

YÖNETİMDE AÇIKLIK-GİZLİLİK VE BİLGİ ALMA HAKKI

Prof Dr. Tekin AKILLIOĞLU

1. BİLGİ HUKUKU

Yeni ve gelişme içinde bir hukuk dalından söz etmek istiyorum : Bilgi Hukuku. Yönetim Hukukunda yönetimin bilgi toplama, işleme, dağıtma faaliyetleri yönetsel işlem kuramı içinde ele alınır. Günümüzde ise Yönetimin belli bir işlem sürecinden ayrı ve ondan bağımsız olarak giriştiği bilgi alanına ilişkin etkinlikler ayrı bir hukuk dalına dönüşmüş bulunmaktadır. Yönetim, özellikle kamu yönetimi, karmaşık yapılı örgütlerden oluşan bir toplumsal sistemdir. Bu sistemin temel özelliği izlediği amaçlara yönelik her türlü bilgiyi elde etmesi, toplaması, saklaması, değiştirmesi, dönüştürmesi ve aktarmasıdır. Kısaca Yönetim toplumsal sistem içinde güçlü (bir bakıma en güçlü) bir bilgi tekelidir.

Günümüze kadar, dikkat çeken olgu Yönetimin " kamu gücü " kullanmasıdır. Kamu gücünün ne olduğu sorusunun en yaygın yanıtı " tek yanlı işlem " yada "yönetsel işlem" dir. Yönetsel işlemin yapılışında kullanılan bilgiler " dosyaya" aittir. Dosyadan ilgililere bilgi verilmesi , yönetsel işlemin gerekçeli olması gibi konular yönetsel yöntem/ idari usul konusu olup, bugüne kadar yönetsel işlem kuramı/ idari usul teorisi içinde ele alınmıştır. Bu yaklaşımın pratik sonucu bilgi işlemlerinin idari işlemin bir parçasını oluşturmasıdır. Böylece bilgi işlemleri bağımsız olmadıklarından tek başına iptal konusu da olmazlar. Buna karşılık idari faaliyet bütünü içinde yer aldıklarından tazminat davalarına konu olabilirler. Kısaca bilgi işlemlerine ilginiz bu pratik sonuçlardan ibaret kalmaktaydı.

Yönetimin genel toplumsal sistem içinde çeşitli bilgilerin işlendiği ve iletişimini üstlendiği bir sistem olarak algılanması, bilgi işlemlerinin yönetsel işlemde ayrı olarak incelenmesine yol açtı. Bu yadırganabilir. Ancak yönetsel faaliyet, yönetsel işlev aslında iletişim kavramı ile yakından ilgilidir. Yönetsel işlev, parlamento ve bakanlar kurulu gibi üst siyasi karar organlarının kararlarının toplumsal uygulama tabanına, aynı şekilde buralardan gelen tepki, istem ve verilerin de anılan karar organlarına iletilmesinden ibarettir. Yönetim, bu işlevi üstlenen örgütlerden oluşmaktadır. Bu iletişim kanallarının içinde yer alan, iletilen her şey bilgi olarak tanımlanabilir. Önemli olan yönetsel işlevin bu yaklaşım içinde düzenlenmesidir.

Bu alanda başta ABD olmak üzere çeşitli ülkelerde düzenlemeler yapılmıştır.¹ Bizde özel amaçlı bir düzenleme henüz bulunmamakla birlikte mevcut mevzuatın pek çok kuralının bu konuya ilişkin olduğu söylenebilir. Anayasadaki dilekçe hakkından Gümrük Kanununa kadar pek çok kural bilgi verilmesini veya alınmasını düzenlemektedir.

2. GİZLİLİK VE AÇIKLIK

Bilgi Hukuku alanının iki temel ilke tarafından yönetildiği söylenebilir: Gizlilik ve Açıklık. Tarihsel gelişmeler yönetimde gizliliğin uzun süre egemen olduğunu, günümüzde açıklığın önem kazandığını göstermektedir.

Açıklığın genel ilke olması, her türlü bilginin isteyen herkese verilmesini, sınır ötesi bilgi alışverişinin hukuksal engelleme çarpmadan yapılabilmesini anlatır. Bunun düzenleme yapılan ülkelerde bile gerçekleştiğini söylemek güçtür. Doğrusu, bilgi belli koşullarda belli kişilere verilebilmektedir. Genel ilke tam olarak gerçekleştirilirse bunun bütün toplumsal sistemleri sarsan, değiştiren büyük bir değişiklik anlamına geleceği açıktır.

Açıklık uluslararası düzeyde ilk kez Birleşmiş Milletler Evrensel Bildirgesi'nde iletişim özgürlüğü bağlamında ifade edilmiştir². Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de aynı kural daha geniş biçimde yinelenmiştir³. Her iki belgede de açıklık genel ilke olmakla birlikte mutlak biçimde değil fakat sınırlı olarak ifade edilmiştir. Bu sınır "kamu düzeni" olarak özetlenebilir. Başka bir anlatımla bilgi almak genel ilke olmakla birlikte kamu düzeni amacıyla buna ayırık kurallar getirilebilir.

Kuşkusuz yönetimde açıklık bilgi almaktan ibaret bir işlev değildir. Yönetmeliklerin herkese açık tutulmasının yanı sıra yönetmelik yerlerin, faaliyetlerin, dosyaların da açık tutulması, isteyenlerin bunları görmesi /gezmesi, isteyenlerin herhangi bir faaliyete tanıklık etmesi onu izlemesi, isteyenlerin de dosyaya bakması ondan örnek çıkarması mümkün olmak gerekir.

Bu takdirde yönetimin gizlisi/saklısı kalmamış olacaktır. Buna karşılık böyle bir durumun hiçbir zaman/en azından günümüzün koşulları ile gerçekleşmeyeceğini söylemek güç değildir. Zira yönetimde mutlak açıklık karar alma tekeli dağıtır. Kararın hangi etkilere açık olduğunu kestirmek mümkün değildir. Yöneticilerin yansızlığını korumak güçtür. Yönetmelik örgütün kendisiyle yarışan öteki örgütlere karşı varlığını bağımsızlığını korumak da olanaksız hale gelecektir. Bu gibi sakıncaları çoğaltmak mümkündür.

Yönetimde gizliliğin gerekli olduğu bir başka kesim de kişi adına tutulan bilgilerdir. Örneğin sicil ve disiplin işleri ilgililerin adına kayıtlı ve onların

¹ Bkz. C. WIENER, Vers Une Codification de la Procedure Administrative, Paris, PUF, 1975, 454 s.

² Madde 19. "Herkesin düşünce ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak, düşünceden ötürü rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın bilgi ve düşünceleri her yolla aramak, elde etmek ve yaymak hakkını içerir".

³ Madde 10 "Herkesin anlatım özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak kanaat özgürlüğüne ve kamu makamlarının karışması ve sınırlar söz konusu olmaksızın, bilgi ve düşüncelerin alınmasını ve iletilmesini içerir".

kişiliklerine/özelliklerine ilişkin bilgilerden oluşur.Bu nedenle gizli tutulmak gerekir. Vergiye ilişkin bilgiler de bu kesime girer. İşletmelere ilişkin, ticari/ekonomik/sınai nitelikteki bilgiler de titizlikle korunması gereken bir başka kesimi oluşturmaktadır.Hemen her ülkede, kişisel bilgilerden yer altı kaynaklarına ilişkin bilgilere ve savunmaya kadar çok çeşitli kesimler bakımından tutulan bilgilerde gizliliğin egemen olduğu görülmektedir. Bu gibi nedenlerle açıklığı belli durumlarda gizlilik/kapalılık yönünde kaldıran yasaklayıcı/sınırlayıcı kurallar getirilmiştir.Bunlar kamu düzenidir, buyurucudur.Başka deyişle, yönetimde gizlilik kamu düzenidir.

3. YÖNETİMDE GİZLİLİK KURALLARI

Gizlilik, "belli sayıda kişilere yönelik açıklık" olarak tanımlanabilir.Başka bir anlatımla mutlak gizlilik mümkün ve anlamlı değildir.Bu bağlamda "kapalılık"ile "gizlilik" arasında ayırım olduğu da belirtilmelidir.Kapalılık, etkinliklerin ve dosyaların yönetim dışından görünmemesi anlamına geliyor. Gizlilikte önemli olan bilginin yada içeriğin başkalarınınca bilinmemesidir.Bu işlevde özellikle gizleme, saklı tutma ödevi bulunmaktadır.

Gizlilik ödevine uyulmaması ceza ve hukuk sorumluluğu doğurur. Yönetimde gizliliği zorunlu kılan çeşitli kurallar bulunmaktadır. Bu kuralların büyük bir kısmı Türk Ceza Kanunu'nda veya ceza kuralı koyan öteki yasalarda yer almaktadır.Bir kısmı da yönetsel kurallar biçimindedir. Bunlar memurun disiplin ve hukuk sorumluluğu bağlamında düzenlenmiştir.Kuşkusuz yerine göre, yönetimin sorumluluğu da düşünülmelidir.

A - Devlet Gizliliği

Yönetim dışına yada gizli bilgi tutma yetkisi bulunanlar dışına bilgi aktarılması Türk Ceza Kanunu'nun 132 ila 138. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna düzenlemede temel kavram "devlet gizliliği" yada "devlet sırrı"dır. Bu gizliliğin, devletin ulusal güvenlik ve savunma siyasasını, uluslararası çıkarlarını ve ilişkilerini korumak amacı ile getirildiği anlaşılmaktadır.

Devlet gizliliği tanımlanması güç bir kavramdır. Öte yandan bu konuda öğretiyeye yardımcı olabilecek pek az sayıda yüksek yargı kararı bulunmaktadır.Bununla birlikte, devlet gizliliğinin özü ve niteliği açısından anılan ceza kurallarında belirtilen amaçlara göre gerçekten böyle sayılması gereken bilgiler bakımından söz konusu olduğu söylenebilir. Başka bir anlatımla yönetimin takdir yetkisiyle bazı bilgileri " devlet gizliliği " kapsamına alması yeterli değildir. Ceza sorumluluğun doğması bilginin gerçekten devlet gizliliği kapsamına girmesine bağlıdır.

B - Görev Gizliliği

Gizli bilgilerin ikinci kesimini " görev gizliliği "oluşturmaktadır.Buna göre memurların görev sırasında veya görevleri nedeniyle öğrendikleri gizli bilgileri açıklaması yasaktır.Türk Ceza Kanunu'nun 229.maddesinde yer alan kural " memurluk sırrını ifşa " suçunu düzenlemektedir. Bu kural 137. madde ile düzenlenen " devlet sırrını ifşa" ile benzerlik göstermekte ise de, 137. maddede yayılması veya yayınlanması

yasaklanan bilgilerin devlet güvenliği ile ilgili olması gerekirken, 229. maddedeki suç için gizli bilginin sadece " memuriyete ait olması " lazım ve kâfidir⁴.

Burada önemli bir sorunla karşılaşılmaktadır. Hangi bilgiler açıklandığı takdirde suç işlenmiş olmaktadır? Kuşkusuz "gizli" bilgiler. Ancak bu defa da bir bilginin ne zaman "gizli" sayılacağı sorulabilir. TCK' nun devlet gizliliği bağlamında koyduğu kuralların uygulanması için aranan gizliliğin gerçek olması gerektiğine değinilmişti. Burada da aynı koşulun geçerli olması gerektiği düşünülebilir. Ancak "memuriyete ait olup da gizli kalması gereken bilginin "biçimsel olarak böyle nitelendirilmiş olması yeterlidir. Başka bir anlatımla devlet gizliliğinde bilginin özü itibariyle bu niteliği taşıması aranırken buradaki öz, biçimden ibarettir. Kısaca yetkili merci, bilginin gizli kalmasını buyurmuş ise memurun bu buyruğa aykırı davranışı suçun işlenmesi için yeterlidir.

Devlet Memurları Kanunu'nun çeşitli kuralları bu yaklaşımı doğrulamaktadır. 31. maddeye göre " Devlet memurlarının kamu hizmetleri ile ilgili gizli bilgileri görevlerinden ayrılmış bile olsalar yetkili bakanın izni olmadıkça açıklamaları yasaktır." Aynı yasanın 125/-h maddesine göre de "yetki almadan gizli bilgileri açıklamak" memurluktan çıkarma cezası ile yaptırımı bağlanmıştır. Her iki kuralda da ortak özellik " yetkili organın izni" bulunduğu takdirde açıklamanın mümkün olmasıdır. Yönetimin bu uygulamada geniş bir takdir yetkisinin bulunduğu açıktır. Neyin gizli kalması gerektiği yetkili makamın iradesi ile belirlenecektir. Bu gizlilik aynı yöntemle her zaman kaldırılabilir. Bu görecelik ve biçimsel nitelik, bu tür gizliliğin memur üzerinde büyük bir baskı ve belirsizlik olarak kullanılmasına yol açabilir.

C - Uğraş Nedeniyle Gizlilik

Üçüncü bir gizlilik kesimi de uğraş nedeniyle elde edilen bilgilerdir. Türk Ceza Kanunu'nun 198. maddesi ile düzenlenen bu konu "mesleki sırrı ifşa yasağı"dır. Çeşitli meslek mensuplarının bu bağlamda kendilerine tevdi edilen bilgileri saklama ödevi yasalarla düzenlenmiştir (avukat, noter, hekim, vergi memuru, bankacı gibi). TCK m. 198 bu gibi meslek mensuplarının gizliliğe aykırı davranışlarını yaptırımı bağlamaktadır. Bu madde ile "resmi mevki veya sıfat", "meslek ve sanat icabı olarak" öğrenilen bilgilerin açığa vurulması yasaklanmaktadır. Bunun yukarıda anılan TCK 229 ile benzeştiği söylenebilir. Ancak arada önemli farklar vardır.

TCK 198 ile düzenlenen gizli bilgileri açıklamama ödevi kapsamına memurlar da girebilir. Bunun 229'dan ne farkı bulunduğu sorulabilir. TCK 229 ile korunan yararın "görev gizliliği olduğu belirtilmişti. Bir bakıma bu kavramda gizlilikle ilk aşamada yönetsel işlevin korunması amaçlanmaktadır. Buna karşılık TCK 229 ile korunan "kişisel haklar", kişisel yararlardır. Madde ile öngörülen suçun takibinin şikâyete bağlı olması, suç konusu eylemle kişisel zarar doğmuş veya böyle bir olasılığın bulunması koşullarının aranması bunu göstermektedir.

Bu üç büyük gizlilik kesiminden sonra TCK nun ayrıca haberleşme ve teknik bilgi gizliliğini düzenlediği görülmektedir.

⁴Bkz A.Pulat Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C.II Ankara 1972.

D - Haberleşmenin Gizliliği

TCK'nun 200. maddesi özel olarak PTT memurlarının (müstahdemler de dahil) haberleşmenin gizliliğini bozmasını yasaklamaktadır.TCK 195. madde herkes için kendisine gönderilmemiş olan haberleşme belgelerinin gizliliğine saygı ödevi getirmektedir.Ancak konunun önemi dolayısıyla yasa koyucunun ayrıca PTT çalışanları için 200.maddeyi getirdiği söylenebilir. Buna göre PTT çalışanlarının sıfatlarını kötüye kullanarak, haberleşme kağıtlarını ele geçirmesi, açması veya yoketmesi suçtur.

E - Fenni ve Sınai Sırlar

TCK'nun 364. maddesi "fenni veya sınai sırları ifşa" suçunu düzenlemektedir.Madde ile korunan gizlilik alanı "fenni keşif ve ihtiralar yahut sınai tatbikata müteallik" biçiminde ifade edilmiştir.Genel olarak bu tür sırlar sanayici veya tüccarın işletmesinin yararına olarak gizli tutmak istediği buluş ve yenilikler, ham madde işleme yöntemlerine ve benzer konulara ilişkin bilgilerdir.Günümüzde büyük önem taşıyan bu konunun götürü ve belirsiz bir biçimde düzenlendiği açıktır.Bununla birlikte bu konunun yönetimi yakından ilgilendirdiği, en azından memurların bu tür suçların faili olabilecekleri söylenebilir.Gerçekten suç faili bu sırları "sıfat, memuriyet yahut meslek ve sanat icabı olarak öğrenen" kimselerdir.Suç memur tarafından da işlenebilirse de suç konusu devlete veya memuriyete ait olmayan ticari, ekonomik veya sınai nitelikte bilgilerdir.

Özetlemek gerekirse, yönetimde gizliliği ceza yaptırımını ile korunan menfaat kümesi bulunmaktadır: Devlet yararı,yönetimyararı,haberleşme ve ekonomik/ticari/sınai yararlar.Dolayısıyla gizliliği sadece kamu düzeninin korunması ve kişinin korunması biçiminde bir yalnızat ikili yarar kümesiyle savunmak doğru veya gerçekçi değildir.

4.YÖNETİM HUKUKU VE YARGILAMA ALANLARINDA GİZLİLİK KURALLARI

Yönetim Hukuku alanında hangi tür bilgilerin gizli tutulması gerektiği sayma yoluyla belirlenmiş değildir.Daha da önemlisi, Yönetim Hukuku'muzda açıklığın genel ilke olduğuna ilişkin bir kural veya açık anayasal dayanak da bulunmamaktadır.

Yukarıda da belirtildiği gibi, Devlet Memurları Kanunu'nun gizli bilginin açıklanmasını (emekli olduktan sonra da) yasaklamış olması dikkat çekmektedir. Gizliliğin tayini yönetime aittir.Gizli bilgi açıklanmışsa, yerine göre TCK'nun devlet gizliliği yada görev gizliliği kurallarının çiğnenmesi söz konusudur.Buna meslek gizliliği ile öteki gizlilik de (haberleşme ve fenni vb sırlar) eklenmelidir.

A- Gizli Bilgileri Açıklama Yasağı

Gizli bilgilerin açıklanması aynı zamanda DMK m. 125/E-h kuralına göre "yetki almadan" yapılmışsa memurluktan çıkarma nedenidir.Bu disiplin suçu,TCK'nun yönetim gizliliğini düzenleyen 229. maddesi ile ilgilidir.Öteki gizlilik kurallarının ihlali de memurluktan çıkarma nedeni olabilir.Ancak bunun için DMK 48'e göre memur olma koşulunun yitimine yol açan bir hükümlülüğün kesinleşmesi gerekir.

B- Basına Bilgi ve Demeç Verme Yasağı

Devlet Memurları Kanunu'nun bir başka kuralı da kitle iletişim organlarına bilgi ve demeç vermeyi yasaklamaktadır. Bu kuralın (m.125/D-g) özelliği, gizli olan/olmayan ayrımı yapmaksızın kitle iletişim organlarına yetkili yerden izin almaksızın yapılan her türlü açıklamayı kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına bağlayan bir disiplin suçu saymasıdır. Bu duruma bakılırsa yasa koyucu memurlarını basın organlarına kamusal konularda kurumun resmi açıklaması dışında bilgi vermesini önlemek istemektedir⁵. Bu kural da memurlar üzerinde bir baskı oluşturabilir. Memur tanığı olduğu bir uygulama hakkında bir yayın organında yazı yazmağa kalkarsa kendisini bu kuralın yaptırımına karşısında bulabilir⁶.

C- Hukuksal Sorumluluk

Yönetim Hukuku'nda Ceza Hukuku'na koşut olarak düzenlenen bu kuralların dışında ayrıca hukuksal sorumluluğa ilişkin kurallar/sorunlar da bulunmaktadır. Kısaca, yönetimin ve kusurlu personelin hukuki sorumlulukları bulunmaktadır. Bu sorumluluk tazminat yaptırımına bağlıdır.

Görev veya uğraş gizliliğine uyulmaması sonucunda zarar gören kişilerin İdareyi "hizmet kusuru" veya "kusursuz sorumluluk" ilkelerinden birine dayanarak dava etmeleri mümkündür. Danıştay 1989 tarihli Üruğ kararı ile "Yürütmükle görevli olduğu milli istihbarat hizmetinin kişi haklarının zedelenmesini önleyecek şekilde gerekli önlemleri alarak düzenlemeyen, hizmetin gereği olan gizliliği sağlayamayan davalı idarenin olayda ağır hizmet kusuru bulunduğunu" belirlemiştir⁷. Bu karar aynı zamanda yönetsel yargıda yüksek manevi giderime hükmedilebileceğini de göstermektedir. Yönetim gizliliğinin herhangi bir şekilde (kusurlu/kusursuz) bozulması üzerine kişilik hakları zedelenenlerin zararlarını giderme borcu altındadır. Genel kurallara göre kusurlu personele rücu hakkı saklıdır.

D- Yargılama Hukuku Kuralları

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) m.49'a göre "devlet memurlarının devlet sırlarına dair yetkili makamın izni olmaksızın tanıklık

⁵ Ancak bu yasa, uygulamada "falan bakanlığın yüksek düzeyde görevli bir yetkilisinin açıklamasına göre" kaydına dayanılarak, basın tarafından delinmektedir.

⁶ Gerçekte DMK 125/D-g kuralı memurun düşünce açıklama özgürlüğü bastırılmak için getirilmemiştir. Danıştay'ın çeşitli kararları memurun objektif ve bilimsel nitelik taşımak kaydıyla çalıştıkları kurumları ilgilendiren sorunlar hakkında görüş ve düşüncelerini açıklamalarının temel hak güvencesi kapsamına girdiğini belirtmektedir.

⁷ Danıştay Onuncu Daire, 20.4.1989, E. 1988./1042, K.1989/857, Amme İdaresi Dergisi. C.22 Sayı 2, Haziran 1989, s.98-106. Bu karar aynı yerde (s.107-110)"Yönetsel Yargıda Manevi Giderim ve Bilgi Hukuku Gelişmesi" başlığı ile tarafımızdan yorumlanmıştır.

yapamayacağı" kurala bağlanmıştır⁸. Bu kural tanıklık etme zorunluluğunun sınırını "devletin selametine zarar verecek derecede" olmaması biçiminde belirlemektedir. Başka bir anlatımla bu kural, yönetim gizliliği konusunda tanıklık izni verilebileceğini belirtmekte, devlet gizliliğinde ise "devletin selametine zarar vermemek" gibi bir ölçü getirmektedir.

Buna benzer bir kural da 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) m.249 ile getirilmiştir⁹. Bu kural tanıklık ödevi sınırını "devlet menfaatleri için zararlı olmamak" biçiminde çizmektedir. Madde "meslek sırrı"na ilişkin tanıklık konusunu düzenlemektedir. Ancak bu konunun devlet menfaatlerine zarar verici olmamasını öngörmektedir¹⁰.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesi ile bu konuda aşamalı bir düzenleme yapılmış bulunmaktadır¹¹. Buna göre genel kural her türlü bilgi ve

⁸"Devlet esrarı hakkında alakadarların şahitliği" başlığını taşıyan CMUK m.49'a göre "Devlet memurları memuriyetten çekildikten sonra bile, saklamakla mükellef oldukları vakıalar hakkında sırrın ait olduğu makam amirinin izni olmaksızın şahit sıfatıyla dinlenemezler. Bu gibi hallerde İcra Vekilleri azası hakkında Reisicumhur ve Büyük Millet Meclisi azası hakkında Meclis tarafından izin verilir. Reisicumhur mahremiyeti kendisi takdir eder ve şahitlikten çekinebilir. Bu hüküm reisliği zamanında hadis ve reisliği sebebiyle malumu olan vakılardan dolayı eski Reisicumhur'lar hakkında dahi caridir"

⁹Kenar başlığı bulunmayan 249. maddeye göre: "Devlet hizmetinde bulunanların, meslek sırrıyla mukayyet oldukları vakalar hakkında hizmetlerinden ayrıldıktan sonra da mensubu oldukları resmi makamın tahriri izni olmadıkça şahit sıfatıyla istimaları caiz değildir. Bu mezuniyet Büyük Millet Meclisi azası hakkında Meclis, Heyeti vekile azası hakkında Reisicumhur ve bundan maadaları için mensup oldukları Vekil tarafından verilir. Şahadet menafii devlete muzır görülmedikçe izin verilmesinden imtina olunamaz. Bu mezuniyet mahkeme kararı üzerine müzekkeri ile istenilir. İzin üzerine şahit celp ve istima olunur.

¹⁰Burada bir yazılım kusuru olduğu açıktır. Devlet sırrı söz konusu ise izin verilmeyeceği üstü kapalı olarak çıkarılabilir. Buna karşılık maddede sözü edilen devlet menfaatlerine zarar vermemek deyişi ile kişiler hakkındaki gizli bilgilerin açıklanmasından bir kamu zararı doğma olasılığının öngörülmüş olduğu söylenebilir.

¹¹"Dosyaların İncelenmesi" başlığını taşıyan 20. maddeye göre:

1. Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların ilgililerce süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir.

2. Taraflardan biri ara kararının icaplarını yerine getirmediği takdir de bu durumun verilecek karar üzerindeki etkisi mahkemece önceden takdir edilir ve ara kararında bu husus ayrıca belirtilir.

3. Ancak, istenilen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Başbakan veya ilgili bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir.

4. Getirtilen veya idarece gönderilen gizli belge ve dosyalar taraf veya vekillerine incelettirilmez"

belgenin mahkemece getirilmesine karar verilebileceğidir.(m.20/1).Ancak "devlet gizliliği" sözkonusu ise ilgili bakana gerekçeli olarak bilgi ve belge vermeme yetkisi tanınmaktadır. (m.20/3). Buna karşılık gizli bilgi ve belge gönderilmişse, bunlar taraf veya vekillerine incelettirilmez (m.20/4).

Bu kuralda açıklanması gereken noktalar bulunmaktadır.Aynı konudaki CMUK ve HUMK kuralları ile devlet gizliliğinin korunması benimsendiği halde, İYUK yetkili bakanın devlet sırrı dahil her türlü gizliliği içeren bilgi ve belgeleri gönederebileceğini, bu konuda takdir yetkisi bulunduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte gönderilen bilgi ve belgeler açığa vurulmuş olmamaktadır.Zira (m.20/4) uyarınca bunlar davacı ve vekillerine incelettirilmeyecektir.Böylece bir yandan gizlilik korunmak istenmekte, öte yandan yargılamanın yürütülmesine de yardımcı olunmak istenmektedir.

Ancak taraf ve vekillerince incelenmeyen, yargı önünde tartışılmayan bir bilginin kanıt oluşturması mümkün olmayacağını ve hüküm kurulmasında böyle bir bilgiye dayanılamayacağına göre bu kuralın doğurduğu zararın sağlayacağı yarardan büyük olduğu açıktır.Dolayısıyla yargılama ilkelerine uygun düşmeyen bu kuralın düzeltilmesi gerekmektedir.

Doğrusu devlet gizliliğinin istisnai/ayrık bir hüküm haline getirilmesidir.Başka bir anlatımla gerek CMUK ve gerekse İYUK' taki aynı konudaki kuralların "devlet gizliliğinin yetkili makam tarafından kaldırılmasına karar verilmesi" yönünde düzenlenmesi gerekir¹².Yönetmelik gizliliğinin yetkili makamca kaldırılabilmesi düzenlenmiş olduğundan bu konuda sorun bulunmamaktadır.Buna karşılık kişilere ilişkin gizli bilgilerin gönderilmesi konusunda da düzenleme yapmak gerekmektedir. Fransız yüksek yönetim yargısı (Conseil d'Etat) bu konudaki içtihadına göre:- ilgili kendisi hakkında tutulan kayıtlardaki bilginin düzeltilmesini istemek, bunun için de kayıtların içeriğini öğrenmek hakkına sahiptir¹³,- tıbbi belge söz konusu ise içerik ilgiliye zarar verici öğelerden bir tıp doktoruna yorumlatılarak ayıklandıktan sonra bildirilir¹⁴ ,- ulusal savunma nedeniyle gizli bilgi söz konusu ise bilginin gönderilmesi açıklanması zarar verici öğelerin ayıklanmasına bağlıdır¹⁵.

Bizde İYUK'nun 20. maddesinin bu yaklaşım doğrultusunda yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak daha önce kişi adına tutulan bilgiler hakkında bir yasal düzenleme yapılmış olmalıdır.

¹²Bu düzeltilerin yapılması daha önce yönetimin bilgi verme ödevini ve bireylerin bilgi alma hakkını düzenleyen bir genel yasada devlet gizliliğinin tanımlanmasına bağlıdır.

¹³CE 13 fevrier 1976, Deberon, Rec., 100. Bu karar kişi adına tutulan bilgilerin ilgili tarafından düzeltilme itirazında bulunma hakkına ilişkindir.

¹⁴CE 24 Octobre 1969 Gougeron Rec. p.457.

¹⁵CE 2 Octobre 1963, Coulon, Rec. p. 468.

Yargılamaya ilişkin kurallar bakımından son olarak değinilmesi gereken bir nokta da 1609 sayılı Kanun'un 1.maddesidir. Buna göre, "Devlet hariciyesine ait mahrem evrakı veya şifreleri ifşa veya ifşaya sebebiyet vermekten ve bu cürümlere iştirakten maznun olanlar hakkında Memurin Muhakematı Kanunu cari değildir". Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre bu suçların kovuşturulması ilgili bakanın vereceği izne bağlıdır.TCK 235. maddesi ile birlikte ele alındığında bu kuralın bakana bir takdir yetkisi tanımadığı, aksine bağlı yetki yüklediği açıktır.Suçların önemine bakılarak sanık memurdan memur yargılama güvencesi kaldırılmış bulunmaktadır.

5. YÖNETİMDE AÇIKLIK

Açıklık,pek çok işlevi bulunmakla birlikte¹⁶,kabaca yönetiminherkesçe görülebilmesi anlamına gelmektedir.Yönetimsel etkinliklerin,dosyaların görülebilmesi, yönetimden her türlü bilgi alınması, belge alınması,yönetimsel yerlerin gezilmesi bu kapsama girer. Burada yönetimce tutulan bilgi ve belgelerde açıklık üzerinde kısaca durmak yararlıdır.Bu alan bilgi hukukun özünü oluşturmaktadır.Kimi hukuk sistemlerinde bilgive belgelerde açıklık yönetime yüklenen bir bilgi verme ödevi biçiminde düzenlenmiştir(Avusturya). Kimilerinde ise bireylerin bilgi alma hakkı biçiminde düzenlenmiştir(ABD).

Ödev biçiminde düzenleme açıklığı oldukça sınırlamaya yöneliktir.Zira ödevin içeriğini saptamada yönetime geniş bir takdir yetkisi tanınmaktadır.Bu sistemde ilgililer ancak yönetimin bilgi verme ödevi düzenlenmişse bilgi isteme hakkı sahibidirler.Bizdeki çeşitli yasal düzenlemeler bu sistemin benimsendiğini göstermektedir.Yönetimin genel bir bilgi verme ödevi söz konusu değildir.Bir ödevden söz edilmesi için bunun açıkça bir yasa tarafından kurala bağlanmış olması gerekir.Buna karşılık bilgi vermek bir yasa kuralı ile yasaklanmış olmadıkça, yönetimin takdir yetkisine girer.

Bilgi alma hakkını genel olarak düzenlenmiş sistemlerde, yönetim her konuda bilgi verme ödevi altındadır.Bireyler için bu bir haktır. Ancak yasa ile bilgi vermenin darlatıldığı veya yasaklandığı alanlar düzenlenmektedir. Bu ayrıntı durumların çok genel bir alan oluşturduğu eleştiri konusu olmakla birlikte,bilgi ve belgelerde açıklığın genel ilke olarak kabulünün sayısız yararları vardır.

Bu yararların başında bireyin korunması gelmektedir.Bireyin kendisine yönelik yönetsel işleminden bilgi sahibi olması savunma hakları bakımından önemli bir koşuldur.Öte yandan olumsuz sicile itiraz için sicilin görülmesini istemek de memur güvencesinin önemli bir kuralıdır.

¹⁶Bkz. T. Akıllıoğlu, Yönetim Önünde Savunma Hakları, Ankara, 1983 s. 100 vd. Ayrıca bkz. Sait Güran, "Yönetimde Açıklık", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi,(İHI), Sarıcaya Armağan, yıl 3 sayı 1-3, 1982, s. 101-112

Yönetmelik hakkında dosya tamamlanmadan bilgi verilmesi duyarlı bir konudur. Yönetmelik yöntem yasalarının bu konuda bireyden çok yönetimden yana hüküm koydukları söylenebilir. Ancak dosya tamamlandıktan, karar verildikten sonra bu konuda en alt düzeyde de olsa bilgi verilmesi önem taşır. Bu, en azından ilgiliye dava açma konusunda bir fikir verecektir.

A- Gerekçe İlkesi

Yönetmelik işlemlerin nedenlerinin özlü biçimde bildirilmesi ödevine gerekçe ilkesi denilmektedir¹⁷. Başka bir anlatımla "gerekçe ilkesi", ilgililer istedikleri takdirde, İdarenin işlem kurma nedenini bildirmesinin ayrıca açık kurala gerek kalmaksızın genel olarak ödev biçiminde düzenlenmesidir. Bizde bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. Anayasanın dilekçe hakkını düzenleyen kuralından hareketle yönetmelik yönteminde (idari usulde) gerekçe ilkesinin geçerli olduğunu kabul eden bir Danıştay kararı bulunmaktadır¹⁸.

Yönetmelik işlemlerin gerekçeli olarak bildirilmesi yolunda genel bir ödev bulunmamasıyla birlikte, olumsuz idari işlemlerde, sebebin işlem metninde kısa biçimde açıklanması veya istediği halinde ilgiliye yazılı olarak bildirilmesi ilgilinin dava açma hakkı ve hak arama özgürlüğü kapsamında bir hak olarak düşünülebilir. Bunun disiplin işlemlerinde bir hak oluşturduğu açıktır. Avrupa Konseyi Bakanlar komitesince alınan 77(31) sayılı Tavsiye Kararı ile çıkar veya hak zedelenmesine yol açan işlemlerde gerekçe ilkesinin benimsenmesi, ulusal mevzuatlara bu yolda hüküm konulması önerilmiştir¹⁹.

B- Olumsuz Sicili Öğrenme Hakkı

Memurun sicilini öğrenme hakkı bizde oldukça sınırlı biçimde tanınmıştır. Devlet Memurları Kanunu'nun 129/2 maddesine göre hakkında memurluktan çıkarma cezası istenen memur, "sicil dosyası hariç" soruşturma evrakını inceleme hakkına sahiptir. Aynı Kanunun 117. maddesi uyarınca da "Devlet memurlarının yetersizlikleri halinde sicil raporlarında yazılı bulunan kusur ve eksiklikleri, uyarılmaları bakımından gizli bir yazı ile atamaya amir tarafından kendilerine bildirilir". 118. maddeye ilgilinin buna itiraz hakkı düzenlenmektedir. Uygulamada ilgiliye yapılan uyarının sicildeki verileri yansıtmadığı, genel ifadelerle yetinildiği bilinmektedir. İlgilinin ne ile kusurlu bulunduğunu bilmediğinden buna itirazı da fazla etkili olamamaktadır. Konu mutlaka dava ile sonuçlanmaktadır. Bu defa getirilen sicil yargı önünde de ilgiliye inceletirilmemesi söz konusudur. Bu nedenle bu konunun çağdaş biçimde düzenlenerek

¹⁷Bkz. T. Akıllıoğlu, "Yönetmelik İşlemlerde Gerekçe İlkesi" Amme İdaresi Dergisi, Cilt 15, sayı 2, Haziran 1982, s. 7-19

¹⁸Danıştay Onikinci Daire, 9.12.1974, E. 1972/2323, K. 1974/2720, Danıştay Dergisi, sayı 18-19, s. 669

¹⁹Bkz. T. Akıllıoğlu, "Bireyin Yönetmelik İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz" ,Amme İdaresi Dergisi, Cilt 14, Sayı 3 Eylül 1981, s. 37-56

Danıştay kararları doğrultusunda sicil vermenin öznel değerlendirmeden nesnel değerlendirmeye doğru geçirilmesi gerekmektedir.

6. BİLGİ İŞLEMLERİNDE KORUNMA HAKKI

Bizde Yönetimin bağlı tutulduğu bilgi verme ödevinin genel olarak değil ancak açık kural bulunduğu takdirde söz konusu olduğu düşünülürse, yönetimde açıklığın genel ilke olarak kabulü sözde kalmaktadır. Açıklığın sağlanmasında en önemli işlev bilgi vermeye düşmektedir. Bilgi alma hakkı ve bilgi verme ödevi genel olarak düzenlenmelidir.

Bilgi verme ödevinin veya bilgi alma hakkının en önemli olduğu alan kişiler hakkında isme bağlı olarak tutulan ve otomatik işleme tabi tutulan bilgiler alanıdır. Başka bir anlatımla günümüzde gerek kamu kesiminde gerekse özel kesimde bilgisayar ile kişisel bilgi tutulmakta ve işlenmektedir. İşleme tabi tutulan veri veya bilgilerden yeni bilgiler, bireşimler, değerlendirmeler elde edilmektedir. İnsanın haberi olmaksızın gerçekleşen bu işlemler sonucunda bilgi gücünü elinde tutan otoritelere bağımlı hatta tutsak hale düşmesi kaçınılmazdır. Bunun özgürlük için büyük bir tehdit oluşturduğu açıktır.

Bu sürecin bir başka yönü de işlenen bilgilerin veya ham verilerin istek sahiplerine çeşitli amaçlarla aktarılmasıdır. Böylece çeşitli merkezler arasında değiş tokuş edilen kişisel bilgiler ile bir kişi hakkında olduğu kadar yığınlar hakkında da bilgi ve değerlendirmeler yapılabilir/üretilebilir. Bunun büyük bir güç olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Bu olumsuz yada karamsar yaklaşımın yanı sıra, günümüz yönetimlerinin ve işletmelerinin büyük ölçüde isme bağlı olmayanlar kadar isme bağlı olan verilere de ihtiyacı bulunduğu, kararların doğruluk ve etkililiğinin bu yolda sağlanabileceği de sürülebilir. Nitekim ABD ve Kanada'nın da dahil olduğu Kalkınma İçin Ekonomik İşbirliği Örgütü (OECD) sınır ötesi kişisel bilgi alışverişi konusunda üye ülkeler arasında işbirliği yapılmasına ilişkin bir tavsiye kararı aldığı gibi (1980), Avrupa Konseyi bu konuda hayli bir ileri adım atarak bir Avrupa Sözleşmesi hazırlamış (1981) yürürlüğe koymuş bulunmaktadır²⁰ (1984).

Bu Sözleşme kişisel bilgilerin otomatik işleme tabi tutulmasında bireyin korunması hakkında genel kuralları getirmekte ve kişisel verilerin sınır ötesi değişimini düzenlemektedir. Sözleşmenin uygulanması iç hukukta bilgi işleme karşı korunma

²⁰Convention Pour La Protection Des Personnes À L'Égard Du Traitement Automatise Des Donnees A Caractere Personnel/Convention For The Protection Of Individuals with Regard To Automatic Processing Of Personal Data, Strasbourg 1981.

konusunda bir yasa çıkarılmış olmasına bağlı olduğundan henüz Türkiye tarafından onaylanmış değildir²¹.

Sözleşmenin uygulanması amacıyla iç hukuklarda yapılacak düzenlemelerde kişinin nasıl korunacağı ve bilgi alışverişinin nasıl denetleneceği konusunda kurallar getirilmiş olması zorunludur. Bu konuda mevcut modellerde ilgili kişinin kendisi hakkında tutulan bilgileri öğrenme, yanlış ise doğrultulmasını isteme hakkı yer almaktadır. Bu hakkın kullanılması ve etkili olması için pek çok önlem düşünülmüştür. Bu önlemlerin başında bağımsız bir denetim otoritesi kurulması ve yargı denetimi gelmektedir.

Böyle bir Kanun çıkarıldığı takdirde bizde sicil uygulaması ile güvenlik soruşturmasının 22 eskimiş ve yetersiz hale düşeceği yada bu amaçla ilgili yasalarda da düzenleme yapılması gerekeceği açıktır. Yasa ile idareler arası bilgi aktarımı da açık kurallara bağlanmış olacaktır²³.

Bu Sözleşmenin kabulü Yönetim Hukukumuzda yeni bir ilgi alanı getirmiş olacaktır. Uygulamada sınır ötesi değişim sorunları da uluslararası bilgi hukuku alanının bizde de gelişmesini sağlayacaktır.

²¹Bu konuda Adalet Bakanlığında bir yasa tasarısı çalışması yapılmaktadır. Bunun 1992 yılı içinde sonuçlanması beklenebilir.

²²Bilindiği gibi güvenlik soruşturması yönetmeliği Danıştay tarafından yayınlanmamış olduğu için iptal edildi. Arkasından hemen hemen aynı kurallar ile yeniden fakat yayınlanarak yürürlüğe konuldu. Bütün kamu hizmetlerine giriş ve yer değiştirme işlemlerini bu soruşturmaya bağlı tutmanın doğru olup olmadığı, memurların itiraz edemedikleri veya doğrultma imkânına sahip olmadıkları bilgilere göre değerlendirilmesinin Anayasaya uygun olup olmadığı, gibi sorunlar henüz yargı önünde tartışılmış değildir. Ancak bu gibi tartışmalara yol açmadan bir yasal düzenleme yapılması uygun olur. Bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 8.12.1989, E.1988/47, K.1989/169, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 22, Sayı 3 Eylül 1989, s. 137-142.

²³Bizde Danıştay İdari İşler Kurulu, kanımızca hatalı bir işişiari görüş ile vergi sırrı kapsamına giren bilginin bir başka bakanlıkça yine kamu hizmeti amacıyla istenmesi üzerine bu aktarımın idarenin bütünlüğü ilkesi doğrultusunda mümkün olacağına karar vermiş bulunmaktadır. Doğrusu, kişinin korunması ile ilgili bir ilkeye dayanan vergi gizliliği ile yönetsel kamu yararının birbirinden ayırt edilerek karar verilmesi idi. Bkz. Danıştay İdari İşler Kurulu, 14.3.1985, E. 1985/42, K. 1985/42, Danıştay Dergisi, sayı 60-61, 1986, s.77-78. Aynı yerde doğru çözüm getiren Birinci Daire çoğunluk görüşü de bulunmaktadır.