanların hayatına karşı kullanılması böyle bir kazaya neden olabilir. Böyle bir silahlı kuvvetlerin kullanımın kasıtlı olarak gerçekleşmesi, bununla çelişmemektedir. Kazanın da daha önce gerçekleşmiş olması gerekli değildir.

---

31 Madde 73 [İnhisari yasama konuları]
(1) Federasyonun, aşağıdaki konularda inhisari yasama yetkisine sahiptir: ...
(6) Hava ulaşımı,

32 Madde 87d [Hava trafiği idaresi]
(1) Hava trafiği idaresi, Federasyona ait idare birimleri tarafından işletilir.

33 Madde 87a [Silahlı Kuvvetler]
(1) Federasyon, ulusal savunma için silahlı kuvvetler kurar. Silahlı kuvvetlerin sayısı ve kuruluşunun ana çizgileri bütçe planında gösterilir.
(2) Silahlı kuvvetler ulusal savunma görevi dışında ancak Anayasanın açıkça öngörmesi halinde kullanılabilir.

61. Havacılık Güvenliği Kanunu, Federal Konseyin onayını gerektirmemektedir. Aynısı, Havacılık Güvenlik İşlevlerinin Yeni Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un diğer düzenlemeleri için de geçerlidir.

62. 3. Ortak bir görüş sunan Özgür Bavyera Eyaleti Hükümeti ve Hessen Eyaleti Hükümetlerine göre, bireysel başvuru sağlam temellere dayanmaktadır. İtiraz edilen düzenlemenin, Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrası ve 35. maddenin 3. fıkrası ile bağlantılı olarak Anayasa Madde 87'a/2'yi ihlal ettiğini ileri sürmektedirler.

63. Bireysel başvuru konusu hüküm, Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesi ve 3. fıkrası uyarınca Federal Devlet'in yasa çıkarma hakkı kapsamında değildir. Bu hükme göre, silahlı kuvvetler yalnızca polis işlevlerinin yerine getirilmesinde eyaletleri desteklemek için hareket edebilir ve bunu yaparken yalnızca eyalet yasalarının kendilerine verdiği yetkileri kullanabilirler. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun Federasyona Federal Yasa uyarınca tehlikeyi önlemek için Federal Silahlı Kuvvetleri konuşlandırma yetkisi vermesi, bununla uyumlu değildir. Anayasa'nın 73. maddesinde hasredilmiş olan Federasyonun münhasır yasama yetkisi, Anayasa'nın 87a/2 maddesinden dolayı, bu tespiti geçersiz kılmaz.

64. Ayrıca, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13, 14 ve 15. maddeleri, önleme amacıyla da silahlı kuvvetlerin konuşlandırılmasına izin vermesi, Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrası ve 3. fıkrası ile bağdaşmamaktadır. Anayasa, silahlı kuvvetlerin destekleyici konuşlandırılmasına yalnızca özellikle ağır bir kazanın halihazırda meydana geldiği durumlarda izin vermektedir. Bunun dışında, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen emir verme yetkisi, Anayasa'nın 35. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen koşullar altında Federal Hükümet'in kolektif bir organ olarak karar vermesi gerektiğini dikkate almamaktadır.

65. Yukarıda yapılan açıklamalara göre, Federal Devlet, Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesi ve 3. fıkralarıyla bağlantılı olarak 87a.2 maddesinin oluşturduğu çerçeveyi ihlal ettiği için Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13, 14 ve 15. maddeleri zaten anayasaya aykırıysa, temel hakların da ihlal edilip edilmediğinin incelenmesine gerek yoktur. Ancak tedbir olarak, başvurucuların Anayasa'nın 1. maddesinin 1. fıkrasıyla ile bağlantılı olarak 2. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesi, özellikle ağır bir kaza meydana gelmesini önlemek için kaçırılan bir yolcu uçağına karşı doğrudan silahlı kuvvet kullanımını kesinlikle yasakladığı fikrinin paylaşılmadığına dikkat çekilmiştir.

66. 4. Alman Silahlı Kuvvetler Birliği, bireysel başvuru konusu hükmün Anayasa'ya uygunluğu konusunda şüphelerini dile getirmiştir: Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13, 14 ve 15. maddeleri tarafından düzenlenen görevler, ulusal askeri savunmayı ilgilendirmemektedir. Bunun yerine bu görevler, polis gücünün yetkisi

altındaki görevlerdir. Federal Silahlı Kuvvetler, bu tür görevlerin yerine getirilmesi için gerekli yetkilendirme temelinden yoksundur. Bireysel başvuru da haklı olarak, silahlı kuvvetlerin ülke sınırları içinde askeri yollarla savaş benzeri bir operasyonel görevinin Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrasında yer almadığını iddia etmektedir.

67. Ayrıca, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasına karşı, hükmün lafzının açıklığı ve kesinliği ilkesi açısından itirazlar mevcuttur. Hüküm, burada varsayılan yaşamlara karşı yaşamların tartılması için kesin kriterlerden bahsetmemektedir. Hüküm uyarınca harekete geçmek zorunda kalan asker için bu, itaat etme görevi ile katı kişisel etik karar arasında ciddi bir çatışmaya yol açacaktır. Eksik olan, askerleri yabancı mahkemeler önünde de ön soruşturma işlemlerinden ve hukuki sorumluluk davalarından güvenilir bir şekilde muaf tutan bir düzenlemenin olmamasıdır.

68. 5. Pilotlar Birliği, bireysel başvuruyu sağlam temelli bulmaktadır ve şunları dile getirmektedir: Suça iştirak etmeyen kişilere karşı da ölümcül güç kullanımına izin veren Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasının uygunluğu ve gerekliliği şüphelidir. Haince bir terörist saldırısının başarısı, sayısız ölçülemez paradigmaya bağlıdır. Hava trafiğindeki olayların gerçek sıralaması göz önüne alındığında, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrası anlamında büyük bir hava olayının meydana geldiğini tespit etmek son derece zordur ve ancak nadiren kesin olarak mümkündür. İdeal hava koşullarında bile, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 15. maddesinin 1. fıkrası uyarınca uçağın kontrolünden elde edilen bulgular en iyi ihtimalle belirsiz olarak nitelendirilir. Bir hava korsanının olası motivasyonu ve bir uçak kaçırmanın amaçları son ana kadar spekülatif olarak kalmaktadır. Mevcut dar zaman dilimi göz önüne alındığında, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca yerleşik gerçeklere dayanan bir operasyona ilişkin karar, büyük olasılıkla çok geç olacaktır. Bu nedenle, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13, 14 ve 15. maddeleri, yalnızca olayın en başından beri aşırı reaksiyon varsa kullanılabilir.

69. 6. Bağımsız Uçuş Refakatçileri Örgütü, bireysel başvuruda dile getirilen itirazlara katılmakta ve şunları dile getirmektedir: Hukuki açıdan sivil bir uçağın düşürülmesi hiçbir açıdan yasal değildir. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun hava trafiği güvenliğini artırma ve halkı terör saldırılarından koruma hedefi desteklenmektedir. Ancak bu amaca ulaşmak için diğer tüm olasılıklar şimdiye kadar tüketilmemiştir.

70. Uçaktaki durumun yerdeki karar vericiler tarafından yanlış değerlendirilmesi gibi ek bir tehlike de söz konusudur. Yerden Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasının ön koşullarının karşılanıp karşılanmadığını değerlendirmek neredeyse imkansızdır. Federal Savunma Bakanı'nın bir uçağın düşürülmesi emrini vermesi için ihtiyaç duyduğu bilgiler, doğrudan tehlike bölgesindeki uçaktan

gelmemektedir. Bunlar pilotun muhtemelen teröristlerin komutası altındaki kabin ekibinden aldığı dolaylı bilgilerdir. Bunun dışında, uçaktaki durum saniyeler içinde değişebilir, uzun iletişim kanalları nedeniyle yer kontrolü muhtemelen yeterince hızlı bilgilendirilemez.

IV.

71. Duruşmada başvurucular, Alman Federal Meclisi, Federal Hükümet, Özgür Bavyera Eyaleti ve Hessen Eyaleti Hükümetleri, Alman Silahlı Kuvvetler Birliği, Pilotlar Birliği ve Bağımsız Uçuş Refakatçileri Örgütü yazılı sunumlarını tamamladılar ve ayrıntı eklediler. Bunu yaparken, Federal İçişleri Bakanı ve Alman Federal Meclisi parlamento partilerinin temsilcileri, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasının kapsamına ilişkin kısmen farklı görüşlerini ortaya koydular. Bunun dışında, Alman hava trafik kontrolü[34] ve Alman Silahlı Kuvvetlerine bağlı Jet Motorlu Savaş Uçağı Mürettebatı Birliği[35], itiraz edilen düzenlemeye ve her şeyden önce uygulamasına ilişkin olgusal sorular hakkında görüşlerini bildirdiler.

B.

72. Bireysel başvuru, kabul edilebilirdir.

I.

73. Ancak kabul edilemez olan, itiraz edilen düzenlemenin Federal Konsey'in onayını gerektirmesi ve bu onayın verilmemesi sebebiyle zaten Anayasa'ya aykırı olduğu hususudur.

74. Başvurucular bu iddialarını Anayasa'nın 87d/2'ye[36] dayandırmaktadır. Bu hüküm uyarınca, hava trafik idaresinin görevleri, Federal Konsey'in onayını gerektiren federal yasama yoluyla, Federasyonun temsilcisi olarak hareket eden eyaletlere devredilebilir. Başvurucular, Havacılık Güvenliği Kanunu veya Havacılık Güvenliği Fonksiyonlarına İlişkin Yeni Yönetmelik Hakkında Kanun'da yer alan diğer hükümlerin bu tür bir görev devrine yol açtığını iddia etmemektedir. Bunun yerine, münhasıran bu Kanun'un, hava trafik idaresinin işlevlerini Eyaletlere devreden Federal Konsey'in onayını gerektiren mevzuatı değiştirdiğini ve bu nedenle Kanun'un kendisinin de Federal Konsey'in onayını gerektirdiğini ileri sürmektedirler. Ancak bireysel başvuru, Anayasa'nın 87d.2. maddesi uyarınca içeriği Federal Konsey'in onay zorunluluğunu oluşturan hangi düzenlemelerin Havacılık Güvenliği

[34] *Deutsche Flugsicherung.*

[35] *Verband der Besatzungen strahlgetriebener Kampfflugzeuge.*

[36] Hava trafiği idaresinin görevleri, Federal Konseyin onayına bağlı bir federal yasayla Federasyon adına yürütülmek üzere eyaletlere devredilebilir.

Kanunu ile değiştirildiğini ve bunun ne ölçüde Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu hükme ilişkin içtihadına (BVerfGE 97, 198 (226-227)) uygun olarak Havacılık Güvenliği Kanunu'nun Federal Konsey'in onayının gerektiğini belirtmemektedir. Bu bağlamda, yapılan bireysel başvuru, Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 23. Maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesi ve birinci cümlesinin yarısıyla bağlantılı olarak 92. Maddesi uyarınca bir bireysel başvurunun temellendirilmesine ilişkin gereklilikleri karşılamamaktadır (BVerfGE 99, 84 (87); 109, 279 (305)).

II.

75. Bununla birlikte kabul edilebilir olan, başvurucuların Anayasa'nın 1. maddesinin 1 fıkrası[37] ve 2. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesindeki[38] haklarının ihlal edildiği iddiasıdır. Çünkü Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasında hasredilmiş olan şartların oluşması durumunda Havacılık Güvenlik Kanunu'nun 13, 14 ve 15. maddelerinde belirtilen diğer düzenlemelerin hükümlerine tabi olarak, içinde kendi istekleri hilafına tutulan ve kendilerinin bulunduğu uçağı başka insanların hayatlarına zarar vermek için kullanan insanların kontrolü altında bulunan uçağa karşı silahlı kuvvetlerin direkt kullanımına izin verilmektedir.

76. 1. Başvurucuların şikayetleri bu fıkra ile sınırlıdır. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 1., 2., 4. fıkralarının yanı sıra 15. maddesine ve burada sağlanan önlemlerle ilgili olarak, ayrı bir şikayette bulunmamaktadırlar. Sunulan şikayette, bu düzenlemelerin yanı sıra içeriği esas olarak usule ilişkin nitelikte olan Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesi kapsamındaki hükümler, yalnızca Havacılık Yasası Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca belirtilmiştir, bu hükümlere, zorunlu olarak operasyon öncesi başvurulmaktadır ve bu hükümlere böylesine bir operasyon için atıf yapılmaktadır.

77. 2. Bu şekilde itiraz edilen düzenleme ile ilgili olarak, başvurucular özellikle bireysel başvuruda bulunma hakkına sahiptir.

78. a) Bir bireysel başvuru -burada olduğu gibi- doğrudan bir kanuna yöneltilmişse, başvuruda bulunma yetkisi, başvurucunun temel haklarının mevcut ve doğrudan itiraz edilen normlardan etkilendiğini varsaymaktadır (*BVerfGE 1, 97 (101 ve devamı); 109, 279 (305); yerleşik içtihat*). Başvurucunun şahsen ve şu anda etkilenmesinin ön koşulu, ilke olarak, başvurucunun, temel haklarının, itiraz edilen hükümlere dayalı tedbirlerden etkileneceği ihtimalini ileri sürmesi durumunda karşılanır (*BVerfGE 100, 313 (354); 109, 279 (307-307*). Son olarak, itiraz edilen hükümlerin başka bir icra eylemi gerektirmeden başvurucunun yasal konumunu değiştirmesi durumunda başvurucu doğrudan etkilenir (*BVerfGE 97, 157 (164); 102, 197 (207)*). Başvurucunun

[37] İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür.

[38] Herkes, yaşam ve beden bütünlüğünün korunma hakkına sahiptir.

muhtemel bir infaz eylemine karşı herhangi bir işlem yapamadığı veya bunu makul bir şekilde yapamadığı durumlarda da bu varsayılmalıdır (*BVerfGE 100, 313 (354); 109, 279 (306-307)*).

80. aa) Bu nedenle, temel haklar bakımından Havacılık Güvenlik Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, mevcut bu hükümden şahsen etkilenme olasılıkları yeterince yüksektir. Ayrıca, Havacılık Güvenlik Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen işlemler ile Havacılık Güvenlik Kanunu'nun 15. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen diğer önlemlerle karşılaştırılarak, bu hüküm çerçevesinde bir uçağa karşı doğrudan silahlı kuvvet kullanılması, gerektiğinde uçağın düşmesine neden olacak bir etki anlamına gelir.

C.

84. Bireysel başvuru sağlam temellere sahiptir. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası, Anayasa'nın 87.a/2 ve 35. maddenin 2. fıkrası ve 35. maddenin 3. fıkrası ile bağlantılı olarak Anayasa'nın 2. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesi ile ve 1. maddesinin 1. fıkrası ile uyumsuzdur ve geçersizdir.

I.

85. Anayasa'nın 2. maddesinin 2.fıkrasının birinci cümlesi, bir özgürlük hakkı olarak yaşam hakkını güvence altına almaktadır (*BVerfGE 89, 120 (130)*). Bu hakla, her insanın biyolojik ve fiziksel varlığı, bireyin yaşam koşullarından ve fiziksel ve psikolojik durumundan bağımsız olarak, ortaya çıktığı andan insanın ölümüne kadar devletin tecavüzlerine karşı korunur. Her insan hayatı aynı değere sahiptir (*BVerfGE 39, 1 (59)*). Bu hak, Anayasa'nın düzeninde nihai bir değer teşkil etmesine rağmen, yine de Anayasa'nın 2. maddesinin 2. fıkrasının üçüncü cümlesi bakımından bir kanunun özel olarak çıkarılmasının anayasal gerekliliğine tabidir (*BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 49, 24 (53)*). Ayrıca, temel yaşam hakkı da bu nedenle resmi bir Parlamento Yasası temelinde ihlal edilebilir (*BVerfGE 22, 180 (219)*). Ancak bunun ön koşulu, söz konusu Kanunun her bakımdan Anayasa'nın gereklerini karşılamasıdır. Yasama yetkilerine uygun olarak kabul edilmeli, Anayasa'nın 19. maddesinin 2. fıkrası uyarınca temel hakkın özünü etkilememeli ve ayrıca Anayasa'nın temel kararlarına herhangi bir şekilde ters düşmemelidir.

II.

87. 1. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca yapılan bir operasyon ile etkilenen uçağın kabin ekibinin ve yolcuların ve ayrıca uçağı, bu hüküm anlamında, insanların hayatına karşı kullanmak isteyenlerin Anayasa'nın 2. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesinde teminat altına alınan yaşam hakkının

korunması kapsamını ihlal etmektedir. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca bir hava taşıtına karşı doğrudan silahlı kuvvet kullanma yetkisine başvurulması, neredeyse her zaman uçağın kazası ile sonuçlanacaktır. Kazanın sonucu, neredeyse kesin olarak, uçaktaki tüm insanların ölümü ve dolayısıyla hayatlarının yok olması olacaktır.

88. 2. Böyle bir müdahale için tek bir anayasal gerekçe ileri sürülemez. Halihazırda resmi bir bakış açısından, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası, federal hükümetin (a) yasama yetkisine dayandırılamaz. Bunun dışında, hüküm, yalnızca uçağı silah olarak kullanmak isteyenleri değil, aynı zamanda Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca varsayılan büyük hava olayına neden olmaktan sorumlu olmayan kişileri de etkilediğinden, Anayasa'nın 2. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesini de ihlal etmektedir (b).

92. bb). Bununla birlikte, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası, Federasyonun yetki alanı kapsamında değildir çünkü bu hüküm, silahlı kuvvetlere ilişkin anayasa hukukunun Anayasa tarafından sağlanan çerçevesi ile bağdaştırılamaz.

105. (b) Bir uçağa karşı doğrudan silahlı kuvvet kullanımını içeren bir operasyonun Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesi sınırlarına uymamasının nedeni, bu hükmün silahlı kuvvetlerin özel olarak askeri silahlarla doğal afetlerin veya özellikle ağır kazaların kontrolü için operasyonel görevlere izin vermemesidir.

110. (2) Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası, Anayasa'nın 35. maddesinin 3. fıkrasının birinci cümlesinde yer alan bölgeler arası olağanüstü hallere ilişkin hüküm ile de bağdaşmamaktadır.

115. (c) Ayrıca, Anayasa'nın bölgeler üstü bir acil durumda tipik askeri silahlarla silahlı kuvvetlerin kullanılmasına izin vermemesi nedeniyle, Anayasa'nın 35. maddesinin 3. fıkrasının birinci cümlesinin anayasal çerçevesi aşılmıştır.

118. b) Anayasa'nın 1. maddesinin 1. fıkrasında hasredilmiş olan insan onuru ve haysiyeti güvencesi ile ilgili olarak (aa), bunun dışında, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası, Anayasa'nın 2. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi ile de silahlı kuvvetlerin içinde insan bulunan bir hava aracını Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 1. maddesi (bb) uyarınca hava trafiğinin güvenliğine karşı bir saldırının kurbanı olan kişilerin bulunduğu uçağı düşürmesine izin verdiği ölçüde, içerik bakımından da uyumlu değildir. Bu hükme, yalnızca Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca gerçekleşen operasyonun insansız bir uçağa veya yalnızca böyle bir saldırının isnat edilebileceği kişi veya kişilere yönelik olması durumunda, esas (cc) ile ilgili olarak anayasal olarak itiraz edilemez.

119. Anayasa'nın 2. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesi ile güvence altına alınan temel yaşam hakkı, Anayasa'nın 2. maddesinin 2. fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca bir kanunun özel olarak çıkarılması gerekliliğine tabidir (Yukarıda C bölümü I kısmına bkz.). Bununla birlikte, temel hakkı sınırlayan kanun, Anayasa'nın onunla yakından bağlantılı olan 1. maddesinin 1. fıkrası kapsamındaki temel hak ve insan haysiyetinin güvencesi ışığında değerlendirilmelidir. İnsan hayatı, Anayasa'nın temel kurucu ilkesi ve en yüksek değeri olarak insan onurunun hayati temelidir (*BVerfGE 39, 1 (42); 72, 105 (115); 109, 279 (311)*). Nitelikleri, fiziksel veya zihinsel durumları, başarıları ve sosyal statüleri ne olursa olsun, tüm insanlar birey olarak bu onura sahiptir (*BVerfGE 87, 209 (228); 96, 375 (399)*). Bu onur, hiçbir insandan alınamaz. Bununla birlikte, ihlal edilebilecek olan, bundan kaynaklanan saygı gösterme iddiasıdır (*BVerfGE 87, 209 (228)*). İnsan onuru, diğerlerinin yanı sıra, bireysel insan yaşamının olası süresinden bağımsız olarak geçerlidir (*İnsanın ölümünden sonra bile onuruna saygı gösterilmesi talebi hakkında, BVerfGE 30, 173 (194)*).

120. Yaşama hakkı ile insan onuru arasındaki bu ilişki göz önüne alındığında, devletin bir yandan kendi tedbirleriyle temel yaşam hakkını ihlal etmesi ve böylece insan onurunun göz ardı edilmesi yasağını ihlal etmesi yasaktır. Diğer yandan devlet de her insanın hayatını korumakla yükümlüdür. Bu koruma görevi, devletin ve onun organlarının, her bireyin yaşamını korumasını ve geliştirmesini gerektirir; bu, her şeyden önce, her bireyi hukuka aykırı saldırılara ve üçüncü şahısların müdahalelerine karşı korumak anlamına gelir (*BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 56, 54 (73)*). Ayrıca, bu koruma görevinin temeli, devleti açıkça insan onuruna saygı göstermek ve korumakla yükümlü kılan Anayasa'nın 1. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde yer almaktadır (*BVerfGE 46, 160 (164); 49, 89 (142); 88, 203 (251)*).

121. Devletin eylemi için bu yükümlülüğün somut olarak ne anlama geldiği kesin olarak belirlenemez (*BVerfGE 45, 187 (229); 96, 375 (399-400)*). Anayasa'nın 1. maddesinin 1. fıkrası, bireyi sadece üçüncü şahıslar veya devletin kendisi tarafından yapılan küçük düşürme, markalaştırma, zulüm, yasa dışı ilan etme ve benzeri eylemlere karşı korumaz (*BVerfGE 1, 97 (104)); 107, 275 (284); 109, 279 (312)*). Özgürlük içinde kendi kaderini tayin hakkını kullanmanın ve kendilerini özgürce geliştirmenin insan doğasının bir parçası olduğu anayasayı oluşturan yasama organı fikrini başlangıç noktası olarak almak ve prensipte bir bireyin toplumda eşit haklara ve kendine ait bir değere sahip bir üyesi olmak iddiası (*BVerfGE 45, 187 (227-228)*), insan onuruna saygı gösterme ve onu koruma yükümlülüğü, genellikle bir insanı devletin sırf nesne haline getirmesini engeller (*BVerfGE 27, 1 (6)); 45, 187 (228); 96, 375 (399)*). Kesinlikle yasaklanmış olan husus, kamu otoritesinin, bir insanın özne niteliğine, hukuki bir kişi olarak statüsüne (*BVerfGE 30, 1 (26); 87, 209 (228); 96, 375 (399)*) ve bir insanın sırf insan olmaktan kaynaklanan varlığına saygı göstermediği bir harekette bulunmasıdır (*BVerfGE 30, 1 (26); 109, 279 (312-313)*). Kamu otoriteleri

tarafından böyle bir hareket mevcut olduğunda, her bir vakada, çatışmanın ortaya çıkabileceği özel durum göz önünde bulundurularak belirtilmelidir (*BVerfGE 30, 1 (25); 109, 279 (311)*).

122. bb) Bu standartlara göre, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, kabul edildiği gibi savaş dışı hava olayının meydana gelmesinde herhangi bir etkide bulunmayan mürettebatın ve yolcuların bulunduğu uçağın düşürülmesi, ayrıca Anayasa'nın 1. maddesinin 1. fıkrası ile bağlantılı olarak 2. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesine aykırı olacaktır.

123. aaa) Hava olayına karışan uçağa karşı, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 4. fıkrası uyarınca doğrudan silahlı kuvvet kullanma emrinin verildiği anda, bu uçağın, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca insan yaşamına karşı kullanılmak üzere olduğunun kesin olarak varsaymak mümkün olmalıdır. Kanunun gerekçesinde de belirtildiği gibi, uçağın, ele geçirilenler tarafından bir saldırı silahına çevrilmiş olması gerekir; uçağın kendisi, failler tarafından, sadece suçun işlenmesine yardımcı bir araç olarak değil, suçun silahı olarak hedeflenen bir şekilde uçağın düşmesinin amaçlandığı bölgede kalan kişilerin yaşamlarına karşı kullanılması gerekir. Ayrıca, uçuş halindeki bir uçağın sıkışık koşullarıyla karakterize edilen böylesine ekstrem bir durumda, yolcular ve mürettebat tipik olarak umutsuz bir durumdadırlar. Artık kendi hayatlarının koşullarını başkalarından bağımsız olarak kendi belirledikleri bir şekilde değiştiremezler.

124. Bu onları sadece suçun faillerinin nesnesi yapmaz. Ayrıca, böyle bir durumda Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen tedbire başvuran kamu makamları, onları başkalarının korunması için kurtarma operasyonunun yalnızca nesneleri olarak görmüş olur. Uçakta bulunan ve mağdur olarak etkilenen insanların durumunu karakterize eden çaresizlik ve kaçınılmazlık, uçağın düşürülmesini emreden ve gerçekleştirenlere karşı da geçerlidir. Uçak mürettebatı ve yolcuları, hiçbir şekilde kontrol edemeyecekleri durumlardan dolayı bu Devlet eyleminden kaçamayacak, kasıtlı bir şekilde vurulmaları sonucunda da bu durum karşısında çaresiz ve savunmasız kalacak ve uçakla birlikte bunun sonucu olarak çok yüksek bir ihtimalle öldürülecektirler. Böyle bir eylem, etkilenen kişilerin onurlu ve devredilemez haklara sahip özneler olma statüsünü görmezden gelir. Öldürülmeleri, başkalarını kurtarmak için bir araç olarak kullanıldığından hem nesne muamelesi görmektedirler hem de haklarından mahrum bırakılmaktadırlar; hayatları devlet tarafından tek taraflı olarak sona erdirilirken, uçakta bulunan ve mağdur olarak kendileri de korunmaya muhtaç olan kişiler, bir insanın kendisi için hak ettiği değerden mahrum bırakılmaktadır.

126. (1) Pilotlar Birliği, özellikle, koşullara bağlı olarak, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrası anlamında büyük bir hava olayının meydana gelmesinin ve bu olayın özellikle ağır bir kaza tehlikesi oluşturduğunu belirlemenin halihazırda büyük belirsizliklerle dolu olduğuna işaret etmiştir. Pilotlar Birliği'ne göre, böyle bir belirleme nadiren kesin olarak yapılabilir. Durumun değerlendirilmesindeki kritik noktanın, uçağın tehlike altındaki mürettebatının, bir uçağı kaçırma girişiminin ve bunun başarısını, yerdeki karar vericilere ne ölçüde iletebildiğinin olduğu belirtilmektedir. Eğer bu mümkün değilse, olgusal temelin en başından yanlış anlaşılma damgasıyla lekelendiği söylenebilir.

129. Bu değerlendirme Mahkemeye ikna edici görünmüştür, çünkü çok sayıda karar vericiye ve ilgili kişiye bağlı olan karmaşık, çok katmanlı karar verme sistemi, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca bir operasyon gerçekleştirilinceye kadar Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13, 14 ve 15. maddeleri uyarınca geçilmiş olmalıdır, ki bu da acil bir durumda oldukça zaman alacaktır. Federal Almanya Cumhuriyeti'nin hava sahasının nispeten küçük olduğu gerçeği göz önüne alındığında, bu karar verme üzerinde yalnızca büyük bir zaman baskısı değil, aynı zamanda erken karar verme tehlikesi olduğu anlamına gelir.

130 .ccc) Polis gücü alanında dahi tahminlerle ilgili güvensizlikler çoğu zaman tamamen önlenemezken, kaçırılan bir uçağın mürettebatı ve yolcuları gibi kendileri için umutsuz bir durumda olan kişilerin, gerekirse bu tür ölçüsüzlükleri kabul eden kanuni bir yetkiye dayanarak kasten öldürülmesi Anayasa'nın 1. maddesinin 1. fıkrasının uygulanabilirliği altında kesinlikle düşünülemez. Aynı şekilde, gerçekleştirilen uçak düşürmenin ve buna ilişkin bir emrin ceza hukuku kapsamında nasıl değerlendirilmesi gerektiğine burada karar verilmesine gerek yoktur (*Bu konuda ve benzer durum şartlardaki davalar için, örneğin, bkz., İngiliz Bölgesi için Cezai Konularda Yüksek Adalet Divanı Kararları* (*Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Strafsachen – OGSt) 1, 321 (331) vd, 335 vd; 2, 117 (120 vd); Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, cilt I, 3. baskı 1997, s 888-889; Erb, içinde: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, cilt 1, 2003, § 34, marj no 117 vd; Rudolphi, içinde: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, cilt I, Allgemeiner Teil, Vor § 19, marj. no 8 (Nisan 2003 itibariyle); Kühl, Strafgesetzbuch, 25. Basım, 2004, Vor § 32, marj. no 31; Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch, 52. Basım, 2004, Vor § 32, marj no 15, § 34, marj. no 23; Hilgendorf, in: Blaschke /Förster/Lumpp/Schmidt, Sicherheit statt Freiheit? 2005, s 107 (130)*). Anayasal değerlendirme için münhasıran belirleyici olan, yasama organının müdahale için yasal bir yetki oluşturarak Havacılık Güvenliği Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen nitelikteki işlemleri suça katılmayan kişilere karşı gerçekleştirme yetkisi, bu şekilde bu tür işlemleri yasal olarak nitelendirememesi ve dolayısıyla bunlara izin verememesidir. Savaş niteliği taşımayan silahlı kuvvetler

operasyonları olarak, yaşam hakkı ve devletin insan onuruna saygı gösterme ve koruma yükümlülüğü ile bağdaşmazlar.

131. (1) Bu nedenle, yer yer ileri sürülen argümanlardan farklı olarak, uçağın Havacılık Güvenliği Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca tehlikeyi önleyen bir önlemle sonuçlanan Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrası anlamında bir hava olayına karışması halinde, bir uçağa mürettebat üyesi veya yolcu olarak binen birinin bulunduğu uçağın düşürülmesine ve dolayısıyla kendi ölümüne muhtemelen rıza göstereceği varsayılamaz. Böyle bir varsayım gerçekçi bir temelden yoksundur ve gerçekçi olmayan bir kurgudan başka bir şey değildir.

132. (2) Ayrıca, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası anlamında başkalarının hayatına karşı kullanılması amaçlanan bir uçakta bulunan kişilerin her halükarda ölüme mahkûm olduğu değerlendirmesi, bu hükümler uyarınca hayata geçirilmiş bir operasyonun genel olarak muhtevası, umutsuz bir durumda bulunan masum insanların öldürülmesiyle onların haysiyet haklarının ihlal niteliğini ortadan kaldırmaz. İnsan hayatı ve insan onuru, bireyin fiziksel varoluşunun süresine bakılmaksızın aynı anayasal korumadan yararlanır (*Yukarıya Bkz C, I, II, 2, b, aa*). Bunu inkar eden veya sorgulayan herkes, bir uçak kaçırma olayının kurbanı gibi, kendilerini alternatifsiz bir acil durumda bulanları, insanlık onuru adına hak ettikleri saygıyı inkar eder (*Yukarıya Bkz C, II, 2, b, aa, bb, aaa*).

134. (3) Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası anlamında uçağı, başkalarının hayatına karşı bir suç silahı olarak kullanmak niyetinde olan kişilerin komutasındaki bir uçakta tutulan herhangi biri artık bir silahın parçası haline gelmiştir ve bu şekilde muamele görmesi gerekir şeklinde de farklı bir değerlendirmeyi haklı çıkarmaz. Bu görüş, böyle bir olayın kurbanlarının artık insan olarak değil, bir nesnenin parçası olarak, kendilerinin de nesne haline gelmiş olarak algılandıklarını neredeyse açık bir şekilde ifade etmektedir. Bu, Anayasadaki insan kavramıyla, doğası özgürlük içinde kendi kaderini tayin etmek olan bir varlık olan insan fikriyle (*BVerfGE 45, 187 (227)*) ve bu nedenle devlet eyleminin salt objesi haline gelememesiyle uzlaştırılamaz.

135. (4) Bireyin, yasal olarak oluşturulmuş siyasi yapıyı, onu yıkmaya ve yok etmeye yönelik saldırılara karşı korumanın tek mümkün yolu olması durumunda, ihtiyaç halinde bir bütün olarak devletin çıkarına hayatını feda etmek zorunda olduğu fikri (*Örneğin Enders, Anayasa Üzerine Berlin Yorumu, cilt 1, Madde 1, marj no 93, Temmuz 2005 itibariyle*) de farklı bir sonuca yol açmaz. Bu bağlamda, böyle bir dayanışma yükümlülüğünün olağanüstü hal anayasanın yarattığı koruyucu mekanizmaların ötesinde Anayasa'dan türetilebileceğine ve eğer öyleyse de hangi koşullarda sağlanabileceğine Mahkeme'nin karar vermesine gerek yoktur. Zira

Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasının uygulama alanında mesele, siyasi yapıyı ortadan kaldırmayı ve devletin yasal ve anayasal sistemini ortadan kaldırmayı amaçlayan saldırıların önlenmesi değildir.

136. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13, 14 ve 15. maddeleri, polis gücü bağlamında, Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesi ve 3. fıkrası anlamında özellikle ağır kazaların meydana gelmesini önlemeye hizmet eder. Kanunun gerekçesinden de anlaşılacağı gibi (*Federal Meclis belgesi 15/2361, s 14*), bu tür kazalar siyasi motivasyon kaynaklı olabileceği gibi, suçlular veya kendi başlarına hareket eden gayri mümeyyiz kişilerden de kaynaklanabilir. Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesi ve 3. fıkrası uyarınca, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13, 14 ve 15. maddelerinin afet kontrol sistemine dahil edilmesinin de gösterdiği gibi, "olaylar" münferit kazalarda siyasi saiklerden kaynaklansalar bile, devleti ve devletin varlığını sorgulamayı amaçlamadığı varsayılır. Bu koşullar altında, açıklanan anlamda bir sorumluluk yükümlülüğünün üstlenilmesine yer yoktur.

139. Havacılık Güvenliği Yasası Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasında durum böyle değildir. Bu hükme göre bir uçağa karşı doğrudan kuvvet kullanılmasının emredilmesi ve yürütülmesinin hesaba katılmadığı husus, uçakta tutulan saldırı mağdurlarının da hayatlarının devlet tarafından korunması hakkına sahip olmalarıdır. Bu insanlar, sadece devlet tarafından bu korumadan mahrum bırakılmakla kalmamakta, devletin kendisi de bu savunmasız insanların yaşamlarına tecavüz etmektedir. Dolayısıyla, daha önce de açıklandığı gibi, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasına göre herhangi bir prosedür, bu kişilerin özne konumlarını Anayasa'nın 1.maddesinin 1.fıkrasına bağdaşmayacak şekilde dikkate almamış olacaktır. Ayrıca bu prosedür, Anayasa'nın 1.maddesinin 1.fıkrasından kaynaklanan öldürmeme yasağını devlet açısından dikkate almamış olacaktır. Bu prosedürün diğer insanların hayatlarını korumaya ve sürdürmeye hizmet etmeyi amaçladığı gerçeği bunu değiştirmez.

140. cc) Ancak, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası, silahlı kuvvetin doğrudan insansız bir hava aracına veya münhasıran uçağı yerdeki insanların hayatlarına karşı bir suç silahı olarak kullanmak isteyen kişilere yönelik olduğu ölçüde, Anayasa'nın 1. maddesinin 1.fıkrası ile bağlantılı olarak 2. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesi ile uyumludur.

144. bbb) Sadece uçakta bulunan ve onu insan yaşamına karşı bir silah olarak kullanmak isteyen kişilere karşı uygulandığı ölçüde, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası kapsamındaki düzenleme de orantılılık ilkesinin gerekliliklerini karşılamaktadır.

145. (1) Bu hüküm, insan hayatını kurtarma amacına hizmet etmektedir. İnsan yaşamının anayasal düzende sahip olduğu yüksek değerle ilgili olarak, bu, uçaktaki suçluların yaşam hakkının ciddi şekilde ihlal edilmesini haklı çıkarabilecek kadar ağır bir düzenleyici amacıdır.

149. (4) Son olarak, içinde yalnızca onu kötüye kullanmak isteyen kişilerin bulunduğu bir uçağa karşı Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca doğrudan silahlı kuvvet kullanma yetkisinin de dar anlamda orantılı olabileceği söylenebilir. İçerdiği temel haklara yönelik ihlalin ciddiyeti ile korunması gereken yasal menfaatlerin ağırlığı arasındaki genel değerlendirmenin sonucuna göre (*BVerfGE 90, 145 (173); 104, 337 (349); 110, 141 (165)*), suçtan etkilenen kişiler için makul olduğu sürece suçun unsurları hakkında kesinlik varsa böyle bir uçağın düşürülmesi, tehlikeyi önlemek için uygun bir önlemdir.

150. (a) Bununla birlikte, temel haklara yönelik ihlalin ciddiyeti daha ağır basmaktadır. Çünkü Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca yürütülecek bir operasyon, neredeyse kesin olarak uçaktaki insanların ölümüyle sonuçlanacaktır. Ancak burada varsayılan koşullar uyarınca, devlet müdahalesinin gerekliliğine sebebiyet veren suçlu olan bu kişilerin kendileridir ve suç planlarını gerçekleştirmekten kaçınarak bu müdahaleyi her an önleyebilirler. Hem uçakta hem de yerdeki olayların gidişatını kesin bir şekilde belirleyen, uçağı komutaları altına alan bu kişilerdir. Öldürülmeleri, ancak kontrol altına aldıkları uçağı insanları öldürmek için kullanacaklarının kesin olarak kanıtlanması ve bunun onların kendi hayatları için taşıdığı tehlikenin farkında olmalarına rağmen planlarına sadık kalmaları halinde gerçekleşebilir. Bu, onların temel haklarına yönelik tecavüzün ağırlığını azaltır.

152. (b) Bununla birlikte ayrıca unutulmaması gereken husus, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasının uygulanması halinde, yalnızca yerdeki son derece tehlikeli tesisler etkilenmeyecek, aynı zamanda silahlı güç kullanılarak düşürülen uçağın enkazı, aşağıda bulunan insanları da muhtemelen öldürecektir.

153. Ancak bu husus, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası kapsamındaki düzenlemenin hukuken devam eden varlığıyla değil, somut olaydaki uygulamasıyla ilgilidir. Davada sunulan görüşler uyarınca, yoğun nüfuslu bölgelere düşen uçak enkazları sebebiyle yerdeki kişilerin zarar göreceği, hatta hayatını kaybedeceği kesin olarak varsayılıyorsa, operasyona başvurudan her halükarda kaçınılması amaçlanmaktadır. Hükmün anayasa hukukunun orantılılık gerekliliklerini de karşılayıp karşılamadığı sorusuyla ilgili olarak, hava trafiğinde yalnızca saldırganların bulunduğu bir uçağa karşı silahlı kuvvetin doğrudan kullanılmasıyla uçağın düşürülmesinin aynı zamanda başkalarının hayatlarını da ihlal etmeden, suç için silah olarak kullanılmasının amaçlanan kişilerin yaşamlarına yönelik tehlikeyi

önleyebileceğini tespit etmek yeterlidir. Yukarıdaki bölümde açıklanan durum budur. Bu, daha dar anlamda, silahlı kuvvetin insansız bir uçağa veya içinde yalnızca saldırganlar bulunan bir uçağa karşı doğrudan kullanımına izin verdiği ölçüde Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasını orantılı hale getirir.

154. ccc) Anayasa'nın 19. maddesinin 2. fıkrasındaki hakkın özüne dokunmama yasağı, bu grup kişilere karşı böyle bir önlem alınmasını da yasaklamaz. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen son derece istisnai durum göz önüne alındığında, temel yaşam hakkının özüne, bu hükmün içerdiği temel hakka tecavüzün, burada varsayıldığı durumda üçüncü kişilerin önemli çıkarlarının korunmasının hakka tecavüzü meşrulaştırdığı ve orantılılık ilkesine riayet ettiği sürece, tecavüz edilmemiş olur (*BVerfGE 22, 180 (219-220); 109, 133 (156)*). Yukarıda yapılan açıklamalara göre her iki koşul da karşılanmaktadır (*Yukarıya bkz C, II, 2, b, cc, bbb*.).

III.

155. Federal Hükümetin evvela Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası için yasama yetkisine sahip olmaması nedeniyle, bu hüküm, bir uçağa karşı silahlı kuvvet kullanımının esasen anayasa hukuku kapsamında haklı gösterilebileceği ölçüde de yürürlükte kalmaya devam etmeyecektir. Söz konusu hüküm tamamen Anayasa'ya aykırıdır ve sonuç olarak Federal Anayasa Mahkemesi Yasası'nın 95. maddesinin 3. fıkrasının birinci cümlesi[39] uyarınca geçersizdir. Bu durumda, sadece itiraza konu olan hükmün Anayasa'ya uygun olmadığının belirtilmesine gerek yoktur.

II. Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararının Analizi

İlk olarak, 1738-1794 tarihleri arasında yaşamış, modern ceza hukukunun kurucularından sayılan ve idam cezasının uygulanmasına karşı çıkan ilk akademisyen olarak bilinen Cesare Beccaria'nın "*Yasalar, ne zaman insanı savsar ve onu bir nesneye dönüştürürse ortada özgürlükten eser kalmaz*" sözünü akıldan çıkarmamak gerekmektedir[40]. Şüphe yok ki Anayasası'nın ilk maddesi, insan onurunun dokunulmazlığı olan bir ülkenin uçakta suça ortak olmamış insanları sadece bir sayı olarak değerlendirip savaş uçakları ile öldürülebilmelerine izin vermesi, artık onları hakkın sahibi bir bireyden hakkında hayati karar verilebilecek bir nesne haline getirmiştir. Kararda da ısrarla üzerinde durulduğu üzere, bir uçak kaçırıldığında o uçakta neler olduğunu uçaktakiler dışında kimse bilememektedir. Uçağı kaçıran teröristlerin o anki motivasyonunun muğlak olabileceği gerçeği göz ardı edilmemelidir. Zira mezkur Kanun'un çıkarılmasına sebebiyet veren olaya, yolcu uçağını kaçıran kişinin mental bozukluğu olduğu ve istediğine ulaşınca

[39] Mahkeme, bir kanuna karşı açılmış bir anayasa şikayetini kabul ederse, o kanun geçersiz sayılır.

[40] Cesare Beccaria, *An Essay on Crimes and Punishments by the Marquıs Beccaria of Milan with a Commentary*, (1st, W.O. Little & Co 1872) 77.

uçağı sorunsuzca indirdiğine kararın ilk paragraflarında yer verilmişti. Ancak bir anlığına düşünülürse, bu olay, kararda tartışılan Havacılık Güvenliği Kanunu'ndan sonra meydana gelmiş olsaydı ve mental bozukluğu olan, ancak 11 Eylül gibi bir saldırı gerçekleştirme amacı olmayan kişinin ele geçirdiği uçak, Federal Savunma Bakanı'nın emriyle içinde yüzlerce masum yolcuyla düşürülebilecekti.

Kararın esasen insan hakları boyutu bakımından incelenmesi öncesinde, kararın muhteviyatı bağlamında usuli boyutunun incelenmesi gerekmektedir. Her ne kadar söz konusu usuli boyut, insan hakları ve terörizm arasındaki çalışmalar bakımından somut bir tartışma ortaya koymasa da karşılaştırmalı anayasa hukuku çalışmaları bakımından önemi haizdir. Zira Federal bir devlet yapısına sahip olan Almanya, Federal bir Bakana, kaçırıldığı iddia edilmiş bir uçağı söz konusu federe devletlerin bilgisi dahi olmadan vurabilme emrini verebilmesi konusunda yetki vermiştir. Ancak söz konusu yetki aktarımı birçok açıdan sorunludur. Zaten Türkçeye çevrilmiş olan kararda da mezkur ihtilaftaki usuli eksikliklere de değinilmiştir. Mahkemeye görüş sunan iki federe devlet olan Özgür Bavyera Eyaleti Hükümeti ve Hessen Eyaletleri de görüşlerinde Havacılık Güvenliği Kanunu'nun ihtilaflı maddesinin içeriği bakımından sadece usuli eksiklikleri dile getirmişlerdir. Sunulan argümanlara göre bireysel başvuru konusu hüküm, Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesi ve 3. fıkrası uyarınca Federal Devlet'in yasa çıkarma hakkı kapsamında değildir. Bu hükme göre, silahlı kuvvetler yalnızca polis işlevlerinin yerine getirilmesinde eyaletleri desteklemek için hareket edebilir ve bunu yaparken yalnızca eyalet yasalarının kendilerine verdiği yetkileri kullanabilirler. Söz konusu hüküm ise bununla uyumlu değildir. Ek olarak, Anayasa, silahlı kuvvetlerin destekleyici konuşlandırılmasına yalnızca özellikle ağır bir kazanın halihazırda meydana geldiği durumlarda izin vermektedir. Bunun dışında, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen emir verme yetkisi, Anayasa'nın 35. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen koşullar altında Federal Hükümet'in kolektif bir organ olarak karar vermesi gerektiğini dikkate almamaktadır. Ancak Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca Federal Savunma Bakanı tek başına karar alabilmektedir. Bu nedenle bu federe devletlerce itirazı istenen hüküm, Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesi ve 3. fıkralarıyla bağlantılı olarak 87a/2 maddesinin oluşturduğu çerçeveyi ihlal ettiği için Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13, 14 ve 15. maddeleri zaten Anayasaya aykırı olacaktır ve temel hakların da ihlal edilip edilmediğinin incelenmesine gerek yoktur. Karar'ın 62. paragrafında ortak görüş sunan Özgür Bavyera Eyaleti Hükümeti ve Hessen Eyaleti Hükümetlerinin bakış açıları da incelenmeye değerdir. Bu eyaletlerin hükümetleri, iptali istenen Kanun'un Anayasa'ya aykırı olduğunu iddia etmişlerse de sadece usuli eksiklik olduğunu savunmuşlardır. Buna göre başvurucuların esasa dair itirazları olan "yaşam hakkı" ve "insan onurunun dokunulmazlığı" konularının söz konusu eyaletlerin hükümetlerince paylaşılmadığına dikkat çekilmelidir.

Usuli eksiklik bakımından tartışılan bir diğer konu ise bireysel başvuru konusu hükmün ihdası sırasında iki kanatlı olan Alman yasama organın sadece bir kanadının kararının alınmasıdır. Bilindiği üzere Alman yasama sistemi iki kanattan oluşmaktadır. Biri ABD Temsilciler Meclisi veya Birleşik Krallık'taki Avam Kamarası'na benzetilecek şekilde oluşturulmuş Federal Meclistir. Bu Meclisteki 735 milletvekili tek dereceli oy ilkesiyle oluşan genel seçimle seçilirler. Yasama sisteminin ikinci kanadı olan Federal Konsey ise iki aşamalı bu yasama yapısı bakımından yasamanın diğer kanadına oranla sayısı göz önüne alındığında ABD Senatosuna benzetilebilecektir. Zira ABD Temsilciler Meclisi'nde de 435 üye bulunmaktayken Senato'da 100 üye vardır. Alman Federal Konseyi'nin seçim usulü ise ABD Senatosu'ndan farklıdır. Bu kısım ise Federe devletlerin hükümetlerince atanan 69 üyeden oluşmakta olup üyeleri Federal Meclis gibi seçimle gelmemektedir. İhdas edilen regülasyonların yapısı ve muhteviyatı itibariyle yasamanın iki kanadının dahil olduğu bir süreç söz konusu olabilecekken Havacılık Güvenliği Kanunu'nun ihdası sırasında Federal Konsey görev almamış, Federal Meclis tek başına hareket etmiştir. Bu da usuli bakımdan eksiklik oluşturmaktadır. Başvurucular, bu iddialarını Anayasa'nın 87d/2'ye[41] dayandırmaktadır. Bu hüküm uyarınca, hava trafik idaresinin görevleri, Federal Konsey'in onayını gerektiren federal yasama yoluyla, Federasyonun temsilcisi olarak hareket eden eyaletlere devredilebilir. Başvurucular, Havacılık Güvenliği Kanunu veya Havacılık Güvenliği Fonksiyonlarına İlişkin Yeni Yönetmelik Hakkında Kanun'da yer alan diğer hükümlerin bu tür bir görev devrine yol açtığını iddia etmemektedir. Bunun yerine, münhasıran bu Kanun'un, hava trafik idaresinin işlevlerini Eyaletlere devreden Federal Konsey'in onayını gerektiren mevzuatı değiştirdiğini ve bu nedenle Kanun'un kendisinin de Federal Konsey'in onayını gerektirdiğini ileri sürmektedirler. Ancak bireysel başvuru, Anayasa'nın 87d.2. maddesi uyarınca içeriği Federal Konsey'in onay zorunluluğunu oluşturan hangi düzenlemelerin Havacılık Güvenliği Kanunu ile değiştirildiğini ve bunun ne ölçüde Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu hükme ilişkin içtihadına[42] uygun olarak Havacılık Güvenliği Kanunu'nun Federal Konsey'in onayının gerektiğini belirtmemektedir. Bu bağlamda, Federal Anayasa Mahkemesi yapılan bireysel başvuruyu Federal Anayasa Mahkemesi Yasası'nın 23. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesi ve birinci cümlesiyle bağlantılı olarak 92. maddesi uyarınca bir bireysel başvurunun temellendirilmesine ilişkin gereklilikleri karşılamadığına hükmetmiştir.[43] Görüleceği üzere Mahkeme, başvurucular tarafından ileri sürülen argümanın temel alındığı Kanun ve Anayasa maddesi sarih olarak Mahkemece reddedilmese de ileri sürülen argümanın temellendirilmesine ilişkin gerekliliklerin karşılanmadığı yönünde karar vermiştir. Ancak Mahkeme'nin başvurudaki bu argümanın temellendirilmesine

[41] Hava trafiği idaresinin görevleri, Federal Konseyin onayına bağlı bir federal yasayla Federasyon adına yürütülmek üzere eyaletlere devredilebilir.

[42] Bkz. BVerfGE 97, 198 (226-227).

[43] Bkz. BVerfGE 99, 84 (87); 109, 279 (305).

ilişkin gerekliliği karşılamadığı konusunda sadece tespitte bulunup bu konuda detaylı bir açıklamada bulunmaması eleştiriye açık bir husus olarak kalacaktır.

Mahkeme'nin yetki de dahil olmak üzere usuli itirazlar incelendikten sonra bu çalışmanın önemli bir kısmını tutan kararın esas kısmı incelenmelidir. Zira karara dair önemli çalışmalar insan hayatının karşılaştırılamazlığı üzerinden esas incelenmesiyle yapılmaktadır. Bu doğrultuda üzerinde durulması gereken ilk husus yasama organının, bu Kanun'u geçirirken insan yaşamları üzerinde niceliksel bir karşılaştırma yapmış olmasıdır. Varsayımsal olarak düşünülürse uçakta 150 kişi varsa ve bu uçak teröristler tarafından kaçırılıp binlerce izleyicisi olan bir futbol maçının oynandığı stadyuma düşürülürse binlerce kişi ölebilecektir. Ancak uçak Havacılık Güvenliği Kanunu uyarınca havada vurulursa, uçak artık bir silah olarak kullanılamayacaktır. Bir saniyeliğine teröristlerin motivasyonundan şüphe edilmese ve her halükarda 11 Eylül gibi bir saldırı yapılacağından emin olunsa bile asıl soru şu olmaktadır; stadyumdaki binlerce kişinin hayatını kurtarma pahasına uçaktaki 150 kişi feda edilebilir mi? Eğer uçak vurulmazsa uçaktakilerle birlikte stadyumdakiler de ölecektir. Bir anlığına bakıldığında her halükarda uçaktakiler öleceği için onların havada askeri uçaklar tarafından veya stadyuma çarparak ölmelerinin bir farkının olmadığı söylenebilecektir. Ancak asıl dikkat edilmesi gereken nokta şudur ki; insan beyni tahmin edilemezdir. Yukarıda ısrarla tarafımca "emin olunsa", "bir anlığına" veya "varsayımsal" kelimelerinin kullanılmasının sebebi budur. Kendileriyle birlikte etrafındaki insanları öldürme motivasyonuyla hareket eden "canlı bomba"lar düşünüldüğünde, araştırmalar ve raporlar göstermektedir ki, canlı bombalar son dakika değişikliği yapabilmektedirler[44]. Dolayısıyla sırf bir canlı bombanın kamusal otobüsle kalabalık pazar alanına girmesi halinde pazar alanındakileri korumak için otobüs henüz pazar alanına girmeden boş bir yolda patlatmak %100 şekilde pazar alanındakileri korumayacaksa; kaçırılmış bir uçağı askeri uçaklarla vurmak da kalabalık stadyumdakileri korumaz. Çünkü eğer %1 ihtimalle bile o uçağın veya otobüsün içindekilerin sadece kaçırılmalarından kaynaklanan bir şüphe sebebiyle öldürülme ihtimalleri varsa bu açık bir şekilde onları nesne haline getirmekte ve insan onurunun dokunulmazlığını ellerinden almaktadır. Zira mahkeme kararının 85. paragrafında da vurgulandığı üzere her insan hayatı aynı değere sahiptir. Bu konuda akademide verilen bir örneğe de değinmekte fayda vardır; söz konusu uçaktakilerin öldürülme sorunu, organ piyangosu adı verilen bir olgu tarafından açıklanabilir. İstatistiksel olarak, herkes kanserden ölme riskiyle karşı karşıyadır. Herkesin dahil olması gereken ve denk gelme olasılığının kanser kaynaklı ölümden önemli ölçüde daha düşük olduğu bir piyango yapılmasının kabul edildiği düşünelim. Bu piyangoda kazananlar öldürülecek ve organlarının büyük tehdit altındaki kanser hastalarına bağışlanması halinde herkesin öngörülen yaşam süresi artacaktır. Bu piyangoda sorun

[44] Bruce Hoffman, 'The Logic Of Suicide Terrorism' (2003) (3) The Atlantic Monthly <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2003/06/the-logic-of-suicide-terrorism/302739/> Date of Access 29 July 2023.

nedir? Bu sadece tek bir yöndür. İnsanların vücutlarına kanser hücresi geliştirme olasılığı aslında çok farklıdır. Bu, kişisel tutum ve kişinin kendi davranışına bağlıdır ve bu da daha savunmasız olan kişiler için adil olmaz. Bu nedenle, uçağın içinde bulunanların da adil olmayan ve tamamen dışarıdaki parametrelere bağlı bir şekilde vurulmamaları gerekir[45]. Üzerinde durulması gereken bir diğer nokta ise böyle bir kararın hükümetlerce savunulurken "hukuk devleti" kavramı üzerinde ne düşündükleridir. Çünkü hem eyalet hükümetleri hem de Federal hükümet Havacılık Güvenliği Kanunu'nun ihtilaflı maddesini savunurken hukuktan ve gerçeklikten uzak argümanlar üretmişlerdir. Söz konusu argümanların tekrar edilmesine gerek yoktur. Ancak akademide hukuk devletinin maddi boyutu söz konusu olduğunda insan haklarının korunması şart koşulurken[46], kimisi insan onurunu esas alır[47] kimisi ise "sosyal olmayı" temel alır[48]. Her ne kadar esas alınan nokta üzerinde yeknesak bir yaklaşım olmasa da söz konusu bütün yaklaşımlar Federal hükümetin argümanlarına karşı durabilmektedir. Söz konusu Havacılık Güvenliği Kanunu, 11 Ocak 2005 yılında Almanya Cumhurbaşkanı tarafından imzalanıp kanun gücü kazandırıldığı sırada dahi Cumhurbaşkanı tarafından tereddüt konusu olmuştur[49]. Cumhurbaşkanı Köhler aynen şunları söylemiştir;

"*Son olarak, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesi, tehditle bağlantısı olmayan yolcuları taşısa bile, söz konusu olay dışındaki kişilerin hayatını tehdit eden bir uçağın düşürülmesine izin vermektedir. Böylece bazı canlar başkaları için feda edilmektedir. Bugüne kadar, yürürlükteki anayasa içtihatlarına ve anayasa hukukçularının çoğunluğunun görüşüne göre, hayatın hayata karşı bu şekilde dengelenmesi, Anayasanın 1. maddesinin 1. fıkrasıyla bağlantılı olarak 2. maddesinin 2. fıkrasınca yasaklanmıştır*."[50]

Ayrıca Federal hükümetin uçaktaki insanları hakkın nesnesi haline getirenin Devlet değil de uçağı kaçıran teröristler olduğu görüşü de doktrinde karşılık bulamamıştır[51]. Zira yukarıdaki mahkeme kararında da açıklandığı üzere Mahkeme, insanların kendi kaderini tayin hakkına sahip varlıklardan ziyade bir şeyin parçası olarak kavramsallaştırılmasına itiraz ederek bu argümanı reddetmiştir. Çünkü böyle bir

[45] Gerhard Beestermöller. 'Darf der Staat doch Unschuldige opfern? Taugt die Analogie mit der Wehrpflicht zur Rechtfertigung der Tötung Unschuldiger beim Flugzeugabschuss?' (2008) 26(1) Security and Peace, Themenschwerpunkt: Maritime Sicherheit 38, 42.

[46] Tom Bingham, *The Rule of Law*, (1st, Penguen Books 2011) 66-67.

[47] Corey Brettschneider, *A Substantive Conception of the Rule of Law: Non-Arbitrary Treatment and the Limits of Procedure* (1st, NYU Press 2011) 52.

[48] Sururi Aktaş, 'Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış' (2020) 5(1) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 1, 21.

[49] Robin Geiß, 'Civil Aircraft as Weapons of Large-Scale Destruction: Countermeasures, Article 3 BIS of the Chicago Convention, and the Newly Adopted German "Luftsicherheitsgesetz"' (2005) 27(1) Michigan Journal of International Law 227, 236.

[50] Nina Naske ve Georg Nolte, '"Aerial Security Law." Case No. 1 BvR 357/05. 115 BVerfGE 118', (2007) 101(2) The American Journal of International Law 466, 467.

[51] Stephen Brown Rory, 'Shooting Down Civilian Aircraft: Illegal, Immoral and Just Plane Stupid', (2007) 20(1) Revue Québécoise de droit international, 57, 101 vd.

yaklaşım insan onurunu hiçe saymak olacaktır. Nitekim olayın ulusal hukuk boyutu da incelendiğinde görülecektir ki "insan onuru" kavramı Alman Anayasası'nın sağladığı nihai hukuki korumadır[52]. Anayasa Mahkemesi kararıyla bağlantılı olarak doktrinde de insan yaşamının en yüksek anayasal değer olduğu ve olası süresi ne olursa olsun korunması gerektiği belirtilmiştir[53]. Giriş kısmında da açıklandığı üzere 11 Eylül sonrası insan hakları, yargı kararlarıyla biraz daha korunmaya çalışılmışsa da bazı yazarlar uyarınca "Mehteran Takımı" şeklinde iki ileri-bir geri gidilmiştir. Ayrıca benzer bir yaklaşıma karşı, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 11 Eylül sonrasında insan haklarına karşı devletlerce alınan sert önlemlere uymaması da takdir edilmiştir[54]. Çünkü kararın burada "teröre karşı savaş" ve "bir sorgulama tekniği olarak işkence" temaları etrafında yürütülen çeşitli tartışmaların duygusal dalgalanmaları ve ideolojik politika duruşlarının Mahkeme'nin gerekçesini etkilemediği vurgulanmıştır.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi de bu kararında insan hayatının nicel bir sayı gibi karşılaştırılamayacağı üzerinde dururken salt silah olarak kullanılan insansız bir uçak söz konusu olduğunda bu uçağın havada askeri uçaklarla vurulabileceği gerçeğini göz ardı etmemiştir. Zira artan teknoloji ve nüfusla birlikte Mahkeme, dünyada terörizmin erişebileceği imkanları göz ardı etmemiştir. Hatta şüphesizce havada vurulabilecek uçaklar içerisinde sadece teröristlerle dolu ve salt olarak silah olarak kullanılan bir uçağı dahi saymıştır, ki bu tespit içinde bulunduğumuz yılla paralel bir yaklaşımdır. Zira salt olarak silah olarak kullanılan silahlar bakımından insansız hava araçları akıllara gelmektedir. Bilindiği üzere "drone" olarak da bilinen silahlı veya silahsız insansız hava araçları, muhaberelerde artan oranda kullanılmaktadır. Ayrıca dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise "kamikaze drone" olarak bilinen hava araçlarıdır. Bu araçlar, herhangi bir silah sistemleri olmasa da, kendilerini Kamikaze pilotları gibi belirli bir noktaya düşürüp büyük can/mal kaybına sebep olabilmektedirler. Mahkeme kararı bu nedenle içinde bulunduğumuz yıla paraleldir.

Dava sırasında yapılan savunmalar içerisinde Federal Meclis'in yapmış olduğu savunma ise hukuksal gerçeklikten oldukça uzaktır. Mahkeme kararının 48. paragrafından da görülebileceği üzere "Yoğun nüfuslu ve nispeten küçük Federal Almanya Cumhuriyeti'nde, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasında sağlanan seçeneğin gerçekleşeceği gerçekte neredeyse düşünülemez" şeklindeki bir yaklaşım hayatın gerçekliğinden de uzaktır. Zira, böyle bir kanun geçirilmiş olsa da zaten böyle bir olayın gerçekleşme ihtimali çok düşük olduğu için insanların askeri uçaklarla vurulmasına cevaz veren Kanun'un Anayasaya uygun olduğunun iddia edilmesi hukuksal olarak çok isabetsizdir. Savunma

[52] Oliver Lepsius, 'Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-transport Security Act' (2006) 7(9) German Law Journal 761, 768.

[53] Youngs, R., 'Germany: Shooting Down Aircraft and Analyzing Computer Data' (2008) 6(2) Oxford University Press 331, 333.

[54] Holger Kastler, 'BVerfG: Verfassungsbeschwerde gegen § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz' (2006) 11(1) MRM – MenschenRechtsMagazin 95, 103.

sırasında sunulan bir başka isabetsiz argüman ise Federal Meclis'teki Yeşiller grubunca yapılmıştır. Buna göre Yeşiller grubu ek bir açıklamada, bir yolcu uçağının vurulmasına suça iştirak etmemiş kişilerin öldürülmesiyle ilişkilendirilmesi halinde izin verilmeyeceği gerekçesiyle Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddenin 3. fıkrasını kabul ettiğini belirtmiştir. Oysa Kanun'un lafzına bakıldığında içinde sadece teröristlerin olduğu uçağın vurulabileceği yönünde bir anlam çıkarılabileceği söylenemeyecektir. Çünkü iptali istenen madde uyarınca "suça iştirak etmemiş kişilerin öldürülmesiyle ilişkilendirilmesi halinde izin verilmeyeceği yönünde" bir anlam kesin olarak çıkarılamayacaktır. Benzer isabetsiz yaklaşım Federal Hükümet tarafından da yapılmıştır. Kararın 55. paragrafına bakıldığında, Hükümet'e göre "Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinde hasredilmiş katı ön koşullar, olayların akla gelebilecek tüm süreçleri dikkate alınarak, uçakta suça iştirak etmeyen kişilerin bulunduğu bir hava taşıtına karşı doğrudan silahlı kuvvet kullanımını ortadan kaldırmaktadır". Oysa Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesi tam olarak uçakta suça iştirak etmeyen kişilere karşı doğrudan silahlı kuvvet kullanımını meşrulaştırmaya çalışmaktadır. Hükümet'in böyle bir sonuca nasıl ulaştığını kavramak zordur. Bunların dışında Hükümet tarafından savunulan en şoke edici argüman ise 56. paragrafta yer almaktadır. Buna göre "Hava trafiğine karşı güncel tehditler göz önüne alındığında, uçaktaki insanlar, hava trafiğini kullandıklarında kendilerini maruz bırakacakları tehlikenin bilincinde olmalıdırlar" şeklindeki bir yaklaşım korkunçtur. Hükümet'e göre, eğer bir kişi uçağa biniyorsa, o uçağın kaçırılma ihtimalini zımnen kabul etmiştir. Dolayısıyla eğer uçak kaçırılırsa ve uçak askeri uçaklar tarafından havada vurulursa yolcuların buna itiraz etme hakları olmamalıdır. Çünkü Hükümet'e göre bilet alıp uçağa adım attıkları anda öldürülebilmelerine izin vermektedirler. Anayasasının ilk maddesinin "insan onurunun dokunulmazlığı" olan bir devletin hükümetinin böyle bir argüman üretmesi başka yazarlar tarafından da şoke edici bulunmuştur[55]. Zira, bu karardan da çıkarılabileceği gibi terörizmle mücadele ile insan hakları birbirlerinin alternatifi veya zıt kutupları değildirler. Bir diğer deyişle, terörle mücadele etmek için insan haklarını minimize etmek gerekmemektedir. Olması gereken husus terörle mücadele ederken, insan haklarına normalden daha fazla ehemmiyet gösterilmesidir. Çünkü bu ehemmiyet gösterilmediği takdirde terör örgütleri, insan haklarının ihlal edildiği kisvesi altında örgütlerine sempatizan ve militan toplayabilmektedirler. Bu nedenle böyle bir argümana imkan verilmemesi için insan haklarına saygı ve riayet zor zamanlarda daha da öne çıkmaktadır. Masum insanlarla dolu uçağın havada vurulması terörle mücadelede bir artı değer sağlamayacağı gibi insanların hukuk devletine olan güvenlerini zedeleyecektir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararını incelerken dikkate değer bir husus ise Mahkeme'nin davanın görülmesi sırasında sunulan görüşlerin zenginliğidir. Bilindiği üzere Türkiye'de Norm denetimleri bakımından İtiraz ve İptal davaları açılabilmektedir.

[55] Fazıl Sağlam, 'Hukuk Devleti ve Terör' (2007) 62(3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 291, 297.

İptal davası, iptali istenen normların Resmi Gazetede yayınlanmasından sonra belirli bir süre içerisinde ve belirli kişiler tarafından Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan doğruya açılabilmektedir[56]. İptal davasında T.C. Anayasa Mahkemesi, taleple bağlı kalarak, iptali istenen normun şekil ve esas yönünden Anayasaya uygunluğu denetlemektedir. 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 39. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca herhangi bir iptal davasında T.C. Anayasa Mahkemesi esasın incelenmesine karar verirse, dava dilekçesi ile ekleri TBMM Başkanlığı, Cumhurbaşkanlığı ile iptal davası açmaya yetkili siyasi parti gruplarına gönderilir. Bu makamlar, iptal davasıyla ilgili yazılı görüşlerini değerlendirilmek üzere Mahkemeye bildirebilirler. Görüldüğü üzere T.C. Anayasa Mahkemesi de, her ne kadar Almanya sisteminde olduğu gibi direkt olarak bireysel başvuru yolu ile norma karşı dava açılamasa da, görülmekte olan bir iptal davasında meclisteki farklı grupları olan siyasi partilerin söz konusu normun hayata geçirilmesi sırasında yaptığı tartışmaların ve bu tartışmaları çerçevesindeki motivasyonlarına yer vermektedir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararından ders alınabilecek diğer husus ise söz konusu davanın konusu bir uçağın havada vurul(a)bilmesi olduğu için görüşleri alınan sivil toplum kuruluşlarının konuyla yıllardır ilgili ve çalışan kişilerin bulunduğu kuruluşlar olmalarıdır. Bu nedenle bir uçağın içinde o anda neler olup bittiği konusunda Pilotlar Birliği ve Bağımsız Uçuş Refakatçileri Örgütü'nün yazılı görüşlerini sunmaları Mahkeme'nin kararına ulaşırken yardımcı olmuştur. Sonuç olarak bu tarz görüşler alınması, Anayasa Mahkemesi üyelerinden bir uçağın işleyişi gibi uzmanlık gerektiren teknik konuları bilmeleri beklenemeyeceğinden, şüphesiz ki Mahkeme yargıçlarının kararına ulaşmasında yardımcı olacaktır. Ancak vurgulamak gerekir ki, Türkiye'de sivil toplum kuruluşları da dava süreçlerine müdahil olabilmektedirler. Bu konu bakımından örnek vermeden önce Latince çevirisiyle *Amicus curiae* kurumuna kısa bir değinmek gerekmektedir. Bu terim, dava konusu ihtilaf bakımından hukukla ya da gerçekle ilgili bilgi vermek ya da tavsiyede bulunmak amacıyla mahkemeye yardımcı olan kişiler açısından belirtilir. Bu kişiler davada herhangi bir taraf değildirler. Bu nedenle davanın sonucundan doğrudan çıkarı olan veya etkilenecek olan ve bu nedenle duruşmaya katılmasına izin verilen müdahilden farklıdır. Bu konuda T.C. Anayasa Mahkemesi tarafından görülmekte olan bir iptal davasında T.C. Anayasa Mahkemesi'nin gerçekleştireceği anayasaya uygunluk denetimine teknik bakımdan katkı sunmak amacıyla Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği (Anayasa-Der) ve Türk Ceza Hukuku Derneği (TCHD), birlikte hazırladıkları *amicus curiae* raporunu Mahkeme'ye sunduklarını açıklamışlardır. 25 Mayıs 2015 tarihinde T.C. Anayasa Mahkemesi Başkanı Prof. Dr. Zühtü Arslan'a sunulan rapor, Türkiye'nin anayasa yargısı tarihinde bir ilk olma özelliği taşımaktadır[57]. Çünkü söz konusu *amicus curiae*, T.C. Anayasa Mahkemesi

[56] Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Ders Notları* (2. Bası, Seçkin Yayıncılık 2020) 1163.

[57] Erkan Duymaz, 'Mahkeme'nin Dostlarından "İç Güvenlik Yasası" Uyarısı: Anayasa Mahkemesi'ne Sunulan İlk Amıcus Curıae Raporu Kabul Edildi' (2015) 4(8) Anayasa Hukuku Dergisi 307, 308.

tarafından görülmekte olan bir iptal davası bakımından 2015 yılında bir ilktir. Ancak bilindiği üzere Türk Anayasa yargısı sisteminde halen Alman bireysel başvuru usulündeki gibi bir norma karşı dava açılamamaktadır. Ancak itiraz usulü şeklinde olabilmekte, o da ayrı şartlara tabidir.

Sonuç

Görüldüğü üzere Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararında üzerinde durduğu husus, insan hayatlarının karşılaştırılamazlığıdır. Zira eğer ortada %1'lik gibi bir ihtimal dahi varsa insan hayatı riske atılamaz ve nicel olarak karşılaştırılamaz. Benzer tartışmalar yıllardır demiryolu makasçısı ikileminde de karşımıza çıkmıştır. Buna göre freni tutmayan bir vagon hızla gelmektedir. Söz konusu vagonun gittiği yolda beş adet demiryolu işçisi çalışmaktadır ve kaçmak için vakitleri yoktur. Ancak demiryolu makasçısı durumu fark edip makası çevirirse sadece bir işçinin çalıştığı tarafa çevirmektedir. Demiryolu makasçısı çok basit bir matematikle beş kişinin ölmesindense bir kişinin ölmesini tercih etmiştir. Demiryolu makasçısının cezai sorumluluğu bir yere bırakıldığında tartışılacak konu "etik"tir. Zira beş kişinin hayatı bir kişinin hayatından büyük müdür? Bu soruya genelde "evet" cevabı verilmektedir. Akabinde sorulan soru ise şu olacaktır; peki o bir kişi kanser aşısını bulacak Nobel ödüllü bir doktorsa? O zaman cevap değişmekte ve o bilim insanının hayatı diğer beş kişiden daha önemli olmakta ve demiryolu makasçısı makası çevirmemektedir. İkilem ise tam olarak burada başlamaktadır. İlk soruya cevap verirken bu kişilerin geçmişi, eğitimi, dünya sahnesindeki rolleri düşünülmemektedir. Direkt olarak bu kişiler nesne konumuna indirgenmiş, birer insan oldukları unutulmuş ve birer "sayı"ya dönüşmüşlerdir. Bu durumun insan hakları ve terörle mücadele kavramları etrafında açıklanmasına çalışılmıştır. Söz konusu kavramların birbirlerinin alternatiflerinin olmadıkları, terörle mücadelenin insan haklarına riayet ederek daha doğru bir şekilde yürütüleceği vurgulanmıştır. Bu çalışmadaki mahkeme kararında üzerinde durulan husus da budur. Terörle hukuk sınırları içerisinde meşru olarak mücadele ederken devletlerin dikkate alacakları hususlar da "etik" ilkeleri çerçevesinde hem Alman Federal Mahkemesi kararında hem de müteakip analizde değerlendirilmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.
Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.
Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.
Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Bibliography

Aktaş S, 'Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış' (2020) 1 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 1-32.

Beestermöller G, 'Darf der Staat doch Unschuldige opfern? Taugt die Analogie mit der Wehrpflicht zur Rechtfertigung der Tötung Unschuldiger beim Flugzeugabschuss?' 26(1) Security and Peace, Themenschwerpunkt: Maritime Sicherheit 38-43.

Bingham T, *The Rule of Law*, (Penguen Books 2011).

Brettschneider C, *A Substantive Conception of the Rule of Law: Non-Arbitrary Treatment and the Limits of Procedure* (NYU Press 2011).

Cesare B, *An Essay on Crimes and Punishments by the Marquıs Beccaria of Milan with a Commentary*, (1st, W.O. Little & Co 1872).

Council of the EU, European Security Strategy Paper (2003), <https://www.consilium.europa.eu/media/30823/qc7809568enc.pdf > Date of Access 9 June 2023.

Duymaz E, 'Mahkeme'nin Dostlarından "İç Güvenlik Yasası" Uyarısı: Anayasa Mahkemesi'ne Sunulan İlk Amıcus Curıae Raporu Kabul Edildi' (2015) 4(8) Anayasa Hukuku Dergisi 307-314.

Eren A, *Anayasa Hukuku Ders Notları* (2. Bası, Seçkin Yayıncılık 2020).

Geiß R, 'Civil Aircraft as Weapons of Large-Scale Destruction: Countermeasures, Article 3BIS of the Chicago Convention, and the Newly Adopted German "Luftsicherheitsgesetz"" (2005) 27(1) Michigan Journal of International Law 227-256.

Hoffman Bruce, 'The Logic Of Suicide Terrorism' (2003) (3) The Atlantic Monthly <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2003/06/the-logic-of-suicide-terrorism/302739/> Date of Access 29 July 2023.

Holger AK, 'BVerfG: Verfassungsbeschwerde gegen § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz' (2006) 11(1) MRM – MenschenRechtsMagazin 95-103.

Lepsius O, 'Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-transport Security Act' (2006) 7(9) German Law Journal 761-776.

Miguel Beltrán De Felipe and José María Rodríguez De Santiago, 'Shooting Down Hijacked Airplanes? Sorry, We're Humanists. A Comment on the German Constitutional Court Decision of 2.15.2006, Regarding the Luftsicherheitsgesetz (2005 Air Security Act)' (2007) Bepress Legal Series <https://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=9355&context=expresso> Date of Access 25 September 2023.

Müller LF, 'Identifying German Legal Approaches to Terror—How the Constitution Shapes Legislation Allowing the Shooting Down of a Hijacked Plane' (2019) 19(1) German Law Journal 113-136.

Naske N and Nolte G, '"Aerial Security Law." Case No. 1 BvR 357/05. 115 BVerfGE 118', (2007) 101(2) The American Journal of International Law 466-471.

Öztaş C, 'The March of the Mehteran Rethinking the Human Rights Critiques of Counter-Terrorism', (2011) 7(2) Utrecht Law Review 180-191.

Rory SB, (2007). 'Shooting Down Civilian Aircraft: Illegal, Immoral and Just Plane Stupid', (2007) 20(1) Revue Québécoise de droit international 57-106.

Sağlam F, 'Hukuk Devleti ve Terör' (2007) 62(3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 291-317.

Turan S ve Özkural Köroğlu N, *Uluslararası İlişkilerde Teoriden Pratiğe Güncel Yaklaşımlar* (1. Bası, Dora 2015).

Youngs R, 'Germany: Shooting Down Aircraft and Analyzing Computer Data' (2008) 6(2) Oxford University Press 331-348.