

İtiraz Eden (Davacı) : İstanbul Barosu Başkanlığı

İstiklal Cad. Orhan Adli Apaydın Sok. Baro Hanı, Kat:2

Beyoğlu/İSTANBUL

Vekili : Av. Atilla Özen - Aynı adreste.

Karşı Taraf (Davalı) : Ölçme Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı

Bilkent/ANKARA

Vekili : Av. Bahar DOĞANÇAY - Aynı adreste

İstemin Özeti : Danıştay Sekizinci Dairesince verilen yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin 10/09/2013 günlü, E:2013/2300 sayılı karara, davacı itiraz etmekte ve yürütmenin durdurulmasını istemektedir.

Danıştay Tetkik Hâkimi : Volkan ÇAKMAK

Düşüncesi : Türevsel bir yetki olarak kabul edilen idarelerin düzenleme yetkisinin, yasalarla getirilen hükümleri aşacak bir şekilde kullanılamayacağı İdare Hukukunun en temel ilkelerinden olup; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir düzenleme yetkisine sahip olan idarenin, Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, düzenleme yapmak suretiyle kural koyması mümkün değildir. Dava konusu Yönetmeliğin 12. maddesi, henüz yasalaşmamış olsa da, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısında "*belirli veya kimliği belirlenebilir bir kişiye ilişkin bütün bilgiler*" olarak tanımlanan *kişisel veri* kavramına dahil olduğu anlaşılan; parmak izi, retina gibi bilgilerin işlenmesi ile kimlik tespiti yapılması yönünde sınav güvenliğinin sağlanmasına ilişkin önlemlerin alınması konusunda davalı Kuruma yetki vermektedir. Gelişen teknolojik imkanların, kamu kesiminde kullanılmaya başlanması hizmetin etkin ve verimli yürütülmesi adına mümkün olmakla birlikte, teknoloji kullanılarak kişisel verilerin kayıt altına alınması uygulamasının; Anayasanın 20. maddesinin açık hükmü uyarınca, *belirli bir yasal çerçeve içine oturtulması, konuya ilişkin usul ve esasların yasa hükmü ile tespit edilmesi*, ayrıca, Anayasadaki ve uluslararası metinlerdeki temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlere uygun olması gerektiğinden ve pozitif hukukumuzda kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak Anayasa'nın 20. maddesi hükmü çerçevesinde yürürlüğe konulmuş *yasal bir düzenleme bulunmadığından*; ulusal ve uluslararası normlar uyarınca güvence altına alınan ve kanunla düzenlenmesi gereken kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak, uygulamanın sınırlarını, kişisel verinin nasıl depolanıp kullanılacağını tespit eden, usul ve esaslarını gösteren bir yasal düzenleme olmadan ihdas edilen dava konusu Yönetmeliğin 12. maddesinde hukuka uyarlık bulunmadığı, dolayısıyla, Daire kararının bu kısım yönünden kaldırılarak anılan hükmün yürütülmesinin durdurulmasının gerektiği, itiraza konu kararın diğer kısımları yönünden ise itirazın reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosya incelendi, gereği görüldü:

26/09/2012 tarih ve 28423 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan *Adayların ve Sınav Görevlilerinin Sınav Binalarına Giriş Koşullarına İlişkin Yönetmeliğin* 5. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "*meslek kimlik kartları*" ibaresi ile 11. maddesinin 5. fıkrası ve 12. maddesinin iptali ve yürütmenin

durdurulması istemiyle açılan davada; Danıştay Sekizinci Dairesince verilen yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin 10/09/2013 günlü, E:2013/2300 sayılı karar, davacı itiraz etmekte ve yürütmenin durdurulmasını istemektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesine göre, ancak idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.

Adayların ve Sınav Görevlilerinin Sınav Binalarına Giriş Koşullarına ilişkin Yönetmeliğin "Sınava girişte gerekli belgeler" başlıklı 5. maddesinin 3. fıkrasında, "*Sürücü belgesi, meslek kimlik kartları ve benzeri belgeler, sınava giriş için geçerli kimlik belgeleri olarak kabul edilmez.*" hükmü yer almakta olup, fıkra da yer verilen dava konusu "*meslek kimlik kartları*" ibaresi yönünden yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için Kanun'un aradığı koşullar gerçekleşmemiştir.

Aynı Yönetmeliğin dava konusu edilen 11. maddesinin 5. fıkrasında ise, "*Toplu kopya girişimlerine karşı emniyet birimlerince sınav öncesi, sınav esnası ve sınav sonrasında binaların dış çevresinde, gerektiğinde şüpheli kişi ve araçlar da aranmak suretiyle gerekli önlemler alınır ve yapılan ve yapılması gereken işlemler ile ilgili Başkanlığa bilgi verilir.*" hükmü yer almaktadır.

Belirli bir alanda bir kanun hükmünün uygulanmasını sağlamak amacıyla kural getiren idari düzenleme (yönetmelik) açısından tek denetleyici norm, temel aldığı Kanun maddesi değildir. Bir başka ifadeyle Anayasal hükümlerin, uluslararası metinlerin ve konuyla ilgili kural koyan diğer yasal düzenlemelerin de söz konusu idari düzenleme için denetleyici norm niteliğinde olduğu açık olup, idari düzenlemenin bu üst hukuk normlarına uygun bir düzenleme içermesi ve uygulamanın da bu üst hukuk normlarına uygun bir biçimde gerçekleşmesi normlar hiyerarşisinin gereğidir.

Bilindiği üzere **şüpheli**, **arama** gibi kavramlar ve bu kavramlara ilişkin usul ve esaslar temel olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda (2. maddesi ile 116. ve devamı maddeleri) düzenlenmiş olup ayrıca 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu da (9. madde) arama kavramına ilişkin düzenlemeler içermektedir.

5271 ve 2559 sayılı Kanun hükümleri gereği; bir kişinin şüpheli olarak sayılabilmesi için soruşturma altında bulunması gerektiği gibi, kişinin veya kişiye ait aracın aranabilmesi için de hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ya da bu yetkililere ulaşılamaması halinde kolluk amirinin yazılı emrinin gerektiği açıktır.

Dolayısıyla, dava konusu Yönetmeliğin 11. maddesi uyarınca yapılsın ya da yapılmasın ve hangi sebeple olursa olsun **arama** faaliyetine ilişkin olarak emniyet birimlerince gerçekleştirilecek olan eylem, **Anayasal düzenlemelere, 5271 ve 2559 sayılı Kanun hükümlerine uygun olarak usulüne uygun alınmış izinle ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin koruyucu hükümlere uygun olarak gerçekleştirilebileceğinden**, Yönetmeliğin 11. maddesinin 5. fıkrasında anılan yasal düzenlemelere atıfta bulunulmaması hukuka aykırılık oluşturmamaktadır.

Bu durumda; gerek Yönetmeliğin 5. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "*meslek kimlik kartları*" ibaresi, gerekse Yönetmeliğin 11. maddesinin 5. fıkrasına ilişkin olarak davacı Baro davacı tarafından ileri sürülen hususlar, anılan Yönetmelik hükümlerinin yürütülmesinin durdurulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

İtiraza konu kararın, Adayların ve Sınav Görevlilerinin Sınav Binalarına Giriş Koşullarına İlişkin Yönetmeliğin 12. maddesinin yürütmesinin durdurulması isteminin reddine ilişkin kısmına yönelik itiraz istemine gelince;

T.C. Anayasası'nın 2. maddesinde; Türkiye Cumhuriyetinin, insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olduğu, 7. maddesinde; yasama yetkisinin Türk milleti adına Türkiye Büyük Millet

Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği, 8. maddesinde; yürütme yetkisinin Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı vurgulanmış, 123. maddesinde; idarenin, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği, 124. maddesinde ise; Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabileceği hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, Anayasa'nın 12. maddesinde, "*Herkes, kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.....*"; 13. maddesinde, "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*"; 20. maddesinde, "*.....Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. **Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.***" hükümlerine yer verilmiştir.

Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması" başlıklı 8. maddesinde, herkesin özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu; Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin "Mahremiyet Hakkı" başlıklı 17. maddesinde de, hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemeyeceği; onuru veya itibarının hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamayacağı, herkesin bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Dava konusu Adayların ve Sınav Görevlilerinin Sınav Binalarına Giriş Koşullarına İlişkin Yönetmelik, 6114 sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 9. maddesinin 5. fıkrasında yer alan, "*Sınav güvenliğinin sağlanması amacıyla, genel kolluk görevlileri ile bunların gözetiminde olmak üzere özel güvenlik görevlileri, herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, adayların ve sınavın yapıldığı binaya girme hakkına sahip olan diğer kişilerin üstünü ve eşyasını teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol etmeye ve aramaya yetkilidir. Adayların ve sınav görevlilerinin sınav binalarına giriş koşulları yönetmelikle düzenlenir.*" hükmü temel alınarak yürürlüğe konulmuştur.

Normlar hiyerarşisinde anayasal ve yasal düzenlemelerden sonra gelen idari düzenlemeler bir yasa hükmüne dayalı olarak hazırlanır ve kanun hükümlerine açıklık getirilmesi suretiyle bu kanun hükümlerinin uygulamaya geçirilmesi amaçlanır. Diğer yandan, normlar hiyerarşisindeki düzenleme soyuttan somuta doğru kademeli bir sistem içermektedir. Anılan sistemde bir üst norm bir alt norma oranla daha genel ve soyut ifadeler taşımakta, bir alt norm ise daha özel ve somut ifadelerle bir üst normun ne amaçlamak istediğini somut olarak ortaya koymaktadır. Öğretide türevsel bir yetki olarak kabul edilen idarelerin düzenleme yetkisinin, yasalarla getirilen hükümleri aşacak bir şekilde kullanılamayacağı da İdare Hukukunun en temel ilkelerindendir. Dolayısıyla; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir düzenleme yetkisine sahip olan idarenin, Anayasa'da öngörülen ayırık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, düzenleme yapmak suretiyle kural koyması mümkün değildir.

Dava konusu Yönetmeliğin 12. maddesinde, "*ÖSYM teknolojik gelişmelere bağlı olarak adayların ve görevlilerin sınav binalarına giriş koşullarına yönelik sınav gizliliği ve güvenliğini sağlayacak **parmak izi, retina tanıma gibi yeni önlemler alabilir.***" hükmüne yer verilmiştir.

Dolayısıyla Yönetmelik, henüz yasalaşmamış olsa da, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısında "*belirli veya kimliği belirlenebilir bir kişiye ilişkin bütün bilgiler*" olarak tanımlanan **kişisel veri** kavramına dahil olduğu anlaşılan; parmak izi, retina gibi bilgilerin işlenmesi ile kimlik tespiti yapılması yönünde sınav güvenliğinin sağlanmasına ilişkin önlemlerin alınması konusunda davalı Kuruma yetki vermiştir.

İdarelerce, gelişen teknolojinin kamu hizmetlerinin etkin ve verimli yürütülmesini kolaylaştırıcı etki sağlaması amacıyla, kamu kesiminde kullanılmaya başlanması mümkün olmakla birlikte, teknoloji kullanılarak kişisel verilerin kayıt altına alınması uygulamasının; ilgili Anayasal düzenleme uyarınca **belirli bir yasal çerçeve içine oturtulması, konuya ilişkin usul ve esasların yasa hükmü ile tespit edilmesi** ve yine Anayasadaki ve uluslararası metinlerdeki temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlere uygun olması gerektiği kuşkusuzdur.

Pozitif hukukumuzda **kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak** Anayasa'nın 20. maddesi hükmü çerçevesinde yürürlüğe konulmuş **yasal bir düzenleme bulunmadığı gibi**, Ölçme Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı'nın görev ve yetkilerini belirleyen 6114 sayılı Kanunda da parmak izi, retina gibi kişisel verilerin alınması, depolanması ve işlenmesi konusunda davalı kuruma yetki veren bir düzenleme yer almamaktadır.

Bu bağlamda, Anayasanın yukarıda alıntısı yapılan hükümleri ve uluslararası metinler uyarınca güvence altına alınan ve kanunla düzenlenmesi gereken kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak uygulamanın sınırlarını, kişisel verinin nasıl depolanıp, kullanılacağını tespit eden; usul ve esaslarını gösteren bir yasal düzenleme olmadan çıkarılan dava konusu Yönetmeliğin 12. maddesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; davacı itirazının, Adayların ve Sınav Görevlilerinin Sınav Binalarına Giriş Koşullarına İlişkin Yönetmeliğin 5. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "meslek kimlik kartları" ibaresi yönünden oybirliği ile 11. maddesinin 5. fıkrası yönünden oyçokluğu ile REDDİNE, 12. maddesi yönünden ise oyçokluğu ile KABULÜNE ve Danıştay Sekizinci Dairesince verilen 10/09/2013 günlü, E:2013/2300 sayılı yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin kararın Adayların ve Sınav Görevlilerinin Sınav Binalarına Giriş Koşullarına İlişkin Yönetmeliğin 12. maddesi yönünden kaldırılmasına, 2577 sayılı Yasa'nın 27. maddesinde öngörülen koşullar gerçekleştiğinden, Yönetmeliğin 12. maddesinin yürütülmesinin durdurulmasına, 06/03/2014 gününde karar verildi.

Başkan

Üye

Üye

Üye

Üye

Üye

Üye

Üye

Üye

Üye



Üye

Üye

Üye

Üye

Üye

Üye

Üye





KARŞI OY:

X-Anayasanın 8. maddesinde, yürütme yetkisi ve görevinin, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılıp yerine getirileceği; 123. maddesinde, idarenin, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği; 124. maddesinde, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabileceği hükümleri yer almaktadır.

Ayrıca, Anayasa'nın 12. maddesinde, "Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir." ; 13. maddesinde de, "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." hükümlerine yer verilmiştir.

Soyuttan somuta doğru kademeli bir sistem içeren normlar hiyerarşisindeki düzenleme, bir üst normun bir alt norma oranla daha genel ve soyut ifadeler taşımasını, bir alt normun ise daha özel ve somut ifadelerle bir üst normun ne amaçlamak istediğini somut olarak ortaya koymasını gerektirmektedir.

Adayların ve Sınav Görevlilerinin Sınav Binalarına Giriş Koşullarına İlişkin Yönetmeliğin 11. maddesinin 5. fıkrasında, "Toplu kopya girişimlerine karşı emniyet birimlerince sınav öncesi, sınav esnası ve sınav sonrasında binaların dış çevresinde, gerektiğinde şüpheli kişi ve araçlar da aranmak suretiyle gerekli önlemler alınır ve yapılan ve yapılması gereken işlemler ile ilgili Başkanlığa bilgi verilir." hükmüne yer verilmek suretiyle, sınavın yapılacağı binanın dış çevresinde bulunan ve kopya eylemi yapılması yönünden şüpheli görünen kişi ve araçların emniyet birimlerince aranacağı düzenlenmiştir.

Şüpheli ve arama gibi kavramlar ve bu kavramlara ilişkin usul ve esaslar temel olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenmiş olup ayrıca 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu da arama kavramına ilişkin düzenlemeler içermektedir. 5271 ve 2559 sayılı Kanun hükümleri gereği; bir kişinin şüpheli olarak sayılabilmesi için soruşturma altında bulunması gerektiği gibi, kişinin veya kişiye ait aracın aranabilmesi için de hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ya da bu yetkililere ulaşılamaması halinde kolluk amirinin yazılı emrinin gerektiği açıktır.

Her ne kadar, dava konusu Yönetmeliğin 11. maddesi uyarınca emniyet birimlerince yapılacak arama eyleminin, 5271 sayılı Kanun hükümlerine uygun olarak usulüne uygun alınmış izinle yapılacağı ileri sürülebilir ise de; özel bir amaçla (toplu kopya eylemini engellemek) kişinin üzerinin veya aracının aramaya tabi tutulmasını öngören ve bu haliyle kişinin temel hak ve özgürlüğüne ilişkin olan bir alanda, kişi haklarını güvence altına alan ve emniyet birimlerince yapılacak aramanın esas ve usullerini belirleyen temel normlara atıf yapılmaması suretiyle, pratikte uygulamayı idarenin takdirine bırakır nitelikte düzenleme içeren dava konusu Yönetmeliğin 11. maddesinin 5. fıkrasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
YD İtiraz No : 2013/819

Belirtilen nedenlerle; davacı itirazının Yönetmeliğin 11. maddesinin 5. fıkrası yönünden de kabulü ile itiraza konu kararın bu maddeye ilişkin kısmının kaldırılarak yürütmesinin durdurulması gerektiği oyuyla, kararın; anılan madde yönünden davacı itirazının reddine ilişkin kısmına katılmıyoruz.

Başkan

Üye

Üye

Üye



KARŞI OY:

XX-Davacı Baro'nun Adayların ve Sınav Görevlilerinin Sınav Binalarına Giriş Koşullarına İlişkin Yönetmeliğin sınav güvenliğine ilişkin olarak düzenleme getiren 11. maddesinin 5. fıkrası ile 12. maddesi yönünden subjektif dava açma ehliyetine sahip olmadığı, bu nedenle yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin Daire kararına karşı anılan maddeler yönünden dava açma ehliyetine sahip olmayan davacı Baro tarafından yapılan itirazın reddi gerektiği oyuyla, kararın; Yönetmeliğin 11. maddenin 5. fıkrası yönünden esasa ilişkin hukuki değerlendirme yapılması suretiyle itirazın reddedilmesine ve 12. madde yönünden itirazın kabul edilmesine ilişkin kısımlarına katılmıyoruz.

Üye

Üye

Üye

Üye



KARŞI OY:

XXX-İdarenin savunmasında da belirtildiği üzere; kişinin rızası dahilinde kişisel verilerin alınması mümkün olup, Anayasa'nın 20. maddesi hükmü de bu doğrultudadır.

Dolayısıyla, Adayların ve Sınav Görevlilerinin Sınav Binalarına Giriş Koşullarına İlişkin Yönetmeliğin 12. maddesinin bu şekilde anlaşılması gerektiğinden, hükmün üst hukuk normlarına aykırı olmadığı ve bu madde yönünden de itirazın reddi gerektiği oyuyla, kararın; Yönetmeliğin 12. maddesi yönünden kaldırılarak anılan maddenin yürütmesinin durdurulmasına ilişkin kısmına katılmıyorum.

Üye

