

E-Posta Yazışmalarından Dolayı Personelin Sözleşmesinin Yenilenip Yenilenmeyeceği

GENEL KURUL

KARAR

TEVFİK TÜRKMEN BAŞVURUSU

Başvuru Numarası : 2013/9704

Karar Tarihi : 3/3/2016

Başkan : Zühtü ARSLAN

Başkanvekili : Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili : Engin YILDIRIM

Üyeler : Serdar ÖZGÜLDÜR

Serruh KALELİ

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Recep KÖMÜRCÜ

Alparslan ALT AN

Nuri NECİPOĞLU

Hicabi DURSUN

Celal Mümtaz AKINCI

Erdal TERCAN

Muammer TOPAL

M. Emin KUZ

Haşan Tahsin GÖKCAN

Kadir ÖZKAYA

Rıdvan GÜLEÇ

Raportör : Aydın ŞİMŞEK

Başvurucu : Tefvık TÜRKMEN

Vekili : Av. Mustafa BOZKURT

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, e-posta yazışmaları dikkate alınarak astsubay sözleşmesinin yenilenmemesi işlemi nedeniyle özel hayatın gizliliği hakkının ve haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 27/12/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca 18/7/2014 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 9/1/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

- 5.** Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü 12/3/2015 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.
- 6.** Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş 23/3/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı beyanlarını 8/4/2015 tarihinde ibraz etmiştir.
- 7.** Anayasa Mahkemesinin 18/6/2015 ve 29/9/2015 tarihli yazılarıyla Hava Kuvvetleri Komutanlığından dava dosyasına sunulan gizli ibareli belgelerin gönderilmesi, personel tarafından yazılan e-postaların denetleneceğini düzenleyen yasal mevzuatın bildirilmesi istenmiştir. Hava Kuvvetleri Komutanlığı 10/7/2015 ve 13/10/2015 tarihli yazılı cevapları ile istem konusu hususlarla ilgili bilgi ve belgeleri sunmuştur.
- 8.** İkinci Bölüm tarafından 18/2/2016 tarihinde yapılan toplantıda başvurunun, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca görüşülmek üzere Genel Kurula şevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

- 9.** Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve ulaşılan bilgi ve belgeler çerçevesinde ilgili olaylar özetle şöyledir:
- 10.** Başvurucu 30/8/2003 tarihinde sözleşmeli astsubay statüsünde görev yapmak üzere 9 yıl süreli sözleşme imzalayarak Hava Kuvvetleri Komutanlığında göreve başlamıştır.
- 11.** Başvurucu, sözleşme süresinin bitmesine yakın sözleşme yenileme talebinde bulunmuş, 5/6/2012 tarihli işlemle başvurucunun sözleşmesinin yenilenmemesine karar verilmiştir.
- 12.** Başvurucu tarafından sözleşmenin yenilenmemesi işleminin iptali ve yoksun kaldığı özlük haklarının ödenmesi istemiyle 1/8/2012 tarihinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) Birinci Dairesinde dava açılmıştır.
- 13.** Yargılama sırasında davalı idarenin 11/9/2012 tarihli yazısının ekinde gönderilen savunmasında, Hava Kuvvetleri Komutanlığının sözleşmeli personel ihtiyacının planlandığı, ihtiyaç durumu dikkate alınarak ve personelin safahat kayıtları (sicil sırası,

ödül/takdir/ceza durumu, ilgili personel hakkındaki istihbarat değerlendirmeleri, almış olduğu eğitimler ve bu eğitimlerdeki başarı durumu) değerlendirilerek idarenin takdir yetkisi çerçevesinde başvurunun sözleşmesinin yenilenmediği, 4/7/1972 tarihli ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 52. maddesi kapsamında gizli bilgi ve belge gönderileceği belirtilmiştir. Davalı idare 11/9/2012 tarihli yazı ile söz konusu gizli belgeleri Mahkemeye göndermiştir. Bu belgeler, Hava Kuvvetleri Komutanlığında sadece personelin kullandığı, TSK Net E-posta Sistemi üzerinden başvurunun e-posta adresine gönderilen ve başvurunun gönderdiği iletilere ilişkin 24/6/2010 tarihli E-Posta Denetim Birimi İnceleme Sonuç Raporu ve eklerinden oluşmaktadır. Anılan raporda başvurunun e-posta hesabını tur ve gezi organizasyonları düzenleme amaçlı kullandığı, organizasyonları binbaşı rütbesinde bir asker ile birlikte yaptığı, aldığı ve gönderdiği e-postalarda gizlilik ihlali yaptığı, siyasi/propaganda içerikli e-postalar aldığı yönünde tespitler bulunmaktadır. Buna göre başvuru, inceleme dönemi içerisinde (1/1/2006-14/6/2010) Hava Kuvvetleri Komutanlığı sistemine bağlı resmi e-posta hesabından 3 adet gizlilik ihlali içeren, 352 adet göreve ilişkin olmayan sohbet içerikli, 393 adet sosyal amaçlı mesaj göndermiş; anılan dönemde başvurunun hesabına 4 adet gizlilik ihlali içeren, 2 adet siyasi propaganda içeren, 522 adet göreve ilişkin olmayan sohbet içerikli, 587 adet sosyal amaçlı mesaj gönderilmiştir.

14. Başvuru vekili, 1/8/2012 tarihli dilekçesiyle anılan belgeleri inceleme talebinde bulunmuştur. AYİM Birinci Dairesinin 27/11/2012 tarihli ara kararıyla bu talep kabul edilmiş, başvuru vekilinin 7/12/2012 tarihinde söz konusu belgeleri incelediğine dair tutanak düzenlenmiştir. Başvuru vekili, daha soma sunduğu dilekçeleriyle anılan gizli belgelere karşı beyanda bulunmuştur.

15. AYİM Başsavcılığı, başvurunun işlem tarihine kadar olan geçmiş meslek safahatı itibarıyla gerek disiplin/sicil durumu gerekse de takdir/ceza durumu itibarıyla performansının, sözleşmesinin yenilenmemesi işleminin tesisini haklı kılacak bir görünüm arz etmediği, personel hakkındaki istihbarat değerlendirmelerinin anılan işleme ölçülü ve haklı bir gerekçe olamayacağı, başvurunun dava konusu işleme kadar adli veya idari bir soruşturmaya maruz kalmadığı, başvurunun ikaz dahi edilmeden tabi tutulduğu işlemde kamu yararı bulunduğundan bahsedilemeyeceği, başvuru hakkında tesis edilen işlemin ölçülülük ilkesini ihlal ettiği, dava konusu işlemin sebep ve amaç unsurları yönünden hukuka aykırı olduğu, işlemin iptaline karar verilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir.

16. Mahkeme 21/5/2013 tarihli ve E.2012/1164, K.2013/614 sayılı kararı ile davayı oy çokluğuyla reddetmiştir. Kararın gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

Öncelikle dava konusu yapılan sözleşme bir idari sözleşmedir... Sözleşmenin bir tarafı idare, diğer tarafı ise kamu personelidir. Ancak bu kamu personeli 'memur' statüsünde değildir. Anayasa'da dayanağını bulan 'diğer kamu görevlileri' statüsündedir... Subay ve astsubay olarak istihdam edilecek sözleşmeli personelin alınma, özlük hakları, sözleşmenin yenilenmemesi ve feshi halleri kanun ile düzenlenmiştir. Sözleşmeli personelin statüsü Kanun ile düzenlendiğine göre öncelikle yasada yer alan sözleşmenin yenilenmesine ilişkin hükümlere ayrıntılı olarak bakmak gerekmektedir...4678 sayılı Kanun hükmünde sözleşmenin hangi hallerde yenileneceğine ilişkin hüküm bulunmamaktadır...

Sözleşmeli Subay ve Astsubay Yönetmeliğinin 14. maddesinde... düzenlemesi yer almaktadır.... Görüldüğü üzere, sözleşme süresi bitiminde idareyi sözleşme yapmaya zorlayıcı yönetmelik hükmü de bulunmamaktadır. Yasa koyucu bu şekilde bir düzenleme yöntemiyle idareye takdir yetkisi tanımıştır. Ancak bu demek değildir ki idare takdir yetkisini keyfî bir şekilde istediği gibi kullanacaktır. İdare takdir yetkisini hukuka uygun kullanmak zorundadır. Diğer yandan sözleşmeli personel, sözleşmeli olmanın sonucu, kamu personelinin diğer bir kısmını oluşturan memurlar gibi iş güvencesine sahip bulunmamaktadır. İdare, kendi planları doğrultusunda ne kadar sözleşmeli personel bulunduracağına ilişkin hesaplar yaparak bir mahruti yapı oluşturmaya çalışmıştır. Yaptığı hesaplamalar çerçevesinde, sözleşmeli personel sözleşmelerinin yenilenmemesine karar vermiştir. Bu noktada; mahkememizce hesaplamalar yaparak, idarenin piyade astsubay sözleşmeli personel alımı yapması gerektiği konusunda değerlendirme yapıp, 'idarenin... kadar daha personel alması gerektiği' yönünde bir sonuca varmak, yerindelik denetimi olacaktır ki o da Anayasa'nın 125. maddesine aykırılık teşkil edecektir. Mahkemelere böyle bir değerlendirme yetkisi tanınmamıştır. Kısaca idareyi, sözleşmeli personelin alıntında veya sözleşmeli personel sözleşmelerinin yenilenmesinde, takdir yetkisini ortadan kaldıracak şekilde iptal kararı vermek hukuken mümkün görünmemektedir.

Diğer yandan ... istikrar bulmuş kararlarımızda da belirtildiği üzere, kamu hizmetini yürütmekle görevli olan idarenin, bu hizmeti en iyi şekilde yürütebilmesi için gerekli tedbirleri alma yetkisi ile donatılmasının zorunlu olduğu kuşkusuzdur. Bu nedenle, idarenin kamu hizmetini yürütecek personelinin alırken bir takım özelliklere sahip olmasını araması tabii olduğu gibi statüye alındıktan sonra da bunları verimli biçimde kullanması, hizmeti aksatacak, kendisinden artık verim alınması imkânı kalmamış, aksine idare mekanizmasına ve kamu hizmetinin yürütülmesine zararlı olacak personelinin bünyesi dışına çıkarması da olağan görünmektedir. Dolayısıyla idare, sözleşme yenileyecek personelinin belirlerken hiç şüphesiz en iyisini seçmeye çalışacaktır. Bu bağlamda

öncelikle sicil ve hakkındaki kanaatler ne kadar iyi olursa olsun, ceza durumu, ileride TSK'yı zor duruma düşürebilecek şekilde problem oluşturacak veya TSK'nın itibarını zedeleyebilecek personeli öncelikle eleyecektir. Bu konuda gerektiğinde arşiv araştırması yapabileceği gibi, İKK tespitleriyle de karar verebilecektir. Zira ortada sona ermek üzere olan bir sözleşmenin tekrar canlandırılması söz konusudur. Yasa koyucu da sözleşmenin her iki tarafına sözleşmeyi yenileme veya yenilememe hususunda takdir yetkisi tanımıştır.

Bu bağlamda; dava konusu işleme baktığımızda 1602 sayılı Kanunun 52'nci maddesi kapsamında gönderilen belgeler ve ara kararı sonrası gönderilen belgeler incelendiğinde; sözleşmesi yenilenmeyen personelle ilgili olarak 11'nci sıradaki personel hariç diğer personelin 'İKK hassasiyetleri çerçevesinde' sözleşmelerinin yenilenmediği, sözleşmesi yenilenen 3 personelle ilgili olarak 'İKK hassasiyeti' ile ilgili bir tespit bulunmadığı, kurum içi hizmete ilişkin kullanılmak üzere oluşturulan internet e_posta hesabında denetleme yapıldığı, denetleme sonucunda davacı tarafından 2006-2010 yılları arasında gizlilik ihlali yapılan ve davacı tarafından gönderilen 3 e_postanın, görev harici gönderilen 352 e-postanın, sosyal amaçlı gönderilen 393 e-postanın bulunduğu, e-posta hesabının tur ve gezi organizasyonları düzenleme amacıyla kullanıldığı, yapılan bu tespitler dikkate alındığında; idarenin takdir yetkisini hukuka uygun kullandığı, açık bir değerlendirme hatasının bulunmadığı, bu bağlamda davalı idare tarafından tesis edilen işlemde hukuka aykırı bir yön olmadığı sonucuna varılmıştır”

17. Karara katılmayan üyenin karşıoy yazısında aşağıdaki açıklamalara yer verilmiştir:

Dava konusu işlem irdelendiğinde: davacının sicil yeterlilik çizelgesinde 12 personel arasında 2'nci sırada yer alan ve sicil notu ortalaması 'mükemmel' seviyede olan davacıdan sonra gelen üç Hv.P.Astsubayın sözleşmesinin yenilendiği, davacı hakkında 'çok iyi ' seviyede nitelik belgesi düzenlendiği, hakkında olumsuz kanaat ve disiplin cezası bulunmayan davacının e-postalarında, sosyal amaçlı, gezi amaçlı gönderiler bulunduğu belirterek sözleşmesinin yenilenmediği anlaşılmakla, söz konusu e-postaya ilişkin hususların davacının sözleşmesinin yenilenmemesine hukuki dayanak oluşturacak nitelikte olmadığı, sicil sıralamasında davacıdan sonra yer alan ve olumsuz kanaat ve disiplin cezası bulunan iki personel ile kıyaslama yapıldığında davalı idare tarafından takdir yetkisinin objektif ve eşitlik ilkesi sınırları içinde kullanılmadığı, ayrıca sebep-amaç unsurları bağlamında tesis edilen işlemde 'ölçülülük ilkesine' uygun davranılmadığı ve dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi kanaatinde olduğumdan ...”

18. Başvurucunun karar düzeltme talebi de aynı Dairenin 12/11/2013 tarihli ve E.2013/1101, K.20131038 sayılı kararı ile reddedilmiştir.

19. Karar, başvuruca 29/11/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

20. Başvurucu 27/12/2013 tarihinde süresinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

21. Hava Kuvvetleri Komutanlığının 10/7/2015 tarihli yazısına göre TSK Net E-Posta Sistemi, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin (TSK) personeline görev kapsamında kullanılması için tahsis ettiği, dış dünyaya kapalı, intranet olarak ifade edilen, sadece askerî personelin birbiriyle ve askerî hizmete ilişkin veri paylaşımına imkân veren sınırlı bir haberleşme sistemidir.

22. Hava Kuvvetleri Komutanlığının 13/10/2015 tarihli yazısında ise askerî personel tarafından gönderilen e-postaların istihbarat ve istihbarata karşı koyma hassasiyetleri çerçevesinde denetleneceğini öngören kanuni düzenlemelerin 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 5. maddesinin (a) fıkrasının üçüncü alt bendi, 31/7/1970 tarihli ve 1324 sayılı Genelkurmay Başkanının Görev ve Yetkilerine Ait Kanun'un 2. maddesinin ikinci fıkrasının (a) numaralı bendi, Genelkurmay Başkanlığının 27/2/2006 tarihli ve 6406668 sayılı emri, Hava Kuvvetleri Komutanlığının 22/3/2006 tarihli ve 48960 sayılı emri ve 14/5/2007 tarihli Genelkurmay Başkanlığı MY 411-7 TSK-NET E-Posta Sistemi Yönergesi'nin oluşturduğu bildirilmiştir.

B. İlgili Hukuk

23. 4/1/1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 17. maddesi şöyledir:

“Amir; ... Maiyetin ahlaki, ruhi ve bedeni hallerini daima nezaret ve himayesi altında bulundurur... ”

24. 211 sayılı Kanun'un 39. maddesi şöyledir:

“Silahlı Kuvvetlerde askeri eğitim ile beraber ahlak ve maneviyatın yükseltilmesine ve milli duyguların kuvvetlendirilmesine bilhassa itina olunur.

Cumhuriyete sadakat, vatanını sevmek, iyi ahlaklı olmak, üste itaat, hizmetin yapılmasında sebat ve gayret, cesaret ve atılganlık, icabında hayatını hiçe saymak, bütün silah arkadaşları ile iyi geçinmek, birbirlerine yardım, intizam severlik, yapılması men edilen şeylerden kaçınmak, sıhhatini korumak, sır saklamak her askerin esas vazifesidir. ”

25. 13/6/2001 tarihli ve 4678 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek

Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanun'un "Tanımlar" kenar başlıklı 3. maddesi şöyledir:

Bu Kanun 'da geçen

f) Sözleşmeli astsubay : Bu Kanunda öngörülen esaslara göre, kendileri ile sözleşme yapılarak astsubay nasbedilen; astsubay çavuş, astsubay kıdemli çavuş, astsubay üstçavuş ve astsubay kıdemli üstçavuş rütbelerini haiz astsubayları, ifade eder. "

26. 4678 sayılı Kanun'un "Sözleşme süreleri" kenar başlıklı 10. maddesi şöyledir;

"Sözleşmeli astsubay adayları, ön sözleşme yapılarak askerî eğitime alınırlar. Bu eğitimi başarı ile tamamlayanlardan yönetmelikte belirtilen şartları taşıyanlarla sözleşme yapılır ve bu kişiler astsubay çavuş rütbesine nasbedilirler. Sözleşme süreleri; üç yıldan az ve dokuz yıldan fazla olmamak şartıyla, hizmet gerekleri ve yetiştirme maliyetlerine bağlı olarak kuvvet, sınıf ve branşlara göre yönetmelikte belirlenir. Yönetmelikte belirlenen şartları taşıyanların talepleri halinde sözleşmeleri yenilenebilir. Ancak sözleşmeli astsubaylardan rütbe yaş haddini dolduranlar hakkında 8.6.1949 tarihli ve 5434 sayılı Kanun hükümleri uygulanır.

Sözleşme süreleri; sıkıyönetim, seferberlik, savaş veya silahlı çatışmayı gerektirecek hal ile savaş hallerinde Kuvvet Komutanları, Jandarma Genel Komutanı ve Sahil Güvenlik Komutanının göstereceği lüzum üzerine, durumun devamı müddetince Genelkurmay Başkanının onayı ile talebe bakılmaksızın uzatılabilir.

Sözleşme işlemleri, Kuvvet Komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca yapılır. "

27. 4678 sayılı Kanun'un "Rütbe bekleme süreleri ve sözleşmenin yenilenmesi" kenar başlıklı 12. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

"Her sözleşme süresinin sona erme tarihinden en az üç ay önce taraflar sözleşmeyi yenileyeceklerine dair yazılı bildirimde bulunmadıkları takdirde, sözleşme kendiliğinden sona erer. "

28. 4678 sayılı Kanun'un "Sözleşmenin idarece fesih halleri " kenar başlıklı 13. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"Sözleşmeli subay veya sözleşmeli astsubayların sözleşmeleri, aşağıdaki nedenlerle

sözleşme süresinin bitiminden önce feshedilebilir:

b) Disiplinsizlik ve ahlaki durum nedeniyle Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapamayacağı, sıralı sicil üstlerinin düzenleyeceği sicil ve kanaat raporu ile anlaşılacak.

29. 4678 sayılı Kanun'un "Sağlık hizmetlerinden yararlanma ve sosyal haklar" kenar başlıklı 16. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları şöyledir:

"Sözleşmeli subay ve sözleşmeli astsubaylardan;

a) Kendi kusurları olmaksızın idare tarafından sözleşmeleri yenilenmeyenler ile sözleşme süresi içinde vefat, bir yıl içerisinde Kanunda belirtilen süreden daha fazla hava değişimi/istirahat/benzeri sıhhi izin süresini geçirme, bulunduğu kadronun kaldırılması, istihdam edildiği kadronun sağlık niteliğini kaybetme nedeniyle sözleşmeleri sona erenler ve bunların bakmakla yükümlü oldukları aile fertlerinin, Türk Silâhlı Kuvvetlerinde sözleşmeli subay ve sözleşmeli astsubay olarak hizmet edilen süre kadar ve en çok on yılı,

geçmemek üzere muayene ve tedavi hizmetleri askeri hastanelerde, asker hastanelerinin bulunmadığı garnizonlarda ise garnizon komutanlıklarından sevk alınmak şartıyla kamu sağlık kuruluşlarında, ücretsiz olarak verilmeye devam edilir.

Ancak, kamu kurum ve kuruluşlarının ve sosyal güvenlik kurumlarının sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı doğanlar, bu hakları mevcut olduğu sürece bu maddeye göre sağlanan sağlık hizmetlerinden ve asker hastanelerinden yararlanamazlar. "

30. 4678 sayılı Kanun'un "Tazminat ve ikramiye ödeme esasları" kenar başlıklı 18. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Sözleşmeli subay ve sözleşmeli astsubaylardan kendi kusurları olmaksızın hizmet sürelerinin uzatılmaması sebebiyle veya sözleşme süresini bitirip ayrılanlar ile durumları 13 üncü maddenin üçüncü fıkrasının (i), (j) ve (k) bentleri kapsamına girenlere aşağıda yazılı esaslara göre tazminat verilir:

31. 4678 sayılı Kanun'un "Yönetmelik" kenar başlıklı 25. maddesi şöyledir: "Sözleşmeli subay ve astsubay adayları ile sözleşmeli subay ve astsubaylarda aranacak nitelikler, sağlık koşulları, alınacakları sınıf ve branşlar, duyuru, müracaat şekli ve zamanı, müracaatların kabul edilmesi, sözleşmenin yapılması, sözleşme süreleri, sözleşmenin feshedilmesi, görevde başarısız olma ve kendilerinden istifade edilmeme halleri ve bunlara yapılacak işlemler, sözleşmenin uzatılmasında uygulanacak esaslar, sınav,

öğretim ve eğitimin esas, şekil ve süreleri, kıt'a, karargâh, kurum ve idari işlerde görevlendirilmeleri, izin, ayırma, atamalar, yer değiştirmeler, astlık-üstlük münasebetleri, sicil işlemlerine ilişkin usul ve esaslar, muvazzaf subay veya astsubay statüsüne geçirilecekler için uygulanacak usul ve esaslar, sözleşme yapmaya yetkili makamlar, meslek içi eğitim ve ihtisas kurslarının süresi ve şekli, giyim, kuşam ve istihkaklarının verilme usulü, sağlık işlemleri, Türk Silâhlı Kuvvetlerinden ilişiği kesilenlerin kendilerine yapılan eğitim, öğrenim ve yetiştirme masraflarının geri ödeme esasları ile diğer hususlar, bu Kanunun yürürlüğe girmesini takip eden altı ay içerisinde Millî Savunma Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığınca müştereken çıkarılacak bir yönetmelikte gösterilir.”

32. 27/4/2002 tarihli ve 24738 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Sözleşmeli Subay ve Astsubay Yönetmeliği’nin 14. maddesi şöyledir:

“Sözleşmenin yenilenmesi ve uzatılması aşağıda belirtilen esas ve usullere göre yapılır.

a) Sözleşmeli subay ve astsubaylardan, sözleşmesini yenilemek isteyenler sözleşme süresinin sona erme tarihinden 6 ay önceden başlamak suretiyle dilekçe ile ilk amirine müracaat eder. Bu dilekçeler, EK-C’de belirtilen nitelik belgesi ile beraber silsileler yolu ile Kuvvet Komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığına gönderilir. Sözleşmenin yenilenip yenilenmemesi konusundaki nihai karar Kuvvet Komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı tarafından verilir. Uygun görülenlerin sözleşmesinin yenileneceği, sözleşmenin bitiminden önce bildirilir. Sözleşme, ilgili sözleşmeli subay veya astsubayın talebinin idarece kabul edildiğinin bildirilmesi ile yenilenir... ”

33. 2937 sayılı Kanun’un “Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının görev ve yükümlülükleri” kenar başlıklı 5. maddesinin (a) numaralı fıkrası şöyledir:

“Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının Devlet istihbaratına ilişkin görevleri şunlardır:

a) Kendi konularında;

1. Görevlerinin gerektirdiği istihbaratı oluşturmak,
2. MİT tarafından istenecek haber ve istihbaratı elde etmek,
3. İstihbarata karşı koymak. ”

34. 1324 sayılı Kanun’un “Görev, yetki ve sorumluluk” kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir:

“Genelkurmay Başkanı, Silahlı Kuvvetlerin savaşa hazırlanmasında; personel, istihbarat, harekât, teşkilat, eğitim, öğretim ve lojistik hizmetlerine ait ilke ve öncelikler ile ana programlarını tespit eder.

Bunlardan;

a) İstihbarat, harekât, teşkilat, eğitim, öğretim ve tedarik dışındaki lojistik hizmetlerin Kara, Deniz, Hava Kuvvetleri komutanlıkları ve Genelkurmay Başkanlığına bağlı kuruluşlar ile uygulanmasını sağlar. .

b) Personel hizmetleri, özel kanunlarına göre yürütülür.

c) Lojistik tedarik hizmetleri için, tespit etmiş olduğu ilke, öncelik ve ana programları, bu hizmetleri yürütecek olan, millî Savunma Bakanlığına bildirir. ”

35. 14/5/2007 tarihli Genelkurmay Başkanlığı, MY 411-7 TSK-NET E-Posta Sistemi Yönergesi'nin birinci bölümünün “Amaç ” başlıklı 1. maddesi şöyledir:

“Bu yönergenin amacı; karargâhlarda yürütülen faaliyetlerin eş güdümü, bilgi arzı, emirlerin tebliği, göreve yönelik bilgi alışverişi de dahil olmak üzere görevin etkinliğini artıracak bilgilendirmeye, TSK personeli arasında sosyal etkinliklere olanak sağlayacak yeni yıl, bayram kutlamaları ve benzeri mesajların gönderilmesi maksadıyla tesis edilen TSK-Net E-Posta Sistemi'nin kullanımı ve işletme-yönetimine ilişkin esasları belirlemektir. ”

36. Aynı Yönerge'nin birinci bölümünün “Kapsam” başlıklı 2. maddesinin (a) numaralı fıkrası şöyledir:

“Bu yönerge, TSK-Net ortamında TSK-Net E-Posta Sistemi sunucusu açmaya, işletmeye ve idame etmeye yetkili tüm birlik, karargâh ve kurumlar ile bu sunuculardan hizmet almak suretiyle sistemi kullanan tüm TSK personelini kapsar.”

37. Aynı Yönerge'nin birinci bölümünün “Esaslar” başlıklı 4. maddesinin (e) numaralı fıkrası şöyledir:

“Sistemin amaç dışı kullanımını önlemek maksadıyla yönetici düzeyinde Yönergede belirtilen denetim sistemi kurulur. Bu denetim mekanizması ile sistemde dolaşan e-postalar sürekli kontrol edilerek amaç dışı kullanımda bulunanlar tespit edilir. ”

38. Aynı Yönerge'nin birinci bölümünün "Görev ve sorumluluklar" başlıklı 5. maddesi şöyledir:

a)Kuvvet Komutanlıkları(...)nın Görev ve Sorumlulukları:

(6) Etkili bilgisayar kullanımı, bilgi sistemleri güvenlik tedbirleri ve kullanıcıları ilgilendiren bilgisayar işletme usulleri hakkında bilgilendirici ve eğitici mahiyette brifingler hazırlayarak, bu brifinglerin her yıl en az iki defa tüm kullanıcılara verilmesini sağlamaktır.

b) Kişisel sorumluluk:

....

(2) E-posta sistemini amacı dışında kullanan ve bunu alışkanlık haline getiren personel hakkında, eylemi ayrıca başka bir suç teşkil etmese dahi, yasal işlem yapılır. "

39. Aynı Yönerge'nin dördüncü bölümünün "Denetim mekanizmaları" başlıklı 5. maddesi şöyledir:

"a. E-postaların ihtiyaç duyulduğunda denetimini sağlamak üzere e-posta içerikleri ve iz bilgileri merkezi olarak saklanır ve yedeklenir.

b. Yönerge ile belirlenen e-posta kullanım esaslarını denetlemek maksadıyla Genelkurmay Başkanlığı, MSB.lığı (emirlerine maruzdur), Kuvvet komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı karargahlarında İstihbarat Başkanlıkları bünyesinde ilave kadro ihtiyacı getirmeyecek şekilde e-posta 'denetim birimi ' teşkil edilir.

c) Bahse konu denetim birimleri;

(1) Gönderilen e-postaları, hazırlayacakları ayhk/yıllık denetim planları kapsamında veya habersiz olarak, göreve/hizmete yönelik olup olmaması ve İstihbarat/İstihbarata Karşı Koyma (İKK) yönlerinden inceler,

(2) E-posta incelemelerini talep/ihbar üzerine veya örnekleme metodu ile yapar,

(3) Kullanıcı bilgisi dahilinde veya sunuculara yönlendirilerek toplanan e-postaları kullanıcıdan habersiz olarak denetlemek suretiyle gerçekleştirir,

(4) Tespit ettikleri sorunlu hususları (denetim sonuçlarını) yayımlar ve takip eder.

ç. Yönergede yer alan diğer hususların denetimi, genel denetleme heyetleri ve MEBS

Denetleme heyetleri tarafından gerçekleştirilir. ”

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

40. Mahkemenin 3/3/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

41. Başvurucu, özel hayatına ait bulunan e-postalarının hâkim kararı olmaksızın incelenip kayıt altına alındığını, somut olay ve kanıtlarla desteklenmeyen ve kim tarafından yazıldığı belli olmayan, içeriğinde kanuna aykırı bir yazı bulunmayan e-postalara dayanılarak savunması alınmaksızın süresi biten astsubay sözleşmesinin yenilenmediğini, bu işleme karşı açtığı davada AYİM’in, delil niteliği taşımayan belgelere itibar ederek davayı reddettiğim belirterek, Anayasa’nın 5., 10., 11, 20., 35., 36., 37., 38., 49., 60. ve 129. maddelerinde düzenlenen haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştü; hak ihlali tespiti ile birlikte yeniden yargılama yapılması ve tazminat talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

42. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Somut olayda başvuru Hava Kuvvetleri Komutanlığında sözleşmeli astsubay olarak çalışmış, sözleşme süresinin sona ermesi üzerine sözleşmesi yenilenmemiştir. Bu işlemin, Hava Kuvvetleri Komutanlığında sadece personelin kullandığı TSK-NET E-posta Sistemi üzerinden başvuru e-posta adresine gönderilen veya başvuru gönderdiği iletiler dikkate alınarak tesis edildiği anlaşılmıştır. Söz konusu iletilerin; başvuru kendisine ait herhangi bir bilgi, resim, görüntü, kayıt vb. hususları içerdiği yönünde bir tespit bulunmamaktadır. Sözleşmesinin yenilenmemesi işleminin somut sebebini başvuruya ait kurumsal e-posta hesabının ve içeriklerinin denetlenmesi oluşturduğundan başvuru iddiaları, Anayasa’nın 20. maddesinde yer alan özel hayatın gizliliği hakla ile 22. maddesinde yer alan haberleşme hürriyeti çerçevesinde ele alınmıştır.

43. Başvurucunun dilekçesinde ifade ettiği ve Anayasa’nın 49. maddesinde yer alan çalışma hakkı ve ödevi, Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden olmakla beraber Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokollerden herhangi birinin kapsamına girmemektedir. Ancak başvuru çalışma özgürlüğü konusundaki şikâyeti, Anayasa ve Sözleşme’nin ortak koruma alanında olan özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyeti ile bağlantılıdır. Bu

nedenle başvurunun; Anayasa'nın 49. maddesinin ihlal edildiği yönündeki iddiasının, Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerinin ihlal edildiği yönündeki iddiaları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

44. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan başvurunun, kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

45. Bakanlık görüşünde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) benzer kararlarına atıf yapılarak Sözleşme'nin 8. maddesinin; özel bir sosyal hayat sürdürmeyi güvence altına aldığı, meslek hayatı çerçevesinde yürütülen faaliyetleri de özel hayat kavramı dışında tutmak için ilkesel bir neden bulunmadığı, devlet memuru olarak atanan bir kişinin işten çıkarılmasına ilişkin olarak 8. madde kapsamında şikâyetle bulunabileceği, kişilerin özel hayatının sorgulanmasının ve bunun doğurduğu idari sonuçların, buna ilave olarak kişilerin davranış ve tutumlarını gerekçe göstererek görevden alınmalarının özel hayatın gizliliğine yapılmış bir müdahale olduğu, millî güvenlik bakımından önemli kadrolarda çalışmak isteyen adayların bu işe uygunluğu değerlendirilirken bu kişiler hakkında toplanan bilgilerin kullanılması mümkün olmakla birlikte millî güvenliği korumak için getirilen sistemin kötüye kullanmaya karşı yeterli ve etkili güvencelere sahip olması gerektiği belirtilmiştir.

46. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanlarında, 'Bakanlık görüşünde belirtilen hususlara tamamıyla katıldığını bildirmiştir.

47. Hava Kuvvetleri Komutanlığının 10/7/2015 tarihli yazısında, e-posta sistemi üzerinden yapılacak yazışmaların E-Posta Denetim Birimi tarafından denetleneceği hususunun TSK personelinden gizlenmediği, 14/5/2007 tarihli Genelkurmay Başkanlığı MY 411-7 TSK-NET E-Posta Sistemi Yönergesi'nin her personelin bilgisayarını aracılığıyla rahatlıkla ulaşabileceği intranet ortamında yayımlanarak personele ilanen tebliğ edildiği, 2006 yılından itibaren Hava Kuvvetleri Komutanlığı birliklerinin tamamında her yıl düzenli olarak icra edilen Muhabere Elektronik Bilgi Sistemleri (MEBS), Güvenlik Brifingleri ve Bilgi Sistemleri Güvenliği Brifingleri kapsamında bilgi sistemlerinin kullanım esaslarının ve bilgi sistemleri güvenliğinin uygulamalı olarak personele izah edildiği, güvenlik brifinglerini almaksızın görev bilgisayarını kullanması ve cari işlemlerini gerçekleştirmesi mümkün olmayacağından, başvurusunun söz konusu brifingleri almış olduğunun kabulü gerektiği belirtilmiştir.

48. Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."

49. Anayasa'nın "Haberleşme hürriyeti" kenar başlıklı 22. maddesi şöyledir:

"Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir."

50. Anayasa'nın 20. maddesinde özel hayatın gizliliği hakkı düzenlenmiştir.

Özel hayat geniş bir kavram olup kapsayıcı bir tanımının yapılması oldukça zordur. Bununla beraber bu kavram; kişinin maddi ve manevi bütünlüğü, fiziksel ve sosyal kimliği, bireyin ismi, cinsel yönelimi, cinsel yaşamı gibi unsurları korumaktadır {Ahmet Acartürk, B. No: 2013/2084, 15/10/2015, § 46}. Kişisel bilgiler ve veriler, kişisel gelişim, aile hayatı vb. konular da bu hakkın içinde yer almaktadır.

51. Özel hayat, “özel bir sosyal hayat” sürdürmeyi yani kişinin sosyal kimliğini geliştirme hakkı anlamında bir “özel hayatı” güvence altına almaktadır. Bu yönü ile değerlendirildiğinde bahsi geçen hak, ilişki kurmak ve geliştirmek üzere çevresinde bulunanlarla temas kurma hakkını da içermektedir. AİHM içtihatlarında mesleki hayat çerçevesinde yürütülen faaliyetlerin “özel hayat” kavramı dışında tutulamayacağı belirtilmektedir. Mesleki hayata getirilen sınırlamalar, bireyin sosyal kimliğini yakınlarında bulunan insanlarla olan ilişkilerini geliştirme şeklinde yansıttığı ölçüde Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamına girebilmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki insanların büyük çoğunluğu, dış dünya ile olan ilişkilerini geliştirme olanaklarını en çok mesleki hayatları çerçevesinde yürüttükleri faaliyet kapsamında elde etmektedir (Özpınar/Türkiye, B. No. 20999/04, 19/10/2010, § 45; Niemietz/Almanya, B. No: 13710/88, 16/12/1992, § 29).

52. AİHM, mesleki hayat çerçevesinde kişilerin özel hayatı hakkında sorgulanmasının ve bunun doğurduğu idari sonuçların, buna ek olarak kişilerin davranış ve tutumları gerekçe gösterilerek görevden alınmalarının, özel hayatın gizliliğine yapılmış bir müdahale oluşturduğunu vurgulamaktadır (Özpınar/Türkiye, §§ 47, 48).

53. Anayasa’nın 22. maddesinde, herkesin haberleşme hürriyetine sahip olduğu ve haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu hüküm altına alınmıştır. Sözleşme’nin 8. maddesinde de herkesin haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu düzenlemesine yer verilmiştir. Anayasa ve Sözleşme’nin ortak koruma alanı, haberleşme hürriyetinin yanı sıra içeriği ve biçimi ne olursa olsun haberleşmenin gizliliğini de güvence altına almaktadır. Haberleşme bağlamında bireylerin karşılıklı ve toplu olarak sözlü, yazılı ve görsel iletişimlerine konu olan ifadelerinin gizliliğinin sağlanması gerekir. Posta, e-posta, telefon, faks ve internet aracılığıyla yapılan haberleşme faaliyetlerinin haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği kapsamında değerlendirilmesi gerekir (Mehmet Koray Eryaşa, B. No: 2013/6693, 16/4/2015, § 49).

54. Haberleşme hürriyeti ve haberleşmenin gizliliği ilkesi, kişilerin sadece özel meskenlerinde yaptıkları iletişimlerini değil; aynı zamanda iş yerlerinde yaptıkları haberleşmeleri de güvenceye almaktadır (Bülent Polat [GK], B. No: 2013/7666,

10/12/2015, § 65)

55. Kamu makamlarının, bireyin haberleşme özgürlüğüne ve haberleşmesinin gizliliğine keyfî bir şekilde müdahale etmelerinin önlenmesi, Anayasa ve Sözleşme ile sağlanan güvenceler kapsamında yer almaktadır (Mehmet Koray Eryaşa, § 50).

a. Müdahalenin Varlığı

56. Somut olayda başvurucunun Hava Kuvvetleri Komutanlığı sistemine bağlı resmî e-posta adresine gelen ve bu hesaptan gönderilen e-postaların E-posta Denetim Birimi tarafından denetlendiği, astsubay sözleşmesinin yenilenmemesi işlemi tesis edilirken idarenin söz konusu e-posta içeriklerini de dikkate aldığı, başvurucunun bu işleme karşı açtığı davayı reddeden AYİM Birinci Dairesinin 21/5/2013 tarihli kararının gerekçesinde, anılan e-posta içeriklerinin değerlendirildiği anlaşılmıştır. Bu durumda başvurucunun, iş yerinde aldığı ve gönderdiği e-postaların toplanması, saklanması, bu iletilerin içeriklerinin başvuru hakkında tesis edilen idari işleme (sözleşmesinin yenilenmemesi) dayanak alınması suretiyle özel hayatın gizliliği hakkına ve haberleşme özgürlüğüne müdahalede bulunulduğu sonucuna varılmıştır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

57. Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında, çeşitli nedenlerle özel hayatın korunması hakkına sınırlamalar getirilebileceği belirtilerek bu hakkın mutlak olmadığı kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da "temel hak ve hürriyetlerin doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu gibi Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallar da temel hak ve hürriyetlerin doğal sınırını oluşturur. Bir başka deyişle, temel hak ve özgürlüklerin kapsamının ve objektif uygulama alanının her bir norm yönünden bağımsız olarak değil Anayasa'nın bütünü içerisindeki anlama göre belirlenmesi gerekir " ifadesine yer verilmiştir (AYM, E. 2012/100. K. 2013/84, 4/7/2013).

58. Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında ise haberleşme hürriyeti bakımından sınırlama sebepleri gösterilmiştir.

59. Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanımla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. ”

60. Belirtilen Anayasa hükmü, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olup Anayasa’da yer alan bütün hak ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından hangi ölçütler gözönünde bulundurularak sınırlandırılabilceğini ortaya koymaktadır. Anayasanın bütünselliği ilkesi çerçevesinde Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları gözönünde tutularak uygulanması zorunlu olduğundan belirtilen düzenlemede yer alan başta kanun ile sınırlama kaydı olmak üzere tüm güvence ölçütlerinin, Anayasa’nın 20. ve 22. maddesinde yer verilen hakların kapsamının belirlenmesinde de gözetilmesi gerektiği açıktır (Sevim Akat Eşki, B.No: 2013/2187, 19/12/2013, § 35).

61. Dolayısıyla özel hayatın gizliliği hakkı ile haberleşme hürriyetine yapıldığı iddia edilen müdahalelerin incelemesinde kanunilik ve müdahaleyi haklı kılan sebeplerin var olup olmadığı, her somut olayın kendi koşulları içinde değerlendirilmelidir.

i. Kanunilik

62. Hava Kuvvetleri Komutanlığında görev yapan askerî personele ait kurumsal e-posta hesabının ve içeriklerinin denetlenmesinin kanuni dayanağının bulunup bulunmadığı Anayasa Mahkemesince daha önceden verilen kararlarda incelenmiştir. Buna göre Mahkeme; 2937 sayılı Kanun’un 5. maddesi ve 1324 sayılı Kanun’un 2. maddesinde belirtilen hükümlerin, TSK personelinin e-postalarının istihbarata ve istihbarata karşı koyma hassasiyeti çerçevesinde denetleneceğini açıkça düzenlemese de istihbarata karşı koymanın kamu kurum ve kuruluşlarının görevi olduğunu ve Genelkurmay Başkanının, istihbarat hizmetini Kuvvet Komutanlıkları ve bağlı kuruluşları aracılığıyla yürüteceğini belirttiği; bu kanuni düzenlemeler çerçevesinde Genelkurmay Başkanına verilen yetkinin, istihbarat hizmetinin yürütülmesi kapsamında düzenleyici işlemler yapmayı da içerdiği; anılan yetki doğrultusunda çıkarılan Genelkurmay Başkanlığının 27/2/2006 tarihli ve Hava Kuvvetleri Komutanlığının 22/3/2006 tarihli emirlerinin yayımlandığı, söz konusu emirlerde yer alan hususların özel bir yönerge hâline getirilerek 14/5/2007 tarihli Genelkurmay Başkanlığı MY 411-7 TSK-NET E-posta Sistemi Yönergesi’nin (Yönerge) oluşturulduğu; Yönerge’nin, askerî personelin resmî e-posta hesabından gönderilen iletilerin denetlenebileceğine ilişkin yeterli açıklıkta hükümler içerdiği, söz konusu düzenlemelerin “kanunilik” ölçütünü karşıladığı sonucuna varmıştır

(Bülent Polat §§ 73-96). Somut olayda bu karardan ayrılmayı gerektirecek herhangi bir neden bulunmamaktadır.

63. Başvurucunun astsubay sözleşmesinin yenilenmemesi işleminin ise 4678 sayılı Kanun'un 10. ve 12. maddeleri ile Sözleşmeli Subay ve Astsubay Yönetmeliği'nin 14. maddesi temelinde yürütüldüğü görülmüştür.

64. Bu kapsamda somut olayda başvurucunun özel hayatın gizliliği hakkı ve haberleşme hürriyetine yapılan müdahalenin kanuni dayanağının mevcut olduğu anlaşılmıştır.

ii. Meşru Amaç

65. Somut olayda başvurucunun resmî e-posta adresi üzerinden gönderdiği ve bu e-posta hesabına gelen iletilerin denetlenmesiyle elde edilen e-posta içeriklerinin, sözleşmesinin yenilenmemesi işlemine dayanak alınması nedeniyle haberleşme hürriyeti ve özel hayatın gizliliği hakkına müdahale oluşmuştur. Görüleceği üzere anılan müdahale, hem Anayasa'nın 22. maddesinde öngörülen haberleşme hürriyeti hem de 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği hakkının kapsamı içinde kalmaktadır.

66. Haberleşme hürriyetine yapılan müdahalenin meşru kabul edilebilmesi için bu müdahalenin, Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında sayılmış olan millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden bir veya birkaçına dayanması gerekir.

67. TSK'nın personeline görev nedeniyle tahsis ettiği resmî e-posta adreslerinden yapılan haberleşme üzerindeki söz konusu denetlemenin bilgi güvenliği ve istihbarata karşı koyma amacına yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bu kapsamda somut başvuruda, ülke güvenliğini sağlamak ve korumakla yükümlü askerî idarenin söz konusu müdahalesinin, askerî hizmetin yürütülmesine yönelik olarak kendi personeli arasında iletişimi sağladığı sistem üzerinden üretilen ve paylaşılan verilerin güvenliğinin sağlanmasını hedeflediği anlaşılmıştır. Dolayısıyla söz konusu müdahalenin; bilgi güvenliği ve istihbarata karşı koyma kapsamında millî güvenliğin korunması amacını taşıdığı, bunun da Anayasa'nın 20. ve 22. maddeleri çerçevesinde meşru bir amaç olduğu sonucuna varılmıştır {Bülent Polat, §§ 101-103}.

iii. Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olma ve Ölçülülük

68. Bireyin temel haklarına yapılan müdahale ile bu müdahaleyle güdülen meşru amaç arasında bir orantı bulunması zorunludur. Anayasa'nın 13. maddesinde, bu orantının

değerlendirilmesi noktasında dikkate alınmak üzere demokratik toplumda gereklilik, hakkın özü ve ölçülülük unsurlarına riayet edilmesi şeklinde üç ayrı güvence ölçütüne daha yer verilmiştir (Marcus Frank Cerny [GK], B. No: 2013/5126, 2/7/2015, §70).

69. AİHM içtihatlarında ifade edilen demokratik toplumda zorunluluk kavramı, müdahale teşkil eden eylemin acil bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanması ve takip edilen meşru amaç bakımından orantılı olması unsurlarını içermektedir (Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık, B.No: 5947/72, 25/3/1983, § 97).

70. Hakkın özü, dokunulduğunda söz konusu temel hak ve özgürlüğü anlamsız kılan asli çekirdeği ifade etmekte olup bu yönüyle her temel hak açısından kişiye dokunulmaz asgari bir alan güvencesi sağlamaktadır. Bu çerçevede hakkın kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren, hakkı kullanılamaz hâle getiren veya ortadan kaldıran sınırlamaların, hakkın özüne dokunduğu kabul edilmelidir. Haberleşme hürriyeti bağlamında da bu hakkın ortadan kaldırılması, kullanılamaz hâle getirilmesi veya kullanılmasının aşırı derecede güçleştirilmesi sonucunu doğuran müdahalelerin, bu hakkın özünü zedeleyeceği açıktır. Ölçülülük ilkesinin amacı da temel hak ve özgürlüklerin, gereğinden fazla sınırlandırılmasına! önlenmesidir. Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca ölçülülük ilkesi, sınırlama için kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmasını ifade eden elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşmak bakımından zorunlu olmasına işaret eden zorunluluk ve araçla amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmaması ile sınırlamanın ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesini ifade eden oranlılık unsurlarını içermektedir (AYM, E.2012/100, K.2013/84,4/7/2013).

71. Belirtilen ölçütlere riayetle bir sınırlandırma yapıp yapılmadığının tespiti için müdahale teşkil eden önlemin temelini oluşturan meşru amaç karşısında, bireye düşen fedakârlığın ağırlığının gözönünde bulundurulması ve gözetilen genel yararın gerekleri ile bireyin temel hakkının korunması arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının belirlenmesi zorunludur. Anayasa'nın 13. maddesi vasıtasıyla Anayasa'da yer alan tüm temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda geçerli olan bu denge, özel hayatın gizliliği hakkı ile haberleşme hürriyetinin sınırlandırılmasında da gözönünde bulundurulmalıdır. Öte yandan personel rejimi gibi sıkı kural ve şartlara tabi bir alanda, kamu makamlarının faaliyetin niteliği ve sınırlamanın amacına göre değişen geniş bir takdir yetkisinin bulunması doğaldır. Bununla birlikte haberleşme hürriyeti ve özel hayatın gizliliği hakkı ile kamu hizmetinin yukarıda belirtilen temellere uygun yürütülmesini gözetmek konusundaki meşru menfaat arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının gözönünde bulundurulması zorunludur (Marcus Frank Cerny, § 73).

72. Kişinin kamu görevlisi olması, kendisine sağladığı birtakım ayrıcalıklar ve avantajların

yanında bazı külfet ve sorumluluklara katlanmayı ve diğer kişilerin tabi olmadığı sınırlamalara tabi olmayı da gerektirmektedir. Kişi, kamu görevine kendi isteği ile girmekle bu statünün gerektirdiği ayrıcalıklardan yararlanmayı ve külfetlere katlanmayı kabul etmiş sayılmakta olup kamu hizmetinin kendine has özellikleri, bu avantaj ve sınırlamaları zorunlu kılmaktadır (İhsan Asutay, B. No: 2012/606, 20/2/2014, §38).

73. AİHM kararlarında, kamu görevlilerinin iş yerlerindeki telefon görüşmelerinin, kendilerine tahsis edilen bilgisayarlar üzerinden yaptıkları e-posta haberleşmelerinin, internet kullanımlarının belirli ölçüde kontrolünün başlı başına Sözleşme'nin ihlaline sebebiyet vermeyeceği, bu konuda iş yerinin olağan ve makul gereksinimleri ve meşru amaçlar dikkate alınarak bir değerlendirmede bulunmanın gerekli olduğu belirtilmiştir (Copland/Birleşik Krallık, B. No: 62617/00, 3/4/2007, § 48).

74. Somut olayda, başvurucunun Hava Kuvvetleri Komutanlığı sistemine bağlı resmî e-posta adresine gelen ve bu hesaptan gönderilen e-postaların E-posta Denetim Birimi tarafından denetlendiği anlaşılmıştır. Bu sistem; TSK'nın personeline görev kapsamında kullanılması için tahsis ettiği, dış dünyaya kapalı, sadece askerî personelin birbiriyle iletişim kurmasına ve askerî hizmete ilişkin veri paylaşımına imkân veren sınırlı bir haberleşme sistemidir. Anılan sistemde personelin elektronik imza ve şifreleme suretiyle sadece ilgilileri tarafından okunabilecek dolayısıyla gizliliği korunan e-posta oluşturma imkânı da bulunduğu, bu tarz e-postaların içeriğinin E-posta Denetim Birimi tarafından okunamayacağı anlaşılmıştır. Olayda başvurucunun E-posta Denetim Birimi tarafından denetlenen e-postalarının şifrelenmeden gönderilen iletiler olduğu tespit edilmiştir. İdarenin, bu e-posta sisteminde üretilen verilerin güvenliğinin sağlanması, istihbarat zafiyeti yaratacak verilerin gönderilmesinin önlenmesi ve gerekli şifreleme işleminin yapılıp yapılmadığının, gizlilik ihlali olup olmadığının anlaşılabilmesi için yazışmaların denetlenmesine yönelik idari tedbirler alması; millî güvenliğin korunması meşru amacı kapsamında kaçınılmazdır. İdare; askerî personelin resmî e-posta adreslerinden yaptıkları yazışmaların denetlenmesinin esaslarını, ilgili mevzuatta yeterince açık bir şekilde düzenlemiş ve tüm personeline ilan edilmiştir.

75. Öte yandan başvuru, Hava Kuvvetleri Komutanlığında astsubay olarak görev yapmış ve sözleşme süresi bittikten sonra sözleşmesi idarenin takdir yetkisine dayanarak yenilenmemiştir. İdare, bu takdir yetkisini somutlaştırırken sözleşmeli personel ihtiyaç durumunun yanı sıra başvurucunun resmî e-posta hesabından gönderdiği ve bu e-posta hesabına diğer kişiler tarafından gönderilmiş olan iletilerin içeriğine dayanmıştır. E-Posta Denetim Birimi tarafından yapılan denetimin sonucunda, başvurucunun 1/1/2006-14/6/2010 tarihleri arasında resmî e-posta hesabından 3 adet gizlilik ihlali içeren, 352 adet göreve ilişkin olmayan sohbet içerikli, 393 adet sosyal

amaçlı mesaj gönderdiği; anılan dönemde başvurucunun hesabına 4 adet gizlilik ihlali içeren, 2 adet siyasi propaganda içeren, 522 adet göreve ilişkin olmayan sohbet içerikli, 587 adet sosyal amaçlı mesaj gönderildiği tespit edilmiştir. Buna göre başvurucunun e-posta hesabım tur ve gezi organizasyonları düzenleme amaçlı kullandığı, organizasyonları binbaşı rütbesinde bir asker ile birlikte yaptığı, aldığı ve gönderdiği e-postalarda gizlilik ihlali yaptığı, siyasi/propaganda içerikli e-postalar aldığı sonucuna varıldığı görülmüştür. Başvurucunun resmî e-posta hesabından diğer askerî personele gönderdiği ve E-Posta Denetim Biriminin gizlilik ihlali olarak değerlendirdiği iletilerin içeriğine yönelik herhangi bir açıklama bulunmamakla birlikte anılan iletilerde yer alan bilgilerin askerî yazışma ağının dışına sızdırıldığı yönünde ya da söz konusu e-postaların gönderildiği askerî personelin bu bilgiye erişim yetkilerinin bulunmadığı yönünde bir tespite yer verilmemiştir.

76. İstihbari faaliyet çerçevesinde elde edilen söz konusu e-postalar, 2006-2010 yıllarında gönderilmiş ve bu durum E-Posta Denetim Birimi tarafından yapılan denetim sonucunda 24/6/2010 tarihinde tespit edilmiştir. Anılan e-posta içerikleri, başvurucunun sözleşmesinin yenilenmemesi işlemine dayanak olarak alınmıştır. Söz konusu e-posta içeriklerinde, göreve ilişkin olmayan sohbet içerikli ve sosyal amaçlı paylaşımların, tarihî bir kısım olaylara ilişkin yazı ve resimlerin bulunduğu görülmektedir.

77. Askerî disiplinin gerekleri açısından daha sıkı kuralların geçerli olduğu bir statüde personel istihdam ederken TSK'nın takdir yetkisinin daha geniş olduğu dikkate alınmalıdır. Buna göre göreve ilişkin amaçlar doğrultusunda kullanılması gereken bir elektronik haberleşme sisteminin ve bu kapsamda, anılan sistem içerisindeki yazışmaların denetlenmesinin ve sonucunda bu haberleşme sisteminin amaç dışında kişisel nedenlerle kullanıldığının tespit edilmesi hâlinde bu kullanıma müdahalede bulunulmasının, demokratik bir toplumda gerekli olarak kabul edilebileceği sonucuna ulaşılmıştır.

78. Başvurucunun haberleşme hürriyetine ve özel hayatın gizliliği hakkına yönelik müdahalenin ölçülü olup olmadığının belirlenmesinde, söz konusu e-postaların içeriğinde yer alan bilgilerin niteliği ile bu bilgilerin kullanılış şekline ve anılan bilgilerin dayanak alınması sonucu uygulanan yaptırımın ağırlığına bakılarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

79. İdare, söz konusu resmî e-posta hesabının başvuru tarafından görev harici olarak ve Yönerge ile belirlenen kurallara aykırı şekilde kullanıldığını tespit ettikten sonra da başvurucuyu sözleşme süresinin bitimine kadar (yaklaşık 2 yıl süreyle) istihdam etmeye devam etmiş, bu süreç içerisinde başvuru hakkında disiplin soruşturması yapılmadığı

gibi sözleşmenin feshedilmesi de dâhil olmak üzere herhangi bir yaptırım uygulanmamıştır. Dolayısıyla başvurucunun anılan eyleminin kamu hizmetinde bulunmaya engel olacak nitelikte bulunmadığı, dolaylı olarak idare tarafından da kabul edilmiştir.

80. Başvurucu hakkında uygulanan resmî e-posta hesabı üzerinden yaptığı iletişimin denetlenmesi sonucunda bu hesabın kullanım şekli dolayısıyla sözleşmenin yenilenmemesi işleminin, başvurucunun mesleki hayatı üzerinde olduğu kadar, temel geçim kaynağından yoksun kalması nedeniyle ekonomik geleceği üzerinde de önemli bir etkisi bulunmaktadır. Sözleşmesi yenilenmeyen askerî personele 4678 sayılı Kanun'un 16. ve 18. maddeleri uyarınca belirli koşulların varlığı hâlinde, bir kısım sosyal haklardan ve sağlık hizmetlerinden sınırlı bir süre yararlanma ve tazminat alabilme imkânı tanınmış ise de (bkz. §§ 29, 30) bütün bunların iş kaybı gibi ağır bir sonucu telafi etmeye yetmeyeceği açıktır. Kaldı ki anılan imkânlardan yararlanmanın ön koşulu, sözleşmenin yenilenmemesinde personelin bir kusurunun bulunmaması olup somut olayda sözleşmenin yenilenmemesi olarak dayandırılan nedenler gözönüne alındığında, başvurucunun söz konusu imkânlardan hiç yararlanamaması da söz konusu olabilecektir. Öte yandan 9 yıl süreyle astsubay olarak görev yaptıktan sonra sözleşmesi yenilenmeyen başvurucunun, mesleği gereği TSK dışında başka bir yerde iş bulmasının diğer meslek sahibi kişilere göre daha zor olduğu hususu da dikkate alınmalıdır.

81. Başvurucunun dava konusu ettiği işlemin; sözleşmesinin feshi değil, sözleşmenin yenilenmemesi işlemi olduğu dikkate alınsa bile sicil notları çok iyi düzeyde olan, sicil amirlerince hakkında herhangi bir olumsuz kanaat bildirilmeyen, disiplin cezası bulunmayan, takdir ve ödül belgeleri ile taltif edilen ve hakkında "çok iyi" seviyede nitelik belgesi düzenlenen başvuru yönünden; resmî e-posta hesabının görev harici işlerde kullanılmasının ve bu bağlamda bu hesaptan sohbet ve sosyal amaçlı paylaşımlarda bulunulmasının, 9 yıllık görev (sözleşme) süresinin bitiminde sözleşmesinin yenilenmemesine dayanak olarak kabul edilmesinde, sınırlandırma ile ulaşılabilecek genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir dengenin sağlanmadığı; başvurucunun özel hayatına ve haberleşme hürriyetine yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğu sonucuna varılmıştır.

82. Açıklanan nedenlerle başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ve 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Nuri NECİPOĞLU, Celal Mümtaz AKINCI ve M. Emin KUZ bu görüşe katılmamışlardır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

83. 30/11/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. ...

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçların ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”

84. Başvurucu, ihlalin tespitiyle uyuşmazlık hakkında yeniden yargılama yapılmasına hükmedilmesini talep etmiştir.

85. Başvuruda, Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ve 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

86. Özel hayatın gizliliği hakkının ve haberleşme hürriyetinin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere AYİM Birinci Dairesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

87. Başvurucu tarafından maddi ve manevi tazminat talebinde bulunulmuş olmakla beraber yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesinin başvurucunun ihlal iddiası açısından yeterli bir tazmin oluşturduğu anlaşıldığından başvurucunun tazminat taleplerinin reddine karar verilmesi gerekir.

88. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 198,35 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.998,35 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi

gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ve 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin İHLAL EDİLDİĞİNE Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Nuri NECİPOĞLU, Celal Mümtaz AKINCI ve M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Kararın bir örneğinin özel hayatın gizliliği hakkının ve haberleşme hürriyetinin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Birinci Dairesine GÖNDERİLMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

D. Başvurucunun tazminat taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

E. 198,35 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.998,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA OYBİRLİĞİYLE,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE OYBİRLİĞİYLE

3/3/2016 tarihinde karar verildi.

Başvuru Numarası : 2013/9704

Karar Tarihi : 3/3/2016

KARŞIOY GEREKÇESİ

“Sözleşmeli” subay/astsubay statüleri “muvazzaf” subay/astsubay statülerine nazaran farklılık göstermekte olup; başvuruya konu olayın somutunda olduğu gibi “sözleşmenin yenilenmesi” işleminde idarenin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Kuşkusuz bu takdir yetkisinin objektif şekilde ve kamu yararına uygun biçimde kullanılması

gerekmekle beraber, başvurucunun önceki sözleşme süresi içerisinde kamu hizmeti için kendisinin kullanımına verilen bilgisayarda e-posta olarak 3 adet gizlilik ihlâli içeren, 352 adet göreve ilişkin olmayan sohbet içerikli, 393 adet sosyal amaçlı mesaj gönderdiği fiili gerçeği karşısında, gelecek sözleşme dönemi için kendisinden verim alınamayacağı değerlendirmesine dayalı, disiplin ve askeri hizmet gereklerini dikkate alan, dolayısıyla kamu yararına kullanıldığı anlaşılan “sözleşmesinin yenilenmemesi” işleminde takdir yetkisinin objektifliğini zedeleyen bir durumun bulunmadığı görüldüğünden; askeri idari yargı yerince bu işlemin iptali istemiyle açılan davada verilen red kararının herhangi bir hak ihlâline yol açmadığı, bu nedenle özel hayata saygı ve haberleşme hürriyetinin ihlâli nedenlerinin bulunmadığı kanaatine vardığımızdan, sayın çoğunluğun ihlâlin varlığı yolundaki kararma katılmıyoruz.

Başvuru Numarası : 2013/9704

Karar Tarihi : 3/3/2016

KARŞIOY GEREKÇESİ

- 1.** Başvuru, e-posta yazışmaları dikkate alınarak astsubay sözleşmesinin yenilenmemesi işlemi nedeniyle özel hayatın gizliliği hakkının ve haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.
- 2.** Çoğunluk görüşüyle, başvurucunun e-posta yazışmaları dikkate alınarak süresi biten astsubay sözleşmesinin yenilenmemesinin demokratik toplum düzeninde gerekli ve ölçülü olmadığı gerekçesiyle başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde korunan özel hayata saygı hakkı ile 22. maddesinde korunan haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği yönünde karar verilmiştir.
- 3.** Başvuruya konu olay Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesinde sözleşmeli olarak görev yapmakta olan başvurucunun, kendisine özel iletişimini sağlamasına yönelik başka imkânlar da verilmiş olmasına rağmen göreve ilişkin amaçlar çerçevesinde kullanılması gereken bir elektronik haberleşme sistemini kişisel nedenlerle kullanması nedeniyle süresi biten sözleşmesinin yenilenmemesinden kaynaklanmaktadır.
- 4.** Hava Kuvvetleri Komutanlığının 10/7/2015 tarihli yazışma göre TSK Net E-Posta Sistemi, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin (TSK) personeline görev kapsamında kullanılması için tahsis ettiği, dış dünyaya kapalı, intranet olarak ifade edilen, sadece askerî personelin birbiriyle ve askerî hizmete ilişkin veri paylaşımına imkân veren sınırlı bir haberleşme

sistemidir.

5. Başvurucu 30.8.2003 tarihinde sözleşmeli astsubay statüsünde görev yapmak üzere 9 yıl süreli bir sözleşme imzalayarak Hava Kuvvetleri Komutanlığında göreve başlamış, sözleşme süresi bitiminde sözleşmesinin yenilenmemesine karar verilmiştir. İlgili Kuram tarafından, Hava Kuvvetleri Komutanlığının sözleşmeli personel ihtiyacının planlandığı, ihtiyaç durumu dikkate alınarak ve personelin safahat kayıtları (sicil sırası, ödül/takdir/ceza durumu, ilgili personel hakkındaki istihbarat değerlendirmeleri, almış olduğu eğitimler ve bu eğitimlerdeki başarı durumu) değerlendirilerek idarenin takdir yetkisi çerçevesinde başvurusunun sözleşmesinin yenilenmediği belirtilmiştir. Gözetilen belgelerden biri olan gizli belge Hava Kuvvetleri Komutanlığında sadece personelin kullandığı, TSK Net E-posta Sistemi üzerinden başvurusunun e-posta adresine gönderilen ve başvurusunun gönderdiği iletilere ilişkin 24/6/2010 tarihli E-Posta Denetim Birimi İnceleme Sonuç Raporu ve eklerinden oluşmaktadır. Anılan raporda başvurusunun e-posta hesabını tur ve gezi organizasyonları düzenleme amaçlı kullandığı, organizasyonlara binbaşı rütbesinde bir asker ile birlikte yaptığı, aldığı ve gönderdiği e-postalarda gizlilik ihlali yaptığı, siyasi/propaganda içerikli e-postalar aldığı yönünde tespitler bulunmaktadır. Buna göre başvuru, inceleme dönemi içerisinde (1/1/2006-14/6/2010) Hava Kuvvetleri Komutanlığı sistemine bağlı resmi e-posta hesabından 3 adet gizlilik ihlali içeren, 352 adet göreve ilişkin olmayan sohbet içerikli, 393 adet sosyal amaçlı mesaj göndermiş; anılan dönemde başvurusunun hesabına 4 adet gizlilik ihlali içeren, 2 adet siyasi propaganda içeren, 522 adet göreve ilişkin olmayan sohbet içerikli, 587 adet sosyal amaçlı mesaj gönderilmiştir.

6. Başvuru konusu olaya ilişkin yargı süreçlerinde de konu değerlendirilmiş ve Mahkemeler öncelikle dava konusu yapılanın bir idari sözleşme olduğunu, kendisiyle sözleşme yapılan kimselerin “memur” statüsünde olmadıklarını, sözleşme süresi bitiminde idareyi tekrar sözleşme yapmaya zorlayan bir düzenlemenin bulunmadığını, burada idareye bir takdir yetkisi verildiğini, idarenin kamu hizmetini yürütecek personeli alırken birtakım özelliklere sahip olmasını aramasının ve idare mekanizmasına ve kamu hizmetinin yürütülmesine zararlı olacak personeli bünyesi dışına çıkarmasının doğal olduğunu, dava konusu olayda da idarenin takdir yetkisini hukuka uygun olarak kullandığı ve açık bir değerlendirme hatasının bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

7. Bireysel başvuru yoluyla konu önüne gelen Anayasa Mahkemesinin burada yapacağı değerlendirmenin kapsamının iyi belirlenmesi gerekir. Öncelikle Anayasa’nın 20. maddesinde korunan özel hayata saygı hakkı ile 22. maddesinde korunan haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği iddiaları incelenirken başvurusunun hukuki statüsü, öznel durumu olay öncesindeki uygulamalar ve görev yapılan kurumun nitelik ve özelliklerinin

gözetilmesi gerekir. Somut olayın bu özelliklerinden bağımsız olarak yapılacak değerlendirmeler yanlış sonuçlara neden olabilir.

8. Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesinde bir unsur olan Hava Kuvvetleri Komutanlığının personeline görev kapsamında kullanmaları için tahsis ettiği dış dünyaya kapalı, intranet olarak ifade edilen, sadece askeri personelin birbiriyle ve askeri hizmetlere ilişkin veri paylaşımına imkân veren haberleşme sisteminin akacına uygun kullanımının sağlanmasını sağlama ve amaca aykırı kullanımla ilgili tedbirleri alma konusunda geniş bir takdir yetkisinin bulunduğu açıktır. Nitekim bu amaçla çıkarılan 14.5.2007 tarihli Genelkurmay Başkanlığı MY 411-7 TSK-NET E-Posta Sistemi Yönergesinde buna ilişkin esaslara yer verilmiş, denetim esasları belirlenmiş ve e-posta sistemini amacı dışında kullanan ve bunu alışkanlık haline getiren personel hakkında, eylemi ayrıca başka suç teşkil etmese dahi, yasal işlem yapılacağı Yönergenin 5. maddesinin (2) numaralı fıkrasında açıkça ifade edilmiştir. Hava Kuvvetleri Komutanlığı tarafından anılan Yönerge ve e-posta sisteminin kullanım esaslarına ilişkin talimatların personelin tamamına tebliğ edildiği ve bu konuda personelin ayrıca bilgilendirildiği belirtilmiştir.

9. Başvurucu hakkında sözleşmenin yenilenmemesi yönünde tesis edilen işlem Hava Kuvvetleri Komutanlığında personel arasında kullanılan TSK-NET e-posta sistemi üzerinden başvurucunun gizlilik ihlali içeren, tur ve gezi organizasyonları ve sosyal içerikli olarak gönderdiği ve başvurucuya gönderilen sayıları yüzlerle ifade edilen iletilere dayanmaktadır. Söz konusu iletiler başvurucunun kendisine ait herhangi bir bilgi, resim, görüntü ve kayıt da içermemektedir.

10. Çoğunluk gerekçesinde de vurgulandığı üzere, TSK'nın personeline görev nedeniyle tahsis ettiği resmî e-posta adreslerinden yapılan haberleşme üzerindeki söz konusu denetlemenin bilgi güvenliği ve istihbarata karşı koyma amacına yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bu kapsamda somut başvuruda, ülke güvenliğini sağlamak ve korumakla yükümlü askerî idarenin söz konusu müdahalesinin, askerî hizmetin yürütülmesine yönelik olarak kendi personeli arasında iletişimi sağladığı sistem üzerinden üretilen ve paylaşılan verilerin güvenliğinin sağlanmasını hedeflediği anlaşılmıştır. Dolayısıyla söz konusu müdahalenin; bilgi güvenliği ve istihbarata karşı koyma kapsamında millî güvenliğin korunması amacını taşıdığı, bunun da Anayasa'nın 20. ve 22. maddeleri çerçevesinde meşru bir amaç olduğu sonucuna varılmıştır (Bülent Polat, §§ 101-103).

11. Yine çoğunluk gerekçesinde ifade edildiği gibi, askerî disiplinin gerekleri açısından daha sıkı kuralların geçerli olduğu bir statüde personel istihdam ederken TSK'nın takdir yetkisinin daha geniş olduğu dikkate alınmalıdır. Buna göre göreve ilişkin amaçlar

doğrultusunda kullanılması gereken bir elektronik haberleşme sisteminin ve bu kapsamda, anılan sistem içerisindeki yazışmaların denetlenmesinin ve sonucunda bu haberleşme sisteminin amaç dışında kişisel nedenlerle kullanıldığının tespit edilmesi hâlinde bu kullanıma müdahalede bulunulmasının, demokratik bir toplumda gerekli olarak kabul edilebileceği sonucuna ulaşılmıştır.

12. Çoğunluk gerekçesinde bizim de katıldığımız gerekçeler tekrarlandıktan sonra son bölümde, kurallara aykırı davranmış olmasına rağmen başvurucunun sözleşme süresinin bitimine kadar hakkında disiplin cezası ve sözleşmenin feshine ilişkin bir yaptırım uygulanmaksızın görevine devam etmiş olduğu, sözleşmenin feshi ile birlikte temel geçim kaynağından yoksun kalmasının ekonomik geleceğini olumsuz etkileyeceği, 9 yıl astsubay olarak çalıştıktan sonra bu görevden ayrılması nedeniyle TSK'den başka bir yerde iş bulmasının diğer meslek sahibi kişileri göre daha zor olduğu, sicil notlarının çok iyi olduğu, hakkında olumsuz kanaatin ve disiplin cezasının bulunmadığı şeklindeki kabul ve gerekçelerle başvurucunun özel hayatına ve haberleşme hürriyetine yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

13. Başvurucunun sicil dosyasının iyi olması ve sözleşme bitene kadar hakkında disiplin yaptırımını uygulanmamış olması İdareyi başvuru ile sonraki dönemde de sözleşme yapmaya zorlayan bir husus olarak görülemez. Ayrıca, sözleşmenin yenilenmemesi halinde başvurucunun ekonomik geleceğinin olumsuz etkileneceği veya somasında başka bir yerde iş bulmasının zor olacağına yönelik değerlendirmeler de tartışmaya açık olduğu gibi ihlal incelemesi bakımından dikkate alınacak hususlar değildir.

14. Burada üzerinde hassasiyetle durulması gereken konu Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemesinde askeri hizmetin gerekleri açısından idarenin sahip bulunduğu -Mahkememiz Çoğunluğu tarafından da kabul edilen- geniş takdir yetkisine hangi ölçüde müdahale edebileceğine ilişkindir. Burada İdarenin zaten geniş bulunan takdir yetkisini daha da genişleten durun olayın bir sözleşme ilişkisi ile ilgili bulunmasıdır. Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvuru incelemesi sırasında, açıkça keyfilik içeren uygulamalar hariç olmak üzere, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından da denetlenen sözleşmenin yenilenmemesine yönelik işlemlerde Türk Silahlı Kuvvetlerinin takdir yetkisinin daha da geniş olduğu kabulüyle hareket etmesi gerekir.

15. Asker kişilerle ilgili e-posta yazışmalarından dolayı sözleşmenin yenilenmemesi konusu daha önce de Mahkememizce değerlendirilmiş ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin askeri disiplin yönünden sahip bulunduğu özel durum ve takdir yetkisinin genişliği gözetilerek bu yöndeki ihlal iddialarının reddine karar verilmiştir.

16. Nitekim Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun benzer bir olayla ilgili olarak 10.12.2015 tarih ve 2013/7666 sayılı kararında yer verilen gerekçeler ve varılan sonuç şöyledir;

“63. AİHM, mesleki hayat çerçevesinde kişilerin özel hayatı hakkında sorgulanmasının ve bunun doğurduğu idari sonuçların, buna ek olarak kişilerin davranış ve tutumları gerekçe gösterilerek görevden alınmalarının özel hayatın gizliliğine yapılmış bir müdahale oluşturduğunu vurgulamaktadır (Özpınar/Türkiye, §47).

.....

65. Haberleşme hürriyeti ve haberleşmenin gizliliği ilkesi, kişilerin sadece özel meskenlerinde yaptıkları iletişimleri değil; aynı zamanda iş yerlerinde yaptıkları haberleşmeleri de güvenceye almaktadır (Halford/Birleşik Krallık, B. No: 20605/92, 25/6/1997, § 44; Copland/Birleşik Krallık, B. No: 62617/00, 3/4/2007, §§ 41, 43, 44).

66. Kamu makamlarının, bireyin haberleşme özgürlüğüne ve haberleşmesinin gizliliğine keyfi bir şekilde müdahale etmelerinin önlenmesi, Anayasa ve Sözleşme ile sağlanan güvenceler kapsamında yer almaktadır. Haberleşmenin içeriğinin denetlenmesi, haberleşmenin gizliliğine ve dolayısıyla haberleşme hürriyetine yönelik ağır bir müdahale oluşturur (Mehmet Koray Eryaşa, § 50).

i. Müdahalenin Varlığı

67. Somut olayda başvurucunun Hava Kuvvetleri Komutanlığı sistemine bağlı resmî e-posta adresine gelen ve bu hesaptan gönderilen e-postaların E-posta Denetim Birimi tarafından denetlendiği, subay sözleşmesinin yenilenmemesi işlemi tesis edilirken idarenin söz konusu e-posta içeriklerini de dikkate aldığı, başvurucunun bu işleme karşı açtığı davayı reddeden AYİM Birinci Dairesinin 28/5/2013 tarihli kararının gerekçesinde anılan e-posta içeriklerinin değerlendirildiği anlaşılmıştır. Bu durumda başvurucunun iş yerinde aldığı ve gönderdiği e-postaların toplanması, saklanması, bu iletilerin içeriklerinin başvuru hakkında tesis edilen idari işleme (sözleşmesinin yenilenmemesi) dayanak alınması suretiyle özel hayatın gizliliği baklana ve haberleşme özgürlüğüne müdahalede bulunulduğu sonucuna varılmıştır.

....

Kanunilik

....

84. Anayasa Mahkemesinin ara kararıyla Hava Kuvvetleri Komutanlığından, TSK personelinin e-postalarının denetlenmesine izin veren yasal mevzuatı bildirmesi istenmiştir. Hava Kuvvetleri Komutanlığı tarafından, resmî e-posta adresine gelen ve bu hesaptan gönderilen e-postaların E-posta Denetim Birimi tarafından denetlenmesinin dayanağını, 2937 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (3) numaralı alt bendi, 1324 sayılı Kanun'un 2. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi, Genelkurmay Başkanlığının 27/2/2006 tarihli ve 6406668 sayılı emri, Hava Kuvvetleri Komutanlığının 22/3/2006 tarihli ve 48960 sayılı emri ve 14/5/2007 tarihli Genelkurmay Başkanlığı MY 411-7 TSK-Net E-posta Sistemi Yönergesi'nin oluşturduğu bildirilmiştir.

85. 2937 sayılı Kanun'un 5. maddesinde bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının devlet istihbaratına ilişkin görevleri sayılmış, birinci fıkrasının (a) bendinin (3) numaralı alt bendinde ise "istihbarata karşı koymak" bu görevler arasında gösterilmiştir.

86. 1324 sayılı Kanun'un 2. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde ise Genelkurmay Başkanının istihbarat, harekât, teşkilat, eğitim, öğrenim ve lojistik hizmetlerinin uygulanmasını; Kara, Deniz, Hava Kuvvetleri Komutanlıkları ve Genelkurmay Başkanlığına bağlı kuruluşları aracılığıyla sağlayacağı düzenlenmiştir.

87. Anılan hükümlerin, TSK personelinin e-postalarının istihbarata ve istihbarata karşı koyma hassasiyeti çerçevesinde denetleneceğini açıkça düzenlemediği görülmekle birlikte istihbarata karşı koymanın kamu kurum ve kuruluşlarının görevi olarak belirlendiği ve Genelkurmay Başkanının, istihbarat hizmetini Kuvvet Komutanlıkları ve bağlı kuruluşları aracılığıyla yürüteceği belirtilmekle bu konuda yetkilendirildiği anlaşılmaktadır. Anılan kanuni düzenlemeler çerçevesinde Genelkurmay Başkanına verilen yetkinin, istihbarat hizmetinin yürütülmesi kapsamında düzenleyici işlemler yapmayı da içerdiği açıktır. Soyut şekilde düzenlenmesi nedeniyle her ihtimalde çözüm getiremeyecek olan yasal mevzuatın gereken temel hakları koruma seviyesinin büyük ölçüde ilgili metnin düzenlediği alan ve içeriğiyle birlikte muhataplarının niteliği ve sayısı ile yakından bağlantılı olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle kuralın karmaşık olması ya da belirli ölçülerde soyutluk içermesi tek başına hukuken öngörülebilirlik ilkesine aykırı görülemez. (Halime Sare Aysal [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015, § 61).

88. Bu kapsamda ilgili kanuni düzenlemenin, söz konusu sınırlamaya ilişkin temel çerçeveyi ortaya koymakla birlikte özellikle uygulama koşulları ve prosedürel ayrıntıları düzenleyici işlemlere bırakması mümkündür. Ancak bu ihtimalde de söz konusu

düzenleyici işlemin yine muhataplarınca ulaşılabilir olması ve içeriği hakkında ilgilileri yeterince aydınlatacak nitelik ve açıklıkta olması gerekmektedir (Halime Sare Aysal, § 62).

89. Buna göre Genelkurmay Başkanlığı tarafından anılan Kanun hükümlerinin verdiği yetki çerçevesinde çıkarılan ve askerî personelin görev bilgisayarları üzerinden gönderdikleri e-postalarının denetleneceğine dair hükümler içeren düzenleyici işlemlerin, muhataplarınca ulaşılabilir olması ve içeriği hakkında ilgilileri yeterince aydınlatacak nitelik ve açıklıkta olması koşullarını sağlayıp sağlamadığı hususunun irdelenmesi gerekmektedir.

90. Anılan kanuni düzenlemelerin verdiği yetki doğrultusunda çıkarılan Genelkurmay Başkanlığının 27/2/2006 tarihli ve 6406668 sayılı emri, E-posta Denetim Birimlerinin kurulmasını öngören ilk düzenleyici idari işlemdir. Bu emirde karargâhlarda yürütülen faaliyetlerin eş güdümü, bilgi arzı, emirlerin tebliği, göreve yönelik bilgi alış verişi de dâhil olmak üzere görevin etkinliğini artıracak bilgilendirmeye TSK personeli arasında sosyal etkinliklere olanak sağlayacak yeni yıl, bayram kutlamaları ve benzeri mesajların gönderilmesi maksadıyla TSK-Net E-posta Sistemi tesis edildiği, e-postaların hizmete/göreve ilişkin olup olmama, istihbarata ve istihbarata karşı koyma yönlerinden incelenmesi amacıyla istihbarat başkanlıkları bünyesinde E-Posta Denetim Birimleri kurulacağı, e-posta kullanım yetkisi verilmiş personele yasaklar ve müeyyidelerin imza karşılığında tebliğ edileceği düzenlenmiştir.

91. Bu emrin yerine getirilmesi için Hava Kuvvetleri Komutanlığının 22/3/2006 tarihli ve 48960 sayılı emri yayımlanmıştır. Anılan emirde, E-posta Denetim Birimi tarafından e-postaların, hizmete/göreve ilişkin olup olmama, istihbarata ve istihbarata karşı koyma yönlerinden inceleneceği, bu emrin tüm personele imza karşılığı tebliğ edileceği ve tebliğ nüshalarının personelin birlik şahsi dosyasında muhafaza edileceği bildirilmiştir.

92. Anılan emirlerde yer alan hususlar özel bir yönerge hâline getirilmiş ve 14/5/2007 tarihli Genelkurmay Başkanlığı MY 411-7 TSK-NET E-posta Sistemi Yönergesi (Yönerge) oluşturulmuştur. Bu Yönergemle sistemin görev dışı kullanımı, toplumsal ahlaka uygun olmayan resim, ses, görüntülü ve yazılı dosyaların gönderilmesi yasaklanmış; e-posta sistemini amacı dışında kullanan personel hakkında eylemi ayrı bir suç teşkil etmese dahi yasal işlem yapılacağı düzenlenmiştir.

93. Anılan Yönerge'nin dördüncü bölümünün 5. maddesinde, E-posta Denetim Biriminin e-postaları, hazırlayacakları aylık ve yıllık denetim planları kapsamında veya habersiz olarak göreve/hizmete yönelik olup olmama, istihbarata ve istihbarata karşı koyma yönlerinden kullanıcı bilgisi dâhilinde veya kullanıcıdan habersiz olarak denetleyeceği

düzenlenmiştir.

94. Söz konusu düzenlemelerde personelin elektronik imza ve şifreleme suretiyle ileti oluşturabileceği, bu iletilerin sadece ilgilisi tarafından okunabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla E-posta Denetim Biriminin elektronik imza ve şifreleme usulüyle oluşturulmuş e-postaların içeriğini göremeyeceği anlaşılmıştır. Hava Kuvvetleri Komutanlığının 24/7/2015 tarihli yazısında bu husus teyit edilmiştir.

95. Anayasa Mahkemesinin 25/6/2015 tarihli ara kararına verilen 24/7/2015 tarihli cevaba göre söz konusu emirler ve Yönerge, Resmî Gazete’de yayımlanmamış olmakla birlikte e-postaların denetleneceği düzenlemesini de içeren Yönerge'nin, TSK personelinin görev bilgisayarları aracılığıyla ulaşabileceği intranet ortamında 14/5/2007 tarihinde yayımlanarak personele ilan en tebliğ edildiği, TSK-NET kullanıcısı olan başvurucunun anılan Yönerge'ye her zaman ulaşma imkânının bulunduğ u anlaşılmıştır. Ayrıca bilgisayarlarda oyun programı, göreve yönelik olmayan uyg unsuz yazı, resim, video, müzik ve sunum gibi dosyalar bulundurulmayacağı, intranet üzerinden e-posta gönderilirken evrak güvenliği prensiplerine uyulması gerektiği hususlarını içeren "Bilgi Sistem Kullanıcılarının Uyacağı Kurallar" başlıklı yazının başvurucuya 29/12/2009 tarihinde tebliğ edildiği, TSK-NET E-posta Sisteminin Kullanımı konulu emrin ise 30/7/2010 tarihinde başvurucuya tebliğ edildiği ve bunların başvurucunun özlük dosyasında muhafaza edildiği anlaşılmıştır.

96. Buna göre anılan Yönerge'nin, askerî personelin resmî e-posta hesabından gönderilen iletilerin denetlenebileceğine ilişkin yeterli açıklıkta hükümler içerdiği anlaşılmıştır. Söz konusu hükümlerin, gerek TSK personelinin görev bilgisayarları aracılığıyla ulaşabileceği intranet ortamında 14/5/2007 tarihinde yayımlanarak personele ilan en tebliğ edildiği gerekse başvurucuya imza karşılığı duyurulduğ u dikkate alınarak başvuru açısından yeterli derecede ulaşılabilir ve öngörülebilir olduğ u kanaatine varılmıştır. Bu durumda söz konusu düzenlemelerin "kanunilik" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

97. Başvurucunun subay sözleşmesinin yenilenmemesi işleminin ise, 4678 sayılı Kanun’un 6. ve 12. maddeleri ile Sözleşmeli Subay ve Astsubay Yönetmeliğ i’nin 14.maddesi temelinde yürütüldüğü görülmüştür.

98. Bu kapsamda somut olayda başvurucunun özel hayatın gizliliğ i hakkı ve haberleşme hürriyetine yapılan müdahalenin kanuni dayanağ ının mevcut olduğ u anlaşılmıştır.

Meşru Amaç

....

100. Haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahalenin meşru kabul edilebilmesi için bu müdahalenin, Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında sayılmış olan millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden bir veya birkaçına dayanması gerekir.

101. 2937 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (3) numaralı alt bendi ve 1324 sayılı Kanun'un 2, maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi uyarınca istihbarata karşı koyma, kamu kurum ve kuruluşlarının görevi olarak belirlenmiş; Genelkurmay Başkanının istihbarat hizmetini Kuvvet Komutanlıkları ve bağlı kuruluşları aracılığıyla yürüteceği belirtilmiştir, Yönerge'de, TSK personelinin kurumsal e-posta hesaplarının denetim birimlerince e-postaların göreve/hizmete yönelik olup olmama, istihbarata ve istihbarata karşı koyma çerçevesinde kullanıcı bilgisi dâhilinde veya kullanıcıdan habersiz olarak denetleneceği düzenlenmiştir.

102. Anılan Yönerge düzenlemelerinde E-posta Denetim Birimlerinin; gönderilen e-postaların göreve/hizmete yönelik olup olmadığının, gerekli şifreleme işleminin yapıp yapılmadığının, gizlilik ihlali yapıp yapılmadığının; video, görüntü dosyaları, ses dosyaları, virüs ve zararlı kod taşıyabilecek dosyalar bulunup bulunmadığının tespiti amacıyla denetim yapacakları düzenlenmiştir. Buna göre TSK'nın personeline görev nedeniyle tahsis ettiği resmî e-posta adreslerinden yapılan haberleşme üzerindeki söz konusu denetlemenin bilgi güvenliği ve istihbarata karşı koyma amacına yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

103. Bu kapsamda somut başvuruda, ülke güvenliğini sağlamak ve korumakla yükümlü askerî idarenin söz konusu müdahalesinin, askerî hizmetin yürütülmesine yönelik olarak kendi personeli arasında iletişimi sağladığı sistem üzerinden üretilen ve paylaşılan verilerin güvenliğinin sağlanmasını hedeflediği anlaşılmıştır. Dolayısıyla söz konusu müdahalenin; bilgi güvenliği ve istihbarata karşı koyma kapsamında millî güvenliğin korunması amacını taşıdığı, bunun da Anayasa'nın 20. ve 22. maddeleri çerçevesinde meşru bir amaç olduğu sonucuna varılmıştır.

Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olma ve Ölçülülük

....

112. AİHM kararlarında, kamu görevlilerinin iş yerlerindeki telefon görüşmelerinin,

kendilerine tahsis edilen bilgisayarlar üzerinden yaptıkları e-posta haberleşmelerinin, internet kullanımlarının belirli ölçüde kontrolünün başlı başına Sözleşme'nin ihlaline sebebiyet vermeyeceği, iş yerinin olağan ve makul gereksinimleri ve meşru amaçlar dikkate alınarak bir değerlendirmede bulunmanın gerekli olduğu belirtilmiştir. (Copland/Birleşik Krallık, § 48).

113. Somut olayda, başvurucunun Hava Kuvvetleri Komutanlığı sistemine bağlı resmî e-posta adresine gelen ve bu hesaptan gönderilen e-postaların E-posta Denetim Birimi tarafından denetlendiği anlaşılmıştır. Bu sistem, TSK'nın personeline görev kapsamında kullanılması için tahsis ettiği, dış dünyaya kapalı, sadece askerî personelin birbiriyle ve askerî hizmete ilişkin veri paylaşımına imkân veren sınırlı bir haberleşme sistemidir. Anılan sistemde personelin elektronik imza ve şifreleme suretiyle sadece ilgilileri tarafından okunabilecek dolayısıyla gizliliği korunan e-posta oluşturma imkânı da bulunduğu, bu tarz e-postaların içeriğinin E-posta Denetim Birimi tarafından okunamayacağı anlaşılmıştır. Olayda başvurucunun E-posta Denetim Birimi tarafından denetlenen e-postalarının şifrelenmeden gönderilen iletiler olduğu tespit edilmiştir. İdarenin bu e-posta sisteminde üretilen verilerin güvenliğinin sağlanması, istihbarat zafiyeti yaratacak verilerin gönderilmesinin önlenmesi, gerekli şifreleme işleminin yapıp yapılmadığının, gizlilik ihlali olup olmadığının anlaşılabilmesi için yazışmaların denetlenmesine yönelik idari tedbirler alması millî güvenliğin korunması meşru amacı kapsamında kaçınılmazdır. İdare, askerî personelin resmî e-posta adreslerinden yaptıkları yazışmaların denetlenmesinin esaslarını ilgili mevzuatta yeterince açık bir şekilde düzenlemiş ve tüm personeline ilanen tebliğ etmiştir. Bu kapsamda başvurucuya da tebligat yapılmıştır. Dolayısıyla başvurucunun bu uygulamadan haberdar olmadığından söz edilemez. Bu durumda başvurucunun kurumsal e-posta adresinden yaptığı yazışmaların denetlenmesinin demokratik bir toplumda gerekli olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

114. Bunun yanı sıra Hava Kuvvetleri Komutanlığının 24/7/2015 tarihli yazısında belirtildiği üzere personele TSK-NET E-posta Sistemi'nde (intranet) şifrelenmek suretiyle içeriğinin gizliliği sağlanmış e-postalar oluşturma imkânının verildiği, intranet dışında ise haberleşmenin gizliliğinin korunduğu ayrı iletişim olanaklarının sağlandığı, örneğin çalışanların görev yerlerinde bulunan telefonlar veya belirlenen yerlerde özel cep telefonlarını kullanmak suretiyle iletişim kurabildikleri, ayrıca personele internet üzerinden iletişim kurma imkânı tanıyan ve haberleşmenin içeriğinin izlenmediği kişisel e-posta kullanımı imkânının da verildiği dikkate alındığında başvurusunun kurumsal e-posta adresinden yaptığı yazışmaların denetlenmesinin orantısız olduğundan da söz edilemez.

115. Öte yandan, başvuru Hava Kuvvetleri Komutanlığında subay olarak görev yapmış ve sözleşme süresi bittikten sonra sözleşmesi idarenin takdir yetkisine dayanılarak yenilenmemiştir. İdare bu takdir yetkisini somutlaştırırken sözleşmeli personel ihtiyaç durumunun yanı sıra başvurusunun e-posta içeriklerinde bulunan gayriahlaki nitelikte yazı, resim ve karikatürlerin paylaşılması sebeplerine dayanmıştır. Söz konusu yazışmaların ve resimlerin paylaşılması sırasında, başvurusunun görev unvanı ile de bağlantı kurulması, başvuru istihdam eden TSK tarafından kurum itibarını olumsuz yönde etkileyen bir unsur olarak değerlendirilmiştir. Bu durumda çalıştığı askerî kurumun saygınlığını zedeleyen bir subayın sözleşmesinin yenilenmemesinin kurum tarafından itibarının tamiri ve bu tür fiillerin yeniden yapılmasının önlenmesi amacıyla sosyal bir ihtiyaç olarak görüldüğü anlaşılmıştır. TSK'nın millî güvenliğin sağlanması ve korunmasında üstlendiği görev dikkate alındığında askerî disiplinin sağlanması, TSK'da çalışmak isteyenlerin diğer kişilerin tabi olmadığı bazı sınırlamalara tabi olmalarını gerektirmektedir. Dolayısıyla TSK'nın istihdam etmek istediği personelde arayacağı nitelikler konusunda daha geniş bir takdir yetkisine sahip olduğuna kuşku yoktur.

116. Somut olayda başvurusunun dava konusu yaptığı işlemin sözleşmesinin feshi değil, sözleşmenin yenilenmemesi işlemi olduğu hatırdan çıkarılmamalıdır. İdare söz konusu resim ve yazıların paylaşımı nedeniyle başvurusunun sözleşmesini feshetme yoluna gitmemiştir. Ancak bu sözleşmenin süresinin bitiminden sonra idare; başvuru istihdam edip etmeme konusunda değerlendirme yaparken sicil, ödül, ceza yanında kurumsal e-posta hesaplarının denetim birimlerince e-postaların göreve/hizmete yönelik olup olmaması yönünden düzenlenen raporu da esas alarak sözleşmeyi yenilememe yönünde takdir kullanmıştır. Bu bakımdan askeri disiplinin gerekleri açısından daha sıkı kuralların geçerli olduğu bir statüde personel istihdam ederken TSK'nın takdir yetkisinin daha geniş olduğu dikkate alındığında başvurusunun yeniden istihdam edilmemesine yönelik işlemin demokratik toplumda gerekli ve orantılı olmadığı

söylenemez.

117. Açıklanan nedenlerle başvurucunun iddialarının bir ihlal içermediği anlaşıldığından Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerinde güvence altına alınan haklarının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir. "

17. Kararda belirtilen gerekçelerin tamamı eldeki iş bakımından da aynen geçerli olup yine Genel Kurul tarafından verilen bu karardan ayrılmayı gerektirecek özel bir durum da bulunmamaktadır.

18. Eldeki işte de e-posta hesabını tur ve gezi organizasyonları düzenleme amaçlı kullandığı, organizasyonları binbaşı rütbesinde bir asker ile birlikte yaptığı, aldığı ve gönderdiği e-postalarda gizlilik ihlali yaptığı, siyasi/propaganda içerikli e-postalar bulunduğu yönündeki tespitlere dayalı olarak başvurucunun sözleşmesinin yenilenmemesine karar verilmesi Türk Silahlı Kuvvetlerinin takdir yetkisi kapsamında kabul edilmelidir. Başvurucu hakkında yapılan işlemin sözleşmesinin feshi değil, sözleşmenin yenilenmemesi işlemi olduğu da gözetildiğinde sözkonusu müdahalenin demokratik toplumda gerekli ve orantılı olmadığı da söylenemez.

19. Açıklanan nedenlerle başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ve 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin ihlal edilmediğine karar verilmesi gerektiğini düşündüğümünden çoğunluğun bu hak ve hürriyetlerin ihlal edildiğine yönelik kararma katılmadım.

Başvuru Numarası : 2013/9704

Karar Tarihi : 3/3/2016

KARŞI OY GEREKÇESİ

Başvurucunun e-posta yazışmaları dikkate alınarak sözleşmesinin yenilenmemesi sebebiyle özel hayatın gizliliği hakkının ve haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Kararın gerekçesinde, başvurucunun anılan haklarına yapılan müdahalenin kanunilik ölçütünü taşıdığı ve meşru bir amacının bulunduğu, ancak başvurucunun sözleşmesinin yenilenmemesiyle ulaşılabilecek genel yarar ile uğradığı kayıp arasında adil bir dengenin sağlanmadığı; bu sebeple başvurucunun özel hayatına ve haberleşme hürriyetine yapılan müdahalenin Ölçüsüz olduğu belirtilmiştir.

Somut olayda, sözleşmeli astsubay olarak görev yapan başvurucunun sözleşmesi

yenilenmemiş; bu işleme karşı dava açılması üzerine davalı idarenin savunmasında sözleşmeli personel ihtiyacı, personelin sicili ve hakkındaki istihbarat bilgileri ile sair hususların değerlendirilmesi sonucunda ve idarenin takdir yetkisi çerçevesinde başvurucunun sözleşmesinin yenilenmediği belirtilmiştir. İdarece Askerî Yüksek İdare Mahkemesine (AYİM) gönderilen belgelerden de başvurucunun, Türk Silahlı Kuvvetlerinin personeline görev kapsamında kullanılması için tahsis ettiği, dışarıya kapalı, sadece askerî personelin birbiriyle ve askerî hizmete ilişkin veri paylaşımına imkân veren intranet sistemindeki e-posta hesabını askerî hizmet dışındaki amaçlarla kullandığı ve e-postalarında gizlilik ihlali yaptığı yönünde tespitler bulunduğu anlaşılmıştır.

İdare, millî güvenliğin korunması amacı doğrultusunda askerî personelin resmî e-posta adreslerinden yapılan yazışmaların denetlenmesinin usul ve esaslarını ilgili mevzuatta açık bir şekilde düzenlemiş ve tüm personeline tebliğ etmiştir. Söz konusu intranet sisteminde personelin elektronik imza ve şifreleme suretiyle sadece ilgilileri tarafından okunabilecek e-posta oluşturma imkânının bulunduğu ve bunların içeriğinin ilgili denetim birimi tarafından okunamayacağı; ayrıca personele intranet dışında, haberleşmenin gizliliğinin korunduğu ayrı iletişim imkânlarının sağlandığı, internet üzerinden iletişim kurma imkânı tanıyan ve haberleşme içeriğinin izlenmediği kişisel e-posta kullanma imkânının da verildiği dikkate alındığında, başvurucunun kurumsal e-posta adresinden yaptığı yazışmaların denetlenmesinin demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olmadığı söylenemez (Bülent Polat [GK], B. No:2013/7666, 10/12/2015, § 113 ve 114).

Diğer taraftan, 4678 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanunda sözleşmenin hangi hâllerde yenileceğine dair bir hüküm bulunmadığı gibi bu Kanuna dayanılarak yürürlüğe konulan Sözleşmeli Subay ve Astsubay Yönetmeliğinde de idareyi yeni sözleşme yapmaya zorlayan bir hüküm bulunmamaktadır. Üstelik mezkûr Kanunun 16. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendi ile 18. maddesinin birinci fıkrasında yer alan sözleşmeli subay ve astsubaylardan “kendi kusurları olmaksızın” sözleşmeleri yenilenmeyenlere verilecek haklara ilişkin hükümlerden, idareye sözleşme yenileyip yenilememe hususunda geniş bir takdir yetkisi tanındığı ve herhangi bir kusur atfedilmeyen sözleşmeli personelin sözleşmelerinin de hizmetin gereklerine göre yenilenmeyebileceği anlaşılmaktadır.

Bu sebeple, süresi dolduktan sonra sözleşmesi yenilenmeyen başvurucunun sadece askerî hizmet amacıyla kullanımına tahsis edilen intranet sisteminde yaptığı yazışmaların denetlenmesinin ve diğer hususlarla birlikte denetim sonuçlarının da sözleşmenin yenilenip yenilenmeyeceğine ilişkin olarak idarenin takdir yetkisi çerçevesinde yapacağı değerlendirmede gözönünde bulundurulmasının orantısız olduğundan söz edilemez.

Ayrıca kararın gerekçesinde, resmî e-posta hesabının görev haricinde ve önceden belirlenen kurallara aykırı şekilde kullanıldığının tespit edilmesinden sonra da sözleşme süresinin dolmasına kadar disiplin soruşturması yapılmaması ve sözleşmenin feshedilmemesi sebebiyle, anılan eylemlerin kamu hizmetinde kalmaya engel olacak nitelikte bulunmadığının dolaylı olarak idare tarafından kabul edildiği belirtilmekte ise de (§ 79), bu yorumun sözleşmeli personel statüsü ile memur statüsü arasındaki farkı dikkate almayan bir anlayışı yansıttığı düşünülmektedir. Başvuruya konu AYİM kararında da belirtildiği üzere, sözleşmeli personelin memurlar gibi iş güvencesi bulunmamaktadır. Askerî hizmetin niteliği gereği 4678 sayılı Kanunla yapılan sözleşmeli personel düzenlemesi, sözleşmeli personel statüsünü düzenleyen birçok kanuna göre daha geniş bir idarî takdir yetkisi öngörmektedir. Bu kapsamda, başvurucunun intranet sistemindeki resmî e-posta adresini askerî hizmet dışındaki amaçlarla kullanmasının disiplin soruşturmasına konu edilmemesi veya sözleşmenin bu gerekçeyle feshedilmemesi 4678 sayılı Kanuna ve buna dayanılarak çıkarılan Yönetmeliğe göre idarenin takdir yetkisi içinde olduğu gibi, sözleşmenin dolmasına az bir süre kaldığı dikkate alınarak disiplin cezası verilmesi veya sözleşmenin feshedilmesi yerine bu fiillerin ve disiplin anlayışının sözleşme yenilenmesinde yapılacak değerlendirmelerde dikkate alınması da idarenin yetkisi dahilindedir. Aksinin kabulü, 4678 sayılı Kanunla getirilen sözleşmeli subay ve astsubay statüsünü diğer subay ve astsubaylarla aynı noktaya getirir ve anılan Kanunu anlamsız kılar.

Bu itibarla, idarenin başvurucuyu yeniden istihdam edip etmeme konusunda değerlendirme yaparken sicil, ödül ve cezalar yanında kurumsal e-posta hesaplarının denetimi sonucunda düzenlenen raporu da esas almasının ve başvuru ile sözleşme yenilememesinin, askerî hizmet gerekleri açısından daha sıkı kuralların geçerli olduğu ve idarenin sözleşmeli personel statüsü bakımından daha geniş bir takdir yetkisine sahip bulunduğu dikkate alındığında, ölçüsüz olduğu söylenemez.

Bu sebeplerle ve Mahkememiz Genel Kurulunca daha önce verilen 10/12/2015 tarihli ve 2013/7666 başvuru numaralı red kararında esas alman diğer gerekçelerle, başvurucunun özel hayatın gizliliği hakkı ile haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Telefon: +90 (312) 473 84 23

E-Posta: mts@mevzuattakip.com.tr

Adres: Çetin Emeç Bulvarı Hürriyet Cad. No: 2/12 Çankaya ANKARA