

“... ”

İptali İstenen Kanun Hükmünde Kararname Hükmünün Anayasa’ya Aykırılığının Değerlendirilmesi:

399 sayılı KHK’ya ekli cetvelde yer alan ve 233 sayılı KHK’ya tabi olarak faaliyet gösteren Kamu İktisadi Teşebbüslerinde ve bağlı ortaklıklarda, 399 sayılı KHK’ya ekli 2 sayılı cetvele dahil pozisyonlarda istihdam edilen sözleşmeli personelin hizmete alınmaları, görev ve yetkileri, nitelikleri, atanma, ilerleme, yükselme, hak ve yükümlülükleriyle diğer özlük hakları 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenmiştir.

399 sayılı KHK’nın 7. maddesinde işe alınacaklarda aranılacak şartlar belirtilmiş olup, anılan 7. maddeye, önce 2/1/2017 tarih ve 680 sayılı OHAL Kanun Hükmünde Kararnamesinin 84. maddesiyle daha sonra 7072 sayılı Kanununun 82. maddesiyle de aynen kabul edilen düzenleme ile (7). bent olarak “Güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılmış olmak” hükmü eklenerek, 399 sayılı KHK’ye 2 sayılı cetvele dahil sözleşmeli personel olarak işe alınacaklar hakkında güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılmış olunması şartı getirilmiştir.

Bunun dışında; 4045 sayılı Güvenlik Soruşturması, Bazı Nedenlerle Görevlerine Son Verilen Kamu Personeli ile Kamu Görevine Alınmayanların Haklarının Geri Verilmesine ve 1402 Numaralı Sıkıyönetim Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun’un 1. maddesinde, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının; kamu kurum ve kuruluşlarında, yetkili olmayan kişilerin bilgi sahibi olmaları halinde devlet güvenliğinin, ulusal varlığın ve bütünlüğün, iç ve dış menfaatlerin zarar görebileceği veya tehlikeye düşebileceği bilgi ve belgelerin bulunduğu gizlilik dereceli birimler ile Genelkurmay Başkanlığı, Milli Savunma Bakanlığı, jandarma, emniyet, sahil güvenlik ve istihbarat teşkilatlarında çalıştırılacak kamu personeli ve ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalışacak personel hakkında yapılacağı düzenlenmiştir.

Diğer taraftan; 657 sayılı Kanun’un 48. maddesine, 676 sayılı OHAL KHK’si ve bu KHK’nın uygun bulunmasına dair 7070 sayılı Kanun ile devlet memurluğuna alınacaklarda aranan genel şartlar arasına 399 sayılı KHK’nın 7/f bendinde yer alan düzenlemede olduğu gibi “Güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılmış olmak” şartı eklenmiş, böylece daha önce 4045 sayılı Kanun’da sayılan belirli görevler yönünden güvenlik soruşturması yapılacağı öngörülmüş iken, söz konusu değişiklik sonrasında artık tüm kamu görevlileri yönünden güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılması öngörülmüştür. Ancak, 657 sayılı Kanununun 48. maddesinin 1. fıkrasının (A) bendine (8) numaralı bent olarak eklenen bahse konu düzenleme 29/11/2019 tarih ve 30963 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Anayasa Mahkemesinin 24/7/2019 tarihli ve E:2018/73, K:2019/65 sayılı kararı ile Anayasa’nın 13., 20. ve 128. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Bununla beraber; 4045 sayılı Kanununun 1. maddesinin iptali istemiyle Dairemizin 31/12/2019 tarihli ve E:2019/4902 sayılı kararı ile itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuş bulunmaktadır.

İptali istenen 399 sayılı KHK’nın 7. maddesinin (f) bendinde sadece sözleşmeli personel olarak işe alınacaklarda güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılması gerektiği belirtilmiş, bunun dışında güvenlik soruşturmasının usul ve esaslarına ilişkin hiçbir

kurala anılan Kanun Hükümünde Kararname'de yer verilmemiştir.

399 sayılı KHK'nın 7. maddesinin (f) bendinin; güvenlik soruşturmasına ve arşiv araştırmasına konu edilecek bilgi ve belgelerin neler olduğu, bu bilgilerin nerelerden elde edileceği ve ne suretle ve ne kadar süre ile saklanacağı, kişilerin söz konusu bilgilere itiraz etme olanağı olup olmadığı, bilgilerin bir müddet sonra silinmesinin mümkün olup olmadığı veya silinmesine dair izlenecek usulün ne olduğu, güvenlik soruşturmasının ve arşiv araştırmasının usul ve esasları ile bunu yapacak mercilerin kimler olduğu ile ilgili hiçbir düzenleme içermediği görülmektedir. Bunun yanı sıra kanunlarda, kesinleşmiş ceza mahkûmiyetlerine dair ilk olarak akla gelmesi ve uygulanması gereken kanun olan 5352 sayılı Kanun'a atıf içeren bir düzenlemenin de bulunmadığı, bireyleri keyfiliğe karşı koruyucu hiçbir hükme yer verilmediği anlaşılmaktadır.

Ayrıca,399 sayılı KHK'nın 7/f bendinde; kişilerin geçmiş ceza mahkumiyetlerine ilişkin kayıtlar bakımından hangi suçların kamu görevine girmeye engel olduğu, kişilerin on sekiz yaşından önce işledikleri suçlara dair kayıtların güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasına sebep olup olmayacağı konularında hiçbir belirleme, suçlar arasında herhangi bir ayırım ve derecelendirme yapılmamış olduğu anlaşılmaktadır. Aynı şekilde 4616 sayılı Kanun uyarınca kesinleşmiş mahkûmiyet niteliğinde sayılmayan kamu davasının açılmasının ertelenmesine ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararların da güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasının bir sebebi olup olmayacağı hususunda da hiçbir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir.

399 sayılı KHK'nın 7/f bendi sadece sözleşmeli personel olarak işe alınacaklar bakımından güvenlik soruşturması yaptırılacağını düzenlemiş, bunun dışında hiçbir düzenlemeye yer vermemiştir.

Bu saptamalar ışığında, 399 sayılı KHK'nın temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasını içeren konuyla ilgili temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olduğundan söz etmek mümkün değildir.

Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Ancak, mali ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır" hükmüne yer verilerek memurlar ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri ve atanmalarına ilişkin kuralların kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir.

Öte yandan; Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin özele hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiş; üçüncü fıkrasında da "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 esaslar ve usuller kanunla düzenlenir" denilerek kişisel verilerin korunması özel hayatın gizliliğinin korunması kapsamında güvenceye kavuşturulmuştur. Anayasa'nın 13. maddesinde de temel hak ve hürriyetlerin yalnızca Anayasa'nın ilgili

maddelerinde belirtilen sebeplere bağılı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğı ifade edilmiştir.

Özel hayata saygı hakkı kapsamında korunan hukuki menfaatlardan biri de bireyin mahremiyet hakkıdır. Mahremiyet hakkı bireyin kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilme hukuksal çıkarını da kapsamaktadır. Kendisine ilişkin herhangi bir bilginin rızası olmaksızın açıklanmaması, yayılmaması, bu bilgilere başkaları tarafından ulaşılabilmesi ve rızası hilafına kullanılmaması, kısaca bu bilgilerin mahrem kalması konusunda bireyin menfaati bulunmaktadır. Bu husus, bireyin kendisi hakkındaki bilgilerin geleceğini belirleme hakkına işaret etmektedir.

Anayasa'nın özel hayata saygı hakkını düzenleyen 20. maddesinin üçüncü fıkrasında, herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme, bu veriler hakkında bilgilendirilme, verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme, verilerin amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkına sahip olduğu, kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceğı, kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceğı hükmüne yer verilerek anayasal sınırlar belirlenmiştir.

Söz konusu Anayasa hükmünde kişilerin kendileri hakkındaki verilerin amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkına sahip olduğu özellikle vurgulanmıştır.

Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, insan onurunun korunması ve bireyin kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır.

Anayasa'nın 20. maddesi uyarınca kişisel veriler ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Dolayısıyla kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sağlanan anayasal güvencenin yaşama geçirilebilmesi için bu hakkı ilgilendiren yasal düzenlemelerin açık, anlaşılabilir ve söz konusu hakkın kullanılabilmesine elverişli olması gerekir. Ancak böyle bir düzenleme ile kişilerin özel hayatlarını ilgilendiren veri, bilgi ve belgelerin resmi makamların keyfi müdahalelerine karşı korunması mümkün hale gelebilir.

24/3/2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 3. maddesine göre kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarında da belirtildiğı üzere "...adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil" telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri, sağlık bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler..." kişisel veri olarak kabul edilmektedir. (AYM, E.2013/122, K:2014/74, 9/4/2014; E2014/149, K.2014/151, 2/10/2014; E.2014/74, K.2014/201, 25/12/2014; E.2014/180, K.2015/30, 19/3/2015; E.2015/32, K.2015/102, 12/11/2015).

Bu bağlamda güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasıyla elde edilen veriler kişisel veri niteliğindedir. İptali istenen kuralla güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kapsamında

kamu mercileri tarafından özel yaşamı ile ilgili sorular sorulması da dahil olmak üzere bir bireyin özel hayatı, iş ve sosyal yaşamıyla ilgili bilgilerinin alınması, kaydedilmesi ve kullanılması özel hayata saygı hakkına sınırlama niteliğindedir.

Anayasa'nın 129. maddesinin birinci fıkrasında memurlar ve kamu görevlilerinin Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunma yükümlülükleri düzenlenmiştir. Ayrıca 657 sayılı Kanun'da bu sadakat yükümlülüğünün yanı sıra kamu görevlilerine tarafsızlık ve devlete bağlılık yükümlülükleri de getirilmiştir.

Kamu görevlilerinin sadakat, tarafsızlık ve devlete bağlılık yükümlülüğü çerçevesinde devleti temsil eden ve millî güvenlik bakımından hassasiyet içeren bazı kamu görevlerine atanacak kişiler bakımından daha sıkı nitelikler aranması ve birtakım sınırlamaların getirilmesi doğaldır. Bu şekilde aranan nitelikler ve kanunlarda öngörülen kısıtlamalar, kamu hizmetinin etkin ve sağlıklı bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir. Ülkemizin maruz kaldığı terör saldırıları nedeniyle yakın geçmişte yaşanan acı tecrübeler, bu saldırıları gerçekleştiren terör örgütlerinin amaçları, kullanmış oldukları gizli yöntemlerin niteliği ve 15 Temmuz 2016 tarihinde demokratik toplum düzenini ortadan kaldırmaya ve seçilmiş hükümeti devirmeye yönelik hain darbe girişimine kalkışan silahlı terör örgütü üyelerinin büyük çoğunluğunun kamu görevlisi olduğu gerçeği dikkate alındığında, kamu görevine özellikle de milli güvenlik açısından hassasiyet içeren görevlere atanacak kişilerin güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasına tabi tutulması ve bu amaçla da kamu görevine atanacak kişilerde bir takım koşullar aranmasının gerekliliği tartışmasıdır. Dolayısıyla, idarenin kamu görevlerine atanacak kişilerin tabi olacağı güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması konusunda kanunla temel çerçeveyi ortaya koyan kurallar getirmesi elbette mümkündür. Bu çerçevenin kanunla belirlenmesinden sonra uygulama koşulları ve usule ilişkin ayrıntılar düzenleyici işlemlerle belirlenebilir. Üstelik millî güvenlik ile ilgili alanlarda çalışacak personelin seçimi ve kontrolü bakımından konuyu düzenleyen kanunda aranacak öngörülebilirlik koşulunun diğer alanlardakilere göre daha esnek olacağı da söylenebilir. Ancak yine de bu alanda düzenleme getiren kanunun, kamu makamlarına hangi koşullarda ve hangi sınırlar içinde bu tür gizli tedbirler uygulama ve potansiyel olarak özel hayatın gizliliğine yönelik müdahalelerde bulunma yetkisi verildiğini yeterince açık olarak gösterecek ve olası kötüye kullanmalara karşı yeterli güvence sağlayacak şekilde kaleme alınmış olması gerekir.

399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 7. maddesinin (f) bendinde aynı Kanun Hükmünde Kararname'ye ekli 2 sayılı cetvele tabi sözleşmeli pozisyonlarda çalışacak personel hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılacağı öngörülmesine, dolayısıyla bahsedilen statüde kamu görevlerine atanacaklar yönünden güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılması koşulu aranmasına karşın, güvenlik soruşturmasına ve arşiv araştırmasına konu edilecek bilgi ve belgelerin neler olduğuna, bu bilgilerin ne şekilde kullanılacağına, hangi mercilerin soruşturma ve araştırmayı yapacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Diğer bir ifadeyle güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının yapılmasına ve elde edilecek veriler kullanılmasına ilişkin temel ilkeler belirlenmeksizin kuralla sadece güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılması öngörülmüş, güvenlik soruşturmasının usul ve esasları ile bunu yapacak mercilerin kimler olduğu hususlarında bir belirleme yapılmamıştır.

Dolayısıyla güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda 399 sayılı KHK'nın 7/f bendinin kapsadığı sözleşmeli personel olarak kamu görevlerine alınmada esas alınacak kişisel veri niteliğindeki bilgilerin alınmasına, kullanılmasına ve işlenmesine yönelik

güvenceler ve temel ilkeler kanunla belirlenmeksizin bunların alınmasına ve kullanılmasına izin verilmesi Anayasa'nın 13., 20. ve 128. maddeleriyle bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraza konu 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 7. maddesinin (f) bendi, Anayasa'nın 13., 20. ve 128. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

Sonuç ve İstem:

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 152. maddesinde yer alan, bir davaya bakmakta olan mahkemenin, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görmesi durumunda, iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurabileceği ve Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakacağı kuralı gereğince; 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 7. maddesinin (f) bendinin Anayasa'nın 13., 20. ve 128 maddelerine aykırı olduğu kanısına varılması nedeniyle, anılan maddenin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına; dava dosyasının görüşülmesinin Anayasa Mahkemesince bu konuda bir karar verilinceye kadar bekletilmesine, iptali istenilen hükmün Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı olduğunu açıklayan gerekçeli başvuru kararının aslının, başvuru kararına ilişkin tutanağın onaylı örneğinin, dava dilekçesi ile dosyanın ilgili bölümlerinin onaylı örneklerinin dizi listesine bağlanarak Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, 31/12/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”