

# İDARE HUKUKU

## ve

# İLİMLERİ DERGİSİ

### (İHİD)

Cilt: 17 Sayı: 1-2

İDARE HUKUKU ve İLİMLERİ DERGİSİ

Sayı: 1-2

Cilt: 17

2014

#### MAKALELER

*Prof. Dr. Baki KURU - Yard. Doç. Dr. Barış TORAMAN*  
• Hukuk Yargısında ve İdari Yargıda Bilirkişi Listeleri

#### ONAR-SARICA-DURAN HUKUK DEVLETİ GÜNÜ (4-5 MART 2014)

- 1. OTURUM  
İdare Hukukunda Anayasal İlkeler
- 2. OTURUM  
İdari Usul Hukuku ve Anayasa Hukuku
- 3. OTURUM  
İdare Hukukunda Toplantı ve İfade Özgürlüğü
- 4. OTURUM  
Özel Hayatın Gizliliği ve Kişisel Verilerin Korunması
- 5. OTURUM  
İmar, Planlama, Mülkiyet, Kamu Yararı
- 6. OTURUM  
Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü

İstanbul  
2015

İ.Ü. HUKUK FAKÜLTESİ ORD. PROF. DR. S.S. ONAR İDARE HUKUKU VE İLİMLERİ  
ARAŞTIRMA VE UYGULAMA MERKEZİNCE YAYINLANIR

İSTANBUL  
2015

İDARE HUKUKU  
ve  
İLİMLERİ DERGİSİ

---

İ.Ü. HUKUK FAKÜLTESİ ORD. PROF. DR. S.S. ONAR İDARE HUKUKU VE  
İLİMLERİ ARAŞTIRMA VE UYGULAMA MERKEZİNCE YAYINLANIR

---

İdare hukuku ve ilimleri dergisi.-- İstanbul : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi, 1980-  
c.; 24 cm.

Yılda iki sayı.

ISSN 1303-8818

Elektronik ortamda da yayınlanmaktadır:

<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuihid/index>

1. İDARE HUKUKU – SÜRELİ YAYINLAR.

Baskı:  
İlbey Matbaa  
[www.ilbeymatbaa.com.tr](http://www.ilbeymatbaa.com.tr)  
Sertifika No: 17845

İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü Sağlık Kültür ve Spor Daire Başkanlığı  
tarafından bastırılmıştır.

## **İDARE HUKUKU VE İLİMLERİ DERGİSİ**

*İHİD (ISSN - 1303 - 8818)*

### **Editörler Kurulu**

*Prof. Dr. Aydın GÜLAN (Kurul Sorumlusu)*

*Yard. Doç. Dr. Halit UYANIK*

### **Danışma Kurulu**

*Prof. Dr. Adem SÖZÜER, İstanbul Üniversitesi (İstanbul)*

*Prof. Dr. Turan YILDIRIM, Marmara Üniversitesi, (İstanbul)*

*Prof. Dr. Turgut TAN, Bilkent Üniversitesi (Ankara)*

*Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU, Bilkent Üniversitesi (Ankara)*

*Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ, Gazi Üniversitesi (Ankara)*

*Prof. Dr. Murat SEZGİNER, Gazi Üniversitesi (Ankara)*

*Prof. Dr. Halil KALABALIK, Sakarya Üniversitesi (Sakarya)*

*Prof. Dr. Ali AKYILDIZ, Kırıkkale Üniversitesi (Kırıkkale)*

*Doç. Dr. Melikşah YASİN, İstanbul Üniversitesi (İstanbul)*

*Yard. Doç. Dr. Cenk Yaşar ŞAHİN, İstanbul Üniversitesi (İstanbul)*

### **Yayın Kurulu**

*Prof. Dr. Aydın GÜLAN*

*Yard. Doç. Dr. Halit UYANIK (Tashihlerden Sorumlu Öğretim Üyesi)*

*Araş. Gör. Seyit Rasim DORU (Tashihlerden Sorumlu Öğretim Üyesi Yardımcısı)*

**Cilt: 17**

**Sayı: 1-2**

**Yıl: 2014**

*İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi hukukçulara ulaştırılması, yaşatılması ve desteklenmesi amacıyla, dergimizin basım, dağıtım ve satışı İlbey Matbaa tarafından üstlenilmiş olup, katkı ve destekleri için İlbey Matbaa'ya teşekkür ederiz.*

*İ.Ü. Hukuk Fakültesi Ord. Prof. Dr. S. S. Onar İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi*

## İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi

- Yayın Sahibi:** İstanbul Üniversitesi  
**Yayın Sahibi Temsilcisi:** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı  
Prof. Dr. Adem SÖZÜER  
**Sorumlu Müdürü:** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ord. Prof. Dr. Sıddık  
Sami ONAR İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama  
Merkezi Müdürü  
Prof. Dr. Aydın GÜLAN

### Yazışma Adresi:

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
34116 Beyazıt İstanbul  
Tel: +90 (212) 440 01 05  
Fax: +90 (212) 512 41 35  
e-mail: hukuk\_dekan@istanbul.edu.tr  
www.istanbul.edu.tr  
www.istanbul.edu.tr/idarehukuku

Copyright © 2014

*Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınmaz. Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Fakülte söz konusu görüşlerden dolayı sorumluluk kabul etmez. Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yapmak isteyenlere, "İHİD" kısaltmasını kullanması önerilir.*

# İDARE HUKUKU VE İLİMLERİ DERGİSİ

Cilt 17

Sayı: 1-2

2014

## MAKALELER

*Prof. Dr. Baki KURU*  
*Yard. Doç. Dr. Barış*  
*TORAMAN*

Hukuk Yargısında ve İdari Yargıda Bilirkişi  
Listeleri .....9

## ONAR-SARICA-DURAN HUKUK DEVLETİ GÜNÜ BİLDİRİLERİ

4-5 MART 2014

ONAR-SARICA-DURAN HUKUK DEVLETİ GÜNÜ

4 Mart 2014

### 1. Oturum

#### İdare Hukukunda Anayasal İlkeler

*Bahadır YALÇINÖZ*

İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı .....29

*Selami DEMİRKOL*

Âdil Yargılama Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları  
Mahkemesi Kararlarına Dayanılarak Yapılan Anayasa  
ve Yasa Değişiklikleri .....34

### 2. Oturum

#### İdari Usul Hukuku ve Anayasa Hukuku

*Michael HUND*

Alman İdare Mahkemesi'nde Sır Saklama ve Hukuki  
Meram Anlatma Hakkı .....58

*Recep ÜNAL*

Disiplin Hukuku ve Masumiyet Karinesi .....72

### 3. Oturum

#### İdare Hukukunda Toplantı ve İfade Özgürlüğü

<i>Yrd. Doç. Dr. Gülay Arslan ÖNCÜ</i>	Avrupa İnsan Hakları Sözleşme Sisteminde Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı.....	82
<i>Doç. Dr. Nur KAMAN</i>	Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı .....	89

### 4. Oturum

#### Özel Hayatın Gizliliği ve Kişisel Verilerin Korunması

<i>Dr. Şeyda EMEK</i>	Federal Anayasa Mahkemesi İçtihadının Işığında Polis ve Güvenlik Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması .....	100
<i>Prof. Dr. Cemil KAYA</i>	Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması .....	109

## 5 Mart 2014

### 5. Oturum

#### İmar, Planlama, Mülkiyet, Kamu Yararı

<i>Bilal ÇALIŞKAN</i>	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Danıştay'ın Mülkiyet Hakkına Yaklaşımı.....	121
<i>Doç. Dr. Melikşah YASİN</i>	Soylulaştırma Yoluyla Yapılan Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Temel Hak ve Özgürlüklere Etkisi .....	128

### 6. Oturum

#### Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü

<i>Prof. Dr. Ali ULUSOY</i>	Danıştay'ın Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğüne Bakışı .....	147
<i>Prof. Dr. Nihat BULUT</i>	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı Işığında Din ve Vicdan Özgürlüğü .....	154
<i>Soru ve Cevaplar</i>	.....	161

# MAKALELER





# HUKUK YARGISINDA VE İDARİ YARGIDA BİLİRKİŞİ LİSTELERİ

*Prof. Dr. Baki KURU\**  
*Yard. Doç. Dr. Barış TORAMAN\*\**

## Öz

Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), CMK m. 64'deki düzenlemeden esinlenerek, bilirkişi listeleri sistemini benimsemiştir (HMK m.268/1,c.1). Bu çalışmada, bilirkişi listeleri konusu hukuk yargısı ile idari yargı bakımından değerlendirilecektir.

## Anahtar kelimeler

Bilirkişilik, bilirkişi listeleri, ispat, medeni usul hukuku, idari yargılama hukuku

## Abstract

Inspired by the article 64 of the Criminal Procedure Code (CMK), The Civil Procedure Code (HMK) accepts the system of appointing the judicial experts from the lists (HMK m.268/1,c.1). In this study, the list system will be examined according to its appearances in both civil and administrative procedures.

## Key words

Judicial expertise, expert lists, proof, civil procedure law, administrative procedure law

## 1. Giriş

Bu incelemenin konusu olan “bilirkişi listeleri” (sistemi) ile kast edilen husus, mahkemelerde bilirkişi olarak görev yapacak kişilerin, daha önceden belirlenmiş uzmanlık dallarına göre düzenlenen listelere kaydolmaları ve mahkemelerin bilirkişileri bu listelerden seçmeleridir. Bu sistemin ayırt edici özelliği, bilirkişilerin, henüz hâkim tarafından tayin edilmeden önce, bir önseçime tâbi tutuluyor olmalarıdır. Bu önseçimin amacı, bilirkişi olarak görev yapacak olan kişinin niteliklerinin, olabildiği ölçüde önceden tespit edilmesidir.

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı emekli Öğretim Üyesi.

\*\* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda (HUMK), bilirkişilerin listelerden seçilmesi usulü düzenlenmiş değildir<sup>1</sup>.

Türk hukukunda ilk defa, 4.12.2004 gün ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 64. maddesi ile bilirkişilerin listelerden seçilmesi esası benimsenmiştir<sup>2</sup>.

12.1.2011 gün ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) da, CMK m.64'deki düzenlemeden esinlenerek, bilirkişi listeleri sistemini benimsemiştir<sup>3</sup> : Hukuk yargısında, bilirkişiler, yargı çevresinde yer aldığı adli yargı adalet komisyonları tarafından, her yıl düzenlenen listelerde yer alan kişiler arasından görevlendirilirler (bkz : HMK m.268/1,c.1).

İdari Yargılama Usulü Kanununun (İYUK) 31. maddesine göre, HMK'nun bilirkişi hakkındaki hükümleri, idari yargılama usulünde de uygulanır. Bu nedenle, HMK m.268 hükmünün, idarî yargıda da uygulanıp uygulanmayacağı sorusu ile karşılaşılmaktadır.

Bu incelemede, bilirkişi listeleri konusu, önce ceza yargısı, sonra hukuk yargısı ve en sonra idari yargı bakımından ayrı ayrı değerlendirilecektir :

## **2. Ceza yargısında bilirkişi listeleri**

Yukarıda da belirtildiği gibi, yakın zamana kadar, hukukumuzda bilirkişi listeleri ile ilgili genel bir düzenleme yoktu.

Hukukumuzda, bilirkişi listesi sistemi, genel bir kanun hükmünde, ilk olarak Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ile kabul edilmiştir<sup>4</sup> :

“Bilirkişiler, il adli yargı adalet komisyonları tarafından her yıl düzenlenen bir listede yer alan gerçek veya tüzel kişiler arasından seçilirler. Cumhuriyet savcıları ve hâkimler, yalnız buldukları il bakımından yapılmış listelerden değil, diğer illerde oluşturulmuş listelerden de bilirkişi seçebilirler. Bu listelerin düzenlenmesine veya listelerde yer verilenlerin çıkarılmalarına ilişkin esas ve usuller, yönetmelikte gösterilir (CMK m.64/1). Bu hükmün gerekçesi şöyledir :

“...Bilirkişinin bilgi ve teknik alanında belirli bir deneyim sahibi olmuş kişilerden seçilmesi ve bu bakımdan adli otoritenin, bir tür tasvibini elde etmiş olması gerekir. İşte bu nedenle madde birinci fıkrasında her yıl adli yargı adalet

<sup>1</sup> Sadece Kamulaştırma Kanununda (bugün olduğu gibi), bilirkişi listelerinden bilirkişi seçilmesi öngörülüyordu (bkz : Kamulaştırma K. m.15).

<sup>2</sup> Bkz : a.ş.a. dipnot 3/a-5 arası.

<sup>3</sup> Bkz : a.ş.a. dipnot 5/a-6 arası.

<sup>4</sup> Bkz. ayrıca : yuk. dipnot 2 civarı.

komisyonlarınca bir liste hazırlanmasını ve yukarıda belirtilen niteliklere sahip bilirkişilere bu listede yer verilmesini uygun görmüştür... Böylece... çok yerinde olarak bilirkişilerin önceden bir elemeyden geçirilerek atanmalarına olanak sağlanmış bulunmaktadır ; bu suretle bilirkişilik kurumuna disiplin sağlanması ile kalınmayacak ayrıca bilirkişinin hâkim gibi görev yapması da önlenmiş olacaktır”<sup>5</sup>.

Ceza Muhakemesi Kanununa Göre İl Adli Yargı Adalet Komisyonlarınca Bilirkişi Listelerini Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik de yürürlüğe girmiştir<sup>6</sup> ve bu Yönetmelik doğrultusunda bilirkişi listeleri oluşturulmuştur.

Yukarıda da belirtildiği gibi, ceza mahkemesi, bilirkişileri kural olarak listelerden seçer (CMK m.64/1). - Ancak, ceza mahkemesi, gerekçesini göstermek suretiyle, bilirkişi listelerine girmeyenler arasından da bilirkişi seçebilir (CMK m. 64/2). Bu hükmün gerekçesi şöyledir :

“Sistem esasta böylece işleyecektir ; ancak, işin özelliği gereği listeye dahil olmayanlar arasından da bilirkişi atanması gerekebilir. Bu ihtiyacı karşılamak üzere de maddenin ikinci fıkrasında, istisnaî olarak ve gerekçesi de gösterilmek suretiyle, listelere girmeyenler arasından da bilirkişi seçilebilmesi olanağı tanınmıştır”.

### **3. Hukuk yargısında bilirkişi listeleri**

#### **A) Genel bilgi**

Yukarıda kısaca değinildiği gibi, HMK da, bilirkişi listeleri sistemini benimsemiştir (HMK m.268). Bu yapılırken, Kanun Koyucu, CMK’ndaki bilirkişi listeleri sisteminden esinlenmiştir<sup>7</sup> : “Ceza Muhakemesi Kanununun bilirkişi ile ilgili hükümlerine paralel bir düzenleme yapılarak, bilirkişilerin bölge adliye mahkemesi adli yargı adalet komisyonları tarafından her yıl düzenlenecek listelerde yer alan kişiler arasından seçilmesi kabul edilmiştir”<sup>8</sup>.

HMK’nun bilirkişinin seçilmesine ilişkin düzenlemesi, HMK Tasarısı hazırlanırken kendilerinden yararlanan İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu ile Alman Medeni Usul Kanunu’nda yer almamaktadır. HMK’nun (ve HMK Bilirkişi Yönetmeliğinin) bilirkişi listelerinin oluşturulmasına ve bilirkişilerin bu listelerden seçilmesine ilişkin hükümleri, Fransız ve İtalyan hukuklarındaki dü-

<sup>5</sup> CMK m.64 gerekçesinden.

<sup>6</sup> Bkz : RG 1.6.2005, sayı 25832.

<sup>7</sup> Bkz. ayrıca : yuk. dipnot 3 civarı.

<sup>8</sup> Bkz.: HMK Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), TBMM Dönem 23, Yasama Yılı 3, S.Sayı 393 s.8.

zenlemelerle benzerlik göstermekte<sup>9</sup> ise de, yukarda belirtildiği gibi, HMK’nda bilirkişi listeleri hakkında düzenleme yapılırken, Fransız ve İtalyan hukuklarındaki düzenlemeden değil, CMK m.64’teki düzenlemeden yararlanılmıştır.

### B) HMK’da bilirkişi listeleri

Bilirkişiler, yargı çevresinde yer aldığı adli yargı adalet komisyonları tarafından, her yıl düzenlenecek olan listelerde yer alan kişiler arasından görevlendirilirler (HMK m.268/1,c.1).

Bilirkişi listelerinin düzenlenmesine, güncellenmesine ve listede kendisine yer verilmiş olanların liste dışına çıkartılmasına ilişkin esas ve usuller, ilgili bakanlıkların da görüşü alınmak suretiyle, Adalet Bakanlığınca hazırlanacak olan **yönetmelikte** gösterilir (HMK m.268/3). Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik, 8.4.2012 tarihinde yayımlanmıştır<sup>10</sup>. Bu Yönetmeliğe göre, bilirkişi listeleri düzenlenmiştir.

### C) Bilirkişi listelerinin hâkim için bağlayıcı olması

Bilirkişi listeleri, kural olarak, hâkim için bağlayıcıdır. HMK m. 268/1 ilk cümlesi hükmüne göre bilirkişiler, “*her yıl düzenlenecek olan listelerde yer alan kişiler arasından görevlendirilirler*”. Yani, kanun koyucu, bu konuda hâkime bir takdir yetkisi tanımamıştır.

Görevlendirmeyi yapan mahkemenin yargı çevresinde yer aldığı komisyon tarafından hazırlanan **listede** bilgisine başvurulacak uzmanlık dalında **bilirkişinin bulunması halinde**, bir başka listeden veya **liste dışından bilirkişi görevlendirilemez** ve bu konuda talimat yazılamaz (Bilirkişi Listeleri Yönetmeliği m.13/1).

Bilirkişiler, listelere bir yıllık bir süre için kaydedildiklerinden, hâkimlerin, bilirkişiyi, o yıl için geçerli olan (güncel) bilirkişi listesinden tayin etmesi gerekir. Hâkim, bu görevlendirmeyi re’sen yapar. Çünkü, (HUMK’nun 276. maddesinden farklı olarak) HMK’nun 268. maddesinde, taraflara bilirkişinin seçimi konusunda bir yetki tanınmamıştır. Bununla birlikte hâkim, hukuki dinlenilme hakkının (HMK m. 27) gereği olarak, bilirkişi konusunda tarafların da görüşünü alır. Hâ-

<sup>9</sup> Fransız hukukunda, yerel olarak ifade edilen ve istinaf mahkemeleri nezdinde tutulan listeler dışında, Temyiz Mahkemesi nezdinde tutulan ulusal bir liste de mevcut bulunmaktadır (bkz : Leclerc, O., *Le juge et l’expert, contribution à l’étude entre le droit et le science*, Paris 2005, s. 201 vd). - İtalyan hukukunda ise, hem mahkemeler tarafından tutulan genel listeler, hem de ticaret odaları bünyesinde tutulan ve genel listelerde yer almayan uzmanlık dalları bakımından uygulanan yerel listeler bulunmaktadır (bkz : F. Pinchon/F. Millo, *L’expertise judiciaire en Europe*, Paris 2002, n° 40, 41, s. 20 vd.; n° 827, s. 406 vd).

<sup>10</sup> Bkz : RG 8.4.2012 sayı 28258.

kim, tarafların bu konudaki görüşüyle bağlı olmamakla birlikte, onların iradesine aykırı bir seçimde bulunmasının gerekçesini de göstermelidir.

Bilirkişinin kural olarak listeden seçilmesi zorunluluğunun, doğru bir tercih olduğu kanısındayız. Ancak, bunun için, her şeyden önce, bilirkişi listelerine kayıt koşullarının, ciddi bir şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir.

#### **D) Liste dışından bilirkişi seçilmesi**

Bilirkişi listelerinde bilgisine başvurulacak uzmanlık dalında bilirkişinin bulunmaması halinde, diğer bölge adliye mahkemelerinde oluşturulmuş listelerden, burada da yoksa liste dışından bilirkişi görevlendirilebilir (HMK m.268/1, cümle 2)<sup>11</sup>.

Görevlendirmeyi yapan mahkemenin yargı çevresinde yer aldığı komisyon tarafından hazırlanan listede bilgisine başvurulacak uzmanlık dalında bilirkişinin bulunması halinde bir başka listeden veya liste dışından bilirkişi görevlendirilemez ve bu konuda talimat yazılamaz (Bilirkişi Listeleri Yönetmeliği m.13/1).

Oysa, yukarda da belirtildiği gibi, ceza usulünde, bilirkişi “atama kararında, gerekçesi de gösterilmek suretiyle, ... listelere girmeyenler arasından da bilirkişi seçilebilir” (CMK m.64/2).

Kanımızca, CMK m.64/2 hükmünün, medeni yargıda da kıyasen uygulanması uygun olur. Çünkü, hâkimin, bilirkişi listesinde yer alan kişinin, uzmanlığı veya bilirkişilik görevini gereği gibi yerine getirip getiremeyeceği konusunda ciddi bir takım şüpheleri bulunabilir. Böyle bir durumda, hâkim, bir diğer yargı çevresinde tutulan bilirkişi listesinden veya liste dışından bir kişiyi bilirkişi olarak görevlendirebilmelidir. Ancak, hâkim, her iki durumda da, liste dışından bir kişiyi bilirkişi olarak tayin etmesinin gerekçesini göstermek zorundadır (CMK m.64/2 kıyasen).

Hâkim, liste dışından bir bilirkişiyi seçmek zorunda kaldığında, bu görevlendirmeyi de re’sen gerçekleştirir. Bilirkişinin listeye kayıtlı olan kişiler arasından tayin edilmesinde olduğu gibi, hâkim, hukuki dinlenilme hakkı (HMK m. 27) gereğince tarafların bilirkişinin seçimi konusunda görüşlerini almalıdır.

---

<sup>11</sup> “Bilirkişi görevlendirecek olan mahkemenin, yargı çevresi içinde yer aldığı bölge adliye mahkemesi adli yargı adalet komisyonu tarafından düzenlenen listede, bilgisine başvurulacak uzmanlık dalında bilirkişilik yapacak bir kimseyi bulamaması halinde, diğer bölge adliye mahkemeleri nezdindeki adli yargı adalet komisyonlarında oluşturulmuş olan listelerden ; buradan da bilirkişi temininin mümkün olmaması halinde ise liste dışından bilirkişi görevlendirmesi esası benimsenmiştir” (HMK m.268/1,c.2 gerekçesi).

Bu halde, listelere kayıtlı olmayan bilirkişiye yemin verdirilir (HMK m.271/2).

### **E) Uygulamada bilirkişi listelerinin kullanılması**

Uygulamada, bilirkişilerin (HMK'nun 268. maddesine uygun şekilde) bilirkişi listelerinden görevlendirip görevlendirmedikleri konusunda istatistiksel bir veri bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, Eskişehir hukuk mahkemeleri nezdinde yapmış olduğumuz görüşmelerde, hâkimlerin, bilirkişileri kural olarak, listelerde kayıtlı olan kişiler arasından görevlendirdikleri ifade edilmiştir. Buna göre, bilirkişi listesi dışından bir kişinin bilirkişi olarak görevlendirilmesi, yalnızca, listede o konuda bir uzman bilirkişinin bulunmaması haline münhasırdır. Böyle bir durumda, Eskişehir hukuk hâkimleri, liste dışından bilirkişi tayin edilmesinin gerekçesini mutlaka göstermektedirler. Bu uygulama, HMK'na uygundur.

### **F) Liste dışından bilirkişi görevlendirilmiş olması bozma (temyiz) sebebi teşkil eder mi?**

Liste dışından bilirkişi görevlendirilmiş olması, “usulü muhakemeye muhalefet edilmesi”dir (HUMK m.428,I/4).

Ancak, “usulü muhakemeye muhalefet edilmesi”nin (bir usul hukuku kuralının yanlış uygulanmış olmasının) temyiz (bozma) sebebi teşkil edebilmesi için, hukukun bu yanlış uygulanmasının, verilen kararı değiştirebilecek nitelikte olması gerekir (HUMK m.428,II). Mahkemenin yapmış olduğu usul yanlışlığı, sonuç üzerinde etkili değilse, temyiz (bozma) nedeni teşkil etmez<sup>12</sup>.

Buna göre, hâkimin liste dışından bilirkişi seçmiş olması, sonuca etkili ise (meselâ, dava konusu hakkında özel ve teknik bilgi sahibi olmayan bir kişi bilirkişi seçilmiş ise), bu husus bozma sebebi teşkil eder.

Buna karşılık, hâkimin liste dışından bilirkişi seçmiş olması, sonuca etkili değilse, bu husus yalnız başına bozma sebebi teşkil etmez.

Nitekim, HUMK m.276,III hükmünde üçten fazla bilirkişi seçilemeyeceği yazılı olduğu halde, Yargıtay, üçten fazla bilirkişi seçilmiş olmasının yalnız başına bozma sebebi teşkil etmeyeceğine karar vermişti<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Bkz : Baki Kuru, Hukuk Muhkemeleri Usulü, Cilt V, İstanbul 2001, s.4546-4548.

<sup>13</sup> Bkz : Baki Kuru, Hukuk Muhkemeleri Usulü, 6.Baskı, Cilt III, İstanbul 2001, s.2696-2698'deki Yargıtay kararları.

#### 4. İdarî yargıda HMK'na göre hazırlanan bilirkişi listelerinin kullanılması zorunlu mudur ?

İYUK'nda bilirkişilik kurumu düzenlenmemiştir. Bu nedenle, HMK'nun bilirkişiye ilişkin hükümleri, idari yargıda da uygulanır (bkz : İYUK m.31/1).

Bu açık atıf (yollama) nedeniyle, HMK'nun bilirkişi incelemesine ilişkin hükümleri (HMK m.266-287), kural olarak, idarî yargıda da uygulanır.

Bu nedenle, idare mahkemeleri de, bilirkişileri, kural olarak HMK'na göre hazırlanmış olan bilirkişi listelerinden seçebilir.

Ancak, idarî davalarda, HMK'na göre hazırlanmış olan bilirkişi listelerinde yazılı bilirkişilerin uzmanlığı yeterli olmayabilir. Başka bir deyimle, HMK'na göre hazırlanmış olan bilirkişi listelerinde, idari yargıda bilgisine başvurulacak uzmanlık dalında bilirkişinin bulunmaması hallerine daha sık rastlanabilir. Bu halde, idare mahkemesi, liste dışından bilirkişi görevlendirebilir (İYUK m.31 ; HMK m.268/1)<sup>14</sup>. Bu nedenle, aşağıdaki Danıştay kararlarında varılan sonucun, idarî yargının özelliğine uygun olduğu kanısındayız :

“ÇED süreci sonunda verilecek kararların yargısal denetimi yapılırken, seçilecek bilirkişiler arasında bir çevre mühendisinin bulunması, diğer bilirkişilerin ise **projenin bulunduğu çevrenin özelliklerine göre** ve Nihai ÇED Raporunu hazırlayan kişilerin uzmanlık alanları da dikkate alınmak suretiyle seçilmesi gerekmektedir. Nihai ÇED raporunda onlarca uzmanın imzası bulunabildiğinden, birebir aynı sayıda ve aynı uzmanlık alanında olmasa dahi, yargılama usulü kurallarının elverdiği ölçüde, usul ekonomisi de gözetilerek bir denge kurulması, **seçilecek bilirkişilerin projenin bulunduğu alana ve projeye yapılan itirazlara göre, değerlendirilmesi zorunlu olan ana konu başlıkları bakımından yeterli uzmanlığa sahip olması**, tarafları tatmin edici ve adil bir yargılama yapılması açısından bir gerekliliktir. – Bu durumda, taraflarca bilirkişilerin uzmanlık alanlarına ve bilirkişi raporuna yönelik olarak Nihai ÇED Raporunu hazırlayan uzmanların görüşlerine dayanılarak yapılan itirazlar da dikkate alınmak suretiyle, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 267. maddesiyle bilirkişi sayısı konusundaki sınırlamanın da kaldırıldığı gözetilerek, **bir tanesi çevre mühendisi olmak üzere, öğretim üyelerinden oluşturulacak yeni bir bilirkişi heyetiyle**, mahallinde yeniden keşif ve bilirkişi incelemesi yapılarak uyuşmazlığın esası hakkında yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir”<sup>15</sup>.

“... programda yer alan görüntü ve ifadelerin 3984 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (z) bendinde yer alan “Gençlerin ve çocukların fiziksel, zihinsel ve ahlâkî gelişimini zedeleyecek türden programların, bunların seyredebileceği zaman ve saatlerde yayınlanmaması” ilkesini ihlâl edip etmediğinin tespiti amacıyla **bilirkişi heyetinde çocuk ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanı bir hekim ile bir çocuk psikoloğunun bulunması gerektiği**, ayrıca aynı maddenin (e) bendinde yer alan “Yayınların toplumun millî ve manevî değerlerine ve Türk aile yapısına

<sup>14</sup> Bkz. ayrıca : yuk. dipnot 11 civarı.

<sup>15</sup> Danıştay 14. Dairenin 15.2.2012 gün ve 15596/965 sayılı kararı.



aykırı olmaması” ilkesinin ihlâl edilip edilmediği hususunun tespiti amacıyla **bilirkişi heyetinde “Türk toplumunun milli ve manevî değerleri ve Türk aile yapısı” konusunda akademik çalışması bulunan bir sosyoloğun bulunması gereği gözetilmek** suretiyle bu niteliklere sahip bilirkişilerden oluşturulacak heyetçe rapor düzenlendikten sonra hüküm kurulması gerekirken, uyuşmazlık konusu yayında ihlâl edildiği öne sürülen yayın ilkelerine aykırılığı belirleyebilecek uzmanlığa sahip olmayan bilirkişi heyetince düzenlenen rapora dayanılarak verilen İdare Mahkemesi kararında usule uygunluk bulunmamaktadır<sup>16</sup>.

Fakat, Eskişehir idare mahkemelerinde yaptığımız görüşmede, idare mahkemelerinin, HMK’na göre hazırlanan bilirkişi listelerinden yararlanmadıkları, bilirkişileri (HMK’na göre hazırlanmış olan bilirkişi listeleri dışından) seçmekte oldukları belirtilmiştir.

İYUK’nun 31. maddesinin 1.fıkrasının son cümlesinde yer alan, “ancak, ... **bilirkişi seçimi** Danıştay, mahkeme veya hâkim tarafından **re’sen yapılır**” hükmü, bilirkişinin hâkim tarafından re’sen seçileceğini ifade eder. Bu hüküm, HUMK’nun 276. maddesinin idari yargıda uygulanmayacağını belirtmek için İYUK m.31/1 hükmüne ilâve edilmişti. Başka bir deyimle, bu ilâve hüküm, yürürlükten kalkan HUMK’nun 276. maddesinin 1.fıkrası hükmünün idarî yargıda uygulanmayacağını (tarafkarın ittifakla bilirkişi seçemeyeceğini) belirtmek için kabul edilmişti.

Kanımızca, İYUK’nun 31. maddesinin 1.fıkrasının son cümlesinde yer alan, “ancak, ... bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme veya hâkim tarafından re’sen yapılır” hükmü, idari yargıda bilirkişinin HMK’na göre hazırlanmış olan bilirkişi listelerinden seçilmesine engel değildir.

Kanımızca, idari yargıda da hâkim, bilirkişiyi re’sen, fakat HMK’na göre hazırlanmış olan bilirkişi listelerinde kayıtlı bilirkişiler arasından seçmelidir.

Ancak, yukarıda belirtildiği gibi, idarî davalarda, HMK’na göre hazırlanmış olan bilirkişi listelerinde yazılı bilirkişilerin uzmanlığı yeterli olmayabilir. Başka bir deyimle, HMK’na göre hazırlanmış olan bilirkişi listelerinde, idari yargıda bilgisine başvurulacak uzmanlık dalında bilirkişinin bulunmaması hallerine daha sık rastlanabilir. Bu halde, idare mahkemesi, liste dışından bilirkişi görevlendirebilir (İYUK m.31 ; HMK m.268/1)<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Danıştay 13. Dairenin 18.10.2012 gün ve 2211/2522 sayılı kararı.

<sup>17</sup> Bkz : yuk. dipnot 11 civarı.

**ONAR-SARICA-DURAN  
HUKUK DEVLETİ GÜNÜ**



# ONAR–SARICA–DURAN HUKUK DEVLETİ GÜNÜ SEMPOZYUM PROGRAMI

Anayasa Mahkemesi ve İdari Yargı Kararları Işığında İdare Hukukunda Temel  
Haklar ve Özgürlükler

**Grundrechte im Verwaltungsrecht im Lichte der Rechtsprechung des  
Verfassungsgerichts und der Verwaltungsgerichte**

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Seminer Serisi IV

**Seminarreihe Verfassungsbeschwerde IV**

4–5 Mart / März 2014

**4 Mart / März 2014 Salı / Dienstag**

9.00 – 9.15 Açılış / Eröffnungsansprachen

**Prof. Dr. Adem Sözüer**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı  
/ Dekan der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Istanbul Universität

**Dr. Julie Trappe**, Leitern des Projektbereichs Türkei der Deutschen  
Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit / Alman  
Uluslararası Hukuki İşbirliği Vakfı Türkiye Bölümü Sorumlusu

**Dr. Alparслан Altan**, Anayasa Mahkemesi Başkan Vekili / Vizepräsident  
des Verfassungsgerichts

## **I. OTURUM / 1. SITZUNG**

**İdare Hukukunda Anayasal İlkeler / Verfassungsrechtliche Grundsätze im  
Verwaltungsrecht**

**Oturum Başkanı: Prof. Dr. Aydın Gülan**, Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami  
Onar İdare Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Müdürü / Istanbul  
Universität, Leiter der Abteilung Verwaltungsrecht, Direktor des  
Forschungszentrums für angewandtes Verwaltungsrecht

9.15 - 9.40 **Bahadır Yalçınöz**, Anayasa Mahkemesi Raportörü / Berichterstatter am  
Verfassungsgericht

*İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı / Der Grundsatz des fairen  
Verfahrens im Verwaltungsrecht*

9.40 – 10.05 **Dr. Selami Demirkol**, Danıştay 15. Daire Üyesi / Richter im 15. Senat  
des Staatsrats

*Adil Yargılanma Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*

Kararlarına Dayanılarak Yapılan Anayasa ve Yasa Değişiklikleri /  
Gesetzes- und Verfassungsänderungen auf Basis der Rechtsprechung des  
EGMR zum Grundsatz des fairen Verfahrens

**10.35 – 10.50 Ara / Kaffeepause**

## **II. OTURUM / II. SITZUNG**

### **İdari Usul Hukuku ve Anayasa Hukuku / Verwaltungsverfahrenrecht und Verfassungsrecht**

**Oturum Başkanı: Dr. Selami Demirkol**, Danıştay 15. Daire Üyesi /  
Richter im 15. Senat des Staatsrats

**10.50 – 11.15 Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Philip Kunig**, Freie Universität Berlin,  
Staatsrecht, Verwaltungsrecht, Völkerrecht, ehemaliger Richter am  
Verfassungsgerichtshof Berlin / Berlin Özgür Üniversitesi, Anayasa  
Hukuku, İdare Hukuku, Devletler Hukuku Öğretim Üyesi; Berlin  
Anayasa Mahkemesi Eski Hâkimi

*İdare Hukukunda Temel Haklardan Kaynaklanan Belirleyici Unsurlar  
ve Anayasa Mahkemesinin Denetimi / Grundrechtliche Determinanten des  
Verwaltungsrechts und die Konsequenzen für die verfassungsgerichtliche  
Kontrolle*

**11.15 – 11.40 Michael Hund**, Federal İdare Mahkemesi Eski Başkan Vekili,  
Berlin Anayasa Mahkemesi Hakimi / Vizepräsident des  
Bundesverwaltungsgerichts a.D., Richter am Verfassungsgerichtshof  
Berlin

*Alman İdare Muhakemesinde Sır Saklama ve Hukuki Meram Anlatma  
Hakkı / Geheimnisschutz im deutschen Verwaltungsprozess und Anspruch  
auf rechtliches Gehör*

**11.40 – 12.05 Recep Ünal**, Anayasa Mahkemesi Raportörü / Berichterstatter am  
Verfassungsgericht

*Disiplin Hukuku ve Masumiyet Karinesi / Disziplinarrecht und  
Unschuldvermutung*

**12.05 – 12.35 Tartışma / Diskussion**

**12.35 – 13.35 Öğle yemeği / Mittagessen**

### III. OTURUM / III. SITZUNG

#### **İdare Hukukunda Toplantı ve İfade Özgürlüğü**

**Oturum Başkanı:** Prof. Dr. Adem Sözüer, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı / Dekan der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Istanbul Universität

**13.35 – 14.00 Prof. em. Dr. Dr. h.c. Ulrich Battis,** Humboldt Universität zu Berlin, Staats- und Verwaltungsrecht / Berlin Humboldt Üniversitesi, Anayasa ve İdare Hukuku

*Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı ve Kolluk Faaliyetleri Hukuku / Versammlungsfreiheit und Polizei- und Ordnungsrecht*

**14.00 – 14.25 Yrd. Doç. Dr. Gülay Arslan Öncü,** İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi / Universität Istanbul, Abteilung Staatstheorie

*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı / Versammlungsfreiheit im System der Europäischen Menschenrechtskonvention*

**14.25 – 14.50 Doç. Dr. Nur Kaman,** İstanbul Şehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi / Stadt Universität Istanbul, Verwaltungsrecht

*Türk Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı / Die Versammlungsfreiheit im türkischen Recht*

**14.50 – 15.25 Tartışma / Diskussion**

**15.25 – 15.40 Ara / Kaffeepause**

### IV. OTURUM / IV. SITZUNG

#### **Özel Hayatın Gizliliği ve Kişisel Verilerin Korunması / Schutz des Privatlebens und Schutz personenbezogener Daten**

**Oturum Başkanı:** Bilal Çalışkan, Danıştay 2. Daire Üyesi / Richter im 2. Senat des Staatsrats

**15.40 – 16.05 Şeyda Emek,** Richter in am Verwaltungsgericht; Ehemalige wissenschaftliche Mitarbeiterin am Bundesverfassungsgericht / İdare Mahkemesi Hâkimi; Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin Eski Raportörü

*Federal Anayasa Mahkemesi İçtihadının Işığında Polis ve Güvenlik Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması / Der Schutz personenbezogener Daten im Polizei- und Sicherheitsrecht im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*

**16.05 – 16.30 Prof. Dr. Cemil Kaya**, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi / Universität Istanbul, Abteilung Verwaltungsrecht der rechtswissenschaftlichen Fakultät

*Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması / Der Schutz personenbezogener Daten im türkischen Recht*

**16.30 – 17.00 Tartışma / Diskussion**

**5 Mart / März 2014 Çarşamba / Mittwoch**

**V. OTURUM / V. SİTZUNG**

**İmar, Planlama, Mülkiyet, Kamu Yararı / Bebauung, Planung, Eigentum, Öffentliches Interesse**

**Oturum Başkanı: Prof. Dr. Cemil Kaya**, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi / Universität Istanbul, Abteilung Verwaltungsrecht der rechtswissenschaftlichen Fakultät

**9.00 – 09.25 Bilal Çalışkan**, Danıştay 2. Daire Üyesi / Richter im 2. Senat des Staatsrats

*AİHM Kararları Işığında Danıştay'ın Mülkiyet Hakkına Yaklaşımı / Das Recht auf Eigentum in der Rechtsprechung des Staatsrats im Lichte der Urteile des EGMR*

**9.25 – 9.50 Yrd. Doç. Dr. Cenk Y. Şahin**, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi / Universität Istanbul, Abteilung Verwaltungsrecht der rechtswissenschaftlichen Fakultät

*Türk Hukukunda “İmar Uygulamaları“ ve “Kamulaştırmaz El Atma“dan Kaynaklanan Mülkiyet Hakkı İhlalleri / Verletzung des Rechts auf Eigentum durch Entzug ohne Enteignung und baurechtliche Maßnahmen im türkischen Recht*

**9.50 – 10.15 Doç. Dr. Melikşah Yasin**, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi / Universität Istanbul, Abteilung Verwaltungsrecht der rechtswissenschaftlichen Fakultät

*Soylulaştırma Yolu ile Kentsel Dönüşümün Temel Haklara Etkisi / Städtebauliche Umgestaltung im Wege der Gentrifizierung und Grundrechte*

**10.15 – 10.45 Tartışma / Diskussion**

**10.45 – 11.00 Ara / Kaffeepause**

## VI. OTURUM / VI. SITZUNG

### **Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü / Religions- und Gewissensfreiheit und die Gedankenfreiheit**

**Oturum Başkanı: Prof. Dr. Abdurrahman Eren**, İstanbul Üniversitesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, / Universität Istanbul, Abteilung Verfassungsrecht der rechtswissenschaftlichen Fakultät

**11.00 – 11.25 Prof. Dr. Ali Ulusoy**, Danıştay Eski Üyesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi / Richter am Staatsrat a.D., Abteilung Verwaltungsrecht der *rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Ankara*

*Danıştay'ın Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğüne Bakışı / Die Religions-, Gewissens- und Meinungsfreiheit*

**11.25 – 11.50 Prof. Dr. Nihat Bulut**, İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku, İdare Hukuku Öğretim Üyesi/ Universität Şehir, rechtswissenschaftliche Fakultät, Staatstheorie, Menschenrechte, Verwaltungsrecht

*AİHM'nin İçtihadı Işığında Türk İdare Hukukunda Din ve Vicdan Özgürlüğü / Die Religions- und Gewissensfreiheit im türkischen Verwaltungsrecht im Lichte der Rechtsprechung des EGMR*

**11.50 – 12.20 Tartışma / Diskussion**

**12.20 – 13.30 Öğle yemeği / Mittagessen**

**13.30 – 17.00 Panel ve Tartışma / Podiumsdiskussion**

*Anayasaya Mahkemesine Bireysel Başvuruya İlişkin İlk Tecrübelerin Değerlendirilmesi ve Geleceğe Bakış*

*Eine Bewertung der ersten Erfahrungen mit der Verfassungsbeschwerde und ein Ausblick*

**Moderatör: Prof. Dr. Adem Sözüer**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı / Dekan der rechtswissenschaftlichen Fakultät der İstanbul Universität

**Tartışmacılar / Teilnehmer:**

**Dr. Alparslan Altan**, Anayasa Mahkemesi Başkan Vekili / Vizepräsident des Verfassungsgerichts

**Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Philip Kunig**, Freie Universität Berlin, Lehrstuhl für Staatsrecht, Verwaltungsrecht, Völkerrecht, ehemaliger Richter am Verfassungsgerichtshof Berlin / Berlin Özgür Üniversitesi, Anayasa Hukuku, İdare Hukuku, Devletler Hukuku Öğretim Üyesi; Berlin Anayasa Mahkemesi Eski Hâkimi



**Prof. Dr. Aydın Gülan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar İdare Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Müdürü/ İstanbul Üniversitesi, Leiter der Abteilung Verwaltungsrecht, Direktor des Forschungszentrums für angewandtes Verwaltungsrecht

**Prof. Dr. Abdurrahman Eren**, İstanbul Üniversitesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi / Universität Istanbul, Abteilung Verfassungsrecht

**Yrd. Doç. Dr. Gottfried Plagemann**, İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi / Universität Istanbul, Abteilung Straf- und Strafverfahrensrecht

## AÇILIŞ KONUŞMALARI

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** İdare Hukuku Anabilim Dalı ve Sıddık Sami Onar İdare Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Müdürüyüm.

“Onar Sarıca Duran Hukuk Devleti” diye her yıl bu tarihte yapmaya çalıştığımız bir toplantı vesilesiyle teşekkür ettiniz. Çok teşekkür ederiz.

Bu toplantıları da, hem rahmetli hocalarımızı anma vesilesi olsun; hem de hukuk devleti hakkında farklı konularda, başlıklarda bilimsel toplantı olsun diye her sene düzenli olarak yapmaya çalışıyoruz. Her sene de özellikle idari yargı camiasının büyük desteğini görüyoruz. Hem katılım olarak, hem de konuşmacı olarak, izleyici olarak büyük destek veriyorlar. Çok teşekkür ederiz.

Bu seneki toplantıda, Alman Uluslararası Hukuki İşbirliği Vakfının da desteklerini gördük. Saygıdeğer Alman meslektaşlarımız, bilim adamları ve yargıçlar katıldılar. Ayrıca, Danıştay mensupları ve İstanbul İdare Mahkemesi mensuplarının da teşrifleriyle çok mutlu olduk.

Bu toplantının verimli geçmesini dileriz. Katılımcıları akşamleyin yine sponsorumuzun desteklediği yemeğe bekleriz. Teşekkür ediyoruz.

Açılış konuşmalarını yapmak üzere, önce Dekanımız Adem Sözüer’i davet edelim.

Çok teşekkür ederiz desteğiniz için.

**Prof. Dr. Adem SÖZÜER-** Günaydın.

Dördüncüsünü yapıyoruz bireysel başvurunun. Bu idare hukuku alanında aslında yine Alman meslektaşlarıyla uzun zamandır şöyle bir program yapmayı düşünüyorduk. Her hukuk alanı kendi alanına çekilmiş, kendine özgü ilkeleri var, kendi yolunda gidiyormuş gibi bir durum oluşuyor. Biz dedik ki, bütün alanların ortak bir bakış açısı olması gerekir; yani bu, temel haklar bakış açısıdır, temel insan hakları bakış açısıdır. Dolayısıyla bu bakış açısında aslında bütün hukuk alanları için geçerli ilkeler olması gerekir. Bu da hukukun tekliği bakımından önemlidir. O nedenle, bu bireysel başvuru bu bakımdan çok önemli bir adım oldu. Biz şimdi, bu temel haklar bakış açısından önce özel hukukla başladık, daha sonra ceza hukuku, ceza muhakemesi hukuku, idare hukuku ve daha da devam edecek.

Daha önceki konuşmalarında da söyledim. Burada şimdi Danıştay üyelerimiz, idare mahkemesi hâkimleri var; ama yine Anayasa Mahkemesinden kendi beklentilerimi söyledim. İki nokta üzerinde durdum. Lütfen, Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru konusunda çok çekingen davranmasın. Birinci beklentimiz bu.

İkincisi, bireysel başvuru, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde öngörülen haklar bakımından geçerli ve oradaki içtihatlar da önemli tabii. Fakat şunu unutmamak lazım: Bazen bizim o alandaki hak düzenlemelerimiz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden daha iyi. Dolayısıyla biz, Sözleşmeyi ve içtihatları buradaki hakların geliştirilmesi için kullanmalıyız, sınırlandırılması için değil. Bu iki noktanın altını özellikle çizmek istedim.

Ülkemizde, 2000’li yıllardan başlayan çok köklü bir hukuk reformu var; fakat hepimizin bildiği gibi, bu reformun hayata geçmesinde çok ciddi sorunlarımız oluyor. Bu bireysel başvuru belki de bu reformların hayata geçmesi için de büyük bir destek sağlayacaktır. Yarın tabii bu değerlendirmeleri yapacağız. Şu ana kadar gerçekten ümit verici kararlar oldu. Bunların da devamını diliyorum.

Katılımınız için hepinize çok çok teşekkür ediyorum. Tabii, bütün bu toplantılarda bizi desteklediği için IRZ’ye, düzenleyenlere; başta İdare Anabilim Dalımıza ve Sıddık Sami Onar Araştırma Merkezine, asistanlarımıza, hepsine katkıları için teşekkür ediyoruz. Tabii ki, Philip Kunig’i hiçbir zaman unutamayız. Diğer Alman meslektaşlarımızla birlikte her toplantıda bize büyük katkıları var.

Çok çok teşekkür ediyorum. İyi çalışmalar diliyorum.

**Sunucu-** Açılış konuşmasını yapmak üzere, Anayasa Mahkemesi Başkanvekili Sayın Dr. Alpaslan Altan’ı kürsüye davet ediyorum.

**Dr. Alparslan ALTAN-** Değerli dostlar; herkese günaydın.

Az önce Adem hocamın da ifade ettiği gibi, spesifik konularla ilgili bireysel başvuru bağlantısı kuran bu toplantıların hem bireysel başvuru kültürüne, hem de incelediğimiz konu itibarıyla önemli faydaları ve katkıları olduğunu düşünüyorum; çünkü çok somut konuları burada bireysel başvuru bağlamında tartışma imkânı buluyoruz.

Şimdiye kadar ki toplantılarda Anayasa Mahkemesi henüz bireysel başvuruya ilgili faaliyetlerini yeni sürdürmeye başlaması nedeniyle çok somut konuları ele almamıştı, Anayasa Mahkemesi esastan çok fazla sayıda karar vermemişti; ancak, bugün itibarıyla artık Anayasa Mahkemesi esastan da çok önemli ve farklı kararlar vermeye başladı. Zannediyorum, bu toplantılarda daha çok somut konuları, Anayasa Mahkemesinin bu konudaki verdiği kararları tartışma imkânı bulacağız.

Sayın Adem hocam konuşmalarında ifade ettiler; aslında bireysel başvuru bir kültürdür, bireysel başvuru bir paradigmadır ve yalnızca hukukun içinde olan kesimler değil, başta kamu gücü kullanan makamlar olmak üzere herkesin iş ve

eylemlerinde temel hak bilinciyle hareket etmeleri sonucunu doğurması beklenen bir sürecin adıdır. Bu açıdan bakıldığında, bireysel başvurunun bir işlevi vardır ve o işlev, temel hak ve hürriyetlerin ve insan onurunun en üst düzeyde korunması bilincinin toplumun tüm kesimlerinde yaygınlaşmasıdır.

Bireysel başvuruyla ilgili, bu toplantıdan önce, isterseniz şu andaki istatistikleri size aktarayım ve bundan sonraki tartışmaları bu istatistikler üzerinden götürelim.

Bugün itibarıyla Anayasa Mahkemesine yapılan toplam başvuru sayısı 13 bin 890 sayısına ulaşmış bulunuyor. Bunlardan 5 bin 208 tanesiyle ilgili Anayasa Mahkemesi, büyük çoğunluğu kabul edilemezlik üzere kararlar vererek dosyaları sonuçlandırdı. Şu anda Anayasa Mahkemesinin önünde çözülmeyi ve görüşülmeyi bekleyen 8 bin 680 adet bireysel başvuru bulunuyor. Anayasa Mahkemesi şimdiye kadar 45 başvuruyla ilgili olarak ihlal kararı vermiş bulunuyor. Anayasa Mahkemesinin ihlal kararlarına baktığımızda, en fazla ihlal kararı verilen uygulamanın daha çok uzun yargılamalara ilişkin olduğunu görüyoruz. Anayasa Mahkemesi şimdiye kadar, çoğunluğu hukuk davalarıyla ilgili olmak üzere, uzun yargılama nedeniyle 19 başvuruda ihlal kararı verdi. Bunlardan 2 tanesi iş davalarıyla ilgiliydi. Buradaki süreler nispeten diğer hukuk davalarına nazaran daha kısa olmasına rağmen, iş hukukunun özelliği nedeniyle kısa sürede bitirilmesi düşüncesiyle bu konuda ihlal kararları verildi. Yine Anayasa Mahkemesinin mülkiyet hakkıyla ilgili kamulaştırma bedelinin faizsiz ve geç ödenmesi nedeniyle verdiği bir ihlal kararı bulunuyor, mahkemeye erişim hakkıyla ilgili verdiği 3 ihlal kararı bulunuyor. Özellikle Van depremiyle ilgili verilen 2 kararda da, yaşam hakkının usulî boyutunun ihlal edildiğine ilişkin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararları bulunuyor.

Yine Anayasa Mahkemesinin yakın zamanda verdiği ihlal kararlarının birçoğu azami tutukluluk süresiyle ilgili. Anayasa Mahkemesi 7 başvuruda, 5 yıldan fazla tutuklu olarak bulunmanın azami tutukluluk süresine uyulmaması nedeniyle ihlal oluşturduğu sonucuna varmış bulunuyor. Yine Anayasa Mahkemesi, seçilme hakkıyla bağlantılı olarak, makul süre tutuklama konusunda yapılan 6 adet başvuruda ihlal kararı verdi.

Yine Anayasa Mahkemesinin ilginç bir kararı olarak, istihbari nitelikteki bilgi notlarının soruşturma dosyasında kullanılması nedeniyle özel hayata saygı ilkesinin ihlal edildiği sonucuna vardı. Beraata konu eylemlerin disiplin yaptırımlarında esas alınmış olması nedeniyle masumiyet karinesinin ihlal edildiğine ilişkin bir ihlal kararı bulunuyor. Adil yargılanma hakkı kapsamında, yine 2 başvuruda Anayasa Mahkemesi ihlal kararı vermiş bulunuyor. Yine “Manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi” başlığı altında, evli kadının kızlık soyadını

kullanmasıyla ilgili bir kararda Anayasa Mahkemesi ihlal kararı verdi. Nihayet, basın ve ifade özgürlüğüyle ilgili olarak, mahalli bir gazetecinin makalelerine ceza verilmesi şeklindeki uygulamayı ihlal bularak, bu konuda kişi başvuru lehine bir karar vermiş oldu.

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesinin kararları gittikçe çeşitleniyor. Bundan sonraki tarihlerde de bu başvuruların hem çeşidinde, hem de sayısında önemli artışlar olacağını düşünüyoruz.

Tabii, bu konuda çok şeyler konuşulacak, 2 gün boyunca bunları ayrıntılı olarak inceleyeceğiz. O konuda yine tartışmalara devam edebiliriz.

Bu bilgileri tartışmalara esas olması açısından size sunmak istedim.

Bu organizasyonda emeği geçen İdare Hukuku Kürsümüze, Merkezimize, İstanbul Hukuk Fakültesi Dekanlığına, Sayın Alman dostlarımıza ve tüm katılımcılara saygılar sunuyorum, teşekkür ediyorum.

**Sunucu-** “İdare Hukukunda Anayasal İlkeler” başlıklı ilk oturumumuza başlıyoruz. Oturum Başkanı Sayın Prof. Dr. Aydın Gülan, Bahadır Yalçınöz ve Dr. Selami Demirkol’u davet ediyoruz.

## 1. OTURUM

### İDARE HUKUKUNDA ANAYASAL İLKELER

**Oturum Başkanı: Prof. Dr. Aydın GÜLAN**

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Tekrar hoş geldiniz.

Programın sarkmaması için, hemen konuşmacılara söz vereyim, korsan bir tebliğ sunmayayım.

Bahadır Yalçınöz, Anayasa Mahkemesi Raportörü. Başta Anayasa Mahkemesinin desteğine teşekkür etmeyi unuttum; kusurumuza bakmayın. Hem Başkanvekili, hem de raportör ve üyeleriyle dâhil oldular.

Bahadır Yalçınöz, “İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı” konulu konuşmasını yapacak.

Buyurun efendim.

**Bahadır YALÇINÖZ-** Teşekkürler.

Öncelikle herkese saygılarımı sunuyorum.

Yapacağım bu sunumda, Anayasa Mahkemesinin bir kararından hareketle, vekâlet ücretinin mahkemeye erişim hakkına olan etkisini takdim edeceğim.

Öncelikle mahkemeye erişim hakkına baktığımızda, bireyin iddiasını mahkemeye sunabilmesini ve iddiaya konu uyuşmazlığın görülebileceği bir mahkemenin bulunmasını ifade etmektedir. Daha geniş bir tanımla mahkemeye erişim hakkı, bireyin mahkemeye başvurabilmesinin ötesinde, davasının adil yargılanmanın temel standartlarına uygun bir şekilde görülmesini ve karara bağlanabilmesini isteme hakkını ifade eder. Bu anlamda mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma, dinlenme hakkı, ceza davalarında suçluluğun kanıtlanıncaya kadar masum sayılma hakkı, adli yardım, avukat yardımından faydalanma hakkı, makul sürede yargılanma gibi hakları da içermektedir.

Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde açık bir şekilde mahkemeye erişim hakkı düzenlenmiş değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmenin içeriği, konu ve amacına, hukukun üstünlüğü kuralına ve hukukun genel ilkelerine dayanarak ve 6. maddenin ana kuralı koyan 1. fıkrasında, “Herkes bir mahkeme tarafından davasının görülmesini isteme hakkına sahiptir” hükmünden yola çıkarak, bu hakkın zımnen yer aldığını kabul etmiştir.

Golder kararından yola çıkarak şunu diyebiliriz ki: Hak arama yollarının açık olmadığı, kişilerin ihlal edilen haklarıyla ilgili olarak milli mahkemelere başvuru imkânının tanınmadığı bir sistem içinde kişilerin adil yargılanma hakkına sahip olduğunun söylenmesi teorik ve ütopyik olmaktan öteye geçemeyecektir. Başka bir ifadeyle meşru haklarını korumak ve savunmak için mahkemeye erişim hakkı, âdil bir yargılanmanın başlayabilmesinin ön şartıdır.

Bu açıklamalardan sonra, Anayasa Mahkemesince, ıslah imkanı olmayan bir tam yargı davasında hükmedilen vekâlet ücretinin adil yargılanma hakkı kapsamı içinde yer alan mahkemeye erişim hakkına etkisi hakkında verdiği kararı incelemeye geçiyoruz.

2012/791 sayılı başvuruda, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne açılan bir tazminat davasında, davacının hak kazandığı tazminat ile idare lehine hükmedilen vekâlet ücretinin mahkemeye erişim hakkı açısından değerlendirilmesi yapılmıştır.

Olayda, askerlik görevi sırasında meydana gelen mayın patlaması sonucunda yaralanan başvurucu, maddi ve manevî tazminatlarının karşılanması için Askeri Yüksek İdare Mahkemesine başvurduğunu; ancak, aleyhine hükmedilen vekâlet ücretinin mahkemeye erişim hakkı, yani adil yargılanma hakkına aykırı olduğu gerekçesiyle başvurusunu yapmıştır.

Olaylar şu şekilde gerçekleşmiş: Başvurucu askerlik görevini ifa etmekteyken, bölücü terör örgütü unsurları tarafından yola döşenen uzaktan kumandalı mayının patlaması sonucu yaralanmıştır. Yaralanma neticesinde, 135 günlük iş gücü kaybı nedeniyle kendisine 11 bin 700 liralık bir tazminat ödemesi yapılmış. Kişi tazminat ödemesini yeterli görmeyerek, İçişleri Bakanlığı aleyhine 200 bin TL maddi, 100 bin TL manevî tazminat davasını açmıştır. Aynı zamanda maddi durumunun yeterli olmadığı gerekçesiyle adli yardım talebinde bulunmuştur. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, öncelikle kişinin adli yardım talebini kabul etmiş, daha sonra maddi zararın tespiti için bilirkişi incelemesi yaptırmış, bilirkişi incelemesi sonucunda 5 bin 300 TL'lik bir tazminata hak kazandığı bildirilmiş; bilirkişi raporunun kendisine tebliğ edilmesinden sonra başvurucu, 200 bin TL tutarındaki maddi tazminat talebinin 180 bin TL'lik kısmından feragat ettiğini bildirmiştir. Kişi feragat ederken şu ifadelere yer vermiştir: Düzeltme talebinin, davada haksız oluşundan değil; davanın açıldığı tarihte ıslah kuralları da dikkate alınarak, herhangi bir zarara uğramaması amacıyla, feragat edilen miktar da dâhil olmak üzere talepte bulunmak zorunda kaldığını, bu nedenle feragat edilen tazminat miktarı doğrultusunda davalı idare lehine avukatlık ücretine hükmedilmemesini istemiştir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ise verdiği kararda, başvurucuya, bilirkişi raporunda tespit edilen maddi tazminat tutarı yanında, 20

bin TL'lik manevî tazminata da hükmetmiş fazlaya ilişkin tazminat taleplerini reddetmiş; ayrıca, başvurucunun feragat ettiği istemin etkili olmadığı gerekçeyle dikkate almayarak, 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 6. ve 14. maddeleri gereğince, reddedilen tazminat talepleri üzerinden hesaplanan 18 bin 500 TL'lik avukatlık ücretinin davacıdan alarak, davalı idareye verilmesine hükmetmiştir.

Başvurucu bireysel başvuru yaparken şu iddialarda bulunmuş: Hukuk mahkemesi sisteminde yer alan ıslah müessesesinin askeri idari yargılamada bulunmadığını, tazminat tutarının ilk başta hesaplanmasının mümkün olmadığını, bu nedenle tazminat tutarını yüksek tuttuğunu, maddi durumunun iyi olmaması nedeniyle adli yardım talebinde bulunduğunu ve mahkeme tarafından da bu durumun kabul edildiğini; ancak, tazminat talebinde reddedilen miktar üzerinden hesaplanan avukatlık ücreti olan 18 bin 500 TL'lik vekâlet ücretinin adil yargılama hakkına aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi bu çerçevede, dosyayı mahkemeye erişim hakkı yönünden incelemiştir.

Mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir. Kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen, mahkeme kararını anlamsız hâle getiren, bir başka ifadeyle mahkeme kararını önümle ölçüde etkisizleştiren sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir. Bunun yanında, gereksiz başvuruları önlemek adına, davaların daha makul sürede sonuçlanmasını sağlamak adına bazı yükümlülükler yüklenebilir. Bu yükümlülüklerin kapsamını belirlemek ise kamu otoritesinin takdir yetkisi içerisindedir. Öngörülen bu yükümlülükler dava açmayı imkânsız hâle getirmediği ya da aşırı derecede zorlaştırmadıkça, mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği söylenemeyecektir. Dolayısıyla davayı kaybetmesi halinde başvurucuya yüklenecek olan vekâlet ücreti de bu çerçevede değerlendirilmelidir.

Dava sonucundaki başarıya dayalı olarak taraflara vekâlet ücreti ödeme yükümlülüğü öngörülmesi, mahkemeye erişim hakkına yönelik bir sınırlama oluşturmaktadır; ancak, bu sınırlamanın meşru görülebilmesi için, kamu yararı ve birey hakkı arasında makul bir dengenin gözetilmiş olması gerekir.

Tekrar olaya döndüğümüzde, başvurucunun tazminat davası açtığı tarih itibarıyla 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununda ıslah imkânı bulunmamaktadır. Dava dilekçesindeki talep edilen miktarla sonundaki talep edilen miktar arasında herhangi bir farklılık görmeyen mahkeme, ilk dava dilekçesindeki tazminat tutarı üzerinden hüküm kurmaktadır.

Başvuru konusu olayda, tazminat alacağının miktarı ancak bilirkişi incelemesi ve benzeri araştırmalardan sonra mahkemenin takdir yetkisi çerçevesinde



belirlenebilen bir olgudur. Tazminat müessesesinin bu özelliği gereği, hak kazanılan tazminat miktarının dava açılmadan önce tam olarak bilinebilmesi ve öngörülebilmesi mümkün değildir. Dava açılması aşamasında karşı karşıya kalınan bu belirsizliğin talep miktarından sonra sonradan düzeltilmesi, 1602 sayılı Kanun gereği, davanın açıldığı tarih itibarıyla mümkün bulunmamaktaydı. Başvurucu, bu şartlar altında düzenlediği dilekçeyle idare aleyhine tam yargı davası açarak, 200 bin maddi, 100 bin manevî tazminat talebinde bulunmuştur. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, önündeki davalarda, haksız çıkan davacı aleyhine ve davacı idare lehine vekâlet ücreti ödenmesine ilişkin 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 14. maddesindeki düzenleme uyarınca, başvurucu lehine toplam 25 bin 300 TL tazminata hükmettikten sonra, başvurunun reddedilen fazlaya ilişkin tazminat talepleri üzerinden, davalı idare lehine 18 bin 500 TL'lik bir vekâlet ücreti ödenmesine karar vermiş.

Görüldüğü üzere, başvurucu, hak kazandığı 25 bin 300 TL'lik tazminat tutarından yalnızca 6 bin 780 liralık bir kısmına ulaşabilmiştir. Bu nedenle AYİM'in tazminata ilişkin bu kararında, başvurunun tazminat alacağına önemli bir kısmından mahrum kaldığı görülüyor ve bu durumun, başvurunun mahkemeye erişim hakkına bir müdahale olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Mahkemeye başvuru konusu olayda, mahkemeye erişim hakkına müdahale olduğunun tespit edilmesinin ardından, bu müdahalenin ihlal boyutuna ulaşip ulaşmadığı konusunda mahkeme değerlendirmesini yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi burada referans olarak iki karardan hareket etmiştir. İlk referans aldığı karar, Kamulaştırma Kanununda yapılan bir değişikliğe ilişkin. İlgili değişiklikte, dava açma hakkının, uzlaşmazlık tutanağının tanzim edildiği ya da 6 aylık sürenin uzlaşmaya davet olmaksızın sona erdiği tarihten itibaren 3 ay içerisinde kullanılması gereken bir düzenlemeye ilişkin baktığı bir davadan. Bu iptal davasında Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlamaya gidilmediğini; ancak, bunun mutlak olarak hiçbir şekilde sınırlandırılmayacağı anlamına gelmediğini, özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğunu; ayrıca, hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasanın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak, bu hakların da sınırlandırılmasının mümkün olabileceğini; ancak, bu sınırlamaların hiçbir şekilde Anayasanın 13. maddesinde yer alan güvencelere de aykırı olamayacağını belirtmiştir.

Referans alınan ikinci karar ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Ashingdane/Birleşik Krallık davasıdır. Bu kararda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mahkemeye erişim hakkının dayanağı olan Sözleşmenin 6. maddesinde,

adil yargılanma hakkının sınırlandırılması rejiminin düzenlenmemiş olduğunu; ancak, bunun hiçbir şekilde mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmayacağı anlamına gelmediğini; hakkın niteliği gereği, mahkemeye erişim konusunda devletin birtakım sınırlama ve düzenlemeler yapmasının kaçınılmaz olduğunu; ancak, bu sınırlamaların hakkın özüne zarar vermeyecek nitelikte, meşru bir amaçla dayalı, kullanılan aracın sınırlama amacıyla orantılı olması kriterlerini kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi, referans kararlarını belirttiikten sonra, mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlamalarda yapacağı test uygulamasında, Anayasanın 13. maddesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kullandığı kriterleri ölçü olarak alacağını belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesinin yaptığı test sonucunda, 659 sayılı Kanun Hükmünde Karamamenin 14. maddesi uyarınca, hükmedilen vekâlet ücreti nedeniyle yapılan müdahalenin, hukuk hizmetlerinde etkililik ve uzmanlaşma ile kamu yararının sağlanmasına yönelik amacı dikkate alındığında, meşru bir amacın olmadığı söylenemeyeceği -çünkü 659 sayılı KHK buna ilişkin hükümler içermektedir- bu çerçevede de talep konusunun reddedilen kısmının belirli bir oranının karşı tarafa vekâlet ücreti olarak ödenmesi yükümlülüğü öngörülmesinin tek başına mahkemeye erişim hakkını ihlal eden bir müdahale olarak nitelendirilmeyeceğini belirtmiştir. Ancak, somut olay bir bütün olarak değerlendirildiğinde, başvurunun maddi durumunun elverişsiz olması nedeniyle adli yardım talebinin kabul edilmiş olması, dava açıldığı sırada ıslah imkânı olmaması nedeniyle hak kaybına uğramamak için tazminat miktarının yüksek tutulmuş olmasının gerekmesi; bilirkişi raporlarının tamamlanmasından sonra, fazlaya ilişkin taleplerinden başvurunun feragat etmesine rağmen bu hususun dikkate alınmaması; hak kazanılan tazminatın yaklaşık 4'te 3'ünün vekâlet ücreti adı altında davalı idareye tekrar ödenmesinin açılan tazminat davasını anlamsız hâle getirdiğini, bu şekilde mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğu sonucuna varılmıştır. Başvurucunun, Anayasanın 36. maddesinde belirtilen mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini, aynı zamanda ihlalin manevî zararın karşılığı olarak da 8 bin TL manevî tazminat ödenmesine karar vermiştir.

Ülkemizde 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu ve 1602 sayılı Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanununda, 2012 yılı öncesine kadar ıslah imkânı bulunmamaktaydı. İslah imkânının bulunmaması nedeniyle yaşanan sorunları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da görmek mümkün. Bu şekilde ıslah yoluyla arttırılması mümkün olmayan davalar sonucunda verilen kararları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tazminat miktarının değiştirilmemesi veya bu şekilde vekâlet ücretinin orantısız olması nedeniyle ihlal kararları vermiştir.

Bunun üzerine, 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununda 2012 yılında yapılan 6459 sayılı Yasayla yapılan değişikliklerle, tazminat miktarının ıslah yoluyla arttırılabilmesi imkânı getirilmiştir.

Sonuç olarak, davanın ıslahı konusunda yargı sisteminin konuyu içtihatla çözüme kavuşturmaması bir eksik olarak görülmekle birlikte, sorunun yasal düzenlemeyle çözüme kavuşturulmuş olması, hukuk sistemimiz ve insan hakları bilincinin gelişmesi bakımından önemli bir adım olarak değerlendirilmiştir.

Beni dinlediğiniz için teşekkür ediyorum.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Bahadır beye çok teşekkür ediyoruz.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlarında, esasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin karar yazma tekniğinin de bir tadı ve izi var. Herhâlde daha sonra bu hususlar da değerlendirilecektir. Çünkü diğer kararlarını yazma tarzından farklı bir karar yazma tarzı benimsemiş durumda ve ayrılan bazı noktalar da var. Bu karar önemliydi. Sayın konuşmacının konuşması da çok istifade etmemizi sağladı.

Belki tercüme bakımından, hız dolayısıyla gündeme gelen bir şey olabilir. Diğer konuşmacılardan, sayın tercümanları da düşünerek, daha yavaş ve önemli noktaları tekrar ederek konuşmalarını rica edelim.

Selami Demirkol, her zaman büyük destekçimiz, her toplantımıza davetimizi kırmayarak teşrif ediyor. Danıştay 15. Dairesi üyesi. Âdil yargılama çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına dayanılarak yapılan anayasa ve yasa değişiklikleri konusunda konuşma yapacaklar.

Buyurun Selami Bey.

**Dr. Selami DEMİRKOL-** Çok değerli konuklar; hepiniz hoş geldiniz. Özellikle Alman dostlarımıza hoş geldiniz diyorum. Bir de ayrıca Ankara'dan bizi onurlandıran yüksek yargıçlarımıza hoş geldiniz diyorum.

Sağ olsunlar, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Devleti Günü kutlamalarını her sene düzenli olarak yapıyor ve bana da bir şekilde ya katılımcı ya da konuşmacı olarak bu imkânı tanıyorlar, kendileriyle beraber oluyorum. Eğer benim de bir katkı oluyorsa, ne mutlu bana.

Aydın hocama teşekkür ediyorum özellikle.

Ekranda bir yansı var, fakat ona bağlı kalarak konuşmayacağım. Aydın hocamdan da rica ettim, beni kırmadı sağ olsun, belirli aralıklarla slaytları geçirecek.

Daha pratik şeyler söylemeye çalışacağım, Bahadır beyinkiyle de örtüşmemesine gayret göstereceğim. Bu arada, Bahadır beye de teşekkür ediyorum sunumu için. Ağzına sağlık.

Sayın konuklar; insan hak ve özgürlüklerinin korunması gün geçtikçe daha uluslararası bir boyut kazanmakta. Ülkelerin artık iç sorunu olmaktan çıkan insan hak ve özgürlüklerinin korunması, mevcut hâlden öte, varılmak istenilen ve olması gereken bir tablonun çizimini hedeflemektedir. Bu tablo, uluslararası alanda kabul görmüş bildiri ve belgelerde de kaynağını bulmaktadır. Nitekim bu alanda en önemli belge, 1950 yılında Roma'da imzaya açılmış, 1953 yılında yürürlüğe konulan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin her bir maddesi başlı başına bir ilke getirmekte ve bu ilkeler kişi ve Sözleşmeye taraf devletler için garanti oluşturmaktadır. Ülkemiz de 1954 yılında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olmuştur ve 1987 yılında da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuruyu kabul etmiştir. 90 yılında da Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargılama yetkisini tanımıştır. Bunun ardından ise Avrupa Birliği Bakanlar Komitesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarının infazı takibini de kabullenmiştir. Böylece, bu etkileşim ile son dönemlerde Türk kamu hukukuna yeni bir yön verilmekte ve iç hukukumuz adeta şekil almaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliğine katılım sürecinin zorunlu gerekleri bu şekillenmede önemli faktör olmaktadır. Ancak, Avrupa kimliği arayışına katkı çabası içindeki yasama kudreti ve ulusal yargıç inisiyatifleri karşısında kamu kudreti düşüncesinin 19. yüzyılın başlarındaki anlam ve kapsamıyla ele alınıp değerlendirilmesi artık mümkün değildir.

Bunlardan hareketle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ülkemiz yasama, yürütme organları ve yargı yerleri için artık referans alınmasında duraksama yaşanmamalıdır. Zira Sözleşme hukuku, ulusal mercilerin, özellikle de yargı organlarının uygulaması gereken hukukun ayrılmaz bir parçasıdır. Aynı bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının da referans alınmasında tereddüde mahal bulunmamaktadır. Yani Türk hukukunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin doğrudan uygulaması için gerekli düzenlemelerin mevcut olduğu bir gerçektir. Artık tartışılır olmaktan çıkan ve hemfikir olunan uluslararası sözleşmelerin iç hukukumuza referans norm olarak alınabilmesi, yargı yerleri için bir gereklilik arz etmektedir. Ulusal yargı yerlerinden tatmin olmayan birey, Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru sonrası, uyuşmazlığı başvuru olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine taşımaktadır. Hâlihazırda başvuru sayımız maalesef kabardır.

Bütün bunlarla birlikte, uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında hâkimlere, mahkemelere önemli bir yükümlülük verilmiştir. Mahkemeler uyuş-

mazlıkları hakkaniyete uygun olarak çözdükleri ve toplumun adalet duygusunu tatmin ettikleri sürece saygı duyulan yer olmaktadır. Saygı duyulan yer olma olgusu ise, hâkimlerin yargılama işlevleri ve hükümleriyle kazanılmaktadır. Açılan davalar ile pasif konumdan aktif hâle gelmiş olan mahkeme, hukukun ne olduğunu söylemede, hakkaniyete uygunluğu sağlamada üzerine düşeni gereği gibi yapmalıdır. Gereği gibi olması beklenen ise adaletin tecellî etmesidir. Mahkeme eliyle tecellî edecek olan adalet, toplumun bu duygusunu tatmin etmiş olmalıdır, toplumun adalet beklentisi gerçekleşmelidir. İşte bu noktada, etkili ve adil bir yargılama sürecinden söz edilebilmesi için, öncelikle bireylerin mahkeme veya hâkimlerden beklentilerinin tatmin edilebilmesinin sağlanması gerektirir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme 6. madde, adil yargılamayla ilgili olarak Delcourt Belçika'ya karşı kararında, Sözleşme bağlamında, demokratik toplumlarda adaletin hakkaniyete uygun olarak yerine getirilmesi hakkının çok önemli bir yere sahip olduğu ve kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanmaması gerektiği vurgulanmıştır. Hennings Almanya, Philis/Yunanistan kararında ise Mahkeme, "Teorik ve soyut özgürlük vermekten ziyade, gerçek, somut ve fiilen kullanılabilir güvence sağlanmalıdır" demiştir. Academi Trading ve ötekiler/Yunanistan kararında, mahkemenin bir merci olarak varlığının, topluma verdikleri güven duygusuyla doğru orantılı olduğu, soyut ve teorik olmaması, somut ve gerçek bir varlık göstermesi gerektiği belirtilmiştir. Piersack/Belçika kararının 53. paragrafında ise, "Adaletin yerine getirilmesi yetmez, aynı zamanda yerine getirildiğinin görülmesi de lazımdır" hassasiyetinde bulunulmuştur.

Bütün bunlardan hareketle, mahkemelerin veya hâkimlerin toplumda veya kişide bıraktığı izlenim, hak arayanlara güven veren, tarafsız bir görünüme sahip bulunması, tarafsızlığı sağlamak için alınmış bulunan tedbirlerin makul her türlü şüpheyi ortadan kaldırır nitelikte olması gerekmektedir. Nitekim mahkeme, yasa ile kurulu, yürütme ve taraflar önünde bağımsız ve tarafsız, ayrıca yargılama usulü güvencesine sahip bir merci olarak ifade edilmektedir. Gecikmiş adaletin adalet olmayacağından kalkılarak, davaların makul bir sürede sonuçlandırılması zorunluluk olarak kabul olunmuştur. Bu durum, hak arama süreci içine girenlerin yargılama işlemlerinin sürüncemede kalmalarına karşı korumak olmalıdır. Gizlilik suretiyle keyfiliği önlemek ve mahkemelerin açık olması sonucu da adil yargılama yapıldığını görebilmektir.

Mahkemeye gidebilme hakkı önem arz etmekle birlikte, bu hakkın mahkemede kullanılabilmesi bir bütünlük oluşturmaktadır. Mahkeme önünde hak arama yoluna girilmiş olması hâlinde, bu yolun fiilen yahut hukuken kapatılması, kullanılmaması veya başvurulması gereken bir merciye gidilememesi, 6. madde kuralının çiğnenmesi sonucunu doğuracaktır. Hak teslimi için mahkeme önüne

gidebilme olanağının da gerçekten ve fiilen mevcut olması gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “Mahkemelerin teorik ve hayali değil, fiilen ve gerçekten mevcut bulunması; yani sonuç doğurabilir, işe yarar ve elverişli cinsten olması gerekir” demektedir.

6. maddeyi demin ekranda gördünüz. O çerçevede bunları not ettim.

AİHM yargıçları özellikle Sözleşmenin 6. maddesinin 1. paragrafının ilk cümlesinden hareketle, etkili ve adil bir yargılama sürecinden söz edilebilmesi için, öncelikle bireylerin yargı organından beklentilerinin tatmin edilebilmesinin sağlanması gerektiğini vurgulamaktadır. AİHM, adil yargılanma hakkının demokratik bir toplumda öne çıkan yanı bağlamında, bu alandaki denetim açısından mahkemeyi soyut bir inceleme yapmaktan çok, dava konusu usulün gereği gibi uygulanıp uygulanmadığını irdelemektedir. Nitekim İnsan Hakları Mahkemesi, “başvuru hakkı yasal koşullara tâbi olacaksa, mahkemeler usul kurallarını uygularken, hem usuldeki hakkaniyete zarar verecek bir aşırı usulcülüğün, hem de yasalar tarafından belirlenmiş usul koşullarını ortadan kaldırmaya varacak bir aşırı esnekliğin önüne geçmek zorundadır.” demektedir. Walahli/Fransa kararı bu. Bunu tekrar okuyorum: “Başvuru hakkı yasal koşullara tâbi olacaksa, mahkemeler usul kurallarını uygularken, hem usuldeki hakkaniyete zarar verecek bir aşırı usulcülüğün, hem de yasalar tarafından belirlenmiş usul koşullarını ortadan kaldırmaya varacak bir aşırı esnekliğin önüne geçmek zorundadır.”

Mahkemenin somut bir gerçeklik göstermemesi, bireylerin mahkemelere olan güvenlerini sarsmakta, adeta mahkemeye dava açmakla boşuna bir uğraş içerisine girmiş olduğu hissini oluşturmaktadır. Birey kendini güvencesiz, dayanımsız ve sahipsiz olarak görmektedir. Haklı olduğu hâlde açılan davada hakkı teslim olmayan birey adeta karamsarlığa düşmektedir; kendisine, hâkimlere, mahkemeye ve adalete olan saygısı ve inancı azalmaya yüz tutmaktadır. Davacı olarak bir mahkemeye vuran kişi, bütün iddialarının incelenebileceğinden emin olmalı, bu konuda endişe etmemelidir. İddialarının doğruluğunun belirlenmesi durumunda ise hakkının teslimini ve ihlalin düzeltilmesini bekleyebilmelidir. Bu doğrultuda, gerekçeli ve uygulanabilir karar verilmesi ve kararın uygulandığının görülmesini mahkemeden isteyebilmelidir.

Bilimde ve yargıda asla keyfiliğe yer yoktur. Yargıç, usulü uygulamanın hukuki ve vicdani sorumluluğunu taşımaktadır. Yargıcın kendini sınırlaması, usulü gereği gibi uygulamaması, hakkın özüne dokunacak biçimde bireyin dava hakkını kısıtlamamalıdır.

Denilebilir ki, “Hak ve özgürlüğü ihlal edilen birey, ulusal yargıç önünde bunun giderilmesini elde edemediği takdirde, artık devlet sınırını aşarak uluslararası yargıca başvuruda bulunabilmektedir.” Diğer bir deyişle ulusal mekânda adil

yargılanmadığını ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle tanınan haklarının ihlal edildiğini iddia eden birey, konuyu Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru sonrası uluslararası mekâna taşıyabilmekte, davasını tartıştırabilmektedir. Bu doğrultuda, adalet duygusunun tatmin olunması, insanoğlunun zor yolculuklarından biri olmaktadır. Unutmamak gerekir ki, ancak uluslararası bir yolculuk sonrası adalet duygusunun tatmin olunacağı kanısıyla karşı karşıya kalmaktayız. Türk mahkeme, hâkim ve savcılarına düşen ise, bu yolculuğu iç hatlarda tutabilmeyi başarabilmektir.

Bir örnekle bu sözlerimi devam ettireceğim. İstanbul’da bir mahkemede bir hâkim veyahut da mahkemenin kendisi heyet hâlinde, bir uyuşmazlığı karara bağlıyor ve davayı retle sonuçlandırıyor. Bu uyuşmazlık daha sonra iç hukuk yolları tüketilerek, bireysel başvuru da aşılarak, bu uyuşmazlık daha sonra İnsan Hakları Mahkemesinin önüne götürülüyor. İnsan Hakları Mahkemesi ihlal tespiti yapıyor. İhlal kararı yayınlanıyor ve bu alenileşiyor. Ancak bizim mahkeme İnsan Hakları Mahkemesinin kararını -Anayasa yargısını da söyleyelim bireysel başvuru sonrası vermiş olduğu kararı -gördüğü hâlde, yine inatla, ısrarla eski kararda diretiyor. Çünkü muhatap kendisi değil, muhatap mahkeme veya hâkim değil, muhatap devlettir. Devleti uluslararası alanda da utandırma müessesesi vardır. Bizim mahkememiz, hâkimimiz inatla bunu devam ettirmekte; ta ki yasa değişip de veyahut da anayasal değişiklik yapıldığı zaman, “Ben bunu uygulayım” diyebilmekte.

Bununla ilgili yığınla değişiklik oldu. 1982 Anayasamızla ilgili bugüne kadar 19 kez değişiklik teşebbüsünde bulunuldu, 18’i başarıyla sonuçlandı, bir tanesi eksik kaldı. 2001 yılında özellikle çok yoğun bir değişiklik görüyoruz. Bu değişiklikler en son 2010 yılında, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, kamu denetçilik kurumunun oluşturulması, yurtdışı çıkış yasağının kaldırmış olması. Bütün bunların arkasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları var. Yine son dönemde yığınla İnsan Hakları Mahkemesi kararları var. Demin Bahadır bey de söyledi; 1602 sayılı Yasa, yine bizim 2577 sayılı Yasa, Ceza Muhakemesi Yasası, 3713 sayılı Yasa, bütün bu yasal değişikliklerin dayanağı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları. Oysa biz diyoruz ki, yargıç yasayı uygularken çerçeve norm olarak almalı, bu yasanın çizdiği çerçevenin içerisini yargıç doldurmalı. Peki, bunu ne adına yapmalı; hak ve özgürlükler adına yapmalı.

Açıkçası, çok gurur duyduğum -kendilerini tebrik ediyorum- Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruyla ilgili olarak vermiş olduğu makul süre irdelemesi. İdari yargıdan giden bir konu, taşınmazın park alanı olarak ayrılması meselesi taşınmazın, 10 yıl süren bir yargılama. Anayasa Mahkemesi bunu o kadar güzel aşılıyor ki; çünkü Anayasa Mahkemesinin önüne gidilebilmesi için, kara-

rın kesinleşme şartı var., Anayasa Mahkemesinin kararını okuyacağım müsaade edin arkadaşlar. “Ancak başvuru yollarının tüketilmesi ilkesinin mutlak şekilde uygulanması, temel hak ve özgürlüklerin etkin kullanımı ve korunmasını engelleyecektir. Hâlihazırda devam etmekte olan bir yargılamada, makul sürede yargılama yapma yükümlülüğünün yerine getirilmediği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunulabilmesi, başvuru yollarının tüketilmesi kuralı istisnalardan birini teşkil etmektedir. Zira bu durumda, başvuru yollarının tüketilmesi şartının aranması, makul sürede yargılama yapma yükümlülüğünün aykırı davranılması nedeniyle meydana gelen sonuçları ortadan kaldırmayacaktır. Aksine, makul olmadığı iddia edilen yargılama faaliyetinin daha da uzamasına ve başvurucu açısından zararın artmasına neden olacaktır. Makul sürede yargılama yapma yükümlülüğünün yerine getirilmediği iddiasını içeren başvurular açısından, Anayasanın 148. maddesinin 3. fıkrası ile 6216 sayılı Kanunun 45. maddesinin 2 numaralı fıkrasında öngörülen kanun yollarının tüketilmesi şartı ancak makul sürede yargılama yapma yükümlülüğüne ilişkin etkin bir başvuru yolunun bulunması durumunda geçerli olabilecektir. Yargılama faaliyetinin makul sürede gerçekleştirilmesini temin eden, bir başka ifadeyle yargılamanın uzamasını önleyici etkiye sahip olan veya yargılamanın makul sürede yapılmaması sonucunda oluşan zararı tespit ve tazmin edici nitelik taşıyan bir idari veya yargısal başvuru yolunun var olması hâlinde, bireysel başvuruda bulunulmadan önce bu başvuru yolunun tüketilmesi şartı aranacaktır. Ancak, hukuk sistemimizde yargılama faaliyetinin uzamasını önleyici veya yargılama faaliyetinin uzamasından doğan zararları giderici etkiye sahip Anayasanın 148. maddesinin 3. fıkrasıyla 6216 sayılı Kanunun 45. maddesinin 2 numaralı fıkrasının kastettiği nitelikte etkin bir başvuru yolu bulunmadığı anlaşıldığından, başvuru, kanun yollarının tüketilmesi yönünden kabul edilebilir niteliktedir.” Anayasa Mahkemesinin bu kararını takdirlerinize sunuyorum.

**Prof. Dr. Adem SÖZÜER-** Burada yaptığımız konuşmaların boşa gitmesi için, her an tercümeyi düşünmemiz lazım.

**Dr. Selami DEMİRKOL-** Tamam.

**Prof. Dr. Adem SÖZÜER-** Okuduğunuz zaman, oradakileri tercüme etmesi mümkün değil.

Kusura bakmayın, özür dilerim, böyle müdahale etmek zorunda kaldım. Bu kadar önemli bir hâzirundayken, tercüme nedeniyle söylenenler boşa gitmesini istiyorum. Müdahalem için Sayın Başkandan ve sizden özür diliyorum.

**Dr. Selami DEMİRKOL-** Estağfurullah hocam.

Anayasa Mahkemesinin kararı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla âdeta yarışır nitelikte bir karardır. Gerçekten ellerine sağlık. Bu tipik bir



örnektir. Bunu özellikle akademisyenlerin takdirlerine sunuyorum. Yasanın aşılabilirliği... Ne adına; hak ve özgürlükler adına. Bunu göstermesi bakımından oldukça önemle altını çiziyorum.

Beni dinlediğiniz için teşekkür ederim. Saygılarımı sunuyorum.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Çok teşekkür ederiz.

Acaba katkıda bulunmak isteyen kimseler var mı efendim?

Buyurun Ali Bey.

**Prof. Dr. Ali ULUSOY-** Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Prof. Dr. ALİ Ulusoy. Danıştay eski üyesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi.

Benim iki sorum olacaktı Sayın Bahadır beye. Bu kararı, bahsettiği kararı ben de Resmi Gazete'de okumuştum, oldukça dikkatimi çekmişti bu karar. Kararda islahın olmaması önemli bir etki yaratmış anladığım kadarıyla. İslah imkânı olmadığı için bu kadar yüksek vekâlet ücreti çıkıyor ve 25 bin liralık tazminatın yaklaşık 19 bin lirası vekâlet ücretine gidiyor. Burada bir adil yargılanmaya aykırılık tespit edilmiş haklı olarak.

Sormak istediğim soru şu: İslah olsaydı, buna rağmen bu ihlal kararı çıkarılabilir miydi? Yani şunu demeye çalışıyorum: “Senin islah imkânın var, bu imkânı kullanmadın, buna rağmen yüksek tazminat istedin. O yüzden, artık bu kadar yüksek vekâlet ücreti ödemende bir sorun yoktur” denilebilir miydi? Bu durumda, acaba kişileri çok küçük miktarlı dava açmaya zorlamak, âdil yargılanma hakkı yönünden yine de bir sorun teşkil eder miydi? Bu dikkatimi çeken bir husus ve soru olarak yöneltmek istiyorum. Yine böyle bir karar çıkarılabilir miydi? Kendisi konum olarak bunu değerlendiremeye de bilir. Böyle bir çekincesi olursa da, bunu anlayışla karşılayacağız; ama belki bir fikri varsa söyleyebilir diye düşündüm.

Yine bir diğer sorum...Sonuç olarak mahkemenin verdiği karar şöyle: “Burada bir ihlal var, âdil yargılanma hakkı ihlal edilmiş.” Yargılamanın tekrar yapılmasına gerek görülmedi anladığım kadarıyla ve 8 bin liralık bir tazminata hükmediliyor. “Mahkemenin bireysel başvuruda kişiyi tatmin etme yönünden, acaba yeterli noktada mı?” diye bir soru işareti oluşturdu bende. Kazandığı 25 bin liralık tazminatın 19 bin lirasını vekâlet ücreti olarak ödemesinde bir âdil yargılanma hakkı ihlali var. Bir 8 bin lira daha verdik, 33 bin liraya çıktı, bunun 19 bin lirasını ödedi. Yani 4'te 3'ünü vekâlet ücretine ödemesinde sorun var; ama şimdi yaklaşık 4'te 2'sini vekâlet ücreti olarak ödediğinde, acaba biz kişiyi tatmin etmiş olduk mu? Hem lehe karar veriliyor, ihlal kararı çıkıyor; ama herhâlde başvurunun da adil anlamda bir tatmin edilmesi gerekir. Burada başvuru gerçek

anlamda tatmin edilmiş mi, bende bir soru işareti oluşturdu bu. Bu konuda fikrinizi almak istedim. Teşekkür ederim.

**Bahadır YALÇINÖZ-** Rica ederim.

Sayın hocamın da ilk başta dediği gibi, hepsini değerlendirebilecek bir konuda değilim açıkçası. İlk olarak birinci soruya baktığımızda, ıslah imkânı da olsaydı yine böyle bir karar çıkabilir miydi? Bunu şu şekilde de açabiliriz aslında: İslah imkânı olsaydı, kişi böyle bir dilekçe vermiş olsaydı ıslah imkânı olan bir davasında, zaten herhangi bir sorunla karşılaşmış olmayacaktı. İkinci husus, ıslah imkânı olsaydı; ama kişi bilirkişi raporundaki tespit edilen miktarın yine de zararını karşılamadığını, daha yüksek bir zararının olduğunu ileri sürerek, davaya esas olarak kendi talep ettiği miktar üzerinden devam edilmesini isteseydi ve yine bu şekilde sonuçlanmış olsaydı, yani 5 bin TL'lik maddi tazminatın üzerinden ve reddedilen tazminat tutarı üzerinden vekâlet ücreti ödenmiş olsaydı, bu durumda Anayasa Mahkemesi ne gibi bir sonuç elde ederdi, şu anda ben de bunu kestiremiyorum açıkçası; ama yine de bu testinin sonucunda galiba elde edeceği sonuca göre bir hüküm kurabilecekti. Bunu daha çok 2012 yılı ve sonrasındaki davalarda önümüze geldiğinde daha somut olarak söylemek mümkün; çünkü 2012 yılında yapılan değişikliklerle zaten ıslah imkânı da getirilmiş oldu.

İkinci husus, yargılamanın tekrar yapılmasına gerek görülmemesi veya 8 bin TL'nin, yani tazminat tutarıyla vekâlet ücreti ve Anayasanın uygun gördüğü 8 bin TL manevî zararı koyduğumuzda, yarı yarıya yani 18 bin TL vekâlet ücreti yanında, yaklaşık 10'a yakın olan bir tazminata kişinin hak kazanmış olması tatmin etti mi, etmedi mi? Aslında burada yeniden yargılama yapılması durumunda da çok fazla bir şey değişmesi mümkün değildi. Belki Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Anayasa Mahkemesinin kararını gözeterek bir sonuca ulaşabilirdi, ama onların da ellerini bir şekilde bağlayan bir mevzuat var; 659, 1602 ve avukatlık asgari ücret tarifesi. Burada açıkçası Anayasa Mahkemesi –Sayın Başkanvekilim de içeriği hakkında bilgi sahibidir, en azından takdir edilen vekâlet ücreti konusunda; ama- bence, yargılamanın daha da uzamaması adına bu şekilde bir sonuca da ulaşmış olabilir Anayasa Mahkemesi bu kararında. Tekrar yargılama yapmaktan ziyade, daha kısa bir çözüm, en azından biraz daha kişiyi de tatmin etme açısından bir tazminata hükmetmiş olabilir.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Çok teşekkür ederiz.

Bu konuda başka bir katkıda bulunmak isteyen var mı?

Buyurun Sayın Başkanvekili. Kararda da imzanız var zannediyorum, değil mi?

**Alparslan ALTAN-** Teşekkür ediyorum.

Bu konuyla ilgili başka bir kararımızı da hatırlatarak, belki ilgililer not alırlarsa diye..

Benzer bir olayda, askerde intihar söz konusuydu. Burada da, ölenin yakınlarına 12 bin lira tazminata hükmedilmişti, 19 bin 250 lira vekâlet ücretine hükmedilmişti. Burada da Anayasa Mahkemesi benzer şekilde ihlal kararı verdi. Burada üzerinde durulan önemli hususlardan birisi, ıslah müessesesinin o tarih itibarıyla olmamasıydı. “Anayasa Mahkemesi ıslahtan sonra nasıl bir karar verir?” konusuna burada çok net bir cevap vermek mümkün değil; çünkü heyet hâlinde toplanılıyor, müzakere ediliyor, oylama yapılıyor. Ama ıslah müessesesinin olmaması önemli bir ihlal nedeni ve eksiklik olarak görüldü. Islah olduğunda, zannediyorum biraz daha durum tartışmalı hâle gelebilir.

İkinci konu tazminat meselesi. Bu, Anayasa Mahkemesinin bu kararıyla ilgili gündeme getirildiği gibi, başka kararlarıyla ilgili de gündeme getirildi. Aslında sorun şurada: Bireysel başvuru uygulayan ülkelerin hiçbirisinde tazminata hükmedilmiyor ve bireysel başvuru yolu, bireylerin uğradığı maddi zararların ya da haksızlıkların giderildiği bir yol değil. Az önce konuşmamda çok genel olarak ifade ettim; bireysel başvuru yolu -aslında adı da belki tartışılabilir, çünkü anayasa şikâyeti daha uygun bir terim- anayasa şikâyeti yolu, insan hak ve özgürlükleriyle ilgili temel standartların belirlendiği bir yol. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi kararlarından beklenmesi gereken şey bu ilkelerin ortaya konulması, bu ilkelerin daha çok ön plana çıkarılması. Benim kişisel düşüncem, Anayasa Mahkemesi tazminata hiç karar vermemeliydi; ama mevzuatımıza, Anayasa Mahkemesinin ihlal tespit etmesi hâlinde tazminata da hükmedebileceği şeklinde bir düzenleme girdi. Bunu hiçbir şekilde Anayasa Mahkemesinin bireyin uğradığı tüm haksızlığı giderdiği bir tazminat olarak görmemek lazım. İhlalle ilgili verilen kararlardaki tazminatları sembolik olarak görmek lazım. Bu eğilim, Anayasa Mahkemesinin hem iş yükü açısından sıkıntıya girmesine neden oluyor, hem verilen tazminatların yetersiz bulunması şeklinde eleştirilere neden oluyor. Dolayısıyla “Bu somut olayda da verilen tazminat kişinin zararını tamamen giderdi” şeklinde bir düşünce söz konusu değil, böyle bir beklenti içerisinde olmamak gerekir. Önemli olan bu dosyada ya da diğer dosyalarda Anayasa Mahkemesi hangi standardı ortaya koyuyor, bu temel haklarla ilgili hangi yaklaşımı ortaya koyuyor, daha çok ona vurgu yapılması gerektiğini düşünüyorum.

Teşekkür ediyorum.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Çok teşekkürler.

Bilimsel merakı oldukça tahrik eden bir alan açılmış oldu. Bu konuda çalışmalarına ihtiyaç var.

Buyurun.

**Dr. Selami DEMİRKOL-** İslah müessesesi, bizim İdari Yargılama Usulü Kanunu 16. madde, “Tebliğatla cevap verme” başlıklı maddemiz bu bizim, Okçu/Türkiye kararının ardından getirilmiş oldu. Peki hiç Okçu/Türkiye kararı yok, kanunda da değişiklik yapılmadı; idari yargı yerleri ıslah müessesesi işletemezler miydi, bir engel var mıydı? Çok rahatlıkla işletebilirlerdi; ama işletmediler, işletmedik. Ben de dâhilim. Gerçi benim önüme hiç ıslah talepli dosya gelmedi de, ben ne yapardım, onu bilemiyorum. Şimdi söylemek biraz şey tabii, ama hiçbir engel yoktu. Nedir; açılan davaları süre yönünden reddediyorduk, ıslah talepli. İnanın, yapılabilirdi, illa Okçu/Türkiye kararını ve ardından kanun değişikliğini beklemek gerekmezdi. Benim zaten bugünkü tebliğimin ana fikri bu.

Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Ben de birkaç söz söyleyerek, bu fırsatı kaçırmayayım.

Acaba bu konuda tartışmayı belli ilkeler üzerinden yapmak gerekmez mi? Yani idari yargıda idareye karşı bir tazminat talebi gündeme geldiğinde, tam yargı davasıyla, acaba davacı kazandığı tazminat dışındaki kısmı kaybetmiş mi sayılmalı? İslahtan vesaireden vazgeçildi, idare kazanmış gibi görülerek bir vekâlet ücreti takdirini gerektiren bir husus var mı; yoksa bu konuda dava hakkının istisna edilmemesine yönelik olan husus zaten harçlarla vesaire giderilmiş sayılmaz mı? Belki böyle biraz daha geriden başlayarak, bu alanı tartışmak ve idari yargıda adli yargıdan farklı bir anlayışı ve dava açmayı cesaretsizleştirecek, zarara uğradığını düşünen kimselerin dava açmaktan çekinmesine yol açabilecek müesseselere engel konular geliştirmek gerekebilir.

Katkıda bulunmak isteyen, soru sormak isteyen var mı?

O zaman, ilk toplantıyı bitirelim. Bitirirken de, açılıştaki olmayan hocamızı selamlamak istiyorum müsaadenizle. Onar-Sarıca-Duran Hukuk Devleti Gününü ihdas eden ve uzun yıllar bunu sürdüren emekli hocamız Prof. Dr. İlhan Özay da toplantıya teşekkür etti. Bu vesileyle ona da hoş geldiniz diyorum.

Bir kahve aramız var efendim. Daha sonra ikinci toplantıda buluşmak üzere.

**2. OTURUM****İDARİ USUL HUKUKU VE ANAYASA HUKUKU****Oturum Başkanı: Dr. Selami DEMİRKOL**

**Sunucu-** Sayın konuklar, İdari Usul Hukuku ve Anayasa Hukuku başlıklı 2. oturumumuza başlıyoruz. Oturum Başkanı Dr. Selami Demirkol'u, Prof. Dr. Philip Kunig, Michael Hund ve Recep Ünal'ı kürsüye davet ediyoruz.

**Dr. Selami DEMİRKOL-** Çok değerli konuklar, hepinize tekrar merhaba. Oturumu yönetmek için bana çağrı yapıldı ve ben de bunu inşallah en iyi bir şekilde gerçekleştirmeye çalışacağım. Bu oturumun başlığı İdari Usul Hukuku ve Anayasa Hukuku. Bu başlık çerçevesinde 3 ayrı konuşmacımız var. Recep Bey geliyor herhalde. Bize ayrılan toplam süre; 10:50'de başlıyoruz, 12:35'e kadar olan süre. Ben ilk konuşmacımız Philip Kunig'i daha önceden tanıyorum, kendisiyle Danıştay'da tanışmıştık. Kendisi Berlin Özgür Üniversitesi Anayasa Hukuku, İdare Hukuku, Devletler Hukuku Öğretim Üyesi, Berlin Anayasa Mahkemesi eski hakimi, meslektaşımız kendisi. Ben sözü Sayın Mr. Kunig'e bırakıyorum. Buyrun.

**Prof. Dr. Philip KUNIG-** (Konuşmacı, konuşmasının yayınlanmamasına karar vermiştir.)

**Dr. Selami DEMİRKOL:** Bu güzel konuşmasından ötürü, Sayın Prof. Dr. Philip Kunig'e ben çok teşekkür ediyorum. Şimdi Michael Hund, Federal İdare Mahkemesi eski Başkanvekili ve Berlin Anayasa Mahkemesi Hakimi. Kendileri bize Alman İdare Mahkemesi'nde Sır Saklama ve Hukuki Meram Anlatma Hakını anlatacaklar. Buyrun efendim.

**Michael HUND-****Geheimnisschutz im deutschen Verwaltungsprozess und Anspruch auf rechtliches Gehör****1. Das Thema**

Der **Schutz von Staatsgeheimnissen und von privaten Geheimnissen**, im Prozess ist ein oft unterschätztes Problem für den Rechtsstaat. Deshalb möchte ich Ihnen kurz berichten, welche Fragen der Geheimnisschutz im deutschen Verwaltungsprozess aufwirft. (Die nachfolgende Darstellung betrifft nur den Ver-

waltungsprozess und kann nicht auf entsprechende Probleme in Zivil- und Strafverfahren eingehen).

Es geht dabei um **Kollisionen von Rechtsgütern**, die in der Verfassung besonders geschützt sind. Auf der einen Seite stehen staatliche Sicherheitsinteressen oder Ansprüche auf grundrechtlichen Schutz der Privatsphäre und insbesondere von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen als Teil der Berufsfreiheit und des Eigentums. Auf der anderen Seite geht es um die Gewährung von effektivem Rechtsschutz durch die Gerichte, der unmöglich werden kann, wenn öffentliche oder private Geheimnisse der Wahrheitsfindung im Wege stehen. Zusätzlich behindert alles, was geheim bleiben muss, die Garantie des rechtlichen Gehörs der jeweils anderen Partei im Prozess.

Diese „Gemengelage“ und dieses Spannungsverhältnis machen unser Thema interessant, zugleich aber auch juristisch schwierig. Selbst im differenzierten und bewährten deutschen Verwaltungsprozessrecht gibt es dafür bis heute keine komplette Lösung.

## **2. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Einführung eines in camera – Verfahrens im Verwaltungsprozess**

Erst vor knapp 15 Jahren hat das Bundesverfassungsgericht das Thema „entdeckt“ und den Gesetzgeber zur Nachbesserung des Verwaltungsprozessgesetzes, der Verwaltungsgerichtsordnung aus dem Jahr 1966 (in der damals geltenden Fassung von 1991) verpflichtet.

### ***Der Fall / der Sachverhalt***

Dem einschlägigen **Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Oktober 1999**<sup>1</sup>, lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Verfassungsbeschwerdeführer war Geschäftsführer einer Beratungs- und Vermittlungsstelle für die Vergabe auch von Staatsaufträgen. Diese „Landauftragsstelle“, wie sie hieß, wurde in der Rechtsform eines nach Zivilrecht eingetragenen Vereins betrieben. Da dieser Verein unter anderem auch mit militärischen Aufträgen der Bundeswehr befasst war, wurde der Beschwerdeführer

---

<sup>1</sup> Beschluss vom 27. Oktober 1999 - 1 BvR 385/90 - BVerfGE 101, 106 (= im Internetportal des BVerfG unter: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs19991027\\_1bvr038590.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs19991027_1bvr038590.html))

Die Entscheidungen des BVerfG sind ab 1. Januar 1998 kostenlos im Internetportal des BVerfG <https://www.bundesverfassungsgericht.de> veröffentlicht. Alle Entscheidungen sind - allerdings - kostenpflichtig - im Internet veröffentlicht in der Rechtsprechungsdatenbank juris unter <http://www.juris.de> ).

- mit seinem zuvor erklärten Einverständnis - durch das Bayerische Landesamt für Verfassungsschutz überprüft. Dieses Amt gelangte zu dem Ergebnis, dass Bedenken gegen seine Ermächtigung zum Umgang mit staatlichen und militärischen Geheimsachen, das heißt mit sogenannten Verschlusssachen, bestehen. Daraufhin erklärte der Vorstand des Vereins gegenüber dem Beschwerdeführer, er sei als Geschäftsführer nicht mehr tragbar. Der Beschwerdeführer kündigte sein Dienstverhältnis selbst, um Nachteile bei späteren Bewerbungen möglichst gering zu halten<sup>2</sup>.

Der Beschwerdeführer beantragte beim Landesamt für Verfassungsschutz, ihm Auskunft zu erteilen über die Umstände, auf die das negative Ergebnis der Sicherheitsüberprüfung gestützt wurde. Das Amt lehnte den Antrag ab und begründete dies so: Die Auskunft könne nicht erteilt werden, weil die Unterlagen bzw. die Akten hierzu ihrem Wesen nach geheim seien und Aussagen von befragten Personen enthielten, denen Vertraulichkeit zugesagt wurde. Es könne nur mitgeteilt werden, dass die Akte im Wesentlichen aus zahlreichen Erklärungen von Auskunftspersonen bestehe. Deren Angaben ließen übereinstimmend einen Charakterzug des Beschwerdeführers erkennen, der dazu führen könne, dass er Opfer einer nachrichtendienstlichen Verstrickung wird.

Nach erfolglosem Widerspruch erhob der Beschwerdeführer Klage. Das Landesamt für Verfassungsschutz übersandte dem Verwaltungsgericht die bei ihm angefallenen Akten mit Ausnahme der Unterlagen, die Grundlage der Sicherheitsüberprüfung waren. Das zuständige bayerische Innenministerium erklärte, dass die Vorlage dieser Unterlagen verweigert werde (Diese Verweigerung der Vorlage wird auch als „Sperrerklärung“ bezeichnet)..

Auf Antrag des Beschwerdeführers erließ das Verwaltungsgericht eine Zwischenentscheidung nach § 99 VwGO in der damals geltenden alten Fassung (a.F.)<sup>3</sup> und verpflichtete den Freistaat Bayern, die vollständigen Akten über die Sicherheitsüberprüfung vorzulegen.

<sup>2</sup> Nur am Rande: Seine anschließenden Bewerbungen um gehobene Positionen blieben trotzdem erfolglos; er nahm schließlich, obwohl er in den vorangegangenen 20 Jahren immer in leitenden Positionen mittelständischer Unternehmen gearbeitet hatte, eine Stelle als Außendienstmitarbeiter an. (Dies hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung so mitgeteilt!)

<sup>3</sup> § 99 VwGO alter Fassung (a.F.) hatte folgenden Wortlaut::

(1) Behörden sind zur Vorlage von Urkunden oder Akten und zu Auskünften verpflichtet. Wenn das Bekanntwerden des Inhalts dieser Urkunden oder Akten und dieser Auskünfte dem Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten würde oder wenn die Vorgänge nach einem Gesetz oder ihrem Wesen nach geheimgehalten werden müssen, kann die zuständige oberste Aufsichtsbehörde die Vorlage von Urkunden oder Akten und

Im Beschwerdeverfahren hob die zweite Instanz, der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, die erstinstanzliche Zwischenentscheidung auf und stellte fest, dass die Verweigerung der Aktenvorlage nach § 99 VwGO a.F. rechtmäßig sei. Nach dieser Vorschrift konnte das zuständige Ministerium die Vorlage von Urkunden oder Akten und die Erteilung einer Auskunft verweigern, wenn deren Bekanntwerden „dem Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten würde oder wenn die Vorgänge nach einem Gesetz oder ihrem Wesen nach geheimgehalten werden müssen“. Im Zwischenverfahren durfte das Verwaltungsgericht - ohne Einsicht in die Dokumente - nur prüfen, ob solche Gründe durch das zuständige Ministerium „glaubhaft gemacht“<sup>4</sup> sind.

Gegen die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs hat der Kläger des Ausgangsverfahrens beim Bundesverfassungsgericht Verfassungsbeschwerde erhoben.

### ***Die Entscheidung und Entscheidungsgründe des Bundesverfassungsgerichts***

Das Bundesverfassungsgericht hat der Verfassungsbeschwerde stattgegeben. Es hat die Entscheidung Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs aufgehoben und zu § 99 VwGO a.F. wörtlich entschieden:

„§ 99 Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 2 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung ...[in der Fassung vom 19. März 1991] ist nach Maßgabe der

---

die Erteilung der Auskunft verweigern.

(2) Auf Antrag eines Beteiligten entscheidet das Gericht der Hauptsache durch Beschluss, ob glaubhaft gemacht ist, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Verweigerung der Vorlage von Urkunden oder Akten und die Erteilung von Auskünften vorliegen. Die oberste Aufsichtsbehörde, die die Erklärung nach Absatz 1 abgegeben hat, ist zu diesem Verfahren beizuladen. Der Beschluss kann selbständig mit der Beschwerde angefochten werden. Über die Beschwerde entscheidet das Bundesverwaltungsgericht, wenn das Oberverwaltungsgericht erstmalig mit der Sache befasst war.

<sup>4</sup> Eine Tatsache „glaubhaft machen“ bedeutet im deutschen Prozessrecht ein Weniger als eine Tatsache „beweisen“. Der Richter muss nicht – wie sonst im Zivil- und Verwaltungsprozess, um eine Tatsache als bewiesen anzusehe – von der Wahrheit der Tatsache voll (= mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit) überzeugt sein, sondern er darf sich bei der Glaubhaftmachung mit einem geringeren Grad der Wahrscheinlichkeit begnügen. Eine Glaubhaftmachung ist ausreichend, wenn das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt, beispielsweise in gerichtlichen Eilverfahren (vgl. 920 Abs. 2 ZPO). Als Mittel sind zur Glaubhaftmachung alle präsenten - das heißt ohne Durchführung einer Beweisaufnahme vorhandenen – Beweismittel zugelassen und zusätzlich als besonderes Mittel der Glaubhaftmachung die „Versicherung an Eides Statt“ (§ 294 ZPO). Der Richter kann im Einzelfall auch die schlichte Erklärung der Partei ausreichen lassen.



Gründe mit Artikel 19 Absatz 4 des Grundgesetzes unvereinbar. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, bis zum 31. Dezember 2001 einen verfassungsmäßigen Zustand herzustellen.“

Die Unvereinbarkeit hat das Bundesverfassungsgericht weiter präzisiert, nämlich soweit die VwGO “die Aktenvorlage auch in denjenigen Fällen ausschließt, in denen die Gewährung effektiven Rechtsschutzes von der Kenntnis der Verwaltungsvorgänge abhängt.”<sup>5</sup>

Dazu hat das Bundesverfassungsgericht zusammengefasst im Wesentlichen ausgeführt:

Die Verwaltungsgerichte müssten die angegriffenen behördlichen Entscheidungen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vollständig überprüfen. Die alte Gesetzesfassung hindere die effektive gerichtliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit unverhältnismäßig. Sie diene zwar einem legitimen Anliegen des Gemeinwohls, nämlich der Geheimhaltung von Vorgängen, deren Bekanntwerden dem Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereite. Die Regelung sei auch geeignet, diesen Zweck zu erreichen. Es fehle ihr aber an der Erforderlichkeit. Denn es bestünden Möglichkeiten, die Geheimhaltung zu wahren, ohne dass der Rechtsschutzanspruch aus Art. 19 Abs. 4 GG in demselben Maß verkürzt wird.

Insbesondere sei es möglich, die Akten dem Gericht vorzulegen, das - unter Verpflichtung zur Geheimhaltung und ohne Recht der Beteiligten auf Akteneinsicht - nachprüfe, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der Auskunftsverweigerung im konkreten Einzelfall erfüllt sind. Bei diesem „**in camera**“-Verfahren werde das Bedürfnis nach Geheimhaltung dadurch gesichert und erfüllt, dass die Kenntnisnahme auf das Gericht / die Richter beschränkt bleibe. Der Rechtsschutzsuchende selbst erfahre nicht, welche Gründe im Einzelnen eine danach als erforderlich bestätigte Geheimhaltung rechtfertigen (und damit zugleich die Verweigerung der Aktenvorlage / die Sperrerklärung tragen). Ein Zwischenstreit über die Glaubhaftmachung der Verweigerungsgründe sei unter diesen Umständen entbehrlich. Zugleich entfalle der Einwand, dass bei einer Pflicht der Behörde zur Aktenvorlage durch das sonst bestehende Recht aller Beteiligten auf Akteneinsicht (nach § 100 VwGO) die Entscheidung der Hauptsache faktisch vorweggenommen werden könne.

Das Grundrecht auf rechtliches Gehör (nach Art. 103 Abs. 1 GG) stehe einer solchen Ausgestaltung nicht entgegen. Zwar gebe diese Verfassungsnorm dem Einzelnen ein Recht darauf, sich zu dem einer gerichtlichen Entscheidung

<sup>5</sup> BVerfGE 101, 106 Leitsatz 1 und S. 124 ff.

zugrunde gelegten Sachverhalt zu äußern, damit er Einfluss auf das Verfahren und dessen Ergebnis nehmen kann. Einer gerichtlichen Entscheidung dürften daher grundsätzlich nur solche Tatsachen zugrunde gelegt werden, zu denen die Beteiligten Stellung nehmen konnten. Die Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG und der Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG dürften aber „nicht in einen Gegensatz zueinander gerückt“ werden. Der Anspruch auf rechtliches Gehör stehe vielmehr in engem Zusammenhang mit der Rechtsschutzgarantie. Beide Grundrechtspositionen dienten dem gleichen Ziel, nämlich der **Ermöglichung effektiven Rechtsschutzes**.

Nur im Strafverfahren wirkten Geheimhaltungsinteressen der Exekutive in dubio pro reo. Ein „in camera“-Vorgehen würde daher den Rechtsschutz des Angeklagten verschlechtern. Demgegenüber führe im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gerade das Absehen von einem „in camera“-Verfahren zu einer Minderung des Individualrechtsschutzes. Dies wiege erheblich schwerer als eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs. Nicht nur dem Rechtsschutzsuchenden, sondern auch dem Gericht fehle jede Möglichkeit der Kenntnisnahme. Die Geheimhaltung entscheidungserheblicher Tatsachen wirke sich regelmäßig nachteilig für den Rechtsschutzsuchenden aus. Die Gewährung von vollem rechtlichem Gehör setze die Effektivität des Rechtsschutzes im Ergebnis herab, statt sie zu stützen.

Das rechtliche Gehör könne nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eingeschränkt werden, wenn dies durch sachliche Gründe hinreichend gerechtfertigt sei. Werde der von Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistete effektive Rechtsschutz erst durch eine solche Beschränkung möglich, dann liege in dem damit verbundenen Vorteil, dass jedenfalls das Gericht die vollständigen Akten kenne, ein hinreichender sachlicher Grund. Der Anspruch auf rechtliches Gehör, der dem Rechtsschutz des Einzelnen diene, dürfe diesem nicht entgegengehalten werden, wenn der begrenzte Verzicht darauf seinen Rechtsschutz ausnahmsweise verbessere. Nur unter dieser Voraussetzung, nicht dagegen zur Verminderung der Rechtsschutzposition des Betroffenen sei ein „in camera“-Verfahren mit dem Grundgesetz vereinbar.

Bei der Ausgestaltung eines solchen Verfahrens habe der Gesetzgeber weitgehende Freiheit. Insbesondere könne er Vorkehrungen treffen, die den Kreis der Geheimnisträger klein halten und den Geheimnisschutz sichern. Der Gesetzgeber sei daher nach Art. 19 Abs. 4 GG verpflichtet, eine den Anforderungen dieses Grundrechts entsprechende Regelung zu treffen. Der Gesetzgeber sei aber nicht auf den Weg des „in camera“-Verfahrens festgelegt; er könne das Rechtsschutzdefizit das § 99 VwGO a.F. auch auf anderem Wege beseitigen.

Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber dazu eine Frist bis zum 31. Dezember 2001 gesetzt.

### **3. Das „in camera“-Verfahrens nach § 99 Abs. 2 VwGO neue Fassung 2001**

Der Gesetzgeber ist diesem Auftrag des Bundesverfassungsgerichts durch Gesetz vom 20. Dezember 2001<sup>6</sup> nachgekommen und hat in § 99 Abs. 2 VwGO neue Fassung erstmals ein „in camera“-Verfahren - durch ein neues selbständiges Zwischenverfahrens - eingeführt.

#### ***Das Regelungssystem<sup>7</sup> des § 99 VwGO neue Fassung***

Die Neufassung bestimmt abweichend vom bisherigen Recht, dass das zuständige Gericht im Rahmen eines selbständigen Zwischenverfahrens nicht mehr nur darüber entscheidet, ob die Gründe für die Verweigerung einer Aktenvorlage oder einer Auskunft (nach § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO) „glaubhaft gemacht“ hat. Es hat jetzt die geltend gemachten Gründe selbst voll nachzuprüfen und über die Rechtmäßigkeit der Verweigerung der Vorlage zu entscheiden, das heißt über die Geheimhaltungsbedürftigkeit der zurückgehaltenen Akten, Unterlagen oder Auskünfte. Die Entscheidung trifft ein spezieller Fachsenat des Oberverwaltungsgerichts bzw. Verwaltungsgerichtshofs<sup>8</sup> sowie in bestimmten Fällen der Fachsenat

<sup>6</sup> Art. 1 Nr. 12 des Gesetzes zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess vom 20. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3987, 3988)

<sup>7</sup> Sonderregelungen für ein „in camera“-Verfahren finden sich ferner in § 138 Telekommunikationsgesetz - TKG - (vgl. dazu unten zu 5 cc mit Text in Fußnote 15) sowie in § 31 Abs. 1 Gesetz über die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik (Stasi-Unterlagen-Gesetz - StUG).

#### **§ 31 StUG lautet:**

§ 31 Gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen des Bundesbeauftragten auf Antrag von Behörden

(1) Lehnt der Bundesbeauftragte ein Ersuchen einer Behörde um Mitteilung, Einsichtnahme oder Herausgabe ab, entscheidet über die Rechtmäßigkeit dieser Ablehnung auf Antrag der betroffenen Behörde das Oberverwaltungsgericht nach mündlicher Verhandlung durch Beschluss. Der Beschluss ist unanfechtbar. Ein Vorverfahren findet nicht statt. Zuständig ist das Oberverwaltungsgericht, in dessen Bezirk der Bundesbeauftragte seinen Sitz hat.

(2) Der Vorsitzende kann aus besonderen Gründen die Einsicht in die Akten oder in Aktenteile sowie die Fertigung oder Erteilung von Auszügen und Abschriften versagen oder beschränken. Dieser Beschluss und der Beschluss des Oberverwaltungsgerichts über die Verpflichtung zur Vorlage von Urkunden nach § 99 Abs. 2 der Verwaltungsgerichtsordnung sind nicht anfechtbar. Im Übrigen sind die Beteiligten zur Geheimhaltung von Tatsachen verpflichtet, die ihnen durch Akteneinsicht zur Kenntnis gelangt sind.

<sup>8</sup> Die Oberverwaltungsgerichte der süddeutschen Länder Baden-Württemberg,

des Bundesverwaltungsgerichts in erster und letzter Instanz (§ 99 Abs. 2 Satz 1 und 2, § 189 VwGO). Entscheidet ein Fachsenat des Oberverwaltungsgerichts, kann dagegen eine Beschwerde beim Fachsenat des Bundesverwaltungsgerichts eingelegt werden (§ 99 Abs. 2 Sätze 12 bis 14 VwGO).

Das Verfahren können Beteiligten des Ausgangsverfahrens beantragen (§ 99 Abs. 2 Satz 3 VwGO). Nach Vorlage des Antrages und der Hauptsacheakten an den zuständigen Fachsenat (§ 99 Abs. 2 Satz 4 VwGO) hat die (nach § 99 Abs. 2 Satz 6 VwGO an dem Zwischenverfahren zu beteiligende) oberste Aufsichtsbehörde die zurückgehaltenen Unterlagen vorzulegen (§ 99 Abs. 2 Satz 5 VwGO). Der Fachsenat muss dabei die Regeln des materiellen Geheimschutzes einhalten<sup>9</sup> (§ 99 Abs. 2 Satz 7 VwGO). Die Mitglieder des Fachsenats und das

---

Bayern und Hessen tragen - ohne weiteren Unterschied - traditionell den Namen „Verwaltungsgerichtshof“.

<sup>9</sup> Was unter materiellem Geheimschutz zu verstehen ist, ist weder normativ definiert noch den Gesetzesmaterialien zu entnehmen. Wesentliche Anhaltspunkte und Regelungen lassen sich allerdings den Sicherheitsüberprüfungsgesetzen des Bundes und der Länder entnehmen. Danach sind geheimhaltungsbedürftig alle sog. „Verschlussachen“. Nach § 4 Abs. 1 Sicherheitsüberprüfungsgesetzes des Bundes - SÜG - sind dies „im öffentlichen Interesse geheimhaltungsbedürftige Tatsachen, Gegenstände oder Erkenntnisse, unabhängig von ihrer Darstellungsform“. Sie werden „entsprechend ihrer Schutzbedürftigkeit von einer amtlichen Stelle oder auf deren Veranlassung“ in vier Geheimhaltungsstufen eingestuft.

Nach § 4 Abs. 2 SÜG ist eine Verschlussache

“1. STRENG GEHEIM, wenn die Kenntnisnahme durch Unbefugte den Bestand oder lebenswichtige Interessen der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder gefährden kann,

2. GEHEIM, wenn die Kenntnisnahme durch Unbefugte die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder gefährden oder ihren Interessen schweren Schaden zufügen kann,

3. VS-VERTRAULICH, wenn die Kenntnisnahme durch Unbefugte für die Interessen der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder schädlich sein kann,

4. VS-NUR FÜR DEN DIENSTGEBRAUCH, wenn die Kenntnisnahme durch Unbefugte für die Interessen der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder nachteilig sein kann.”

Näheres regeln ferner die auf der Grundlage der Sicherheitsüberprüfungsgesetze des Bundes und der Länder erlassenen Verwaltungsvorschriften: so z.B. die aufgrund des § 35 SÜG zum personellen Geheimschutz ergangene „Allgemeine Verwaltungsvorschrift des Bundesministeriums des Innern zur Ausführung des SÜG“ (VwV-SÜG) und zum materiellen Geheimschutz die „Allgemeine Verwaltungsvorschrift zu materiellen und organisatorischen Schutz- und Verschlussachen“ (VS-Anweisung - VSA).

Die dem Gericht übergebenen Akten müssen entsprechend ihrer Einstufung aufbewahrt werden; ihr Inhalt darf nicht in die Gerichtsakten gelangen. Die besonderen

nichtrichterliche Personal sind zur Geheimhaltung verpflichtet (vgl. § 99 Abs. 2 Satz 10, Satz 11 VwGO).

### ***Die Prüfung und Entscheidung des Fachsenats***

Der Fachsenat muss in dem neuen Zwischenverfahren zunächst prüfen, ob die Voraussetzungen für ein „in camera“-Verfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO vorliegen und die bisher nicht vorgelegten Akten nunmehr ihm vorzulegen sind. Das ist nur der Fall, wenn die Aktenvorlage oder Auskunftserteilung zur Entscheidung im Hauptsacheverfahren erforderlich ist, das heißt, wenn die von dem Antragsteller begehrten Informationen aus der Sicht des Fachsenats<sup>10</sup> für die Entscheidung in der Sache erheblich sind. Daran fehlt es, wenn die begehrten Informationen entweder nicht den Streitgegenstand betreffen oder wenn das Gericht der Hauptsache die Entscheidung ohne die gesperrten Unterlagen auf der Grundlage anderer Beweismittel treffen kann.

Ist die Entscheidungserheblichkeit geklärt, führt der Fachsenat das „in camera“-Verfahren durch und trifft abschließend die Entscheidung darüber, ob die Verweigerung der Vorlage rechtmäßig war oder nicht. Hierfür ist zunächst zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO vorliegen, ob also das Bekanntwerden des Inhalts der zurückgehaltenen Urkunden, Akten, elektronischen Dokumente oder Auskünfte dem Wohl des Bundes oder eines Landes nachteilig ist oder nach einem Gesetz oder ihrem Wesen nach geheimgehalten werden müssen. Nur wenn der Fachsenat diese - ausschließlich von ihm zu prüfende - Rechtsfrage bejaht, ist zusätzlich zu prüfen, ob die oberste Aufsichtsbehörde ihre Weigerung frei von Ermessensfehlern getroffen hat.

Der Antrag ist begründet, wenn unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls ein überwiegendes Interesse an der Offenlegung der Akten oder der Information trotz ihres vertraulichen Inhalts besteht.

Der Antrag ist teilweise begründet, wenn als milderes Mittel zum Beispiel die teilweise Übersendung oder andere Beschränkungen (wie Schwärzungen im Text) ausreichend sind, um berechnigte Geheimhaltungsinteressen zu wahren.

---

Geheimhaltungspflichten der Mitglieder und Vertreter des Fachsenats sowie des nichtrichterlichen Personals ergeben sich aus § 99 Abs. 2 Satz 10 und 11 VwGO; sie gehen für die Richter über das Beratungsgeheimnis hinaus und beziehen sich auf alle in dem Verfahren erlangten Erkenntnisse. Für die nichtrichterlichen Mitarbeiter gelten außerdem die Regelungen der Sicherheitsüberprüfungsgesetze.

<sup>10</sup> Der Fachsenat ist dabei in aller Regel an die materielle Rechtsauffassung des in der Sache entscheidenden Gerichts (Gericht der Hauptsache) gebunden. Das gilt nur dann nicht, wenn die zugrundeliegende Rechtsauffassung des Gerichts der Hauptsache ausnahmsweise offensichtlich fehlerhaft erscheint.

Die Entscheidung orientiert sich also letztlich daran, ob die Nichtvorlage der Akten oder Unterlagen ein geeignetes, erforderliches und angemessenes Mittel zum Schutz der in § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO genannten Rechtsgüter ist.

Die Erwägungen des Fachsenats sind in dem ohne mündliche Verhandlung ergehenden Beschluss schriftlich niederzulegen<sup>11</sup>. Hierbei dürfen nach § 99 Abs. 2 Satz 10 VwGO keine Ausführungen gemacht werden, welche die Geheimhaltung in Frage stellen. In dem Tenor der Entscheidung ist festzustellen, ob die Verweigerung der Aktenvorlage oder Auskunftserteilung rechtmäßig ist oder nicht.

Da es sich um ein selbständiges Zwischenverfahren handelt, ist auch eine Kostenentscheidung zu Lasten der unterlegenen Seite zu treffen. Die vorgelegten Akten sind zurückzugeben.

## **5. Bedeutung und Probleme der Regelung**

a) Das erste und vielleicht überraschendste Problem ergibt sich aus der **Rechtswirkung der Entscheidung** des Fachsenats:

Stellt der Fachsenat fest, dass die **Verweigerung der Vorlage rechtmäßig** ist, hat das Gericht der Hauptsache seine Entscheidung ohne die verweigerten Unterlagen zu treffen. Dabei muss es alle sonstigen Aufklärungsmöglichkeiten nutzen und vorhandenen Beweise würdigen; die rechtmäßige Weigerung der Behörde nicht zu deren Lasten negativ bewerten. Da ein Zwischenverfahren nur durchgeführt wird, wenn die verweigerten Unterlagen entscheidungserheblich sind und nicht durch andere Beweismittel ersetzbar sind, wird ohne Vorlage regelmäßig ein so genanntes „non liquet“ eintreten. Das heißt, dass die relevanten Fakten (bzw. die Wahrheit bei streitigen Tatsachen) mangels weiterer Erkenntnismöglichkeiten nicht ausreichend feststellbar sind und das Gericht nach den Regeln über die Beweislast entscheiden muss. Häufig wird danach der Kläger sein Rechtsschutzziel nicht erreichen können.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Dies gilt nach § 122 Abs. 2 VwGO jedenfalls für die mit dem Rechtsmittel der Beschwerde anfechtbaren Beschlüsse der Fachsenate der Oberverwaltungsgerichte. In der Praxis begründet auch der Fachsenat des Bundesverwaltungsgerichts stets seine Beschlüsse.

§ 122 Abs. 2 VwGO hat folgenden Wortlaut:

(2) Beschlüsse sind zu begründen, wenn sie durch Rechtsmittel angefochten werden können oder über einen Rechtsbehelf entscheiden. Beschlüsse über die Aussetzung der Vollziehung (§§ 80, 80a) und über einstweilige Anordnungen (§ 123) sowie Beschlüsse nach Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache (§ 161 Abs. 2) sind stets zu begründen. Beschlüsse, die über ein Rechtsmittel entscheiden, bedürfen keiner weiteren Begründung, soweit das Gericht das Rechtsmittel aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung als unbegründet zurückweist.

<sup>12</sup> Das gilt auch für den Kläger und Beschwerdeführer des geschilderten Streits vor dem

Stellt der Fachsenat dagegen fest, dass die **Verweigerung der Vorlage rechtswidrig** ist, wird die Behörde **die rechtswidrig gesperrten, nach der Entscheidung des Fachsenats nicht geheim zu haltenden Unterlagen dem Gericht der Hauptsache vorlegen** und zum Gegenstand des Hauptsachverfahrens machen. Das Hauptsachegericht entscheidet dann unter Verwertung aller Unterlagen, in welche die Beteiligten Einsicht erhalten und zu denen sie gegebenenfalls weitere Beweisermitlungen beantragen können. Dann ist sozusagen wieder der **Normalfall (oder Idealfall) eines rechtsstaatlichen Verfahrens** gegeben: das Gericht kann und muss effektiven Rechtsschutz durch vollständige Verwertung aller Beweismittel und unter voller Wahrung des rechtlichen Gehörs gewähren.

**Aber:** Die (abschließende) Entscheidung des Fachsenats ist - entsprechend ihrem feststellenden Charakter - **nicht vollstreckbar**. Die Aktenvorlage oder Auskunftserteilung kann also trotz einer zugunsten des Antragstellers getroffenen Entscheidung nicht erzwungen werden. Bei fortdauernder (allerdings objektiv rechtswidriger) Weigerung der Vorlage müsste das Gericht der Hauptsache die streitigen Tatsachen zwar als unbewiesen behandeln, es könnte und würde dann aber im Ergebnis wegen Beweisvereitelung zu Lasten der Behörde entscheiden. (Das Gericht darf mit anderen Worten die rechtswidrige Verweigerung zu Lasten der Behörde als **Beweisvereitelung** bewerten und kann im Falle eines non liquet auch eine Umkehr der Beweislast annehmen.) Mir ist allerdings bisher kein derartiger Fall einer fortgesetzt rechtswidrigen Verweigerung der Aktenvorlage entgegen der Entscheidung eines Fachsenats bekannt.<sup>13</sup>

b) Weitere Problem betreffen gleichsam die „Geburtsfehler“ der Neufassung des § 99 VwGO und des damit eingeführten „in camera“-**Zwischenverfahrens**:

aa) Erstens ist es wenig befriedigend, dass nicht die Gerichte der Hauptsache über die Geheimhaltung entscheiden dürfen, sondern nur die Fachsenate der Oberverwaltungsgerichte und des Bundesverwaltungsgerichts in einem selbständigen Zwischenverfahren. Eine Nachprüfung durch das zuständige Verwal-

---

Bundesverfassungsgericht im Jahre 1999. Falls die Sperrklärung in seinem Fall rechtmäßig war, wäre er auch nach der Neufassung des § 99 VwGO mit seiner Verpflichtungsklage vor dem Verwaltungsgericht gescheitert. Wie der Prozess tatsächlich ausgegangen ist, weiß ich aber nicht.

<sup>13</sup> Die offene Missachtung einer Gerichtsentscheidung wäre in Deutschland auch schwer durchzuhalten. Presse und andere Medien würden den Rechtsbruch öffentlich machen und „skandalisieren“ mit der Folge, dass die politische Spitze des zuständigen Ministeriums öffentlich in Misskredit geraten würde. Die Öffentlichkeit in Deutschland hätte für die Nichtbefolgung einer Gerichtsentscheidung sehr wahrscheinlich kein Verständnis und würde politische Konsequenzen verlangen.

tungsgericht hatte das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 27. Oktober 1999 selbst als Übergangslösung angeordnet.<sup>14</sup> Ich kann allerdings nachvollziehen, dass der Gesetzgeber nicht alle Richter und alle Gerichte mit „in camera“-Sachen befassen will. Die Wahrung der Anforderungen des Geheim-schutzes sind in der Praxis sehr aufwändig und jedermann weiß außerdem, dass Geheimnisse umso weniger geschützt werden können, je mehr Personen damit in Berührung kommen.

bb) Zweitens ist es noch unbefriedigender, dass der Gesetzgeber nur die Kontrolle der Sperrerklärung / der Verweigerung der Vorlage zur Überprüfung durch die Richter „in camera“ angeordnet hat. Er ist damit auf halbem Wege stehen geblieben.

Konsequenter wäre es gewesen, auch die Würdigung von zu Recht geheimhaltungsbedürftigen Unterlagen „in camera“ den Richtern zu übertragen, also ein vollständiges oder **echtes „in camera“- Beweisverfahren** (im Haupt- oder Zwischenverfahren) einzuführen. Dagegen wird allerdings von nicht wenigen Stimmen in der Fachliteratur eingewandt, das führe zu einer unerträglichen, die Menschenwürde missachtenden und längst überwunden geglaubten „Geheimjustiz“, vor der uns das Verfahrensgrundrecht auf rechtliches Gehör und das Rechtsstaatsprinzip gerade bewahren soll.

cc) Darüber wäre drittens vielleicht in erster Linie zu diskutieren, zumal es im deutschen Recht inzwischen ein solches **„echtes“ in camera-Verfahren für spezielle Fälle** im sogenannten Regulierungsverwaltungsrecht gibt. Die mehrfach geänderte Norm dazu ist **§ 138 Telekommunikationsgesetz (TKG)**<sup>15</sup>. Mit

---

<sup>14</sup> In den Entscheidungsgründen hat das Bundesverfassungsgericht hierzu bestimmt: „Bis zu einer Neuregelung sind in anhängigen Verfahren der vorliegenden Art die Verwaltungsvorgänge zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Vorlageverweigerung dem Gericht vorzulegen, ohne daß dieses den Beteiligten Akteneinsicht gewähren oder den Akteninhalt in sonstiger Weise, etwa in der Entscheidungsbegründung, bekanntgeben darf. Das Verfahren zur Prüfung und zur Entscheidung über die Berechtigung der Vorlageverweigerung wird dem den Vorsitz führenden Richter als Einzelrichtersache zugewiesen“.

<sup>15</sup> Die aktuelle Fassung der Norm lautet seit Mai 2012:

#### **§ 138 TKG Vorlage- und Auskunftspflicht der Bundesnetzagentur**

(1) Für die Vorlage von Urkunden oder Akten, die Übermittlung elektronischer Dokumente oder die Erteilung von Auskünften (Vorlage von Unterlagen) durch die Bundesnetzagentur ist § 99 Absatz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung mit der Maßgabe anzuwenden, dass anstelle des Rechts der obersten Aufsichtsbehörde nach § 99 Absatz 1 Satz 2 der Verwaltungsgerichtsordnung, die Vorlage zu verweigern, das Recht der Bundesnetzagentur tritt, die Unterlagen als geheimhaltungsbedürftig zu kennzeichnen. Das Gericht der Hauptsache unterrichtet die Beteiligten, deren Geheimhaltungsinteresse durch die



dieser Vorschrift ist ein dritter „Geburtsfehler“ des § 99 VwGO entschärft worden:

Bei der Änderung des § 99 VwGO hat der Gesetzgeber nämlich nur den vorgetragenen Ausgangsfall der **Klage eines Bürgers gegen den Staat** vor Augen gehabt, also ein „bipolares“ **Rechtsverhältnis**<sup>16</sup>. Nur auf solche Fälle ist die Neufassung zugeschnitten.

Für „mehrpolige“ (oder „multipolare“) **Rechtsverhältnisse**, in denen der Staat - wie im Regulierungsrecht - zwischen den Fronten ehemaliger Monopolunternehmen und neuer privater Konkurrenten agiert, ist die Lösung des Streits,

---

Offenlegung der Unterlagen im Hauptsacheverfahren berührt werden könnte, darüber, dass die Unterlagen vorgelegt worden sind.

(2) Das Gericht der Hauptsache entscheidet auf Antrag eines Beteiligten, der ein Geheimhaltungsinteresse an den vorgelegten Unterlagen geltend macht, durch Beschluss, inwieweit die §§ 100 und 108 Absatz 1 Satz 2 sowie Absatz 2 der Verwaltungsgerichtsordnung auf die Entscheidung in der Hauptsache anzuwenden sind. Die Beteiligtenrechte nach den §§ 100 und 108 Absatz 1 Satz 2 sowie Absatz 2 der Verwaltungsgerichtsordnung sind auszuschließen, soweit nach Abwägung aller Umstände das Geheimhaltungsinteresse das Interesse der Beteiligten auf rechtliches Gehör auch unter Beachtung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz überwiegt. Insoweit dürfen die Entscheidungsgründe im Hauptsacheverfahren die Art und den Inhalt der geheim gehaltenen Unterlagen nicht erkennen lassen. Die Mitglieder des Gerichts sind zur Geheimhaltung verpflichtet.

(3) Der Antrag nach Absatz 2 Satz 1 ist innerhalb eines Monats zu stellen, nachdem das Gericht die Beteiligten, deren Geheimhaltungsinteressen durch die Offenlegung der Unterlagen berührt werden könnten, über die Vorlage der Unterlagen durch die Bundesnetzagentur unterrichtet hat. In diesem Verfahren ist § 100 der Verwaltungsgerichtsordnung nicht anzuwenden. Absatz 2 Satz 3 und 4 gilt sinngemäß.

(4) Gegen die Entscheidung nach Absatz 2 Satz 1 ist die Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht gegeben. Über die Beschwerde entscheidet der für die Hauptsache zuständige Revisionssenat. Absatz 2 Satz 3 und 4 und Absatz 3 Satz 2 gelten sinngemäß.

<sup>16</sup> Beispiele hierfür: Vor allem sind dies die nicht seltenen Streitigkeiten gegen die Geheimdienste wegen des Sammelns, des Widerrufs oder Löschung von personenbezogenen Daten einzelner Bürger. In den letzten Jahren hinzu gekommen sind Klagen gegen die Ablehnung von Auskünften oder Einsicht in Verwaltungsvorgänge nach den neuen Informationsfreiheitsgesetzen des Bundes und der Länder. Dazu zählt auch das Verlangen auf Einsicht in den Terminkalender der Bundeskanzlerin sowie in Gästelisten und Rechnungen des Bundeskanzleramts zu einem Abendessen, zu dem die Bundeskanzlerin am 22. April 2008 aus Anlass des 60. Geburtstags des damaligen Chefs der Deutschen Bank eingeladen hatte. Dazu gehören aber auch viele Rechtsstreitigkeiten wegen Auskünften aus öffentlichen Archiven, z.B. in die Akten des Bundesarchivs zur Entführung von Adolf Eichmann durch den israelischen Geheimdienst aus historischem Interesse.

die nicht Staatsgeheimnisse, sondern regelmäßig **Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse** berührt, durch ein Zwischenverfahren vor Fachsenaten nicht geeignet. In diesen Verfahren müssen nämlich die einander widerstreitenden Grundrechte mehrerer Beteiligter in einen Ausgleich gebracht werden, was nur in der Hauptsache und nicht im Zwischenverfahren über den Geheimnisschutz erreicht werden kann. Deshalb hat der Gesetzgeber in § 138 TKG den Gerichten der Hauptsache inzwischen ein „echtes“ **in camera-Verfahren** mit der Möglichkeit zur Überprüfung nicht nur der Geheimhaltungsbedürftigkeit, sondern auch der „**in-camera**“-**Verwertung als geheim bestätigter Dokumente** (unter Ausschluss von Akteneinsicht und Gewährung rechtlichen Gehörs zu deren Inhalt) ermöglicht<sup>17</sup>.

Die **Lösung des Konflikts zwischen den Verfahrensgrundrechten auf wirkungsvollen Rechtsschutz und auf rechtliches Gehör** hat der Gesetzgeber in § 138 Abs. 2 Satz 2 TKG mit folgenden Worten<sup>18</sup> vorgezeichnet und den Gerichten aufgegeben:

„Die Beteiligtenrechte *auf Akteneinsicht und rechtliches Gehör* sind auszuschließen, soweit nach Abwägung aller Umstände das Geheimhaltungsinteresse das Interesse der Beteiligten auf rechtliches Gehör auch unter Beachtung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz überwiegt.“

## **6. Schlussbemerkung**

Seit der Einführung eines „in camera“-Verfahrens für den Verwaltungsprozess im Jahr 2001 sind zahlreiche Entscheidungen der Fachsenate der Oberverwaltungsgerichte und des Bundesverwaltungsgerichts ergangen (in der Rechtsprechungsdatei juris sind weit **über 300 Entscheidungen der Fachsenate** veröffentlicht). Diese Entscheidungen haben viel zur Klärung juristischer Zweifelsfragen beigetragen.

Das eingangs beschriebene Grundproblem des Schutzes staatlicher und privater Geheimnisse im Verwaltungsprozess auf der einen Seite und der Gewährung von wirkungsvollem Rechtsschutz und rechtlichem Gehör auf der anderen

---

<sup>17</sup> Das gilt seit der Neufassung des § 138 TKG im Mai 2012 (Fußnote 15) und davor seit 2007 jedenfalls in der europarechtskonformen Auslegung durch das Bundesverwaltungsgericht: vgl. BVerwG, Beschluss vom 9. Januar 2007 - 20 F 1/06 - veröffentlicht im Internet auf der Webseite des BVerwG: <http://www.bverwg.de/entscheidungen/entscheidung.php?ent=090107B20F1.06.0>

Zu einer Prüfung des erstinstanzlichen Gerichts der Hauptsache siehe auch VG Köln, Beschluss vom 22. September 2009 - 1K 6878/02 -, juris (veröffentlich im Internet auch unter: <http://openjur.de/u/140419.html> ).

<sup>18</sup> Siehe wörtlich Fußnote 15

Seite bleibt aber bestehen. Es ist auf der Grundlage der seit 2001 geschaffenen prozessrechtlichen Regelungen noch längst nicht umfassend gelöst und wirft auch weiterhin Auslegungs- und Anwendungsprobleme auf.<sup>19</sup>

Die Zulassung eines „in camera“-Verfahrens, ausgelöst durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Oktober 1999, legt die Lösung der Grundrechtskollisionen in die Hände von Richterinnen und Richtern. Beim Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Telekommunikationsrecht erhalten die Richter sogar exklusiv die geheime „in camera“-Macht über Geheimes und die Entscheidung des Prozesses. Das ist nur in einem entwickelten Rechtsstaat erträglich und kann einen effektiven Rechtsschutz zum gerechten Ausgleich aller betroffenen Grundrechtspositionen nur hervorbringen, wenn die Bürger absolut unabhängigen und absolut unbestechlichen Richterinnen und Richtern absolut vertrauen können.

**Michael HUND\***

## **Alman İdari Yargılamasında Sırrın Korunması ve Hukuki Dinlenme Hakkı**

**Çevirenler: Doç. Dr. Atila ERKAL\*\***

**Araş. Gör. Rahime ERBAŞ\*\*\***

### **1. Konu**

Bir hukuk devleti bakımından **devlet sırlarının ve özel sırların korunması**, uygulamada genellikle hafife alınan bir problemdir. Bu nedenle sizlere Alman İdari Yargılaması'nda sırrın korunmasına ilişkin ortaya çıkan sorunlar hakkında kısaca bilgi vereceğim. (Söz konusu tebliğ, sadece idari yargılamaya ilişkindir; medeni ve ceza yargılamasındaki ilgili problemlere girmeyeceğim).

<sup>19</sup> Vergleiche dazu beispielsweise den Aufsatz „Das in-camera-Verfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO“ von dem Vorsitzenden des Fachsenats nach § 99 VwGO beim Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster: Schemmer, DVBl. 2011, 323.

\* Almanya Federal İdare Mahkemesi Eski Başkan Yardımcısı, Berlin Eyaleti Anayasa Mahkemesi Başkan Yardımcısı

\*\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

\*\*\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

Burada, Anayasada özel bir biçimde korunan **hukuki değerlerin çatışması** söz konusudur. Bir tarafta devletin güvenliğine ilişkin menfaati ya da özel hayatın, bilhassa meslek icra etme hürriyetinin ve mülkiyet hakkının bir parçası olarak işletme ve ticari sınırların temel hak olarak korunması söz konusudur. Diğer tarafta ise mahkemeler aracılığı ile etkili bir hukuki korumanın sağlanmasının, kamusal veya özel sınırların gerçeğin ortaya çıkarılmasını engellendiği durumlarda, mümkün olmaması söz konusudur. Bunun yanı sıra gizli kalması gereken her şey, yargılamanın diğer taraflarının hukuki dinlenme hakkının sağlanmasını engellemektedir. Bu “*karışık durum*” ve bu gergin ilişki, bizim konumuzu ilginç; fakat aynı zamanda hukuki açıdan zor kılmaktadır. Bu sorun için ayrıntılı olarak düzenleme getiren, yerleşmiş ve başarıyla uygulanan Alman İdari Yargılaması’nda bile bu zamana kadar tam bir çözüm bulunamamıştır.

## **2. İdari Yargılamada In Camera Usulünün Kabulüne İlişkin Federal Anayasa Mahkemesi Kararı**

Yaklaşık 15 yıl önce ilk kez Federal Anayasa Mahkemesi, konuyu “*keşfetmiş*” ve kanun koyucuyu 1960 tarihli İdari Yargılama Kanununu (VwGO) değiştirmekle yükümlü kılmıştır (o dönemde yürürlükte olan Kanun’un 1991 tarihli hali idi.)

### ***Olay***

**Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin 27 Ekim 1999<sup>1</sup>** tarihli söz konusu kararının esasını teşkil eden olaylar şöyledir;

Anayasa Mahkemesinde bireysel başvuruyu yapan kişi, kamu görevlerinin verilmesi hususunda da danışmanlık ve aracılık yapan makamın işletme müdürüdür. “*Eyalet görevlendirme makamı*” olarak adlandırılan bu makam, özel hukuka göre tescil edilmiş bir dernek hüviyetine sahipti. Bu dernek Alman Federal Ordusu’nun askeri görevleri ile de meşgul olduğundan, bu kişinin daha önceden verdiği onay ile Eyalet Anayasayı Koruma Kurumu tarafından incelenmiştir. Bu makam, şu sonuca varmıştır: Bu kişinin devlete veya askeriye ait sır teşkil eden gizli hususlar hakkında bilgi edinmesinde kaygılar mevcuttur. Bunun üzerine derneğin yönetim kurulu, bu kişiye işletme müdürü olarak daha fazla tahammül

<sup>1</sup> 27 Ekim 1999 - 1 BvR 385/90 - BVerfGE 101, 106 (Alman Federal Anayasa Mahkemesinin internet portalı, [https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs19991027\\_1bvr038590.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs19991027_1bvr038590.html))

Federal Anayasa Mahkemesinin 1 Ocak 1998 tarihinden itibaren tüm kararları, ücretsiz olarak <https://www.bundesverfassungsgericht.de> adresinde yayınlanmaktadır. Ancak tüm kararlar bakımından, internette yayınlanan içtihat bankası juris ( <http://www.juris.de> ) ücrete tabidir.

edilmeyeceğini açıklamıştır. Başvurucu, ileriki başvuruları bakımından bu olası olumsuzluğu azaltmak için kendisi istifa etmiştir<sup>2</sup>.

Başvurucu, Eyalet Anayasayı Koruma Kurumu'na güvenlik incelemesinin olumsuz sonuçlarının dayanağını oluşturan durumlar hakkında kendisine bilgi verilmesini talep etmiştir. Kurum talebi şu gerekçeyle reddetmiştir: Belgeler ve dosyalar niteliği gereği gizli olduğundan ve bilgisine başvuru alan kişilerin ifadelerinin gizliliği garanti edildiğinden, bu bilgiler paylaşılamaz. Sadece dosyada, bilgi veren çok sayıda kişinin açıklamalarının mevcut olduğu hususu paylaşılabılır. Onların verdiği bilgiler, başvuru alanın karakter özelliklerine uyumlu bir biçimde yer aldığından, istihbarat servisinin hizmetlerinin karmaşıklığı nedeniyle bu kişinin mağdur olmasına yol açabilir.

Başarısızlıkla sonuçlanan bu itirazdan sonra başvuru, dava açmıştır. Eyalet Anayasayı Koruma Kurumu, idare mahkemesine başvuru ile ilgili dosyaları güvenlik incelemesinin dayanağını oluşturan belgeleri hariç tutarak istisna olmak üzere göndermiştir. Yetkili Bavyera İçişleri Bakanlığı, bu belgeleri sunmaktan kaçınmıştır (belgelerin sunulmasından kaçınma, "engelleyici talimat" olarak tanımlanmaktadır).

Başvuru talebi üzerine idare mahkemesi, VwGO 99. maddesinin o tarihte geçerli olan haline göre bir ara karar vermiş<sup>3</sup> ve hür eyalet Bavyera'yı güvenlik incelemesine ilişkin tüm belgelerin sunmakla yükümlü kılmıştır.

Başvuruya ilişkin yargılamada ikinci derece Bavyera Yüksek İdare Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin ara kararını kaldırmış ve belgelerin verilme-

<sup>2</sup> En nihayetinde ise; : onun daha sonra üst düzey pozisyonlar için yaptığı başvurular başarısızlıkla sonuçlanmıştır. En sonunda ise 20 yıl boyunca hep yönetici pozisyonunda orta ölçekli işletmede çalışmasına rağmen dış hizmet çalışanı olarak bir görevi kabul etmiştir (Bu bilgiyi, Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararında paylaşmıştır).

<sup>3</sup> VwGO 99. maddesinin (**eski hali**) lafzı aşağıdaki gibi idi:

(1) İdareler belge ve dosyaları vermekle, elektronik belgeleri aktarmakla ve bilgi vermekle yükümlüdür. Eğer, bu belgeler, dosyalar ya da verilecek bilgilerin içeriğinin açıklanması Federal devletin ya da bir eyaletin esenliğine bir zarar verecekse ya da devam eden sürecin bir kanun ya da özü sebebiyle gizli tutulması gerekiyorsa, yetkili en yüksek denetim mercii belgeleri ya da dosyaları vermekten, elektronik belgeleri aktarmaktan ve bilgi vermekten kaçınabilir.

(2) Esas Mahkemesi, (davaya) Katılanlardan birinin talebini üzerine belgelerin, dosyaların veya verilecek bilgilerin sunulmasından kaçınmanın kanuni şartların inandırıcı bir biçimde yerine getirilmesine ilişkin olarak bir karar verir. 1. fıkraya göre açıklama yapmayan en yüksek denetim mercii, davaya (bu usule) dahil edilir. Karar münferiden itiraz üzerine iptal edilebilir. İtiraz hakkında şayet ilk kez yüksek idare mahkemesi bakmış ise Federal idare Mahkemesi karar verir.

mesini VwGO 99. maddesinin o tarihte geçerli olan haline göre hukuka uygun olduğunu tespit etmiştir. Bu hükme göre, bakanlıkça belge, dosya ya da verilecek bilgilerin içeriğinin açıklanması, “Federal devletin ya da bir eyaletin esenliğine bir zarar verecekse ya da devam eden sürecin bir kanun ya da özü sebebiyle gizli tutulması gerekiyorsa”, yetkili en yüksek denetim mercii belgeleri ya da dosyaları sunmaktan ve bilgi vermekten kaçınabilir. Ara muhakemede idare mahkemesi, belgelerin içeriğine bakmaksızın yalnızca yetkili bakanlığın bu tür nedenleri “ispat edilebilir bir biçimde ortaya koyup koymadığını”<sup>4</sup> inceleyebilir.

Bavyera Yüksek İdare Mahkemesi’nin kararına karşı esas yargılamaların davacısı, Alman Federal Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

### ***Alman Federal Anayasa Mahkemesinin Kararı ve Kararının Gereçekleri***

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruyu kabul etmiştir. Bavyera Yüksek İdare Mahkemesi’nin kararını bozmuş ve VwGO 99. maddesinin o tarihte geçerli olan haline göre kelimesi kelimesine şu şekilde bir karar vermiştir.

“VwGO 99. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi ile bağlantılı olarak madenin 2. fıkrasının 1. cümlesi (19 Mart 1991 tarihli şeklinde), gerekçelere göre Anayasanın 19. maddesinin 4. fıkrası ile bağdaşmamaktadır. Kanun koyucu, 31 Aralık 2001 tarihine kadar anayasaya uygun bir düzenleme yapmakla yükümlü kılınmıştır.”

Federal Anayasa Mahkemesi, bu uyumsuzluğu “etkin bir hukuki koruma sağlanması için idarenin faaliyetlerinin bilinmesinin gerekli olduğu hallerde, dosyaların sunulması reddedilirse o zaman İdari Yargılama Kanunu, Anayasa ile uyumlu değildir”<sup>5</sup> şeklinde daha da somutlaştırmıştır.

<sup>4</sup> Alman Muhakeme Hukukunda bir vakıayı “inandırıcı kılmak“, “ispatlamaktan” daha zayıf bir ispatı ifade eder. Hakim, tıpkı medeni ve idari yargılamada bir gerçeği ispat olarak gördüğü gibi, vakıalara ilişkin olarak gerçeklikten tam anlamıyla (kesinliğin sınırında olan ihtimal ile) emin olması gerekmez. Bilakis, hakim ispat noktasında gerçekliğin daha düşük bir derecesiyle yetinmek zorundadır. İnanırıcı kılma, kanun açıkça belirlemiş ise örneğin acele muhakeme faaliyetlerinde (krş. Hukuk Muhakemeleri Kanunu-ZPO, md. 920/2) olduğu gibi yeterlidir. Bir vasıta olarak tüm mevcut deliller ve bunun yanı sıra özel bir ispat vasıtası olarak yemin yerine güvence verme belgesi (ZPO md. 294) [ Çev. Notu: Alman hukukunda yemine benzeyen bir yazılı açıklama türü mevcuttur. Bu açıklama ile kişi yalan yere yemin verir ise bunun suç oluşturduğunu bildiğini bildiren yazısı ile yemin yerine güvence vermektedir. Bu güvenceye de “*Versicherung an Eides statt*” adı verilmektedir.] mevcut delillerin toplanmaksızın sunulur. Hakim, somut olayda tarafların basit ifadeleri ile yetinmek zorundadır.

<sup>5</sup> BVerfGE 101, 106 özet cümle 1 ve s. 124 vd.

Federal Anayasa Mahkemesi, bu hususu esas itibariyle şöyle özetlemiştir:

İdare mahkemeleri, mercilerin aykırılık teşkil eden kararlarını esasen ve hukuki açılardan tam anlamıyla incelemek zorundadır. Kanunun eski şekli, hukuka uygunluğun etkili yargısal bir denetimini orantısız biçimde engellemiştir. Ancak, toplumun esenliğine ve bilhassa açıklanması federal devletin ya da bir eyaletin esenliğine bir zarar verecek olan devam eden sürecin gizliliğine yönelik meşru talebe hizmet etmiştir. Düzenleme bu amaca ulaşmak için uygundur. Ancak bu “zorunluluk” noktasında eksik kalmaktadır. Sırrın korunmasına yönelik imkânlar, Anayasanın 19. maddesinin 4. fıkrasında yer alan hukuki koruma hakkının aynı ölçüde kısaltmaksızın da söz konusuydu.

Bilhassa, dosyaların mahkemeye sunulması üzerine mahkemenin, sır saklama yükümlülüğü altında ve katılanların dosyanın içeriğini inceleme hakkı olmadan, bilgi vermektan kaçınmanın kanuni şartlarının yerine getirilip getirilmediğini incelemesi mümkündür. Bu “**in camera usulünde**” sırrın saklanmasına yönelik zorunluluk, bu şekilde güçlendirilmekte ve mahkeme/hakim üzerinden bilgi edinmenin sınırlandırılması sağlanmaktadır. Hukuki koruma talep eden kişi, somut durumda hangi nedenlerin zorunlu olarak sırrın saklanmasını hukuka uygun kıldığını öğrenmemektedir (Bu şekilde dosyaların sunulmasından kaçınma/“engelleyici talimat” sağlanmakta). Kaçınmanın nedenlerinin kanıtlanması hususunda bulunan anlaşmazlık bu koşullar altında lüzumsuz kalmaktadır. Bu durumda davaya katılanların (VwGO 100. maddesinden kaynaklanan) mahkeme önüne gelen tüm dosyaları inceleme hakkının mahkemenin esasa ilişkin kararının önceden belli olabileceği yönündeki itiraz da devre dışı kalmaktadır.

Bir temel hak olan hukuki dinlenilme (Anayasa md. 103/1), böyle bir yapıya ters düşmemektedir. Hatta bu anayasa normu bireylere mahkeme kararlarının temelini oluşturan olaylarla ilgili kendilerini ifade etme ve böylece yargılamayı etkileme ve sonuç çıkarma hakkı vermektedir. Bir mahkeme kararı, esas itibariyle sadece davaya katılanların görüşlerini bildirebildikleri olaylara dayanabilir. Anayasanın 19. maddesinin 4. fıkrasından kaynaklanan hukuki koruma teminatı ve Anayasanın 103. maddesinin 1. fıkrasından kaynaklanan hukuki dinlenilme hakkı, “*birbirlerine zıt bir biçimde konumlandırılmaz*”. Hukuki dinlenilme temel hakkı, hukuki koruma teminatı ile oldukça sıkı bir ilişki içerisindedir. Her iki hak, aynı amaca-**etkili bir hukuki korumanın sağlanmasına**-hizmet etmektedir.

Sadece ceza yargılamasında, yürütme erkinin sırrın saklanmasındaki menfaati, dubio pro reo/şüpheden sanık yararlanır ilkesini etkileyebilir. Bu nedenle “in camera” usulü, sanığın hukuki anlamda korunmasını kötüleştirir. Buna karşılık olarak, idari yargılamada hali hazırda “in camera” usulünden vazgeçilmesi, bireylerin hukuki koruması zayıflatılmasına yol açmaktadır. Bu durum hu-

kuki dinlenilme hakkının sınırlandırılmasından daha ağırdır. Sadece hukuki koruma arayanlar değil; mahkemeler de bilgi edinmenin tüm imkanından mahrum kalmaktadır. Kararın esasını oluşturan olayların gizli tutulması, hukuki koruma arayanlar için mütemadiyen zarar verici niteliktedir. Hukuki dinlenilme hakkının tam anlamıyla sağlanması, sonuç itibarıyla hukuki korumanın etkililiğini desteklemek yerine azaltmaktadır.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarına göre şayet olaya ilişkin sebepler ile haklı kılınırsa hukuki dinlenilme hakkı, sınırlandırılabilir. Anayasanın 19. maddesinin 4. fıkrası gereğince sağlanan etkili hukuki koruma bakımından böyle bir sınırlandırma mümkün olursa, bu durumda mahkemenin her halükarda eksiksiz olarak tüm dosyaları bilmesi şeklindeki bir yarar söz konusu olur. Bireylerin hukuki korunmasına hizmet eden hukuki dinlenilme hakkı, eğer bundan sınırlı olarak vazgeçme istisnai olarak hukuki korumayı iyileştiriyor ise, mukayese edilmez. Sadece bu koşul altında, ilgilinin hukuki korunması durumunu zayıflatmaması koşulu ile “in camera” usulü, Anayasa ile uyumludur.

Böyle bir usulün oluşturulmasında kanun koyucunun geniş bir özgürlük alanı bulunmaktadır. Bilhassa kanun koyucu sırrı bilenlerin alanını dar tutan ve sırrın korunmasını temin eden farklılık arz eden uygulamalara başvurabilir. Kanun koyucu, Anayasanın 19. maddesinin 4. fıkrası gereğince bu temel hakka ilişkin uygun düzenlemeleri yapmakla yükümlü kılınmıştır. Kanun koyucu, bunu illaki “in camera” usulü yoluyla belirlemek zorunda değildir; kanun koyucu VwGO'nun 99. maddesinin eski halinin hukuki korumadaki eksiklerini başka yollarla da giderebilir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, kanun koyucuya, gerekli düzenlemeler yapması konusunda 31 Aralık 2001 tarihine kadar süre tanımıştır.

### **3. VwGO 99. Maddesinin 2001 Tarihli Şekline Göre “in camera” Usulü**

Kanun koyucu, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bu görevi 20 Aralık 2001<sup>6</sup> tarihli kanun ile yerine getirdi ve VwGO 99. maddesinin 2. fıkrasıyla yeni bağımsız bir ara yargılama olarak ilk kez “in camera” usulünü kabul etti.

<sup>6</sup> 20 Aralık 2001 tarihli İdari Yargılamada Kanun Yollarının Düzenlemesi Hakkındaki Kanunun (Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess vom 20. Dezember 2001) 1. maddesinin 12 numaralı cümlesi, (BGBl. I S. 3987, 3988).



### **VwGO 99. Maddesinin Yeni Şeklinin Getirdiği Düzenleme Sistemi<sup>7</sup>**

Yeni düzenleme, bu zamana kadarki mevcut olan düzenlemeden, yetkili mahkemenin bağımsız bir ara muhakemede dosyaların sunulmasından veya bilgi verilmesinden kaçınmanın (VwGO 99. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendine göre) “inandırıcı bir biçimde yapılmadığına” karar vermeyecek olması yönüyle ayrılmaktadır. Hali hazırda mahkemeler, geçerli kılınan sebepleri bütünüyle denetlemek ve dosyaların sunulmasından kaçınmanın hukuka uygunluğu hakkında karar verme yetkisine sahiptir. Bu vermekten kaçınılan dosyaların, belgelerin veya bilgilerin gizli tutulmaya muhtaç olup olmadıklarının denetlenmesi anlamına gelir. Kararı verme yetkisi, Yüksek İdare Mahkemesinin İhtisas Kurulu, Yüksek İdare Mahkemesi<sup>8</sup> ve belirli durumlarda ilk derece ve son derece olarak Yüksek Federal İdare Mahkemesine aittir (VwGO 99. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinden 12. cümlesine kadar). Yüksek İdare Mahkemesinin kararlarına karşı Yüksek Federal İdare Mahkemesi’nin İhtisas Kuruluna itiraz edilebilir (VwGO 99. maddesinin 2. fıkrasının 12. bendinden 14. bendine kadar).

Esas yargılamanın tarafları yargılamaya dahil olabilirler (VwGO 99. maddesinin 2. fıkrasının 3. cümlesi). Dilekçenin ve asıl olaylara ilişkin dosyaların sunulmasından sonra (VwGO 99. maddesinin 2. fıkrasının 4. cümlesi) en yüksek denetim mercii verilmeyen belgeleri sunmak zorundadır (VwGO 99. maddesinin 2. fıkrasının 5. cümlesi). İlgili daire, sırrın korunmasına ilişkin kurallara uymak

<sup>7</sup> “in camera” usulüne ilişkin özel düzenlemeler, Eski Alman Demokratik Cumhuriyeti’nin (Doğu Almanya) Devlet Güvenlik Hizmetlerinin Belgeleri Hakkındaki (Gesetz Über die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik- Stasi-Unterlagen-Gesetz - StUG) Kanununun 31. maddesinin 1. fıkrasının yanı sıra ayrıca Telekominkasyon Kanununun 138. Maddesinde yer almaktadır.

#### **StUG’nin 31. Maddesi** şöyledir:

Madde. 31: Mercilerin talepleri hakkında Federal Görevlinin kararlarının yargısal denetimi

(1) Federal Görevli, bir merciin dosyaların paylaşılması, incelenmesi veya yayınlanmasına yönelik talebini reddeder ise, ilgili merciin talebinin reddedilmesinin hukuka uygunluğunu Yüksek İdare Mahkemesi duruşma yaparak bir hükümle karar verir. Karar, temyiz edilemez. Ön soruşturma yapılmaz. Federal görevlinin ikametgâhının bulunduğu yerdeki Yüksek İdare Mahkemesi, yetkilidir.

(2) Başkan, özel nedenler dolayısıyla VwGO 99. maddesinin 2. fıkrasına göre dosyaların kopya ve suretlerinin çoğaltılmasının veya verilmesinin yanı sıra dosyaların ya da dosyanın kısımlarının incelenmesini reddedebilir veya sınırlandırabilir. Bu karar ve Yüksek İdare Mahkemesinin kararı, temyiz edilemez. Bundan başka, katılanlar dosyaları incelerken vakıf oldukları gerçekler hakkında sır saklamakla yükümlüdür.

<sup>8</sup> Almanya’nın güneyinde yer alan eyaletleri- Baden-Württemberg, Bavyera ve Hessen- başkaca fark olmaksızın geleneksel “idare mahkemesi“ ismini taşımaktadır.

zorundadır<sup>9</sup> (VwGO 99. maddesinin 2. fıkrasının 7. cümlesi). Daire üyeleri ve hakim olmayan personel sır saklamakla yükümlüdür (bkz. VwGO 99. maddesinin 2. fıkrasının 10. ve 11. cümleleri).

### ***İhtisas Kurulu'nun Denetimi ve Kararı***

İhtisas Kurulu yeni bir ara yargılamada öncelikle VWGO 99/2. fıkraya göre “in camera” usulü için söz konusu şartların varlığını kontrol etmeli ve bu zamana kadar verilmeyen dosyaların ihtisas kuruluna sunulması gerekmektedir. Bu durum ancak, esasa ilişkin kararın verilmesine etki edebilecek dosyaların sunulması ya da bilgi verilmesini zorunlu olduğunda söz konusudur. Diğer bir ifa-

<sup>9</sup> Sırrın maddi açıdan korunması ile ne anlaşılması gerektiği, ne normatif biçimde tanımlanmış ne de kanunların maddi muhtevassından çıkarılabilmektedir. Önemli ipucular ve düzenlemeler, ancak Federal Devletin ve Eyaletlerin Güvenlik Denetim Kanunlarından (Sicherheitsüberprüfungsgesetze) çıkarılmaktadır. Buna göre, tüm sözde “kapalı hususlar” (Verschlussachen), gizli tutulmaya muhtaçtır. Federal Devletin Güvenlik Denetim Kanununun (SÜG) 4. maddesinin 1. fıkrasına göre bunlar, “oluşturulma şekillerine bakılmaksızın kamunun menfaatinin bulunduğu gizli tutulmaya muhtaç vakıalar, nesnelere veya bulgulardır”. Bunlar “bir kamusal makam tarafından korumaya muhtaçlık derecesine veya sebeplerine göre” dört gizli tutulma seviyesine yerleştirilir.

SÜG’ün 4. maddesinin 2. fıkrasına göre;

“1. OLDUKÇA GİZLİ, yetkisiz şekilde öğrenilmesi Federal devletin ya da bir eyaletin devamlılığına ya da hayati öneme sahip menfaatine bir zarar verebilecek,

2. GİZLİ, yetkisiz şekilde öğrenilmesi Federal devletin ya da bir eyaletin güvenliğine bir zarar vermesi ya da menfaati bakımından ağır zararlara neden olabilecek,

3. KAPALI HUSUSLAR (VS)- SAKLI, yetkisiz şekilde öğrenilmesi Federal devletin ya da bir eyaletin menfaatine zarar verici nitelikte olabilecek ve

4. KAPALI HUSUSLAR (VS)- GÖREV GEREĞİ, yetkisiz şekilde öğrenilmesi Federal devletin ya da bir eyaletin menfaati bakımından mahzurlu nitelikte olabilecek kapalı hususları (Verschlussachen-VS) ifade eder.”

Daha fazlası, Federal Devletin ve eyaletlerin güvenlik denetim kanunlarına dayanan idari düzenlemelerde; örneğin, SÜG’ün (VwV SÜG) 35. Maddesi, sırrın şahsi olarak korunmasını “SÜG ‘ün uygulanması hakkında Federal İçişleri Bakanlığı’nın Genel İdari hükümler” ve “sırrın ve kapalı hususların içeriksel ve kurumsal olarak korunmasına ilişkin Genel İdari hükümler“ (VS-Anweisung VSA) başlıkları altında düzenlemektedir.

Mahkemeye aktarılan dosyalar, sınıflandırılmasına göre muhafaza edilmek zorundadır. Bunların içerikleri, mahkeme dosyalarına giremez. Hakim olmayan personelin yanı sıra İhtisas Kurulunun üyeleri ve başkanı, VwGO 99. maddesinin 2. fıkrasının 10. ve 11. cümleleri gereğince gizlilikle (sır saklamakla) yükümlüdür. Bu, hakimler bakımından bir müzakere sırrından daha fazlasını ifade eder ve tümü yargılamada elde edilen bilgilere dayanır. Hakim olmayan personel bakımından bunun dışında güvenlik denetim kanunlarındaki (Sicherheitsüberprüfungsgesetze) düzenlemelere tabidir.

deyle, ihtisas kuruluna<sup>10</sup> göre dilekçe sahibinin istediği bilgilerin, olay hakkında verilecek karar için önem taşıması gerekmektedir. Eğer istenen bilgiler uyuşmazlık konusuyla ilgili değilse ya da mahkeme esas hakkındaki kararını gizli belgeler olmadan başka delillere dayanarak verebiliyorsa, bu durumda gizli bilgilerin sunulması zorunluluğunun şartları oluşmamaktadır.

[Mahkemeye sunulacak belgelerin] verilecek karar için önemi hususunda bir sonuca vardıldıktan sonra, “in camera” usulü işletilir ve bu usul sonucunda dosyaların mahkemeye verilmemesinin hukuka uygun olup olmadığı konusunda karar verilir. Bunun için önce VwGO 99/1-2. cümlede hüküm altına alınmış şartların varlığı kontrol edilir. Diğer bir ifade ile belge, dosya, elektronik belgeler ya da verilecek bilgilerin içeriğinin açıklanması federal devletin ya da bir eyaletin esenliğine bir zarar verip vermediği ya da bir kanuna göre ya da niteliği sebebiyle gizli tutulması gerekip gerekmediği incelenecektir. İhtisas kurulu –sadece kendisi tarafından kontrol edilen- bu hukuki sorunu kabul ettiği takdire, ayrıca dosyayı göndermekten imtina eden en yüksek denetim makamının bu kararını takdir hatası yapmadan alıp almadığını da kontrol eder.

Bilgi ve belgelerin içerik olarak gizli tutulması gerekliliğine rağmen, münferit olayın bütün hal ve şartları nazara alındığında açıklanmasındaki menfaat ağır basıyorsa talep haklı kabul edilir.

[Bilgi ve Belgelerin] gizli tutulmasında haklı menfaatleri bulunanların korunması için bilgi ve belgelerin kısmen verilmesi veya metinde yer alan bazı bilgilerin karartılmasında olduğu gibi başka sınırlandırmalar yeterliyeyse, talep kısmen haklı kabul edilir. Karar sonuç itibarıyla dosya veya belgelerin verilmemesinde VwGO 99/1- 2. cümlede yer alan hakların korunması için uygun, zorunlu ve ölçülü bir araç olmaktadır.

İhtisas Kurulunun mülahazaları, sözlü yargılama yapmadan yazılı bir kararlar ortaya konulmaktadır.<sup>11</sup> Bu kapsamda VwGO 99/2- 10. cümleye göre giz-

<sup>10</sup> İhtisas Kurulu her halükarda olay hakkında esas kararı verecek mahkemenin maddi hukuk yorumuyla bağlıdır. Ancak bu bağlılık esas hakkında karar verecek mahkemenin hukuki yorumunun açık bir şekilde hatalı olduğu durumlarda geçerli değildir.

<sup>11</sup> Bu husus VwGO 122/2. fıkraya göre yüksek idare mahkemelerinin ihtisas kurullarının kanun yolunda iptal edilecek kararları için geçerlidir.

VwGO 122/ 2. fıkra lafzı şu şekildedir:

Kanun yolunda iptal edilebilen ya da bir başvuru yolu hakkında karar veren kararlar gerekçelendirilmelidir. icranın tehirine (80, 80a md.) ve yürütmeyi durdurmaya (123 md.) ve esas uyuşmazlığın çözümüne ilişkin kararlar (161. md) daima gerekçelendirilmelidir. Bir kanun yolu hakkında verilen kararlar, mahkemenin kanun yolunda hakkında itiraz edilen kararın gerekçesini esas bakımından reddederse, başkaca gerekçe göstermeye gerek kalmaz.

liliği açığa çıkartacak şekilde mülahazalar yapılamaz. Kararın içeriğinden dosya ya da belgeyi vermekten kaçınmanın hukuka uygun olup olmadığı anlaşılması gerekmektedir.

Başlı başına ara bir yargılama söz konusu olduğundan, kaybeden taraf için bir ücret ödemeye hükümlenir. Verilen dosyalar da iade edilir.

## **5. Kanun Hükmünün Anlamı ve Problemler**

a) İlk belki de en hayret verici problem ihtisas kurulunun kararının hukuki etkisidir.

İhtisas kurulu dosyaları vermekten kaçınmayı hukuka uygun bulursa, esas hakkında görevli mahkeme, belgeler gönderilmeden kararını verecektir. Ancak bu karara ışık tutan diğer tüm aydınlatma imkanları kullanılacak ve eldeki deliller değerlendirilecektir. İdarenin hukuka uygun bir şekilde belgeleri sunmaktan kaçınması, olayın aydınlatılmasına ve delillerin aleyhine değerlendirilemez. Burada sadece bir ara yargılama söz konusu olduğu için, verilmeyen belgeler karar verilmesi için zorunlu ise ve yerine başka deliller ikame edilemiyorsa, kural olarak belgeler verilmeden “non liquet” [aydınlatılmamış olma] durumu meydana gelmektedir. Bu önemli vakıaların (ya da tartışmalı olaylarda gerçeğin) bilgi imkanlarının eksikliği nedeniyle yeterli derecede tespit edilememesidir ve mahkemenin ispat yükümlülüğüne ilişkin hükümler çerçevesinde karar vermesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle davacı çoğunlukla hukuki korunma hedefine ulaşamamaktadır.<sup>12</sup>

Buna karşılık ihtisas kurulu, belgeleri vermekten kaçınmanın hukuka aykırı olduğunu tespit ederse, [idare] hukuka aykırı bir şekilde gizlediği belgeleri, ihtisas kurulunun kararı üzerine mahkemeye sunmalı ve esas yargılamanın bir konusu haline getirmelidir. Esas hakkında karar vermekle görevli mahkeme, katılanların incelediği ve gerektiğinde başka delil araştırması talebinde bulunduğu bütün belgelerin değerlendirilmesiyle karar vermektedir. Böylece bir hukuk devleti usulü için zorunlu olan şu kural söz konusu olacaktır: Mahkeme, etkili bir hukuki korumayı tüm delilleri tam olarak değerlendirerek ve dinlenilme hakkını tam anlamıyla güvence altına alarak sağlayabilir.

Ancak: İhtisas kurulunun (nihai) kararı –belirleyici karakteristik özelliği ile uyumlu olarak- icrai değildir. Talep edenin lehine çıkan mahkeme kararına rağmen [idare] dosyanın verilmesi veya bilgi verilmesine zorlanamaz. [Dosyayı]

<sup>12</sup> Federal Anayasa Mahkemesinin 1999 tarihli uyuşmazlıktaki davacı ve şikayetçi için de bu husus geçerlidir. Bu olayda gizlilik kararı hukuka uygun olsaydı, VwGO 99. maddenin yeni şekline göre, tam yargı davasıyla idare mahkemesinde başarısız olurdu. Ancak yargılamanın gerçekte nasıl geçtiğini bilmiyorum.

vermekten kaçınma sürekli devam ediyorsa (objektif olarak hukuka aykırı olan) esas hakkında görevli olan mahkeme tartışmalı konuları ispatlanmamış olarak kabul etmelidir. Bu durumda da delillerin verilmemesi idarenin aleyhine bir sonuç doğurabilmektedir. (Mahkeme hukuka aykırı olarak dosyaları vermekten kaçınma sebebiyle delillerin verilmesini engelleyen idarenin aleyhine değerlendirme yapabilir ve non liquet durumunu ispatla yükümlü tarafın değiştirilmesi olarak kabul edebilir.). Ancak şu ana kadar ihtisas kurulunun sürekli dosyaları vermekten hukuka aykırı olarak kaçınma durumuna ilişkin bir kararına rast gelmedim.<sup>13</sup>

**b) VWGO 99.** maddesinin ve bununla getirilen “in camera” ara usulünün yeni halinde “doğum hatası” olarak görülecek diğer problemler:

aa) Öncelikle, gizlilik hususunda esas hakkında karar vermekle görevli olan mahkemelerin değil de yüksek idare mahkemelerinin ve Federal İdare Mahkemesi’nin bağımsız bir ara usulde karar vermeleri tatmin edici bulunmamaktadır. Federal Anayasa Mahkemesi 27 Ekim 1999 tarihli kararında yetkili idare mahkemesi tarafından yapılan kontrolü geçici çözüm olarak öngörmüştü.<sup>14</sup> Kanun koyucunun tüm hakimlerin ve tüm mahkemelerin “in camera” konularıyla görevlendirmek istememesinin anlayabiliyorum. Uygulamada gizliliğin korunması talepleri çok pahalıya mal olmakta ve gizlilikle ne kadar fazla kişi haşır neşir olursa korunması da o kadar zorlaşmaktadır.

bb) İkincisi ise kanun koyucunun [dosyaları] vermekten kaçınmaya ilişkin gizlilik kararını sadece “in camera” usulünde hakimler tarafından kontrolü öngörmesi, daha az tatmin edicidir. Kanun koyucu bu düzenlemeyle yarı yolda kalmıştır.

Uygun olanı, hukuken gizli tutulması gereken belgelerin de “in camera” usulünde hakimlerin değerlendirmesine bırakmaktır. Diğer bir ifadeyle tam ve gerçek bir “in camera” delil usulü (esas ya da ara usulde) getirmektir. Buna kar-

<sup>13</sup> Bir mahkeme kararına açık bir şekilde uymamak Almanya da kabul edilemez bir durumdur. Basın ve diğer medya hukuk ihlalinin açıklar ve “skandal hale” getirir. Sonuç da ilgili bakanlığın siyasi tepesi açık bir şekilde kötü bir ün sahibi olur. Almanya da kamuoyu bir mahkeme kararının yerine getirilmemesine büyük bir ihtimalle anlayış göstermez ve bunun siyasi sonuçları olur.

<sup>14</sup> Federal Anayasa Mahkemesi karar gerekçesinde : “yeni bir düzenleme yapılmaya kadar derdest davalarda söz konusu idari tasarruflara benzer durumlarda, dosya vermekten kaçınmanın hukuka uygunluğunun kontrol edilebilmesi için mahkemeye sunulmalıdır. Bu durumda davanın taraflarına dosya inceleme hakkı tanınmaz yada dosyanın içeriği karar gerekçesiyle veya farklı şekillerde açıklanamaz. Dosya vermekten kaçınmanın hukuka uygunluğu hakkında kontrol etme ve karar verme süreci, tek hakimle bakılacak işlerden biri olarak mahkeme başkanına verilmiştir.”

şılık doktrinde az sayılamayacak görüş, bunun dayanılmaz bir şekilde insan onurunu ihlal eden ve çoktan geride kaldığına inanılan “gizli adalet” sistemine yol açacağı ve bizleri buna karşı usulü bir temel hak olarak hukuki dinlenilme hakkı ve hukuk devleti ilkesinin koruyacağı gerekçesiyle karşı çıkmaktadır.

cc) Üçüncü olarak ise üzerinde öncelikle tartışılması gereken, Alman Hukuku’nda özel durumlar için geçerli olan, “gerçek” bir in camera usulünün, Düzenleyici İdare Hukuku (Regulierungsverwaltungsrecht) alanında mevcut olduğudur. Bunun için birçok kez değiştirilen norm Telekomünikasyon Kanunu’nun 138. maddesidir.<sup>15</sup>

Bu madde ile VwGO 99. maddesinin bir üçüncü “doğum hatası” engellenmiştir:

<sup>15</sup> Normun 5 Mayıs 2012 den beridir aktüel hali şu şekildedir:

**Telekomünikasyon Kanunu 138. madde Federal Ağ Ajansının Sunma ve Bilgilendirme Yükümlülüğü**

(1) Federal Ağ Ajansı tarafından belgelerin veya dosyaların örneklerinin sunulması, elektronik belgelerin aktarılması ya da bilgilerin verilmesi için İdari Yargılama Kanununun 99. maddesinin 1. fıkrası şu çerçevede uygulanır; İdari Yargılama Kanununun 99. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendi uyarınca en yüksek denetim mercii olarak Federal Ağ Ajansı belgelerin verilmesinden kaçınma hakkı vardır ve belgeleri gizli belge (tutulması gerektiğini) olarak belirleme hakkı vardır. Esas hakkında yetkili mahkeme tarafından katılanlara belgelerin yargılamada ifşa edilmesi nedeniyle gizlilikteki menfaatlerinin etkileneyeceği ve belgelerin açıklandığı (verildiği) hususunda bilgi verir.

(2) Esas mahkemesi, verilen belgenin gizli tutulmasında menfaatini bulunduğunu geçerli kılan (ortaya koyan ispatlayan) davaya katılanlardan (tarafardan) birinin talebi üzerine İdari Yargılama Kanununun 100. maddesi ile 108. maddesinin 1 fıkrasının 2. bendi ile 2. Fıkranın esas ilişkin kararda uygulanıp uygulanmayacağına karar verir. İdari yargılama kanununun 100. maddesi ile 108. maddesinin 1 fıkrasının 2. bendi ile 2. fıkrasına göre katılanların (tarafaların) hakları, bütün koşullar dikkate alındığında gizli tutmadaki menfaatin tarafların yargılamada dilenme ve etkili yargısal koruma haklarındaki menfaatlerine ağır basması durumunda ortan kalkar. Esas yargılamada hükme ilişkin gerekçelerde, gizli tutulan belgelerin türü ve içeriği açığa vurulamaz. Mahkeme üyeleri, gizli tutma yükümlülüğü altındadır.

3) Mahkemenin, belgelerin açıklanması nedeniyle gizli tutulmasındaki menfaati ihlal edilecek taraflara Federal Ağ Ajansı aracılığıyla bilgi vermesinden sonra 2. fıkranın 1. bendine göre talep, bir ay içerisinde yapılır. Bu yargılama usulünde, İdari Yargılama Kanununun 100. maddesi uygulanmaz. 2. fıkranın 3. ve 4. bentleri kıyasen uygulanır.

(4) 2. Fıkranın 1. bendine göre verilen kararlara karşı, Federal İdare Mahkemesine itiraz yapılır. İtiraz hakkında esas hakkında karar vermeye yetkili temyiz dairesi karar verir. 2. fıkranın 3. ve 4. bentleri ve 3. fıkranın 2. bendi kıyasen uygulanır.

Kanun koyucu VwGO 99. maddesinin değişikliğinde sadece vatandaş tarafından devlet aleyhine açılmış davaları göz önünde bulundurmuş, yani iki taraflı bir hukuki ilişki (bipolares Rechtsverhältnis) göz önünde bulundurulmuştur.<sup>16</sup> Maddenin yeni hali sadece bu tür olaylara ilişkindir.

Devletin -düzenleyici hukukta olduğu gibi- çok kutuplu hukuki ilişkilerde eski tekel şirketler ile yeni özel hukuka tabi rakipleri arasındaki alanlarda faaliyetinde bulunduğu durumlarda uyumsuzluğun bir ara yargılamada ihtisas kurulu tarafından çözüme kavuşturulması için uygun değildir. Burada devlet sırrı olmayan, sadece işletme ve ticari sırlara ilişkin olan konular söz konusudur. Bir yargılamada çok sayıda katılanın birbiriyle çakışan temel haklarının karşılanması gerekmektedir. Gizliliğin korunması bir ara yargılamada değil esasa ilişkin yargılamayla gerçekleştirilebilir. Kanun koyucu bu nedenle Telekomünikasyon Kanunu'nun 138. maddesinde esasa ilişkin görevli mahkemelere "gerçek" in camera usulü tanımıştır. Buna göre esasa ilişkin görevli mahkemeler sadece gizliliğin gerekliliği konusunda değil, ayrıca gizli olarak belirlenmiş belgelerin "in camera" değerlendirmesini (dosya inceleme ve hukuki dinlenilme hakkı dışında içerikleri hakkında) yapma imkanına sahiptir.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Bunun için şu örnek gösterilebilir: bireylerin kişisel verilerin toplanması, dönüştürülmesi ya da silinmesi nedeniyle istihbarat faaliyetlerinden dolayı uyumsuzluklar çıkmaktadır. Son yıllarda federal ve eyalet bilgi özgürlüğü (edinme) kanunlarına göre yapılan bilgi verme ya da idari usulde dosya inceleme taleplerinin reddine ilişkin açılan davalar artmıştır. Bunlar arasında federal şansölyenin randevu defterini inceleme, Federal Başbakanlığın 22 Nisan 2008 tarihinde Alman Merkez Bankası Başkanının 60. doğum gününde verilen akşam yemeğine ilişkin hesapları ve misafir listesini inceleme talepleri de yer almaktadır. Ayrıca devlet arşivlerinden kaynaklanan çok sayıda hukuki uyumsuzluklarda bu kapsamda yer almaktadır, buna tarihsel ilgi nedeniyle Adolf Eichmann'ın İsrail gizli servisi tarafından kaçırılmasına ilişkin federal arşivleri inceleme talebi örnek gösterilebilir.

<sup>17</sup> Bu husus Telekomünikasyon Kanunu 138. maddesinin Mayıs 2012 tarihinde değiştirilmesinden (dipnot 15) ve bunun öncesinde 2007 yılında Anayasa Mahkemesinin Avrupa Hukukuna uygun yorum yapmasından beridir geçerlidir. bkz. BVerwG, 9 Eylül 2007 tarihli 2007-20 F 1/06- kararı, BVerwG web sayfasında yayımlanmıştır: Bu husus Telekomünikasyon Kanunu 138. maddesinin Mayıs 2012 tarihinde değiştirilmesinden (dipnot 15) ve bunun öncesinde 2007 yılında Anayasa Mahkemesinin Avrupa Hukukuna uygun yorum yapmasından beridir geçerlidir. bkz. BVerwG, 9 Eylül 2007 tarihli, 2007-20 F 1/06- kararı, BVerwG web sayfasında yayımlanmıştır:

<http://www.bverwG.de/entscheidungen/entscheidung.php?ent=090107B20F1.06.0>

İlk derece Mahkemesinin esas hakkında bir kararı için ayrıca bkz. VG Köln, 22 Eylül 2009 tarihli 2009 - 1K 6878/02 -, juris (internette şu sayfada yayımlanmıştır: <http://openjur.de/u/140419.html>)

Kanun koyucu, usule ilişkin temel haklardan etkili hukuki korunma ile hukuki dinlenilme hakkı arasındaki çatışmayı, Telekomünikasyon Kanunu'nun 138/2-2. cümlede şu kelimelerle ifade etmiş<sup>18</sup> ve değerlendirmeyi mahkemelere bırakmıştır;

“Tarafların dosya inceleme ve hukuki dinlenilme hakkı, gizli tutmadaki menfaatin bütün koşulları değerlendirildiğinde, dinlenilme ve etkili yargısal korruma haklarındaki menfaatlerine nazaran ağır basması durumunda, ortan kalkar.”

## 6. Sonuç

2001 yılında idari yargılama sürecine “in camera” usulünün getirilmesiyle birlikte yüksek idare mahkemelerinin ve Federal İdare Mahkemesi'nin ihtisas kurullarının çok sayıda karar verdiği görülmektedir (sadece Juris Hukuk içtihatları programında ihtisas kurullarının 300 den fazla kararı yayınlanmıştır). Bu kararlar birçok hukuki belirsizliği aydınlatmıştır.

İdari yargılama usulünde bir taraftan devlet ve özel kişilere ait sırlara ilişkin, diğer taraftan etkili hukuki korunma ve hukuki dinlenilme hakkının güvence altına alınmasına ilişkin temel problem hala mevcuttur. Bu problem 2001 yılında getirilen usule ilişkin kurallar temelinde henüz tam anlamıyla çözülmüş bulunmamakta, yorum ve uygulama sorunlarına neden olmaktadır.<sup>19</sup>

Federal Anayasa Mahkemesi'nin 27 Ekim 1999 tarihli kararının etkisiyle “in camera” usulünün kabul edilmesiyle birlikte, temel hakların çatışmasının çözümünü hakimlerin eline bırakmaktadır. Hatta hakimler, Telekomünikasyon Hukukunda işletme ve ticari sırları hakkında, gizli nitelikte “in camera” usulüyle sırlar üzerinde güce ve usulde karar vermeye yetkisine sahiptirler. Bu sadece gelişmiş bir hukuk devletinde katlanılacak bir durumdur. Ayrıca etkilenen tüm temel hak pozisyonlarının adil bir şekilde karşılanmasında etkili bir hukuki korunmayı ancak vatandaşın tamamen bağımsız ve rüşvet yemeyen hakimlere kesin bir şekilde güvenebilmesiyle sağlanabilir.

**Dr. Selami DEMİRKOL-** Sayın Michael Hund'a bu güzel konuşmasından ötürü kendilerine teşekkür ediyorum. Şimdi ise, bize Anayasa Mahkemesi Raportörümüz Sayın Recep Ünal, “Disiplin Hukuku ve Masumiyet Karinesi” başlıklı tebliğini sunacak. Hazırlığını yapana kadar ben bir iki şey söyleyeyim. Âdil Yargılama, 6. Madde başlığı içerisinde, sözleşmede birden fazla ilkeler yer

<sup>18</sup> Bkz. dipnot 15.

<sup>19</sup> Bunun için örnek olarak şu makaleye bkz. “Das in-camera Verfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO” von dem Vorsitzenden des Fachsenats nach § 99 VwGO beim Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein Westfalen in Münster: Schemmer, DVBl. 2011, 323.



almakta. Bize suçsuzluk hâli olarak da yansıyan masumiyet karinesini biz de şimdi Recep Beyden dinleyeceğiz.

**Recep ÜNAL-** Çok teşekkür ederim Sayın Başkan. Herkese merhabalar.

Öncelikle böyle bir toplantıda bulunmaktan dolayı büyük mutluluk ve onur duyduğumu ifade etmek istiyorum. Emeği geçen başta Sayın hocamız ve değerli öğretim üyesi ve asistan arkadaşlarımıza ve Sayın Alman dostlarımıza, hepsine teşekkür ediyorum.

Ben de bugün sizlere iki farklı disiplin arasındaki etkileşimi ortaya koyan bir konuyu, idare hukuku ve ceza hukukunun kesiştiği bir alanı masumiyet karinesi perspektifinde ifade etmeye çalışacağım.

Masumiyet karinesi, kısa bir tanımlama yapmak gerekirse, bir suçtan dolayı soruşturulan veya kovuşturulan kişinin o suçu işlediği mahkeme kararıyla sabit olmadıkça suçlu kabul edilememesini ifade eden bir hukuk ilkesidir. Tarihsel süreçte birtakım belgelerde bu ilkeye doğrudan veya dolaylı olarak yer verildiğini görüyoruz. Şu an yansıda görünüyor süreç. Nihai olarak 1982 Anayasamızın 38. Maddesinin 4. Fıkrasına dercedilmiş durumda.

Masumiyet karinesi evrensel bir hukuk ilkesi ve aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin de bir gereği. Tabii, bunun hukuksal güvenlik meselesiyle de bir bağlantısı var. Aynı zamanda insan haklarına saygı ilkesinin de bir gereğidir masumiyet karinesi. Kendi iç hukukumuzda, Türk hukukumuzda dokunulmaz bir hak olarak düzenlendiğini görüyoruz; yani hiçbir şart altında masumiyet karinesine müdahaleye Anayasa Koyucu izin vermemektedir. Bunu da nereden anlıyoruz; Anayasanın 15. Maddesinin 2. Fıkrasındaki düzenlemeden, şu an yansıda görünen düzenlemeden anlıyoruz. Savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hâllerde dahi Anayasa Koyucu bu ilkeye müdahaleye izin vermemiş. Bu da aynı zamanda Anayasa Koyucunun bu ilkeye atfettiği önemi ortaya koymaktadır.

Bu ilkenin iki önemli göze çarpan sonucunu aktarmak istiyorum. Birincisi ispat külfeti. Masumiyet karinesi çerçevesinde, ispat yükü hiçbir şekilde suçlanan kişiye yüklenemez. Yine ceza yargılaması ilkesi olmakla birlikte, sonuçlarını bütün yargısal süreçlerde ve bütün hukuk âleminde doğurur; yani masumiyet karinesine sadece ceza yargılaması kapsamında değil, bütün hukuk prosedürlerinde riayet edilmesi gerekir. Anayasamızdaki düzenleme şu an görünüyor; “Suçu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz” diyor. Anayasamızın gerekçesini şu an okuyup zaman harcamak istemiyorum. Yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesinin 2 numaralı Fıkrasında, “Bir suç ile itham edilen herkes suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır” deniliyor. Burada, gerek Sözleşme, gerekse Anayasadaki düzenlemenin paralel olduğunu görmek-

le beraber, bir ifade farklılığı dikkatimizi çekiyor. Sözleşmede “Masum sayılır” derken, Anayasamızda “Suçlu sayılmaz” ifadesi kullanılıyor. Tabii, bu, anlam olarak çok benzese de, aslında sonuçları aynı değil. Şöyle: Kişinin masum sayılması farklıdır, suçlu sayılmaması farklıdır. Suçlu saymadığımız zaman masum da kabul etmemiş oluyoruz. Bir suç şüphesi altında bulunan kişiler hakkında birtakım koruma tedbirleri uygularken, suç isnadına birtakım sonuçlar bağlarken, bunu açıklayabilmemiz için, aslında kişiyi masum saymamamız gerekir, suçlu da saymamamız gerekir. Bu nedenle sanki Anayasadaki ifade daha yerinde, daha rasyonel gibi görünüyor.

Yine AİHM’in bir tanımlaması var; Barbera, Messegue, Jabardo v. İspanya kararında iki tanımlaması var. Burada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “Masumiyet karinesi, diğer bazı gerekliliklerin yanında, bir mahkemenin üyelerinin, sanığın kendisine isnat edilen suçu işlemiş olduğu önyargısıyla hareket etmemelerini güvence altına alan bir ilkedir” diyor. Yine ispat yükünden söz ediyor bu tanımlamada.

Bütüncül etki aslında genişletici yorumun bir sonucu. İnsan Hakları Mahkemesi de bunu sık sık içtihatlarında dile getiriyor. 6. Maddenin yorumunun kendisine ait olduğunu, 6. Maddedeki müesseseleri özerk bir şekilde yorumlayacağını, bu hakkını saklı tutarak ifade ediyor ve bunu da hep klasikleşmiş ifadesiyle Sözleşmenin yaşayan bir belge olması olgusuna dayandırıyor. Burada da masumiyet karinesinin sadece ceza yargılamasıyla sınırlandırılmamasının da bir yönünün aslında bu genişletici yorumun sonucu olduğunu söyleyebiliriz. Yine bu kapsamda, suç isnat edilen kişiyi zan altında bırakan devlet yetkililerinin zan altında bırakan beyanda bulunmamaları yine beraat eden, herhangi bir nedenle; daha doğrusu şöyle ifade edeyim: Suç işlemediği veya suç işlediği konusunda yeterli delil bulunmayan kişilerin suçlu olduğu imasında bulunan, o kabule dayanan kararlar veya ifadelerden kaçınılmasıyla ilgili bir konu.

Sonuç olarak genel girişimizi toparlayacak olursak, Sözleşmenin bireysel başvuru çerçevesinde beliren ortak koruma alanı bize şöyle bir telkinde bulunuyor: Tüm idari ve yargısal işlemlerde masumiyet karinesi kapsamındaki beraat kararlarına ve dolayısıyla masumiyet karinesine saygılı davranmamız gerekir. Masumiyet karinesi kapsamındaki beraat kararları, az önce ifade ettiğim delil yetersizliği nedeniyle veya suçu işlemediği veya suçun hiçbir şekilde işlenmediği gerekçesine dayanan beraat kararlarını kastediyorum; yoksa suçun unsurlarının oluşmadığı şeklindeki beraat kararlarını kastetmiyorum.

Bu konuda yine Sayın Yalçın Öz gibi, ben de Anayasa Mahkemesinin güncel bir kararını örnekleyerek devam etmek istiyorum konuya. Anayasa Mahke-

mesinin 2012/998 başvuru numaralı Ramazan Tosun kararı var bu konuda. Önce olayı kısaca özetlemek istiyorum size:

Başvurucu uzman jandarmayken, hakkında açılan bir soruşturma nedeniyle Türk Silahlı Kuvvetleriyle ilişkisi kesilmiş. Bu ilişik kesme kararı şu gerekçelere dayanıyor: Birtakım sonuçlanmış yargılamalarından söz ediliyor ve göz hapsi, oda hapsi gibi birtakım disiplin cezaları uygulanmış hakkında. Bu cezalara atıfta bulunuyor ve nihai olarak hakkındaki uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti yapma ve sağlama suçundan dolayı devam eden soruşturmaya atıfta bulunuluyor. Bu idarî işlemin gerekçesi ve ilgilinin Atama Sicil Yönetmeliğinin ilgili maddelerine dayalı olarak, disiplinsizlik ve ahlaki durum gerekçesiyle Türk Silahlı Kuvvetlerinden ilişkisi kesiliyor. Başvurucu, bu ilişik kesme kararı aleyhine Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde iptal davası açmış. Bu dava devam ederken, kendisine isnat edilen, bu ilişik kesilmesine neden olan suçlardan beraat etmiş. Bu beraat kararlarının bir tanesi haricinde diğerleri delil yetersizliği nedeniyle verilmiş. Sonuçta, iftira suçundan verilen beraat kararları dışındaki diğer kararlar da kesinleşmiş; yani delil yetersizliği nedeniyle suçu işlediğinin sabit olmadığı sonucuna ulaşılmış, bu durum kesinleşmiş. Yargılama sonucunda AYİM, bu süreçten sonra tabii ki, bu beraat kararlarından sonra, başvurusunun açtığı iptal davasını oyçokluğuyla reddetmiş. Bir mahkeme üyesi karşı oy kullanmış, yani davanın kabul edilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiş. Başvurucu bu şekilde iç hukuk yollarını da tükettikten sonra Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuş ve bu başvurusunu, hakkında verilen beraat kararlarının idari davada dikkate alınmaması ve bu şekilde masumiyet karinesinin ihlal ettiği tezine dayandırmış. Anayasa Mahkemesi bu başvuruyu kabul edilebilir görerek, esastan incelemiş ve masumiyet karinesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmış. Mahkeme ayrıca, ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama kararı vermiştir.

İhlal sonucuna ulaşırken, mahkemenin bazı önemli tespitleri var; onları aktarmak istiyorum.

İlk olarak; tabii, nihai olarak Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararını incelemiş; ama onun öncesinde, ayırma işleminin yapıldığı asıl idari işlemin gerekçesinden bahsediyor kararında. Orada, ilişkinin kesildiği tarih itibarıyla devam eden soruşturmasının TSK'da görev yapmasını engelleyici nitelik ve nicelikte olduğu ifadelerine yer verildiğini gördüğünü söylüyor mahkeme, bunu karara not ediyor ve şöyle bir tespitte bulunuyor: Askeri disiplin gerekleri dikkate alındığında, masumiyet karinesinin disiplin hukukuna uygulanabilmesi için, mutlaka ceza davalarının sonucunun beklenmesinin gerektiğinin söylenemeyeceğini; yine kişinin suçluluğunu ima eden ya da kabul eden bir yargı söz konusu olmadıkça, sadece ceza soruşturması açılmış olmasının da disiplin işlemlerinin başlatılması

ve disiplin yaptırımını uygulanması için yeterli görülebileceğini söylemiş bu kararda. Devamında AYİM kararındaki gerekçelerden bazı alıntılar yapmış ve bu gerekçede, başvuru hakkında delil yetersizliği nedeniyle beraatla sonuçlanan yargılamalara ve bu kapsamdaki tanık beyanlarıyla ceza yargılamasına konu suçların nitelik ve niceliklerine ve kişinin beraat ettiği fiilleri işlediği kabulünü içeren ifadelere yer verildiğini yine karara not etmiş Anayasa Mahkemesi.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, disiplin durumunu değerlendirirken, beraat kararına konu olan eylemler içinde yer aldığı kabul edildiğini ve disiplinsizlik durumunun bu kabule dayandırıldığını tespit etmiş. Sonuç olarak Mahkeme nihai değerlendirmesinde, kişilerin suçluluğu mahkeme kararıyla sabit olmadıkça, suçlu olduğu inancını yansıtan ifadelerin masumiyet karinesine saygı ilkesiyle bağdaşmayacağını ve masumiyet karinesini ihlal edeceği sonucuna ulaşmış.

Anayasa Mahkemesi kararının sonucunda öne çıkan bazı noktalar var. Öncelikle adli soruşturma sonucu beklensin ya da beklenmesin, adli soruşturmaya konu eylemler nedeniyle yürütülen disiplin soruşturmalarında, idari makamın disiplin cezasıyla ilgili bir sonuca ulaşırken, mutlaka bu durumu dikkate alması, yani kişinin hâlâ masumiyet karinesinden yararlandığının dikkate alınması gerektiğine yönelik bir ilke koyduğunu görüyoruz kararda. Yine Anayasa Mahkemesinin kararda kullandığı ifadelerle göre, bunun disiplin cezası vermeye engel teşkil etmeyeceği; ancak, kararda kullanılan ifadelerin beraat kararını sorgulayıcı, kişinin aslında o suçu işlediğine yönelik bir kanaate ulaştığını gösteren ifadelerden kaçınması gerektiği sonucuna ulaşıyoruz.

Eylem suç tanımına uymayabilir, fakat eylemi sabit olabilir aynı zamanda. Bu takdirde, bu karardaki ilkelere göre, disiplin hukuku çerçevesinde yasal bir karşılığı bulunduğu takdirde, bu eyleme ilişkin olarak disiplin yaptırımını uygulanmasına bir engel görünmüyor.

Yine suçun işlenmediğine dair bir karar verilmiş olabilir ceza yargılaması sonucunda. Buna rağmen ve disiplinsizlik durumu oluşturan başka bir olgu ve olay yoksa ve salt ceza yargılamasındaki işlenmediği vicdani kanaatine ulaşılan veya sanık tarafından işlenmediği sonucuna ulaşılan eylemden dolayı bir disiplin cezası uygulanırsa, yine bu masumiyet karinesi ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Bu noktada, delil yetersizliği nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş olabilir veya yine beraat kararı verilmiş olabilir. Burada, masumiyet karinesinin hâlen devam ettiğini az önce söyledim. Bu, masumiyet karinesinin yine başta ifade ettiğim bütünselliğiyle ilgili bir konu. Burada, sadece ceza yargılaması açısından bir sonuca varmakla kalmıyoruz, aynı zamanda bu eylemlerle ilgili idari aşamada, disiplin muhakemesinde veya disiplin muhakemesinin de-

vamı olan idari yargılama aşamasında da bu hususun dikkate alınması, gözden kaçırılmaması veya en azından bu durumla bağdaşmayan ifadelerden kaçınılması gerektiği sonucuna ulaşıyoruz.

Son olarak bu kararda temas edilmese de dolaylı olarak çıkardığımız bir ilke, Anayasa Mahkemesinin başka kabul edilemezlik kararları da var gerçi bu konuyla ilgili, ama kararı anlattığım için bu kararda yer vermediğimi söylüyorum, hükmün açıklamasının geri bırakılması meselesi var. Aslında bu da hüküm açıklanmadığı ve sonuçlarını doğurmadığı için, yine devam etmekte olan bir yargılamayla veya delil yetersizliğinden verilmiş beraat kararıyla bir farkı yok. Sadece mahkeme, kişinin bir eylemi işlediği konusunda bir vicdani kanaate varıyor, fakat ona ilişkin hükmünü açıklamıyor. O da bozucu bir şarta bağlı bir durum. Yani kişi suç işlediği zaman o bozucu şart gerçekleşmiş oluyor ve askıdaki durum ortadan kalkıyor, hüküm açıklanıyor ve mahkeme kararı bütün hüküm ve sonuçlarını doğuruyor.

Burada da yine hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına atıf yapılmadığı sürece, o karara konu olan eylemlerin vasıf ve niteliğine atıf yapılması bir problem oluşturmuyor masumiyet karinesi açısından. Ancak, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı sanki hüküm açıklanmış gibi değerlendirme yapılması da Anayasanın 38. Maddesi çerçevesine bir sakınca doğurabilir gibi gözüküyor.

Sonuç olarak toparlamak gerekirse, disiplin hukuku ve ceza hukukunun etkileşiminin sınırı, yani bütün bu anlattıklarımın benim ortaya koymak istediğim ana fikir, bu etkileşimin sınırı aslında masumiyet karinesine saygı ilkesi. Anayasa Mahkemesinin de bu örnek olarak verdiği kararında bu ilkeyi esas aldığını görüyoruz.

Benim aktarmak istediklerim bu kadar. Beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ederim. Hepinize saygılar sunuyorum.

**Dr. Selami DEMİRKOL-** Bu güzel konuşmasından ötürü biz teşekkür ederiz Sayın Recep Ünal'a.

Şimdi soru-cevap bölümüne geçiyoruz. Ekleme yapılmak istenilen bir konu varsa veyahut da soru şeklinde yöneltilecek bir konu varsa, lütfen katılımcılar isimlerini söyleyip, kendilerini tanıtır sorularını yöneltebilirler.

Buyurun.

**Prof. Dr. Ali ULUSOY-** Teşekkür ederim Sayın Başkan.

İzin verirseniz, Recep beyin sunuşuyla ilgili çok kısa bir değerlendirmede bulunmak istiyorum.

Tabii, ceza hukukuyla disiplin hukukunu birbiriyle karıştırmamak gerek. Alan tabii ki birbiriyle bağlantıda; ama disiplin hukukunu bütünüyle ceza hukuku ilkelerine tâbi tutarsanız, o zaman idare hukukunun bir alanı olarak kabul edilen disiplin hukukunu da temelden çökertebilirsiniz bir açıdan. Burada böyle bir risk var, yani çok hassas bir noktada olduğumuzu belirtmek istiyorum.

Anayasa Mahkemesi'nin Recep beyin belirttiği kararını ben de daha önce fark etmiştim, okumuştum ve açıkçası, Anayasa Mahkemesinin çok yanlış bir noktadan hareket ettiğini düşünüyorum bu kararında, zaten Mahkeme içinde de tartışılan bir karar olduğunu da biliyorum aynı zamanda. Bildiğiniz gibi, ceza hukukunda korunan değerle disiplin hukukunda korunan değer birbirinden farklı. Ceza hukukunda bütün toplum düzeni korunmaya çalışılıyor ve ceza hukukundaki yaptırımlarda, cezalarda tüm toplum düzenini ihlal eden bir fiile ilişkin bir yaptırım söz konusu. Ama idare hukukunda, disiplin hukukunda kurum içi düzen korunmaya çalışılıyor; yani bütün toplum düzenini korumakla ilgili bir endişe yok, o kurum içindeki çalışma düzeninin korunup korunmadığıyla ilgili bir problem var. Bir fiil ceza hukukunda cezalandırmaya yeterli görülmebilir, dolayısıyla ceza mahkemesi tarafından beraat edilebilir o fiil nedeniyle veya ceza hukuku açısından çok daha net, kesin deliller aranabilir; çünkü bunun cezası, tüm toplum düzenini ihlal etmeye ilişkin bir hapis cezası söz konusudur esas olarak. Ama aynı fiil ceza hukuku yönünden toplum düzenini ihlal ediyor görünmeyebilir, ama idare hukuku yönünden kurum içi düzeni ihlal edebilir. Yani bu iki mantığı birbiriyle karıştırmamak gerekiyor. Yani toplum düzenini bozacak kadar ağır bir fiil olmayabilir, ceza mahkemesi tarafından bu nedenle cezalandırılmayabilir o fiil; ama disiplin hukuku yönünden kurum içi düzeni ihlal etmiş sayılabilir yine de. Dediğim gibi, bu iki noktayı birbiriyle karıştırmamak gerekiyor.

Ben, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında, bu iki korunan değer açısından sanki biraz birbiriyle bir karıştırma, birbiriyle bir iç içe geçme olduğunu görüyorum ve oldukça sorunlu bir karar olduğunu düşünüyorum açıkçası. Tabii, hatadan dönmek de bir erdemdir. Benim düşünceme göre, inşallah bundan sonraki kararlarında Anayasa Mahkemesi bu konuda daha makul bir noktaya gelebilir. Gerçi, Recep beyin sunumundan anladığım kadarıyla AYİM'in gerekçesinde sanki ceza mahkemesi kararına rağmen, bu kimse ceza hukuku yönünden de suçlu bulunmuş gibi birtakım ifadeler var. Yani o ifadelerle ilgili de bir sıkıntı olduğunu anlıyorum gerçi ve nihai anlamda Anayasa Mahkemesinin belki biraz daha bu konudaki düşüncesini daha yumuşatabileceğine ilişkin bazı sinyaller de aldım; ama ben prensip olarak, ceza hukukuyla disiplin hukuku arasındaki korunan değer yönünden çok temel bir mantık farklılığı olduğunu dikkate alınması gerektiğini düşünüyorum. Bu şekilde bir kısa değerlendirme yapma ihtiyacı hissettim.

Teşekkür ediyorum.

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN-** Ben de efendim, Ali beyden sonra bu konuya bi katkıda bulunmak isterim. Belki Alman dostlarımızın Türk yargı sisteminin uygulaması hakkında da bilgi sahibi olması için faydalı olabilir.

Ben, Anayasa Mahkemesi kararından ziyade, bu konuda idari yargının tutumu ve Yargıtay'ın tutumu konusunda, yanlış hatırlamıyorsam bazı bildiklerimi değerlendirmelerinize sunmak isterim. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, beraatla aklanmanın aynı şey olmadığına dair çok uzun bir kararı var, beraat kelimesinin niçin aklanmayla eşanlamli kullanılamayacağına ilişkin, sadece bu sorunu tartışan. Zannediyorum 8-9 sayfa kadar bir karar. Buradaki tartışmaları Anayasa Mahkemesi değerlendirmiş olsaydı faydalı olurdu. Aynı şekilde, idari yargının da bu konuya ilişkin bir tutumunu hatırlıyorum. Disiplin soruşturmalarının ceza soruşturmasının sonucunu beklemesi gerekmediğinden, disiplin soruşturmasında aynı ithamla ilgili olarak ceza verilmiş ve idari yargıda da iptal edilmemişse, ceza davasında, suçu işlemediğinin sabit olması nedeniyle beraat etmesi hâlinde, bunu bir yargılamanın yenilenmesi gerekçesi olarak kabul ediyor, beraati da ayırıyordu. Delil yetersizliğinden olursa, yargılamanın yenilenmesi gerekçesini kabul etmiyor. Bunu da dikkate alması gerekirdi. Anayasa Mahkemesi bu alana müdahale ettiğinde, bu alana ilişkin önüne bir uyuşmazlık gelip karar vermek durumunda kaldığında, diğer yüksek yargı unsurlarını ve kararlarındaki unsurları en azından gördüğünü tartışmalarında ve gerekçesinde göstermesi gerekirdi, onları karşılaması gerekirdi diye düşünüyorum.

**Recep ÜNAL-** Öncelikle değerli fikirleriniz için teşekkür ederim. Ben de naçizane o kararın raportörüydim. Tabii ki kararlarımızı heyetimiz veriyor, biz sadece raporte etme sorumluluğuna kadarki kısmını üstleniyoruz.

Şimdi o kararın kaleme alınışında birebir çalıştığım için, şöyle bir şey söyleyebilirim: Sayın Ulusoy'un belirttiği ve siz Sayın hocamın belirttiği hususların hepsi gerek o kararda, o kararda olmasa bile daha önce verdiği kabul edilemezlik kararlarında yazıldı, yani ceza hukuku ve disiplin hukukunun farklı disiplinlere tâbi müesseseler olduğu belirtildi. Yine bireysel başvuru çerçevesinde yapılan denetimin eksiksiz bir denetim olmadığı, yani biz herhangi bir bireysel başvuruyu incelerken, bir temyiz mercii gibi bütün hukuka aykırılıkları inceleyemediğimizi ve bunu yaparken de yine mahkemenin ulaştığı sonuçla ilgili, yani Anayasadaki temel hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece mahkemenin ulaştığı sonuçla ilgili de bizim bir şey söyleyemeyeceğimiz bu karara dercedildi. Hatta bir kısımda da Yüksek Mahkemenin kullandığı bazı ifadelerin sorun oluşturduğu kararda belirtildi; dahası, disiplin makamının verdiği kararın da aslında masumi-

yet karinesine aykırı olmadığı; yani orada soruşturma tamamlanmadan bir karara ulaşıldığı, fakat bunda da bir problem olmadığı.

Lafı da çok uzatmak istemiyorum. Şöyle bir toparlamak gerekirse, aslında mahkemenin burada anayasal hak ihlali olarak gördüğü mesele, yüksek mahkemenin kullandığı dildi. Yoksa kişinin disiplin cezasıyla cezalandırılması ve bu cezanın hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşılmasıyla meşgul olmadı Anayasa Mahkemesi. O konunun kendisini ilgilendirmediğini üst paragraflarda ifade etti. Yani esas itibarıyla sizin belirttiğiniz hususlar kararlarda mevcut. Sadece kullandığı dil, üslup itibarıyla kişinin suçlu olduğu inancının yansıtılmasının sorun oluşturduğu. Ben de bunu kararın ana fikri yönünden ifade ettim. Yoksa kendi kişisel görüşüm olarak söylemiyorum, karardan edindiğim ana fikri size aktarmaya çalışıyorum.

Söyleyebileceğim şeyler bu kadar.

**Musa ALBAYRAK-** İstanbul İdare Mahkemesi eski Başkanı, şimdi Danıştay Üyesi. Ben de Sayın Ali hocamızın doktrinel ve Sayın Prof. Gülan hocamızın doktrinel yaklaşımına somut bir örnek vermek istiyorum. Yıllar önce basına da yansıdı, bir kamu görevlisi, devlet hastanesinde tabip, 657 sayılı Devlet Memurları Yasasının 125/E-G Maddesi uyarınca, yüz kızartıcı suç işlemekten dolayı devlet memuriyetiyle ilişkisi kesiliyor. Kendisi hakkında isnat edilen suç, organ ticareti yapmak. Türk Ceza Kanununa göre yapılan ceza yargılaması sonucu beraat kararı veriliyor, organ ticareti yapmadığı. Disiplin hukuku yönünden ise, yüz kızartıcı suç işlemiş olması nedeniyle devlet memuriyetinden ilişkisini kesme cezasıyla cezalandırılıyor. Biz İdare Mahkemesi olarak yaptığımız yargılama sonucunda tüm işlem dosyasını getirtirdik. Beraat kararına ve masumiyet karinesine somut örnek olsun diye söylüyorum.

Tıp doktorunun yaptığı faaliyet şu: Böbrek hastalarına, İstanbul'un varoş mahallelerine giderek, kahvehanelerde, kafeteryalarda, fahiş ücretler karşılığında böbreklerini vermeleri konusunda tıbben ikna etmek. Herhangi bir nakit alışverişi yok, nakit alışverişi tamamen hasta ile böbreğini verecek kişi arasında, kendisinin bu konuda bir menfaat temini yok ama tıbben varoşları gezerek, kafeteryaları gezerek, insanları tek böbrekle yaşayacakları konusunda tıbben ikna etmek. Her ne kadar ceza hukuku yönünden beraat kararı verilmiş olsa da, biz bunu disiplin hukuku çerçevesinde değerlendirerek, bir tıp mensubunun meslek kurallarını da ihlal ederek, devlet memuruna yakışmayacak bir hal ve harekette, özellikle yoksul vatandaşları ikna etmesinin bir kere vücut bütünlüğü yönünden, her ne kadar sağlık yönünden bir şey teşkil etmese de kamu görevlisinin yapmaması gereken bir davranış olarak değerlendirerek, verilen disiplin cezasını hukuka uygun bula-



rak iptal kararı verdik, bu kararımız da yüksek idare mahkememiz olan Danıştay tarafından da onanarak kesinleşti.

Somut bir örnek olsun diye söyledim. Doktrinel kısımları zaten sayın hocalarımız açıkladılar. Teşekkür ediyorum.

**Dr. Selami DEMİRKOL-** Buyurun Sayın Başkanvekilim.

**Dr. Alpaslan ALTAN-** Teşekkür ediyorum.

Tabii, disiplin hukukuyla ceza hukukunun farklı yaklaşımlara, prensiplere sahip olduğu konusunda tartışmalar yapıldı. Ama Recep beyin de ifade ettiği gibi, bu kararda vurgu yapılan şeydu: Yani daha önce aldığı disiplin cezaları da olmuş olmasına rağmen, ceza mahkemesi tarafından verilen beraat kararını sorgulayıcı nitelikte ifadelere yer verildiğinden dolayı bu kararda ihlal sonucuna varıldı. Bu karar verilirken şu denildi: “Şayet bu ifadeler olmasaydı ve ceza mahkemesinin kararı sorgulanmamış olsaydı, bu konuda herhangi bir ihlal yok denilecekti. Bu ihlalin giderilmesi için de Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin tekrar bir karar vererek, bu beraat kararını sorgulayıcı ifadelerini ortadan kaldırması şekliyle yine aynı sonuca varması mümkün olabilirdi” şeklinde bir yaklaşıma varıldı. Tabii, bu karar tartışıldı, o dönemde de tartışıldı. Ben, farklı disiplinler olduğu ve bu konuda çok fazla müdahil olunmaması gerektiği yönündeki düşünceye katılıyorum. Bu kararda benim imzam yok; olsaydı muhalif kalırdım. Ancak, Anayasa Mahkemesi bu karardan sonra yapılan başvurularda, bu farklı disiplinlerin farklı mantıklarına saygı duyulması gerektiği yönündeki düşüncüyü daha ağırlıklı gördü ve konuyla ilgili birçok kararlar verdik. Tabii, kabul edilemezlik olduğu için Resmi Gazete’de yayınlanmadı. Dolayısıyla bu karar biraz tartışmalı bir karardı. Ondan sonraki kararlarında, hem disiplin hukukunun, hem ceza hukukunun prensiplerine farklı bir şekilde yaklaşan kararlar verildi.

Teşekkür ederim.

**Dr. Selami DEMİRKOL-** Başka herhangi soru yönelten arkadaşımız var mı? Yok. O zaman, müsaadenizle, ben başka bir şey söylemek istiyorum bu konunun dışında.

2012 Aralık ayında Almanya Berlin’deydim. Berlin Adalet Bakanlığının davetlisi olarak Danıştay’dan ben katılmıştım. Başlık, ifade ve basın özgürlüğü konusuydu. İnsan Hakları Mahkemesinden uzmanlar da gelmişti. Şöyle bir saptama söylendi ki, bunu zaten biz AİHM istatistiklerinden de biliyoruz: Almanya, ifade ve basın özgürlüğü konusunda yargı organları nezdinde en az başvuruya sahip ülkelerden birisi, Strazburg yargı organı nezdinde. Bunun sebebi ise, Alman Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruyu çok etkin ve doğru bir şekilde kullanabiliyor olmasından kaynaklı. Bizim Anayasa Mahkememiz zaten rüştünü is-

patladı. İnşallah, bundan sonra çok iyi sonuçlar alacağız ve Alman Anayasa Mahkemesinin bu pratiğini biz de ileride Türk Anayasa Mahkemesi olarak göreceğiz.

Teşekkür ediyorum.

12.35'ti öngörülen süre, biz çok daha erken bitirdik. 13.35'te burada tekrar toplanıyoruz. Yemeğimiz var; bütün katılımcılar yemeğimize davetli.

Teşekkür ediyorum. Afiyet olsun şimdiden.

**3. OTURUM****İDARE HUKUKUNDA TOPLANTI VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ****Oturum Başkanı: Prof. Dr. Adem SÖZÜER**

**Prof. Dr. Adem SÖZÜER-** Öğleden sonraki ilk oturumumuz, bugünkü 3. oturumumuza başlıyoruz. İlk konuşmacı Prof. Dr. Ulrich BATTİS, Humboldt Üniversitesi'nde İdare Hukuku ve Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ve kolluk faaliyetleri hukuku konusunda sunumunu yapacak. Şimdi sözü kendisine bırakıyorum, buyurun.

**Prof. Dr. Ulrich BATTİS-** (Konuşmacı, konuşmasının yayınlanmamasına karar vermiştir.)

**Prof. Dr. Adem SÖZÜER-** Teşekkür ediyoruz.

Almanya'da kolluk, toplantı ve gösteri yürüyüşleri konusunda tarihte minik bir yolculuk yaptık ve oradan toplantı ve gösteri yürüyüşüne geldik. Gerçekten de bizim ülkemiz bakımından da çok önemli tartışılacak ipuçları gördük. Bunları tartışma bölümünde gündeme getireceğiz. Şimdi konumuza devam ediyoruz.

Yrd. Doç. Dr. Gülay Arslan Öncü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Öğretim Üyesi.

Gülay hanım; söz sizde.

**Yrd. Doç. Dr. Gülay ARSLAN ÖNCÜ-** Teşekkür ediyorum Sayın Hocam. Ben de herkesi saygıyla selamlıyorum.

Tebliğimin başlığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşme Sisteminde Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü Hakkı. Tebliğim çerçevesinde şunu yapmaya çalışacağım: Önce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları çerçevesinde toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına ilişkin genel tespitler, bu hakkın kullanımı esnasında gündeme gelecek bazı spesifik meselelere işaret etmek istiyorum, sonrasında da içtihatlarla ilişkin genel sonucumla tamamlayacağım.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. Maddesinde düzenlenir toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı. Buna ilişkin içtihatlarında tutarlı bir şekilde şuna işaret eder: "Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, demokratik bir toplumun temellerinden birisidir. Dolayısıyla demokratik bir toplum için son derece önemli bir haktır" der. Tabii, bu vurguyu yaparken, ifade özgürlüğü de sıklıkla aynı cümle içinde geçer. Bu iki hak, demokratik bir toplum bakımından son derece hayati ve önemli iki hak olarak karşımıza çıkıyor.

11. Madde, yansıda görüldüğü şekilde. 1. paragrafta, toplantı, barışçıl toplantı hakkı ve örgütlenme özgürlüğü; ikinci paragrafta ise, bu hakkın nasıl sınırlandırılacağına ilişkin sınırlama kılavuzu yer almakta. Görüleceği üzere, 11. Madde sadece barışçıl toplantı hakkını değil, bunun yanı sıra örgütlenme özgürlüğünü de düzenlemekte. Dolayısıyla iki ayrı hak bu madde çerçevesinde güvence altına alınmaktadır. Ancak, ben tebliğim çerçevesinde sadece barışçıl toplantı hakkı üzerinde duracağım. Yine maddenin lafzında sadece “Barışçıl toplantı” ibaresi geçmekte, fakat “Gösteri yürüyüşü” ibaresi geçmemekte. Dolayısıyla maddenin lafzında yer almayan gösteri yürüyüşü hakkı içtihatlarla ilk iki ibarenin içine, yani toplantı özgürlüğü içine yerleştirilmiştir.

Burada anahtar kelimelerden birisi, 11. Maddenin birinci paragrafında geçen bu barışçıl niteliğidir. Peki, bir gösteriyi barışçıl kılan nedir ya da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir gösterinin barışçıl olduğunu tespit ederken hangi ölçütleri kullanmaktadır? Burada iki ölçüt önemli. Bunlardan birincisi, gösteri yapacak olanların niyetidir. Dolayısıyla dikkate alınması gereken ilk ölçüt bu niyet ölçütüdür. İkinci ölçüt ise, gösteri başladıktan sonra göstericilerin ya da katılımcıların tutum ve davranışlarına bakarak, bir gösterinin barışçıl olup olmadığını karara bağlamaktadır.

Bu noktada şöyle bir soruyu sormak mümkün: Peki, bir gösteri barışçıl nitelikte değilse ya da şiddete başvuru, şiddetin kullanıldığı bir gösteriyse, 11. Madde çerçevesinde korunacak mıdır? Cevabı olumsuzdur. Şiddete başvuru gösterilen 11. Madde çerçevesinde korunmazlar. Bu tür bir başvurunun dağıtılmasından sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne bir dava geldiğinde, Mahkeme esasa ilişkin bir inceleme yapmaz, böyle bir başvuruyu “Kabul edilemez” kararıyla neticelendirir. Dolayısıyla şiddete başvuru gösteriler kural olarak 11. Maddenin korumasından ya da güvencesinden yararlanamaz.

Şiddet meselesinde bir diğer önemli nokta şudur: Kural olarak, toplantının şiddete başvurmayan, şiddet içermeyen, barışçıl bir toplantı olması gerekir; ancak, gösteri başladıktan sonra gösteri yapan gruptan bir kısmının, bir küçük grubun ya da bazı göstericilerin şiddete başvuru durumunda acaba gösteri şiddete başvuru bir gösteriyi mi dönüşecektir? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu noktada şunu söyler içtihatlarında ki bunlardan birisi mesela Ezelin v. Fransa kararıdır: Der ki, “Devletin bir pozitif yükümlülüğü vardır. Gösteri devam etmekteyken şiddete başvuruyla şiddete başvurmayanları ayırıştırma yükümlülüğü vardır. Dolayısıyla gösteri başladıktan sonra gruptan bir kesimin şiddete başvurmuş olması, tek başına o gösteriyi bütünüyle şiddet içeren bir gösteriyi çevirmez. Kolluk kuvvetlerinin, şiddete başvuruyla başvurmayanları ayırıştırması gerekir.” Yine Gün ve diğerleri v. Türkiye davası da buna örnek olarak gösterilebilir.

Dolayısıyla bu noktada kolluktan beklenen, şiddete başvurmuş olanların gruptan uzaklaştırılması; ancak, şiddete başvurmamış olan göstericilerin bu hakkını kullanmaya devam etme imkânına sahip olmasıdır.

Hakkın öznesi ve konusu bağlamında da şunlara işaret etmek isterim: Bu hakkın yararlanıcısı, bir devletin yargı yetkisine tâbi olan bütün kişilerdir. Gerçek kişiler kadar tüzelkişiler de bu hakkın yararlanıcısıdır. Önemli bir nokta şu: Bir devletin yargı yetki alanında hukuka aykırı şekilde bulunan kişiler de bu haktan yararlanabilir. Nitekim Fransa'ya karşı olan kimi davalarda, o ülkede yasadışı yollarla bulunan kişilerin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı engellenmiştir, sonrasında mahkemeye başvurmuşlardır ve Fransa aleyhine çıkan kararlar bulunmaktadır. Konusu noktasında şunun altını çizmek isterim: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. Maddeyle örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen 11. Madde arasında çok sıkı bir bağ kurmakta. Bu öylesine sıkı bir bağdır ki, örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen 11. Madde, ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. Maddenin özel hükmüdür, aralarında bir özel hüküm-genel hüküm ilişkisi vardır ve ikincisi birincisinin ya da ilkinin özel hükmü görünümündedir. Nasıl ifade özgürlüğünün konu bakımından sınırı çok darsa ya da tam tersten söylemek mümkün, ifade özgürlüğü konusu son derece geniştir, pek az şey ifade hakkının konusu kapsamı dışındadır; aynı şekilde de örgütlenme özgürlüğü herhangi bir amaçla, yani toplantı ya da gösteri yürüyüşü hakkı da herhangi bir amaçla yapılabilir. Son derece geniştir bu amaçlar. Barışçıl olduktan sonra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde ne amaçla yapıldığının çok da bir önemi bulunmamaktadır.

Konu bağlamında, azınlık gruplarının gösterileri meselesi önem arz etmekte. Burada bir kararın ayrıntılarını sizinle paylaşmak istiyorum. Barankevich v. Rusya kararıdır. Kararın olguları şöyle: Moskova yakınlarındaki bir şehirdeki Evanjelik kilisesi rahibi bir gösteri düzenlemek istiyor ve bunun için de ilgili makamlara bildirim süresi içerisinde başvurup, böyle bir gösteriyi yapmak istediği konusunda bildirimde bulunuyor. Yetkili makamlar izin vermiyor. Gerekçesi şu: “Sizin bu gösteriyi yapmayı planladığımız şehirdekilerin çoğunluğu başka bir mezhebe mensup kişilerdir. Sizin bu toplantı ve gösteri hakkınız çoğunluğu rahatsız edecektir” deniliyor. Bu sebeple bu Evanjelik kilisesine mensup kişilerin bu hakkı kullanmalarına izin verilmemiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelmiştir dava ve Mahkeme şunu söylemiştir: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin üzerinde temellendiği demokratik toplum, çoğulculuk, açık fikirlilik ve hukuk devletiyle nitelendirilen bir toplum düzenidir. Dolayısıyla çoğunluğun rahatsız olacağı endişesiyle böyle bir gösterinin yapılmasının engellenmesi, gösteri hakkını düzenleyen 11. Madde-

nin ihlalidir” demiştir. Hatta içtihatla şu vurgu da önemli: Azınlıklar bakımından toplantı hakkının kullanılması son derece önemli. Dolayısıyla onlar söz konusu olduğunda ayrıca dikkatli olmak gerekiyor.

Bir diğer önemli mesele, bildirim veya izin koşulu meselesi. Genellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne giden davalarda sorun arz eden hususlardan birisi bu. Şunu söylemek gerekir hemen baştan: Bildirim veya izin koşulu kural olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. Maddesine aykırı değildir. Bir devlet, ulusal mevzuatında, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı için bildirim veya izin şartını getirebilir. Dolayısıyla kural olarak Sözleşmeyle bağdaşır olduğunu söyleyebiliriz. Ancak, diğer taraftan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına bakıldığında, bu bildirim veya izin koşulunun aslında gösterinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi; yani herhangi bir olay çıkmadan, yumuşak bir şekilde yürütülmesi, kamu düzeninin sağlanması, trafiğin ve çevrenin düzenlenmesi için olduğu için ve yanı sıra da göstericilerin güvenliğini sağlamaya yönelik olduğu için, izin ve bildirim koşulunu bu çerçevede değerlendirmek gerekir. Bunun dışında herhangi bir amaca hizmet etmemektedir. Amaç, hem göstericilerin güvenliğini sağlamak, hem de kamu düzenini sağlamaktır. Dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir izin ya da bildirimde bulunulduğunda verilen bir ret kararının 11. Maddeye uygun olup olmadığını değerlendirdiğinde, şu iki hususa bakmaktadır: Bunlardan birincisi, izin ya da bildirim koşulu yerine getirilmeden gösteri yapılırsa verilecek cezanın ağırlığı meselesidir. Eğer cezası çok ağırsa, bildirim ya da izin koşulunu Sözleşme bakımından sorunlu hale getirmektedir. İkincisi, izin ya da bildirimde bulunuldu, ancak kamu makamlarından ret cevabı alındıysa, buna karşı gidilebilecek ve zamanında sonuçlanacak bir yargısal denetim mekanizması var mıdır? İzin ve bildirim koşulları bakımından bu son derece önemli.

Sayın profesör konuşmasında işaret etti, Alman Anayasa Mahkemesinin bir yeniliği olduğunu söyledi. Bu spontane gelişen, kendiliğinden gelişen gösteriler meselesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da konu olmuştur. Bukta ve diğerleri v. Macaristan davasının ayrıntılarını paylaşmak isterim. Söz konusu davada, Romanya Başbakanı Macaristan’a bir resmi ziyaret düzenliyor. Resmi ziyaretin günleri, Romanya’nın bir milli bayramına denk geliyor ve Romanya Başbakanı Macaristan’dayken -milli bayrama da denk geliyor oradaki ziyareti bir resepsiyon düzenleyerek bayramı kutlamak istiyor. Ancak, Romanya’nın o milli bayramının temelindeki sebep ya da vesilesi şu: 1918 yılında Macaristan’a bağlı olan Transilvanya’nın Romanya’ya bağlanmasının yıldönümüdür, o sebeple her yıl kutlanmaktadır. Tabii ki, bir kısım Macar vatandaşı durumdan rahatsızdır. Bunu haber alır almaz, Romanya Başbakanının resepsiyonu vereceği otelin önünde bir gösteri düzenlenir. Her şey son derece spontane bir şekilde gelişir, son

derece kendiliğinden gelişir ve tabii ki gösteri dağıtılır; çünkü bildirim şartına uyulmamıştır. 3 gün öncesinden bildirimde bulunulması gerekiyordu. İç hukuk yolları tüketildikten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelir bu dava. Mahkeme şunu söyler: “Öyle bazı durumlar olabilir ki, bu tür kendiliğinden, spontane gelişen gösterilere izin ya da bildirim koşulu gerçekleşmemiş olsa bile, buna hoşgörü göstermek gerekir, yapılmasına izin vermek gerekir; çünkü diğer türlü 11. Maddenin özünü zedeler. İki seçenek vardı; ya durumdan rahatsız olan kişiler gidip resepsiyonun yapıldığı otelin önünde gösteri yapacaklardı -eğer o gün o saatte yapılmazsa, artık bir daha yapılmasının şansı yok- ya da bu haklarını kullanmayacaklardı. Dolayısıyla durum bir spontane gösteri yapılmasını gerekli kılan bir aciliyet içeren bir durumdur. Dolayısıyla bu tür durumlarda kolluk kuvvetleri toplantı ya da gösterinin yapılmasına hoşgörü gösterme yükümlülüğü altındadır. Diğer türlü bu hakkı etkisiz hale getirecektir” demiştir.

Burada önemli bir nokta şu: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu kararını genişletmiştir, bir Türkiye davasıyla bu kararını genişletmiştir. Dava, Oya Ataman davasıdır. Oya Ataman’ın özelliği şu: Demin sizinle paylaştığım Macaristan davasından farklı olarak, ortada aslında bir aciliyet yok, spontane bir durum da yok. İnsan Hakları Derneği üyesi bir grup avukat, bildirim şartını gerçekleştirmedi Sultanaahmet Meydanı’nda bir toplantı düzenliyor. Konusu, F tipi cezaevlerine ilişkin bir protestoyu içeriyor. Saat 12.00 sularında protesto başlıyor. Saat 12.30’da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine davayı götüren Oya Ataman ve diğerleri en yakın karakolda ifadelerini vermiş, tutanaklar imzalanmış ve salıverilmek üzeredir. Süre son derece önemli. Mahkeme diyor ki, “Yarım saat içinde gösteri dağıtılmış, gösteriye katılanlar gözaltına alınmış, en yakın karakola götürülmüş, ifadeleri alınmış, tutanaklar imzalanmış ve salıverilmişler.” Yine şuna dikkat çekiyor: Şiddete bulaşmamış bir gösteri bu. Zaten 40-50 kişiden oluşan bir gösteri topluluğu, bir şiddete başvuru yok. Önce uyarı yapılıyor ve bir yasadışı gösteri; çünkü bildirim şartı gerçekleşmemiş” diyor polis. Tabii ki, gösteriye son verilmiyor. Yine Mahkeme şuna dikkat çekiyor: “Öğle saatleridir. Sultanaahmet Meydanı önemli bir meydan, trafik bakımından da önemli bir yer. Ancak, kamu düzeni aslında büyük ölçüde de bozulmuş değil. Trafik bir parça sekteye uğramış, ama zaten bu tür gösterilerin doğasında vardır kamu düzeninin bir parça bozulması ya da trafiğin sekteye uğraması. Dolayısıyla şiddete başvurulmamış olması, kamu düzeninin büyük ölçüde etkilenmemiş olması; ama diğer taraftan bu kadar kısa süre içerisinde gösterinin hemen sona erdirilmesini dikkate alarak, 11. Maddenin ihlaline karar vermiştir. Önemi şurada yatmakta: Bildirim şartı gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla şöyle bir sonuca varmak mümkün: “Bildirim şartı gerçekleşmemiş olsa bile, eğer gösteride şiddete başvurulmamışsa, kolluk kuvvetleri hoşgörü göstermek yükümlülüğü altındadır. En azından basın açık-

lamasının yapılmasına müsaade edilmesi gerekirdi” diyor Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. Bu açıdan son derece önemli bir karar.

Mekân ve zaman bakımından, genelde ulusal mevzuatlarda birtakım sınırlandırmalar vardır. Bizim ulusal mevzuatımızda da var. Sayın hocam zannediyorum değinecek. Belirli mekânlar yasaktır, belirli zaman dilimleri içinde yapılması gerekir. Kural olarak yine bu tür sınırlamalar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. Maddesine aykırı değildir. Ancak, diğer taraftan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi DİSK ve KESK’in götürdüğü davada şuna işaret ediyor: Bazı mekânlar o gösteri bakımından özel bir anlam arz ediyor ya da içeriyor olabilir. İşte bu tür durumlarda o tür mekânlara da izin vermek gerekebilir. Bu hakkın kullanım şekilleri, biçimleri konusunda bir sınır olmadığını söylemek mümkün; yürüyüş şeklinde olabilir, oturma şeklinde olabilir. Hatta sosyal yönü bulunan sergi, konser, fuar, seminer, resepsiyon şeklindeki etkinlikler de yine toplantı ve gösteri hakkının kullanım şeklidir.

Önemli bir diğer mesele, bu karşıt gösteriler meselesidir. Bazen bir gösteri devam etmekteyken, buna karşı bir başka gösteri hemen devreye sokulabilir ya da düzenlenebilir. Peki, bu tür durumlarda ne yapılacak, kolluk iki gösteriyi birden mi dağıtacak? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne bu minvalde davalar gelmiştir. Mahkeme diyor ki, “Hayır, kolluk kuvvetleri iki gösterinin de barışçıl bir şekilde sürmesini temin edecek önlemler alma yükümlülüğü altındadır. Karşıt gösteri yapılacak olma ihtimali, bir gösteriye izin verilmemesi noktasında bir gerekçe olarak kullanılamaz.

Cezai yaptırımlar meselesi önemli. Türkiye’den giden davalar bakımından da sorun arz eden hususlardan birisi budur: Genelde Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununa muhalefetten verilen cezaların ağırlığı meselesi, ağır olması. Mahkeme diyor ki, “Bu tür cezalar bir caydırıcı etki yaratıyor, benzer şekildeki toplantılara ya da gösterilere katılmama yönünde bir refleks geliştirmeye başlıyor bireyler. Dolayısıyla verilen cezalar böylesine bir caydırıcı etki yaratacak düzeye gelmemelidir.” Yine Akgöl v. Türkiye davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi şuna işaret ediyor: “Barışçıl gösterilere cezai yaptırım uygulanmamalı. Bildirim şartına uymayan barışçıl bir gösteri, bu açıdan yasadışı olan bir gösteri dağıtıldıktan sonra, bu gösteriye katılanlara ceza verilmemesi gerekir. Aksi durumda caydırıcı etki yaratır.”

Sabrınız için çok teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Adem SÖZÜER-** Ben teşekkür ederim.

Düzenleyici olarak bizim bir hatamız olmuş. İki konuşmacıya da aynı konu verilmiş. Konuşmacılardan biri bu değişikliği fark etmediği için aynı konuda bu



aslında bir şans. Dolayısıyla yazdıklarını değil, aslında söylemek istediklerini söylemek için bir fırsat olarak değerlendiririz inşallah, tartışmada da daha çok sorularla ilgili söz vermeye gayret ederiz.

Doç. Dr. Nur Kaman, İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdari Hukuk Öğretim Üyesine söz veriyorum.

Buyurun.

## **TÜRK HUKUKUNDA TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ HAKKI**

**Doç. Dr. NUR KAMAN\***

### **I. Türk Pozitif Hukuk Düzenlemelerinde Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı**

Toplantı ve gösteri yürüyüşü, Türk Hukukunda anayasal bir hak olarak, Anayasa'nın 34. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; 'Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırsız, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.' Anayasa hiçbir ayırım gözetmeden bu hakkı herkese tanımış ve tek şart olarak silahsız ve saldırsız yani barışçıl olmasını aramıştır. Anayasanın 34. maddenin 2. fıkrasında ise milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının sınırlandırılabilceği haller olarak sayılmıştır. Anayasanın belirlediği bu sınırlı sayıda amaçla hakkın sınırlandırılması ise ancak kanunla yapılabilir.

2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkında Kanunun 2. maddesinde, toplantı ve gösteri yürüyüşü, belirli konular üzerinde halkı aydınlatmak ve bir kamuoyu yaratmak suretiyle o konuyu benimsetmek için gerçek veya tüzel kişiler tarafından düzenlenen, açık veya kapalı yerlerde yapılabilen etkinlikler olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün toplu ve özel bir şekilde kullanılması anlamına gelen toplantıların veya gösteri yürüyüşlerinin amacı, bir yandan kişilerin bir konu hakkındaki düşüncelerinin başkaları tarafından bilinir hale gelmesi ve kabul görmesi iken, diğer yandan bu düşüncelerin benimsetilmesi için karar organlarına baskı kurma hedefi vardır. Bu amaçlara ulaşılabilmesi için öncelikle toplantının veya gösteri yürüyüşünün kamuoyu tarafından fark edilmesini sağlayacak koşulların oluşması gerekir ki, bunun ön koşulu uygun yer ve zaman seçimidir.

Toplantı ve gösterilerin nerede yapılabilceği, 6529 sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun<sup>1</sup> ile yapılan değişiklik öncesinde, doğrudan doğruya mülki idari amirlerce belirlenmekteydi. Yerel halkı ilgilendiren konular da dahil olmak üzere tüm toplantıların yerinin, merkezi idarece atanan amirlerce belirlenmesinin, demokratik bir hakkın kullanılması açısından yaratacağı sorunlar nedeniyle eleştiri-

\* Konuşmacı tarafından bilimsel makale olarak teslim edilmiş olan bildiri metni, hakem denetiminden geçirilmiş olup "hakemli makale" olarak yayımlanmaktadır. Metnin sonrasında yer alan soru ve cevap kısmı, tarafımızdan ses kaydının çözümü yapılmak suretiyle bu kısma eklenmiştir.

<sup>1</sup> RG. T.13.3.2014, S.28940.

rilebilecek bu hüküm, 2911 sayılı Kanunun 6. maddesi ile değiştirilmiştir. Buna göre artık toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapılabileceği yerler; TBMM’de üyesi bulunan siyasi partilerin il ve ilçe temsilcileri ile güzergâhın geçeceği ilçe ve il belediye başkanlarının, en çok üyeye sahip üç sendikanın ve kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının il ve ilçe temsilcilerinin görüşleri alınarak belirlenecektir. Ancak yeni düzenlemeye göre de mülki idari amirler bu görüşlerle bağlı değildir, toplantı ve gösteri yürüyüşünün yapılabileceği yerleri belirleme yetkisi yine tek başına mülki idari amirlere aittir.

2911 sayılı Kanun gereğince, hangi meydan ve açık yerlerde veya yollarda toplantı veya gösteri yürüyüşü yapılabileceği, bu toplantı ve yürüyüş için toplanma ve dağılma yerleri ile izlenecek yol ve yönler önceden kararlaştırılarak duyurulmak zorundadır. Bu yerler hakkında sonradan değişiklik yapılması halinde ise yapılan değişiklikler duyurudan on beş gün sonra geçerli olacaktır. Toplantı yerlerinin tespitinde Kanunun 6. maddesi ile getirilen eski sınırlama sebepleri, gidüş gelişin ve güvenliğin bozulmaması ile pazarların kurulmasına engel olunmaması iken 6529 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, toplantı ve gösteri yürüyüşü yer ve güzergâhının kamu düzenini ve genel asayiş bozmayacak ve vatandaşların günlük yaşamını zorlaştırmayacak şekilde belirlenmesi gerektiği yönünde düzenleme yapılmıştır. Öte yandan, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin amacına ulaşabilmesi için düzenlendiği yerlerin; hakkın kullanımını zorlaştırmayacak, katılmak isteyenlerin toplu ulaşım araçlarıyla ulaşabilecekleri ve hedeflenen kitlenin yanı sıra halkın ve medyanın dikkatini çekebilecek nitelikte yerler olması gereklidir. Bu nedenle kamu düzeni, genel asayiş, vatandaşın günlük yaşamı gibi sınırlama ölçütleri, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının içeriğini boşaltmayacak şekilde yorumlanmalıdır. Örneğin yeni yasa ile getirilen ölçütlerden biri olan vatandaşın günlük yaşamının aksamaması, özellikle büyük kentlerde yapılan geniş katımlı toplantılarda mümkün değildir. En azından trafik akışının aksayacağı açıktır. Ancak yaya ya da araç trafiğinin aksaması, kimi zaman toplantı ve gösteri yürüyüşünde istenen ya da kaçınılmaz bir sonuçtur. Kamuya açık bir alanda düzenlenen bir gösterinin, her koşulda, bir şekilde, hayatın genel akışı üzerinde bir karışıklığa ve tepkiye sebebiyet vereceği açıktır<sup>2</sup>. Bu nedenle yer tespitinde kullanılan kamu düzeni, genel asayiş gibi soyut ve sübjektif nitelikteki kısıtlama sebepleri hakkın kullanımına engel olma riski taşımaktadır. Ayrıca 2911 sayılı Kanunun 22. maddesinde ‘Yasak Yerler’ başlığı altında sayılan; genel yollar, parklar, mabetler, kamu hizmeti görülen tesisler ve bunların eklentileri, TBMM’ne bir kilometre uzaklıktaki alan ve şehirlerarası yollarda toplantı veya gösteri yürüyüşü yapıl-

<sup>2</sup> ERYILMAZ, Mesud Bedri, *İdari Kolluk Uygulamaları ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Ankara 2011, s. 41.

masının doğrudan, istisnasız yasa ile yasaklanması ve kanuna aykırı sayılması, olayın özelliğine ve verilmek istenen mesajın niteliğine göre toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanılmasını imkansız hale getirebilecektir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlenebileceği zaman konusunda ise 2911 sayılı Kanunun 7. maddesinde 6529 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, açık yerlerdeki toplantı ve gösteri yürüyüşlerine güneş batmadan öncesine, kapalı yerlerde ise saat 24.00'a kadar izin verilmiştir. Yeni düzenlemenin eskisinden farkı yalnızca 1 saat fazla süre tanınmasıdır. Bu saatler dışında yapılan toplantılar ve gösteriler kanunsuz sayılmaktadır. Toplantı yeri konusunda olduğu gibi zaman konusunda da toplantı veya gösterinin amacını ve kapsamını gözeterek esnek davranmak yerinde olacaktır. Kanundaki ifadeden, kanun koyucunun dağılmadan bir günden fazla sürebilecek bir toplantıyı öngörmediği anlaşılmaktadır. Ancak toplantı ve gösteri hakkını kullananların, seslerini duyurabilmeleri için gerekli olan makul sürenin tanındığının söylenebilmesi için, kimi zaman kanunla belirlenen bu sürelerin aşılması gerekebilir. Bu konuda kesin sınırlamalar getirmek yerine konunun ve toplantının özelliğine göre yetkililere takdir hakkı tanıyacak düzenlemelerin yapılması yerinde olacaktır.

Anayasa gereği toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılabilmesi için izin alınmasına gerek yoktur. Ancak 2911 sayılı Kanunda bildirimde bulunma şartı getirilmiştir. Toplantının yapılmasından en az 48 saat önce, toplantının yapılacağı yerin bağlı bulunduğu mülki idare amirliğine; toplantının amacını, toplantının yapılacağı yer, gün ve saati ve düzenleme kurulunun açık kimliklerini içeren bir bildirimde bulunma zorunluluğu vardır. Bildirim verilmeden yapılan toplantılar ve gösteri yürüyüşleri, 2911 sayılı Kanunun 23. maddesine göre Kanuna aykırı sayılmaktadır ve 24. maddeye göre dağıtılabılır. Bu durum kimi zaman kendiliğinden oluşan toplantı ve gösterileri kanunsuz kılmaktadır. Ülkemizde çok sık yaşandığı üzere, gündemin çok hızlı değiştiği durumlarda, o an düşüncelerini açıklama, tepki verme ihtiyacı duyan toplulukların barışçıl eylemlerinin sırf bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle kanunsuz olarak değerlendirilmesi ve dağıtılabilmesi yerinde değildir.

Toplantının ertelenebilmesi için gerekli sebepler, Anayasa m. 34/2'ye paralel olarak, 2911 sayılı Kanun'un 17. maddesinde sayılmıştır. Buna göre millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin engellenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla belirli bir toplantı, bir ayı aşmamak üzere mülki idari amirlerce ertelenebilmektedir. Suç işleneceğine dair açık ve yakın bir tehlikenin mevcut olması halinde ise toplantının yasaklanması da mümkündür. Kanunun 18. maddesinin 1. fıkrasında, gerekçeli erteleme kararının en az 24 saat önce, yazılı olarak, düzenleme kuruluna

tebliğ edilmesi gerektiği düzenlenmesine rağmen, 2. fıkrada, 24 saat önce tebliğ şartı aranmaksızın, hangi hallerde erteleme ve yasaklama kararının alınabileceğinin yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin<sup>3</sup> 23. maddesine baktığımızda ise Kanunun 17. maddesinde genel erteleme sebepleri olarak gösterilen koşulların Yönetmelikte, doğrudan tebliğ şartı aranmaksızın erteleme ve hatta yasaklama sebebi olarak gösterildiğini ve Kanunda getirilen erteleme süresi 1 ay olmasına rağmen Yönetmelikte bu sürenin 2 aya çıkarıldığını görmekteyiz. Kanuna aykırı olarak genel düzenleyici işlem ile getirilen hakkın kısıtlanmasına yönelik bu düzenlemelerin hukuka aykırı olduğu açıktır.

Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin hangi hallerde kanuna aykırı sayılacağı 2911 sayılı Kanunun 23. maddesinde oldukça geniş bir şekilde düzenlenmiştir. Örneğin bildirim verilmeden, bildirilen gün veya saat dışında yapılan, mülki amirlerce belirlenen yerlerden farklı yerlerde yapılan ve Kanunda aranan şekil ve usul şartlarına uyulmadan düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşleri ile kanunların suç saydığı maksatlar için yapılan toplantı ve gösteri yürüyüşleri kanunsuz sayılmıştır. Kanuna uygun olarak başlayan ancak daha sonra 23. maddede belirtilen kanuna aykırı sayılan durumlardan birinin gerçekleşmesi sebebiyle kanuna aykırı hale gelen bir toplantının veya gösterinin Kanunun 24. maddesine göre dağıtılması gerekir. Bunun için öncelikle topluluk uyarılmalıdır. Uyarıya rağmen topluluk dağılmazsa kolluk güçlerine zor kullanarak dağıtma yetkisi verilmiştir. Kolluk güçlerine, korudukları yerlere veya kişilere karşı fiili saldırı veya kolluk güçlerine karşı koyma söz konusu ise Kanun, ihtara gerek olmaksızın zor kullanma yetkisi de tanımaktadır. Bu konuda uygulamada en sık rastlanan sorun, kolluk güçlerinin orantısız müdahalesidir.

## **II. Türk Hukukunun İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihadı Kapsamında Değerlendirmesi**

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, 1982 Anayasasından farklı olarak İHAS'de ayrı bir madde olarak değil 11. maddede örgütlenme özgürlükleri ile birlikte düzenlenmiştir. Sözleşmede örgütlenme özgürlüğü içinde yer alan dernek kurma, sendikal haklar, siyasi parti özgürlükleri ve toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, ifade özgürlüğünün özel kullanım şekilleri olarak kabul edilmektedir<sup>4</sup>. İHAS'de ve İHAM kararlarında toplantı ve gösterinin ne olduğu konusunda bir tanım yapılmamıştır. Ancak toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, bireysel koruma sağlayan bir hak olsa da 11. madde kapsamında değerlendirilebilmesi için birden

<sup>3</sup> RG, T. 8.8.1985.

<sup>4</sup> TANYAR, Ziya Çağa, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı', AÜHFHD, 60(3) 2011, s. 597,598.

fazla kişinin grup olarak ortak eylemi gerekmektedir. İfade özgürlüğünün kullanıldığı bireysel gösteriler, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı kapsamında değerlendirilmemektedir. Toplantının ve gösterinin ne şekilde, nasıl yapıldığı ve amacı önemli değildir, önemli olan herhangi bir konuya ilişkin düşüncenin toplu olarak açıklanmasıdır. Toplu yürüyüşler, oturma eylemleri, bir bina veya meydanın işgali gibi eylemlerin yanı sıra sergi, konser, fuar, seminer, resepsiyon gibi etkinlikler de İHAM uygulamasında 11. madde kapsamında ele alınmaktadır<sup>5</sup>.

Toplantı veya gösterinin İHAS 11. madde kapsamında değerlendirilebilmesi için bir diğer önemli nokta, barışçıl olmasıdır ki Anayasanın 34. maddesinde 'silahsız ve saldırısız' olarak ifade edilmektedir. Toplantı ve gösteri hakkının tanınmasının amacı, demokratik toplumlarda kişilerin fikirlerini serbestçe açıklamaları olduğundan, farklı fikirlerdeki kişilere şiddet yoluyla baskı kurmayı hedefleyen toplantı ve gösteriler maddenin koruma alanında değildir. Şiddet içerdiği açık olan toplantı ve gösterilere müdahale sonrası İHAM'a başvurulması halinde, esasa girilmeksizin kabul edilmezlik kararı verilmektedir<sup>6</sup>. İHAM, toplantı veya gösterinin barışçıl olup olmadığını tespit için hakkı kullanan kişilerin niyetini, toplantı ve gösteri öncesi ve sonrasındaki tutum ve açıklamalarına bakarak değerlendirmektedir<sup>7</sup>. Toplantı veya gösteriye katılanların bir kısmının şiddete başvurusu halinde ise İHAM, başvurusunun bireysel olarak şiddet hareketlerine katılıp katılmadığına ve yer yer görülen şiddet hareketinin toplantı ve gösteri yürüyüşünün genel olarak barışçıl karakterini ortadan kaldırıp kaldırmadığına dikkat etmektedir. Ayrıca toplantı veya gösterinin barışçıl niteliğini kaybettiğini iddia eden Hükümete bunu ispat yükümlülüğü getirilmektedir<sup>8</sup>.

İHAS madde 11 çerçevesinde devletin hem negatif hem de pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Devlet, negatif yükümlülüğü kapsamında öncelikle, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kullanmak isteyenlere müdahale etmemeli ve saygı göstermelidir. Pozitif yükümlülük çerçevesinde ise toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kullanmak isteyenler korunmalıdır<sup>9</sup>. Örneğin pozitif yükümlülüğü gereği devlet, bir toplantı veya gösteri sırasında farklı görüştekilerin hakkın kullanılmasını engelleme ihtimallerine karşı gerekli önlemleri almalıdır. Karşıt

<sup>5</sup> Djavit An./Türkiye, (20652/92), 20.02.2003.

<sup>6</sup> Kartal/Türkiye, (29768/03), 16.12.2008.

<sup>7</sup> AKBULUT, s. 383.

<sup>8</sup> TANYAR, s. 610; Protopapa/Türkiye, (16084/90), 24.02.2009; Asproftas/Türkiye, (16079/90), 27.5.2010; Petrakidou/Türkiye, (16081/90), 27.5.2010; G./Almanya, (13079/87), 6.3.1989; Ezelin/Fransa, (11800/85), 26.4.1991.

<sup>9</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. BOYAR, Oya, 'Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki', İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Ed. Sibel İnceoğlu, İstanbul 2013, s. 53 vd.

göstericiler de aslında 11. maddenin güvencesi altında olduklarından, yetkililer her iki grubun da toplantı ve gösteri yürüyüşü yapabilmesine imkân veren ortamı sağlamalıdır<sup>10</sup>. Devletin öncelikli görevi burada şiddet hareketlerinin önlenmesine yönelik tedbirleri almaktır. Şiddete başvuran grup artık 11. madde kapsamında koruma görmeyeceğinden, kolluk kuvvetlerinin orantılı müdahalesi diğer grubun hakkını kullanabilmesi açısından önemlidir. İHAM, karşıt göstericilerin varlığını veya şiddet kullanma ihtimallerinin yüksekliğini genel bir yasaklama getirmek için yeterli görmemektedir. Karşıt göstericiler arasında şiddet hareketlerinin ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu her durumda toplantı ve gösteri yürüyüşünün yasaklanması halinde, toplumun farklı görüşler üzerine bilgi alma hakkı sekteye uğrayacağından, Mahkeme genel bir yasaklama getirmek yerine, iki gösterinin de barışçıl bir şekilde yerine getirilebilmesi için gerekli önlemler alınması gerektiğini söylemektedir<sup>11</sup>. Planlanmış bir gösteriyi katılımcıların güvenliği ile ilgili kaygılar nedeniyle yasaklamak yerine koruma sağlamak gerekir. Barışçıl bir tehlikenin yasaklanması, ancak makul ve uygun tedbirlerle engellenemeyecek gerçek bir kargaşa tehlikesi varsa meşru kabul edilebilir<sup>12</sup>.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılabilmesi için Türk Hukukunda aranan bildirim usulü, İHAM'nce hakkın kısıtlanması olarak görülmemektedir<sup>13</sup>. Anayasa Mahkemesinin de bu yönde kararı bulunmaktadır<sup>14</sup>. Ancak izin veya bildirim sisteminin, yetkililerce toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını ortadan kaldırmaya yönelik gizli bir engel olarak da kullanılmaması gerekir<sup>15</sup>. İHAM'a göre, izin ya da bildirim sisteminin varlığı, hakkın kullanımının kolaylaştırılması içindir<sup>16</sup>. Devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında toplantı ve gösterinin gerçekleştirilmesi için hazırlık yapılabilmesi amacıyla bildirimde bulunulması talep edilebilir. İHAM'nin bu yorumuna aykırı olarak, 2911 sayılı Kanun bildirimde bulunulmadan yapılan toplantıyı dağıtılması gereken kanuna aykırı toplantı olarak düzenlemektedir. Uygulamada da bunun pek çok örneği görülmektedir. Ancak İHAM, barışçıl olmak şartıyla, bildirim veya izin usulüne uyulmaksızın gerçekleştirilen toplantı ve gösterilere, yetkililerin hoşgörülü yaklaşımları gerektiğini düşünmektedir<sup>17</sup>. Özellikle yetkililere önceden haber verilmeksizin gerçekleştirilen barışçıl

<sup>10</sup> TANYAR, s. 611; Djavit An/Türkiye, (20652/92), 20.2.2003; United Macedonian Organisation Ilinden and Ivanov/Bulgaristan, (44079/98), 20.10.2005.

<sup>11</sup> Öllinger/Avusturya, (76900/01), 29.06.2006.

<sup>12</sup> HAMMARBERG, Thomas, Avrupa'da İnsan Hakları, İstanbul 2012, s.269.

<sup>13</sup> Rune Andersson/İsveç, (12781/187), 13.12.1998; Slawomir Skiba/Polonya, (10659/03), 07.07.2009.

<sup>14</sup> AYMK, E. 1962/208, K. 1963/1, T. 04.01.1963.

<sup>15</sup> Balçık ve Diğerleri/Türkiye, (25/02), 29.11.2007.

<sup>16</sup> Sergey Kuznetsov/Rusya, (10877/04), 23.10.2008.

<sup>17</sup> Bukta ve diğerleri/Macaristan, (25691/04), 17.07.2007.

toplantı veya gösterilerin, sırf bu sebeple ve göstericilerin hiçbir şekilde kendilerini ifade etmelerine izin verilmeksizin, güç kullanılarak dağıtılması halinde, 11. maddenin ihlal edildiği sonucuna varılmaktadır<sup>18</sup>.

2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamında yapılacak toplantılarda en az yedi kişiden oluşan bir düzenleme kurulunun bulunması aranmaktadır. Anayasa Mahkemesi, yediden az kişinin düşüncelerini topluca açıklama haklarının doğal olarak mevcut olduğunu söyleyerek, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı altında değil, ifade özgürlüğü kapsamında koruma sağlamaktadır<sup>19</sup>. Yargıtay'ın ise basın açıklamalarını ifade özgürlüğünün topluca kullanımı olarak nitelendiren ve bu nedenle Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununa aykırı olarak düzenlendiği gerekçesi ile katılımcılara ceza verilemeyeceği yönünde kararı bulunmaktadır<sup>20</sup>. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme kararlarına göre, bir grubun basın bildirisi okuyabilmesi için Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununda aranan düzenleme kurulu teşkili, bildirimde bulunma gibi şekil şartlarını yerine getirme yükümlülüğü bulunmadığından, Kanunda öngörülen yaptırımlar da devre dışı kalmaktadır. Bu yorumla Anayasa madde 34'de düzenlenen hakkın kullanımı, İHAS kapsamında düzenlenen toplantı ve gösteri hakkı yönünde genişlemektedir<sup>21</sup>.

2911 sayılı Kanun yalnızca mülki idare amirince belirlenen alanlarda toplantı yapılmasına izin verdiği gibi ayrıca belli mekânlara da yasak getirmektedir. Danıştay'ın da belirlenen yerler dışında yapılmak istenen toplantılara izin verilmemesini hukuka uygun bulan kararları bulunmaktadır<sup>22</sup>. Yer adı verilerek yasaklama yoluna gidilmesi İHAM'ne göre yerinde değildir. Kimi zaman toplantının veya gösterinin amacı, doğrudan sayılan yerlerle ilgili olabileceğinden ancak bu yerlerde yapılan gösteriler ile hakkın amacına uygun kullanılabildiğinden bahsedilebilir. Örneğin İHAM, DİSK ve KESK tarafından yapılan başvuruda, Taksim meydanının sendikalar açısından önemine dikkat çekmiştir<sup>23</sup>. Dolayısıyla yer adı sayılarak yasaklamak yerine, somut olarak toplantının amacı, şekli, süresi, katılımcı sayısı, güvenlik açısından gerektirdiği önlemler ve o mekânda toplantı ve gösteri yürüyüşünün yapılmasının engellenmesi ile hakkın özüne dokunup dokunulmayacağı gibi konuların dikkate alınması gerekir. Örneğin halkın iradesini yansıttığı meclis önünde yine halkın iradesini açıklama yöntemi olan toplantı ve

<sup>18</sup> Ataman/Türkiye, (74552/01), 5.12.2006.

<sup>19</sup> Naklen, AKBULUT, s. 385.

<sup>20</sup> Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E. 2001/9056, K. 2002/2381, T. 06.03.2002.

<sup>21</sup> AKBULUT, s. 385.

<sup>22</sup> Danıştay 10. Daire, E. 1990/2741, K. 1992/3233, T.24.09.1992.

<sup>23</sup> DİSK ve KESK/Türkiye, (38676/08), 27.11.2012.



gösteri yürüyüşünün yasaklanmasını demokratik bir toplumda gerekli bir tedbir olarak görmek güçtür<sup>24</sup>.

İHAS m.11/2 ve İHAM kararlarına uygun olarak Türk mevzuatında da toplantı ve gösteri hakkına getirilen sınırlamaların kanunla düzenlenmesi ve ön-görülebilir olması aranmaktadır. Anayasa madde 34/2'ye paralel olarak İHAS m.11/2'ye göre; toplantı ve gösteri yürüyüşü hakları, demokratik bir toplumda gerekli olma ölçütü gözetilmek şartıyla, söz konusu maddelerde sınırlı sayıda sayılan amaçlarla sınırlanabilmektedir. İHAM kısıtlama sebeplerinin dar yorumlanması gerektiğini savunmaktadır. İHAM, özgürlüğün kısıtlanmasının gerçekten acil sosyal bir ihtiyaca cevap verip vermediğini ve kısıtlamanın kısıtlamayla ulaşılmak istenen amaçla orantılı olup olmadığını değerlendirmektedir<sup>25</sup>. İHAS'nin 17. maddesi gereğince, Sözleşmedeki hiçbir hüküm, devlete Sözleşmede koruma altına alınan hak ve özgürlükleri yok etme yetkisi vermediğinden, Sözleşmenin 11. maddesinin 2. maddesinde yer verilen meşru amaçlar, her olayın özelliğine göre değerlendirilerek, yapılması gerekiyorsa orantılı bir kısıtlamaya gidilmelidir. İHAM, sadece toplantı ve gösterilere izin vermeme ya da müdahaleyi değil, toplantı ve gösterilere katılanların sonradan cezalandırılmasını da m.11/2 kapsamında değerlendirmektedir<sup>26</sup>.

Anayasa'nın 34. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının sınırlandırılmasının ve hakkın kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usullerin kanunla gösterileceği düzenlenmektedir. İlk başlık altında da değinildiği üzere, 2911 sayılı Kanunun 23. maddesinde, toplantı ve gösteri yürüyüşünün hangi hallerde kanuna aykırı olacağı sayılmıştır. Burada dikkati çeken nokta, toplantının ve gösteri yürüyüşünün düzenlenmesine ilişkin şekli koşulların eksikliğinin dahi toplantının kanunsuz olarak nitelendirilmesine yeterli olması ve kolluk güçlerinin müdahalesini kanuna uygun kılmasıdır. Ancak İHAM, iç hukuka uygun yapılmayan toplantı ve gösterilere, barışçıl olmayan toplantı ve gösteri kisvesi altında yapılan müdahaleleri onaylamamaktadır<sup>27</sup>. 2911 sayılı Kanun ise bazı durumlarda toplantıyı kanuna aykırı kılan usule ilişkin düzenlemeler nedeniyle dahi hapis cezası öngörmektedir. Örneğin 2911 sayılı Kanun m.28'e göre, düzenleme kurulu üyelerine toplantıya gelmemeleri halinde hapis cezası verilebilmektedir. Anayasa Mahkemesi, önüne gelen bir davada sadece toplantıya gelmeyen üyelerin cezalandırılması gerektiği sonucuna varmış<sup>28</sup> ancak katılma-

<sup>24</sup> AKBULUT, Olgun, 'Toplantı ve Gösteri Özgürlükleri', İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Ed. Sibel İnceoğlu, İstanbul 2013, s. 389.

<sup>25</sup> TANYAR, s. 625.

<sup>26</sup> Ezelin/Fransa, (11800/05), 26.04.1991.

<sup>27</sup> AKBULUT, s. 391.

<sup>28</sup> AYMK, E. 2004/90, K. 2008/78, T. 11.03.2008.

yan üye için öngörülen cezanın orantılılığı veya tek bir düzenleme kurulu üyesinin gelmemesi halinde toplantı ve gösterinin yasadışı hale gelmesi ve kolluğun toplantı ve gösteriyi dağıtma yetkisinin doğması hakkında herhangi bir yorum yapmamıştır<sup>29</sup>.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanılması konusunda Türkiye uygulamasında genel sorun, kolluk güçlerinin müdahalesinin orantısızlığıdır. Barışçıl şekilde devam eden toplantı ve gösteri yürüyüşlerine, kolluğun orantısız kuvvet kullanarak müdahalesi, İHAM'ın Türkiye hakkında verdiği ihlal kararlarının genel gerekçelerinden biridir. Örneğin Samüt Karabulut/Türkiye davasında, İnsan Hakları Derneği üyesi 30-35 kişilik bir grup basın açıklaması yapmak istemiş, ancak toplantının başlamasından yaklaşık 30 dakika sonra polis, toplantının bildirim şartı yerine getirilmeden yapıldığı gerekçesi ile göstericilere fiziksel şiddet uygulayarak toplantıyı dağıtmıştır<sup>30</sup>. Açık ve Diğerleri/Türkiye kararında, üniversite öğrencilerinin akademik yıl açılışında konuşma yapan rektörü protesto etmeleri nedeniyle, toplantı yapılan salondan çıkarılmaları yeterli olacakken, gözaltına alınmaları ve darp edilmeleri orantısız bir önlem olarak nitelendirilmiştir<sup>31</sup>. Aldemir/Türkiye kararında ise başbakanlık binasına yürümek isteyen göstericilere, kolluk güçlerinin hemen cop ve gaz kullanması sonucunda göstericilerin de sopa ve kaldırım taşları ile karşılık vermeleri üzerine İHAM, öncelikle göstericilerin şiddete başvurmalarının sebebinin aslında barışçıl devam eden gösteriye kuvvet kullanarak müdahale eden polis olduğunu tespit etmiş daha sonra da kolluğun kuvvetle müdahalesinin orantısız olduğuna karar vermiştir<sup>32</sup>. DİSK ve KESK'in 1 Mayıs 2008'de Taksim'de düzenlemek istedikleri toplantıya engel olmak için Valiliğin metro ve feribot seferlerini iptal etmesi, Taksim meydanına giden yolları kapatması, polisin gösteriler başlamadan sabah 6.30'da müdahalede bulunmaya başlaması, göstericilerin Şişli Eftal Hastanesine sığınması üzerine hastaneye gaz bombası atılması, demokratik bir toplumda meşru müdahaleler olarak nitelenemeyeceğinden, hakkın ihlaline karar verilmiştir. Evrim Öktem/Türkiye kararında, lise öğrencilerinin okul duvarına pankart asmasına müdahale eden polise karşı öğrencilerin demir sopalarla direnmesi üzerine polisin silah kullanarak karşılık vermesini İHAM yaşam hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir<sup>33</sup>. Ali Güneş/Türkiye kararında ise polis tarafından yakalandıktan sonra doğrudan yüzüne gaz sıkılan başvurunun toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının

<sup>29</sup> AKBULUT, s. 386.

<sup>30</sup> Samüt Karabulut/Türkiye, (16999/04), 27.01.2009.

<sup>31</sup> Açık ve Diğerleri/Türkiye, (31451/03), 13.01.2009.

<sup>32</sup> Aldemir/Türkiye, (32124/02, 32126/02, 32129/02, 32132/02, 32133/02, 32137/02, 32138/02), 01.03.2007.

<sup>33</sup> Evrim Öktem/Türkiye, (9207/03), 04.11.2008.

da ötesinde, “Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz.” ifadesi ile düzenlenen İHAS’nin 3. maddesindeki işkence yasağının ihlal edildiği sonucuna varmıştır<sup>34</sup>.

Öte yandan İHAM’ne gidilmesine gerek kalmaksızın Türk mahkemelerince verilen, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının korunmasına yönelik kararlar da bulunmaktadır. Örneğin, 12.9.2004 tarihinde Marmaris’te düzenlenmek istenen ‘1. Marmaris Demokrasi ve Kültür Şenliği – Netekim Festivali’ adlı etkinliğin düzenlenmesi halinde, kamu düzeninin bozulabileceği ve suç işlenmesinin kuvvetle muhtemel olduğu kanaatine varıldığından, yasaklanması üzerine açılan davada Danıştay 10. Dairesince verilen kararda, İHAM kararlarına uygun bir yorumla, Anayasanın 13. maddesine atıf yapılarak şu sonuca ulaşılmıştır: ‘Yukarıda anılan Anayasa hükmündeki “sınırlama” ifadesinden, belirli bir temel hak ve özgürlüğün norm alanı (güvence alanı) içinde var olan olanakların yasa koyucu tarafından daraltılmasının anlaşılması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, belirli bir temel hak ve özgürlüğün kullanım olanakları, onun sınırlanmasından sonra da devam etmektedir. Bu durum aynı zamanda, özgürlüklerin özüne dokunulmamış olduğunu da ifade etmektedir. Buna karşılık, temel hak ve özgürlüklerin durdurulması veya özlerine dokunulması, bunlardan belirli bir süre yararlanılamaması veya kullanılmalarının olanaksızlaşması anlamına gelmektedir. Yine Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması kriterlerinden biri olan ölçülülük ilkesi ise; amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunması, diğer bir deyişle yapılan sınırlamayla sağlanan yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade etmektedir. Bu ilkenin; sınırlayıcı önlem ile sınırlama amacı arasındaki ilişkinin denetiminde, yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik “elverişlilik”, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma ve demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu olup olmadığını arayan “zorunluluk”, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen “orantılılık” ilkeleri olmak üzere üç alt ilkesi bulunmaktadır. Toplantı düzenleme özgürlüğünün sınırlanmasında, “amaç”; milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlakın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması veya suç işlenmesinin önlenmesi; “araç” ise, toplantının ertelenmesi veya yasaklanmasıdır. Toplantının düzenlenmesi halinde, amacın gerçekleştirilmesi (örneğin, kamu düzeninin sağlanması veya suç işlenmesinin önlenmesi) imkânsız hale gelecek ise, erteleme veya yasaklamanın zorunluluğundan bahsedilebilecektir. Bununla birlikte, ölçülülük ilkesinin varlığından söz edebilmek için, zorunluluk yeterli olmamakta; yukarıda aktarıldığı gibi,

<sup>34</sup> Güneş/Türkiye, (9829/07), 10.04.2012.

amaç ile araç arasında makul bir oranın bulunması da gerekmektedir. Bu bağlamda, toplantının ertelenmesi ile istenilen amaca ulaşılabileceği hallerde, yasaklama yoluna gidilmesi, ölçülülük ilkesine ve Anayasanın 13. maddesine aykırılık teşkil edecektir. Dolayısıyla, açık, somut ve yakın tehlikeden bahsedilemeyen dava konusu olaydaki durum, ancak bir erteleme sebebi teşkil edebileceğinden; ayrıca erteleme müessesesinin işletilmesi halinde toplantı düzenleme hak ve özgürlüğünün özüne dokunulmaksızın yasal amaca ulaşılabileceğinden, etkinliğin yasaklanması yoluna başvurulmasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır<sup>35</sup>.

Sonuç olarak toplantı ve gösteri yürüyüşüne ilişkin Anayasa hükmü genel olarak İHAS'ne uygun olmasına rağmen sorun, alt normlarda ve uygulamada çıkmaktadır. İHAM önüne 11. madde ihlali iddiası ile gelen Türkiye ile ilgili davaların çoğunda, kolluk güçlerinin orantısız müdahalesi söz konusudur. Ayrıca İHAM barışçıl olmasına rağmen iç hukukta yer verilen bildirim koşuluna, yer veya zaman yasaklarına uyulmadığı gibi gerekçelerle kanuna aykırı olarak kabul edilen toplantılara yapılan müdahaleyi hak ihlali olarak değerlendirmektedir. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının tanınmasıyla, Anayasa madde 34 ve İHAS madde 11 çerçevesinde verilecek kararlarla, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının iç hukukta kullanılabilir bir hak haline gelebilmesi mümkündür.

**Doç. Dr. NUR KAMAN-** Sayın hâkimler de burada. Ortak doğruyu bulabilmek açısından, bizim biraz da işimiz mahkeme kararlarını eleştirmek; ama Danıştay'ın bu kararına baktığınızda, yasaklama kararının ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu, Anayasanın 13. Maddesindeki ilkelere uygun olmadığı yönünde bir karar var. Bu karar gibi kararlar sayesinde, umarım, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gidecek davalarımız azalır.

Teşekkür ediyorum.

**Prof. Dr. Adem SÖZÜER--** Çok teşekkürler.

<sup>35</sup> Danıştay 10. Daire, E. 2006/946, K. 2008/6084.

#### 4. OTURUM

### ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

Oturum Başkanı: Bilal ÇALIŞKAN

#### **Federal Anayasa Mahkemesi İçtihadının Işığında Polis ve Güvenlik Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**

**Dr. Şeyda EMEK-** Die voranschreitende Technologisierung und zunehmende elektronische Datenverarbeitung und elektronische Kommunikation bergen Chancen und Risiken zugleich. Sie ermöglichen dem Individuum, sich über territoriale Grenzen hinweg schnell und einfach zu vernetzen, zu kommunizieren und sich zu informieren. Den staatlichen Instanzen ermöglichen sie, elektronische Daten zu erheben und zu verarbeiten. Zugleich bergen die neuen Technologien aber auch Gefahren, sowohl für die Freiheiten des Individuums selbst als auch für den Staat.

Das Bundesverfassungsgericht hat früh erkannt, dass die Auswirkungen der technologischen Entwicklungen verfassungsrechtlich nicht unbeachtet bleiben können. Auf diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts möchte ich im Folgenden eingehen. Insbesondere im Bereich des Polizei- und Sicherheitsrechts hat das Verfassungsgericht in den vergangenen Jahren wegweisende Entscheidungen getroffen. Stets war das Gericht dabei bemüht, einen Ausgleich zwischen dem Interesse des Einzelnen am Schutz seiner Privatheit gegenüber dem öffentlichen Interesse aus berechtigten Gründen in diese Privatheit einzugreifen.

Die Herausforderungen, vor denen das Gericht in diesen Fällen steht, treten besonders deutlich in dem Urteil zur sogenannten “Online-Durchsuchung” hervor. Damit sind heimliche Aufklärungsmaßnahmen der Polizei- und Nachrichtendienste gemeint. Hierbei beobachten die Behörden heimlich Internetkommunikation, nehmen an Internetkommunikation teil oder infiltrieren Computersysteme von verdächtigen Personen, um an gespeicherte Daten zu gelangen. Diese, für den Datenschutz bei polizeilichen und nachrichtendienstlichen Behörden wichtige Entscheidung möchte ich gerne mit Ihnen besprechen. Denn die Vorgaben des Verfassungsgerichts in diesem Urteil sind für die Verwaltungsgerichtsbarkeit von besonderer Relevanz. Zuständig für die Überprüfung des Einsatzes von technischen Mitteln in informationstechnische Systemen sind – jedenfalls bei Maßnahmen der Polizei in den Bundesländern, die Verwaltungsgerichte. Laut den

Polizei- und Ordnungsgesetzen der Bundesländer Rheinland-Pfalz und Bayern bedarf die Anordnung einer entsprechenden präventiv-polizeilichen Maßnahme der Überprüfung durch das Oberverwaltungsgericht. Dies ist bei Maßnahmen des Bundeskriminalamtes und des bayrischen Verfassungsschutzamtes anders, dort sind es die ordentlichen Gerichte.

Zunächst will ich ihnen zum besseren Verständnis kurz die allgemeine Entwicklung des Datenschutzrechts in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darlegen.

Das Grundgesetz enthält keine ausdrückliche Regelung, in der allgemeine verfassungsrechtliche Vorgaben für das Datenschutzrecht normiert sind. Ein Grundrecht, das den allgemeinen Datenschutz ausdrücklich regelt, wie es z.B. im europäischen Recht, in Artikel 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union existiert, gibt es im Grundgesetz nicht.

Im ersten Abschnitt des Grundgesetzes finden sich einige Grundrechte, die sich mit speziellen Fragen der Privatheit bzw. des Datenschutzes beschäftigen, dieses sind

Artikel 10 GG, der das Post- und Fernmeldegeheimnis regelt sowie Artikel 13 GG über die Überwachung von Wohnungen. Diese Grundrechte regeln aber nur einen Ausschnitt möglicher und datenschutzrechtlich relevanter Sachverhalte. (Hierauf werde ich im Folgenden noch eingehen).

Die verfassungsrechtlichen Vorgaben für das Datenschutzrecht wurden vom Bundesverfassungsgericht geschaffen. Die bedeutenste Entscheidung für die Entstehung des Grundrechts auf Datenschutz stellt das sogenannte Volkszählungsurteil vom 15. Dezember 1983 dar.

In diesem Verfahren hatte das Gericht über das Volkszählungsgesetz zu urteilen. Es war geplant, dass 1983 eine umfassende Volkszählung durchgeführt werden sollte. Auf Grundlage des Volkszählungsgesetzes sollten daher personenbezogene Daten erhoben werden. Diese Daten sollten nicht nur für die Volkszählung sondern auch zu anderen Zwecken verwendet werden. Bei den Meldeämtern sollten die Melderegister mit den erhobenen personenbezogenen Daten auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit überprüft werden.

Aus diesem und vor allem auch aufgrund der damals neuartigen Datenverarbeitung war die Volkszählung sehr umstritten. Von zahlreichen Personen wurde befürchtet, dass ihre persönlichen Daten unkontrolliert erfasst und weitergegeben würden.

Das Bundesverfassungsgericht hielt die Erhebung für die Volkszählung als solche für verfassungsgemäß. Für verfassungswidrig erachtete es indes die Verwendung der für die Volkszählung erhobenen personenbezogenen Daten zu weiteren Zwecken, die mit der Volkszählung nicht unmittelbar in Verbindung standen.

Das Gericht entwickelte zum ersten Mal allgemeine verfassungsrechtliche Maßstäbe für den staatlichen Umgang mit personenbezogenen Daten. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wurde geboren.

Das Bundesverfassungsgericht leitet das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zunächst aus Artikel 1 Abs. 1 GG ab. Artikel 1 Abs. 1 GG regelt, dass die Würde des Menschen unantastbar ist. Der Schutz der Würde des Menschen bedeutet u.a., dass der Einzelne in freier Selbstbestimmung Glied einer freien Gesellschaft ist. In Verbindung mit diesem Schutz der Würde des Menschen ist Artikel 2 Abs. 1 GG zu sehen. Artikel 2 Abs. 1 GG gewährleistet, dass jeder das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit hat. Diese beiden Gewährleistungen stellen die Grundlagen für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar.

Bereits zuvor hatte das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Mikrozensus im Jahr 1970 über die Grenzen staatlicher Informationserhebung und – Informationsverarbeitung zu entscheiden. (Beim Mikrozensus wird eine repräsentative Statistik der Bevölkerung und des Erwerbslebens erstellt).

Bereits damals bestimmte das Bundesverfassungsgericht, dass staatliche Informationserhebung und Informationsverarbeitung Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht darstellten. Es entschied, dass es mit der Menschenwürde nicht vereinbar wäre, wenn der Staat das Recht für sich in Anspruch nehmen könnte, den Menschen zwangsweise in seiner ganzen Persönlichkeit zu registrieren und zu katalogisieren und ihn damit wie eine Sache zu behandeln.

Das Neue am Volkszählungsurteil war, dass das Bundesverfassungsgericht die Vorgaben des allgemeinen Persönlichkeitsrechts an die modernen Bedingungen der automatisierten Datenverarbeitung anpasste:

Die freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt unter den Bedingungen der modernen Datenverarbeitung voraus, dass die persönlichen Daten des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe geschützt werden.

Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet dem Einzelnen die Befugnis, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.

Seit dem Volkszählungsurteil hängt es für die Beurteilung eines Datums als sensibel nicht mehr davon ab, ob einen intimen Vorgang betrifft. Denn unter den Bedingungen der modernen Informationstechnologie gibt es kein von vornherein belangloses Datum. Um festzustellen, ob ein Datum persönlichkeitsrechtliche Bedeutung hat, muss sein Verwendungszweck beurteilt werden.

Denn die modernen Mittel der Datenverarbeitung erlauben, dass erhobene Informationen beliebig zusammengeführt werden können, ohne dass der Einzelne die Richtigkeit und Verwendung kontrollieren könnte. Nach dem Bundesverfassungsgericht gilt aber:

“Wer nicht mehr überschauen kann, wer in einer Gesellschaft was, wann und bei welcher Gelegenheit über einen weiß, wird in der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit und in der Ausübung von Freiheitsrechten, die auch für die Mitwirkung in einem demokratischen Gemeinwesen von Bedeutung sind, gefährdet.”<sup>1</sup>

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bedeutet jedoch nicht, dass der Einzelne ein eigentumsgleiches Recht an “seinen Daten” hat. Das Bundesverfassungsgericht hat festgehalten, dass der Mensch Teil einer miteinander kommunizierenden Gemeinschaft ist. Eine Information, auch wenn sie personenbezogen ist, ist eine soziale Realität. Diese soziale Realität kann nicht allein dem Betroffenen zugeordnet werden. Sie gehört ihm nicht allein. Aus diesem Grund muss der Einzelne auch Einschränkungen seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit hinnehmen.<sup>2</sup>

Wichtig ist also, dass das Individuum für seine Entfaltungsfreiheit Transparenz über die Informationsbeziehungen bedarf. Jeder soll überschauen können, “welche ihn betreffenden Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind”.<sup>3</sup> Die Rechtsordnung soll so eingerichtet sein, dass Transparenz herrscht; die Informationsströme und -sammlungen sollen jedermann bekannt sein.

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist nicht schrankenlos gewährleistet. Es gelten die Schranken des Artikels 2 Abs. 1 GG. Danach darf das Recht zum Schutze der Rechte anderer und der verfassungsmäßigen Ordnung beschränkt werden. Der Einzelne muss also Einschränkungen seines Rechts im überwiegenden Allgemeininteresse hinnehmen. Solche Beschränkungen bedür-

---

<sup>1</sup> Bundesverfassungsgericht (BVerfG), 65,1 ((45); Tute, in: Roßnagel (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, München 2003, 2.5 Rn. 10.

<sup>2</sup> Vgl. BVerfGE 65, 1 (44).

<sup>3</sup> BVerfGE 65,1 (42).



fen nach Artikel 2 Abs. 1 GG einer gesetzlichen Grundlage und müssen dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit entsprechen.

Hinsichtlich der ersten Voraussetzung für einen zulässigen Eingriff in das Recht auf informationelle auf informationelle Selbstbestimmung, hat das Bundesverfassungsgericht im Volkszählungsurteil klargestellt, dass es einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage bedarf.<sup>4</sup>

Dabei muss der Gesetzgeber den Verwendungszweck der zu erhebenden Daten bereichsspezifisch, das heißt für den jeweiligen Verwendungsbereich wie etwa das Polizeirecht, präzise festlegen.<sup>5</sup> Eine Weitergabe von Daten kommt grundsätzlich nur zu dem gleichen Zweck in Betracht, zu dem die Daten erhoben wurden. Zwar schließt die Zweckbindung einmal erhobener Daten eine nachträgliche Zweckänderung nicht aus. Diese Zweckänderung und die Übertragung der Daten an eine neue Stelle bedarf jedoch ihrerseits einer verfassungskonformen gesetzlichen Grundlage.<sup>6</sup>

Erforderlich ist außerdem, dass die Einschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung verhältnismäßig ist. Das bedeutet, dass eine Grundrechtsbeschränkung von hinreichenden Gründen des Gemeinwohls gerechtfertigt wird. Dazu muss das gewählte Mittel zur Erreichung des Zwecks geeignet und erforderlich sein und bei einer Gesamtabwägung der Schwere des Eingriffs muss die Grenze des Zumutbaren noch gewahrt sein (Angemessenheit). In der Konsequenz sind zum Beispiel u.a. auch verfahrensrechtliche Schutzvorkehrungen, wie Aufklärungs-, Auskunfts- und Löschungspflichten etc. Vorzusehen.<sup>7</sup>

Diese Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zur "Online Durchsuchung" fortentwickelt. Das Urteil zur Online-Durchsuchung ist neben dem eben vorgestellten Urteil zur Volkszählung aus dem Jahre 1983 in einer Gesamtschau mit sicherheitsrechtlich relevanten Urteilen des Gerichts zur präventiven Rasterfahndung<sup>8</sup> von 2006, zur Wohnraumüberwachung<sup>9</sup> und zur Telefonüberwachung<sup>10</sup> zu sehen. Auf die Telefonüberwachung und zur Wohnraumüberwachung komme ich sogleich zum Sprechen, da es hier eine gewisse Problematik zur Abgrenzung zur Online-Durchsuchung gibt.

<sup>4</sup> BVerfGE 65, 1 (44).

<sup>5</sup> BVerfG, a.a.O.

<sup>6</sup> BVerfGE 100, 313 (360).

<sup>7</sup> Vgl. BVerfGE 65, 1 (46).

<sup>8</sup> BVerfGE 115, 320.

<sup>9</sup> BVerfGE 109, 1.

<sup>10</sup> BVerfGE

Zum Fall der präventiven Rasterfahndung nur so viel: In diesem Urteil ging es darum, dass die Landeskriminalämter bei Universitäten, Meldebehörden und dem Ausländerzentralregister Daten erhoben. Die erhobenen Daten dienten dazu, nach den terroristischen Anschlägen vom 11. September 2001 ohne konkreten Verdachtsmoment nach möglichen islamistischen Terroristen zu suchen. Die Daten wurden dem Bundeskriminalamt übermittelt, dass sie mit weiteren Daten abglich und in einer Datei über potentielle Terroristen speicherte. Das Ergebnis des Abgleichs wurde sodann den Landeskriminalämtern übermittelt. Das Bundesverfassungsgericht entschied, dass eine bloß allgemeine Bedrohungslage, wie sie im Hinblick auf terroristische Anschläge seit dem 11. September 2001 durchgehend bestanden hatte, oder außenpolitische Spannungslagen für die Anordnung der Rasterfahndung nicht ausreichten. Vorausgesetzt sei vielmehr das Vorliegen weiterer Tatsachen, aus denen sich eine konkrete Gefahr, etwa für die Vorbereitung oder Durchführung terroristischer Anschläge, ergebe. Aus Datenschutzsicht besonders beachtenswert ist, dass das Gericht diese Art der Rasterfahndung als einen schweren Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung wertete. Für den die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Maßnahme überprüfenden Richter ist es daher wichtig zu überprüfen, ob eine durch Tatsachen belegte „konkrete Gefahr“ vorliegt. Falls keine Tatsachen dafür sprechen, liegt eine Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Artikel 2 Absatz 1 i.V.m. Artikel 1 Absatz 1 GG vor.

Zurück zum Urteil um die sogenannte “Online-Durchsuchung”. Hierbei ging es um die heimliche Ausspähung privater Datenträger und die Infiltration von technischen informationssystemen anhand von sogenannter “Trojanern”-Computersoftware. Das Land Nordrhein-Westfalen hatte eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zur Online-Durchsuchung für nachrichtendienstliche Behörden erlassen. Danach hatten die Verfassungsschutzbehörden die Befugnis zum “heimlichen Zugriff auf informationstechnische Systeme auch mit Einsatz technischer Mittel” sowie “das heimliche Beobachten und sonstiges Aufklären des Internets, wie insbesondere die verdeckte Teilnahme an seinen Kommunikationseinrichtungen bzw. die Suche in den Kommunikationseinrichtungen des Internets. Diese gesetzlichen Ermächtigungen wurden mit mehreren Verfassungsbeschwerden angegriffen.

Anlässlich dieses Urteils entwickelte das Bundesverfassungsgericht ein neues Grundrecht, das “Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme”. Die Gewährleistung dieses Grundrechts sei notwendig, weil weder die speziellen Freiheitsrechte noch die übrigen Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gegen die Gefahren hinreichend Schutz gewähren würden, die sich aus der zunehmenden Nutzung der

Informationstechnik ergeben.<sup>11</sup> Das Grundrecht ist, ebenso wie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein Unterfall des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Es ist also kein vollständig neues Grundrecht im eigentlichen Sinne. Es ist eine Konsequenz des Schutzes des Grundrechts auf Menschenwürde und auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, die sich aus der modernen Datenverarbeitung und Kommunikationstechnologie ergeben.

Ausgangspunkt des Urteils ist die vollständige Veränderung der Kommunikation unter den Bedingungen und Möglichkeiten der modernen Technik und die vielfältigen, heute allgemein üblichen Verwendungen eines Personalcomputers. Diese Veränderungen der Wirklichkeit müsse beachtet werden, wenn die freie Entfaltung der Persönlichkeit und eine Kommunikation frei von Befangenheit, Anpassung und Angst bleiben solle. Denn bei der digitalen Kommunikation würden immer mehr bleibende Spuren entstehen. Dies würde neue rechtliche Antworten erfordern. Der Einzelne sei auf die Benutzung von informationstechnischen Systemen angewiesen, wenn er nicht in soziale Isolation geraten wolle.

Das neue Grundrecht sichere den persönlichen Bereich dann, wenn auf das informationstechnische System insgesamt zugegriffen werde.

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung biete hier keinen Schutz, da der Zugriff auf Daten bei der Online-Durchsuchung "in seinem Gewicht für die Persönlichkeit des Betroffenen über einzelne Datenerhebungen hinaus gehe". Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schütze lediglich gegen die Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe einzelner personenbezogener Daten wegen der Gefahr der Persönlichkeitsprofilbildung. Bei der Online-Durchsuchung hingegen könnten besonders viele und besonders sensible Daten in einem Vorgang erhoben werden. Dies mache den Eingriff besonders gravierend.

Das neue Grundrecht gewährleiste die Vertraulichkeit des informationstechnischen Systems als solches. Der Persönlichkeitsbezug ist hier nur mittelbar und instrumentell. Das Gericht begrenzt den Schutz auf solche Systeme, die in hohem Maße Zugang zu personenbezogenen Daten ermöglichen.

Das Post- und Telekommunikationsgeheimnis aus Artikel 10 GG biete ebenfalls keinen ausreichenden Schutz. Das Telekommunikationsgeheimnis schütze vor den spezifischen Gefahren räumlich-distanzierter Kommunikation. Es schütze alle Telekommunikationsverbindungen, dies gelte unabhängig davon, ob es sich um eine inhaltliche Kontrolle der Kommunikation während eines andauernden Gesprächs oder ob es sich um bloße Verbindungsdaten wie die Daten die Verbindungsdaten des Anrufers oder seines Gesprächspartners, die

---

<sup>11</sup> Vgl. BVerfGE 120, 274 (303 ff.).

Dauer des Gespräches etc. handele. Sobald allerdings die Kommunikation beendet werde und der Inhalt des Gespräches möglicherweise abgespeichert und damit der Verfügungsgewalt des Kommunikationspartners unterliege, sei kein Fall des Telekommunikationsgeheimnisses mehr gegeben.

Nach dieser Rechtsprechung fällt auch ein über das Internet geführtes Telefongespräch (Voice over IP) grundsätzlich unter das Telekommunikationsgeheimnis. Dieses schützt gegen die Überwachung von laufenden und gesicherten Kommunikationsinhalten. Das heißt, der Staat nutzt bei dieser Art der Überwachung Zugangsschlüssel, die er ohne oder gegen den Willen der Kommunikationsbeteiligten erhoben hat. Als Beispiele für eine Betroffenheit des Telekommunikations- und Postgeheimnisses im Zusammenhang mit Online-Maßnahmen der Aufklärung nennt das Bundesverfassungsgericht die Erhebung eines Passwortes durch Aufzeichnen von Eingaben auf die Tastatur (Keylogging), um Zugang zu einem E-Mail-Postfach oder einen geschlossenen Internet-Chat zu erhalten.

Nicht geschützt durch das Telekommunikations- und Postgeheimnis ist nach der Rechtsprechung das Vertrauen, wenn einer der Kommunikationsbeteiligten dem Staat heimlich die Teilnahme an der Kommunikation ermöglicht, indem er den Zugang zur Verfügung stellt. Denn Artikel 10 GG schützt lediglich das Vertrauen darauf, dass eine Fernkommunikation als solche nicht von Dritten zur Kenntnis genommen wird, nicht aber das Vertrauen in den Kommunikationspartner.

Vor dem Urteil war in der Literatur auch diskutiert worden, ob die Online-Durchsuchung und fortlaufende Überwachung der Datenverarbeitung von Computern einer Wohnungsdurchsuchung vergleichbar ist. Dann wäre sie vom Schutz des Artikels 13 GG erfasst, der die Unverletzlichkeit der Wohnung schützt. Denn in diesem Rahmen wird auch vor dem nicht-körperlichen Eindringen in die Wohnung, also vor der Informationserhebung mittels technischer Hilfsmittel von außerhalb der Wohnung (sogenannter “Lauschangriff”) geschützt. Da sich die meisten Computer in Wohnungen oder Betriebs- und Geschäftsräumen befinden, wurde der Online-Zugriff überwiegend als Eingriff in dieses Grundrecht gewertet. Das Bundesverfassungsgericht lehnte diese Bewertung ab.

Denn der Eingriff könne unabhängig vom Standort des Gerätes erfolgen. Ein raumbezogener Schutz könne daher die spezifische Gefährdung es informationstechnisches Systems nicht gewährleisten. Die Unverletzlichkeit der Wohnung ist daher nur betroffen, wenn die Online-Durchsuchung dadurch ermöglicht wird, dass Mitarbeiter der Ermittlungsbehörde nach dem körperlichen Eindringen in den räumlichen Bereich der Wohnung einen Computer manipulieren oder die

Manipulation des Computers zur optischen oder akustischen Überwachung der Wohnung als solche durch Kamera oder Mikrophon dienen soll.

Mit allen diesen genannten Gründen hat das Bundesverfassungsgericht die Notwendigkeit des neuen Grundrechts begründet.

Hinsichtlich der Grenzen des neuen Rechts wendet das Gericht, wie auch beim Recht auf informationelle Selbstbestimmung und dem Allgemeinen Persönlichkeitsrechts das Verhältnismäßigkeitsprinzip an. Der die Zulässigkeit einer Online-Durchsuchung überprüfende Richter muss beachten, dass Eingriffe durch die Online-Durchsuchung besonders schwer wiegen, weil sie heimlich erfolgen.

Deshalb bedürfen sie einer speziellen gesetzlichen Grundlage, die insbesondere dem Bestimmtheitsgebot entsprechen muss.

Weil die heimliche Maßnahmen gravierende Eingriffe in die individuelle Lebensgestaltung des Individuums und Gefahren für den Kernbereich persönlicher Lebensführung bedeuten, muss bei der Anordnung der Maßnahme geprüft werden, ob der Eingriff zum Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter unerlässlich ist. Dies trifft zu bei der Abwehr von konkreten Gefahren für Leib, Leben und Freiheit einer Person oder für "Güter der Allgemeinheit", deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates, die Grundlagen der menschlichen Existenz und die Funktionsfähigkeit unverzichtbarer öffentlicher Versorgungseinrichtungen.

Besonders wichtig ist auch hier, dass konkrete Tatsachen vorliegend müssen, die für den gegebenen Einzelfall sowohl auf mögliche Täter, als auch darauf hinweisen müssen, dass sich die Gefahr ohne das Eingreifen in naher, absehbarer Zeit verwirklichen wird. Dies hat ein die Anordnung der Maßnahme überprüfender Richter sehr genau zu prüfen.

Denn ohne eine solche existenzielle Bedrohung ist eine staatliche Maßnahme, durch die die Persönlichkeit eines Betroffenen einer weitgehenden Ausspähung preisgegeben wird, grundsätzlich nicht angemessen und damit verhältnismäßig ist.

Neben diesen inhaltlichen Vorgaben verlangt das Gericht, genauso wie beim Recht auf informationelle Selbstbestimmung, dass bei Eingriffen in das Grundrecht auch besondere verfahrensmechanismen zum Schutz des Einzelnen gewährleistet sind.

Danach bedarf der Eingriff einer vorherigen richterlichen Anordnung oder der Entscheidung einer unabhängigen Instanz. Dies dient dem Schutz der Rechte des von dem Eingriff nichtinformierten Betroffenen. Eine solche unabhängige

İnstanız kann z.B. ein nichtöffentlich tagendes Kontrollgremium des Parlaments sein.

Die nachträgliche Benachrichtigung des Betroffenen und der besondere Schutz des Kernbereichs persönlicher Lebensführung müssen gesichert sein.

Daten des Kernbereichs persönlicher Lebensführung dürfen nicht erhoben werden, soweit das voraussehbar ist.

Da "Trojaner-Software" nicht nach Kernbereichs- und anderen Daten unterscheiden können, muss durch besondere Verfahrensvorschriften gesichert sein, dass diese Daten unverzüglich vor jeder Verwendung gelöscht werden, soweit sie erhoben worden sind.

Im Bereich der Beweiswürdigung in einem späteren Strafprozess ist auch zu beachten, dass der gesamte Datenbestand des infiltrierten Computers durch den Einsatz eines "Trojaners" irreversibel verändert werden kann, sodass die gerichtliche Verwertbarkeit der erlangten Daten erschwert werden kann.

Ich komme nun zum Fazit meines Vortrages.

Die vorgestellten Entscheidungen bestätigen die Entschlossenheit des Bundesverfassungsgerichts, an seiner Rechtsprechung zum Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und des Kernbereichs der privaten Lebensführung auch angesichts neuer technologischer Gefahrenlagen festzuhalten.

In dem Urteil zur Online-Durchsuchung hat das Gericht sein Konzept des unantastbaren Schutzes des Kernbereichs privater Lebensgestaltung fortgeführt und der neuen Qualität des Internets Rechnung getragen. Die Entscheidung ist nicht ohne Kritik geblieben. Insbesondere die Schaffung eines neuen ungeschriebenen Grundrechts wurde kritisiert. In der Literatur wird stattdessen diskutiert, ob nicht die Erweiterung des Schutzzumfangs des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung oder der Unverletzlichkeit der Wohnung und damit des Kernbereichs persönlicher Lebensführung ausgereicht hätten. Das Urteil wird die Rechtsprechung, Rechtswissenschaft und Gesetzgebung noch länger beschäftigen.

### **Kişisel Verilerin Korunması**

#### **Prof. Dr. Cemil KAYA:**

Değerli katılımcılar bugün tebliğimin konusu "Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması" olacak. Ama takdir edersiniz ki, çok geniş bir başlık. Keşke daha dar kapsamlı olarak bunu tespit etseydim. Ben idare hukuku boyutuyla olayı ele alıp, o şekilde sizlere aktaracağım. Tabi kişisel verilerin korunması konusu,

Başkanımız da belirtti, Türkiye'nin aslında, çok eski zamandan beri değil, yakın zamandan beri gündemini oluşturan bir şeydir. Bunu da nereden biliyoruz, Başbakanlığın hazırlayıp, Meclise sevk etmiş olduğu 24 Nisan 2008 tarihli bir bu konuda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı nedeniyle aslında Türkiye bu konuyu gündeme getirmiş oldu. Bu Kanun Tasarısının hazırlanmasında da Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne vermiş olduğu söz yatmaktadır. Avrupa Birliği Müktesebatının kabulü açısından bu şekilde verilen bir sözün sonucunda bu Kanun Tasarısı hazırlanmıştır. Başkan Bey az önce söyledi, Avrupa Konseyi'nin 108 sayılı bir tane sözleşmesi var. İmzaya açıldığı gün, 28 Ocak 1981, ilk belki de defa, bütün üyeler arasında ilk imzayı atanlardandır Türkiye 1981'de. Ama aradan geçen, hani neye imza attığını inşallah biliyordur o dönemde. Ama aradan geçen zaman, yıl otuz üç yıl, imza atan, onaylayan ve yürürlüğe koyan diğer bütün ülkeler de, yaklaşık kırk dört tane ülke, hepsi bunu sonuçta yasalaştırmıştır. Ama Türkiye maalesef bu konuda adımlarını atamamıştır. Ben müsaadenizle genel olarak kişisel veriler konusunda birkaç bir şey söyledikten sonra hem kişisel veri kavramını, hem bunun tarihi gelişimini, çok kısa uluslararası alandaki gelişimini, ardından da Türk Hukukunda birkaç bir şey söylemek istiyorum. Bu Sözleşmenin de adı böyle, "Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesi" diyor, "otomatik işleme tabi tutulması" diyor. Bu anlamda, bir takım kişiler hakkında kayıtlar tutuluyor, gerek elle olsun, gerek bilgisayar yoluyla olsun, ve sair yollarla olsun. Hatta buna "otomatik işleme" adını veriyorlar doktrinde. Bu işte, ister otomatik işlem yoluyla, ister elle tutulmuş olsun bu kayıtlardaki verilere biz "kişisel veri" yahut da "isme bağlı veri" adını veriyoruz.

Uluslararası kabulde, uluslararası düzenlemelerde, hem kanunlarda, hem uluslararası sözleşmelerde kişisel verilerin aslında standart bir tanımı vardır: Belirli bir kişiyle veya belirlenebilir bir kişiyle ilgili her türlü veridir. Belirli bir kişi, spesifik, somut, müşahhas bir kişi veya verilerden yola çıkmak kaydıyla bu verinin biz kime ait olduğunu eğer tespit edebiliyorsak, yani belirleyebiliyorsak, bu verilere biz kişisel veri adını veriyoruz. İşte örnek vermek gerekirse, bir kişinin ismi olsun, fotoğrafı olsun, e-mail adresi olsun, banka hesap numarası olsun, web siteniz olsun, tıbbi bilgilerimiz olsun, bilgisayarımızın IP numarası söz konusu olsun, hep bu kategoride değerlendirilir. Kişisel veriler üzerinde, az önce Şeyda Hanım da söyledi, Alman Anayasa Mahkemesi'nin meşhur bir kararı vardır, nüfus sayımı kararı söz konusudur 1984 tarihli bir karardır bu. Çok fazla Türkiye'de de aslında incelenmiş bir karar da değildir bu ama çok güzel Şeyda Hanım açıkladı. Orada bir şey dikkatimizi çekiyor, ben çok fazla ayrıntıya girmeyeceğim, sadece şunu söylemek istiyorum; kişisel verilerin akıbetini belirleme hakkı olduğunu bireylerin, kişilerin, böyle çarpıcı bir tespit. Kişisel verilerin akıbetini belirleme hakkından bahsediliyor bu kararda. Kişisel verilerin

korunması hukukta “veri koruma” olarak ifade ediliyor. Zaten kanunların adı da budur, kişisel verilerin korunması kanunlarıdır. Tabi bu kanunlarla bilgi edinme kanunlarının da çok yakın bir ilişkisi söz konusudur. Adeta bilgi edinme kanunları ile kişisel verilerin korunması kanunları bir paranın ön ve arka yüzü gibidir. Böyle herhalde söylesek, yanlış olmaz diye düşünüyorum. Veri koruma, İngilizce “data protection”, tabi bu kavramın etimolojik olarak belirsiz olduğu ileri sürülmüş, ancak bu kavramı yine Almanlar bulmuş diye okudum kitaplarda, bir takım bilgilere rastladım. Artık Almancam yok, bağışlayın, “datenschutz” mu okunuyor bilmiyorum, bu şekilde buraya yazmışım. Yani orijinal olarak kavram Alman Hukukuna, Almanya’ya dayanmaktadır, bunu söyleyebiliriz. Ulusal ve uluslararası tabi birçok metinde veri koruma ele alınmıştır.

Uluslararası alanda çok sayıda düzenleme var ama iki tanesini örnek vermek istiyorum, bir tanesi OECD’nin 1980 tarihli “Özel Yaşamın Korunması ve Kişisel Verilerin Sınır Ötesi Transferi Hakkında Rehber İlkeler” diye bir ilkeler yayınlamıştır. Bağlayıcı değildir, ama yine baktığımızda 1980, kişisel verilerin sınır ötesi transferi de daha sonradan gelişen bir kavramdır ama buna rağmen gerçekten önemli, kayda değer bir uluslararası belgedir. İkincisi de meşhur, hepimizin bildiği 28 Ocak 1981 tarihli ve 108 sayılı “Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair Sözleşme”dir bu sözleşme. 1981 tarihli olduğunu söylemişim. Türkiye 1981 yılında Sözleşme’yi imzalamıştır ama onaylamamıştır. Bu sözleşmeye, o da önemlidir, 2001 yılında bir ek protokol yapılmıştır; 181 sayılı Ek Protokol, Ek Sözleşme. Bu Ek Sözleşmede de, ilk Sözleşmede yer almayan, 1981 tarihli Sözleşmede yer almayan iki şey ilave edilmiştir: Bir; bağımsız idari otoriteler dediğimiz bir otoritenin bu Kanun’un işlenmesini gözetmek amacıyla yapılandırılması gerekir demiştir. İkincisi de; kişisel verilerin sınır ötesi transferi konusu, bu 181 sayılı Sözleşme ile ek yapılmıştır. Bu Sözleşme ile, 181 sayılı Sözleşme ile Türkiye yine aynı gün, 8 Kasım 2001, imzaya açıldığı ilk gün imzalamıştır. Ama aradan geçen on üç yıla rağmen bu sözleşmeyi imzalamamıştır. Ama diğer ülkeler de vardır imzalamayan, onaylamayan ve yürürlüğe koymayan. Bunu da söyleyelim. Avrupa Birliği’nde ise 1973 yılında başlayıp bugüne kadar gelen çok sayıda karar, tavsiye kararı vardır konuyla ilgili. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nda buna ilişkin spesifik bir madde vardır, 8. madde. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ise doğrudan kişisel verilerin korunması diye bir şey yoktur, sadece Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamında “Özel ve Aile Yaşamının Korunması” başlığı altında konunun değerlendirildiğini görüyoruz. 1 Aralık 2009’da yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ile de, bu Antlaşmanın 16. maddesinde konu düzenlenmiştir. Yine Avrupa Birliği’nde bir direktif vardır, 1995 tarihli, 95/46 sayılı, “Kişisel Verilerin İşlenmesiyle İlgili Olarak Bireylerin Korunması ve Bu Verilerin Serbest Dolaşı-



mı Direktifi” adını veriyoruz. Direktif, yabancı kitaplarda “Avrupa Birliği Özel Yaşamın Korunması Direktifi” olarak geçiyor. 1998 yılında hemen yürürlüğe girmemiş, üç yıl sonra yaklaşık yürürlüğe girmiştir. Önemli bir direktiftir. Bunun bu günlerde veya bu yıllarda, direktif, tabi biraz eski addedilerek değiştirilmesi, yeni bir direktif yürürlüğe girmesi Avrupa Birliği’nin gündemindedir. Yine keza Avrupa Birliği’nde Avrupa Toplulukları Adalet Divanı’nda konuya ilişkin olarak vermiş olduğu kararlar mevcuttur. Ulusal alanda ise bu konuda karşınıza şu çıkmaktadır; bazı ülkeler kişisel verilerin korunması konusunu anayasa ile güvence altına almış, bazıları hem anayasa hem kanun ile, bazıları ise sadece kanunlar ile düzenleme altına almıştır. Bu açıdan baktığımızda, ülkelerde üç tür yaklaşım göze çarpmaktadır. Birinci yaklaşım genel bir veri koruma kanununu çıkartmak yaklaşımıdır. “Omnibus Approach” adı veriliyor. Bu daha çok Avrupa Konseyi’ne üye ülkeler tarafından benimsenmiş bir yoldur. Genel bir bu alanda kanun çıkartmak bu. İkincisi daha ziyade Anglosakson ülkelerde ortaya çıkan Amerika olsun, İngiltere olsun, Yeni Zelanda, Avustralya farklı sektörler işte, ulaşım sektörüne, eğitim sektörüne, telekomünikasyon sektörüne, farklı sektörlerle ilişkin bir anlamda “Özel Yaşamın Gizliliği Kanunları” çıkartılması şeklinde karşımıza çıkıyor. Üçüncü yaklaşım da “Habeas Data” diye adlandırılan, anayasalarda kişilere bir hak getiren “Habeas Data Bireysel Şikâyeti” olarak adlandırılan bir yaklaşımdır. “Habeas Data”yı yine İngilizce kitaplarda “veriye sahip olmalısın” yahut da “verine sahip olmalısın” şeklinde tercüme edildiğini görüyoruz. Bu yaklaşımda bireyler, mahkemeye verecekleri dilekçelerle kişisel verilerinin korunmasını istiyorlar. Daha ziyade bu Latin Amerika ülkelerinde karşımıza çıkan bir yaklaşımdır.

Gelelim Türk Hukukuna. Türk Hukukunda, az önce de ifade ettiğimiz gibi, genel bir kanun söz konusu değildir. Tasarıda birinci yaklaşım, yani genel bir veri koruma kanunu çıkartmak şeklinde olacaktır. Yalnız, iyi bir gelişme belki de, ama geliştirilebilir bir gelişme. 2010 yılında Anayasamızda 20. maddede, özel yaşamın korunmasına, gizliliğine ilişkin maddede, bir son fıkra eklenerek, kişisel verilere bir anayasal zemin kazandırılmıştır. Bu maddeye baktığımızda “*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*” diyor. Şimdi Anayasa’nın hükmü bu şekilde. Kanaatimce sadece birinci ve son cümle yasa da yer alsaydı yeterli olurdu diye düşünüyorum. Yani “*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin*

esas ve usuller kanunla düzenlenir.” denseydi yeterli olurdu diye düşünüyorum. Çünkü diğerleri teferruattır aslında, onların kanunla düzenlenmesi ve her birinin ayrı bir madde olarak, bazılarının belki bir ilke olarak düzenlenmesi gerekirdi. Bu şekildeki bir düzenleme hükmün eksik kalmasına da yol açmaktadır. Örneğin, sondan bir önceki cümle “*Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde işlenebilir*” diğer taraftan araya “*veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir.*” diyelim, yani kişinin açık rızasını da getirmiş. Zaten kişisel verilerin korunmasıyla ilgili kanuna baktığımızda, kişisel verilerin işlenmesinin ilk şeyidir, ilk halidir kişinin açık rızasının bulunması. Diğerlerini de altta sıralar. Dolayısıyla bunun bu şekilde düzenlenmesi kanaatimce çok da isabetli olmamıştır. Türk Hukukunda bu konuda genel bir kanun olmadığını söyledik. Zaten Avrupa Konseyi’ne ilişkin 181 sayılı Sözleşmeyi Türkiye’nin imzalamamasının da sebebi bu konuda çıkarttığı bir kanunun da bulunmamasıdır, tabii bunun da önemli etkisi söz konusu. Bu konuda hepimizin bildiği 27 Nisan 2008 tarihinde Meclise sevk edilen Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı mevcuttur. Resmi olarak da herkes tarafından bilinmektedir. Diğer taraftan duyduğumuza göre bunun dışında bir tasarının da hazırlandığı ve Başbakanlığa sevk edildiği yönünde bir bilgi de mevcuttur, bunu da parantez içinde aktarmak istiyorum. Bu Tasarıya baktığımızda, aslında hem Bilgi Edinme Hakkı Kanunumuzun biz de 2003 yılında kabul edildiği, 2004 yılında yürürlüğe girdi. Hem de Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı olsun, Kanunu olsun hemen hemen aslında bütün dünyadaki kanunlarda ne varsa, ana çatı aynıdır, bir defa onu söyleyeyim. Bizde de bu Kanun Tasarısı, diğer Avrupa Birliği ülkelerinde ne söz konusuysa, onun bir anlamda, tabii ki bizim Türk Hukukuna uyarlanma kaydıyla tasarının hazırlanması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu tasarıya baktığımızda, tasarının kırk bir maddeden oluştuğunu görüyoruz. Bir defa genel hükümler vardır, bütün kanunlarda olan. Kanunun amacı nedir, kapsamı nedir, tanımlar nelerdir. İkincisi, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin temel ilkeler nelerdir, bunlar mevcuttur. Üçüncüsü, veri sahibinin hakları ne olacaktır, bunlar yer almaktadır. Kişisel verilerin üçüncü ülkelere aktarılması, kişisel verilerin transferi adını veriyoruz, bu mevcuttur. Ve bir düzenleyici ve denetleyici kamu kurumu oluşturulduğunu görüyoruz. Kişisel verilerle ilgili bir Kurul oluşturulduğunu görüyoruz. Ve son hüküm, Kanunun ceza hükümleri, bunu da Kanunda görüyoruz. Çok kısa olarak Kanunun amacının, aslında güzel bir şekilde formüle edildiğini söylemek mümkündür. “*Kişisel verilerin işlenmesinde, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin uyacakları esas ve usulleri düzenlemektir.*” diyor Kanun amacında. Kişisel verileri, “*kişisel veriyle belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgiler; bütün veriler*” olarak tanımladığını görüyoruz. Tabii veri koruma hukukunda bir tartışma; veri koruma acaba sadece gerçek kişilere mi özgüdür, yoksa tüzel kişilere mi özgüdür? Bunu da buradan görmek mümkün.

Bu anlamda bazı ülkeler kişisel verilerin sadece gerçek kişiler için söz konusu olabileceğini ve dolayısıyla veri koruma kanunlarının kapsamına kişisel veri adı altında bunların girebileceğinden hareketle, sadece bu kanunları gerçek kişilere özgülemektedir. Ama trend diyelim, kişisel verilerin hem gerçek kişilere ilişkin, hem de tüzel kişilere ilişkin olabileceği yönündedir. Bu anlamda kanunların kapsamına hem gerçek kişiler, hem tüzel kişileri sokmaktadır kanun koyucular. Kişisel verilerin işlenmesi tanımlanmış Kanunda. Şöyle düşünelim; kişisel veri, o verinin hazırlanması, kaydedilmesi, depolanması, bulundurulması orada, zaman içerisinde değiştirilmesi, yok edilmesi, bir kişiden bir kişiye aktarılması yahut da bir ülkeden diğer bir ülkeye aktarılması, bunun aleni hale getirilmesi, tasniflenmesi yani, veri üzerinde yapılabilecek hemen hemen bütün işlemler veri işleme kavramı ile, processing kavramı ile ifade edilmektedir. Oldukça geniş bir anlama sahip olan bir kavramdır veri işleme kavramı. Temel ilkeler acaba nelerdir, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin temel ilkeler? Bunları da Tasarıda görmek mümkündür. İşte kişisel veriler hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olarak işlenecek, belirli, açık ve meşru amaçlar için toplanacak ve bu amaçlara aykırı olarak yeniden işlenebilecek, toplandıkları amaçla bağlantılı, yeterli ve orantılı olacak, doğru olacak, gerektiğinde güncellenecek, belli süre öngörülümüşse ancak o süre için muhafaza edilebilecek, yani, rızasıyla işlenebilecek, bir takım hükümleri bu anlamda görmek mümkündür. Şunu da hemen ifade edeyim, kamuoyunda da var, sanki kişisel verilere ilişkin bir kanun çıktığında, bize ilişkin hiç artık, bizim rızamız olmadan veri işlenemeyecek diye böyle bir algı da söz konusu. Bu basında da yer almakla birlikte, hiç de öyle değildir. Bizim rızamız yok diye kişisel verilerin işlenememesi söz konusu değildir. Onun dışında, eğer Kanun öngörüyorsa, istisnalar vardır. Hiç bizim haberimiz olmasa dahi kişisel verilerimizin işlenmesi mümkündür. Yine Şeyda Hanım da kısmen bahsetti; yine bütün bu veri koruma kanunlarında “hassas kişisel veriler” diye bir kategori de söz konusudur. Buna ülkelerin farklı anlamlar verdiği olmuştur kanunlarında. Özel niteliği olan kişisel veriler, hassas kişisel veriler, sensitiv kişisel veriler. Bu ırk, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep veya diğer inançlar, dernek, vakıf veya sendika üyeliklerimiz, sağlık ve özel yaşamımız, her türlü mahkûmiyete ilişkin verilerimiz, bir defa kuraldır işlenememesi, ama bunun dahi istisnaları vardır kanunlarda. Bu nitelikteki, hassas nitelikteki kişisel verilerimizin dahi bütün veri koruma kanunlarında işlenmesine ilişkin hükümler mevcuttur. Tasarıda veri sahibinin hakları düzenlenmiştir. Yine bütün kanunlarda olduğu gibi bizim Tasarımızda da kişisel verilerin, kendisiyle ilgili kişisel veri kaydedilip kaydedilmediğini öğrenmek, kaydedilmişse bunları talep etmek, bunun düzeltilmesini, silinmesini yahut da yok edilmesini talep etmek hakkı mevcuttur veri sahibinin. Bu istemlere, taleplere on beş iş günü içerisinde cevap verilmesi gerektiğini söylüyor tasarı. Eğer talebine cevap verilmezse yahut da yeterli olmaz ise düzenleyici ve denetleyici kamu kurumuna

itiraz hakkı getiriyor tasarı. Yirmi gün içerisinde itiraz hakkı getirmiştir. Kurulun da itirazı üç ay içinde karara bağlaması, tasarıda mevcuttur.

Evet, kişisel verilerin üçüncü ülkelere aktarılması. Yine bütün kanunlarda böyle bir madde veya maddeler de mevcuttur. Avrupa Birliği'ndeki bu konuda temel kriter üçüncü ülkede "eşdeğer ve etkin koruma" sağlanıyor mu sağlanmıyor mu. Bu eğer sağlanıyorsa, bu verilerin Avrupa Birliği'nden üçüncü ülkelere transferi, aktarılması mümkün olabilmektedir. Tabi sadece belge üzerine aktarma değil, bir internet ortamına aktarılması da, o çok geniş bir kavramdır kişisel verilerin transferi kavramı. Bu anlamda bu alanı düzenlemek de son derece zordur. Özellikle Anglosakson, Anglo-Amerikan ülkelerde birden fazla alanı düzenleyen düzenlemeler, kanunlar söz konusu olduğu için, tek tip veri koruma kanunu söz konusu olmadığı için alanın düzenlenmesi gerçekten, bu anlamda zordur. Avrupa Birliği'nin beyaz liste ve kara liste diye adlandırdığımız bir uygulaması vardır. Bildiğim kadarıyla bugüne kadar hiçbir ülkeyi Avrupa Birliği kara listeye almamıştır. Ama beyaz listeye aldığı, yani yeterli düzeyde veri koruma kanununa sahip olduğunu bizzat tescil ettiği ve bu kararlarını da Avrupa Birliği'nin resmi gazetesinde yayımladığı ülkeler vardır. İşte Yeni Zelanda, Uruguay, İsrail, Andorra, Faroe Adaları, Avustralya, Jersey, Arjantin, Kanada, Amerika Birleşik Devletleri, İsviçre bunlar arasında yer almaktadır. Macaristan kararda vardı ama Avrupa Birliği olduğu için onu da öyle söyleyelim. Bizdeki veri koruma kuruluna gelelim tasarıda. Tasarıyla, kanunla, "Kişisel Verileri Koruma Kurulu" oluşturulmaktadır. Yetkilerini bağımsız olarak kullanıyor. Hiçbir organ, makam, mercii ve kişiden emir veya talimat almıyor. Organlar emir ve talimat veremiyor. Görevleri ile ilgili olarak özel ve kamu kesiminden bilgi ve belge isteyebiliyor. Bu isteklerin yerine getirilmesi mecburi. Kurul üyelerini Bakanlar Kurulu seçiyor. Yedi kişiden oluşan bir kurul. Görev süresi altı yıl ve ayda en az iki defa toplanması düzenlenmiş tasarıda. Ve son başlık tasarıda, ceza hükümleridir. Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini suç saymış tasarı. İşlenen verilerin korunması ve yok edilmesi görevi ihmali suç sayılmış. Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması düzenlenmiş ve idari para cezaları kanunla getirilmiş. Aslında benzer ceza hükümleri Türk Ceza Kanunu'nda da mevcuttur. Her ikisinin birbiriyle uyum halinde olması, yahut da orada olmaması burada olması, burada olmaması orada olması şeklinde bir düzenleme belki daha isabetli olabilir. Sonuç olarak, tabii ki bu tasarının kanunlaşmasını dilemekten başka çok da fazla bir şey söylemek istemiyorum. Avrupa Konseyi'nin Sözleşmesi 28 Ocak 1981 tarihini taşıyor. Dolayısıyla bizim tasarımızın da ümit ediyorum ki en geç, 28 Ocak 2015'ten önce kanunlaşmasıdır. Hepinize teşekkür ediyorum.

**Bilal ÇALIŞKAN-** Cemil Hocama teşekkür ediyoruz. Ben de son derece gizli, hassas bir şey paylaşayım sizinle. Yarın sabahki oturum başkanı, bizim de

konusacağımız, Cemil Hoca. Onun için kendisine torpil geçtim yani. Çok teşekkür ederiz, çok sağ olun. Kişisel verinin ne olduğu ve nasıl koruma altına alınması konusundaki çalışmalar idare hukuku açısından önemli. Ceza hukuku açısından Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ve diğer bazı kanunlarda düzenlendi. Fakat hepsi bölük pörçük, herkes nereden ne alacağını çok iyi bilemiyor. Ve onun için de çok sağlıklı bir durum söz konusu olmuyor. Biz, mesela Hocam gösterdi, kırk altı tane Avrupa Konseyi üyesi ülke taraf 108 sayılı Sözleşme'ye. Uruguay dışarıdan taraf olmuş, yürürlüğe de koymuş. Avrupa Konseyi'nin öyle bir özelliği var, Rusya 2013 yılının sonlarına doğru, dokuzuncu ayda taraf oldu, yürürlüğe koydu ve Türkiye hala bekliyor, otuz üç yıldır. Bu Sözleşme neyi getirir, neyi götürür ama bir kere Türkiye'nin imajını kötü zedelediği bir gerçek. Umarım bu noktada daha ciddi bir çalışma olur ve Meclis de önemli bir görevi ifa eder. Teknolojik gelişmeler neticesinde bir takım haklarımızın nasıl daha iyi korunmasını sağlayabiliriz daha net ortaya koyarız yani. Siber Suçlar Sözleşmesine de bu bağlamda imza koyduk ama taraf olmamız ne zaman olur, onu bilemiyorum. Evet soruları alalım. Herkes pür dikkat. Evet Musa Bey, buyurun. Kendinizi tanıtırsanız.

**Musa ALBAYRAK-** Musa Albayrak, Danıştay 6. Daire Üyesi. Sayın Hocam sizi dikkatle dinledim. Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Yasa Tasarısı'nı gayet güzel izah ettiniz. Yalnız ben mi kaçırdım bilemiyorum. Kişisel verileri toplama hak, görev ve yetkisinin hangi kuruma, kuruluşa ait olduğu noktasında, yani devlet kamu yönetim birimlerine mi, yoksa gerçek ve özel kişiler de bu şeyi kullanabilir mi? Örneğin, on bin işçi çalıştıran bir özel sektör kuruluşu, istihdam ettiği işçilerin sosyo-ekonomik yapılarını, aile yapılarını, istihdam şekillerini, sağlık sorunlarını, psikolojik sorunlarını test etmek için, daha iyi bir istihdam politikası geliştirmek için birçok veriyi istihdam ettiği işçilerden isterse, bu bir kişisel veri toplama mıdır? Aynı şey eğitim-öğretim kurumlarında da geçerli. Eğitim-öğretim faaliyetinin daha düzenli yürütülmesi bakımından öğrencilerden birçok bilgi isteniyor. Ekonomik yapısından, sağlık, aile, özel hayata varacak kadar bir takım sorular yöneltiliyor. Bu bir kişisel veri toplama olarak, tırnak içinde söylüyorum, bu bir fişleme midir?

**Prof. Dr. Cemil KAYA-** Teşekkür ediyorum sorunuz için. Tabi haklısınız, ben aslında Kanun Tasarısının amaç maddesini okuduğumda, orada kişisel veri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin uyacakları esas ve usulleri düzenlemektir diyor. Dolayısıyla kişisel verilerin işlenmesi konusunda yetkili sadece kamu kesimi değil, özel kesimde yer alan gerçek ve tüzel kişiler de bu kanun kapsamında, bu sorumluluklara uymak zorundalardır. Bu anlamda, burada düzenlemeler ne ise, kişisel verilerin işlenmesinde hangi ilkeler söz konusuysa, güncellenmesi, hukuken uygun işlenmesi, değiştirilmesi, gerekli ise kişiye talebi üzerine bilgi verilmesi işlenip işlenmediğine ilişkin, fabrikalar olsun özel okullar olsun mutlaka bu kap-

samda yer alır. Sadece bizde değil, diğer Avrupa Birliği ülkelerinde de böyledir. Hem kamu kesimi hem özel kesim kısacası bu kanun kapsamı altındadır.

**Musa ALBAYRAK-** Bu kişilerin rızasına bağlı mıdır?

**Prof. Dr. Cemil KAYA-** Kişisel verilerin işlenmesindeki ilk şart odur. Tüm kanunlarda yine, ilgili kişinin açık rızasıdır. Hatta açık rızanın ne anlama geldiği bile tartışmalıdır. Mutlaka açık rıza acaba kişinin “ben bu verilerimin işlenmesine rıza gösteriyorum” şeklinde bir belge imzalaması mıdır? Yahut da internetten bilet alacağımızı düşünelim, orada yemek tercihinin yaptığımızda, oraya bir tik attığımızda, ki bunun teknik adları var; opt in opt out, neyse oradaki işaretin, yahut da yazılı bir belgenin altında bir onay kutucuğu açıldığında, oraya imza açıldığında o da bir kişisel verilerin işlenmesine rıza anlamına geldiği kabul edilir.

**Bilal ÇALIŞKAN-** Teşekkür ederiz. Başka bir soru; mesela bizim güvenlik soruşturmalarımız yapılır. Üst düzey görevlerde belirli bir yere aday olduğunuz zaman. Sorular ilgili yerlere ve ilgili bilgiler alınır. Buna ilişkin şu anda mevzuatta hüküm var ve bu konuda da herhangi bir şey yapılmaz, itiraz da yok. Herhangi bir sorun çıkarsa itiraz oluyor, o zaman idare mahkemesine bununla ilgili gelmiş bir şey hatırlamıyorum ben, var mı bunu hatırlayanınız? Yani idari bir işlem olarak değerlendirilir bu. Ama bir aralar hatırladığımız var; yani yönetmeliğin durumuyla ilgili olarak, daha ciddi yerlere sorulması. Mesela bir bakkala sorulmuş eskiden gittiğinde, mahallede oturan bir komşusuna sorulmuş işe alımlarda adayken, daha sınava girmeden. Bunun doğru olmadığı noktasında bir iptal kararı hatırlıyorum Danıştay’a açılmış stajla ilgili ya da stajdan önce mi, öyle bir karar vardı.

**Prof. Dr. Cemil KAYA-** Bu konuya ilişkin, güvenlik soruşturmalarının hukuken geçerli, hukuken destekleyen bilgi ve belgeler olmadığı müddetçe geçerli olmadığı yönünde Danıştay’ın çok sayıda kararını hatırlıyorum. Hatta yakın tarihte yanılmıyorsam Anayasa Mahkememizin de MİT’e ilişkin bir raporun halinde, ilgili kişinin dosyasına gönderilmesi ve bu şekilde aleni hale gelmesinin, o kişinin haklarının ihlal edildiğine ilişkin bir karar verdi diye biliyorum. Masumiyet karinesine aykırı olarak adlandırıldı. Bir de eski tarihli bir Danıştay kararı hatırlıyorum, Susurluk Raporu nedeniyle kişinin zarar gördüğünden bahisle Danıştay’da açmış olduğu bir tam yargı davası, tazminat davası, orada Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu bugünkü adı, İdareyi manevi tazminata hükmetmiştir kişisel verileri ifşa oldu gerekçesiyle. Danıştay’da böyle bir tabir kullanılmıyor ama “özel yaşamın gizliliğini ihlal” olarak bir karar verdi diye hatırlıyorum.

**Dr. Alparslan ALTAN-** Alparslan Altan, Anayasa Mahkemesi Başkanvekili. Hocam söyledi, bireysel başvuru yoluyla kişiye ait istihbarat bilgilerinin ki,

somut olaydaki kişi bir öğretmendi, öğretmenlerin geçmişiyle, daha önceki siyasi eğilimleriyle ilgili istihbarat notunun ceza davasında kullanılması, dosyaya konulması nedeniyle kişi masumiyet karinesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi burada gerçekten kişinin iddia ettiği gibi masumiyet karinesinin ihlal edildiğini ve bu nedenle bu hakkının bu şekilde ihlal edildiği sonucuna vardı. Anayasa Mahkemesi Genel Kurul dosyalarında da, şu anda tam şey olarak hatırlayamayacağım ama, Türkiye İstatistik Kanunu'nda kişilerin, kendilerinden istenen her türlü belgeyi ve bilgiyi İstatistik Kurumu'na vermesine ilişkin düzenlemeyi "her türlü" ibaresi yönünden iptal etti. Yine benzer Sermaye Piyasası Kanunu'nda kişinin, sermaye piyasasında işlem yapan kişinin kendisiyle birlikte belirli derecedeki yakınlarının da her türlü bilgi ve belgeyi verme zorunluluğunu öngören bir düzenleme vardı. Bu düzenlemeyi de benzer gerekçeyle iptal etti. Anayasa Mahkemesi bu konuda hassas ve Genel Kurul kararlarından da epey buna örnekler bulabiliriz. Teşekkürler.

**Bilal ÇALIŞKAN-** Biz de teşekkür ederiz. Tabi bütün bunlar sözleşmede güvenceye alınan, AİHS'te güvenceye alınan 8. maddede güvenceye alınan özel hayatın gizliliği, özel hayata saygı çerçevesinde değerlendirilmesi gereken; İnsan Hakları Mahkemesi'nin de bu noktada ülkemizle ilgili bir hayli kararı mevcut. Benim hatırladığım bir tanesi var mesela, bunu diyor muhakkak böyle bir durumu, yapacaksan inceleme, gözaltına aldıkları birisini jinekolojik muayeneye tabi tutmuşlar, bundan sonra işkence yapıldı iddiasını önlemek için. Neye dayandın diyor yani. E biz kendi keyfimize dayandık; yok öyle diyor, her şeyi yapamazsın. Böyle bir şeyi yapmak için dayanacağın bir kanun çıkarman lazım. Yönetmelik de yetmez diyor, kanunla sınırlanabilir ancak. Yönetmeliğe koyduk efendim yönetmelikte var; kendisinin tacize maruz kalıp kalmadığını tespit etmek zorundayız. Yok diyor, sınırlamaları yönetmelikle yapamazsın, kanunla yapmak zorundasın.

**Mustafa GÖKÇEK-** Mustafa Gökçek, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu Üyesi. Şimdi, 6. Daire üyemiz Musa Albayrak Bey'in Hocama sorduğu ikinci soru belki eksik kaldı da, bir katkı olarak onu söylemek istiyorum. Zannediyorum 2013'ün son döneminde, milli eğitimdeki öğrencilerden çok detaylı, böyle mahrem sayılacak bilgilerini dahi, mesela ne gibi desek, hatırladığım kadarıyla annenizin babanızın ilk evliliği mi, işte ilk evliliği değilse falan çok özele giren sorular var. Belki kökenini, yani çok değişik, meşrebini falan araştırmacı çok değişik şeyler gelmişti. Öyle bir genelge miydi, yoksa ona yönelik bir formdu zannediyorum. İdari Dava Dairelerinde tam belki bunun üzerine oturmasa da, özel bilgileri, mahremleri ifşa edici, belki toplumda bir kaosa yol açıcı, şu anda karar yazıldı çıktı mı onu tam hatırlamıyorum ama oyçokluğuyla öyle bir iptal kararı verildi. Onu da belirtmek isterim bir katkı olarak. Özellikle Musa Bey bir

fişleme sayılır mı deyince, tam da belki öyle denmese de o mahiyette bir karar verildi kanaatindeyim. Teşekkür ediyorum.

**Bilal ÇALIŞKAN-** Biz de çok teşekkür ederiz. Başka soru var mı? Mesela Defne Samyeli ile ilgili bir şey vardı hatırlıyor musunuz? TÜİK buna sormuş, demişler ki şu şu cevapları vereceksiniz kişisel verilerle ilgili. Vermediğiniz takdirde ceza yazarız. Kadın kendisinin ceza tehdidiyle kişisel verilerinin alınmasının büyük bir ayıp olduğunu söyledi, hak ihlali olduğunu söyledi. Sonrasında ne oldu bilemiyorum. Herhalde TÜİK bir açıklama yaptı onunla ilgili; biz kendisini zorlama değil, ikna etmeye çalışıyoruz gibi bir ifade vardı yanlış hatırlamıyorsam. Buyurun Mehmet Ali Bey.

**Mehmet Ali CERAN-** Mehmet Ali Ceran, Danıştay 14. Daire Üyesiyim. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı var biliyorsunuz. Bu kişisel verilerin korunması, özel hayatın gizliliği konusunda bu kurumun yeri nedir?

**Prof. Dr. Cemil KAYA-** Güncel bir kurum olması hasebiyle pek fazla ayrıntıya girmek istemiyorum ama nihayetinde bir yasal düzenleme herhangi bir kuruma, bunun adı TÜİK olsun TİB olsun fark etmez, herhangi bir yetki vermişse, Anayasa Mahkemesi'nde iptal edilmediği müddetçe bu yetkisini kullanabilir. Buna herhangi bir yasal engel var mıdır yok mudur onun değerlendirmesi takdir edersiniz ki Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacaktır. Sadece bizim ülkemize mahsus değil, Avrupa Birliği hatta Amerika olsun, Kanada olsun bu tip ülkelerde o tip yapılanmalar, kurumların da olduğunu biliyorum. Onun dışında, bilmiyorum çok genel şeyler söyledim ama yeterli oldu mu.

**Dr. Alparslan ALTAN-** Alparslan Altan, Anayasa Mahkemesi Başkanvekili. Şimdi TİB'in mevzuatı açısından bakıldığında, TİB kendiliğinden bir şey yapan bir kurum değil. Özellikle bu dinlemeler, tespitlerle ilgili. TİB'in şu andaki mevzuat açısından yetkisi mahkemeler tarafından kendisine gönderilen talimat üzerine, dinlemeyi de kendisi yapmıyor ve bu konuyla ilgili işlemleri başlatmış oluyor. Yani, evet koordinatör bir kurum mahiyetinde. Dolayısıyla yani burada dinlemeyle ilgili TİB'in mevzuat gereği yaptığı işlemler, mahkeme kararına dayalı işlemler. Burada yetki tamamen mahkemenin.

**Cüneyt YILMAZ-** Cüneyt Yılmaz, İstanbul İdare Mahkemesi Başkanı. Şeyi sormak istiyorum ben, tüzel kişilerde de mesela mesai saatlerinin takibi için çalışan personelin parmak izi, yüz taraması gibi şeylerini takip için alıyorlar girişlerde çıkışlarda belli bir disiplin sağlamak için. Bu da bu kişisel veri kapsamında sayılıp aslında yasal altyapısı da olmadığı için ne kadar hukuka uygun? Ve o arkadaşlar başvurularını yahut da yasal haklarını nasıl arayabilirler?



**Prof. Dr. Cemil KAYA-** Bir işyerine girişlerde kimlik kartı uygulaması dışında bir takım hem kamu hem özel kuruluşlar, yanılmıyorsam Türkiye’de bir belediye böyle bir uygulama yaptı diye biliyorum, bu tip uygulamalar yapmaktadırlar. Tabi avantajları söz konusu, dezavantajları söz konusu. Kimlik kartıyla yapılan bir uygulamanın bir başkasına kimlik kartımızı verdimsek suretiyle, sanki mesaiye başlamışız gibi bir sonuç doğurma durumu söz konusudur. Ama parmak izi her kişiye özel, mahsus olduğu için, parmak izimizi de bir başkasına veremeyeceğimize göre bu şekilde bir uygulama işin teknik mantığı açısından uygundur ama hukuka uygun mudur? Kişisel kanaatim bunun parmak izi yoluyla yapılmasının ne pahasına olursa olsun hukuka uygun olmayacağı yönündedir. Bu konuda bildiğim kadarıyla idare mahkemesi kararları da söz konusudur hukuka uygun olmadığı yönünde. Ama batı ülkelerinde de bu tip uygulamaların olduğunu biliyorum. Yani parmak izi yoluyla mesai takibinin olduğu uygulamaları biliyorum. Yasal zemini, tabi gönül ister ki bütün bu yasal zemin veri koruma kanunlarına dayansın. Veri koruma kanunu olmadığı için buna ilişkin genel bir madde de söz konusu değildir. Uygulayan kurum açısından, özel sektör açısından bildiğim kadarıyla İş Kanunu, İş Mevzuatı çerçevesinde bir hüküm yok diye de biliyorum. Öyle söyleyeyim.

**Bilal ÇALIŞKAN-** Çok teşekkür ederiz. Son derece hassas verilere sahip olduk, burada yaptığımız hepsi kamera altına alındı arkadaşlar. Onayınız yoksa çıkışta söylersiniz. Çok teşekkür ederiz, sağ olun.

## 5. OTURUM

### İMAR, PLANLAMA, MÜLKİYET, KAMU YARARI

**Oturum Başkanı: Prof. Dr. Cemil KAYA**

**Prof. Dr. Cemil KAYA-** Programımızın ikinci gününü açıyorum. Bu oturumda, beşinci oturumda üç tane değerli konuşmacımız var: Bilal Çalışkan Beyefendi Danıştay 5. Daire Üyemiz, Yard. Doç. Dr. Cenk Yaşar Şahin İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyemiz ve Doç. Dr. Melikşah Yasin yine İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyemiz. Sözü birinci konuşmacı Sayın Bilal Çalışkan'a vermek istiyorum. Kendisinin konusu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Danıştay'ın Mülkiyet Hakkına Yaklaşımı, buyrunuz efendim.

**Bilal ÇALIŞKAN-** Günaydın herkese, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nasıl bakıyor, Danıştay bu bakıştan nasıl etkilenmiş, konumuz bu. Mülkiyet hakkının kapsamını belirlemede nasıl davranıyor her ikisi de? Bir durum analizi yapmamız gerekiyor. 21 Aralık 2013 tarihi itibarıyla ülkemizin durumu İnsan Hakları Mahkemesi açısından çok iç açıcı değil. Gördüğümüz gibi beşinci sıradayız. Mahkeme önündeki derdest dosyaların %11,3'ü bize ait. 47 ülkenin içindeki sıramız bu, Mahkeme onda bir oranında bize çalışıyor. Adalet Bakanlığı'nın hazırlamış olduğu bir eylem planımız var, fakat bunun içeriğini hala açıklayamıyoruz, umarım en kısa zamanda açıklanır. Sözleşme'ye baktığımızda ilk hazırlanışında mülkiyet hakkı unutulmuş, daha sonra bakalım demişler ve 1954 yılında eklemek akıllarına gelmiş. Dolayısıyla mülkiyet hakkı önemli bir hak. Ek Protokol'ün 1. maddesiyle konulmuş: Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Burada tüzel kişilere de bir hak tanınmış. Bir kimse ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden, eski deyimle mamelekenden, yoksun bırakılabilir. Bu hükümler devletlerin mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hanel getirmez. Dolayısıyla burada; bir kişinin mülkiyetine sınırlamalar yapılacaksa bunun nasıl yapılması gerektiğini, devletin buna müdahalesinin nasıl olması gerektiğini açıklıyor. Sözleşme'de açık bir tanımlı yok, ancak İnsan Hakları Mahkemesi bunu çok geniş yorumluyor. Parasal değeri olabilen nesnel ya da soyut hemen her konuyu mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirdiğini görüyoruz. Burada bir de kazanılmış mülkiyet söz konusu, potansiyel var mı yok mu onu pek gündemine

almadığı, ancak son zamanlarda bu görüşünden birazcık ileriye doğru gittiğini de görmek mümkün. Sözleşme, taraf ülkelere hakkın özünü ortadan kaldırmamaları koşuluyla, izledikleri ekonomik ve siyasal politikalar doğrultusunda mülkiyetin barışçıl kullanımını sınırlandırmaları açısından oldukça geniş yetkiler de veriyor. Ama uyacağı kuralları özellikle 1982 yılında vermiş olduğu kararlar açık açık ortaya koyuyor. Tabii bu müdahale yapılacağı zaman bir iç hukuk yolu, bir yargı yolu olmalı. Bunu kapatmışsa veya bu anlama gelecek bir kısıtlama ve engel koymuşsa, Sözleşme'nin bütünlüğü doğrultusunda İnsan Hakları Mahkemesi denetimini sürdürüyor. Kamu yararı amacı ile ve ancak yasa ile devletler mülkiyet hakkını sonlandırabilir. Bunun başka bir yolu yoktur, örneğin; yönetmelikle veya başka bir mevzuatla yaparım deme imkanımız yoktur. Kamu yararını kim belirleyecek? Burada, Mahkeme özellikle milli organlara öncelik veriyor, etkinliği sağlıyor. Buradaki durumu, milli devletlerin en iyi kendilerinin tayin edeceklerini söylüyor. Ama bu tayinin sınırını belirlemede de AİHM olarak kendisinin yetkisi olduğunu söylüyor. Bunu yaparken de malvarlığından yoksun bırakılan kişinin zararlarının yitkileriyle orantılı bir bedel ödenerek giderilmesi gerekir diye de belirliyor. İnsan Hakları Mahkemesi otonom yorumunu hiç kimseye bırakmıyor. AİHM, Devletlerin yetkisi vardır ancak en son Mahkeme olarak benim de yetkim vardır; çünkü bu, Sözleşme'den kaynaklanan bir durumdur diyor. Bunun özellikle ulusal düzeyde yapılmış tanımları geçersiz kılmadığını söylüyor ama bunun bazı kararlarda ileriye de geçtiğini söylemek mümkündür. Mahkeme ulusal hukuka göre mülkiyet hakkı içerisinde değerlendirilmeyen; kira, işçi ücretleri, haksız tutuklama tazminatı gibi bazı birçok konuyu da bu tanım kapsamında ele alıp karara bağlayabiliyor. Ek 1 nolu Protokol, toplum yararı için- kamu yararı anlamına geliyor- burada gerekli gördükleri bütün sınırlamaları yapma konusunda açık yetki veriyor. AİHM, 1982 yılında verdiği Sporrong&Lönnroth kararından bu yana da bir takım sınırlamalar getiriyor.

Kamusal makamlar tıpkı diğer haklar gibi mülkiyet hakkını da keyfi olarak sınırlandıramıyorlar. Sınırlamanın meşru olup olmadığına bakarken dört tane hususu dikkate alıyor:

- a) Hukuki mi, kanunla öngörülmüş mü;
- b) Müdahale, sınırlama ölçütlerine ya da başka bir deyişle meşru amaçlara uygun mu;
- c) Demokratik toplumda gerekli mi;
- d) Dördüncü kural olarak da enteresan bir ilke var; sayılan bu üç ilke birbirinden kopuk ve ilgisiz değildir, hepsini dikkate alarak yorum yapılmalıdır.

Burada kazanma değil ama mülkiyet hakkının korunması diye bir durum söz konusudur. Mahkeme ulusal yargı makamlarından yeknesak bir tavır almalarını ve öngörülebilir kararlar vermelerini istiyor. Bir konuda farklı, bir konuda farklı düşünmeyin; benzer durumlarda benzer tavırlar gösterin; böylece vatan-  
daşlara hukuki güvenlik sağlamış olursunuz diyor. Bunun somut örneği Bevedere'nin İtalya'ya karşı yapmış olduğu başvuruda söz konusu olmuştur. AİHM, İtalyan hukukunda kamulaştırma işlemine ilişkin olarak ulusal yargı kararlarının tutarsız sonuçlar doğurması, hukukilik ölçütüne aykırıdır diyerek yargı organlarının tutarsız kararlarını tenkit etmiş oluyor, bunun da bir ihlal oluşturduğunu söylüyor. Türk Anayasa Mahkemesi de E.2002/112, K.2003/33 sayılı kararında Belvedere kararına atıf yapıyor.

AİHM, Mullai ve diğerleri v. Arnavutluk kararında ulusal yargı makamlarının tutarsız karar vermesinin mülkiyet hakkının hukukilik unsurunu ihlal ettiği sonucuna varıyor.

Bimer v. Moldova kararında da yabancı yatırımcıların işletme ruhsatlarının iptal edilmesini mülkiyet hakkı kapsamında değerlendiriyor, burada yabancıların da haklarını korumaya almış oluyor.

Manzara hakkı, eser sahibinin hakkı, suçla mücadele çerçevesinde gemi ve arabaya el koyma nitelikli müdahaleler gibi birtakım şikayetler var. AİHM'nin Öneriyıldız v. Türkiye kararında olduğu gibi, çöplük patlaması sebebiyle meydana gelen can ve mal kaybından ötürü, kamu makamlarının sorumluluğuna ilişkin şikayetler de var. Bu başvuruların bir kısmı mülkiyet hakkının ihlali hükmüyle sonuçlanırken bir kısmı mülkiyet hakkının ihlal edilmediği kararıyla neticelenmiştir.

Adil yargılanma hakkı ile birlikte mülkiyet hakkının da değerlendirildiğini görmek mümkündür. AİHM, Hollanda ile ilgili Benthem kararında Hollanda Danıştay İdari Davalar Dairesi'nin yetkilerinin, yalnızca öneri niteliğinde görüş bildirmekle sınırlı olduğunu, kararlarının Kraliyet katında bağlayıcılığı bulunmasa da, Kraliyet kararnamelerinin de Parlamento'ya karşı sorumlu durumdaki Bakanlık idari işlemleri düzeyinde kalması nedeniyle bağımsız ve yansız bir mahkemede yargılama yapılmadığını saptayarak Sözleşme'nin 6/1 maddesinin ihlaline karar vermiştir. Dolayısıyla da burada da danışma görevi olan İdari Dava Daireleri Kurulu'nun yargısal niteliğine vurgu yapılmaktadır.

AİHM'nin hukukilik niteliğine ilişkin de birtakım kararları var. Bütün bunları uzun uzun anlatma imkanım yok. Türk hukukuna geldiğimizde, AİHM, yabancı uyruklu kişilerin karşılıklılık ilkesi çerçevesinde –uluslararası hukukun en önemli konularından birisidir bu- taşınmazları miras yoluyla edinebilmesinin

Ek Protokol'ün 1. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Apostolidi ve diğerleri davasında bu şekilde karar vermiştir.

AİHM, Vasilescu v. Romanya davasında el konulan altınlarla ilgili davada altınlara herhangi bir suç soruşturması nedeniyle el konulmuşsa, ancak kişinin herhangi bir suçu yoksa altınların müsadere edilmemesi ve kişiye iade edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

İmar planları ile mülkiyet hakkına getirilen sınırlandırmalar var. İhlaller konusunda ülkemiz ile ilgili en önemli konu da budur. Taşınmazı imar planları ile kamulaştırma kapsamına alıyoruz, kamulaştırma yapmıyoruz ve bekletiyoruz. İmar planı kapsamına almış olmamıza rağmen herhangi bir para ödemeyip vatandaş bekletmemiz büyük sıkıntılara yol açıyor.

Türkiye ile ilgili Güneydoğu'da göç, köy boşaltma, köye dönüş başvuruları var. İçyer kararı ile ilgili olarak Hükümet bu konuda çok önemli kararlar aldı ve vatandaşların zararlarını tazmin ediyor.

Nacaryan ve Deryan davası bizim için önemlidir. 2008 yılında Yunan uyruklu mirasçıların açtığı Nacaryan ve Deryan davasıyla karşılıklılık ilkesi bakımından yerleşik içtihat haline geliyor.

Türkiye'ye karşı kayda değer sayıda dava, kesinleşmiş yargı kararlarının uygulanmaması sebebiyle açılmış olup bunların büyük çoğunluğunda mülkiyet hakkının ihlali hüküm altına alınmıştır. Karar kesinleşmişse bunun da ödenmesi gerekmektedir, belediyeler ödenek yokluğu yahut bütçeden ödenek ayrılmamıştı gibi gerekçelere sığınamayacaktır. Devlet malı da olsa icra işleyecektir, ayrıca ülkemizdeki devlet malına icra işlemeyeceğine ilişkin kuralların Sözleşme'yle bağdaşmadığına karar verilmiştir. AİHM'nin Sefine Baş kararı var, burada eşî tutulanmış, yargılanmış, daha sonra da ölmüş olan kişi, kendisine emeklilik maaşı, dul aylığı bağlanmasını istiyor. Bu istemin reddi üzerine iptal davası açıyor, İdare Mahkemesi başvuran kişiyi haklı buluyor, Danıştay bozuyor. Danıştay'ın bozmasından sonra İdare Mahkemesi'nin reddi üzerine AİHM'ne yapılan başvuruda eşinin ödemiş olduğu primlerden dolayı başvuran kişiye dul aylığı bağlanmamasının Ek Protokol'ün 1. maddesinin ihlali olduğuna karar veriliyor.

Danıştay'ın mülkiyet hakkına yaklaşımı nedir? Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı düzenleniyor, nasıl sınırlandırılacağına ilişkin hükümler de var. AİHS'nin iç hukukumuzda bir takım doğrudan yansımaları var. Danıştay, bunu imar planları açısından, parselasyon planları açısından değerlendiriyor. İşteğe bağlı parsellemenin nasıl olamayacağını söylüyor, düzenleme ortaklı payı ile ilgili olarak değerlendirme yapıyor. 6. Daire'ye göre; uygulamada, Kanunda ve Yönetmelikte kamu ortaklık payı ve düzenleme ortaklık payı kapsamında olan

kamu ihtiyaçları belirlenmiş ise de, ilgili idarelerce bazen kamu ortaklık payı kapsamında olan bir alan için, düzenleme ortaklık payı kapsamına alınarak uygulama yapılması halinde idari yargı yerlerinin hatalı uygulamaya müdahalesi kaçınılmaz olmaktadır. Ancak aynı taşınmazdan, yeni bir uygulama imar planı veya değişikliği mevcut değil iken birden fazla düzenleme ortaklık payı alınmasına kararları ile müsaade etmiyor.

Kamu yararı kararı alınması ile ilgili olarak Kamulaştırma Kanunu'ndan kaynaklanan durumlar var, Yine 6. Daire'nin kararlarına göre (E.2008/4095, K.2010/3765; E.2009/1015, K.2000/560); imar planı ile bir kamusal amaca tahsis edilen taşınmazın kamulaştırılabilmesi için karşılığı bir bedele ihtiyaç vardır. Bedel bulunmadığında, yıllarca taşınmazların kamulaştırılmaması nedeniyle maliklerinin tasarruf hakları sınırlandırılmaktadır. İdarelerin kamulaştırma yapmaya zorlanamayacağı idari yargı mercilerince verilen kararlarla ortaya konulmuştur. Ancak, mülkiyet hakkının kullanılması yönünden taşınmaz maliklerinin önemli ölçüde hak kaybına uğradığı hallerde, taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz mala bir takım bedeller tespit edilerek verilmek durumundadır.

AİHM önünde Kıyı Kanunu ile ilgili olarak bir hayli başvuru vardı. Kıyılar Anayasa'da düzenlenmiştir, ben Devlet olarak alırım ve hiçbir bedel ödemem şeklindeki bir yaklaşım mümkün değil, Yargıtay bu noktadaki kararını değiştirdi. Danıştay son yıllarda verdiği bir kararda (İDDK E.07/2255, K.12/801); imar planlarında kamunun kullanımı için ayrılan taşınmazların, uzun süre idarelerce kamulaştırılmamasından maliklerin mülkiyet hakkı belirsiz bir süre kısıtlandığı ve kamu yararı gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil denge bozulduğu için kamulaştırılma yapılması için maliklerin başvurusunun reddinde hukuka uyarlık bulunmadığı; bu gibi durumlarda adil dengenin bozulduğundan söz edebilmek için 5 yıl geçmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda 1999 yılında vermiş olduğu önemli bir kararı var (E.99/33, K.99/51). İDDK da belirttiğimiz kararda bu karardan bahsediyor. Anayasa Mahkemesi kararı 29.06.2000'de Resmi Gazete'de yayınlanmış ancak ortaya çıkan hukuki boşluk doldurulmamıştır. AİHM'nin 13331/07 numaralı ve 11.01.2011 tarihli kararına atıfta bulunuyor. Bu karara göre; imar planında okul olarak ayrılan ve malik tarafından kullanılmaya devam edilen taşınmaza el atılmaması nedeniyle, re'sen gerçekleşmiş bir müdahale olmasa da, kamu yararı ile mülkiyet hakkı arasında adil dengenin bozulmaması ve mülkiyet hakkının kullanımının belirsizliğe itilmemesi için, kamu hizmeti için ihtiyaç duyulan ve kamulaştırılması gereken taşınmazların belirlenmesinde ödenek durumu ve hizmete duyulan acil ihtiyaç dikkate alınarak hareket edilmesi gerekir. Kararda kamulaştırmaz el atma hususu belirtiliyor. Danıştay 6. Dairesi 2011'de vermiş olduğu

bir kararında (E.09/10109, K.11/3784); kamulaştırma uzun süre yapılmadığında, kişilerin temel haklarından biri olan mülkiyet hakkının süresi belirsiz bir zaman diliminde kısıtlandığı ve bu durumun mülkiyet hakkının özünün zedelenmesine neden olduğu belirtiliyor. Yine 6. Daire'nin başka bir kararında –bu karar ente-resan- (E.09/15650, K.11/3752); askeri güvenlik bölgesindeki taşınmazda ziraat yapılabildiği için, mülkiyet hakkının özünün ihlal edilmediğine, kamulaştırma isteminin reddinde hukuka aykırılık bulunmadığına karar verilmiştir. Davacı idare mahkemesince askeri güvenlik bölgesindeki taşınmazının kamulaştırılması iste-miyle yaptığı başvurusunun reddine karşı açtığı davanın reddinin, AİHM karar-larına aykırı olduğunu ileri sürmüştü de, mülkiyetine erişimine engel olunmadığı gerekçesiyle temyiz isteminin reddine karar verilmiştir.

Danıştay 6. Dairesinin 2012 tarihli bir kararında (E.11/8290, K.12/1937); 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 27. maddesi uyarınca idarece tesis edilen işlem zımnı bir kamulaştırma işlemi olduğundan, bunun kesin ve yürütülmesi ge-reken işlem niteliği taşıdığı belirtiliyor. AİHM'nin Karaman (6489/03) kararına atıfta bulunuyor ve kamu yararı ile kişisel haklar arasında adil bir denge aradığını ortaya koyuyor. 6. Daire, acele kamulaştırmanın da nasıl yapılacağını ilgili mevzuatta belirtildiği, aceleliğine Bakanlar Kurulunca karar verilmesi gereken durumlarda, kıymet tespiti için asliye hukuk mahkemesine başvurup tespit edilen değeri bankaya yatırarak taşınmaza el konulmasında, bu dava açılmadan önce yasanın öngördüğü kamu yararı kararı alınması gerektiği yönünde karar veriyor. Karara konu olay Trakya'da geçiyor ve petrol aramayla ilgili bir uyuşmazlık. Kamu yararı kararı almadan sana bedelin ödenmesini kabul etmiyor ve öncelikle Bakanlar Kurulu'nun kamu yararı kararı alması gerektiğini söylüyor. 6. Daire'ye göre; petrol arama ülkemizin milli menfaatleriyle doğrudan ilgilidir ve Bakanlar Kurulu bu konuda bir karar almalıdır. Bakanlar Kurulu kamulaştırma kararı al-ması gerektiği halde, asliye hukuk mahkemesinin kararının davacılara tebliği-yile acele kamulaştırma öğrenilmiş ve 2942 sayılı yasadaki yükümlülükler yerine getirilmemiş, devlet mülkiyet hakkı açısından üstlendiği pozitif ödevin gereğini yerine getirmemiştir. Bu hakkın somut ve etkin olarak kullanılmasının korunması gerekir, dolayısıyla taşınmazın 2942 sayılı yasanın 27. maddesi uygulanarak ka-mulaştırılması işlemi dava konusu edilebilecektir. Çünkü kişinin durumdan daha önce haberi yoktu.

Danıştay 14. Dairesi bir kararına göre (E.11/14784, K.13/1444); düzenle-yici işlem niteliğindeki imar planlarının, idarece kaldırılması veya değiştirilmesi durumunda, planların yürürlüğü sırasında, bunlara dayalı olarak tesis edilen bi-reysel işlemler kişiler bakımından subjektif nitelikte kazanılmış hak doğuracaktır. Çalıştığım eski Bakanlık binası var giriyoruz oraya uluslararası hukuk dış işi-

kiler var, sol tarafında bir tane gecekondü var, bu gecekondüyu yıkamıyorsunuz, böyle bir şey.

6. Daire kararında belirtildiği üzere; idari işlemlerin geriye yürüyemeyeceğine ilişkin idare hukuku ilkesi ile bu gibi durumlarda kazanılmış hakların korunması ve idari istikrarın sağlanması amaçlanmıştır. Ancak bu şekilde kazanılmış bir hakkın var olduğu hallerde idari işlem ve dayanağı olan düzenleyici işlem hukuka uygundur. Sağlıklı ve dengeli bir çevrenin oluşturulması için, yürürlükteki planlara aykırı olarak inşa edilen yapıların yapının inşa edildiği tarihte yürürlükteki plana ve ruhsata uygun olarak inşa edilse dahi bu planın hukuka ve mevzuata aykırı olduğu tespit edilerek yargı merciince iptal edilmesi halinde kazanılmış hakkın bulunmaması nedeniyle yıkılması gerekir. Ancak ruhsat veren idarenin kusuru nedeniyle iyi niyetli kişilere yıkıma konu bedelin ödenmesi gerekir.

Sürem bittiği için burada sözlerimi kesmek istiyorum, hepimize teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Cemil KAYA-** Ben çok teşekkür ediyorum Sayın Danıştay Üyemize. Şimdi ikinci konuşmacımız Yrd. Doç. Dr. Cenk Yaşar Şahin, “Türk Hukukunda İmar Uygulamaları ve Kamulaştırmasız El Atmadan Kaynaklanan Mülkiyet Hakkı İhlalleri” konusunda tebliğ sunacaklar. Ben sözü kendisine veriyorum. Buyrunuz.

**Yrd. Doç. Dr. Cenk Yaşar ŞAHİN-** (Konuşmacı, konuşmasının yayınlanmamasına karar vermiştir.)

**Prof. Dr. Cemil KAYA-** Sayın Konuşmacıya teşekkür ediyoruz. Şimdi son konuşmacımız Sayın Doç. Dr. Melikşah Yasin, kendisinin konusu “Soylulaştırma Yolu ile Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Temel Hak ve Özgürlüklere Etkisi”. Buyrunuz.



## SOYLULAŞTIRMA YOLUYLA YAPILAN KENTSEL DÖNÜŞÜM UYGULAMALARININ TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERE ETKİSİ

Doç. Dr. Melikşah YASİN\*

### GİRİŞ

Şehirleşme; dünyanın farklı bölgelerinde farklı olgulara dayalı olarak gelişme göstermiştir. Kùltürler, inançlar, ekonomik gelişmeler, savaşlar, siyasi hareketler vb. pek çok olgu kentlerin oluşumu, kentlilerin yaşam biçimlerini, tercihlerini etkilemiştir. Ancak, dünyanın hemen her tarafından kentli sorunlarının benzerlik gösterdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Planlama, mimari, çevre sorunları benzer özellikler göstermektedir.

Bu sorunların, kimi zaman şehirde yaşayanlar bakımından çekilmez bir hal aldığında, kentin bir bütün olarak rehabilitasyona tabi tutulması zorunluluğu ile karşı karşıya kalınmaktadır. Kentlerin, özellikle çöküntü alanı olarak ifade edilen bölgelerinin yaşanabilir hale getirilebilmesinin olağan imar uygulamaları ile mümkün olmadığı durumlarda, “kentsel dönüşüm” şehirlerin bu çok yönlü sorunlarını çözmek için başvurulan olağanüstü bir imar uygulaması olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kentlere yönelik bu olağanüstü müdahale yöntemi, pek çok temel hak ve özgürlüğün de mekanı olan kentlerde, temel hak ve özgürlüklerin kullanımı bakımından önem taşımaktadır.

Esasen, insan haklarına saygılı bir kentleşme anlayışı, sadece kentsel dönüşüm bakımından değil, her türlü şehircilik uygulaması bakımından dikkate alınması gerekmektedir. Örneğin; Anayasamız ile de güvence altına alınan yerleşme hürriyetini (madde 23)mülkiyet hakkı (madde 35) sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı (madde 56) tüm şehircilik uygulamalarında dikkate alınmasının zorunlu olduğuna kuşku bulunmamaktadır.

Kentsel dönüşüm uygulamaları da pek çok yönden temel hak ve özgürlüklerle doğrudan veya dolaylı olarak ilgili bulunmaktadır. Başarılı bir kentsel dönüşüm uygulamasının, kentlerde ortaya çıkan hak ihlallerini engellemek için dikkate alınması, uygulanması gereken kentli haklarına saygılı bir dönüşüm olması gerektiğine kuşku bulunmamaktadır. Örneğin; dezavantajlı bireylerin ihti-

\* Konuşmacı tarafından bilimsel makale olarak teslim edilmiş olan bildiri metni, hakem denetiminden geçirilmiş olup “hakemli makale” olarak yayımlanmaktadır. Metnin sonrasında yer alan soru ve cevap kısmı, tarafımızdan ses kaydının çözümü yapılmak suretiyle bu kısma eklenmiştir.

yaçları dikkate alınmadan yapılan bir dönüşüm projesinin bu bireylerin hakları bakımından yol açacağı ihlaller bu niteliktedir.

Bu tebliğde, kentsel dönüşümde kullanılan bir yol olarak soylulaştırmanın temel hak ve özgürlükler bakımından değerlendirilecektir. Bu nedenle öncelikle, soylulaştırma kavramının ne anlama geldiği üzerinde durulacak ardından özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile bu tür uygulamaların hak ve özgürlüklere etkisi incelenecektir. Son olarak; Türkiye’de bir soylulaştırma örneği olarak kabul ettiğimiz Sulukule Kentsel Dönüşüm Projesine ilişkin gözlemlere yer verilecektir.

## **1. SOYLULAŞTIRMA KAVRAMI**

Soylulaştırma kavramı ilk defa, Londra’nın işçi mahallelerindeki konutların orta ve üst sınıf tarafından satın alınarak, bunların yerine şık ve lüks konutlar yapılması ve böylece bölgenin sosyal karakterinin değişmesi ile ilgili olarak kullanılmıştır<sup>1</sup>. Kentlerin “sosyo ekonomik” yenilenmesi olarak da ifade edilen soylulaştırma “meslek sahibi üst-orta sınıftan konut sahiplerinin, kentin belli semtlerine yeniden yerleşmesini” ifade etmektedir<sup>2</sup>.

“Mutenalaştırma”, “seçkinleştirme”, “nezihleştirme”<sup>3</sup> kavramları ile de ifade edilen soylulaştırmanın, aynı zamanda bir “yerinden etme” olduğu kabul edilmektedir<sup>4</sup>.

Soylulaştırmanın üç temel özelliği üzerinde durulmaktadır<sup>5</sup>:

- *“Soylulaştırma düşük gelir grubuna ait nüfusun alandan çıkarılmasını gerektirmektedir. Nüfusun alandan çıkarılması bazen zorla olabildiği gibi bazen de alanda soylulaştırma sonrası artan kira ve mülk değeri nedeniyle konutu eski sakinleri açısından ulaşılamaz hale getirdiği için kendiliğinden de gerçekleşebilmektedir.*

- *Mahalledeki konut stokunun kalitesinin yükselmesine yol açan fiziksel olduğu kadar sosyo ekonomik bileşenleri de bulunan bir kavram oluşudur.*

- *Soylulaştırmanın mahallenin değişen karakteriyle sonuçlanmasıdır.”*

Özellikle ifade etmek gerekir ki; soylulaştırma, şehirler bakımından; güvenlik, sağlık, çevre temizliği, yaşanabilirlik kriterleri bakımından olumlu bir

<sup>1</sup> Ülke Evrim UYSAL; “Soylulaştırma Kuramlarının İstanbul’da Uygulanabilirliği; Cihangir Örneği”, Planlama Dergisi, 2006/2, s.80.

<sup>2</sup> Pelin Pınar ÖZDEN; Kentsel Yenileme, İmge Yay., İstanbul 2008, s.168.

<sup>3</sup> ÖZDEN; s.169.

<sup>4</sup> UYSAL; s.80.

<sup>5</sup> ÖZDEN; s.173.

gelişme olduğu kabul edilse bile, nihayetinde bir “yerinden etme” olduğu, bir semtin eski sakinlerinin yerine alım gücü yüksek olan daha varlıklı kesimlerinin yerleşmesidir<sup>6</sup>.

Şunu da ifade edelim ki; şehir içi hareketlilik, diğer bir ifadeyle şehirden ayrılma ve geri dönmenin çok farklı etkenleri olabilir. Bu nedenle şehir içi nüfus hareketliliği, kimi zaman, şehirlerin doğal gelişim/değişim sürecinin bir sonucu olarak da gerçekleşebilir. Ayrıca, bir bölgede uygulanacak olan kentsel dönüşüm, böyle bir hedef güdülmese dahi, az veya çok sosyal yapıda bir değişime neden olabilir. Dönüşüm projeleri ile değerlendirilen mülklerin, bir gelir olarak satış suretiyle değerlendirmek isteyen bireyler, yüksek değer kazanan bu mülklerini rızalarıyla satarak daha ucuz bölgelere yerleşmeyi tercih edebilirler. Veya, belli bir bölgedeki alt yapı veya benzer sorunların çözülmesi ile daha önce o yerden ayrılmış kişiler eski mahallelerine dönmeyi tercih edebilirler. Benzer şekilde, tarihi kent alanlarının dönüştürülmesi sürecinde, bu yerlerin tarihi işlevlerine uygun olarak yenilenmeleri ile sosyal yapıda da değişimler meydana gelebilir. Ancak, dönüşüm projelerinin yerinde dönüşüm hedefine uygun şekilde, kişileri yerlerinden edecek şekilde dizayn edilmemesi gerekir. Kişileri, dolaylı olarak yaşadıkları bölgeyi terk etmeye zorlayacak projelerin de, şeklen bir soylulaştırma projesi olarak takdim edilmese dahi sonuçları itibari ile bir soylulaştırma olacağına kuşku bulunmamaktadır.

Bugün özellikle Türkiye’de sıklıkla gündeme gelen kentsel dönüşüm uygulamalarının, bilinçli veya bilinçsiz şekilde şehirlerde nüfus hareketliliğine yol açtığı görülmektedir. Kentsel dönüşümün genellikle şehirlerin sorunlularını çözmesi ve yaşam kalitesini arttırmasının doğal bir sonucu olarak bu yerlerde yaşamaya yönelik talep ve buna bağlı olarak taşınmaz değerlerinde meydana gelen, artış nüfus hareketliliğinin genellikle alt gelir grubunda yer alan kişiler aleyhine gerçekleştiğini söylemek de yanlış olmayacaktır.

## **2. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI İŞİĞİNDE SOYLULAŞTIRMANIN İNSAN HAKLARINA ETKİSİ**

Kentsel dönüşümü gerekli kılan unsurların, temel hakları ihlal etmeyi haklı kılmayacağına şüphe yoktur. Kimi zaman, bazı bölgelerde suç oranlarının yüksekliği, deprem gibi yaşamı tehdit eden tehlikelerin varlığı dönüşümün gerekliliği için kullanılmakta ve adeta bu gerekçelerle yapılacak dönüşümler için temel hakların ihlali ikinci derecede önemli bir konu gibi anlatılmaktadır. Ancak; bu yaklaşımın doğru olmadığı kanaatindeyiz. Bu gerekçelerin önemli olduğuna kuş-

<sup>6</sup> UYSAL; s.83.

ku olmamakla birlikte, dönüşümün temel haklara uygun şekilde yapılmasına da engel bulunmamaktadır.

Bu kapsamda; iki sorunun cevabını aramak gerekmektedir:

1. Kentleri soylulaştırma yoluyla dönüştürmek, hak ve özgürlükler bakımından meşru mudur? Diğer bir ifadeyle soylulaştırma meşru bir amaç olarak kabul edilebilir mi?

2. Soylulaştırma hangi hak ve özgürlüklerin ihlaline yol açar?

Kanaatimce; yukarıda ifade edilen anlam ve kapsamı itibari ile soylulaştırma tek başına kentsel dönüşüm için meşru bir gerekçe olarak kabul edilemez. Çünkü kentsel dönüşümün temel amacı, çöküntü alanı haline gelmiş şehir kesimlerinin, sosyal, ekonomik, kültürel sorunlarını gidererek bu yerleri yeniden cazibe merkezi haline getirmektedir. Sosyal yapının değiştirilmesi kentsel dönüşümün bir amacı olarak kabul edilemez.

İkinci sorunun cevabını ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında değerlendirmek, konuyu somutlaştırmak bakımından daha doğru bir yöntem olacaktır.

Konuya ilişkin örnek olarak sunmak istediğim ilk karar 1983 yılında G. and E. v. Norway davasında Avrupa İnsan Hakları Komisyonun verdiği kabul edilebilirlik karardır.

### **2.1. G. AND E. V/NORWAY DAVASI ( 03.10.1983) AVRUPA İNSAN HAKLARI KOMİSYONU KABULEDİLEBİLİRLİK KARARI<sup>7</sup>**

Başvurucular, Norveçli Sami topluluğuna mensuptur. Norveç Hükümeti 15 Haziran 1979 da bu topluluğun yaşadığı Alta Vadisinde, hidroelektrik santrali kurma kararı almıştır. Bu karar ile vadinin bir kısmı sular altında kalacaktır. Bölgede yaşayan Samiler, kendi kültürleri ve diğer İskandinav dillerinden farklı dilleri olan bir halktır. Eğitim düzeyleri oldukça düşük olup, okur yazar oranı da oldukça azdır.

30000 kişi kadar Norveç'te kalanları ise İsveç ve Finlandiya ve Sovyetler Birliği'nde yaşamakta ve birkaç bin yıllık bilinen bir tarihleri bulunmaktadır. Ancak bu topluluk özellikle 2. Dünya Savaşından sonra kültürlerinden uzaklaştırılmakta ve bu kültür yavaşça yıkılmaktadır.

Başvurucular, çok az kişinin sami dilini konuştuğunu, yıllardır hükümetten taleplerinin karşılıksız kaldığını ileri sürmüşlerdir. Başvurucular, doğdukları, ya-

<sup>7</sup> G. and E. v. Norway, Decision, 03.10.1093, Application: 9278/8.

şamaya devam ettikleri, sürülerini dolaştırdıkları bu bölgenin bir kısmının sular altında kalacağını iddia etmişlerdir.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu; bu başvuruyu Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında değerlendirmiştir. Komisyon; bu bölgede Hidroelektrik santrali inşasının, bölgede yaşayan bir azınlığın özel hayatlarına bir müdahale teşkil edeceğine karar vermiştir.

## 2.2. YORDANOVA VE DİĞERLERİ V. BULGARİSTAN KARARI

Bu karara konu uyuşmazlıkta, davacılar Bulgar vatandaşı Romanlardır. Başvurucular; Sofya yakınlarında Batalova Vodenitsa mahallesinde ikamet etmektedir. 1960 ila 1970 yılları arasında bu mahalleye yerleşmiş ve gecekondular inşa etmişlerdir. Bu gecekondularda ne elektrik ne de su mevcuttur. Bölgeye en son 1990 yılında mahalleye yerleşimciler gelmiştir. 1990'ların başından itibaren Sofya'nın muhtelif yerlerinde Roman ve Roman olmayanlar arasında gerilim yükselmeye başladı. Roman mahallelerinin durumu tartışmaların odağına oturdu ve farklı siyaset adamları Sofya'nın "Çingene gettolarını" kazıyıp boşaltmak yönünde fikirler beyan ettiler.

Yerleşimcilerin üzerinde buldukları arsa 1996'ya kadar Hazine arazisi olup bu tarihten itibaren Sofya belediyesine devredilmiştir. Ne davacılar ne de diğer mahalle sakinleri durumlarını düzeltmek, yasal hale getirmek için bir girişimde bulunmuşlardır. Davacılar, fakir oldukları ve toplumdaki ayrı yaşadıkları için durumlarının yasallaşmasını isteyemeyeceklerini ileri sürmektedirler. Ayrıca; yürürlükteki yasa oturmuş oldukları evlere sahip olmalarına engel olmaktadır.

Mayıs 2006'da Sofya Belediye Meclisi özel bir girişimciye davacıların hemen yani başındaki araziyi transfer etmiştir.

Bölgenin tahliyesi konusunda idare bir kaç defa girişimde bulunmuş, tahliye kararları; yerel mahkemelerce yasal bulunmuştur. Yerel Mahkemeler, davacıların bahsi geçen tahliye kararlarının arazi üzerinde on yıllardan beri yaşamış oldukları göz önünde bulundurularak ölçülülük prensibine aykırı olduğu yönündeki itirazlarını görmezden gelmiş ve ellerinde buraları işgal etmek adına hiçbir yasal dayanakları olmayışına vurguda bulunarak tahliye kararlarını yasal bulmuştur.

23 Haziran 2006 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurulmuştur.

Mahkeme; kararda öncelikle; hiç kimse davacıların evlerinin ne yapı normları ve güvenlik normlarına aykırı olduğunu ne de olası bir yasallaşma prosedürüne tabii olamayacaklarını inkâr edilmediği kabul edildiğini ifade etmiştir.

Mahkeme davacıların aileleriyle birlikte bu gecekondularda yıllarca kaldıklarını ve bunları yasal olup olmamasına bakılmaksızın ikametgâhları (aile konutu) olduğunu gözlemlemektedir.

Kararda; kentsel dönüşüm amacıyla ilgili arsa ve alanların otoriteler tarafından geri alınmak istemesini hâklı bulduğunu ve otoritelerin prensip olarak yasal olmayan yollarla bu alanları işgal eden bu yerleşimcileri tahliye etme hakkına sahip olduğu da kabul edilmektedir. Ancak; Mahkeme; otoritelerin Batalova Vodenitsa’da onlarca yıldır bu tür yerleşimlerin (gecekondu) oluşmasına göz yummuştur. “De facto” bir durumun ortaya çıktığını ve bu durumun da davacıların bu yerlere bağlanmalarına ve bir topluluk oluşturmalarına sebep olduğunu ifade etmektedir.

Mahkemeye göre; idarenin her ne olursa olsun davacıları İnsan Hakları sözleşmesinden çıkartılabilecek herhangi bir konut sunma yükümlülüğü yoktur. Bununla birlikte, istisnai olarak, 8.maddeden müşkül durumda olanlara barınacak yer tahsis etme zorunluluğu çıkartılabilir.

Mahkeme; hiç kimsenin davacıların ikamet ettikleri yapıların yapı normlarına, sağlık normlarına aykırılığını ve bunun sonucunda güvenlik ve sağlık alanında oluşabilecek sorunları inkâr etmediğini kabul etmekle birlikte, Hükümetin bu sorunların çözümüne yönelik, buradaki yapıların mümkünse kanuna uygun hale getirilmesi, içme suyu için kanalların (kanalizasyonların) döşenmesi, atık suların giderinin yapılması ve tahliyenin gerekli olduğu zaman kalınabilecek yer aranması hususunda yardımda bulunulması gibi farklı çözüm yöntemleri denemediğini, ciddi bir yaklaşımı olmadığını not etmektedir. Mahkeme bu bilgileri esas alarak; Hükümetin tahliye kararının tek çıkar yol olduğu yönündeki dayandığı temelin zayıfladığını ve başka bir deyişle, tahliye kararını tebliğ etmeden önce, otoriteler davacıların kalacak yer konusunda karşılaşacakları riskleri göz önünde bulundurulmadığını, bilakis bu riski kayda değer olarak görmediğini tespit etmiştir.

Ayrıca Mahkeme, 8. maddeye riayet edilmiş olması için ulusal otoritenin değerlendirmelerinde, tabii tutulması zorunlu ölçülülük prensibi gereğince, davacıların sosyal olarak müşkül durumda oluşlarını ve özel gereksinimlerini göz önünde bulundurmuş olması gerektiğinin altını da çizmektedir. Bilakis bunlardan hiçbirinin yapılmamış olduğu mahkemece tespit edilmiştir.

### **2.3. WINTERSTEIN VE DİĞERLERİ v. FRANSA KARARI**

Bu olayda Mahkeme, otoritelerin yasal olmayan bir şekilde belediyeye ait bir araziye işgal eden davacıları tahliye hakkı olduğunu kabul etmekle birlikte otoritelerin bu yönde uzun süre hareketsiz kalmış ve « de facto » oluşan kanun

dışı yerleşimin ortaya çıkmasına sebep olmuş oldukları sonucuna varmaktadır. **Mahkeme, davacıların doğal bir hak olarak buldukları yerde sürekli bir yerleşme hakkına sahip olma umudu taşımamalarına rağmen, otoritelerin hareketsizliği/eylemsizliği davacıların hem yerleşim yeriyle sıkı bir bağ oluşmasına hem de topluluk hayatı yaşanmasına sebebiyet vermiş olduğu yönündeki saptamanın önemli olduğunu ve değerlendirmede mutlaka göz önünde bulundurulması gerektiğini bildirmiştir.** Mahkeme, bütün bir topluluğun ve uzun bir sürenin söz konusu olduğu durumlarda ayrı ve tek bir kişinin kanunsuz bir şekilde işgal ettiği yeri tahliyesinden farklı bir şekilde değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmış ve bunun da ölçülülük prensibinin en önemli yansıması olarak değerlendirmiştir.

Mahkeme, *ikamet edilen yerin kaybının konut hakkının ihlallerinden en önemlilerinden birini oluşturmakta olduğunu ve bu ihlalden mağdur olabilecek herkesin işlemin ölçülülüğünün bir mahkeme tarafından incelenmesini prensipte isteyebilir olması gerektiğini; özellikle de ölçülülükle ilgili önemli unsurların ileri sürüldüğü durumlarda, mahkemeler bunları ayrıntılı bir şekilde incelemeli ve getirmiş olduğu cevapları da uygun bir şekilde gerekçelendirmeleri gerektiğini* hatırlatıyor. (Kay ve diğerleri v. Birleşik Krallık, no : 37341/06, 21 Eylül 2010 kararı)

Davanın konusunu oluşturan olayda ise yerel mahkeme tahliye kararını verirken işlemin ölçülülük prensibine uygunluğunu değerlendirmeden vermiştir: *Yerleşim yerlerinin kanunsuz bir şekilde işgal edildiğini gördüğü anda davacıların öne sürdükleri unsurları tartmadan, değerlendirmeye katmadan karar vermiştir. Hâlbuki Mahkeme Yordanova ve diğerleri olayında belirttiği gibi bu yaklaşım kendi içinde sorunlu bir yaklaşım olup ölçülülük prensibine ters düşmektedir.*

**Mahkeme; yasadışı dahi olsa, yerleşme yerlerinin tahliyesine ilişkin alınacak bir kararın hukuka uygun olabilmesi için; tahliyelerin ulusal kurumların kararlarına göre şekillenmiş “önemli acil sosyal ihtiyaçlara tekabül “demokratik bir toplumun gereği” olan bir durum olması gerektiğini kabul etmektedir.**

Mahkeme, karara konu olaya ilişkin olarak şu hususları da tespit etmiştir: *Sosyal yapılara yerleştirilen dört aile dışında geri kalan davacı aileler farklı bölgelere yerleşmişlerdir ve kötü durumdadırlar: Trou-Poulet ormanından ayrılmayanlar ve geri dönenler gibi tahliye kararının uygulanması tehdidiyle karşı karşıyalar; davacıların diğer kısmı da kalabilecekleri düzgün bir yer bulamamakla birlikte oldukça sefil ve uygunsuz şartlar altında ve her an otoriteler tarafından tahliye edilmek korkusuyla geçici çözümler bulmuşlardır.(alışveriş merkezi oto-*

parkı ya da karavanın bekleme ve duraklamasının yasak olduğu bölgelerde yaşamak gibi).

*Bütün bu bilgiler ve unsurlar ışığında Mahkeme otoritelerin ailelerin kabileceği başka aile alanlarında bir yer bulunması hususundaki isteklerinde ihtiyaçlarına gerekli ihtimamı göstermediği sonucuna varmış ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8.maddesinin gerekli gördüğü tahliye kararının uygulanması sırasında müdahalenin ölçülülüğünün kontrolünden faydalanamayan davacıların bu haklarının ihlal edildiği kararına varmıştır. Ayrıca 8.maddenin bir başka şekilde ihlali ise aile alanlarında başka bir yerleşim yeri gösterilmesini isteyen ailelerin ihtiyaçlarına gerekli ihtimamın gösterilmemesinden doğduğunu ifade edilmiştir.*

### **3. AVRUPA SOSYAL HAKLAR KOMİTESİ 28 HAZİRAN 2011 TARİHLİ YERİNDELİK KARARI: KONUT HAKKI VE TAHLİYELER MERKEZİ (COHRE) V. FRANSA KARARI**

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi ("Komite"), Sosyal Haklar Sözleşmesi'nin 25. maddesi gereği bağımsız uzmanlardan oluşmuştur. Karar, Fransa'daki Romenlere ait yasadışı kampların tahliyesine ilişkindir.

Cumhurbaşkanı'nın yasadışı kampların tahliyesinde güce başvurulacağı ve toplu sınır dışına çıkarmaların uygulanacağı yönündeki yeni politikaları 21 ve 28 Temmuz 2010'da ilan sonrasında Fransa'da yaşayan Romen vatandaşların durumunun oldukça ağırlaştığını iddia edilmiştir. Diğer taraftan, İçişleri Bakanlığı'nın 5 Ağustos 2010 tarihli genelgesiyle tahliyeler sırasında Romenlerin yasadışı kamplarına öncelik verilmesi yönünde emir verilmesi COHRE'ye göre açık bir şekilde ayrımcılık yapıldığını kabul etmiştir.

Hükümet ise Şart'ın ihlal edilmediği çünkü sınır dışı edilme kararlarının tamamının kişisel kararlar olduğunu ve yasadışı durumda olmaları dolayısıyla da Şart'ın konuta saygı ile ilgili hükmünün bu kişilere uygulanamayacağı ve dolayısıyla da bir ihlalin gerçekleşmediğini iddia etmiştir.

Komite arazi ve binaların kanunsuz işgalinin kaçak şekilde kalanların tahliye edilmesini haklı hale getirdiğini hatırlatmaktadır. Fakat kanunsuz işgallerin kriterlerinin de geniş biçimde algılanmaması gerekliliğine vurgu yapmaktadır. Tahliye işlemi açık kurallarla belirlenmiş olmalı ve ilgili kişilerin haklarını muhafaza edecek biçimde uygulanmalıdır.

Ayrıca Komisyon tahliyenin:

(i) ilgililerin onur ve haysiyetlerini koruyacak şekilde gerçekleştirilmeli;



(ii) ilgililerin haklarını korumaya yetecek açık kuralların varlığı ile garanti altına alınmış olması gerektiğine vurgu yapmaktadır.

Ayrıca, Komite kararında kamu yararının tahliyeyi gerektirdiği hallerde yetkililerin ilgili kişilerin kalacakları yerleri ayarlamakla ve gerekli finansal desteği sağlamakla yükümlü olduğunu da hatırlatmıştır.

Komite kararında son olarak, “bir insan ya da grubun yasama tarafından belirlenmiş haklar konusunda gerçekleştirmiş olduğu hukuka aykırı fiillere karşı tedbirler alınabilmesi demek istenilen her türlü ceza ve uygulamanın yapılabileceği, kişilerin tanınmış haklarından mahrum bırakabileceği gibi değerlendirilemez” görüşüne de yer verilmiştir.

Komite, Hükümetin Romanya ve Bulgaristan kökenli Romenlere yönelik 2010 yazında yapılan tahliyelerin kişi onur ve haysiyetine uygun şartlarda yapıldığını ve ayrıca yeni barınma imkânlarının sunulduğunu ispat edemediğini tespit etmektedir. Tam aksine, bu tahliyeler 5 Ağustos 2010 tarihli genelge ile etnik bir ayrımcılık gözetilerek (Romenlerin yaftalaması) ve baskı altında (derhal sinir dışı edilme tehdidi) yapılmıştır.

Tüm bu bilgiler ışığında Komite, Hükümetin bahsi geçen tahliyelerin dayanağı olan 5 Ağustos 2010 tarihli genelge uygulamasından dolayı Romenlerin, açık ve doğrudan, etnik kökenlerinden dolayı bir ayrımcılığa maruz kaldıkları kanaatine varmıştır.

Bu şartlar altında zor durumda olan kırılğan gruplara yönelik insan onur ve haysiyetine dokunan müdahalelerin oluşmasına sebebiyet verilmesi ve bunların gerçekleşmesinde aktif bir şekilde rol alan otoriteler de dikkate alındığında 31/2 maddesi açısından ağır bir insan hakları ihlalinin oluşması için gerekli kriterler (COHRE v.Italya, no: 58/2009, 25 Haziran 2010 tarihli yerindelik kararı) oluşmuş durumdadır.

#### **4. KARARLARA İLİŞKİN TESPİTLER**

Yukarıda aktarılan AİHM kararları ile Avrupa Sosyal Haklar Komitesi kararlarından şu hususlar tespit edilebilir:

- Yasadışı yerleşmelerin tahliyesi kural olarak mümkün olmakla birlikte, bu yerlerde yaşayan bireylere alternatif için barınma imkanları sunulmalıdır.
- Yasadışı yerleşimlere idarenin göz yumması ile oluşan fiili durumlar göz ardı edilemez ve bu bireylerin barındıkları yerlerle oluşan bağları dikkate alınmalıdır.
- Yasadışı tahliyelerde, ölçülülük ilkesine dikkate edilmelidir.

- Yerinden etme amacına yönelik bir dönüşüme ancak bunu haklı kılacak önemli acil sosyal ihtiyaçlara tekabül “demokratik bir toplumun gereği” olan bir durumun varlığı halinde başvurulabilir.

- Yerinden etmenin zorunlu olarak uygulandığı kentsel dönüşüm uygulamalarında dahi, yerinden edilen kişi veya topluluklara ihtiyaçlarına uygun, insan onuruna yakışan barınma imkanları sağlanmalıdır.

- AİHM Kararlarında yasadışı yerleşimlere müdahalenin dahi ancak belli koşullarla kabul edilmesi nedeniyle, yasal yerleşim alanların dönüştürülmesi sürecindeki uygulamalarda temel hak ve özgürlükler konusunda daha hassas olunması gerektiğine kuşku bulunmamaktadır.

## **5. TÜRKİYE’DE SOYLULAŞTIRMA ÖRNEĞİ OLARAK SULUKULE KENTSEL DÖNÜŞÜM PROJESİ**

Bu başlık altında; Türkiye’de, soylulaştırma yöntemi uygulanan kentsel dönüşüm uygulamalarından, Sulukule Kentsel Dönüşüm Projesi, hem özellikleri ve hem de konuya ilişkin yargı kararının bulunması nedeniyle incelenecektir.

Sulukule, İstanbul Fatih ilçesinde, Neslişah Sultan ve Hatice Sultan Mahallesi kapsayan bölgedir. Bölge UNESCO tarafından Dünya Kültür Mirası Listesinde yer alan Kara Surları içinde yer almaktadır. Ayrıca, Bölge İstanbul 1. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu kararı ile kentsel ve tarihi sit alanı olarak tescil edilmiştir. Bölgede %17 oranında roman diğerleri ise farklı bölgelerden göç etmiş alt gelir grubuna dahil vatandaşlardan oluşmaktadır<sup>8</sup>. Bölgenin içinde bulunduğu fiziki, ekonomik, kültürel koşullar nedeniyle, dönüşme tabi tutulması gerekliliğine yönelik bir itiraz olmamıştır. Ancak; projenin özellikle bölgede yaşayan hak sahiplerinin bölgeden tahliyesine yol açacak şekilde dizayn edilmesi, özellikle bölgede yaşanan Roman vatandaşların tepkisine yol açmıştır. Zira, proje ile inşa edilmesi öngörülen lüks konutların, tümüyle, bölgede yaşayan alt ve düşük gelir grubunda bulunan kişilerin buradan tahliye edilerek üst ve orta gelir grubundan kişilerin yerleşmesine yol açması kaçınılmazdı ve nitekim de öyle oldu. Bölgede yerleşik bulunan alt gelir grubundan kişiler, bölgeden tamamen uzaklaştırıldı. Bu kişilere, şehir dışında Taşoluk bölgesinde konutla tahsis edilmiş ise de, buraya yerleşen kişilerin çalışma imkanları ve yaşam tarzları ile uyumlu olmayan bu yerde uzun süre kalmadılar ve yeniden şehir merkezine ama bu defa dağınık şekilde başka bölgelere yerleştiler.

<sup>8</sup> BAŞTÜRK Fethiye Nur; “Uygulama Örnekleri: Sulukule Kentsel Yenileme Projesi”, in Kentsel Dönüşüm Hukuku, Editörler; Melikşah YASİN, Cenk ŞAHİN; İ.Ü. Hukuk Fakültesi S.S. ONAR İdare Hukuku ve İlimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yay., İstanbul 2014, s. 285 vd.

Sulukule Projesine karşı bir hukuk mücadelesi de yürütülmüştür. Yargılama neticesinde ilk derece mahkemesi, yenileme projesinin iptaline karar vermiştir. Kararı veren İstanbul 4. İdare Mahkemesi, tamamen bilirkişi raporundaki gerekçelere dayandığı kararında şu ifadelere yer verilmiştir:

*“Yukarıda içeriğine yer verilen bilirkişi raporundan sonra 28.12.2010 tarihinde Mahkememizce 5366 Sayılı Yıpranan Tarihi Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak kullanılması Hakkında Kanun ile 2863 Sayılı kültür ve tabiat varlıkları Koruma Kanunu doğrultusunda bölgenin özellikleri de göz önüne alındığında; Projenin 5366 Sayılı Kanunda öngörülen amaçların gerçekleştirilmesine hizmet edebilecek nitelikte bulunup bulunmadığı ve kamu yararına uygun olup olmadığının, taraf iddiaları ve savunmaları ile dosyadaki bilgi ve belgeler ışığında incelenerek ek rapor düzenlenmesine karar verildiği, bu karar üzerine düzenlenen ek bilirkişi raporunda da “Sulukule Yenileme Alanı sınırlarına bakıldığında, alanın yaklaşık % 90 nının 1970 li yıllarda Unesco Kriterleri kapsamında geliştirilen Koruma Amaçlı İmar Planında Sur Koruma Bandı içinde kaldığı ancak Yenileme Projesi ile sur koruma bandı sınırlarının değiştirilerek koruma alanının yaklaşık %50 oranında küçültüldüğü, küçültülen alanda üç ve dört katlı yapıların yapılmasına olanak tanındığı, Sulukule yenileme alanının mevcut durumu ile onaylı Yenileme Avan Projesi karşılaştırıldığında mevcut sokak dokusu ve mevcut yapı adaları oluşumunun Yenileme Avan Projesinde farklılıklar gösterdiği, mevcutta 12 yapı adasından oluşan alanda 24 adet yapı adası oluşturulduğu, bu nedenle özgün ada morfolojisinin ve sokak rejiminin yeterli düzeyde korunamadığı, başka bir deyişle değiştirilmiş olduğu, mevcut durumda donatı için kamu kullanımına ayrılmış olan Bostan Alanının Yenileme Avan Projesi nde ortadan kaldırılarak ve yapı adaları oluşturularak yapılaşmaya açıldığı, sokak en kesitlerinin mevcuda göre büyütülerek sokak karakterlerinin değiştirildiği, ada ortaları dışında yeşil alanlara, parklara projede yer verilmediği, mevcut sokak dokusu ve mevcut tescilli yapıların gabari ve proporsiyonuna uygun olmayan üç dört katlı yeni yapı tipolojisi oluşturulduğu, sonuç olarak; 5366 Sayılı Yıpranan Tarihi Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun ile 2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kanunu doğrultusunda bölgenin özellikleri de göz önüne alındığında; Yenileme Avan Projesi nin yukarıda açıklanan nedenlerle, 5366 Sayılı Kanunda öngörülen amaçların gerçekleştirilmesine hizmet edebilecek nitelikte bulunmadığı ve kamu yararına uygun olmadığı” görüş ve kanaatlerinin vurgulandığı, görülmekte olup, söz konusu bilirkişi raporu na davalı taraflarca yapılan itirazlar yerinde bulunmayarak rapor mahkememizce hükme esas alınacak nitelikte bulunmuştur. Öte yandan; davalı idarelerce dava konusu avan projede değişiklikler içeren 22 adet uygulama projesi hazırlandığı*

*ve uygulamaya geçirildiği yönünde savunma dilekçesi verilmesi üzerine Mahkememizce bu hususla ilgili olarak da bilirkişilerden ek rapor alındığı buna göre “ Davalı idarelerce öne sürülen söz konusu uygulama projelerle birlikte dava konusu avan projede yapılan herhangi bir değişiklik bulunmadığı, bu nedenle önceki bilirkişi raporunda saptanan aykırılıkların giderilmesi gibi bir durumun söz konusu olmadığı hususlarının vurgulandığı görülmektedir.*

*Bu durumda, dosyada mevcut bilgi ve belgelerle bilirkişi raporları birlikte değerlendirildiğinde, yenileme avan projesinin uygun bulunmasına ilişkin dava konusu koruma kurulu kararının bölgenin özellikleri de göz önüne alındığında 5366 Sayılı Kanunda öngörülen amaçların gerçekleştirilmesine hizmet edebilecek nitelikte ve kamu yararına uygun olmadığı sonucuna varılmaktadır.”*

Mahkeme kararında şehir plancılığına ilişkin yukarıda geniş bir kısmı aktarılan teknik gerekçelerden önce, kentsel dönüşümün hukuki boyutunu dikkate alarak değerlendirme yapma imkanını kullanmamıştır. Nitekim; somut olayda, bilirkişi incelenesine dahi gerek olmaksızın dava konusu edilen projenin temel hak ve özgürlükler bakımından doğuracağı hukuka aykırılıklar dikkate alınmamış, projenin sebep, sonuç ve amacı bakımından hukuka uygunluğuna ilişkin hukuki bir değerlendirmede bulunulmamıştır. Kanaatimizce, bu tür projelerde, şehir plancılığı ve mimari gibi teknik boyutları bakımından uygunluğundan önce ilgili yasal düzenlemelerin öngördüğü hukuki düzen bakımından geçerliliği mahkemelerce incelenebilir. Dolayısıyla; Sulukule Projesi gibi, soylulaştırma yolunun tercih edildiği bir projenin, kararda ifade edilen tüm teknik aksaklıkları giderilmiş olsa dahi, yukarıda ifade edilen AİHM içtihatlarındaki esaslar çerçevesinde değerlendirildiğinde açık bir hukuka aykırılık taşıdığı tespit yapılabilir. Bu nedenle, mahkeme, önüne gelen uyuşmazlığın “teknik boyutunu” incelemeye geçmeden önce; öncelikle uyuşmazlığın hukuk bilgisi ile tespit edilebilen bir hukuka aykırılığının olup olmadığını değerlendirmeli ve bu şekilde hukuka aykırılığı tespit edilen işlemler bakımından bilirkişi incelemesine gerek dahi kalmayabilir.

Ancak, Sulukule davasında, maalesef ilk derece mahkemesi sorunun hukuki değerlendirmesini, tamamen bilirkişinin teknik tespitleri muvacehesinde yapmak suretiyle, bu kentsel dönüşüm uygulamasını hukuki ilkeler bakımından değerlendirme gereği duymamıştır.

Ayrıca, Sulukule Projesinin iptali istemiyle açılan davada ilk derece mahkemesi yürütmenin durdurulması kararı vermemiş, bunun üzerine bölge tahliye edilmiş, binalar yıkılarak yeni konutlar inşa edilmiş ve iptal kararı ancak yeni konutlar bitip yeni sahiplerine satıldıktan sonra verilmiştir. Böylece, bu iptal kararı, gerekçesi kadar, hukuki ve fiili bakımdan uygulanabilirliği bakımından da problemli bir karar olmuştur.

Sulukule Projesine ilişkin mahkeme kararı, AİHM kararları çerçevesinde değerlendirildiğinde ise şu tespitin yapılması mümkündür:

Kararda; kentsel dönüşüme ilişkin temel ilkelerin dikkate alınmaması, sosyal yapıyı muhafaza edecek bir dönüşüm projesinin uygulanması olanakları araştırılmadan ve üstelik Romanlara kendi yaşam biçimlerine uygun barınma ve geçinme imkanları sağlanmadan yapılan proje ile, yukarıda aktarılan kararlar çerçevesinde, AİHS'nin 8.maddesinin ihlal edildiği söylenebilir.

**Prof. Dr. Cemil KAYA-** Sayın Yasin'e teşekkür ediyoruz. Gerçekten de her üç konuşmacı son derece kıymetli, değerli tebliğler sunmuş oldular. Şimdi soru kısmına geçiyoruz efendim. Buyrun.

**Prof. Dr. Ali ULUSOY-** Çok teşekkür ediyorum Sayın Başkan. Öncelikle değerli konuşmacıları tebrik ediyorum, son derece doyurucu sunuşlardı. Ben şahsen de çok yararlandığımı ifade etmek istiyorum. İmar ve kentsel dönüşüm konuları özellikle çalıştığım konular değil, ben de son derece yararlandım. İki noktaya kısaca dikkat çekmek istiyorum. İlki, soylulaştırma terimini bu konularla çok özel olarak ilgilenmediğim için ilk defa duyduğumu itiraf edeyim. Açıkçası çok da sevmedim bu terimi. Biraz pejoratif bir anlamı olabilir gibi de geldi. Sanki tırnak içinde “soysuzlar”ı çıkarıyoruz da “soylular”ı getiriyoruz anlamını ima eden, hatta biraz ırkçılığın sınırlarında bir laf gibi geldi. Bu lafı çok sevmediğimi itiraf etmek istiyorum. Bunun yerine siz de “nezihleştirme” terimini öneriler arasında söylediniz. “Nezihleştirme” terimini daha çok beğendimi ifade etmek istiyorum. Esas dikkat çekmek istediğim konu şu; imar planlarıyla ilgili olarak daha doğrusu kamulaştırma yapmaya zorlamaya ilişkin olarak, 5 yıl içinde okul alanı vs gibi kamuya ayrılmış yerler olarak planda gösterilmiş yerler 5 yıl içinde kamulaştırılmıyorsa buraları kamulaştırma konusunda idareleri zorlama yönünde verilen kararlar çıktığında şöyle bir sorun var mı acaba? Biz tabii burada mülkiyet hakkını biraz daha ön plana koyuyoruz. Ama kamu yararı boyutuyla mülkiyet hakkı arasında hep bir dengeden bahsediyoruz. Bu denge kamu yararı açısından sanki biraz bozuluyor mu? Şuraya gelmek istiyorum; bu içtihat ister istemez idareleri yeni imara açılan yerlerde şuna zorlayacak, bizim biliyorsunuz imar planı yapmama gibi bir sorunumuz var. 1/100000'lik planlar çoğu yerde yok, olanlarda da çok büyük problemler var, dava konusu oluyor vs. Bir yerde hiç plan olmaması mı daha iyidir yoksa bir plan var ama çok mükemmel olmayan bir plan olması mı daha iyidir? Bu tercihten yola çıktığımızda, bence çok mükemmel olmayan bir planın olması hiç planın olmamasından daha iyidir. Biz bu konuyu İdari Dava Daireleri'nde de tartışmıştık. Hepimizin bildiği Ergene Havzası, bilmeyen misafirlerimiz için İstanbul'a çok yakın bir sanayi bölgesi ve çok çarpık sanayi yapılaşmaları var. Deyim yerindeyse herkes bir yeri kapatmış, oraya fabrika kurmuş,

altyapıyla ilgili ciddi sorunlar var, çok anormal çevre sorunları var. Bir ırnak geçiyor, Ergene ırmağı, o ırmağın kirlenme tehlikesi söz konusu. Buralarla ilgili bir 1/100000'lik plan yapılmış ve o plan sanıyorum iki defa mahkemeler tarafından iptal edilmiş. Gerekçe ise plan mükemmel değil, bazı noktalarda problemler var diye plan iptal ediliyor. Tamam mükemmel olmayabilir ama bu planı iptal ettiğinizde orada hiç plan olmuyor. Hiç plan olmaması oradaki çarpık yapılaşmayı belki daha fazla artıracak. İptal ettiğiniz planın tekrar hazırlanması kabaca beş yıl, beş yıldan önce yeni bir plan yapmanız ve bunu yürürlüğe koymanız kabaca mümkün değil. Böyle bir açmaza mı giriyoruz? 5 yıl içinde kamulaştırılmazsa kamulaştırmaya zorlama konusu da ister istemez idareleri buralarda hiç plan yapmamaya zorlayacaktır. Çünkü ödeyemeyeceksiniz. İdarelerin oralandaki kamuya ayrılmış yerleri ödemeleri mümkün değil. Biz ödeyemeyeceğiz o zaman buraları planda kamuya ayrılmış yer olarak göstermeyelim. Planlarda okul vs gösterilmemesi gibi bir sonuç da ortaya çıkacak. Bu da kamu yararı açısından acaba ne kadar mantıklı, ne kadar tutarlı bu noktaya dikkat çekmek istedim. Teşekkür ederim.

**Doç. Dr. Melikşah YASİN-** Hocam, 'soylulaştırma' kavramı bizim kullandığımız ya da tercüme hatası olan bir şey değil. Kentsel dönüşüm multidisipliner bir alan. Haklısınız çok rahatsız edici bir kavram ama şehir planlamacılarının bu alanda özellikle kullandığı bir kavram olduğu için biz de kullanmaktayız. Yabancı dildeki karşılığı da 'gentrification'.

**Yrd. Doç. Dr. Cenk ŞAHİN-** Evet Hocam haklısınız, biz dengeyi yakalamaya çalışıyoruz. Benim de söylemeye çalıştığım şey evet yüzde yüz isabetli bu beş yıl değil, beş yıl da aslında şundan çıkmış oluyor madem ki geri alma hakkının süresi 5 yıldır o halde o süre dolduktan sonra idare kullanmıyor kamulaştırdığı yeri, oradan bir kıyas yapıldığını düşünüyorum. Ancak belki şöyle farklı alternatifler düşünülebilir. Alman hukukunda, buna çok hakim değilim, biraz da taşınmazın durumuna bakılarak, eğer hala kullanılabilir, değerlendirilebilecek bir yerse tam olarak kamulaştırma yapılmadan belirli bir değer kaybı oranında kamulaştırılmamasından ötürü getirilen kısıtlamalar için bir tazminat söz konusu. Kamulaştırmaya hemen o anda zorlamak değil. Ancak öyle de bir yer olabilir ki hiç bir şey yapamazsınız. Mesela birinci derece sit alanıdır hiçbir şekilde değerlendiremezsiniz, o zaman farklı yaklaşılmalıdır. Dolayısıyla görece, kısıtlamanın niteliğine bakarak farklı bir takım formüller üretilebilir. Bu formüllerin üretilebilmesi için de multidisipliner bir çalışmanın yapılması söz konusu olacaktır. Onun haricinde, planlamada eski plan da avdet etmediği için o sorunlar da var, idare bir kere planladığı bir alanda belirli bir alanı kamuya ayırdıktan sonra artık 5 yıl doluyor, buralar için para ödemeyeyim, en iyisi buraları kamusal alandan çıkarayım ve malikin değerlendirebileceği yerlere dönüştüreyim derse o zaman planlama

açısından sağlıklı sonuçlar oluşacaktır. Standartların altına düşecektir. Boğaziçi meselesinde de zannediyorum öyle bir durum söz konusu. Mahkemelerden, Boğaziçi öngörünüm bölgesindekileri artık kamulaştırman gerekir kararları çıkınca, o zaman para vermeyeyim, turistik tesis olarak imar izni vereyim anlayışı ortaya çıktı. Bu ciddi bir sorun.

**Bilal ÇALIŞKAN-** Hocam burda yeni bir karar var. Arkadaşımın da bahsettiği 2013 tarihli bir karar. Çanakkale’de otopark diye ayrılmış ve 5 yıl içinde de hiçbir işlem yapılmamış. Malike ziraat yap deniyor ancak yapamıyor, her an idare gelip burayı imar planına uygun hale getirebilir. İdare mahkemesi tazminat talebini reddetmiş. Danıştay ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Hakan Arı kararından da bahsederek zaten mevzuatta bellidir diyor. 2942 sayılı Kanun’un 11. maddesinde taşınmaz mal bedeli tespiti esasları bellidir, 15. maddesinde de taşınmazın niteliğine göre bilirkişi kurulunun nasıl oluşturulacağı da açıklanmıştır. Bunu tespit ettikten sonra davacıya ödenmesine karar verilmesi lazım diyor, böyle bir mecburiyete, en azından parasının ödenmesi gerektiği sonucuna varıyor. Tescil edilmesi sırasında kamulaştırma bedeli yerine geçecek miktar olarak kabul edilmesi gerekir, buna göre işlem zorunludur sonucuna varmış. İdareyi zorlayamazsın ancak vatandaşı da mağdur edemezsin. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne yapılmış olan bir başvuruda memur olan kişi emekli ikramiyesiyle elma bahçesi aldığını belirtiyor. Bahçeden karayolu geçirilmesine karar veriliyor. Kamulaştırılıyor, parası da ödenmiyor ve 10 yıl geçiyor. Vatandaşla devlet arasında barış oluşturma mecburiyeti var. İdari yargının bu şekilde karar vermesinde fayda var.

**Prof. Dr. Cemil KAYA-** Selami Bey buyurun, siz söz istemiştiniz.

**Dr. Selami DEMİRKOL-** Teşekkürler Sayın Başkanım. Selami Demirkol, Danıştay 15. Daire Üyesi. Ben konuşmacılara tebliğlerinden dolayı teşekkür etmek istiyorum, çok faydalandım. Ben soru sormayacağım. Not aldığım dört başlık var, onlarla ilgili katkı sunmaya çalışacağım müsaadenizle. Birinci başlık vergi hukukunda faiz, ikinci başlık Fener Rum Patrikhanesi’yle ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararı, üçüncüsü 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılınması Hakkında Kanun’un uygulanmasıyla ilgili konular, dördüncü olarak da İmar Kanunu’nun kısıtlılık halini düzenleyen 13. maddesinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi hususu. Zannediyorum Bilal Bey’in süresi yetseydi anlatacaktı. Ben katkı sunmaya çalışayım. İstanbul Bölge İdare Mahkemesi’nde de bu konularda çalıştığımız için bilgi sahibiyim. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 112. maddesinde şöyle bir düzenleme vardı. 112. maddeyi yorumlayan vergi mahkemesi hakimleri faiz yürütüleceğine dair herhangi bir hüküm yoktur diyerek faiz yürütmüyorlardı. Neyle ilgili? Ödenmemesi

gereken bir vergiyi ödemiş olan ilgili idareye başvuruyor, bu parayı bana geri öde diyor. İdare başvuruyu reddediyor. Başvurunun reddi işleminin iptali için vergi mahkemesinde dava açıyor ve mahrum kalmış olduğu paranın kaybı için faiz de istiyor. Fakat vergi mahkemesi esastan dosyayı inceliyor ve davanın kabulüne, ödenmiş olan verginin davacıya ödenmesine karar veriyordu. Faiz talebine gelince 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 112. maddesinde faiz yürütüleceğine dair herhangi bir hüküm yoktur diyerek, faiz talebini reddediyordu. Bununla ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Eko-Elda kararı var, başka kararları da var. Dahası Danıştay 4. ve 7. Dairelerinin kararlarına rağmen vergi mahkemeleri bu uygulamayı Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına kadar yıllarca sürdürdü. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 112. maddesi iptal edilince vergi mahkemesi hakimleri faiz yürütmeye başladılar. Faiz nedir; faiz mülkiyet hakkıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorumlarıyla net bir şekilde ortaya çıkmıştır. Bilal Bey de bunu söyleyecekti herhalde.

**Bilal ÇALIŞKAN-** Evet aynen bunu söyleyeceğim. Bu konuda Danıştay 8. Dairesi'nin 2013 yılında dergide yayınlanmış E. 2010/9130, K. 2013/302 sayılı kararı var. Burada da devlet hakkının fazla ve yersiz olarak alınması maden ruhsatından kaynaklanıyor. Vatandaşın devlet hakkı fazladan alınmış ancak iade edilirken faizsiz şekilde iade edilmiş. Yasal faiz istemi zımnen reddedilmiştir deniyor, bu iptal edilerek yasal faizin dava gününden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar veriliyor.

**Dr. Selami DEMİRKOL-** Kamulaştırma bedelinin geç ödenmesinden kaynaklanan kayıpla ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye hakkındaki Akkuş kararı var. Bu bir dönemeç kararıdır. Başka bir konu, Bilal Bey bunu güzel bir şekilde söyledi, ben sadece süsleyeceğim belki de. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Fener Rum Patrikhanesiyle ilgili kararı var. Bu karar çok ilginç. Yüksek yargı yerlerine yönelik özellikle Yargıtay'a yönelik verilmiş bir karar bu. Diyor ki; yüksek yargı yerleri içtihadını değiştirdiğinde bu içtihat değişikliği eğer mülkiyet ihlali sonucunu doğuruyorsa, mülkiyet kaybına sebep oluyorsa yargının içtihadını değiştirmiş olması Ek Protokol'de belirtilen mülkiyet hakkı ihlalidir. Yargı içtihadını kolay kolay değiştirmemeli, değiştirmesi gerekiyor ise bu içtihat, değişiklik tarihinden önceki konulara uygulanmaz diyor.

Yine, Danıştay 15. Daire'nin 5233 sayılı Kanun kapsamında sosyal risk ilkesinden kaynaklı önüne gelen davalar var. Burada bizim kullandığımız kriter malvarlığına ulaşamama, bunu da mülkiyet hakkı çerçevesinde görüyoruz. Köyünden, hayvanlarından veya evinden ayrı kalmış olması karşılığı, zarar tespit komisyonlarının yaptığı ödemelerden memnun olmayanların açtığı davalarda biz mülkiyet hakkı çerçevesinde irdeleme yapıyoruz. Bu da mülkiyet hakkı çerçe-



vesinde bir konu. Diğer bir konu, İmar Kanunu 13. maddesini Anayasa Mahkemesi'ne ben götürmüştüm ve bu 1999 yılında verilmiş bir karardır. Orda da mülkiyete erişememe, mülkiyetten mahrum kalma, kısıtlılık hali düzenlenmişti. Daha sonra, adeta Anayasa Mahkemesi ile Danıştay 6. Dairesi arasında bir zıtlaşma oldu ve 6. Daire bunu yaptı. Anayasa Mahkemesi'nin kararı çok netti fakat 6. Daire nedense bu kararı başka bir şekilde okudu. 6. Daire, iptal sebebi olması gerekirken idare mahkemelerinin kararlarını şöyle bozdu ve ihtiyaç var mı yok mu bunun araştırmasını yap, gerekirse keşif ve bilirkişi incelemesiyle bunu netleştir dedi. Oysa keşfe hiç gerek yok, ihtiyaç var mı yok mu konusundan ziyade burada tartışılan mülkiyet hakkı ihlalidir. Son aşamada da genel kurul kararı, bildiğim kadarıyla Ali Ulusoy Hocamızın da imzası var, buna bir sonuç getirdi ve mahrum kalma, mülkiyete erişememeyle de mülkiyet hakkı ihlaliyle nokta konuldu. Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Cemil KAYA-** Selami Bey'e katkısı nedeniyle teşekkür ediyoruz. Başka sorusu olan var mı efendim?

**Dr. Alparslan ALTAN-** Teşekkür ediyorum Sayın Başkan, Anayasa Mahkemesi Başkanvekili Alparslan Altan. Öncelikle değerli sunumları için konuşmacılarımıza teşekkür ediyoruz. Cenk Bey, haklı olarak kamulaştırmasız el koymayla ilgili Anayasa Mahkemesi'nin bir kararını eleştirdi. Aslında ben, kişisel olarak, bu kararın daha çok tartışılması gerektiğini düşünüyorum. Şimdi Anayasa Mahkemesi'nin konuyu karara bağlarken sahip olduğu yaklaşım ve yasa koyucunun bu konudaki yaklaşımını biraz inceleyip, sonucun sağlıklı olup olmadığı konusunda biraz daha detaylı düşünmek gerektiğini düşünüyorum. Hazır burada idari açıdan mülkiyet hakkını inceleyen Melikşah Bey, idari yargıdan Bilal Bey varken, bunların da kamulaştırmasız el koymayı tırnak içinde 'meşrulaştıran' bir düzenlemenin mevzuatımızda yer alması, buna göre bir uygulama yapılmasının hukuk alanımızda nasıl karşılanması gerektiği konusundaki düşüncelerini öğrenmek istiyorum. Gerek Cenk Bey, gerekse karara muhalif kalan üyelerin ifade ettiği düşünceler zaten yasanın gerekçesinde de var. Yasanın gerekçesinde bunlar kabul ediliyor; mülkiyet hakkının temel bir insan hakkı olduğu, bu hakka yönelik müdahalelerin koruma görmeyeceği, ancak diyor ve bundan sonra bu gerekçeleri sıralıyor. Anayasa Mahkemesi'nin de bu kararı verirken aslında bu kararın geçmişe yönelik ve bir anlamda geçici bir af niteliğinde olduğunu düşünerek, şimdiye kadar hiçbir şey yapılmamışken şu anda kısıtlı da olsa olumlu bir gelişme olarak bu düzenlemenin hayata geçmesini dikkate alarak karar verdiğini görüyoruz. Bir de bu dosyayla ilgili belki pratik gerekçeler de ileri sürülebilir. Sözlü açıklamalar sırasında değişik partilere mensup belediye başkanları tarafından sözlü açıklamalar yapıldı. Büyükşehir belediye başkanları tarafından sözlü açıklamalar yapıldı. Buralarda ifade edilen ancak belki karar metnine geçmeyen şöyle bir pratik du-

rum söz konusu; bir belediye başkanı şayet mülkiyet hakkına asgari standardı sağlayacak şekilde bir uygulama yapsa ve böyle bir mevzuat olmasa biz şuanda hiç personel ücretlerini ödemeksizin tüm bütçemizle altmış yılda ancak bu bedeli ödeyebiliriz, diyorlar. Tabi, bunlar gerekçe olur mu olmaz mı; bu, tartışmanın ayrı bir bölümü ya da bununla ilgili sorumluluk devlete ait olduğu için belediyenin bütçesiyle bunu sınırlamamak gerekir. Devletin bir bütçeyle mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyi karşılaması gerekir şeklinde bir düşünce ileri sürülebilir. Ancak, burada da az önce Ali Bey'in ifade ettiği gibi kamu yararını çok göz ardı etmeksizin ya da yasa koyucunun iyi niyetini göz ardı etmeksizin salt mülkiyet hakkından yaklaşılarak bu şekilde sonuca varmak acaba sağlıklı olur mu? Mülkiyet hakkı açısından hiçbir tartışma yok zaten adı üstünde kamulaştırmasız el koyma bir haksız fiildir ve haksız fiili meşrulaştıran bir düzenlemenin olması bir garabettir. Ama bu hususun da düşünülmesi gerekir mi? Bir de mülkiyet hakkıyla ilgili Anayasa Mahkemesi'nin, aslında medeni hukukun, eşya hukukunun bir konusu olarak yirmi yıl önce ölmüş ya da gaipliğine karar verilmiş kimselerle ilgili kazandırıcı zamanaşımı süresine ilişkin olarak bir iptali söz konusu oldu. Bu iki konuyla ilgili düşüncelerini lütfederlerse sevinirim. Teşekkür ediyorum.

**Prof. Dr. Cemil KAYA-** Teşekkür ediyoruz katkınız için. Bir taraftan de süreye bakıyorum efendim, tam süremiz dolmuş gözüküyor. O açıdan mümkünse kısa bir şekilde cevaplamaya çalışalım.

**Doç. Dr. Melikşah YASİN-** Aslında Ali Ulusoy Hocamın da, sizin de işaret ettiğiniz problem açısından, olması gereken hukuk bakımından farklı çözümler üzerinde düşünülebilir. Bunun bence iyi bir örneği vardı. Daha sonra bunu kaldırdılar. Mesela sit alanlarında arazisi olan vatandaşlara takas belgesi veriliyordu. Bu takas belgesini alan kişiler de hazine arazilerinin satış ihalelerine katılarak para yerine bu takas belgelerini kullanarak bunları alabiliyorlardı. Uğranılan zarar bir ölçüde giderilebiliyordu ve hatta takas belgelerinin bir pazarı oluşmuştu. Hazine arazilerini satın almak isteyenler bakımından takas belgelerini paraya çevirmek dahi mümkün oluyordu. Daha sonra tebliğde yapılan değişikliklerle bu imkan da ortadan kaldırılınca bu sefer hak ihlali de gerçekten hiçbir şekilde tazmin edilemeyecek bir şekle dönüşmüş oldu. Mutlaka, yapılacak olan düzenlemelerle, imar haklarının transferi gibi yöntemlerle bu hak ihlallerinin bir ölçüde önüne geçilerek hem idareler çok ciddi tazminatlar ya da bütçelerini çok çok üstünde ödemeler yapma zorunluluğundan kurtarılmış olur, bir taraftan da vatandaşların mağduriyeti giderilerek bu makul denge sağlanmış olur. Bu nedenle takas belgesi örneği bence makul denge arayışı bakımından ilginç bir örnek olarak hatırlanmalıdır.

**Yrd. Doç. Dr. Cenk ŞAHİN-** İdarelerin gerekçelerini belirttiniz Sayın Başkanvekilim. Hiçbir şey yapılmıyordu zaten diyorlar fakat, şuanda gerçekleşen kamulaştırmasız el atmalar bakımından, adli yargıdaki dava süreci eskisi gibi bırakılabilirdi yani üzerinden kaç sene geçmiş olursa olsun aynı şekilde sistem devam edebilirdi. İkincisi, Anayasa Mahkemesi'nin pratik sebeplerle karar verme eğiliminde olmasını ben galiba çok kabullenemiyorum. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin kararını verirken, özellikle de takdir marjı yoksa ve önünde somut bir Anayasa maddesi varsa, 46. madde, örneğin en yüksek kamu alacağı faizi gibi veya Sarıca ve Dilaver kararı gibi bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı varsa artık pratik sebeplerle değil pozitif hukukun gerekleriyle yorum yapmasını bekleriz. Pratik çözümleri kim üretecektir? Hükümet üretecektir, yasama organı düşünecektir. Ancak yargı organının takdir marjının olmadığı durumlarda pragmatik yaklaşıma gitmemesinin daha doğru olduğunu düşünüyorum. Bu, kuşkusuz tartışılabilir bir husustur.

**Bilal ÇALIŞKAN-** Ben de eğer idarenin parası yoksa böyle bir şey yapmasın, vatandaşına güven versin diye düşünüyorum. İdare hazırlığını yapsın, vatandaşla iletişimini kursun. 20 yıllık zamanaşımı hususunda Anayasa Mahkemesi'nin kararının doğru olduğunu düşünüyorum.

**Yrd. Doç. Dr. Cenk ŞAHİN-** Bir husus daha var, Sayın Başkanvekiline sormuyorum tabi, cevap beklenmemesi gerektiğini biliyorum ama. Şu olunca ne olacak merak ediyorum. Bu kanunun uygulanmasından dolayı malikler, birtakım hak ihlalleri iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne bireysel başvuru ile geldiklerinde ihlal kararı verilecek mi verilmeyecek mi, kadının soyadı maddesindeki gibi bir durum mu olacak? Mesela 46. maddeyi farklı yorumlarsak Sarıca ve Dilaver kararı görmezden mi gelinecek?

**Dr. Alparslan ALTAN-** Aslında, Anayasa Mahkemesi'nin genel kurul olarak çalışırken verdiği kararlarla bireysel başvuruya ilişkin olarak çalışırken verdiği kararlar bazen soyadı örneğinde olduğu gibi farklı olabiliyor. Anayasa Mahkemesi de bu kararı verirken yine Anayasa'da belirtilen kamu yararına daha çok vurgu yapan hükümlere dayandı. Orda da sadece pratik amaç gözetilmiş değil, biraz yoruma bağlı bir husus. Ama tabi bireysel başvuru yoluyla gelindiğinde kişinin özel durumu, somut uygulama dikkate alınacağı için farklı bir sonuca varılması mümkün olabilir.

**Prof. Dr. Cemil KAYA-** Maalesef süremiz doldu. Dolayısıyla affınıza sığınarak burada oturumu kapatmak durumundayım. Çok değerli tebliğler sunuldu, çok değerli katkılarda bulunuldu bu açıdan herkese teşekkür ediyorum.

## 6. OTURUM

### DÜŞÜNCE, VİCDAN VE DİN ÖZGÜRLÜĞÜ

**Oturum Başkanı: Prof. Dr. Abdurrahman EREN**

**Prof. Dr. Abdurrahman EREN-** Düşünce, din ve vicdan özgürlüğüyle ilgili 4. ve son oturuma başlayalım.

Ben de tabii ev sahibi öğretim üyesi olarak, Ankara'dan, yurtdışından gelen bütün katılımcılara hoş geldiniz diyorum.

Düşünce, din ve vicdan özgürlüğü hakikaten de üzerinde söylenecek çok şey olan bir konu. İki değerli konuğumuz var. Prof. Dr. Ali Ulusoy, uzun zamanlar Danıştay üyeliği yapmış ve daha çok taze olarak akademik hayata geldi kendisi.

Danıştay'ın, din ve vicdan özgürlüğüyle ilgili benim gözümde çok kötü bir sicili var. Yıllardan beri verdiği kararlarla, mevzuatı genişletmek yerine, Türkiye'de âdeta din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin sorunların kaynağı haline getirdiği bir imajı var benim kafamda. Tabii, din ve vicdan özgürlüğü deyince, Anayasa Mahkemesi için de çok iyi şeyler düşünmediğimi söyleyebilirim. Yani bazen kötü bir mevzuat, iyi ellerde çok iyi sonuçlar verebilir, bunu görüyoruz; ama maalesef, Türkiye'de mevzuat ne kadar iyi de olsa, ne kadar açık da olsa, tutup Anayasanın 10. ve 40. maddelerini değiştirmeye kalktığınız zaman iptal ediliyor, yani o yönde kafa çalıştırılarak.

Nihat hocam, akademisyen olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları çerçevesinde din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin çerçeveyi ortaya koyacak.

Oturum Başkanlığı değil de, aslında bu konuda konuşmayı daha çok tercih ederdim. Başkanlık konumuna kendimi çok yakıştıramıyorum, ama zaten son anda haberdar oldum Başkan olduğumdan. O yüzden mecburen itiraz edemedim bu konuya.

Sizinle başlayalım hocam.

**Prof. Dr. ALİ ULUSOY-** Teşekkür ediyorum Sayın Başkan.

Öncelikle hepinizi saygıyla selamlıyorum. Sayın Aydın Gülan hocanın şahsında, Siddık Sami Onar Araştırma Merkezine ve İstanbul Hukuk Fakültesine de çok teşekkür ediyorum bana bu fırsatı tanıdıkları için. Ankara Hukuk ekolünden biri olarak, İstanbul Hukuk ekolünün böyle bir toplantısına katılmaktan ayrıca onur duyduğumu da belirtmek istiyorum.

Sunuşum, düşünce, din ve vicdan hürriyeti olarak yazılmış durumda; ama ben biraz daha ağırlıklı olarak, aslında ifade hürriyeti ağırlıklı bir sunuş yapmayı düşünüyorum. Biliyorsunuz, zaten ifade hürriyeti bütün diğer hürriyetlerin temelini oluşturuyor, aslını oluşturuyor. Din ve vicdan hürriyeti dâhil, toplantı ve gösteri yürüyüşü hürriyeti dâhil, basın hürriyeti dâhil, bunların hepsinin temelini ifade hürriyeti oluşturuyor. İfade hürriyeti, Batı demokrasisinin belki de günümüzdeki en önemli hürriyeti desek, bence yanlış olmaz. Yani günümüzde demokrasiyle ilgili mevcut bütün tartışmaların temelinde yatan esas hürriyet ifade hürriyeti aslında. Hatta ifade hürriyetine ilişkin olarak birçok kaynakta “Demokrasinin bekçi köpeği” terimi de kullanılıyor. Dolayısıyla bu ifade hürriyeti konuların temeli.

Yine çok bilinen bir ifade, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve daha önce komisyonken de verilen kararlar var. Kişiyi rahatsız eden, şok eden ve can yakan fikirlerin dahi serbestçe ifade edilmesi son derece önemli ve demokrasinin çok önemli bir faktörü olarak görüyor.

Din ve vicdan hürriyetine gelirse, bu da yine ifade hürriyetinin ayrılmaz bir parçası demiştik. Burada esas önemli görülen nokta, kişinin içsel dünyasını korumak. Tabii, burada sadece dini boyutuyla değil; felsefi, ahlaki, siyasi ve yine dinsel iç dünyasını korumak amaçlı bir özgürlük olarak görülüyor. Tabii, burada daha pülüralist bir yaklaşım benimseniyor. İnananlar, dindarlar yanında, inmayanların, hatta şüphecilerin, agnostiklerin haklarının da korunması yönünde İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadı var ve artık genel kabul gören kavramlar bunlar.

Hemen ifade hürriyetiyle başlamak istiyorum. Benim sunuşumun aslında temel esprisi, Danıştay’ın ifade hürriyetiyle din ve vicdan hürriyetine yaklaşımıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yaklaşımı arasındaki uyumsuzlukları varsa ortaya koymak veya iki yüksek mahkeme arasında bu konularda nasıl bir bağlantı oluşturuluyor, uyumlu ve uyumsuz noktalar nelerdir, esas olarak bunları ortaya koymayı hedefledim ve olabildiğince de Danıştay’ın son içtihatlarıyla da sunuşumu desteklemek istiyorum.

Bence, basın açıklamasıyla ilgili Danıştay’ın bana göre ifade hürriyeti bağlamında en önemli kararlarından biri, 2002 yılında Dava Daireleri Kurulunda verilen bir karar. İçişleri Bakanlığı bir genelge yayınlıyor 2004 yılında ve basın açıklaması yapmanın birtakım sınırlarını belirliyor bu genelgeyle, somutlaştırıyor. Bu genelge, daha çok dernekler, sendikalar, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları gibi tüzelkişilerin belli konularda basın açıklaması yapmasını düzenlediği bir genelge. Burada tabii, trafiği engellememe vesaire gibi kamu düzeniyle doğrudan alakalı birtakım konuları belirledikten sonra, bana göre esas

önemli nokta, mesela, tüzelkişilerin yönetim ve denetim organlarının sayısının 5 katını aşmama gibi bir sınır koyuyor basın açıklaması esnasında. Yine açık havada yapılmasını zorunlu tutuyor ve 1 saati geçmeme gibi bir sınır koyuyor. Bu genelgeye karşı dava açılıyor Danıştay'da ve Danıştay, hem 10. Daire, hem de İdari Dava Daireleri Kurulu bu genelgeyi hukuka aykırı bulmuyor. Karşı oylar var Dava Daireleri Kurul kararında. Ben karşı oyda bulunanlar içindeyim. Tabii, doğrudan kanuni dayanağında da aslında sorunlar var bu sınırlamaların; ama onun da ötesinde, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi anlamında, bence hakkın özüne de dokunan çok ağır sınırlamalar olduğunu ve hukuka aykırı olduğunu düşünüyorum. Ben, Danıştay'ın bu içtihadının Avrupa insan hakları normlarıyla bağdaştığını düşünmüyorum kişisel olarak.

Yine başka bir konu -yakın zamanlarda basında da duymuşsunuzdur- bir değişiklik yapıldı ilgili yönetmelikte. Ulusal ve resmi bayramlarla ilgili bir yönetmelik, bunların kutlamalarıyla ilgili bir yönetmelik. Bu yönetmelikle, Atatürk anıt ve büstüne çelenk koymaya getirilen birtakım sınırlamalar var. Özel hukuk tüzelkişilerinin, siyasi partilerin ve gerçek kişilerin, Atatürk anıt ve büstüne çelenk koymasını yasaklıyor bir anlamda, yani büyük ölçüde sınırlanıyor. Resmi bayramlarda, ulusal bayramlarda bunların çelenk koymasını bütünüyle yasaklıyor bu yönetmelikle. Bu yönetmeliğe karşı açılan davada -henüz dava nihai olarak sonuçlanmadı, ama yürütmeyi durdurma aşamaları sonuçlandı- hem 10. Daire, hem de Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun, çelenk koymanın kaldırılmasının -çelenk koyma hakkı deniliyor hatta kararda- hukuka aykırı olmadığı yönünde bir kararları var. Yine Dava Daireleri Kurulu kararında karşı oylar var, ben de o karşı oylar içindeyim. Ben burada, bu yönetmelikle yapılan düzenlemede, ifade hürriyeti anlamında çok ağır bir sınırlama olduğunu düşünüyorum.

Çok ayrıntıya girmeyeceğim, ama çok kısaca geçeyim. Burada, düşünceyi basın yoluyla açıklama hürriyeti kapsamında bazı Danıştay kararlarından bahsedeceğim. Konya Ticaret Odasında bir meslek mensubu Ticaret Odası Yönetimini ağır derecede eleştiriyor yerel basında ve Ticaret Odası da bu meslek mensubuna ceza veriyor, idari ceza uyguluyor, uyarma cezası veriyor. Bu cezaya karşı açılan davada, ifade hürriyeti kapsamında olduğu ve bu eleştirilerin çok ağır eleştiriler de olsa, bu eleştirilere meslek örgütü yönetiminin katlanması gerektiği yönünde karar verdi Danıştay. 8. Daire ve İdari Dava Daireleri Kurulunda da onanan bir karar.

Yine bir öğretim üyesi, Çukurova Üniversitesinden bir öğretim üyesi, Üniversite Yönetimini çok ağır derecede eleştiriyor yerel basında yazdığı bir yazıda veya verdiği bir demeçte. Üniversite yöneticilerinin ayak oyunları ile atandığını ileri sürüyor. Tabii, böyle bir şey yok bildiğiniz gibi. Üniversite yönetimi de di-

siplin cezası uyguluyor bu öğretim üyesine. Yine bu disiplin cezası da Adana İdare Mahkemesi tarafından ifade özgürlüğü kapsamında görülüyor, açıkça kararda da ifade ediliyor; fakat Danıştay 8. Dairesi bu kararı bozuyor, “Bu eleştiriler çok ağır. Bunları ifade özgürlüğü kapsamında göremeyiz” şeklinde bir ifadeyle kararı bozuyor. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu zamanında, bu ifade hürriyetiyle ilgili çok temel bir karardır İngiltere’ye karşı verilen karar. 8. Dairenin bu kararının bu kararlarla bağdaşmadığını düşünüyorum.

Yine bir Başbakanlık genelgesi, yine bu da düşünceyi basın yoluyla açıklama hürriyetiyle bağlantılı. Bir Başbakanlık genelgesi, memurlara, tüm kamu görevlilerine, hükümetin siyasi, ekonomik ve sosyal politikalarına yönelik açıklama yapma ve görüş bildirme yasağı öngören bir başbakanlık genelgesi. Bu çok güncel bir karar değil. Hükümeti siyasi olarak eleştirme yasağı deyince, güncel bir karar olduğunu düşünebilirsiniz. Düşündüğünüz gibi değil. Daha eski bir genelge bu, 1997 tarihli bir genelge. Bu genelgeye karşı açılan davada, Danıştay 5. Dairesi, bu genelgenin hukuka aykırı olduğuna karar veriyor, kamu görevlilerinin düşüncelerini açıklama hürriyeti kapsamında olduğunu düşünüyor; yani hükümeti siyasi yönden eleştirmek de kamu görevlilerinin ifade hürriyeti kapsamında olduğu düşüncesiyle bu genelgeyi iptal ediyor. Fakat daha sonra Dava Daireleri Kurulu bu kararı kaldırıyor, ama esastan değil; bu davayı açan sendikanın sonradan ehliyetiyle ilgili bir sıkıntı ortaya çıkıyor. Sendika feshedilmiş dava süreci içinde, bu nedenle; yani daha şekli bir noktadan verilen bir bozma kararı var. Ama sonuç olarak, o genelgenin nihai olarak hukuka uygun hale geldiğini söyleyebiliriz, yani iptal kararı sonradan kaldırıldığı için.

Yine burada siyasetçilerin düşünce açıklamasıyla ilgili bazı kararlar var. Danıştay’ın son yıllarda verdiği kararlardan örnekler vereceğim. Biliyorsunuz, Avrupa insan hakları normlarına göre, siyasetçilerin ifade hürriyetini daha bir üst seviyede görüyor Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. Yani zaten normal vatandaşların, normal insanların ifade hürriyeti güvence altına alınmış; ama siyasetçilerin siyasi konularda ağır eleştirilerinin daha üst seviyede bir koruma altına alınması gerektiği yönünde içtihatları var. Burada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önemli bir kararı, İspanya’ya karşı verdiği Castells kararı. Bir milletvekili, herhalde muhalif bir milletvekili, mevcut hükümete küfür derecesine varan birtakım ağır eleştiriler getiriyor ve buna bir yaptırım uygulanıyor, daha doğrusu mahkemeler tarafından tazminata mahkum ediliyor. Burada ihlal olduğuna karar veriyor Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. “Milletvekillerinin siyasi düşüncelerini ifade etmesi çok daha üst seviyede bir güvenceye tâbi tutulmalıdır ifade hürriyeti kapsamında” şeklinde bir ihlal kararı var.

Bizim Danıştay'ın benzer kararlarından bahsederek, DTP Milletvekili Aysel Tuğluk'un birtakım açıklamalarına yer verdi diye o televizyon kanalına RTÜK tarafından verilen cezalar var. PKK'nın muhatap alınması gerektiği yönünde, "Sayın Öcalan" şeklinde ifadeler özellikle cezaya gerekçe olarak öngörülmüş. Tabii, "Bunlarla niye ceza verilmiş? Zaten artık serbest oldu bu konular" diyeceksiniz; ama o 2010'da verilen bir karar. 2010'da herhalde siyasi ortam bu tür eleştirilere çok şey değildi. RTÜK tarafından CNN Türk'e verilen bir ceza var. Ankara İdare Mahkemesi davayı reddediyor, yani bunları ifade hürriyeti kapsamında görmüyor, Danıştay 13. Dairesi de bu kararı onuyor. Şu andaki konjonktürde çok içtihat olduğunu söyleyemeyiz herhalde.

Yine bir siyasi parti yöneticisi, aynı zamanda üniversite öğretim üyesi, o zamanki başörtüsü yasağını ağır derecede eleştiren bir demeç veriyor yerel basında. "Başörtülüler katillerden tehlikeli mi?" başlıklı bir yazı çıkıyor yerel basında ve bu nedenle o öğretim üyesi, aslında bir siyasi partinin de yöneticisi, kamu görevinden çıkarılma cezası alıyor bu ifadesi nedeniyle. Yani ceza da o kadar ağır bir ceza, kamu görevinden çıkarılma cezası alıyor. Bu ceza, o zamanki Konya İdare Mahkemesi tarafından hukuka uygun bulunuyor, Danıştay 8. Dairesi tarafından da onanıyor. Yine ifade hürriyeti kapsamında herhalde Avrupa insan hakları normlarıyla bağdaştırmanın mümkün olmadığı bir içtihat.

Osman Özbek'in -bir siyasi kimliği de var sonradan- hükümetin PKK politikasını sert eleştiren bir demecini verdiği için, Star Televizyonuna verilen bir ceza var. Burada, Danıştay'ın tersi bir yaklaşımla, bunların ifade hürriyeti kapsamında olduğunu, dolayısıyla bu nedenle ilgili kanala ceza verilemeyeceği yönünde bir içtihatı var. Bunun da Avrupa insan hakları normlarına daha uygun bir içtihat olduğunu söylemek mümkün.

Yine ifade hürriyeti kapsamında diğer bir konu, basın-yayın organlarında kişilere yönelik hakaretvâri ifadelerin ifade hürriyetiyle bağlantısı konusunda verilen birtakım kararlar var. Âlem FM isimli bir radyo kanalında, Ankara Büyükşehir Belediye Başkanının yılbaşı kutlamalarını yaptırmamasına yönelik çok ağır bir eleştiri var; "Yobaz" diye tabir ediliyor, Belediye Başkanına "Yobaz" denilmesi söz konusu. Bu nedenle bu radyo istasyonuna yayın durdurma cezası veriliyor RTÜK tarafından. Buna karşı açılan davada, önce idare mahkemesi davayı reddediyor, yani ifade hürriyeti kapsamında görmüyor; ama Danıştay 13. Dairesinin, hatta burada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin biraz önce bahsettiğim bu Castells kararını ve yine Avusturya'ya karşı verilen Lingens kararını da açık bir referans göstererek, hakaretvâri de olabilecek bu tür ağır eleştirilerin ifade hürriyeti kapsamı olduğu yönünde bir kararı var. Yine o zamanki RTÜK Başkanına yönelik birtakım hakaretvâri sayılabilecek ifadeler nedeniyle bir kanala verilen



cezada tersi bir yaklaşımı var Danıştay'ın; bunların ifade hürriyeti kapsamında görülemeyeceği, çünkü hakaretvâri nitelikte olduğu yönünde.

Burada İnsan Hakları Mahkemesinin temel yaklaşımı, “Eğer kamusal bir kimliğiniz varsa, politikacı veya kamusal bir figürseniz, kamusal kimliğiniz varsa, çok ağır eleştirilere katlanmak zorundasınız” şeklinde özetlenebilecek bir yaklaşım, yani genelde ifade hürriyeti kapsamında gördüğü.

Estonya'ya karşı verilen bir karar var. Çok kişiselleştirilmiş, artık çok ağır küfür niteliğinde bir şey varsa, bunu da ifade hürriyeti kapsamında görmediği bir kararı var.

Yine bu kamusal etkinliklerin düzenlenmesi konusunda mülki amirlerin, kaymakamlıkların, valiliklerin yasaklamalarına karşı verilen kararlar var. Burada Danıştay'ın temel yaklaşımı, bunların ifade hürriyeti kapsamında görülmesi gerektiği, dolayısıyla yasaklama şeklinde sınırlamalar getirilmemesi gerektiği.

Yine bir televizyon kanalında, bir doktor organ ticareti yapmakla suçlanıyor, bununla ilgili bir haber programı yapılıyor. Bu haberi yayınlayan televizyon kanalına verilen cezalarda Danıştay, kimsenin suçlu olduğu sabit oluncaya kadar suçlu gösterilememe, masumiyet karinesi kapsamında görüyor, bu şekilde verilen cezaları ifade hürriyeti kapsamında görmüyor.

İnternetle ilgili BTK'nın, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun, internet hizmetlerini sınırlayan, internete birtakım sınırlamalar getiren bir düzenlemesine karşı Danıştay'ın verdiği YD ret kararı var. Burada da daha çok ailenin vesairenin korunması, çocukların ve ailenin korunması kapsamında, internete bu tür sınırlamalar getirilmesi hukuka uygun bulundu, internetle ilgili ifade hürriyeti biraz dar yorumlandı diyebiliriz.

Din ve vicdan hürriyetine çok kısaca değineceğim, daha ifade hürriyeti ağırlıklı sunum yapacağımı da söylemişim. Belki bir-iki hususa özel olarak dikkat çekmek gerekiyor.

Biliyorsunuz, başörtüsü yasağıyla ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ünlü Leyla Şahin kararı var. Bildiğiniz gibi, kamuoyunda bu karar çok değişik şekillerde yorumlanabildi, ama benim bu karardan anladığım şu: “Eğer bir devlet kendisi için kamusal ihtiyaç olduğu düşüncesiyle üniversite öğrencilerine başörtüsünü yasaklarsa, ben bu yasağı Sözleşmeye aykırı bulmam. Demek ki, o devlet böyle bir ihtiyaç hissediyor; kamu düzeni yönünden, başörtüsü takmayanların haklarının korunması yönünden veya baskıya maruz kalmaması yönünden böyle bir yasağa ihtiyaç duyuyorsa, bu yasak Sözleşmeye aykırı olmaz” şeklinde anlıyorum. Ama bence şu anlama gelmiyor bu: Eğer devlet bu konudaki düşüncesini değiştirir, “Ben artık başörtüsünü serbest bırakıyorum” derse kendi düzenlemele-

riyle, bu serbest bırakma Sözleşmeye aykırı mıdır? Yani başörtüsü takmayanları, laikleri koruma anlamında, onların baskı altında tutulmaması anlamında, “Sen bu yasağı devam ettirmek zorundasın” şeklinde anlaşılır mı? Ben, bu karardan bunun anlaşılamayacağını düşünüyorum. Yani İnsan Hakları Mahkemesinin önüne tekrar bu serbestlik gelirse, İnsan Hakları Mahkemesi ne yönde karar verir, onu tam bilmiyorum; ama en azından Leyla Şahin kararından böyle bir sonuç çıkarılmayacağını düşünüyorum; yani o karardan, “Başörtüsünü serbest bırakamazsın” sonucunun çıkmadığı düşünncesindeyim.

Biliyorsunuz, yine kamu görevlilerine başörtüsünü serbest bırakan bir yönetmelik çıktı ekimde. Buna ilişkin çok yeni bir karar, bu yönetmeliğe ilişkin Danıştay 5. Dairesi yürütmeyi durdurma ret kararı verdi; yani yönetmeliği hukuka uygun buldu, kamu görevlilerine yönetmelikle başörtüsünün serbest bırakılmasında bir hukuka aykırılık görmedi. İsviçre’ye karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği karar var; bir öğretmenin başörtüsü takmasını, daha doğrusu öğretmene başörtüsü yasağı getirilmesini Sözleşmeye uygun bulduğu bir kararı var. Bu kararlar ne derece bağdaşır, sanıyorum tartışılabilir.

İlk ve ortaöğretimde seçimlik ders olarak din bilgisi dersinin zorunlu olmasına ilişkin birtakım kararlar var. Vaktim sınırlı olduğu için, bunlara çok değinemeyeceğim; ama bununla ilgili de Danıştay 8. Dairesinin bir gelgitleri oldu. Son geldiği nokta, din dersinin zorunlu tutulabileceği yönünde. İzzettin Doğan’ın, cem evlerine hukuki statü verilmesi yönünde bir talebi oldu Başbakanlığa. Bunun reddi işlemine karşı açtığı davada hukuka aykırılık bulunmadı. Bu da İnsan Hakları Mahkemesine gidecek herhalde, öyle anlaşılıyor; çünkü artık iç hukuk yolları tükendi. Tabii, önce Anayasa Mahkemesine gidecektir; ama sanıyorum Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurudan önce kesinleşti, ondan çok emin değilim. Yani Anayasa Mahkemesine gitmeden, doğrudan İnsan Hakları Mahkemesine gitmiş olabilir, tam bilemiyorum.

Sonuç olarak, ifade hürriyetiyle bağlantılı olarak, Danıştay içtihatlarıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi standartları arasında bazı uyumsuzluklar olduğunu düşünüyorum. Sorular gelirse, bunu daha ayrıntılı da tartışabiliriz. Yine bu konuda son gelişmeler çerçevesinde, Gezi olayları ve ondan sonraki gelişmeler çerçevesinde, önümüzdeki dönemde bu konuda uyumsuzluğun daha da artabileceği düşünülebilir.

Din ve vicdan hürriyetiyle ilgili ise, şu ana kadar çok önemli bir sorun çıkmadığını; ama bundan sonra gelebilecek birtakım davalarla ilgili böyle bir sorunun çıkabileceğini düşünüyorum.

Beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyorum. Süremi biraz aştığım için de özür diliyorum.

**Prof. Dr. Abdurrahman EREN-** Çok teşekkür ediyoruz.

Zamanı iyi kullanmak için, sözü hemen Nihat hocama veriyorum.

**Prof. Dr. NİHAT BULUT-** Teşekkür ediyorum. Hepinizi saygıyla selamlıyorum.

## I. DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN ÖNEMİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde, biraz da Mahkeme kararları ışığında din ve vicdan özgürlüğünü ele alacağım. Esas itibarıyla iki konu üzerinde duracağım. Birincisi, bu özgürlüğün önemi ve sözleşmede nasıl düzenlendiği, ikincisi ise din ve vicdan özgürlüğüne yönelik yaygın müdahale türleri.

Din ve vicdan özgürlüğü iki açıdan çok önemlidir. Bir tanesi demokratik çoğulculuk. Hakikaten Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de demokratik bir toplumun temellerinden birisi olarak nitelendiriyor din ve vicdan özgürlüğünü. Bunu da çoğulculuk esasında açıklıyor. Burası gerçekten de önemli. Ama daha önemlisi, din ve vicdan özgürlüğünün insan onuru açısından taşıdığı değer. Malum, insan onuru insanlığın asgari eşiğini ifade eder ve bu özelliği dolayısıyla da bütün özgürlüklerin amacını teşkil eder. İnsan onuru, insana belli bir şekilde davranılmasını gerektirir. Bu, öyle bir davranış çizgisidir ki, bunun altına inildiği zaman, insanın insan olmaktan çıkarılması söz konusu olur. Tarih boyunca insanları insanlıktan çıkarmanın en önemli araçlarından birisi onların dinlerine karşı yapılan saldırılar ya da din dolayısıyla ortaya çıkan ayrışmalar olmuştur. Bu nedenle, bir insanın inancına nasıl bakıldığı, esasında ona değer verilip verilmediğiyle doğrudan orantılıdır. Din ve vicdan özgürlüğü bu yüzden çok önemli bir özgürlüktür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu özgürlüğü dini boyutu açısından, müminlerin kimliğini ve hayat algılarını oluşturan en yaşamsal niteliklerden birisi olarak görüyor. Tabii ki, bu nitelendirme tersinden de yapılabilir; yani dinsizler, herhangi bir dine inanmayanlar, ateistler vesaire gruplar için de inanmamanın aynı değeri ifade ettiği söylenebilir. Başta da söylediğim gibi, din ve vicdan özgürlüğü demokratik çoğulculuk açısından ve insan onuru bakımından hayati öneme sahiptir.

## II. SÖZLEŞMEDE DİN ve VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ

AİHS 9. Maddede düzenliyor din ve vicdan özgürlüğünü. Bir kere, özgürlüğün iki boyutunun varlığından söz edebiliriz. Birincisi vicdan ya da inanç boyutu. “Herkes düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne sahiptir” diyor Sözleşme. Bu bağlamda, belki dar anlamda inanç ya da vicdan diyeceğimiz özgürlük, hiçbir biçimde sınırlandırılmayacak olan mutlak bir hak olarak karşımıza çıkıyor. Bunun yanında Sözleşme, bu hakkın din değiştirme özgürlüğü de içerdiğini ifade ediyor. Yine bu hakkın, din ve inancını tek başına yahut topluluk halinde, aleni

ya da gizli olarak yaşama, ayin yapma, ibadet etme yahut uygulamayı da kapsayacağını ifade ediyor. Buna da aslında kabaca dinini ifade etme yahut dinin gereklerini yerine getirme diyebiliriz.

Sınırlandırma meselesine gelince, birinci boyutun sınırlandırılması mümkün değildir. Bu, mutlak bir haktır ve bütün uluslararası insan hakları belgelerinde ve anayasalarda bu şekilde kabul edilmiştir. Fakat mutlak hak olma özelliği din ve vicdan özgürlüğünün bütününe şamil değildir. Elbette diğer özgürlükler gibi din ve vicdan özgürlüğü de sınırlanabilir; ama bunun şartları vardır, nedenleri vardır. Bu nedenler Sözleşmede yazılmış; kamu güvenliği, kamu düzeninin korunması, genel sağlık, genel ahlak, başkalarının hak ve yükümlülüklerinin korunması... gibi. Yani bu nedenlere dayanılarak, din ve vicdan özgürlüğünün dışı vurumuna ilişkin tarafını sınırlandırmak mümkündür. Ama tabii ki, bu sebeplere dayanmak tek başına yetmiyor. Bilindiği gibi, bu sınırlamanın yasayla yapılması ya da yasal dayanağının olması ve her halükârda sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması lazımdır. Yani sınırlama yapılabilir ama sınırın sınırı da vardır.

### **III. DÜŞÜNCE, DİN VE VİCDAN KAVRAMLARININ ANLAMI**

Acaba Sözleşmede ifade edilen düşünce, din ya da vicdandan neyi anlamak lazımdır? Bunlar hangi değerleri ifade ediyor, neleri kapsayıp neleri kapsamıyor? Bunu açıklığa kavuşturmak, kısacası din ve vicdan özgürlüğü açısından Sözleşmenin kapsamını belirlemek lazım. Bir kere, düşünce, din ve vicdandan ne kastediliyor? Burada kastedilen, her türlü bireysel fikir ve tercihler değil. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, her türlü bireysel fikir ve tercihleri içeren değerleri bu çerçevede ele almıyor; sadece “belli düzeyde kudret, ciddiyet, bütünlük ve öneme sahip görüşler, dini ve felsefi inançları” dikkate alıyor. Bu noktada Mahkeme, kendine göre bir kriterler geliştirmiş. Belli fikir ve tercihlerin din ya da inanç olup olmadığını değerlendirirken, “belli düzeyde kudret, ciddiyet, bütünlük ve öneme sahip görüşler” ölçütünü kullanıyor. Mahkeme ayrıca inançla görüşü de birbirinden ayırıyor. Görüşler daha ziyade 10. madde çerçevesinde ele alınıyor. Somut olarak bakacak olursak, semavi dinlerle Budizm, temel inançlardan sayılıyor; ama bunun yanında, Yahova şahitliği, tanrısal inanç merkezi gibi inanç sistemleri de yine 9. Madde kapsamında değerlendiriliyor. Bunun dışında, pasifizm, ateizm, komünizm, laisizm de yine maddenin korumasından yararlanan felsefi düşünceler olarak karşımıza çıkıyor. Buna karşı Mahkeme, azınlık grubuna dâhil olma vicdanını, intihara yardım anlayışını, ölüm sonrasında insan bedeninden arta kalanlar üzerindeki tasarruf hakkı konusundaki inançları kapsam dışı sayıyor. Bu son hususları madde kapsamında, düşünce, din ve vicdan değerinin dışında sayıyor.

#### IV. DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI

Daha spesifik olarak Sözleşmenin kapsamına bakacak olursak, “bir inanca sahip olma hakkının” sıkı bir biçimde korunduğunu görüyoruz. Bu hak mutlaktır. Kimse inancı dolayısıyla suçlanamaz, kınanamaz. Yine hiç kimse inancını açıklamaya zorlanamaz. Yani sahip olunan bir inancın açıklanmaması da aslında madde kapsamında koruma görmektedir.

İnancın açıklanmasına gelince, açıklama tek başına ya da topluca yahut açıkça veya örtülü bir tarzda olabilir. İnsanlar dini inançlarını, kanaatlerini türlü yollarla açıklayabilirler, bunun ibadetini yapabilirler, eğitimini alabilir veya çocukları için bunu sağlayabilirler. Bu eğitim sadece okullarda, eğitim kurumlarında alınan tedrisatı içermez. İnsanlar inançlarını başkalarına anlatma hakkına da sahiptirler. Yani bir kişi kendi dini inançlarını hararetle başkalarına aktarma peşinde koşabilir. Mahkeme bunu da eğitim kavramı çerçevesinde ele alıyor.

Mahkeme, dini cemaat hayatına genel katılımı ve dini vecibelere göre hayvan kesilmesi gibi konuları da din ve vicdan özgürlüğünün kapsamı içinde ele alıyor. Yine diğer bireylerin inançlarını değiştirmeleri hususundaki ikna çalışmaları da madde kapsamında değerlendiriliyor. Fakat Mahkeme, dini inancın ifadesi açısından merkezi nitelik taşıyan bir faaliyet ile yalnızca bir din veya inancın ilham verdiği yahut teşvik ettiği faaliyetler arasında bir ayırım yapıyor. Bu, aslında pratikte önemli bir husus. Çünkü birinci kısım konusunda çok titiz olan Mahkeme, ikinci grup için aynı titizliği göstermeyebiliyor. Yani inanç açısından hayati olan şeylerle biraz teferruat sayılabilecek şeyleri birbirinden ayırıyor. Mesela, İngiltere’de pasifist birisi askerlere broşür dağıtıyor ve bu broşürde hükümeti eleştiriyor. Bunun üzerine de mahkum ediliyor. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gittiği zaman Mahkeme, burada meseleye din ve vicdan özgürlüğü açısından bakmıyor. Çünkü diyor, “yapılan iş inancın gereği olsa da, aslında hükümeti eleştirme işi, dolayısıyla ifade özgürlüğüyle alâkalıdır”.

Yine Mahkeme, kürtaajla ilgili olarak, kürtaajı önlemeye yönelik faaliyetler yapan bir grubun etkinliğini “dinsel temelli bir etkinlik” olarak niteliyor, ama sonuçta “bu, din özgürlüğü çerçevesine ele alınamaz, bu bir toplumsal faaliyettir” diyor ve sorunu bir görüşün ifadesi çerçevesinde değerlendiriyor.

Genel olarak din ve vicdan özgürlüğü devletin pasif kalmasıyla gerçekleşebilecek bir özgürlük, yani negatif nitelikli bir hak olarak bilinir. Fakat din ve vicdan özgürlüğünün bir de pozitif yönü vardır. Nitekim Mahkeme de, bazen bu özgürlüğün devlete pozitif yükümlülükler yüklediğini ifade ediyor. Bir kere devletin din özgürlüğünü çoğulculuk ve karşılıklı hoşgörü ruhuyla sağlama, hayata geçirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Mahkeme bu konuda devlete bir pozitif yükümlülük yüklediğini, yani devletin bunu yapması gerektiğini ifade ediyor.

Diğer taraftan insanlara ibadet ortamı sağlama konusunda devletin yükümlülüğünü tartışılıyor. Fakat bu konuda çok cesur olmadığını vurgulamak gerekiyor. Mesela, çalışan kişinin ibadete katılımıyla ilgili olarak Mahkeme titiz davranmıyor. “Çalışanlar çalışma saatlerine uymakla yükümlüdür” diyor. Yine “dini gerekler gerekçe gösterilerek, insan işe gitmekten kaçınamaz” diyor. Yine bir din adamı çalışırken, seküler görevlerinin dini inançlarıyla çatıştığını söylüyor ve şikayette bulunuyor, Mahkeme de buna karşın, “son tahlilde, din ve vicdan özgürlüğünü hayata geçirmek için, elinde istifa diye bir mekanizma var; bunu kullanabilirsin” diyor. Kısacası mahkeme bu konuda çok titiz değil.

Türkiye’ye ilgili bir davada, Silahlı Kuvvetler mensubu, kendi iddiasına göre, dini ibadetlerini yaptığı için ordudan atılıyor. Mahkeme diyor ki, “Silahlı Kuvvetler mensubu olduğun zaman, askeri yaşamın zorlukları temelinde, inancının gereklerini yerine getirme konusunda birtakım sınırlamalar getirileceğini biliyordun.” Dolayısıyla bu tür davranışlar sebebiyle ordudan atılmayı Sözleşmeye aykırı bulmuyor.

## V. DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜNE YÖNELİK TEMEL TARTIŞMA ALANLARI VE BAZI MÜDAHALE TÜRLERİ

Din ve vicdan özgürlüğüne yönelik yaygın müdahale türlerine gelince, *resmi din meselesi* bunlardan birisidir. Bilindiği gibi Avrupa’da birtakım devletlerin resmi dinleri bulunmaktadır. Bu konu Mahkemenin önüne getirilmiştir. Mahkeme bu konuda şöyle diyor: “Zorunlu katılım istenmiyorsa şayet yahut ayrılmak yasaklanmamışsa, bir devletin dininin bulunmasının din ve vicdan özgürlüğüyle çelişen bir tarafı yoktur”.

Zorunlu askerlik hizmeti ve *vicdani ret konusu* din ve vicdan özgürlüğü bağlamında ele alınan bir başka konudur. Bilindiği gibi Sözleşme vicdani redde ilişkin açık bir hüküm içermiyor. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu konunun din ve vicdan özgürlüğü bağlamında değerlendirilebileceğini düşünüyor. Mahkeme’ye göre, askeri hizmet yükümlülüğü ile kişinin sahip olduğu inançlar arasında ciddi ve üstesinden gelinemez bir çelişki varsa vicdani ret din ve vicdan özgürlüğünün sağladığı güvenceden yararlanacaktır.

Bu konunun pratikte daha çok dostane çözüm yolu ve devletlerin kendi iç hukukundaki düzenlemeleriyle çözüldüğünü görüyoruz. Ancak bu konuda düzenleme yapmayan Türkiye için sorun güncelliğini korumaktadır. Nitekim vicdani ret dolayısıyla askeri yükümlülüklerini yerine getirmeyen ve bu yüzden sürekli ceza alan kişiler bulunmaktadır.

Avrupa’da yaşanan *kilise vergisi* tartışmaları din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili bir başka ihlal konusudur. Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin

temel yaklaşımı, “kilise üyesi olmayan kişilere kilise vergisinin yüklenmesinin Sözleşmeye aykırı olduğu” şeklindedir. Fakat burada ilginç bir sorun daha var; eğer bir devlet kilise vergisi alıyorsa, bu, bir biçimde insanların inançlarını tespiti anlamına gelir. Acaba bu durum Sözleşmeye aykırı değil midir? Mahkeme ilginç bir biçimde bunu Sözleşmeye uygun bulmaktadır.

**Kıyafet konusu,** ihlaller hususunda üzerinde biraz ayrıntılı olarak durmayı hak eden bir meseledir. İki örnekten hareketle sorunu irdelemek yararlı olacaktır. Birincisi Dehlab/İsviçre kararı, bir de bizdeki Leyla Şahin kararı. Dehlab İsviçre kararında, küçük çocuklara öğretmenlik yapan başörtülü bir öğretmen söz konusu. “Buna izin verilmemesi Sözleşmeye aykırı değildir” diyor Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. Burada kullandığı gerekçeler ilginç. Bunun altını çizmek lazım. “Başörtüsü çok güçlü bir dış dini semboldür” diyor Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve ilave ediyor: “Başörtüsü, toplumsal cinsiyet eşitliği ilkesiyle bağdaşması güç olan dini bir emirle kadınlara dayatılmaktadır ya da böyle bir görüntü ortaya çıkmaktadır”. Mahkeme ayrıca, öğretmenin başörtülü olmasının “çocukların üzerinde din değiştirme etkisi yapabileceğinden” söz ediyor. Mahkemeye göre ideal olan, öğretmenin, öğrencilerine hoşgörü, başkalarına saygı, ayrımcılık yasağı, eşitlik anlayışı aşılmasıdır. Mahkeme, sonuçta başörtülü bir öğretmenin bunu yapmasının zor olduğunu düşündüğünden olsa gerek, Dehlab’ın yapmış olduğu başvuruyu reddediyor.

Leyla Şahin kararı çok bilindiği için ayrıntılı bir biçimde anlatmayacağım. Ama Mahkemenin üzerinde durduğu prensipleri hatırlatmakta yarar var. Bir kere Mahkeme, burada iç hukuku çok önemsiyor ve bizim Anayasa Mahkeme kararına özellikle gönderme yapıyor. “Bu mesele hassas bir meseledir. Ben bu meseleyi çözmek, bu konuda bir şey söylemek için, Türkiye’deki duruma bir bakarım” diyor ve bu noktada Anayasa Mahkemesinin kararına eğiliyor. Anayasa Mahkemesinin, AİHM’in de gönderme yaptığı başörtüsü ile ilgili kararlarında çok romantik bir laiklik tanımı yaptığını ve laikliği, “yaşam biçimi” “olmazsa olmaz” gibi ifadelerle nitelendirdiğini biliyoruz. Bu romantik nitelendirmelerden sonra, somut olayla ilgili şöyle demiş Anayasa Mahkemesi “Kadınların giyimlerini düzenlerken, dinsel kurallara uygunluğu ne olursa olsun, başörtüsüne dinsel temelle serbestlik tanımak laiklik ilkesine aykırıdır”. Bir kere şunu ifade etmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi kararına konu olan düzenleme, din kuralı olduğu için serbest kılmıyor başörtüsünü. Bireysel bir özgürlük olarak kılık kıyafet serbestisi getirmeye çalışıyor. Kaldı ki laiklik dediğimiz şey, din kuralına hiçbir biçimde bakmamak, ondan esinlenmemek değildir. Esasında laiklik, bir kural sadece dini kuraldır diye o kuralın hukuk kuralı haline getirilmemesi ile alakalı bir şeydir. Sonuçta AİHM, Anayasa Mahkemesinin yaklaşımını esas almış ve Leyla Şahin Kararında din ve vicdan özgürlüğüne aykırı karar vermiştir. Öte yandan AİHM,

kararında bir takım ilave tespitler de yapmıştır ki bunlara katılmak da mümkün değildir.

Mesela, başörtüsünün dinsel vecibe olarak algılanması halinde, bunu takmayanlar üzerinde bir etki yapacağını söylüyor Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. Mahkemeye göre, “başörtüsü dinsel bir vecibe olarak algılanarak takıldığı için, bu durum takmayanlar üzerinde bir etki yapacaktır, çünkü Türkiye’de nüfusun çoğunluğu Müslüman’dır”. Bu durumda başkalarının haklarının korunması açısından bu hakkın sınırlandırılması Sözleşmeye uygundur.

AİHM başka argümanlar da kullanıyor Leyla Şahin kararında. “Başörtüsü konusunda aşırı görüşler, hareketler var, bunlar da dikkate alınmalıdır” diyor mesela. Yasağın altında, laiklik ilkesinin korunması amacının yattığını söylüyor. Ayrıca “Başörtüsü, ülkede son zamanlarda önemli bir siyasal anlam kazanmıştır. Dolayısıyla yasak sosyal bir ihtiyacı da karşılamaya yöneliktir” gibi gerekçeler de kullanıyor.

Çok teşekkür ediyorum.

**Prof. Dr. Abdurrahman EREN-** Nihat hocama da çok teşekkür ediyoruz.

Bir yarım saatlik tartışma bölümü var; ama ben Oturum Başkanı olarak, bir 5 dakika da olsa bir şeyler söylemeyi düşünüyorum. Âdem hoca olsaydı, en az 15 dakika konuşurdu, ama ben 5 dakikaya sıkıştırmaya çalışacağım.

Tabii ki, din ve vicdan özgürlüğü konusunda yine Anayasa Mahkemesinin çizdiği çerçevenin uluslararası standartlara uymadığını her zaman düşünüyorum. Anayasa Mahkemesi kendine özgü laiklik diye bir kavram geliştirerek, laikliğin Türkiye’ye özgü koşulları çerçevesinde, bir resmi ideoloji çerçevesinde tanımladığını, laikliğin bir ideolojinin temel direği olduğu, bu çerçevede de din özgürlüğü bakımından Batı ülkelerindeki ya da sosyalist ülkelerdeki, Hıristiyan ülkelerdeki uygulamaların esas alınmayacağı, Türkiye’nin kendine özgü koşulları çerçevesinde bu özgürlüğün kapsamının çizileceği; bu çerçevede, hukuk kurallarının din kurallarından esinlenemeyeceği; inanç özgürlüğüne ilişkin uygulamaların, yani ibadet boyutunun kişinin bireysel hayatıyla sınırlı kalması gerektiği, kamusal alanda görünür olmaması gerektiğini ve buradan da yola çıkarak, devletin laikliğinin yetmeyeceği, toplumun da laik olması gerektiği noktasına kadar getirip, o dönemde birçok yasakçı uygulamalara içtihatlarıyla cesaret vermiş, bence zemin oluşturmuş. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Komitesinin 22. sayılı genel yorumunda da aslında bu çerçeve çok iyi çizilmiş din ve vicdan özgürlüğü bakımından. Değerli hocalarımızın görüşleriyle ortaya konulduğu gibi, aslında bugün bir ülkede resmi inancın dahi olması, din ve vicdan özgürlüğüyle bağdaşmaz bir şey görülüyor. Önemli olan, diğer farklı inançlara bir zorlama, baskı



uygulanmadıktan sonra olabilir. Norveç'te resmi din var. Dünyada birinci sırada, Norveç Anayasasında resmi din var. Malta, Yunanistan, İspanya, İtalya, bunlarda hep bir mezhep üst tutuluyor. Buna piramit modeli diyebiliriz. İnançları piramit gibi üçe ayırmışlar. En tepede Hıristiyanlığın belli mezhepleri var, orta bölümde belli inançlara yasal statü tanınıyor, en alt kademedede de diğer inanç toplulukları var ve bunlara mali konularda, eğitim konusunda farklı ayrıcalıklar getiriliyor.

Burada tabii, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de inanç özgürlüğüne gelince çok tutarlı olmadığını düşünüyorum. Başörtüsü konusu burada da o tutarsız olduğunu düşünüyorum. Hatta Refah Partisi kararına gelince, orada da iş laiklik noktasından gidince, Refah Partisinin kapatılmasını; bir şiddet olmadığı halde, eyleme dönük hiçbir faaliyet olmadığı ve sadece şeriat ifadesinin şiddeti çağrıştırdığını, dolayısıyla şiddet içeren ifadelerin bir siyasi parti tarafından savunulamayacağını söyleyerek, âdeta İslam şeriatının demokrasinin kendisiyle çatışan bir değer olduğunu... Bunu baştan kabul ederseniz, elbette o şeriatın getirdiği bütün uygulamaların, başörtüsünden eğitime kadar her şeyi olumsuz bir bakış açısına getirirsiniz.

Tutarsızlığımı şurada da görüyoruz: Hasan Eylem Zengin kararında, "Eğitim hakkına ilişkin, zorunlu din derslerinde, belli bir din olmayan, bütün dinler hakkında genel ders içeren din kültürü ahlak derslerinde, hatta bunun olması, teşvik edilmesi lazım, bütün dinler hakkında objektif genel bilgiler olması lazım. Bu belli bir din öğretimi değildir. Hatta bu şekilde bir ders kitabının içerisinde, o ülkedeki çoğunluğun inancına daha fazla yer verilmesinin de makul kabul edilmesi gerekir" diyor; ama öbür taraftan da, çoğunluğun Müslüman olduğu bir ülkede, birinin başının kapalı olmasının öbürleri üzerinde bir baskı aracı olacağını düşünerek, tam tersinden bir yorum yapıyor bu sefer. O zaman, o toplumun çoğunluğunun inançlarına ilişkin her türlü dışavurum, farklılıklar üzerinde bir baskı olacaktı. Zaten bütün bu anlamda, diğer alanlarda yasaklamayı meşru görmek lazım. Burada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini çok tutarlı bulmuyorum.

Bence Türkiye'de temel sorun, dini grupların, dini cemaatlerin yasal statüsünün tanımlanmamış olması. Avrupa ülkelerine bakarsak, burada aslında dini topluluklara, dini cemaatlere bir yasal statü tanınıyor; insanlar ona göre, legal bir çerçevede kendi statülerini belirliyor ve üye sayısına göre belli vergiler, kendi liderlerini seçmek vesaire birtakım temel haklar sıralanıyor. Ama Türkiye'deki Türkiye'ye özgü laiklik gereği, Diyanet İşleri Başkanlığının mutlaka devlete bağlı olması gerektiği, Anayasa Mahkemesinin yıllardan beri görüşü ve devletin kontrolünde bir dinin Türkiye'ye özgü laikliğin bir gereği olduğu, dolayısıyla Diyanet İşleri Başkanlığının da bu şekilde bağımsız ve özerk olması yönündeki talepleri Anayasa Mahkemesi iptal etmiş, kabul etmiyor. Hatta bununla ilgili

olarak partileri de kapatıyordu zamanında. Tabii, eski Anayasa Mahkemesi. Yeni Anayasa Mahkemesinin 2010'dan sonra bu konuda daha değişik bir çizgi izlediğini düşünüyorum.

Bu çerçevede, aslında Türkiye'de din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin, son dönemde yapılan demokratikleşme paketleriyle beraber çok ciddi adımlar atıldığını görüyoruz; ama bence, Diyanet İşleri Başkanlığının konumu ve dini cemâatlerin yasal statüsü de Türkiye'de aslında tartışılması ve artık insanların illegal şekilde, başka sıfatlar altında faaliyetlerde bulunup, yasal bir şekilde bu cemâatlerin statüsünün belirlenip, yasal şeyi vermesi lazım; çünkü inanç özgürlüğünün en önemli şeyi de kendini ifade edebilmektir. Kılık kıyafetiyle, ibadetiyle ve kendi liderini seçme yöntemiyle, her şeyiyle legal bir şekilde kabul edilmesi gerektiğini düşünüyorum.

Evet, soru-cevap kısmına geçebiliriz.

Buyurun.

**Prof. Dr. Ali ULUSOY-** Zorunlu din eğitimi hakkındaki bu soru için teşekkür ediyorum.

Tabii, vaktim biraz sınırlı olduğu için, çok ayrıntıya değinemedim. Zorunlu din eğitimi, zorunlu din dersleri konusunda, Danıştay 8. Dairesinin zaman içinde verdiği üç ayrı karar var, üç karar da aslında birbiriyle çelişkili. İlk kararı, 1987'de verdiği karar var. Tabii, yabancı misafirlerimiz için özellikle bir kısa hatırlatma yapayım. Bizim Anayasamızda açık hüküm var; "İlk ve ortaöğretimde zorunlu olarak din bilgisi ve din ve ahlak bilgisi dersi zorunlu olarak okutulan dersler arasındadır" diye bir hükmü var Anayasamızın. Bu dersin içeriğinde, daha çok çoğunluğun mensup olduğu Sünni İslam'a ilişkin bilgiler veriliyor, bu dersin çok büyük bir kısmı buna yönelik, yani Sünni İslam bilgisine yönelik içerikte. Tabii, diğer dinlerle ilgili de birtakım genel bilgiler veriliyor, ama çok büyük ağırlığı burada.

Birtakım aileler, "Ben, çocuğumun bu dersi almasını istemiyorum" şeklinde başvuru yapıyorlar; fakat Anayasaya göre ve kanunen zorunlu olduğu için almak zorundalar, almazlarsa sınıfta kalabiliyorlar vesaire. Buna karşı İnsan Hakları Mahkemesinin bir Hasan Zengin kararı var. Bu kararında İnsan Hakları Mahkemesi, "Zorunlu din eğitimi verilmesinde bir ihlal yok, Sözleşmeye uygundur; ama genel olarak bütün dinler hakkında bir genel din kültürü niteliğinde bir ders içeriğinin olması lazım. Yani tek bir dinin empoze edilmesi veya tek bir dinin öğretilmesiyle sınırlı olmaması lazım. Çoğunluğun mensup olduğu din biraz daha ağırlıklı olabilir bu dersin içeriğinde, ama diğer dinlere ve diğer inanışlara da

mutlaka yeterince yer verilmesi gerekir” şeklinde ve Türkiye açısından bir ihlal kararı verdi.

Bu çerçevede Danıştay’ın üç kararı var. 87’de verdiği kararda, “Zorunlu olmasında sorun yok; ama içeriğinin daha genel din bilgisi, bütün dini inanışlar hakkında bilgi veren içerikte olması lazım. Bunun için ayrı bir dava açılabilir, yani ‘Dersin içeriği hukuka aykırı’ diye ayrı bir dava açılabilir” şeklinde bir kararı var.

2007’de tam tersi bir karar veriyor; yani belki İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararına tamamen uygun sayılabilecek, hatta ondan da ileri giden bir kararı var. 2007’de, “Bu ders zorunlu olarak okutulamaz” anlamında bir kararı var Danıştay’ın. Ama 2013’te yine aynı dairenin verdiği karar tam tersi. “Bu ders zorunlu olarak okutulabilir. Artı, bu dersin içeriğinde de bir hukuka aykırılık yok. Yani ağırlıklı olarak Sünni İslam hakkında bilgi verilmesinde de bir hukuka aykırılık yok” şeklinde çok daha yeni bir kararı var. Özellikle bu son içtihadını zannediyorum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararıyla bağdaştırmak mümkün görünmüyor. Burada da önemli bir sorun var.

Konuyla bağlantılı olduğu için bir küçük ekleme yapayım. Sürem sınırlı olduğu için çok değinemedim. 2012 yılında, Milli Eğitim Temel Kanununda bir değişiklik yapıldı ve bazı derslerin seçimlik ders olarak okutulmasına karar verildi. Dini bilgi veren dersler de buna dâhildi. 4 tane ders seçimlik ders olarak öngörüldü kanunla, kanunla da bu dersler belirlendi. Bu derslerden birinin adı şöyle: Hazreti Peygamberimizin hayatı. Anayasa Mahkemesine gitti, Anayasa Mahkemesi bir laikliğe aykırılık görmedi. Bence, laiklik ilkesine çok açık aykırı bir ifadedir. Bu dersin adı Hazreti Muhammet’in hayatı olsaydı, bence hiçbir engel yoktu; isteyen alacak, isteyen almayacak. Kanun koyucu, “Hazreti Peygamberimizin hayatı, yani benim peygamberim şudur” diyebilir mi bir laik devlette; bence diyemez. Yani devlet adına verilen bir kararda, “Benim peygamberim şudur” denilemez laik bir anayasada. Her devlet laik değil, anayasalarında laikliği açıkça öngörmeyen devletler var, bunlar olabilir; ama bizim Anayasamızda laiklik çok açık bir anayasal hükümdür ve bir kanunla devlet, “Benim peygamberim şudur” diyemez. Ben, laikliğe çok açık aykırı bir hüküm olduğunu düşünüyorum, ama Anayasa Mahkemesi anayasaya aykırılık görmedi. Sembolik bir şey belki, o kadar önemli değil; ama sembolik de olsa önemli olduğunu düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Abdurrahman EREN-** Ben, hocama katılmıyorum. Yasama organının, o dersi seçenler için o dersin adını bu şekilde belirlediğini düşünüyorum. Belli bir dinin zorunlu olması da anayasaya ya da insan haklarına aykırı değildir; yeter ki onu muafiyet veya seçimlik olarak getirdikten sonra. Hâlbuki genel ola-

rak bütün dinlere ilişkin bir objektif ve din dersinin zorunlu olması, hiç kimsenin muaf edilmemesi asıl kabul edilebilir. O yüzden de İnsan Hakları Mahkemesi Hasan Zengin kararında, “Eğer bu ders bütün dinler için objektif bir şeyse, Yahudi veya Hıristiyanlık için niye muafiyet getiriyorsunuz?” diye de belirtti.

Ben kendi soruma döneyim. “Refah Partisi kararında şiddet unsuru olmadığını düşünüyorsunuz. Size katılmıyorum” dediniz. Evet, ben öyle düşünüyorum. Çünkü bana göre, Refah Partisi kararını bütün Türkiye’den bu zamana kadar giden bütün partilerde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi aslında partilerin ifade özgürlüğü bakımından ve özellikle siyasetçiler bakımından, az önceki örneklerde olduğu gibi, ifade özgürlüğünün çok geniş yorumlanması gerektiğini; dolayısıyla daha rahatsız edici, daha şok edici ifadeler olsa bile, buna daha fazla tahammül ve hoşgörü gösterilmesi gerektiğini söylerken, Türkiye’de Sosyalist Parti kararında olduğu gibi, onlara hoşgörü gösterirken, Refah Partisi kararında, birinci parti olmuş bir partiye ilişkin kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi şunu demek istedi: “Ben, Avrupa kamu düzeni bakımından, şeriata dayalı partiler yeni kapalı politik alan ilan ediyorum.” Nasıl ki 30’larda komünizm demokrasiyle fikir olarak bağdaşmaz ise, dolayısıyla bazen demokrasi ancak kendisiyle bağdaşan fikirlere özgürlük tanır. Refah Partisi kararında da aslında, şeriat unsuru üzerinden, şeriata dayalı partilerin Avrupa kamu düzeni bakımından kapalı politik alan olduğunu, bunun teşvik edici olmamasını, diğer partileri gerekirse kapatabileceği şeklinde bir şey yaparak, Anayasa Mahkemesinin her dediğini kabul ederek, sorgulamadan, birtakım milletvekillerinin hacda, orada burada yaptığı konuşmalar her zaman kullandığı kriter gibi, uygun gerekçeler ve somut olayın bağlamında hiçbir değerlendirme yapmadan... Anayasa Mahkememiz de ne diyor orada; “Şeriat, demokrasinin zıddıdır, antitezidir” görüşünü aynen kendisi de benimseyerek, bu anlamda bence kapalı politik alan olduğunu ve bu yönde karar verdiğini düşünüyorum. O yüzden, biraz farklı düşünüyoruz bu konuda.

Diğer sorulara geçelim, çünkü son 10 dakikamız kaldı.

**Katılımcı-** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden katılıyorum.

Ali Ulusoy hocamıza bir soru yönelteceğim. Konuyu aslında idare hukukuna çekeceğim biraz; ama dinleyenler bakımından ilgi uyandırır mı, bilemiyorum. İdare hukuku bakımından, faaliyetlerde özellikle iki ayırımı gidiyoruz; idari kamu düzeni bakımından kolluk faaliyetleri ve idarenin bireyin yararına bir edimde bulunması. Pozitif ödev kavramı Danıştay tarafından son yıllarda sık kullanılıyor. Özellikle mülkiyet hakkında karşımıza çıkıyor. İfade özgürlüğü bakımından da belki birey lehine bir işlem ve eylem yapma yükümlülüğü getirmesi, artık pozitif ödev kavramını orada da gündeme getirecek. Biz bu kavramı idare hukukunun temel müesseseleriyle nasıl izah edebiliriz, idarenin faaliyetleri bakı-

mından mı izah edeceğiz? Yoksa idarenin, aslında bireyin bir talebi olmaksızın, birey lehine bir şey yapması, bir adım atması yükümlülüğünü... Özellikle mahkemeler de bu kavrama artık atıfta bulunduğu için, bunu nasıl değerlendirmemiz gerekecek? Bu yönde bir sorum olacak hocam.

**Prof. Dr. Ali ULUSOY-** Biraz somutlaştırabilir misiniz? Yani hangi edimlerle, somut olarak hangi konularla ilgili olarak? Çok anlayamadım soruyu.

**Katılımcı-** Normal şartlarda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında negatif bir hüküm var; yani idarenin, bireyin temel hak ve özgürlüklerini sınırlandırmaması. Örnek vermek gerekirse, yaşam hakkında, öldürmeme; mülkiyet hakkında, kişinin ekonomik hakkını sınırlandırmama, müdahale etmeme, saygı gösterme. Bunlar idare hukuku bakımından bazı anlamlarda yeni şeyler. İdarenin, bireyin herhangi bir talebi olmaksızın, bireyi düşünerek hareket etme zorunluluğu getirmek gibi sanki.

**Prof. Dr. Ali ULUSOY-** Tabii, ifade hürriyeti kapsamında şöyle bir şey: Devlet, aslında engel olmayacak birtakım şeylere. Engel olmama yükümlülüğü ve bireyin somut olarak o hürriyetten yararlanmasının önündeki engelleri kaldırma yükümlülüğü de var. Bu, ifade hürriyetinin ayrılmaz bir parçası.

Sorunuzdan mesela şöyle bir somutlaştırma aklıma geldi. İzzettin Doğan, bir başvuru yapıyor Başbakanlığa, “Cem evlerine hukuki statü tanıyın ve aynı zamanda Alevilikle ilgili birtakım düzenlemeler yapın” şeklinde bir başvuru yapıyor. Başbakanlık bunu reddediyor. Daha sonra bu ret işlemi dava ediliyor. Ankara 6. İdare Mahkemesi davayı reddediyor, 10. Daire de temyizde yine bunu reddetti. Karar düzeltilmesi de reddedildi 2010 yılında. Muhtemelen açılmıştır da dava Anayasa Mahkemesinde. İç hukuk açısından aslında konu net. Yani burada bizim yargı olarak yapabileceğimiz pek bir şey yok. Bu konuda iki kanun var, Tekke ve Zaviyelerin Kapatılması Hakkında Kanun vesaire. Orada tek bir mezhepten bahsediyor aslında, yani bizim kanunumuz hukuki statü olarak cem evlerine ayrı bir ibadethane statüsü verilmesini öngörmüyor. Yine Aleviliği de ayrı bir inanç olarak veya ayrı bir mezhep olarak da öngörmeye müsaade eden bir yasal düzenleme yok bizde. Dolayısıyla yargı yoluyla zorlanabilecek bir şey pek yok. Yani konu siyasi. Bu konuda siyasi iktidarın bir adım atması lazım, yasal düzenlemeler vesaireleri yapması lazım. Ama bu tür konularda, siyasi boyutu olan konularda yargının zorlanmaya çalışılmasını açıkçası çok doğru bulmuyorum. Biliyorsunuz, başka örnekleri de var. Yani burada daha çok siyasi iktidarın, siyasetin inisiyatif alması lazım. Kendisinin siyasi olarak zorlanacağı konularda da yargıya topu atıp yargıyı zorlamasının çok doğru olmadığını düşünüyorum.

Sorunuza yanıt oldu mu, bilemiyorum; ama biraz daha böyle somutlaştırabilirim diye düşündüm.

Teşekkür ediyorum.

**Prof. Dr. Abdurrahman EREN-** Başka soru yok.

Herkese çok teşekkürler. Tekrar görüşmek üzere.

