

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**¹, 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

¹ 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)

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 halten².

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.)³ und verpflichtete den Freistaat Bayern, die vollständigen Akten über die Sicherheitsüberprüfung vorzulegen.

² 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!)

³ § 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“⁴ 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.

⁴ 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.”⁵

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

⁵ 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 2001⁶ nachgekommen und hat in § 99 Abs. 2 VwGO neue Fassung erstmals ein „in camera“-Verfahren - durch ein neues selbständiges Zwischenverfahrens - eingeführt.

Das Regelungssystem⁷ 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. Verwaltungsgerichtshofs⁸ sowie in bestimmten Fällen der Fachsenat

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

⁷ 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.

⁸ 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 einhalten⁹ (§ 99 Abs. 2 Satz 7 VwGO). Die Mitglieder des Fachsenats und das

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

⁹ 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 Fachsenats¹⁰ 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.

¹⁰ 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 niederzulegen¹¹. 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.¹²

¹¹ 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.

¹² 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 Beweisermittlungen 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.¹³

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.

¹³ 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.¹⁴ 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)**¹⁵. Mit

¹⁴ 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“.

¹⁵ 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**¹⁶. 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.

¹⁶ 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) ermöglicht¹⁷.

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 Worten¹⁸ 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

¹⁷ 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>).

¹⁸ 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.¹⁹

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).

¹⁹ 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 1999¹ 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

¹ 27 Ekim 1999 - 1 BvR 385/90 - BVerfGE 101, 106 (Alman Federal Anayasa Mahkemesinin internet portalı, 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 etmiştir².

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 alanın talebi üzerine idare mahkemesi, VwGO 99. maddesinin o tarihte geçerli olan haline göre bir ara karar vermiş³ 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-

² 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).

³ 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”⁴ 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 madde-
nin 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”⁵ şeklinde daha da somutlaştırmıştır.

⁴ 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.

⁵ 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 itibariyle 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 2001⁶ tarihli kanun ile yerine getirdi ve VwGO 99. maddesinin 2. fıkrasıyla yeni bağımsız bir ara yargılama olarak ilk kez "in camera" usulünü kabul etti.

⁶ 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 Sistemi⁷

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 vermektan kaçınılan dosyaların, belgelerin veya bilgilerin gizli tutulmaya muhtaç olup olmadıklarının denetlenmesi anlamına gelir. Kararı verme yetkisi, Yüksek İdare Mahkemesinin İhtisas Kurulu, Yüksek İdare Mahkemesi⁸ 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

⁷ “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.

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

zorundadır⁹ (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-

⁹ 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 kuruluna¹⁰ 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.¹¹ Bu kapsamda VwGO 99/2- 10. cümleye göre giz-

¹⁰ 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.

¹¹ 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.¹²

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]

¹² 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.¹³

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.¹⁴ 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-

¹³ 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 getirilmesine büyük bir ihtimalle anlayış göstermez ve bunun siyasi sonuçları olur.

¹⁴ 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.¹⁵

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

¹⁵ 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.¹⁶ 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.¹⁷

¹⁶ 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.

¹⁷ 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 etmiş¹⁸ ve değerlendirmeyi mahkemelere bırakmıştır;

“Tarafların dosya inceleme ve hukuki dinlenilme hakkı, gizli tutmadaki menfaatin bütün koşulları değerlendirildiğinde, dinlenilme ve etkili yargısal korumaya 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.¹⁹

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

¹⁸ Bkz. dipnot 15.

¹⁹ 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.