

ALMAN İDARİ YARGILAMA USULÜNDE İDARİ MAKAMLARIN BİLGİ VE BELGE VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN*

ÖZET

Alman İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 99'uncu maddesine göre, görülmekte olan bir davada idari makamlar mahkemeye bilgi ve belge vermek ve elektronik belgeleri iletmekle yükümlüdür. Ancak bilgi veya belgenin mahkemeye verilmesi devletin menfaatine zarar verecekse veya kanundan veya ilgi belge ve bilginin içeriğinden kaynaklanan bir gizli tutma gereksinimi mevcutsa bunların mahkemeye verilmemesi mümkündür. İdarenin bu kaçınma yetkisi, kişilerin hukuki dinlenilme hakkı ile etkili yargısal koruma elde etme hakkının sınırlandırılması anlamına gelse de kamusal veya kişisel hak ve özgürlüklerin korunması açısından da bir gereklilik olarak kabul edilmektedir. Düzenlemenin kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla 2001 yılında VwGO'da yapılan değişiklikle 99'uncu maddenin ikinci fıkrası değiştirilmiş ve "kapalı usul" ile idarenin kaçınma kararının denetlenebilmesi öngörülmüştür.

Anahtar Sözcükler: idarenin bilgi ve belge verme yükümlülüğü, kapalı usul, devlet ve eyalet menfaatlerinin zarara görmesi, gizli tutulması gereken bilgiler, ticari ve mesleki sırların korunması

DIE VERPFLICHTUNG DER BEHÖRDEN ZUR VORLAGE VON URKUNDEN UND AUSKÜNFTEN IM DEUTSCHEN VERWALTUNGSPROZESSRECHT

ZUSAMMENFASSUNG

Gemäß § 99 des Deutschen Verwaltungsgerichtsgesetz (VwGO) sind die Behörden zur Vorlage von Urkunden und Auskünften nach Verlangen des Gerichts verpflichtet. Gleichwohl wenn das Bekanntwerden des Inhalts dieser Urkunden oder Auskünfte dem Wohl des Bundes oder eines Landes Nachteile bereiten würde oder nach einem Gesetz oder ihrem Wesen nach geheim gehalten werden müssen, kann die zuständige oberste Aufsichtsbehörde verweigern. Die Verweigerung der Behörde begrenzt das Recht auf effektiven Rechtsschutz und Rechtliches Gehör der Personen. Dagegen ist es eine Notwendigkeit um öffentliche und individuelle Rechte und Freiheiten zu erhalten. Um die Risiken zu vermeiden wurde eine Gesetzänderung im Jahr 2001 in § 99 Absatz gemacht, somit wurden das Ermessen der Aufsichtsbehörde „in-camera-verfahren“ bei einem Fachsenat im Gerichts kontrollieren werden können.

* Arş.Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı
“kamileturkoglu@gmail.com”

Schlüsselwörter: *die Verpflichtung der Behörden zur Vorlage von Urkunden und Auskünften, in-Kamera-verfahren, Nachteile für das Wohl des Bundes oder Eines Landes, die geheimhaltungsbedürftigen Auskünfte, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse*

GİRİŞ

İdari yargı rejimini benimsemiş diğer Kara Avrupası hukuk sistemlerinde olduğu gibi Alman idari yargılama usulünde de dava malzemesinin¹ toplanmasında re'sen araştırma ilkesi benimsenmiştir. Bu ilkeye göre idari yargı hakimi bakmakta olduğu davada her türlü vakia ve delili kendisi araştırarak dava konusunu aydınlatır. Alman İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda (VwGO) re'sen araştırma ilkesi açıkça düzenlenmiş ve tarafların da mahkemenin yapacağı araştırmada işbirliği yapma yükümlülüğü olduğu kabul edilmiştir (m. 86). Bu ilke, hem kişisel hakların korunması hem de idarenin hukuka uygunluğunun denetlenmesi amaçlarını taşıyan idari yargılama usulünde maddi gerçeğin bulunması açısından önemli bir işleve sahiptir.

Mahkemenin re'sen araştırma görevini yerine getirmesini sağlayan ve onu tamamlayan bir diğer kural davanın tarafı olsun olmasın bütün idari makamların mahkemenin talebi üzerine ellerindeki bilgi ve belgeleri mahkemeye sunma yükümlülüğüdür. Çünkü idari davalarda, dava malzemesi niteliği taşıyan bilgi ve belgeler çoğu zaman davalı idarenin veya diğer idari makamların elinde bulunur. VwGO'nun 99'uncu maddesinde idari makamların görülmekte olan bir davada mahkemenin talep ettiği bütün bilgi ve belgeleri sunmakla yükümlü olduğu; istisna olarak idari makamların yine aynı maddede belirtilen sebeplerden birinin varlığı halinde talep edilen bilgi ve belgeleri idareye sunmaktan kaçınabileceği ancak bu kararın yargısal denetime tabi olduğu düzenlemiştir². Bu hüküm, idari makamların gizlilik gerekçesiyle bilgi

¹ Dava malzemesi (der Prozesstoff) ile kastedilen davayı aydınlatmaya yarayan vakia ve delillerdir. Yargılama usulünde dava malzemesinin toplanmasına re'sen araştırma veya taraflarca getirilme ilkeleri hakim olabilir.

² Alman hukukunda 99'uncu maddeye benzer düzenlemeler idari mahkemelerin türü olan Sosyal ve Finans mahkemelerinin yargılama usullerinde de mevcuttur. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (StPO) 96'ncı maddesinde benzer bir düzenleme vardır. Ancak StPO'da idarenin kaçınma kararının denetimi öngörülmemiştir. Medeni Usul Kanunu'nda (ZPO) idarenin gizlilik gerekçesiyle mahkemeye bilgi ve belge verilmekten kaçınmasına ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Ancak, bu konu kişisel verilerin korunması kapsamında ele alınmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. WAGNER, Gerhard, "Datenschutz im Zivilprozeß", ZPP, Heft 2, 1995, s. 193- 218.

ve belge vermekten kaçınabilmesine ilişkin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20'inci maddesinin üçüncü fıkrasına benzemekle birlikte birçok yönden bu düzenlemeden farklı ve oldukça ayrıntılıdır³. Alman hukukunda idari makamlar, devlete ilişkin menfaatler dışında kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması amacıyla da bazı bilgi ve belgeleri mahkemeye sunmaktan kaçınabilir ve her ne sebeple olursa olsun idarenin kaçınma kararı talep halinde etkili bir şekilde denetlenebilir. Bu nedenle, bu çalışmada bir yanda hukuki dinlenilme ve etkili hukuki koruma elde etme hakkı diğer yanda devlet menfaatleri ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin yer aldığı bu menfaat çatışmasına Alman idari yargılama usulünde getirilen çözümler ele alınmıştır.

I. İDARİ MAKAMLARIN BİLGİ VE BELGE VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1) Genel Kural

VwGO'nun 99'uncu maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde idari makamların idare mahkemelerine bilgi ve belge vermesine ilişkin genel kural düzenlenmiştir: “*İdari makamlar evrakların ve dosyanın ibrazına, elektronik belgelerin iletilmesine ve bilgi vermeye yükümlüdür*”. Buna göre, görülmekte olan bir davada, idari makamlar mahkemenin talebi halinde, davanın aydınlatılması için gerekli olan belgelerin ve dosyaların ibrazına, elektronik dokümanların iletilmesine ve bilgi vermeye yükümlüdür.

İdari makamların idari yargı yerlerine bilgi ve belge sunma yükümlülüğünün kaynağında Anayasasının 35'inci maddesinin birinci fıkrasındaki “*federasyonların ve eyaletlerin birbirlerine karşılıklı hukuki ve idari yardım sağlayacağına*” ve VwGO'nun 14'üncü maddesinde “*bütün mahkemelerin ve idari makamların idare mahkemelerine hukuki ve idari yardımda bulunacağına*” ilişkin düzenlemeler bulunur. İdari makamların mahkemeye bilgi ve belge verme yükümlülüğü aynı zamanda yargının yürütmenin etkisi altında kalmadan maddi olayı açıklığa kavuşturarak hüküm

³ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20'inci maddesinin birinci fıkrasında idari yargı yerlerinin belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebileceği; bu kararların süresi içinde yerine getirilmesinin zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında ise, “Ancak istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Başbakan ve ilgili bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilmez” hükmü yer almaktadır.

kurabilmesi açısından hukuk devleti ilkesiyle ve kamu gücünün tasarrufları karşısından kişilerin etkili bir şekilde korunmasını öngören Anayasanın 19'uncu maddesinin dördüncü fıkrasıyla yakından ilgilidir⁴. Mahkeme her türlü bilgi ve belgeye ulaşmalı ve maddi olaya tam anlamıyla hakim olarak gerçeğe uygun adil bir hüküm kurmalıdır. Bu, hukuki dinlenilme hakkının unsurlarından biri olan silahların eşitliği ilkesinin de bir gereğidir.

WvGO'nun 99'uncu maddesi, Kanununun 86'ncı maddesinde yer alan re'sen araştırma ilkesinin de tamamlayıcısıdır; çünkü idari uyuşmazlıkların niteliği gereği davanın hallinde işe yarayacak en önemli bilgi ve belgeler idarenin elinde bulunacağından mahkemenin bunlara başvurarak hüküm için önemli bilgi ve belgeleri talep edebilmesi ve tarafların da mahkemeye işbirliği yapması gerekir⁵. Bu açıdan 99'uncu madde bir yandan mahkemenin re'sen araştırma yetkisini güvence altına alıp tamamlarken diğer yandan idarenin bilgi ve belge verme yükümlülüğüne çeşitli istisnalar öngörerek re'sen araştırma ilkesini sınırlandırır⁶. Ancak iki madde arasındaki en önemli fark 86'ncı maddedeki re'sen araştırma ilkesi kapsamında sadece taraflar bilgi ve belge verme yükümlülüğü altında oldukları halde 99'uncu maddenin yargılamanın tarafı olan veya olmayan bütün idari makamlar için bağlayıcı olmasıdır⁷.

2) Şartları

İdarenin bilgi ve belge verme yükümlülüğünün varlığından söz edebilmek için bakılmakta olan bir dava kapsamında mahkemenin idareden böyle bir talepte bulunması gerekir. Kural olarak mahkemenin idareye yapacağı talebin şekil sınırlaması yoktur. Ancak, bunu bir ara kararla gerçekleştirmesinin daha yerinde olduğu kabul edilir⁸.

⁴ WEBER , Sebastian, “*Informationsfreiheitsgesetze und prozessuales Akteneinsichtsrecht*”, NVwZ, Heft 12, 2008, s. 1286; SCHOCH Friedrich; SCHNEIDER Jens-Peter; BIER, Wolfgang, *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, 26. Ergänzungslieferung, Verlag C. H. Beck, München, 2014, § 99, Rn. 4; SCHENKE, Ferdinand; KOPP, Wolf- Rüdiger, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 18. neuarbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2012, § 99, Rn. 1.

⁵ EDIGY, Hans von, *Vorlagepflichten und Geheimhaltungsinteressen in Verwaltungsprozess in Deutschland und Frankreich*, Baden-Baden, Nomos, 2005, s. 50; ZIEKOW Jan, “*Die Pflicht der Behörden zur Gewährung von Informationen*”, BayVBL, Heft 5, 1992, s. 132-139, s. 133.

⁶ ZIEKOW , s. 133; WEBER , s. 1286.

⁷ SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 6.

⁸ GÄRDITZ, Klaus Ferdinand, ORTH, Johannes, “*Geheimnisschutz im Verwaltungsprozess*”, JuS, Heft 4, 2010, s. 317-321, s. 318.

Bilgi ve belge verme talebinin muhatabı davanın tarafı olan idare veya diğer söz konusu bilgi, belge ve dosyayı elinde bulunduran davanın tarafı olmayan bütün idari makamlardır⁹. Diğer mahkemeler, Anayasanın 14'üncü maddesine göre birbirlerine hukuki ve idari yardımda bulunmaya mecbur olduklarından bu madde kapsamında yer almazlar¹⁰. İdari makamlar, kamu idaresi görevini yerine getiren bütün yerlerdir¹¹. Kamu tüzel kişileri yanında kamusal yetki kullanabilen özel hukuk kişileri ve iştirak ilişkisi dikkate alındığında tamamen devlet tarafından kontrol edilen ama faaliyetlerinde özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişiler bu madde kapsamındadır¹². Ancak kamu ve özel iştirakleri kapsam dışıdır¹³.

Bilgi ve belge verme talebinin konusu, belge veya dosyaların sunulması, elektronik belgelerin iletilmesi ve bilgilerin mahkemeye açıklanmasıdır. Bu düzenlemenin mahkemenin re'sen araştırma yetkisine hizmet etmesinden ötürü amaçsal yorumlanması gerektiği ve kanunda sayılanların örnek niteliğinde olduğu kabul edilir¹⁴. Bu nedenle görülmekte olan bir davanın aydınlanmasına yarayan bütün bilgi ve belgeler, resim, plan, video ve hatta ses kaydı gibi keşif materyalleri bilgi ve belge verme talebinin konusu olabilir.

Mahkeme idari usul sürecinin bir parçası olan ve uyuşmazlık konusuyla ilgili her türlü bilgi ve belgeyi idareden talep edebilir. Bunlara idari tasarrufun dayandığı notlar, taslaklar, hukuki mütalaalar dahildir; ama idari usul sürecinin bir parçası sayılmayan ve bağlayıcı nitelikte olmayan iç evraklar bu kapsamda değildir¹⁵. VwGO'nun 100'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan tarafların dava dosyasını inceleme hakkının istisnalarının kıyasen idareden talep edilebilecek bilgi ve belgeler için de uygulanabileceği kabul

⁹ EYERMANN, Erich, *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, 11. überarbeitete Auflage, C. H. Beck, München, 2000, § 99, Rn. 2; ZIEKOW, s. 132; başka bir deyişle, "bütün Alman idari makamları" davanın aydınlanması için gerekli bilgi ve belgeleri mahkemeye sunmakla yükümlüdür, GÄRDITZ, ORTH, s. 319; buradaki idari makam kavramı belirlemek için Alman İdari Usul Kanunu'na (VwVfG) başvurulur.

¹⁰ EDIGY, s. 58; EYERMANN, § 99, Rn. 2; Örneğin adli mahkemelerdeki bir dosyanın idare mahkemesi tarafından dava malzemesi olarak kullanılması gerekirse.

¹¹ ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 9.

¹² SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 8. Alman doktrininde, bu maddenin karma nitelikte ekonomik faaliyet gösteren tüzel kişilere uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Karşı görüş için bkz. ZIEKOW, s. 133; Rn. 9.

¹³ ZIEKOW Jan, SODAN Helge, *Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar*, 2. Auflage, Nomos, Berlin, 2006, § 99, Rn. 11.

¹⁴ ZIEKOW, s. 133; EYERMANN, § 99, Rn. 3.

¹⁵ SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 10.

edilmektedir. Buna göre, idari işlemin yapılış sürecinde hazırlık niteliği taşıyan karar tasarıları, alınan notlar ve diğer hazırlık işlemleri idarenin mahkemeye sunması gereken bilgiler ve belgeler kapsamında değildir¹⁶. Ayrıca, idarenin devam eden bir idari usul sürecine ilişkin bilgi ve belgeleri de mahkemeye sunması beklenemez¹⁷. Bunun yanında, mahkemenin talep ettiği bilgi ve belgeler maddi olayın aydınlatılması için gerekli olmalıdır¹⁸. Ancak idari makamların, mahkemenin istediği bilgi ve belgelerin gerekli olup olmadığı konusunda değerlendirme yapmak ve karar vermek yetkisi yoktur¹⁹.

İdari makamdan istenen bilgi ve belgeler, görülmekte olan bir davada dava malzemesi olarak kullanılabilir nitelikte olmalıdır. Davanın konusu, kişinin bilgi ve belge edinme talebinin reddi kararı ise 99'uncu madde maddi bir talep hakkı doğurmadığından uygulama alanı bulmaz²⁰. Ayrıca bu madde, tarafların dava dosyasını inceleme hakkının dayanağı değildir; çünkü tarafların dava dosyasını inceleme hakkı VwGO'nun 100'üncü maddesinde özel olarak düzenlenmiştir²¹.

Mahkeme, ara kararında belirtmek şartıyla idareye ilgili bilgi ve belgeyi vermesi için belli bir zaman sınırlaması getirebilir; ancak yargılamanın tarafı olmayan idarenin bu zaman sınırlamasına uymaması kanuni dayanağı olmadığından bir yaptırıma tabi tutulamaz. Ancak, bilgi ve belge yükümlülüğünün muhatabı yargılamanın tarafı olan idari makam ise VwGO'nun 87b maddesinin uygulanabilir. Bu maddeye göre, mahkeme, gecikmiş bilgi ve belgeleri dikkate almayacağı önceden ara kararında bildirerek geciken bilgi ve belgeleri reddedebilir²².

¹⁶ EYERMANN, § 99, Rn. 4.

¹⁷ EYERMANN, § 99, Rn. 4.

¹⁸ ZIEKOW'a göre, bu madde dava konusuyla ilgisi olmayan bilgi ve belgelerin ibrazını kapsamaz ancak istenen bilgi ve belgelerin hüküm açısından önemli olması da gerekli değildir. Davanın aydınlatılması için gerekli olması yeterlidir, s. 133; karşı görüşte olan POSSER, WOLFF' göre, re'sen araştırma ilkesinin tamamlayıcısı olan bu düzenlemede mahkeme elbetteki hüküm için önemli bilgi ve belgeleri idareden talep eder. Bir bilgi veya belge hüküm için mutlak bir şekilde gerekliyse "hüküm için önemli" bilgi ve belge kapsamındadır. POSSER, WOLFF, Herbert; WOLFF Heinrich Amadeus, Beck'scher Online Kommentar VwGO, 30. Edition, Verlag C. H. Beck, München, 2014. (<https://beck-online.beck.de/> erişim 10 Ağustos 2014), § 99, Rn. 10, 14; aynı görüş için bkz. BADER, Johann, "Aktuelles Verwaltungsprozessrecht", JuS, Heft 2, 2005, s. 126-131, s. 128.

¹⁹ ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 15; EYERMANN, § 99, Rn. 4; SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 10; BADER, s. 128.

²⁰ ZIEKOW, s. 133.

²¹ POSSER, WOLFF, § 99, Rn. 10; SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 11.

²² EYERMANN, § 99, Rn. 4.

Belge ve dosyalar mahkemeye kural olarak orijinal haliyle sunulmalıdır²³. Bilgiler de kural olarak yazılı olarak verilmelidir. Dosyaların belli bir kısmının ibrazından kaçınılması söz konusuysa sadece diğer kısmın mahkemeye sunulması mümkündür²⁴.

II. İDARİ MAKAMLARIN BİLGİ VE BELGE VERMEKTEN KAÇINMA YETKİSİ

1) Kaçınma Yetkisinin Dayanağı

Kural olarak idari makamlar görülmekte olan bir davada karar için önem taşıyan bütün bilgi ve belgeleri talep üzerine mahkemeye vermek zorunda olsa da kamunun veya kişisel menfaatlerin korunması amacıyla bu yükümlülüğe istisnalar getirilmiştir. İdari makamlar kamusal ve kişisel menfaatleri korumak amacıyla bazı bilgi ve belgeleri mahkemeye sunmaktan kaçınabilir. Bu durum her ne kadar hukuki dinlenilme ve etkili hukuki koruma elde etme hakkına aykırı gibi görünse de bu hakların başka haklarla çatışması halinde çatışan menfaatler arasında bir denge kurularak haklardan birinin diğeri lehine anayasaya uygun bir biçimde sınırlandırılması mümkündür²⁵. Örneğin, Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, Anayasanın 2'inci maddesinin birinci fıkrasındaki yaşam ve kişiliğin korunması hakkının, kişilere kişisel yaşam alanına ilişkin bilgilerin ne zaman ve hangi sınırlar içinde açıklanacağını belirleme yetkisi verir. Anayasanın 14'üncü maddenin birinci fıkrasındaki mülkiyet hakkı ise kişilerin iş ve meslek sırlarının korunmasını da kapsar²⁶. Ancak gerekirse bunlar adil yargılanma ve etkili hukuki koruma elde etme hakkı lehine sınırlandırılabilir.

2) Kaçınma Sebepleri

VwGO'nun 99'uncu maddenin ikinci cümlesi idarenin mahkemeye bir bilgi ve belgeyi vermektan kaçınma sebeplerini şu şekilde düzenler: *"Bu evrak, dosya elektronik belge ve bilgilerin içeriğinin duyulması federal devletin veya bir eyaletin menfaatine zarar verecekse veya bu sürecin bir kanuna göre veya niteliği gereği gizli tutulması gerekiyorsa üst idari denetim makamı evrakların ve dosyanın ibrazından elektronik belgenin iletilmesinden*

²³ ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 13; ZIEKOW, s. 133.

²⁴ Ancak sunulan dosyaların eksiklik içermesi idari usul sürecinde bir eksiklik söz konusu olduğuna delalet edeceğinden delillerin değerlendirilmesi kapsamında idarenin aleyhine değerlendirilebilir. ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 13.

²⁵ SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 4; EDIGY, s. 91.

²⁶ WAGNER, s. 197.

ve bilgi verilmesinden kaçınabilir". Burada belirtilen sebepler sınırlı sayıdadır ve dar yorumlanmalıdır. Ayrıca bu sebeplerin varlığı halinde idarenin bilgi ve belgeleri gizleme zorunluluğu yoktur. İdari makam takdir yetkisini kullanarak hukuki menfaatleri dengelemeli ve gerekirse mahkemeye istenen bilgi ve belgeleri sunmalıdır²⁷.

a) Federal Devletin veya Bir Eyaletin Menfaatinin Zarara Uğraması İhtimali

İdari makamın talep edilen bilgi ve belgeleri mahkemeye sunması halinde federal devletin veya bir eyaletin menfaatine zarar verme ihtimali varsa idari makam bunları mahkemeye sunmaktan kaçınabilir. Dar yorumlanması gereken zarar kavramı sadece mümkün olmamalı, gerçekleşeceği yönünde yüksek bir olasılık barındırmalıdır²⁸. Benzer bir düzenleme Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (StPO)'nun 96'ncı maddesinde de bulunmaktadır²⁹. Bu sebep genel olarak, federal devletin veya eyaletin iç ve dış güvenliğinin olumsuz etkilenmesi ve tehdit edilmesi, kamu düzeninin önemli derecede bozulması, diğer devletlerle ve uluslararası veya uluslararası organizasyonlarla dostane ilişkilerin bozulması ile devletin bizzat varlığının veya kurumlarının veya iç organizasyonunun temelden bozulması ihtimallerini içerir³⁰. Kişilerin vücut bütünlüğünün, yaşam hakkının veya özgürlüğünün tehlikeye düşmesi hali de kamusal güvenlik ve kamu düzeni ile ilgili olduğundan bu kapsamda değerlendirilir³¹. Yine suç politikası, suçlara ilişkin bilgi kaynakları, polisin çalışma şekli gibi konular da kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunmasıyla yakından ilgili olduklarından gizli tutulabilir³². Devletin mali menfaatlerinin zarara uğraması hali açıkça kamusal finans idarelerini sarsması veya devletin fonksiyon yeteneğini azaltması halleri dışında bu kapsamda değildir. Yine idarenin kendi iç çalışma düzenini korumak için gizli tutulması gereken bilgi ve belgeler de bu kapsamda değildir³³.

²⁷ EYERMANN, § 99, Rn. 7; SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 15.

²⁸ EYERMANN, § 99, Rn. 8; SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 16; Rn. 22.

²⁹ SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 15; Ancak idari yargılama usulü kanunundaki korunan menfaat ceza muhakemesi kanununda korunan menfaatten farklı olduğundan uygulama ve yorumda dikkate alınmalıdır. STPO'daki hüküm kişilerin özgürlüğü ile ilgilidir. ZIEKOW, s. 134.

³⁰ ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 22; SPIEGELS, Thomas, "Das geheimverfahren (in camera) nach § 99 Abs. 2 VwGO und der Geheimnisschutz – So viel Information wie möglich, so viel Geheimnisschutz wie nötig", VBIBW, Heft 6, 2004, s. 209; ZIEKOW, s. 134; EYERMANN, § 99, Rn. 8; SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 16.

³¹ SPIEGELS, 209.

³² SPIEGELS, 209.

³³ EDIGY, 94-95; ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 22.

b) Kanundan Kaynaklanan Sır Saklama Gerekliliği

İdarenin belli bilgi ve belgeyi mahkemeye sunmaktan kaçınması bir kanunda açıkça yer alabilir. Böyle bir gizli tutma yetkisinden bahsedebilmek için ilgili kanunun belli bir idari makama yönelik bir düzenleme içermesi gerekir³⁴. İletişim, vergi, çevre, bilgiye erişim ve istihbarata ilişkin kanunlarda bazı bilgilerinin gizli tutulmasına açık bir şekilde öngörülmektedir³⁵. Buna karşılık kamu görevlilerine ilişkin mevzuatlarda yer alan kamu görevlisinin sır saklama yükümlülüğü bu kapsamda yer almaz³⁶.

c) Niteliği Gereği Gizli Tutulması Gereken Bilgi ve Belgeler

Kanunlarda açıkça belirtilmemiş olsa bile bazı bilgi ve belgelerin içeriğinin açıklanması kişilerin veya kamunun önemli bir menfaatinin zarara uğratacaksa bu halde niteliği itibariyle gizli tutulması gereken bilgi ve belgeler söz konusudur. İçeriği oldukça belirsiz olan ve geniş bir şekilde yorumlanmaya açık bu kaçınma sebebi eleştiriye açıktır. Zaten içtihat ve doktrinde de buna ilişkin yerleşik bir ölçüt geliştirilmemiştir³⁷. Federal Anayasa Mahkemesi kamu menfaatinin gerektirmesi halinde tarafların veya üçüncü kişilerin kişisel menfaatinin aleyhine olsa da bazı bilgi ve belgelerin gizli tutulmasının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir³⁸. Bu durum idarenin işleyişinin tehlikeye düşmesi halinde öncelikli olarak ortaya çıkar. İstihbarat teşkilatının çalışma şekline veya personeline ilişkin bilgiler; özel görevli polis, gizli müfettiş ve benzer kişilerin kimliği ve isimleri bu düzenleme kapsamında gizli tutulabilir. Benzer şekilde, gizli soruşturmacının kişilerin temel haklarını olumsuz şekilde etkilediği hallerde bile devletin güvenliğine ilişkin menfaat, kişi menfaatinin korunmasından ve soruşturmacının kimliğinin açıklanmasından üstün tutulur³⁹.

Bunun yanında, Anayasa'da korunan kişilik ve giz alanına ilişkin bilgi ve belgelerin açıklanması kişinin yaşam hakkını, vücut bütünlüğünü veya özgürlüklerini ihlal edecekse bunlar da niteliği gereği gizli tutulmalıdır⁴⁰. Yine kişinin hastalık geçmişine ilişkin hastane raporları, mesleki ve ticari sırlar

³⁴ EDIGY, s. 95; ZIEKOW, s. 134; SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 17.

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. SCHOCH, Friedrich, "Das Informationsfreiheitsrecht in der Gerichtlichen Praxis", VBLBW, Heft 9, 2010, s. 336.

³⁶ SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 17.

³⁷ EDIGY, s. 98.

³⁸ BVerwGE, Band 74, s. 115-119; Band 19, s. 179-184, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen; ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 27.

³⁹ ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 33.

⁴⁰ ZIEKOW, s. 136; SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 19.

içeren bilgi ve belgeler, sabotaj ihtimaline karşı güvenlik nedeniyle önemli tesislere (örneğin bir nükleer santral) ilişkin dosyalar gizli tutulabilirler⁴¹. Federal Anayasa Mahkemesi de hizmet dışında kişisel bilgi ve belgeler içerdiğinden personel dosyalarının niteliği itibarıyla gizli tutulması gerektiğini kabul etmiştir⁴².

Belge ve bilgilerin niteliğinden kaynaklanan gizlilik gerekçesi her zaman dar yorumlanmalıdır. Davada delil olarak kullanılacak bir bilgi ve belgenin yargılamaya sunulması ve böylece mahkemenin adil bir karar vermesindeki menfaat ve diğer yandan ilgili bilgi ve belgelerin gizli tutulmasındaki menfaat her somut olayda tartılmalıdır⁴³. Örneğin, mesleki ve ticari sırların korunması Anayasada güvence altına alınan mesleki faaliyette bulunma özgürlüğü ile mülkiyet hakkına dayanır. Alman İdari Usul Kanunu'nun (VwVfG) 30'uncu maddesinde de kamusal işlerde ticari ve mesleki sırların gözetilmesi gerekliliği düzenlenmiştir. Ancak yine de salt bir koruma söz konusu değildir. Orantılılık ilkesi, korunması gereken başka daha üstün bir temel hakkın varlığı halinde bunların açıklanmasını gerekli kılabılır. Örneğin, işletme ruhsatıyla ilgili uyumsuzluklarda, işletme, çevreye verdiği zararın belirlenmesi amacıyla bazı mesleki veya ticari sırlarını açıklamakla yükümlüdür⁴⁴.

3) Kaçınma Usulü

İdare kanunda belirtilen gerekçelerin varlığı halinde mahkemeye talep edilen bilgi ve belgeleri sunmaktan kaçınabilir. Mahkemenin talep ettiği bilgi ve belgenin bu fıkra kapsamına girdiğine ve bu nedenle mahkemeye verilemeyeceğine ilişkin kararı, “*en üst idari denetim makamı*” vermelidir. Bunlar ise ilgili eyalet veya federasyon bakanlıklarıdır⁴⁵. Kanun koyucu bu özel yetki kuralıyla kaçınma yetkisinin idari makamlarca kötüye kullanılmasını önlemek istemiş ve bu yetkiyi politik sorumluluğu da olan bakana vermiştir⁴⁶.

⁴¹ ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn 31; SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 20; SPIEGELS, s. 210

⁴² BVerwGE, Band 19, s. 179-184; Band 35, s. 225- 227; Band 49, s. 89-94. Personel dosyaları sadece hizmet değil aynı zamanda kişisel bilgi ve belgeler de içermektedir. Örneğin dosyada yer alan doktor raporu, mahkeme hükümleri, kişinin disiplin suçları, hatalı davranışlarına ilişkin raporlar, boşanma kararları gibi. Burada hem memurun özel alanının hem de hizmetle ilgili menfaatlerinin korunması gerekir. ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 30; EYERMANN, § 99, Rn. 10

⁴³ ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 28; SPIEGELS, s. 210; EYERMANN, § 99, Rn. 11.

⁴⁴ SPIEGELS, s. 210.

⁴⁵ Burada bakanın veya temsilcisi değil; bakanlığın kararı yeterlidir. ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 33; idari makam kamu tüzel kişisi olsa bile ilgili bakanlık bu kararı vermelidir. EYERMANN, § 99, Rn. 15.

⁴⁶ ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 39; EYERMANN, § 99, Rn. 15.

İdare, kaçınmaya ilişkin kararını somut bir şekilde gerekçelendirmelidir. Ancak bu şekilde mahkemenin ve tarafların belgelerin 99'uncu madde kapsamında olup olmadığını değerlendirmeleri ve buna göre hareket etmeleri mümkündür⁴⁷.

İdare mahkemeye talep ettiği bilgi ve belgeleri verildikten sonra bunların 99'uncu madde kapsamında gizli tutulması gerektiği kanaatine ulaşırsa idarenin bu bilgi ve belgeleri geri çekmesinin mümkün olup olmadığı Alman doktrininde tartışmalıdır⁴⁸. Kanununda öngörülmediği için bunun mümkün olmadığını savunanların yanında⁴⁹, geri çekmenin mümkün olabileceğini çünkü bir hukuk devletinde kişilerin kazanılmış haklarını ihlal etmediği sürece idarenin işlemini geri alıp hukuka uygun durumu tekrar tesis etmesinin olanaklı olduğunu savunanlar da vardır⁵⁰. Geri çekme ile en azından üçüncü kişilerin gizli tutulması gereken bilgi ve belgelere erişmesi önlenmiş olur⁵¹.

Bazı çok kutuplu idari uyumsuzluklarda özellikle de ekonomi hukuku alanında üçüncü kişilerin gizli tutulması gereken verilerin yargılamada nasıl korunacağı maddeye ilişkin önemli bir eksiklik olarak görülmektedir⁵². Yargılamanın dışında olan üçüncü kişilere ait gizli tutulması gereken bilgi ve belgelerin idare tarafından mahkemeye sunulması halinde mahkemenin idareyi bu hususta uyarması ve gerekirse bu bilgi ve belgeleri geri çekmesi gerekir. Ayrıca mahkeme ilgili üçüncü kişileri VwGO'nun 65'inci maddesi kapsamında yargılamaya davet edebilir⁵³. Doktrinde, idarenin gizli tutulması gereken bilgi ve belgelerin geri çekmesi halinde mahkemenin de üçüncü kişilerin temel haklarının korunması amacıyla bunların incelenmesini yasaklayabileceği kabul edilmektedir⁵⁴. Benzer şekilde mahkemenin kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine gizli tutulması gereken bir belgeyi idareye geri vererek kararına dayanak teşkil etmekten kaçınabileceği ileri sürülmektedir⁵⁵.

⁴⁷ GÄRDITZ, ORTH, s. 319.

⁴⁸ GÄRDITZ, ORTH, s. 319.

⁴⁹ EYERMANN, § 99, Rn. 15.

⁵⁰ GÄRDITZ, ORTH, s. 319.

⁵¹ GÄRDITZ, ORTH, s. 319.

⁵² SCHENKE, Wolf-Rüdiger, "Der Geheimnisschutz Privater im verwaltungsgerichtlichen Verfahren", NVwZ, Heft 9, 2008, s. 939-944, s. 939.

⁵³ GÄRDITZ, ORTH, s. 319.

⁵⁴ GÄRDITZ, ORTH, s. 319.

⁵⁵ POSSER, WOLFF, § 99, Rn. 50; Buna karşılık idarenin yargılama için önem taşıyan bir bilgi veya belgeyi yargılamada dikkate almaktan vazgeçmesi sırların korunması açısından ge-

III. İDARENİN KAÇINMA KARARININ DENETİMİ

1) Kanuni Düzenleme

İdare mahkemeleri en üst idari makamın vermiş olduğu talep edilen bilgi veya belgeyi mahkemeye vermeme kararı ile bağlıdır. Ancak yargılamanın taraflarından birinin başvurusu üzerine bu idari kararın hukuka uygunluğu denetlenebilir. İdarenin kaçınma kararının denetimi 99’uncu maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. 2001 yılında bu fıkra yapılan değişiklikten önce idarenin vermiş olduğu kaçınma kararı, gerekçenin inandırıcılığı bakımından esas davaya bakan mahkeme tarafından denetlenebiliyordu. Ancak mahkeme idarenin gizlilik gerekçesiyle vermektен kaçındığı bilgi ve belgeleri inceleme yetkisine sahip değildi.

Federal Anayasa Mahkemesi, 27.20.1999 tarihli kararında maddenin mevcut halinin idari işlemin tam olarak denetlenmesini engellediğine böylece kişilere idare karşısında etkili yargısal koruma sağlanmasını öngören Anayasanın 19’uncu maddesinin dördüncü fıkrasına ve hukuk devleti ilkesine aykırı olduğuna hükmetmiştir⁵⁶. Yüksek Mahkeme, idarenin verdiği kaçınma kararının daha etkili bir biçimde denetlenmesi gerektiğini ve bu denetimde taraflara inceleme hakkı verilmeksizin mahkemenin gizli bilgi ve belgeleri inceleyerek karar vermesi gerektiğini ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme söz konusu değişiklikleri yapması için kanun koyucuya 31.12.2001 tarihine kadar süre tanımıştır. Bunun üzerine 2001 yılında 99’uncu maddenin ikinci fıkrası yeniden düzenlenerek “kapalı usul” (in-camera verfahren== oda usulü, gizli usul) benimsenmiştir. Bu usulde özel bir kurul gizli tutulması gerektiği iddia edilen bilgi ve belgeleri inceleyerek idarenin kararının hukuka uygunluğunu denetleyebilir⁵⁷. İkinci fıkranın son hali şu şekildedir:

“Tarafların başvurusu üzerine yüksek idare mahkemesi sözlü yargılama olmadan bir karar ile evrakların veya dosyaların ibrazı, elektronik belgelerin iletilmesi ve bilgi verilmesinden kaçınılmasının hukuka uygun olup olmadığını tespit eder. Bir üst federal makam ibrazdan iletimden veya bilgi vermektен evrakların, dosyaların, elektronik belgelerin veya bilginin içeriğinin duyulmasının federal devletin menfaatine zarar vereceği gerekçesiyle kaçınırsa Federal

reкли olsa bile yargılamadaki re’sen araştırma ve doğrudanlık ilkelerine aykırı sonuçlar doğurur. WEBER, s. 1286.

⁵⁶ BVerGE, Band 101, s. 106-123.

⁵⁷ ZIEKOW, SODAN, § 99 Rn. 2; GÄRDITZ, ORTH, s. 318; KOPP, SCHENKE, § 99, Rn. 2.

İdare Mahkemesi karar verir; aynı durum Federal İdare Mahkemesi § 50'ye göre esas konuda yetkili olduğunda da geçerlidir. Başvuru esas konu hakkında yetkili olan mahkemeye yapılmalıdır. Bunlar başvuruyu ve esas konuya ilişkin dosyayı § 189'a göre yetili karar merciine gönderir. Üst idari denetim makamı 1. fıkra 2. cümleye göre ibraz etmekten kaçınılan evrak veya dosyaları talep üzerine ibraz etmek, elektronik belgeleri iletmek veya bilgileri vermek zorundadır. Üst idari denetim makamı bu yargılamaya davet edilir. Bu yargılama sırların korunmasına ilişkin maddi hükümlere tabidir. Buna uyulamıyorsa veya yetkili üst idari denetim makamı özel gizlilik ve sırların korunması gerekçeleriyle mahkemeye bilgi ve dosyaların verilmesi ve elektronik dokümanların iletilmesinin engel teşkil ettiğini ileri sürerse, § 5'e göre ibraz veya iletim evrak, dosya ve elektronik belgelerin üst idari makamca belirlenen bir yerde mahkemeye sunulması yoluyla gerçekleşir. Cümle 5'e göre ibraz edilen dosyalar, elektronik dokümanlar ve cümle 8'e göre ileri sürülen özel gerekçeler için § 100 geçerli değildir. Mahkeme üyeleri, sır tutmaya yükümlüdürler; karar gerekçesi gizli tutulan evrak, dosya, elektronik belge ve bilgilerin tür ve içeriğini sezdirmemelidirler. Hakim olmayan personel için personelin sır saklamasına ilişkin hükümler geçerlidir. Federal İdare Mahkemesi tarafından verilmeyen kararlara bağımsız olarak itiraz edilebilir. Yüksek İdare Mahkemesinin kararları hakkında Federal İdare Mahkemesi karar verir. İtiraz usulü için 4'ten 13'e kadar olan cümleler uygulanır”.

Kapalı usulde tarafların yargılamadaki bilgi ve belgeleri erişiminin sınırlandırılması hukuki dinlenilme hakkına aykırı olsa da aynı zamanda etkili hukuki koruma sağlaması açısından kişinin yargılamadaki konumunu güçlendirmektedir⁵⁸. Bu usulün benimsenme amacı hassas bilgilerin korunmasındaki özel ve kamusal menfaat ile maddi gerçeğe uygun adil bir hüküm kurulmasındaki menfaat arasında bir denge oluşturulmasıdır⁵⁹.

2) Yetki ve Usul

VwGO'nun 99'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre yargılama sırasında idarenin kaçınma kararının denetimi için tarafların (kararı veren idare dışında) mahkemeye bir dilekçe ile başvurması gereklidir. Belli bir şekle ve süreye bağlı olmayan dilekçe dava karara bağlanmadan mahkemeye sunulur.

⁵⁸ SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 2a.

⁵⁹ SPIEGELS, s. 208.

Daha sonra bu başvuru ilgili karar merciine mahkeme tarafından gönderilir. Başvurucu kişinin bu denetimde yeterli bir menfaatinin olması gerekir⁶⁰.

Bilgi ve belgelerin gizliliğinin korunmasının garanti altına alınması ve bunlara erişimi gerçekten sınırlayabilmek adına denetim yetkisi Yüksek İdare Mahkemesi (OVG) veya Federal İdare Mahkemesi (BVerwG) içinde oluşacak özel kurullara verilmiştir⁶¹. Eyaletlere bağlı idari makamların bu yönde almış olduğu kararlar yüksek idare mahkemeleri tarafından denetlenirken, federal makamların almış olduğu kararlar Federal İdare Mahkemesi tarafından denetlenir.

Karar mercii (kurul) tarafların başvurusu ve idarenin vermekten kaçındığı bilgi ve belgelerin kendisine sunulmasıyla duruşmasız olarak taraflara kapalı bir oturumda ancak çekişmeli bir yargılama sonucunda karar verir⁶². Bu yargılamaya “*ara yargılama*” (zwischenverfahren) denir. Bu yargılamaya sadece ilgili üst idari denetim makamı davet edilir⁶³.

İdari makam mahkemeye vermekten kaçındığı bilgi ve belgeyi bu kurula sunmak zorundadır. Gizliliğin korunması açısından gerekirse mahkeme bu bilgi ve belgeleri idarenin belirleyeceği bir yerde inceleyebilir. İdarenin kurula bu bilgi ve belgeleri sunmaktan kaçınması halinde ne olacağı belirsizdir. Kanunda bu konuda herhangi bir zorlayıcı mekanizma öngörülmemiştir⁶⁴. Bu halde kurul, bilgi ve belgelerin mahkemeye sunulmamasının hukuka aykırı olduğuna karar verir ve ispat yükü kurallarını idarenin aleyhine yorumlar⁶⁵.

Tarafların ve diğer kişilerin kapalı usule katılma ve dosyayı inceleme hakkı yoktur. Ara yargılamanın bu şekilde kurgulanması hem idarenin bilgi ve belgelerinin gizliliğinin korunması hem de idarenin bunları açıklamaktan kaçınmasının haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığını denetlemesi açısından iki yönlü bir işleve sahiptir⁶⁶.

⁶⁰ SPIEGELS, s. 209; Menfaat ihlalinin gerekliliği 99. Maddenin doğrudan bir hukuka uygunluk denetimi; kişisel hakların korunması araçlarından biri olarak kurgulanmasından kaynaklanır. ZIEKOW, s. 138.

⁶¹ GÄRDITZ, ORTH, s. 319; SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 2d.

⁶² ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 52.

⁶³ Burada davetin VwGO'nun 65'inci maddesi anlamında olup olmadığı konusunda şüphe olmakla birlikte ağırlıklı görüş idari makamın ara yargılamanın bir tarafı olarak davet edildiği yönündedir. ZIEKOW, s. 138; EYERMANN, § 99, Rn. 10.

⁶⁴ ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 52; GÄRDITZ, ORTH, s. 320.

⁶⁵ GÄRDITZ, ORTH, s. 320; POSSER, WOLFF, § 99, Rn. 51. Tartışmalı olmakla birlikte idari yargılama usulünde tarafların sübjektif ispat yükü yoktur; ancak objektif ispat yükü mümkündür.

⁶⁶ Rn. 55; ZIEKOW, s. 59.

Bu çekişmeli ara yargılama sonunda idarenin bilgi veya belgeyi mahkemeye vermekten kaçınması kararının hukuka uygun olup olmadığı gerekçeli olarak bir kesin hükümlerle tespit edilir⁶⁷. Hakim bu kararı gerekçelendirirken özel bir hassasiyet göstermesi gerekir; çünkü kararını gerekçelendirirken gizli tutulan bilgi ve belgelerin içeriğini açıklayamaz.

Kurulda yer alan hakimlerin ve mahkeme personelinin sır tutma yükümlülüğü de ayrıca düzenlenmiştir.

Kapalı usul VwGO'nun 100'üncü maddesinde düzenlenen kişilerin dosyaları inceleme hakkını kaldırdığından hukuki dinlenilme hakkını önemli ölçüde sınırlar⁶⁸. Ancak Federal Anayasa Mahkemesi, kapalı usulle etkili bir yargısal koruma sağlamak adına hukuki dinlenilme hakkının sınırlandırılmasını hukuka uygun bulmuştur⁶⁹.

3) Denetimin Kapsamı

İdari makamın ilgili bilgi ve belgeyi ibraz etmeme gerekçesinin kanuna uygunluğu kapalı usulün ana konusudur⁷⁰. Kurul idarenin bilgi ve belge vermekten kaçınmasının VwGO'nun 99'uncu maddenin birinci fıkrası kapsamına girip girmediğini araştırır⁷¹. İdari makam kaçınma kararını, bazı bilgi ve belgelerin gizli tutulmasındaki kişisel ve kamusal menfaat ile etkili yargısal koruma menfaatlerini tartarak verir. Burada idarenin geniş bir takdir yetkisi vardır. Kurul, bilgi ve belge verilmesine ilişkin şartların oluşup oluşmadığını, şartların varlığı halinde ise idarenin takdir hatası yapıp yapmadığını somut olayı göz önüne alarak değerlendirilir⁷². Dava malzemesi olabilecek bilgi ve belgelerin gizli tutulması ile açıklanması halinde ortaya çıkacak sonuçlar ve menfaat ihlali arasında bir “ölçülülük” olması beklenir⁷³. Kurulun yapacağı denetimde bilgi ve belgelerin gizli tutulması gerektiği yönünde bir kanaate ulaşması yeterlidir⁷⁴.

⁶⁷ GÄRDITZ, ORTH, s. 320; SPIEGELS, s. 210; ZIEKOW, s. 139.

⁶⁸ ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 1775.GÄRDITZ, ORTH, s. 318;

⁶⁹ BVerwGE, Band 19, s. 179-184; Band 35, s. 225- 227; Band 49, s. 89-94; STADLER, Ast-rid, “Geheimnischutz im Zivilprozess aus deutscher Sicht”, ZPP, Heft 3, 2010, s. 273.

⁷⁰ ZIEKOW, s. 139; EYERMANN, § 99, Rn. 18.

⁷¹ ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 50.

⁷² GÄRDITZ, ORTH, s. 320; BADER, s. 128-129; Rn. 43.

⁷³ GÄRDITZ, ORTH, s. 320; WEBER, s. 1286.

⁷⁴ ZIEKOW, s. 139.

Gerçekten de bir yandan kişinin bilgilere erişerek etkili bir hukuki korunma elde etmesindeki menfaat diğer yandan devlet sırlarının korunmasındaki menfaat iki kutuplu bir sorun oluşturur ve bu sorun ancak iki menfaatin tartılmasıyla aşılabılır. İdarenin vermektan sakındığı bilgi ve belgeler üçüncü kişilere ilişkinse bu halde çok kutuplu bir uyuşmazlık söz konusudur⁷⁵. Bir yandan etkili hukuki koruma talep eden yargılamanın tarafı diğer yandan söz konusu bilgi ve belgelerin açıklanmasıyla temel hakları zarara uğrayacak üçüncü kişilerin menfaati dikkate alınmalıdır⁷⁶.

Denetim hukuka uygunluk ile sınırlıdır. Kurul istenen belgenin yargılama için elzem olup olmadığına ilişkin değerlendirmeler yapamaz⁷⁷. Yine de, ana yargılamadaki dava malzemelerinin niteliği ve niceliği ara yargılamadaki kararı etkiler. Bu bakımdan, ana yargılamada mahkemenin kararına dayanak oluşturacak delil miktarı ne kadar çoksa (örneğin aynı konunun ulaşılabilir başka bilgi ve belgelerle ispatı mümkün ise) idarenin kaçınma kararının hukuka uygun bulunma ihtimali o kadar artar⁷⁸. Ayrıca, söz konusu bilgi veya belgenin deliller içerisindeki önem derecesi de kurul tarafından dikkate alınır⁷⁹.

Federal İdare Mahkemesi kararları dışında kurulun vermiş olduğu kararlara itiraz edilebilir ve bu itirazı Federal İdare Mahkemesi karara bağlar.

4) Kapalı Usulün Ana Yargılamaya Etkisi

Ara yargılama ana yargılamanın ertelenmesini gerektirmez. Ancak hüküm için ara yargılamanın sonuçlanması beklenir⁸⁰. Ara yargılama sonunda mahkeme idarenin kaçınma kararının hukuka uygunluğuna veya hukuka aykırı olduğuna karar verir.

İdarenin tutumu hukuka uygunsa mahkeme verilmeyen bilgi veya belge olmaksızın ancak maddi ispat kurallarına uygun olarak ve re'sen araştırma ilkesi gereği mümkün olan bütün dava malzemesini toplayarak karar verir.

Kurul kaçınma kararının hukuka aykırı olduğuna karar verirse kural olarak idare artık ana yargılamada bu bilgi ve belgeleri mahkemeye sunmak

⁷⁵ GÄRDITZ, ORTH, s. 320.

⁷⁶ GÄRDITZ, ORTH, s. 320.

⁷⁷ POSSER, WOLFF, § 99, Rn. 14.

⁷⁸ GÄRDITZ, ORTH, s. 321.

⁷⁹ BADER, s. 128.

⁸⁰ GÄRDITZ, ORTH, s. 319.

zorundadır. İdarenin bunu yerine getirmemesi halinde herhangi bir zorlayıcı mekanizma öngörülmemiştir⁸¹. Ancak bu halde mahkeme ispat yükünü idare aleyhine değerlendirebilir⁸².

IV. TELEKOMÜNİKASYON KANUNUNDAKİ ÖZEL DÜZENLEME

Alman idari yargılama usulünde kapalı usulün benimsenmesinden sonra bir başka Anayasa Mahkemesi kararı işi bir adım daha ileri götürmüştür. Yüksek mahkeme 2006 yılında vermiş olduğu Telekom Kararında ticari sırların gizli tutulmasının hukuka uygunluğunu kapalı usul uygulayarak esas davaya bakan mahkemenin denetlemesi gerektiğine hükmetmiştir⁸³.

Kararın kaynağı uyuşmazlık, Alman Telekom şirketi rakiplerinin, düzenleyici otorite olan Federal Ağ Ajansı'nın alt yapı kullanımına ilişkin Telekom şirketine verdiği ruhsattaki bedel tespiti işleminin iptali için açtıkları davada Telekom şirketine ait bedel hesaplamasında esas alınan belgelerin mahkemece istenmesi üzerine ortaya çıkmıştır. VwGO'nun 99'uncu ve TKG'nın (Telekomünikasyon Kanunu) 138'inci maddeleri gereği bunlar ticari ve mesleki sırlara ilişkin olduğu gerekçesiyle idare tarafından mahkemeye sunulmamıştır. Ancak Federal İdare Mahkemesi, mesleki ve ticari sırların açıklanması ilgili şirketin varlığını tehdit edecekse bunların gizli tutulabileceğine karar vermiştir. Bunun üzerinde Alman Telekom şirketi, Federal Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuş ve başvuru üzerine yüksek mahkeme, Federal İdare Mahkemesinin belirlemiş olduğu eşişin çok yüksek olduğuna, ayrıca gizli usulde ya tamamen gizli tutma ya da tamamen etkili hukuki koruma menfaatine öncelik verilmesinin bir eksiklik olduğuna karar vermiştir. Daha da ötesi, yüksek mahkeme bu iki menfaati uyumlaştırmanın yegane yolunun kapalı usulün ana yargılamada gerçekleştirilmesi olduğunu belirtmiştir⁸⁴.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi bu kararını Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) Mobistar kararından etkilenerек vermiştir⁸⁵. Kararda ABAD özetle, bir düzenleyici otorite kararının, kapsamlı ve eksiksiz bir şekilde denetlenebilmesi için yetkili mahkemenin, mesleki ve ticari sırlar da dahil

⁸¹ POSSER, WOLFF, § 99, Rn. 50.

⁸² ZIEKOW, s. 139.

⁸³ BVerfGE, Band 115, s. 215; STADLER, s. 262.

⁸⁴ STADLER, s. 274.

⁸⁵ ABAD, 13.7.2006, C-438/04, (www.dejure.org). Erişim: 13.09.2014.

olmak üzere gerekli bütün bilgilere ulaşması gerektiğine hükmetmiştir. Ayrıca, bu bilgilerin ve ticari sırların güvenli bir şekilde saklanması ile taraflara etkili hukuki koruma sağlanması ve savunma hakkı verilmesine ilişkin üye ülke mevzuatlarında düzenlemeler yapılması gerektiğini belirtmiştir⁸⁶. Nitekim Alman doktrinde de menfaat dengesi kurulmasına imkân sağlanamamasından ötürü kapalı usulün Anayasayla uyumlu olmadığı ve davaların adil bir kararla sonuçlanmasına engel teşkil konusunda eleştiriler vardır⁸⁷.

Alman Telekomünikasyon Kanunu'nu (TKG) 138'inci maddesinde, telekomünikasyon hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda idarenin görülmekte olan bir davada bilgi ve belge verme yükümlülüğü özel olarak düzenlenmiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları ışığında 2012 yılında yeniden düzenlenen bu madde, hem VwGO'nun 99'uncu maddesine atıf yapmış hem de bazı konularda bu kanundan ayrılmıştır. TKG, kaçınma kararı verme yetkisini Federal Şebeke Kurumu'na; kapalı usulde kaçınma kararını denetleme yetkisini ise esas davayı gören mahkemeye vermiştir. Ancak kanunun en önemli özelliği, kamu menfaatlerini korumaktan ziyade ticari ve mesleki sırları koruma amacı taşımaktadır. Yine kanunda mahkemenin yapacağı denetimde bilgi ve belgelerin gizli tutulması ile hukuki dinlenilme ve etkili hukuki koruma elde etme haklarının tartılarak ağır basan lehine karar verileceği belirtilmiştir.

Kapalı usulü (kaçınma kararının hukuki denetimini) özel bir kurul değil, ana yargılamaya bakan mahkeme tarafından gerçekleştirilmesi ve kapalı usul için tarafların rıza göstermeleri gerekir⁸⁸. Federal Anayasa Mahkemesi bu maddenin AB mevzuatına uygun bir şekilde yorumlanması gerektiğini, bu nedenle tarafların rızasının aranmayabileceğini içtihatlarında belirtmiştir⁸⁹. Telekomünikasyon hukukundaki bu düzenlemeyi Anayasaya ve Avrupa Birliği Hukukuna VwGO'nun 99'uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeden daha uygun olduğu savunulmaktadır⁹⁰. Çünkü bu düzenlemeyle, ana meseleyi halletmekle yükümlü mahkemeye, gizli bilgi ve belgeleri bizzat inceleme yetkisi tanınarak çatışan menfaatler arasında bir denge kurabilme ve mevcut bütün hukuki ve maddi olguları göz önünde bulundurarak karar verebilme imkânı tanınmıştır⁹¹.

⁸⁶ STADLER, s. 275; GÄRDITZ, ORTH, s. 321.

⁸⁷ SCHOCH, s. 342; SCHENKE, s. 939; STADLER, s. 275.

⁸⁸ SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 68.

⁸⁹ BVerfGE, Band 115, s. 215, Band 127, s. 282.

⁹⁰ SCHOCH, s. 342.

⁹¹ SCHOCH, s. 342; GÄRDITZ, ORTH, s. 321.

Alman doktrininde gizli tutulan bilgi ve belgelerin denetiminin kapalı usulle yapılmasına ilişkin düzenlemelerin medeni yargılama usulüne aktarılıp aktarılamayacağı ise tartışılmaktadır⁹². Ancak medeni yargılama usulüne kıyasla kapalı usulün idari yargılama usulünde daha etkili hukuki koruma sağladığı kabul edilmektedir; çünkü idari yargılama usulünde re'sen araştırma ilkesinin benimsenmiş olması kapalı usul sonrası mahkemenin başka delillerle davayı aydınlatma faaliyetine devam edebilmesine imkan verir⁹³. Oysa ki medeni yargılama usulünde dava malzemesinin toplanması tamamen tarafların beceri ve inisiyatifine bağlıdır.

SONUÇ

İdari makamların dava malzemesinin toplanması sırasında mahkemeye işbirliği yapması bu kapsamda talep edilen bilgi ve belgeleri mahkemeye sunması davanın aydınlatılması açısından büyük önem taşır. İdarenin işbirliği yükümlülüğü kural olmakla birlikte kamusal ve kişisel menfaatlerin korunması gerekçesiyle bazı bilgi ve belgelerin mahkemeye sunulmaması da mümkündür. İdari makamlara tanınan bu geniş takdir yetkisinde çatışan menfaatlerin tartılarak somut olaya uygun karar verilmesi büyük önem taşır. Nitekim uluslararası terör faaliyetlerinin önlenmesine ilişkin istihbarat bilgilerinden özellikle büyük şirketlerin ticari ve mesleki sırlarının korunmasına kadar bu konu geniş bir uygulama alanı bulmakta ve hatta Avrupa Birliği mevzuatında da konuya ilişkin düzenlemeler yer almaktadır⁹⁴.

Alman doktrininin idarenin bilgi ve belge verme yükümlülüğüne ilişkin ayrıntılı çalışmaları incelendiğinde konuya ilişkin iki sorun dikkat çekmektedir. Birincisi gizlilik gerekçelerinin neler olacağıdır; çünkü idarenin bir takım belirsiz kavramları geniş yorumlaması veya sınırlı sayıdaki gerekçelerin çok çeşitli alanlarda faaliyet gösteren idarenin gereksinimlerini karşılayamaması ihtimali vardır. Alman örneğinde, kaçınma gerekçeleri içeriği tam belirlenemeyen geniş kavramlarla ifade edilmiş ancak mahkeme içtihatları yoluyla kavramların içi doldurulmuş ve kötüye kullanılması kısmen önlenmiştir. Özellikle kişisel veriler ile mesleki ve ticari sırların korunması yorum yoluyla madde kapsamına sokulmuştur.

⁹² Ayrıntılı bilgi in bkz. STADLER, s. 275-280.

⁹³ STADLER, s. 277.

⁹⁴ SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 6c.

İkinci sorun idarenin kaçırma kararının denetlenmesine ilişkindir. İdarenin geniş bir takdir yetkisine dayanarak vermiş olduğu kaçırma kararının hukuki dinlenilme ve etkili yargısal koruma elde etme hakkını sınırlaması açısından denetlenmesi zorunludur. 2001 yılında VwGO’da yapılan değişiklikle birlikte kaçırma kararı etkili bir şekilde denetlenebilmektedir. Ancak Alman hukukunda bu düzenleme yeterli görülmemekte ve denetimi hangi makamın yapması gerektiği hala tartışılmaktadır. Son zamanlarda Alman hukukunda, hiçbir bilgi ve belgenin davayı bakan mahkemeden saklanmaması, gizlilik kararını bizzat ana yargılamayı yapan mahkemenin denetlemesi gerektiği yönünde bir eğilim de vardır.

KAYNAKÇA

- BADER, Johann; “*Aktuelles Verwaltungsprozessrecht*”, JuS, Heft 2, 2005, s. 126-131.
- BRINK, Stefan; WOLFF Heinrich Amadeus, “*Die verfassungsrechtliche Ausstrahlung des Datenschutzes auf den Verwaltungs- und Sozialgerichtsprozess*”, NVwZ, Heft 3, 2011.
- BVerfGE (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.
- EDIGY, Hans von; *Vorlagepflichten und Geheimhaltungsinteressen in Verwaltungsprozess in Deutschland und Frankreich*, Baden-Baden, Nomos, 2005.
- EYERMANN, Erich; *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, 11. Überarbeitete Auflage, C. H. Beck, München, 2000.
- GÄRDITZ, Klaus Ferdinand; ORTH, Johannes; “*Geheimnisschutz im Verwaltungsprozess*”, JuS, Heft 4, 2010.
- GEPPERT, Martin; SCHÜTZ Raimund; TKG, Beck’scher Online Kommentar 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013. (<https://beck-online.beck.de/>). Erişim 21 Ağustos 2014.
- POSSER, Herbert; WOLFF Heinrich Amadeus, Beck’scher Online Kommentar VwGO, 30. Edition, Verlag C. H. Beck, München, 2014. (<https://beck-online.beck.de/>). Erişim 10 Ağustos 2014

- SCHENKE, Ferdinand; KOPP, Wolf- Rüdiger, Verwaltungsgerichtsordnung, 18. neuarbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2012.
- SCHENKE, Wolf-Rüdiger, “*Der Geheimnisschutz Privater im verwaltungsgerichtlichen Verfahren*”, NVwZ, Heft 9, 2008.
- SCHOCH Friedrich; SCHNEIDER Jens-Peter; BIER, Wolfgang, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 26. Ergänzungslieferung, Verlag C. H. Beck, München, 2014.
- SCHOCH, Friedrich; “*Das Informationsfreiheitsrecht in der Gerichtlichen Praxis*”, VBLBW, Heft 9, 2010.
- SPIEGELS, Thomas; “*Das geheimverfahren (in camera) nach S 99 Abs. 2 VwGO und der Geheimnisschutz – So viel Information wie möglich, so viel Geheimnisschutz wie nötig*”, VBIBW, Heft 6, 2004.
- STADLER, Astrid; “*Geheimnisschutz im Zivilprozess aus deutscher Sicht*”, ZPP, Heft 3, 2010.
- WAGNER, Gerhard; “*Datenschutz im Zivilprozeß*”, ZPP, Heft 2, 1995.
- WEBER, Sebastian; “*Informationsfreiheitsgesetze und prozessuales Akteneinsichtsrecht*”, NVwZ, Heft 12, 2008.
- ZIEKOW Jan; “*Die Pflicht der Behörden zur Gewährung von Informationen*”, BayVBL, Heft 5, 1992.
- ZIEKOW Jan, SODAN Helge; Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar, 2. Auflage, Nomos, Berlin, 2006.

