

TERÖRLE MÜCADELEDE DEVLETİN GÖZETLEMESİ KARŞISINDA BİREYİN ÖZEL HAYATININ GİZLİLİĞİNİN KORUNMASI HAKKININ KARŞILAŞTIRMALI BİR DEĞERLENDİRMESİ (BİRLEŞİK KRALLIK VE TÜRKİYE)*

*(A COMPARATIVE ASSESSMENT ON THE PROTECTION OF INDIVIDUAL RIGHTS
AND PRIVACY IN FACE OF COUNTER-TERRORISM RELATED STATE
SURVEILLANCE (UNITED KINGDOM AND TURKEY))*

Araş. Gör./ Res. Asst. Feyzan Özbay**

ÖZ

Giderek artan terör olaylarının önlenmesi amacıyla Birleşik Krallık ve Türkiye’de, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, internet bağlantı kayıtlarının saklanması, kamusal alanlara kameraların yerleştirilmesi gibi yaygın bir biçimde gözetleme faaliyetleri yürütülmektedir. Gözetlemenin dayandığı hukuki rejimin, özel hayatın gizliliğinin korunması hakkının normatif alanını sınırlandırırken sunduğu güvencelerin hukuk devleti ilkesine uygun olarak keyfiligi önlemesi ve ölçülü olması gerekmektedir. Bu anlamda gözetleyen kurumları denetleyen mekanizmaların da demokratik ve etkili bir şekilde işletilmesi şarttır. Birleşik Krallık ve Türkiye’de gözetlemenin hukuksal çerçevesinin benzer, farklı ve eksik yönlerinin vurgulanacağı bu çalışma, terörle mücadele ve özel hayatın gizliliğinin korunması arasındaki kırılgan dengeyi sergilemektedir.

Anahtar Kelimeler: terörle mücadele, özel hayatın gizliliği, gözetleme, iletişimin denetlenmesi, mobese

ABSTRACT

The main purpose of conducting widespread surveillance activities such as monitoring communications via telecommunications, retaining internet connection records, and placing cameras in public areas is to prevent increasing terrorist incidents in the United Kingdom and Turkey both. The safeguards for the right to respect for private life which are stipulated by surveillance laws should be pro-

* Bu makale 16.06.2015 tarihinde Prof. Dr. Yavuz Abadan Anayasa Hukuku Ödülü’nü kazanmıştır. Bu eserin tamamlanması sırasında misafir araştırmacı olarak akademik çalışmalarımı yürüttüğüm Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ndeki Danışmanım Sayın Dekan Prof. Dr. Bertil Emrah Oder’e, tüm bilgeliğiyle sorularıma berrak yanıtlar sunduğu, daha iyisi için beni daima yüreklendirdiği ve tüm emeği ve şefkati için kalpten teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım.

** İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı. Doktora Öğrencisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. feyzanozbay@gmail.com. (Bu makale, 23.1.2017 tarihinde Editörler Kurulu’na ulaşmış olup birinci hakem onayından 20.2.2017 tarihinde, ikinci hakem onayından 23.3.2017 tarihinde geçmiştir.)

portionate and should prevent arbitrariness in accordance with the rule of law. In this sense, it is essential that the oversight mechanisms for security services should also be operated in a democratic and effective manner. This study, which will emphasise the similar, different and incomplete aspects of surveillance regimes in the UK and Turkey, aims to present the fragile balance between the fight against terror and the protection of private life.

Keywords: *fight against terrorism, the right to respect for private life, surveillance, interception of communications, cctv*

GİRİŞ

Terör, liberal, kısmi liberal ya da liberal olmayan rejimleri, bu niteliklerinden ari olarak, şiddet yöntemleriyle yıkmayı amaçlayan, insanların güvenliğini tehdit eden bir tehlike olarak modern devletlerin gündeminde hemen her zaman öncelikli sırada yer almıştır.¹ 'Terör' tanımı üzerinde henüz genelgeçer bir uzlaşmaya varılamamış olsa da, devletler, demokratik yöntemlerle seçilmiş hükümeti ve kamu düzenini ortadan kaldırmayı amaçlayan şiddet olaylarını önlemeye ve bastırmaya yönelik yasal düzenlemeleri terörle mücadele mevzuatı kapsamında kabul etmektedirler. Eski çağlardan beri terör tehlikesi devletlerin politik gündeminde öncelikli sıralarda yer aldığı halde, özellikle 11 Eylül 2001 New York ve 7 Temmuz 2005 Londra saldırılarından sonra küresel ve yerel ölçekte giderek artan terör saldırılarının önlenmesi gerekçesiyle Birleşik Krallık ve Türkiye'nin terörle mücadele mevzuatında oluca katı düzenlemeler kabul edilmiştir.² Bunlara ek olarak, kamusal alanlara kameraların yerleştirilerek anlık görüntü kayıtlarının alınması, biyometrik kimlik doğrulaması³, DNA ve

¹ *Freedom House*, siyasi haklardan sivil özgürlüklere, adil seçim kanunlarının varlığından siyasi çoğulculuk ve katılıma, hükümetin denetlenmesine, akademik, dini ve basın özgürlüklerinin etkin korunmasına uzanan çoklu sorulardan oluşan bir puanlandırma yöntemiyle devletleri, liberal, kısmi liberal ve liberal olmayan şeklinde üçlü bir kategoriye tabi tutmaktadır. Buna göre 2016' raporunda Türkiye kısmi liberal bir ülke statüsündeyken, Birleşik Krallık liberal bir ülke olarak sınıflandırılmıştır. **Freedom House**, Methodology, (Çevrimiçi) <https://freedomhouse.org/report/freedom-world-2016/methodology>, 16 Ekim 2016.

² 11 Eylül saldırılarından önce İngiltere'de kapsamlı bir Terrorism Act 2000 uygulanmaktaydı. Ancak bu saldırılardan sonra, hükümet artan terör tehlikesine karşı yeni kanunlarla mücadele etme amacı doğrultusunda yeni önlemler içeren kanunlar kabul etti. Bunlar, 2001 Terörle Mücadele, Suç ve Güvenlik Kanunu (*Anti-Terrorism, Crime and Security Act*), 2005 Terörizmin Önlenmesi Kanunu (*Prevention of Terrorism Act*), 2006 Terörizm Kanunu (*Terrorism Act*), 2008 Terörle Mücadele Kanunu (*Counter-Terrorism Act*) ve 2010 Teröristlerin Malvarlığının Dondurulmasına İlişkin Geçici Hükümler İçeren Kanun [The Terrorist Asset-Freezing (Temporary Provisions)] ile 2015 tarihli Terörle Mücadele ve Güvenlik Kanunu (*Counter-Terrorism and Security Act*)'dur.

³ Genel sağlık sigortalıları ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmetinden yararlanabilmeleri için kimliklerinin biyometrik yöntemle doğrulanmasını ön koşul olarak öngören hükmün, bu hüküm uyarınca elde edilen kişisel verilerin terör örgütlerinin eline geçebileceği riskini de içeren gerekçelerle özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği iddiasıyla açılan bir davayı, Anayasa Mahkemesi (AYM), kişilerin başkalarının yerine geçerek sağlık hizmetinin suiistimal etmelerini ve Sosyal Güvenlik Kurumu'na yönelik yolsuzluğu önleme amacıyla getirilen kuralda kamu yararı bulunduğu gerekçesiyle

parmakizi örneklerinin alınması, internet üzerinden yapılan her türlü işlemin ve alışverişin takip edilmesi gibi önleyici tedbirler de kabul edilmiştir. Tüm bunlar, kişinin ismi, yaşı, cinsiyeti, kan grubu, kimlerle iletişim kurup görüştüğü, yurtdışına ne zamanlar çıktığı, alışveriş alışkanlıkları gibi kişisel veri sayılan bilgiler üzerinde devletin terörle mücadele kapsamında erişimine ve kontrolüne izin vermektedir.⁴

Kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi, kişisel kararlarını alabilmesi ve duygusal rahatlaması gibi değerlerin korunması için devletin ya da diğer özel kişilerin karışıp müdahale edemeyeceği özerk bir kişisel alanı bulunmalı ve bu alana müdahale edilmemelidir.⁵ Oysa kim tarafından gözetlendiğini bilemeyen insanın modern zamandaki konumu, Bentham'ın Panopticon ismiyle tasvir ettiği hapishanedekine benzer biçimde, iktidarın kişinin tüm hareket ve seçimlerini gözetlemesine olanak vermekte ve izlendiğinin bilincinde davranan insanın mahremiyet alanı kısıtlanmaktadır.⁶

Türkiye'de ve Birleşik Krallık'ta bireylerin terörle mücadele kapsamında gözetlenmesi sırasında, iletişimlerinin usulsüz dinlenmesi ve kaydedilmesine ilişkin bu makalenin ilerleyen bölümlerinde detaylandırılacak bazı skandallar yaşanmıştır. Vatandaşlarının güvenliğini sağlamak bugün, II. Dünya Savaşı'ndan sonra daha yaygın bir biçimde tartışılan insan haklarını garanti altına alan rejimlerin iç hukukta pekiştirilmesi meselesinden daha önemli bir hale gelmiştir. Terör olgusunun kendisi, belirli temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını engellerken, devletler de benzer hakları sınırlandırarak bazen de kullanımını durdurarak terörle mücadele etmektedirler. Bu da terörün bir paradoksu olarak, devletlere ikili bir sorumluluk yüklemektedir. Bunlardan birincisi, terör kaynaklı insan hakları ihlallerini önlemek ve diğeri de terörle mücadele sırasında insan haklarını devlet kurumlarının ve görevlilerinin işlediği ihlallerden korumaktır.

Bu dengenin sağlanması noktasında, bu makalenin ortaya çıkış amacını oluşturan belirli hukuki sorunlar gündeme gelmektedir, zira makalenin temel meselesini terörle mücadelede istihbarat kurumlarının gözetlemesi karşısında bireyin özel hayatının gizliliğinin korunmasının sağlanmasında anayasal kuralın ve güvencelerin etkinliğinin saptanması oluşturmaktadır. Birleşik Krallık ve Türkiye'nin karşılaştırmalı bu çalışmaya konu edilmesi, aşağıdaki nedenlerden kaynaklanmaktadır. Birleşik Krallık'ın terörle mücadele konusundaki mevzuat ve politikaları, 11 Eylül öncesi ve sonrasında diğer ülkeler üzerinde önemli etkiye sahiptir.⁷ Özellikle Birleşik Krallık'ın bu konuda Kuzey İr-

le reddetmiştir. Bkz. AYM, E. 2014/180, K. 2015/30, K.t. 19.3.2015, R.G. Tarih: 3.4.2015, Sayı: 29315.

⁴ **Merris Amos**, "The Impact of Human Rights Law on Measures of Mass Surveillance in the United Kingdom", *Surveillance, Counter-Terrorism and Comparative Constitutionalism*, Ed. Fergal Davis, Nicola McGarrrity and George Williams, New York, 2014, s.152., **Michel Foucault**, *Hapishanenin Doğuşu*, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Ankara, 2006, s. 296 vd.

⁵ **Ergun Özbudun**, *Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, C. I, Ankara, 1977, s. 265.

⁶ **Foucault**, *Hapishanenin Doğuşu*, s. 296 vd.

⁷ **Cian C. Murphy**, "Transnational Counter-Terrorism Law: Law, Power and Legitimacy in the 'Wars on Terror'", *Transnational Legal Theory*, King's College London Law School

landa ile olan tarihsel çatışmaları neticesinde tecrübe ettiği terör olaylarının niceliksel yoğunluğu ve bunlara karşı izlediği hukuki ve siyasi politikalar, onu terörle mücadele alanında adeta bir rol model konumuna getirmektedir. Keza yapılan literatür taramasında Türkiye ve Birleşik Krallık'ın güncel terörle mücadele mevzuatının ve ilgili mahkeme kararlarının bu çalışmaya esas teşkil eden sorun bakımından detaylı bir analizine rastlanmamıştır. Bu nedenle, makalede, bir terörle mücadele yöntemi olarak gözetlemenin özel hayatın gizliliğinin korunmasındaki etki ve sonuçlarının Birleşik Krallık ve Türkiye'nin ülkesel düzeninde tartışılması planlanmıştır.

Gözetlemenin modern toplum yapısının kurumsal boyutunun kaçınılmaz bir yönü olduğu kabul edilmektedir.⁸ Özellikle terör tehlikesinin bertaraf edilmesi amacıyla liberal demokratik devletlerin gittikçe yoğunlaşan kitle gözetlemesinde bulunmaları özel hayatın gizliliği hususu ile ilgili ciddi endişelere sebep olmaktadır.⁹ Buna rağmen, milli güvenliği ve kamu düzenini yıkıcı ve yıldıracı unsurların tehlike ve tehditlerini etkin bir şekilde savurmak amacıyla gizlice gözetleme yetkisinin, devletin egemenliğinin içkin ve zorunlu bir unsuru olduğu algısı, anılan endişelerin uluslararası yargı mercilerine yöneltildiği daha ilk zamanlardan başlayarak kabul edilegelmiştir.¹⁰ Bu makale temel olarak üç esastan oluşmaktadır. Öncelikle, terörün kavramsal ve hukuksal bir analizi yapılarak, özel hayatın gizliliği hakkının terörle mücadelede gözetlemeyle kesişen normatif alanı belirtilecektir. Daha sonra istihbarat kurumlarını ve faaliyetlerini düzenleyen kanunların bu normatif alanı sınırlandırırken sunduğu güvencelerin eşiği saptanacaktır. Son olarak da gözetleme faaliyetlerine ilişkin öngörülen demokratik mekanizmaların etkinliği karşılaştırılarak değerlendirilecektir.

I. Terörün Kavramsallaştırılması (Sisifos'un Meydan Okuması)

İyi bir araştırma yapmak için kavramların düzgün bir şekilde tanımlanması ve kullanılması elzemdir.¹¹ Karşılaştırmalı analizlerdeki en mühim meselelerden biri, Sartori'nin belirttiği üzere, bir disipline ait terimlerin evrensel bir anlam ifade etmesini sağlamak amacıyla belirsiz, muğlak ve müphem olarak kavramsallaştırılması tehlikesidir.¹² Zira bir araştırmacı artık internetteki gelişmelerle birlikte, görgül ve teorik veriler -kimi zaman da yanlış bilgiler- denizinde bilinçsizce yüzmekte ve bunun neticesinde de, yaptığı karşılaştırmalı analiz doğruluktan ve kesinlikten uzak olma tehlikesiyle karşı karşıya kalmak-

Research Paper No. 2015-14., C. 16, No:1, 2015, s.6. (Çevrimiçi) <http://ssrn.com/abstract=2570929>, 12.08.2015.

⁸ Modern toplumların, kapitalizm, sanayileşme, gözetleme ve şiddet araçlarının kontrolü olmak üzere dört kurumsal boyutu olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Anthony Giddens**, *Modernliğin Sonuçları*, Çev. Ersin Kuşdili, İstanbul, 2004, s. 74-75.

⁹ **Paul Anderson**, "Fighting 'Terrorism', Repressing Democracy: Surveillance and Resistance in the UK", *Warwick Law School Legal Studies Research Paper*, S.1, 2016, s. 5.

¹⁰ AİHM, *Klass ve diğerleri/Almanya*, Başvuru No: 5029/71, K.t. 6.9.1978, para. 48.

¹¹ **Andrea Locatelli**, "What is terrorism? Concepts, definitions and classifications", *Understanding Terrorism*, Ed. Raul Caruso/Andrea Locatelli, s.2. (Çevrimiçi) [http://dx.doi.org/10.1108/S1572-8323\(2014\)0000022001](http://dx.doi.org/10.1108/S1572-8323(2014)0000022001), 14.08.2015.

¹² **Giovanni Sartori**, "Concept Misformation in Comparative Politics", *The American Political Science Review*, C. 64, No. 4, 1970, s. 1035.

tadır.¹³ Terör ve terörle mücadele kavramlarının temeli üzerine kurulacak bu makalede, kavramların kullanımının müphem sonuçlar yaratması tehlikesini bertaraf etme düşüncesiyle, Sartori'nin önerdiği soyutlandırma merdiveni sisteminde adeta manevralarla, kesin ve makro düzeydeki teorileri ve görgül testleri göz önüne alarak, benzerlik ve farklılıklara dayanan bir tasnif yapılması hedeflenmektedir.¹⁴

Terörle ilgili siyaset bilimi alanındaki çalışmalar incelendiğinde, günümüze dek ulaşılan tanımların çeşitliliğinin ve niceliksel fazlalığının araştırmanın başlangıcı için biraz yıldırıcı olduğunu belirtmek gerekir.¹⁵ Bu zorluğun bilincinde yazılan makalenin bu bölümünde, “terör” ve “terörle mücadele” kavramlarının küresel düzeyde geçerli olacak bir tanımının belirlenmesi amaçlanması, bu bölüme adını veren Sisyphos mitinde olduğu gibi tekrar aşağı yuvarlanacağını bildiği halde bir kayayı yeniden tepeye çıkarma mücadelesine benzetilmektedir.¹⁶ Evrensel bir kavram oluşturmak için doktrinde oldukça fazla sayıda bulunan tanımların bir analizi yapıldıktan sonra, Birleşik Krallık ve Türkiye'nin terörle mücadele mevzuatlarındaki tanımlar karşılaştırılacaktır.

A. Terör ve Terörizm Kavramları

Terör kavramının ilk kullanımının tespit edildiği kaynak, hükümetler tarafından yürütülen bir faaliyet anlamıyla 1795'te *Oxford İngilizce Sözlük*'te Burke'un bir alıntısıdır.¹⁷ Akademik çalışmalarda terör ve terörizm kavramlarının bazen birbirleri yerine kullanıldığı, bazen de aralarındaki teknik farkın vurgulandığı dikkat çekmektedir. Gerçekten de bu kadar tartışmalı bir terim olan terörün kavramsallaştırılmasında belki de ilk ve en kolay yol, terör ve terörizm arasındaki farkın saptanmasıyla başlamaktadır.¹⁸ Bir görüşe göre, terörizm, dehşet yaratarak siyasi bir amacı gerçekleştirmeye yönelmiş bir araç iken, her terör eylemi, terörizm içerisinde değerlendirilemez, zira şahsi ve cezai amaçlara

¹³ **Sartori**, *Concept Misformation in Comparative Politics*, 1053.

¹⁴ Soyutlandırma merdiveninde aşağı inildikçe daha kesin özellikler belirlenmekte, ancak bu özellikler nicelik bakımından daha az olaya ya da olguya atfedilebilmektedir. Oysa yukarı çıkıldıkça kavramların karakteristik özelliklerinin kesinliği belirsizleşmekte ve daha çok olguya ya da olaya atfedilmektedir. Dolayısıyla yukarı çıkıldıkça tüm olguları tanımlayabilecek kavramsal esnetme adeta engellenmektedir. Bu anlamda terör tanımlanırken de geniş ve kapsayıcı bir metod seçildiğinde, bazı terör faaliyetlerinin –özellikle insancıl hukuka uygun olan ve silahlı çatışma sırasında işlenen faaliyetler- meşrulaştırılması mümkün olurken, daha dar anlamda terörün özünü oluşturan bir tanımda yer alan örneğin masumlara saldırılmasının hiçbir şekilde meşrulaştırılmayacağı açıktır. Bkz. **Ben Saul**, “Defining Terrorism in International Law”, New York, 2008, s. 69.

¹⁵ **Anna Oehmichen**, *Terrorism and Anti-terror Legislation: The Terrorised Legislator?: A Comparison of Counter-terror Legislation and Its Implications on Human Rights in the Legal Systems of the United Kingdom, Spain, Germany and France*, Oxford, 2009, s.3.

¹⁶ **Homeros**, *Odysseia*, Çev. Azra Erhat, A. Kadir, 21.bs., İstanbul, 2008, s. 212. Bu girişimin anlamsız olacağı yönündeki eleştirilere yanıt olarak Camus'nun “Sisifos Söyleni” kitabındaki tespiti ileri sürülebilir. “*Tepelere doğru tek başına didinmek bile bir insan yüreğini doldurmaya yeter.*” Bkz. **Albert Camus**, *Sisifos Söyleni*, 33. bs., İstanbul, 2016, s. 141.

¹⁷ **Jenny Teichman**, “How to Define Terrorism”, *Terrorism*, Ed. Conor Gearty, England, 1996, s.5., **Walter Laqueur**, *A History of Terrorism*, 7.bs, London, 2012, s.6.

¹⁸ **Grant Wardlaw**, *Political Terrorism*, 2. bs, Cambridge, 1984, s. 9.

yönelik terör faaliyeti de yürütülebilir.¹⁹ Oysa terörizm her zaman siyasi bir amaca yönelmiştir. Doktrindeki yaygın görüşe göre, terör, vatandaşlar arasında sürekli bir korku, tehdit ve yılgınlık yaratan ve araç olarak kullanılan eylemleri ifade etmektedir.²⁰ Terörizm ise, siyasi amaçlarla istediklerini elde etmek ve korkutmak amaçlarıyla terörün sistemli bir şekilde uygulanmasını içeren bir taktik ve strateji biçimidir.²¹ Yine terör ve terörizm arasındaki bir diğer fark, devlet ve siviller arası terör ayırımından kaynaklanmaktadır. Buna göre devlet destekli yıldırıcı faaliyetlerden bahsedilirken terör, devletin altındaki sivillerin oluşturduğu hizipler arasındaki terörden bahsedilirken de terörizm ifadesinin kullanıldığı tespit edilmiştir.²² Ancak bu ayırımın literatürde artık ortadan kalktığını belirtmek gerekir. Bir diğer görüşe göre, sonundaki “-izm” eki, terörizm, diğer siyasi ve felsefi sistemler gibi bir dizge çağrıştırmaktadır. Ancak ‘terörizmin’ bir ideoloji, doktrin ya da bir sistem olarak tanınmaması doğru değildir.²³ Bu makalede bu son görüşe itibar edilerek terör kavramı bilinçli olarak seçilmiştir, zira terörizmin bir ideoloji olmadığı değerlendirilmektedir. Gerçekten de terör, bir felsefe ya da devrim hareketi değildir, bir taktik ve yöntemdir.²⁴

Aslında terör bir taktik olduğu için, terörle mücadele (*anti-terrorism*) ya da teröre karşı savaş (*war on terror*) kavramı ile hükümetlerin neyi kast ettiği de belirsizleşmektedir. O nedenle ‘siyasi saiklerden kaynaklanan, önceden tasarlanmış şiddet’ tanımlaması kabul edilmektedir. Bir eylemin terör faaliyeti sayılabilmesi için, olaydan doğrudan etkilenen mağdurlarının ötesinde, daha geniş kapsamlı bir kitleyi korkutmak ve etkilemek amacı bulunmalıdır.²⁵ ‘Terörle mücadele’ kavramı ile ilgili olarak, hukuk kurallarını ihlal ederek yaptıkları eylemler nedeniyle teröristlere hukuk devleti sınırları içerisinde kalmayarak karşılık verilmesi kimi zaman tartışmalı hale gelmektedir. Ancak terörle mücadele yöntemleri sırasında güvenlik güçlerinin hukuk dışında kalan her türlü faaliyetinin, teröristlerin devletin meşruluğunun ortadan kalktığı yönündeki propagandalarında kullanmaları muhtemeldir. Dolayısıyla terörle mücadele, halkın desteğini alma yönünde terörist ve güvenlik güçleri arasında gerçekleştirilen bir strateji ve adımlar bütünü olarak hukuk devleti sınırları içerisinde kalmalıdır.²⁶

¹⁹ Ibid.

²⁰ **Mesut Hakkı Çaşın**, Uluslararası Terörizm, Ankara, Nobel, 2008, s. 37.

²¹ Ibid., **Sulhi Dönmezer**, “Tedhişçilik Üzerine”, Devir Dergisi, C. 6, 1972, s.20 aktaran **Atilla Yayla**, “Terörizm: Kavramsal Bir Çerçeve”, AÜSBFD, C. 45, No:1, 1980, s. 339 (Çevrimiçi) <http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/45/1/atillayayla.pdf>, 1 Kasım 2015.

²² **Paul Wilkinson**, Terrorism Versus Democracy: The Liberal State Response, London, Frank Cass, 2001, s. 19., **Emre Öktem**, Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, İstanbul, Derin Yayınları, 2007, s. 254.

²³ **Hamide Zafer**, Sosyolojik Boyutuyla Terörizm, İstanbul, 1999, s.3., **Mehmet Ali Bal**, Savaş Stratejilerinde Terör, İstanbul, 2003, s.30-31. **Dönmezer**, Tedhişçilik Üzerine, s.20. aktaran **Faruk Turinay**, “Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı”, TBB Dergisi, Sayı:116, 2015, s.46., **Omar Malik**, Enough of the Definition of Terrorism, London, 2000, s.50.

²⁴ **Wilkinson**, Terrorism Versus Democracy, s. 13.

²⁵ **Alan Krueger**, What Makes a Terrorist: Economics and the Roots of Terrorism, Oxford, 2007, s.13.

²⁶ **İhsan Bal**, “Türkiye’de Terörle Mücadele: PKK Örneği”, Dünyadan Örneklerle Terörle Mücadele, Ed., İhsan Bal, Süleyman Özeren, Ankara, 2010, s. 36.

Terörün tanımlanmasına yönelik çalışmalarda şu iki yaklaşım dikkat çekmektedir. Bunlardan ilki, terörün sübjektif bir biçimde tanımlanarak, iktidarın çıkarlarına ters düşen tek bir düşman olarak nitelendiriliği propagandacı yaklaşımdır. Diğerisi ise, terörü oluşturan nedenlerin ve önemli terör olaylarının nesnel bir şekilde ele alındığı gerçekçi bir yaklaşımdır.²⁷ Bu çalışmada da gerçekçi bir yaklaşım izlenerek, terör kavramı amaçsal, görgül ve tarihsel açılarından tanımlanacaktır.²⁸ Amaçsal yönetime göre terör sırasıyla maddi, mistik ve dini, düşmanı yok etme veya siyasi olmasına göre cezai, psişik, savaş terörü ve siyasi terör olarak tasnif edilebilir.²⁹ Amaçsal bakımdan terörün basit ve ikili bir yapısı olduğu söylenebilir. Buna göre terörün doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki hedefi vardır, dolaylı hedef öldürme, zarar verme ya da korkutma gibi yıldırıcı faaliyetlerle iktidara kendi istediklerini yaptırmalarıdır.³⁰ Görgül yönetime, eylemlerin bütünü dikkate alınarak terörle ilişkilendirilen bir tanım yapılmaktadır.³¹ Buna göre terör, adam kaçırma, adam öldürme, mala zarar verme vs. gibi geniş bir yelpazedeki suçların toplumu sindirmek ve halka dehşet saçmak amacıyla işlenmesidir.³² Modern terörün tipik yöntemleri patlayıcı ve yakıcı bombalar, ateş edici saldırılar ve adam öldürme, rehin alma, adam kaçırma ve uçak ya da araç kaçırmadır.³³ Tarihçilerin açıklamaları dikkate alındığında, terörün orijinal anlamının iktidar tarafından yapılan eylemler olarak ortaya çıktığı, ancak zamanla iktidara karşı yönelen eylem anlamına kaydığı gözlemlenmektedir. Tarihsel açıdan terörün tek bir tanımının, tarihteki tüm tanımları kapsaması mümkün değildir.³⁴

Bu anlatılanlar ışığında bir eyleme terör niteliğini veren beş şartın terörün tanımlanmasında yaygın kabul gördüğü anlaşılmaktadır. Bunlar, (1) şiddet içermesi, (2) siyasi bir amacının veya etkisinin olması, (3) insanları doğrudan öldürmekten ziyade onlara korku salacak şekilde bırakarak dolaylı bir yaklaşım sergilemesi, (4) normları ihlal etmesi, (5) savunmadan ziyade saldırı odaklı olmasıdır.³⁵ İzleyen bölümde Birleşik Krallık ve Türkiye’de terörün hukuki tanımındaki ortak ve ayrımlı unsurlar değerlendirilecektir.

B. İngiliz Hukukunda Terör

Birleşik Krallık’ın terörle mücadele mevzuatında ilk olarak 1973 tarihli Kuzey İrlanda Olağanüstü Hal Hükümleri Kanunu (*Northern Ireland Emergency Provisions Act*)³⁶ ile terör, şiddetin siyasi amaçlarla kullanılması ve halkı herhangi bir şekilde dehşete ve korkuya düşürme amacıyla şiddetin her türlü kul-

²⁷ **Noam Chomsky**, Terör ne?: Terörist kim?: Avrupa, Asya ve Ortadoğu, Ankara, 2000, s. 11.

²⁸ **Wardlaw**, Political Terrorism, s. 12., **Zafer**, Sosyolojik Boyutuyla Terörizm, s.6-9.

²⁹ **Wardlaw**, Political Terrorism, s. 12.

³⁰ **Igor Primoratz**, “What is Terrorism?”, Terrorism, Ed. Conor Gearty, England, 1996, s.19.

³¹ **Zafer**, Sosyolojik Boyutuyla Terörizm, s. 6.

³² **Doğu Ergil**, Türkiye’de Terör ve Şiddet, Ankara, 1980, s.1.

³³ **Wilkinson**, Terrorism Versus Democracy, s. 13.

³⁴ **Zafer**, Sosyolojik Boyutuyla Terörizm, s. 8.

³⁵ **Locatelli**, What is terrorism?, s. 8 vd., **Caşın**, Uluslararası Terörizm, s.116.

³⁶ Benzer bir tanımlama 1989 tarihli Terörün Önlenmesi Kanunu (*Prevention of Terrorism Act*) ile 1996 tarihli Kuzey İrlanda Olağanüstü Hal Hükümleri Kanunu’nda (*Northern Ireland Emergency Provisions Act*) yer almaktadır.

lanımını kapsayacak biçimde tanımlanmıştır. Bu kanuni tanım belirli sembolik amaçları hedeflemekle birlikte, polise verdiği yetkilerin olağan suçlarda kullanılmasa ölçüsüz olarak nitelendirilebilecekken, terör kapsamına giren suçlarda bu yetkilerin kullanılmasına zemin hazırlayan yasal bir araç olarak değerlendirilmiştir.³⁷

2000 tarihli Terörizm Kanunu (*Terrorism Act*)³⁸ ise, terör tanımını önceki kanunlardan farklı olarak üç temel unsur daha ekleyerek genişletmiştir. Bunlar, (1) insanların hayatlarına ve mallarına yönelik ciddi bir şiddet ya da tehlike veya elektronik sistemleri bozacak veya ciddi bir müdahale edecek davranış ya da tehdidin varlığı, (2) politik, dini, etnik veya ideolojik bir olayı gerçekleştirmenin amaçlanması, (3) bu davranış ya da tehditlerin silah ve patlayıcı kullanarak hükümeti veya hükümetlerarası bir örgütü etkilemeyi amaçlaması ya da halkı ya da halkın bir bölümünü korkutarak sindirmeyi hedeflemesidir. Birleşik Krallık dışında bir devlete veya hükümete karşı işlenen terörist eylemler de bu kanun kapsamında terör faaliyeti sayılacaktır.³⁹

Doktrinde bu tanımın fazla geniş olduğunu ve örneğin bilişim sistemine basit bir giriş yapmak olarak adlandırılabilir korsanlığın (*hacking*)⁴⁰ ya da doğal yaşamın korunmasına dikkat çekmek amacıyla çevrecilerin kendilerini ağaçlara zincirleyerek protesto etmelerinin terör eylemi olarak değerlendirilebileceği örneği verilmiştir. İngiliz Yüksek Mahkemesi, 2006 tarihli Terör Kanunu (*Terrorism Act*) uyarınca terör ile ilgili yayınları internet üzerinden dağıtan bir hukuk fakültesi öğrencisinin suç teşkil eden eylemleri nedeniyle açılan davada “terör” tanımını da incelemiştir. İngiliz Yüksek Mahkemesi, kanundaki terör tanımının geniş olduğuna karar vermiş, ancak dar yorumlamak için de bir dayanak bulunmadığını ileri sürmüştür.⁴¹ Zira uluslararası hukukta üzerinde anlaşmaya varılmış bir tanım olmadığı gibi, faşist bir rejime ya da sömürge egemenliğine karşı ayaklanan ve kimilerine göre özgürlük savaşçıları olarak adlandırılan kişilerin, terörist olarak nitelendirileceğine ilişkin bir uluslararası anlaşma bulunmamaktadır.⁴²

Birleşik Krallık’ta bir kişinin ya da örgütün 2000 ve 2006 tarihli Terörizm Kanunları’na dayanarak terörist ya da terör örgütü olarak nitelendirilmesine karar verme yetkisi İçişleri Bakanlığı’na aittir.⁴³ İçişleri Bakanlığı’nın bu

³⁷ **Ian Loveland**, *Constitutional Law, Administrative Law and Human Rights: A Critical Introduction*, 7.bs., New York, 2015, s. 733.

³⁸ **İbrahim Kaya**, *Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk*, Ankara, 2006, s.14.

³⁹ Terörün tanımlanmasına yönelik son yasal düzenleme olan 2015 tarihli Terörle Mücadele ve Güvenlik Kanunu’nda (*Counter-Terrorism and Security Act*) bu tanımın halen geçerli olduğu öngörülmektedir.

⁴⁰ **Jean-Claude Paye**, *Hukuk Devletin Sonu: Olağanüstü Halden Diktatörlüğe Terörle Mücadele*, Ankara, İmge, 2009, s. 151., **John Alder**, *Constitutional and Administrative Law*, 10. bs., London, Palgrave, 2015, s. 578.

⁴¹ R v Gul [2013] UKSC 64.

⁴² **Antonio Coco**, “The Crime of Terrorism in Times of Armed Conflict as Interpreted by the Court of Appeal of England and Wales in R v. Mohammed Gul” *Journal of International Criminal Justice*, C. 11 S. 2, 2013, s. 430.

⁴³ Bkz. 2000 tarihli Terörizm Kanunu’nun 3. bölümü ile 2006 tarihli Terörizm Kanunu’nun 21. bölümü. **Helen Fenwick/Gavin Phillipson**, “Legislative Over-Breadth, Democratic Failure and the Judicial Response: Fundamental Rights and the UK’s Anti-

kararı vermesi için örgütün terörle ilgili olduğuna kani olması yeterli olup, bu inancını haklı gösterecek makul gerekçeleri göstermesi aranmamaktadır.⁴⁴ Terörle ilgili olmak, terör eylemlerini işlemek, bunlara katılmak, bu eylemlerin işlenmesini kolaylaştırmak, desteklemek ya da kanuna aykırı bir şekilde terörü övmek ya da diğer yönlerden terörle ilgili olmak anlamına gelecek şekilde oldukça geniş kaleme alınmıştır.⁴⁵ Terörist olduğu saptanan örgütlerin İçişleri Bakanlığı'na, görüşmeleri kapalı yargılamaya tabi olan Yasaklı Örgütler İtiraz Komisyonu'na ya da Temyiz Mahkemesi'ne başvurularak, isimlerinin yasaklı örgütler listesinden çıkarılmasını talep etme hakkı bulunmaktadır.

C. Türk Hukukunda Terör

Türkiye'de terörü önlemek ve terör kapsamında işlenen suçları etkin bir şekilde cezalandırmak amacıyla 1991'de Terörle Mücadele Kanunu kabul edilmiştir.⁴⁶ 1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda (TMK) terör,

“cebir ve şiddet kullanarak, baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girilecek her türlü suç teşkil eden eylemler”

olarak ifade edilmiştir.⁴⁷ Görüldüğü üzere, bir eylemin terör olarak nitelendirilebilmesi için üç koşul aranmaktadır. Bunlar, (1) eyleme baskı, korkutma ve yıldırma gibi sayılan yöntemlerden biriyle girişilmiş olması, (2) eylemin amacı maddede anılan temel hak ve özgürlükleri yok etmek gibi nedenlerden biri olması ve (3) bir örgütle bağlantısı olan kişilerce işlenmelidir. TMK'deki bu tanımın belirsiz olduğu, suçun unsurlarının kesin olarak belirtilmediği, birden fazla yoruma yol açtığı ve bu nedenle de suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla açılan bir davada, Anayasa Mahkemesi (AYM), bu iddiaları reddetmiş ve anılan terör tanımının suçların kanuniliği ilkesine uygun olduğuna hükmetmiştir.⁴⁸ AYM'ye göre, hükümde geçen baskı, korkutma gibi ifadeler, cebir, şiddet, tehdit kavramları ile yakından ilişkili olup benzer anlamlara gelmektedir. Keza anılan düzenlemelerde belirtildiği şekilde terör eylemlerinin amaçları ve örgüt terimi, yürürlükteki Ceza Kanunu'nun ilgili maddeleriyle somut ve açık olarak belirlenebilmektedir.

AYM, daha yakın tarihli diğer bir kararında, mevzuatta tanımı yapılmış, uygulamada yerleşmiş, uygulama ve öğretinin yardımıyla açıklık kazanmış 'terör' kavramının belirsizliğinden söz edilemeyeceği sonucuna ulaşarak, terör

Terrorist Legal Policy”, Global Anti-Terrorism Law and Policy, Ed. Victor V. Ramraj/Michael Hor/Kent Roach, Cambridge, 2005, s. 460.

⁴⁴ Alder, Constitutional and Administrative Law, s. 578.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ **Bülent Tanör**, “Terörle Mücadele Kanunu Üzerine İlk Düşünceler”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sayı: 1-2, 1990, s. 165.

⁴⁷ 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu, R.G. Tarihi: 12.04.1991, Sayı: 20843.

⁴⁸ AYM, E. 1991/18, K. 1992/20, K.t. 31.3.1992, R.G. Tarihi: 27.01.1993, Sayı: 21478.

kavramının Türk mevzuatındaki yerleşik anlamına bakış açısını bir kez daha pekiştirmiştir.⁴⁹ Anılan kararda AYM, terör tanımının açık olduğunu saptadıktan sonra, uluslararası sözleşmelerde de terör tanımı yerine terör suçu niteliğinde sayılan suçların listelenmesine işaret etmesi mantıksal olarak bir çelişme niteliğindedir. Keza, Türkiye'nin de taraf olduğu 1977 tarihli Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 1. maddesinde adam kaçırma, rehin alma, bombalı saldırı gibi suçlar liste halinde terör suçu olarak sayılmaktadır. Nitekim TMK'de olduğu gibi eylemin niteliği ve amacından hareketle bir tanım verilmesi yerine tek tek hangi suçların terörle mücadele kategorisine girdiğini belirtmenin uluslararası standartlarla iç hukuku uyumlaştıracakı da ifade edilmiştir.⁵⁰ Avrupa Komisyonu'nun "Türkiye'nin Vize Serbestisi Yol Haritasına İlişkin Yükümlülükleri Yerine Getirmesine İlişkin Süreç Hakkında Raporu"nda da Türkiye'nin terörle mücadele mevzuatında terörün tanımının geniş ve muğlak olarak belirlendiği ve ölçülülük ilkesi doğrultusunda 13 Haziran 2002 tarih ve 2002/475/JHA sayılı Avrupa Konseyi Çerçeve Kararı'yla uyumlu hale getirelerek değiştirilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁵¹ Bu talebe karşı Adalet Bakanlığı'nın basına haber olarak yansıyan ancak yazarın içeriğine erişemediği çalışmasında, AB ülkelerindeki 'terör', 'terörist' ve 'terör suçuna' ilişkin düzenleme ve cezaları araştırarak, ortak bir tanım bulunmadığı ve kavramların ülkelerin ihtiyaçlarına göre şekillendiği ifade edilerek, pozitif tanımın yasal bir değişikliklikle daraltılması talebi reddedilmiştir.⁵²

Türk hukukunda bir oluşumu ya da eylemi terör olarak saptama yetkisinin Bakanlar Kurulu veya mahkemeler tarafından kullanılacağı yönünde yargısal bir içtihat gelişmiştir.⁵³ 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Uygulanması Hakkında Kanun'un 5. maddesi uyarınca, Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi'nin 1267 (1999), 1988 (2011) ve 1989 (2011) sayılı kararlarıyla listelenen kişi, kuruluş ya da organizasyonların tasarrufunda bulunan malvarlığının dondurulması kararlarının uygulanması noktasında Bakanlar Kurulu'nun yetkilendirildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla aslında BM'nin terörist olarak belirlediği kişi ya da kuruluşların malvarlıklarının dondurulmasına ilişkin kararları, Bakanlar Kurulu tarafından Resmi Gazete'de yayımlanmaktadır.

Birleşik Krallık'ta ve Türkiye'de terörün yasal tanımları arasında şu üç ortak unsurun varlığı tespit edilmiştir, (1) şiddetin araç olarak kullanılması, (2)

⁴⁹ AYM, E. 2010/40, K. 2012/8, K.t. 19.1.2012, R.G. Tarihi: 06.03.2013, Sayı: 28579.

⁵⁰ **Turgut Kazan**, "İfade Özgürlüğü ve Terörle Mücadele Yasası", İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, İstanbul, 2003, s.186.

⁵¹ "Third Report on Progress by Turkey in Fulfilling the Requirements of its Visa Liberalisation Map", European Commission, COM(2016)-278, s. 8.

⁵² Bkz. "Adalet Bakanlığı: AB Ülkelerinde Ortak Terör Tanımı Yok" (Çevrimiçi) www.turkiyegazetesi.com.tr/gundem/367871.aspx 8 Mayıs 2016.

⁵³ "PKK, Türk yargı erki tarafından silahlı terör örgütü olarak kabul edildiği gibi, Emniyet Genel Müdürlüğü'nün yayınladığı "Türkiye'de hâlen faaliyetlerine devam eden başlıca terör örgütleri" listesinde "PKK/KONGRA-GEL" adıyla yer almaktadır" hükmü verilmiştir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/9343, K.t. 04.06.2015, para. 60., "bir yapılanmanın silahlı terör örgütü olarak ilan edilmesinin Bakanlar Kurulu veya Yargıtay'ın yerleşik nite-lik kazanan ve istikrar arz eden kararlarıyla gerçekleşeceği" yönündeki karar için bkz. İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi, Dosya No: 2015/234 Karar No: 2015/362, 05.11.2015 tarihli kararı, (Çevrimiçi) <https://anayasagundemi.files.wordpress.com/2016/03/istanbul-14-acm1.pdf> 20 Eylül 2016

siyasi amaçlar, (3) hedeflenen bir kitle üzerine korku salma niyeti.⁵⁴ Ancak bu yasal benzerliklere ve akademideki benzer yaklaşımlara rağmen, bu özelliklerin fazla geniş niteliği, onları elverişli bir tanım yapmak için yetersiz kılmaktadır.⁵⁵

II. Gözetlemenin Toplum Sözleşmesinin Yeniden Yorumlanmasına Etkisi

Türkçe karşılığını gözetleme olarak çevirmenin daha uygun olduğu *surveillance* kelimesinin kökeni aslen Fransızcadan gelmektedir.⁵⁶ 1789 Fransız Devrimi'nin kazanımlarının pekiştirildiği dönemi niteleyen Terör Çağı'nda, muhaliflerin hareket ve eylemlerinin izlenmesi amacıyla kurulan Gözetleme Komiteleri (*comite de surveillance*) günümüzde farklılaşarak anlam değiştiren 'terör' olaylarını engellemek amacıyla devletin gözetlemesinin etimolojik kökenini oluşturmaktadır.⁵⁷ Etkileme, yönetim, koruma, yönlendirme ve kontrol etme gibi amaçlarla kişisel bilgilerin izleme, kaydetme, depolama, işleme ve erişme faaliyetleri sonucunda sistematik ve düzenli bir şekilde bir araya getirilmesi gözetleme kavramını ifade etmektedir.⁵⁸ Gözetleme, kişinin gözetlendiğinin farkında olmaksızın kendisi hakkında istihbarat toplama faaliyeti anlamına gelmektedir.⁵⁹

Egemenin siyasi ve sosyal gözetlemesi, daha yerel düzeyde ve düzensiz bir şekilde tutulmalarına rağmen, M.S. 2. yy'da Çin'deki nüfus kayıtlarına kadar uzanan, Mısır'da, Roma'da ve 1086'da İngiliz 'Kıyamet Günü Kitabı' (*The Doomsday Book*) ile örneklenen oldukça köklü bir birikimdir.⁶⁰ Batı'da sanayileşmenin yeni şehir alanlarında göçe neden olması, iletişim ve ulaşımındaki önemli gelişmeleri, yoğun işgücünün artışı gibi etkileri doğurması ve bunların düzgün bir şekilde işlenmesini kontrol amacıyla özellikle Birleşik Krallık'ta daha

⁵⁴ **Ariel Merari**, "Terrorism as a Strategy of Insurgency", *The History of Terrorism: From Antiquity to Al Qada*, Ed. Gerard Chaliand, Arnaud Blin, Berkeley, 2007, s. 14-15.

⁵⁵ **Merari**, *Terrorism as a Strategy*, s. 14-15 aktaran **Brooke Barnett/Amy Reynolds**, *Terrorism and the Press: An Uneasy Relationship*, New York, 2009, s. 15.

⁵⁶ İngilizce ve Fransızca ortak karşılığı *surveillance* olan gözetleme, üzerinde anlamına gelen *sur* ve izleme anlamında kullanılan *veiller* kelimelerinin birleşmesinden oluşmuştur. Bkz. **T. F. Hoad**, "The Concise Oxford Dictionary of English Etymology", Oxford, OUP, 2003 (Çevrimiçi) <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780192830982.001.0001/acref-9780192830982-e-15039?rskey=Cth5kb&result=11> Eylül 2016. Bu makalenin esasını oluşturan 'gözetleme' yerine akademik çalışmalarda sıklıkla 'gözetim' kelimesinin kullanıldığı dikkat çekmektedir. 'Gözetim' terimi hukuki anlamıyla, devletin kişileri aleni yollarla denetim altında tutmasına işaret etmektedir. Ancak bu makalede bütünlük ve açıklık sağlamak amacıyla, bireyler hakkında onlardan habersiz ve gizli bir şekilde yürütüldüğü vurgusu taşıyan 'gözetleme' kavramının kullanılması uygun görülmüştür.

⁵⁷ **Douglas Harper**, "surveillance", *Online Etymology Dictionary*, (Çevrimiçi), http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=surveillance, 11 Eylül 2016.

⁵⁸ **David Lyon**, *Surveillance Studies: An Overview*, Cambridge, 2007, s. 14.

⁵⁹ [2014] 2 All ER 576 para. 12.

⁶⁰ **Toni Weller**, "The Information State: A Historical Perspective on Surveillance", *Routledge Handbook of Surveillance Studies*, Ed. Kirstie Ball/Kevin D. Haggerty/David Lyon, New York, 2012, s. 57.

merkezleşmiş ve denetim amaçlı bilgi toplanması gerekmiştir.⁶¹ Toplumsal refahı ve selameti sağlamak amaçlarıyla devlet tarafından tarihsel olarak kişilerin mali statüleri, işleri ve ailevi durumları hakkında bilgi toplama faaliyeti aleini bir şekilde yürütülmekteyken, 19. ve 20. yy'da istihbarat alanındaki teknolojik gelişmeler ve tekniklerin etkisiyle bu faaliyetler gizli, saklı ve örtülü yöntemlerle devam ettirilmiştir.

Günümüzde gözetleme, bireylerin internet üzerinden yaptığı her türlü işlemin, girdiği sayfaların kaydedilmesi, banka hesaplarının ve alışverişlerinin takip edilerek alışkanlıklarının belirlenmesi, sosyal medya üzerindeki mesajlaşmalarının takip edilmesi, e-mail yazışmalarının, telefon görüşmelerinin ya da sinyal bilgilerinin tespit edilerek irtibatlı olduğu kişilerin belirlenmesi, her bir vatandaşa kimlik numarası verilmesi, güvenlik kameraları ile dışarıda izlenerek kişisel verilerinin elde edilmesi ve işlenmesi faaliyetidir.⁶²

Toplum sözleşmesi kavramı siyasal felsefede iktidarın ortaya çıkmasının ve kullanılmasının meşruiyetini açıklayan bir devlet teorisidir. Toplum sözleşmesi kavramını kurduğu hukuki ve felsefi sisteme göre açıklayan Thomas Hobbes'a göre, insanlar iktidarın ortaya çıkmasından önce doğal yaşam döneminde sürekli bir karmaşa, savaş ve düşmanlık içerisinde yaşıyorlardı.⁶³ İnsanlar, istedikleri her şeyi yapabilmelerine olanak veren doğal haklarını akıllarını kullanarak barışın tesisi amacıyla bir canavara devrettiler.⁶⁴ İncil'de bir deniz yaratığı olarak tasvir edilen Leviathan'dan esinlenerek adlandırılan bu canavar, güvenliğin sağlanması için özgürlüğün devredildiği anlayışına dayanan modern devletin ortaya çıkışını sembolize etmektedir.⁶⁵ 18. ve 19. yy'da özgürlük ve demokrasi alanında yaşanan gelişmelerle uluslararası insan hakları rejimi kurulmuş ve egemenin otoritesi insan hakları güvencesi sınırlarının berisinde kalarak zayıflamıştır. Ancak günümüzde hükümetlerin kesin olarak tanımlanmamış ve soyut bir düşmana karşı giriştikleri terörle mücadelelerinde, egemenliğin tek elde toplanarak toplumun kontrol ve organize edilebilmesinin ötesine geçilmektedir.⁶⁶ Dolayısıyla terörle mücadelenin yürütüldüğü bu dijital çağda toplum sözleşmesi, egemenin klasik vergilendirme ya da kuvvet kullanımı gibi tekelinde olan meşru iktidarı yerine gözetleme yapabilmesi önermesine dayanmaktadır. Kitlelerin gözetlenmesiyle bilgilere veya kişisel verilere erişen egemen, karşılığında bireylere yüksek bir güvenlik içerisinde yaşamının faydasını sağlamaktadır.⁶⁷ Toplum sözleşmesinin bu yönde yeniden yapılanmasında, istihbarata yüksek meblağlarda yatırımlar yapılması, kamusal alanlara kameralar yerleştirilmesi, yabancı devletlere giriş yaparken parmak izlerinin alınması gibi durumları toplumun zımni bir anlayışla benimsediği yönündeki argüman ileri

⁶¹ **James Beniger**, *Control Revolution: Technological and Economic Origins of the Information Society*, London, 1986, s. 220.

⁶² **Ufuk Taşçı**, "Güvenlik Amaçlı Gözetim Faaliyeti Olarak Türkiye'de Mobese ve Eleştiriler", *CBÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, C.14, S.2, s. 163-164.

⁶³ **Mehmet Akad/Bihterin Vural Dinçkol/Nihat Bulut**, *Genel Kamu Hukuku*, 2014, s.106.

⁶⁴ **Thomas Hobbes**, *Leviathan*, çev. Semih Lim, İstanbul, 1993, s.130.

⁶⁵ **Natan Sznaider**, "Terrorism and the Social Contract", *Irish Journal of Sociology*, C.15, S.1, 2006, s.8.

⁶⁶ **Paye**, *Hukuk Devletin Sonu*, s. 219., **Simon Chesterman**, "Privacy and Surveillance in the Age of Terror", *Survival*, 2010, C. 52, No. 5, s. 33.

⁶⁷ **Chesterman**, *Privacy and Surveillance*, s.33.

sürülebilir.⁶⁸ Ancak toplum sözleşmesinin bu şekilde evrildiği kabul edildiğinde, özel sektörün de istihbarat ve gözetim faaliyetlerini yürüttüğü olgusu⁶⁹, modern-ulus devletin rolünün giderek küçülmesine ve gözetleme faaliyetlerinin kötüye kullanılmasına yol açabilecektir.⁷⁰

III. Gözetleme ve Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması Hakkının Tarihsel ve Yasal Çerçevesi

Mahremiyet hakkı kavramıyla ortaya çıkan ve günümüze kişisel verilerin korunması, haberleşme hürriyeti, konut dokunulmazlığı gibi ilintili hakları da kapsayarak gelen özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı uluslararası sözleşmelerde yeknesak bir terim altında düzenlenmemektedir.⁷¹ Hakkın tanımlanması kültürlerarası farklılıklar nedeniyle zor olsa da, kapsadığı hukuki değerler üzerinden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) dinamik yapısına uygun bir yöntemle çıkarım yapılması mümkün gözükmemektedir. Bu hukuksal çıkarlar, bireyin ruhsal veya fiziksel bütünlüğünün korunması, kendine ve geleceğine ilişkin kişisel kararlar alabilme özerkliği, kendisi hakkındaki bilgiyi kontrol edebilme ve mahremiyet hakkı olarak ifade edilebilir.⁷²

Kökleri 1215 tarihli Magna Carta'ya dayanan, uzun soluklu bir insan hakları ve demokrasi geleneği olan Birleşik Krallık'ta, 1361 yılında Huzur Hakimleri Kanunu (*Justices of Peace Act*)⁷³ ile başkalarını gözetleyen ve gizlice dinleyen kişiler hakkında tutuklama emri verilmesini öngören hüküm, özel hayatın gizliliğinin korunmasına ilişkin bilinen en eski düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu erken girişime rağmen, 'özel hayatın gizliliğinin korunması' İngiliz hukukuna doğrudan bir hak olarak oldukça geç yerleşmiştir.⁷⁴

⁶⁸ Gözetim faaliyetleri çerçevesinde İngiltere'de 1970'lerden beri kapalı-devre televizyon sistemi (CCTV) ile kamusal alanda insanların görüntüleri kaydedilmekte, DNA örnekleri ve parmak izleri alınmaktadır. Bu örneklerin alınması ve CCTV'lerin varlığının özel yaşamın gizliliğini ihlal ettiği iddiasıyla ilgili İngiltere'de bugüne kadar açılmış bir dava olmaması ilginçtir. Bkz. **Amos**, *Surveillance in the United Kingdom*, s. 156.

⁶⁹ **Elif Küzeci**, *Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara, 2010, s. 303.

⁷⁰ **Chesterman**, *Privacy and Surveillance*, s.38.

⁷¹ **Samuel D Warren/Louis D Brandeis**, "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, C. 4, S.5, 1890, s. 193-200., **Tarık Gümüş**, *Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı: AİHS Uygulaması Çerçevesinde Bir İnceleme*, Ankara, 2015, s. 148 Bunlar arasında "özel hayatın korunması", "özel hayata saygı hakkı" gibi terimsel farklılıklar bulunmaktadır.

⁷² **David Harris/Michael O'Boyle/Colin Warbrick**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Çev. Ulaş Karan ve Mehveş Bingöllü, Oxford, 2009, s. 432., **Saadet Yüksel**, "İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesinin Anayasal Boyutu ve Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi", *Anayasa Hukuku Araştırmalarında Genç Yaklaşımlar: Kuramsal ve Uygulamalı Yeni Çalışmalar*, Ed. Bertil Emrah Oder, İstanbul, 2013, s. 254., **Gümüş**, *Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, s. 150.

⁷³ **Michael James**, *Privacy And Human Rights: An International and Comparative Study, with Special Reference to Development in Information Technology*, Paris, 1994, s.15 Aktaran **Yaşar Salihpaşaoğlu**, "Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme" *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S.3, 2013, s.229

⁷⁴ Polisin, hakim kararı olmadan eve izinsiz girip kişisel bilgi ve belgeleri aradığı hallerin konut dokunulmazlığının ihlalini oluşturduğu kabul edilmekteydi. Dolayısıyla özel ha-

Özel hayatın gizliliğinin tabii ve temel bir hak olduğu yargı kararlarında ifade edilmekle birlikte, İngiliz hukukunda bağımsız ve doğrudan bir pozitif hak biçiminde henüz benimsenmediğine dikkat çekilmekteydi.⁷⁵ Türk anayasalarında da özel hayatın gizliliği ile bağlantılı hükümler geçmişten günümüze yer almasına rağmen, kavramsal olarak ilk kez 1961 Anayasası'nda açıkça kullanılmıştır.⁷⁶

Birleşik Krallık'ta genel insan hakları dizgesi bakiye özgürlük (*residual liberty*)⁷⁷ anlayışı üzerine temellendirilmiştir. Buna göre bireysel özgürlükler, kanunla açıkça yasaklanmadığı ölçüde, geniş bir şekilde korunacaktır. Oligarşiden demokratik bir yönetim ortaya çıkarırken, bakiye özgürlüğün kavramsallaştırılmasında Hobbes'un "*özgürlük, kanunların sessizliğinde yatmaktadır*" anlayışından esinlenilmiştir.⁷⁸ 18. yy ortalarındaki simgesel *Entick* davasında, bir bakanın emriyle siyasi bir muhalifin evine zorla girilerek kitaplarının ve hususi eşyalarının karıştırılmasına ilişkin davada, hükümet 'zorunluluk hali' (*state of necessity*) bulunduğunu iddia etmiştir. Mahkeme ise, ortak hukukta zorunluluk halinin tanınmadığını ve mevcut yasalarla veya önceki mahkeme kararlarıyla bakanın böyle bir emir verme yetkisi bulunmadığını ifade ettikten sonra, bu kanunsuz emri meşrulaştıran bir karar vermesi halinde, Mahkeme'nin, yasamanın bir uzantısı haline geleceğine ilişkin yorumu mühimdir.⁷⁹

AIHS iç hukuka yerleşene kadar, bakiye özgürlük yaklaşımı, kanunla açıkça yetkilendirilmediği hallerde bile kamu kurumlarının, kişilerin hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği taşımayan her türlü eylem ve işlemi yapabilecekleri şeklinde anlaşılmaktaydı. Bu yaklaşım özellikle şu noktalar açısından sıkıntılı ve yetersiz olduğu yönünde eleştirilere maruz kalmıştır. İlk olarak, henüz normatif alanı çizilmemiş özgürlüklerin, bir yasaya dayanmayan işlem ve eylemlerle ihlal edildiği örneklerle karşılaşmıştır. Örneğin, kanunla polise dinleme yetkisi verilmediği halde, polisin kişilerin telefonlarını dinlediğinin anlaşıldığı bir davada, davacının usulsüz dinlendiğine ilişkin bir tespit talep etmesine rağmen, Mahkeme, 'özel hayatın gizliliğinin korunmasının' devletin müdahalesini yasaklayan bir hak olarak ortak hukukta tanınmadığı gerekçesiyle bu talebi reddetmiştir.⁸⁰ Diğer eleştiri, ortak hukukun, yasamanın sınırlayıcı düzen-

yat, diğer haklarla bağlantılı bir şekilde yorumlanmaktaydı. Bkz. **Bernard Keenan**, "Going 'Below the Waterline': the Paradoxical Regulation of Secret Surveillance in the UK", LSE Law Policy Briefing, No: 9, 2015, s.2.

⁷⁵ *Morris v Beardmore* [1981] AC 446, para. 464. *Kaye v. Robertson* ([1991] FSR 62).

⁷⁶ 1876 Anayasası'nda 1909 değişikliği ile postaneye verilmiş evrakın mahkeme kararı olmaksızın açılmayacağı güvence altına alınmıştır. Benzer bir hüküm 1924 Anayasası'nın 81. maddesinde yer almış ve o zamanki teknolojik gelişmelerin bir yansıması olarak buna telgraf ve telefonla yapılan haberleşmenin gizliliğinin korunması da eklenmiştir. 1961 anayasasında özel hayatın gizliliği başlığı altında konut dokunulmazlığı, haberleşme hürriyeti düzenlenirken 1982 Anayasası'nda aile hayatını da kapsayacak şekilde biraz daha genişletilmiştir

⁷⁷ **A. W. Bradley, K. D. Ewing,, C. J. S. Knight**, *Constitutional and Administrative Law*, 16. bs., Harlow, 2015, s. 420.

⁷⁸ **Conor Gearty**, "State Surveillance in an Age of Security", *Surveillance, Counter-Terrorism and Comparative Constitutionalism*, Ed. Fergal Davis, Nicola McGarrrity, George Williams, Oxon, 2014, 280., **Alder**, *Constitutional and Administrative Law*, s. 465.

⁷⁹ *Entick v Carrington* (1765) 19 St Tr 1030.

⁸⁰ *Malone/Metropolitan Police Commissioner* [1979] Ch 344., *Malone/Metropolitan Police Commissioner* (No.2) [1979] 2 All ER 620, Anılan davanın açıldığı tarihlerde telefon dinlemelerine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktaydı. O dönemde postaların denet-

lemeler yapmasını engellemede yetersiz kalmasıdır. Şöyle ki, ortak hukukta mahkemeler bireysel hakları sınırlayan ve sonraki olaylara da örnek teşkil ederek uygulanabilecek nitelikte kararlar vermektedir.⁸¹ Örneğin, *Spycatcher* davasında, devlet sırlarının yayımlanmasını yasaklama yetkisi Mahkeme kararıyla savcıya verilmiştir.⁸² Ayrıca, ortak hukukun temel ilkelerinin, 'kanunilik ilkesi' gereği ancak açıkça ifade edilen yasal düzenlemelerle ortadan kaldırılabilen niteliği, oldukça zayıf bir koruma sağlamaktadır. Ortak hukukun sadece yasal bir düzenlemenin açıkça ifade edilmiş lafzına dayanarak bir hakkı ortadan kaldırabilen bu yaklaşımı, AİHS'in bir hakkın sınırlandırılması için kanunilik ilkesi yanında diğer meşru sınırlama sebeplerinin varlığını gerektiren uygulamalarından ayrılır.⁸³ Nitekim 20. yüzyılın sonlarına dek konumunu sürdüren bakiye özgürlük yaklaşımı savunucuları, 1998'de İnsan Hakları Kanunu (*Human Rights Act-HRA*) kabul edilene kadar, ortak hukukun herkesi eşit kabul eden liberal demokrat bir toplumda aynı derecede koruma sağladığı gerekçesiyle, AİHS'in iç hukuka yerleşmesine direnmişlerdir.⁸⁴ Ancak bu yaklaşımın, ticari birlikler, sosyalistler, oy arayışında olan kadınlar, İrlandalı milliyetçiler gibi daha azınlıkta kalan ve bu yaklaşımı formüle eden Dicey'in çevresinde bulunduğu ileri sürülen kategorideki toplulukların hak ve özgürlüklerini güvence altına almada etkisiz kaldığı ifade edilmiştir.⁸⁵

1998 tarihli HRA'ya kadar gözetlemeyle perdesi kaldırılan gizliliğin yamalı korunmasının kapsamı AİHS ve AİHM kararlarına dayanarak gelişmiştir.⁸⁶ İstihbarat kurumlarının, telefonları dinleme, böceklerle dinleme aletleri kullanmaları gibi gözetlemeye ilişkin bu davaların tamamına yakınında AİHS'in 8. maddesinin ihlal edildiği, istihbarat kurumlarının yetkilerinin sınırlandırılması ve bu yetkilerin bağımsız bir mahkeme tarafından denetlenmesi gerektiği tespit edilmiştir.⁸⁷ Birleşik Krallık'ta kişilerin iletişiminin denetlenmesine ilişkin yasal güvencelerin belirsiz ve birden fazla şekilde yoruma açık olması sebebiyle AİHS m. 8'de düzenlenen özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğine ilişkin AİHM kararının bir sonucu olarak, İngiliz Hükümeti 1985 tarihli İletişimin Denetlenmesi Kanunu'nu (*Interception of Communications Act 1985*)⁸⁸ kabul etmiştir. Ancak anılan bu kanunun telsiz telefona uygulanamaması gibi teknolojik gelişmeler karşısında yetersiz kalması ve hükümlerinin uygulanması aleyhine verilen

lenmesini mümkün kılan bir kraliyet imtiyazı telefon dinlemelerini de kapsayacak şekilde genişletilerek ortak hukuka dahil edilmişti. Daha sonra bu durum AİHS m. 8 ile değişmiştir. **Alder**, *Constitutional and Administrative Law*, s. 568.

⁸¹ **Bradley/Ewing/Knight**, *Constitutional and Administrative Law*, s. 358.

⁸² *Spycatcher: A-G v Guardian Newspapers Ltd* [1987] 1 WLR 1248.

⁸³ **Alder**, *Constitutional and Administrative Law*, s. 465-466.

⁸⁴ *Brind/Secretary of State for Home Dept* [1991], A-G *Guardian Newspapers* (No 2) [1990] AC 109, 660.

⁸⁵ **A. V. Dicey**, *Lectures Introductory to a Study of the Law of the Constitution*, 2. bs., London, 1885 aktaran **Gearty**, *State Surveillance*, s. 281.

⁸⁶ **Bradley/Ewing/Knight**, *Constitutional and Administrative Law*, s. 419.

⁸⁷ *Malone/ Birleşik Krallık* (1985) 7 EHRR 14, *Khan/ Birleşik Krallık* (2001) 31 EHRR 1016, *Armstrong / Birleşik Krallık* (2003) 36 EHRR 515, *Peck/ Birleşik Krallık* (2003) 36 EHRR 719., Bkz. **Alder**, *Constitutional and Administrative Law*, s. 568.

⁸⁸ **Hilarie Barnett**, *Constitutional and Administrative Law*, 10. bs., London, 2013, s. 534.

AIHM kararları neticesinde yeni bir kanun ihtiyacı doğmuştur.⁸⁹ Bunun üzerine 2000 yılında ‘Soruşturma Yetkilerinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’ (*Regulation of Investigatory Powers Act-RIPA*)⁹⁰ kabul edilmiştir.

RIPA güvenlik hizmetlerine ilişkin kanunları yenileyerek telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi hakkında hükümler getirmiştir. RIPA iletişimin denetlenmesi yöntem ve yetkilerini, bu yetkilerin kim tarafından, hangi hallerde verileceğini, hangi amaçlarla kullanılacağını saptadıktan sonra, iletişimin denetlenmesiyle elde edilen materyalin kullanımına ve buna ilişkin denetimin bağımsız bir mahkeme tarafından yerine getirileceğini, zarar gören bireylere tazminat ödenmesi için hangi başvuru yollarının tüketileceğini belirlemiştir. Buna karşın, RIPA’nın sınırlı ve belirli bir dinlemeden ziyade, Birleşik Krallık sınırları dışında “küresel bir gizli dinleme sistemini kurumsallaştırdığı” ifade edilmiştir.⁹¹

Digital Rights Ireland davasında 2006/24/EC sayılı Veri Saklama Direktifi’nin iptal edilmesiyle, Meclis’te yeterli demokratik ka/tılım ve tartışma sağlanmadan, 31 Aralık 2016’da yürürlükten kalkacağına ilişkin bir hüküm de içeren Veri Saklama ve Soruşturma Yetkileri Kanunu’nu (*Data Retention and Investigatory Powers Act*)⁹² kabul etmiştir. Birleşik Krallık’ta istihbarat ve güvenlik hizmetlerinin varlığı ve işleyişi I. Dünya Savaşı öncesine dayanmasına rağmen, gözetlemeye ilişkin yasal düzenleme ve mekanizmalar oldukça yeni ve sayıca fazlalığı nedeniyle de bir hayli karışıktır.⁹³ Bu eleştiriler ve yeni bir yasal düzenleme yapma ihtiyacı neticesinde 29 Kasım 2016’da kraliyet onayı alan Soruşturma Yetkileri Kanunu (*Investigatory Powers Act-IPA*) yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla izleyen bölümlerde istihbarat kurumlarının terörle mücadele kapsamındaki gözetleme yetkileri değerlendirilirken IPA esas alınacaktır.

1982 Anayasası’nda özel hayatın gizliliği, kişisel eşyaların aranmaması ve bunlara el konulmaması ile konut dokunulmazlığı ve haberleşmenin gizliliğinin korunması olmak üzere üç ayrı hükümde ve birbiriyle bağlantılı olarak düzenlenmiştir.⁹⁴ Oysa AIHS’in özel hayatın gizliliğini düzenleyen 8. maddesinde, “özel hayat”, “aile hayatı”, “haberleşme”, ve “konut dokunulmazlığı” unsurlarını birbiriyle ilişkilendirerek kapsayan bütüncül ve tek bir düzenleme yer almaktadır.⁹⁵ Gözetlemeye ilişkin tartışmalar Türk hukukunda temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejiminin şekillenmesinde de etkili olmuştur. 1982 Anayasası’nın hazırlanması sırasında Danışma Meclisi’ndeki görüşmeler incelendiğinde, bir sınırlama sebebi olarak ‘hakkın özüne dokunma yasağının haberleşmenin gizliliğini sınırlamada yetersiz kaldığı ve bunun yerine daha belir-

⁸⁹ AIHM, Khan/UK, 35394/97, 12.05.2000. Lewis / UK, 1303/02, 25.11.2003. **Barnett**, Constitutional and Administrative Law, s.534.

⁹⁰ **Oehmichen**, Terrorism and Anti-Terror, s. 161., **Paye**, Hukuk Devletin Sonu, s. 152.

⁹¹ **Paye**, Hukuk Devletin Sonu, s. 152.

⁹² Digital Rights Ireland /Minister for Communications et al, Case C-293/12, 08.04.2014.

⁹³ Intelligence and Security Committee of Parliament, “Privacy and Security: a Modern and Transparent Legal Framework” 12 Mart 2015, s. 86 Çevrimiçi <http://isc.independent.gov.uk/news-archive/12march2015> 14 Mayıs 2015., **Amos**, Surveillance in the United Kingdom, s. 153.

⁹⁴ **Özbudun**, Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği, s. 265.

⁹⁵ **Sultan Üzeltürk**, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul, 2004, s. 63., **Gümüş**, Devletin Pozitif Yükümlülükleri, s. 149-150.

gin olan demokratik toplum düzeninin gerekleri kıstasının uygulanmasının kolaylık sağlayacağı yönünde bir yaklaşım sergilendiği anlaşılmaktadır.⁹⁶ Nitekim 1982 Anayasası'nın ilk metninde temel hak ve özgürlükleri sınırlama sebepleri arasında yer almayan 'hakkın özüne dokunma yasağı' 2001 Anayasa değişikliğiyle tekrar yürürlüğe girmiştir.

1982 Anayasası'nın 20. maddesinde özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine ancak milli güvenlik, kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı ile müdahale edilebileceği düzenlenmektedir. Lafzi bir yorumla bu sınırlama sebeplerinin kişilerin üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyalarının aranmasına özgüldüğü anlaşılsa da, AYM aksi yönde bir tutum sergilemiştir. Milli İstihbarat Teşkilatı'na (MİT) tüm kamu ve özel kuruluşlardan istihbarata ilişkin bilgi toplama yetkisi veren kanun değişikliğinin iptaline ilişkin davada,

“özel hayatın düzenlendiği maddede dava konusu kuralda belirtilen bilgi toplama yetkisi yönünden özel sınırlama sebeplerine yer verilmediğinin kabulü halinde bile bu hakkın Anayasanın diğer maddelerinde devlete bir görev olarak yüklenen milli güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması ile suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarıyla sınırlandırılmasının mümkün olduğu”

yönünde sistematik bir yorum benimsemiştir.⁹⁷ AYM, özellikle 2001 değişikliğinden sonra sınırlama sebebi içermeyen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin içtihatlarında, sistematik yorumu uygulayarak, anayasal hükümlerin aynı etki ve değerde olduğunu, aralarında bir hiyerarşi bulunmadığını ifade ederek bu kuralların birbirinin zorunlu dış sınırını oluşturabileceği görüşüne ulaşmıştır.⁹⁸ AYM'nin, sistematik yorumu uyguladığı diğer benzer içtihatlarında, sınırlama sebebi içermeyen hükümlerin dış sınırını oluşturan anayasal maddeleri açıkça sıraladığı dikkate alınır, MİT'in yetkilerine ilişkin anılan kararda özel hayatın gizliliğinin anayasanın diğer maddeleri ile sınırlandırılabilirliği şeklinde geniş bir ifade yerine, başvurduğu anayasa içi referansları daha etkili bir biçimde somutlaştırması uygun olurdu. Keza özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkı ile sınırlama ilkeleri arasındaki ilişki ancak bu sayede tüm boyutlarıyla sergilenebilirdi.

İstihbarat kurumlarının, terörle mücadele kapsamında gözetleme sonucu elde ettiği bilgi, belge ve materyaller ilgili oldukları kişilerin kimliğinin belirlenmesine yol açan kişisel veri niteliğini taşıyabilir. Burada kısaca karşılaştırmalı hukukta kişisel verilerin korunması hakkı ile özel hayatın gizliliği arasındaki bağlantının içkin ve ayrıkısı değerlendirilmesine ilişkin farklılığı vurgulamak gerekmektedir. Birleşik Krallık mahkemeleri önceleri kişisel verilerin korunması hakkını bağımsız bir yasal değeri bulunmayan ve özel hayatın gizliliği hakkına içkin bir alt parça olarak yorumlarken, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartıyla uyumlu olarak artık ayrı bir hak olarak değerlendirmektedir.⁹⁹ 1982 Anayasa-

⁹⁶ **Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu**, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 12. bs., İstanbul, 2012, s. 151.

⁹⁷ AYM, E. 2014/122, K. 2015/123, K.t.: 30.12.2015, R.G. Tarihi: 01.03.2016, Sayı: 29640., para. 18.

⁹⁸ **Bertil Emrah Oder**, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, İstanbul, 2010, s. 57.

⁹⁹ [2015] EWCA Civ 1185., **Orla Lynskey**, “Beyond privacy: the data protection implications of the IP Bill”, Lse Law Policy Briefing Series, No:15, 2015, s. 2.

sı'nın özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. maddesinde 2010'da yapılan değişiklikle mevzuata yerleşen kişisel verilerin korunması hakkı ise, özel hayatın gizliliğine ilişkin yorumlanmaktadır. Kişisel verilerin elde edilmesi, işlenmesi, saklanması ve yok edilmesine ilişkin güvenceleri düzenleyen Kişisel Verilerin Korunması Kanunu da oldukça yenidir.¹⁰⁰ Kanun'da kişisel verilerin milli savunmayı, milli güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görevli ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi istisna tutulmuştur. Buna göre, MİT ve diğer istihbarat birimlerinin terörle mücadele kapsamında işlediği verilerin korunması kanun kapsamı dışında bırakılmıştır. Özellikle istihbari amaçlı toplanan bilgilerde, gizliliğin sağlanması amacıyla bu kişisel veriler üzerinde vatandaşlar bireysel özerkliklerini kullanamayacaklardır. Bunun uygulamada yaratacağı hukuki sorunlar, ilerleyen bölümlerde "bağımsız denetim" başlığı altında daha detaylı olarak incelenmiştir.

1982 Anayasası'nın 22. maddesinde haberleşme hürriyeti ve gizliliği, özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. maddedekine benzer sebeplerle ve ancak hakim kararıyla sınırlandırılabilir. Bu sınırlama güvencelerinden istisna tutulacak kamu kurum ve kuruluşlarının kanunla belirlenebileceği öngörülmüştür. Bu istisna 6532 Sayılı Kanun'la şekillenmiş ve MİT Müsteşarı veya yardımcısına Devlet İstihbarat Hizmetleri ve MİT Kanunu ile diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın, yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişiminin denetlenmesine onay verme yetkisi tanınmıştır. MİT Müsteşarı'nın veya yardımcısının kanundaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın iletişimi denetleyebilmelerinin, yasama yetkisinin devri anlamına geldiği ve kuvvetler ayrılığı prensibine uygun olmadığı ileri sürülmüştür. AYM ise bu düzenleme ile MİT'in bu yetkiyi dilediği şekilde değil, "iletişimin denetlenmesiyle ilgili mevzuatta bulunan diğer hükümlere bağlı olmaksızın ve fakat MİT'in yetkilerinin listelendiği fıkra da yer alan kurallara bağlı kalarak kullanılabileceğini belirtmek için" olduğunu ileri sürmüştür.¹⁰¹ AYM'ye göre bu istisnai ibare, aynı hukuki kurumla ilgili farklı düzenlemeler yapılırken esas alınacak kuralların birbirine karıştırılmaması için uygulanan zaruri bir kanun yapma tekniğidir.¹⁰² Yapılan değişiklik ile açıkça "*Devlet İstihbarat Hizmetleri ve MİT Kanunu'ndaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın*" ibaresinin geçmesine rağmen, Anayasa Mahkemesi'nin uygulayıcının yine de ilgili madde hükümlerini uygulamak durumunda olduğuna ilişkin yorumunun uygulamada ikirciklere sebep olacağı yönünde endişe yaratmaktadır.

IV. Gözetlemenin Kurumsal ve Yasal Boyutunun Değerlendirilmesi

Birleşik Krallık ve Türkiye'deki istihbarat kurumlarına terörle mücadele amacıyla gözetleme, iletişimin denetlenmesi ve bilgi ve belge toplanması husus-

¹⁰⁰ 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, RG Tarih: 07.04.2016, Sayı: 29677.

¹⁰¹ AYM, E. 2014/122, K. 2015/123, K.t.: 30.12.2015, R.G. Tarihi: 01.03.2016, Sayı: 29640., para. 68.

¹⁰² Ibid, para. 69.

larında yetki veren yasal düzenlemeler kabul edilmiştir.¹⁰³ Milli güvenliğin sağlanması amacıyla iletişimin denetlenmesine veya kamera kaydıyla izlenmesine ilişkin tedbirlerin terörle mücadele mevzuatlarında kaçınılmaz bir yaygınlıkla yer aldığı olgusunu değerlendiren AİHM, belirli standartlara uyulması ve somut güvencelerin sağlanması koşuluyla, gözetlemenin özel hayatın gizliliğine meşru bir müdahale teşkil ettiği sonucuna varmıştır.¹⁰⁴ AİHS'in 8. maddesine göre bu standartlar, kanunla öngörülmüş olma ya da kanunilik, milli güvenliğin ya da suç işlenmesinin önlenmesi gibi bir meşru amacın bulunması ile demokratik toplumda gereklilik unsurlarını içermektedir. AİHM içtihatlarına yansıyan somut güvenceler arasında; istihbarat kurumlarının gözetleme faaliyetlerini düzenleyen kanunların açık, ulaşılabilir ve öngörülebilir olması şartı bulunmaktadır.¹⁰⁵ Diğer güvenceler, şüphelinin suç işlediğine yönelik somut belirtilerin varlığı, başka türlü bilgi ve delil elde etmenin imkânsızlığı sebebiyle gözetlemeye son çare olarak başvurulması, gözetlemenin belirli bir şüpheliye ve onun bağlantılı olduğu kişilere yönelik ve onlarla sınırlı kalarak gerçekleştirilmesi, genel bir kitle gözetlemesine yol açmaması, elde edilen kayıtların kullanımının ve denetiminin sıkı koşullara bağlanması gibi ölçütlerdir.¹⁰⁶ Bu bölümde Birleşik Krallık ve Türkiye'de gözetlemeye ilişkin yasal düzenlemelerin bu güvencele ri karşılama yetisi karşılaştırılarak değerlendirilecektir.

A. Kanunilik

Gözetleme faaliyetleri kapsamında iletişimin denetlenmesine ilişkin işlemlerin, AİHS'in 8. maddesinin 2. fıkrası kapsamında "kanunen öngörülmüş olma" ya da "kanunilik" şartını karşılayabilmesi için AİHM belirli standartlar geliştirmiştir.¹⁰⁷ Bunların başında, kanunun sadece yazılı değil ve fakat yazılı olmayan hukuku da kapsamı, niteliğinin salt iç hukukla değil, fakat geniş bir biçimde AİHS'in Başlangıç kısmında yer alan hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağlaşıklık olması gelmektedir.¹⁰⁸ Buna ek olarak, gözetleme tekniğindeki ilerlemelerden kaynaklanan karmaşık ifadeler yerine kamu gücünün keyfilğini önleyecek açık ve ayrıntılı hükümlerin bu düzenlemelerde yer alması gerekmektedir.¹⁰⁹ AİHM'e göre öngörülebilirlik, kişilerin ne zaman gizlice gözetleneceklerinden önceden haberdar olmaları şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira öngörülebilirlik, özel hayatın ve haberleşmenin gizliliğine nasıl müdahale edileceğinin açık terimlerle yasada ifade edilmesi anlamına gelmektedir.¹¹⁰ İlerleyen paragraflarda, kanunen öngörülmüş olmaya ilişkin bu standartların, çalışmaya konu olan devletlerdeki uygulanma biçimi irdelenecektir.

Birleşik Krallık'ta istihbarat ve güvenlik kurumları, devleti korumak ve yurtiçi ve yurtdışında istihbarat faaliyetlerini yürütmek üzere, yurtiçinde Gizli

¹⁰³ Keenan, *Going 'Below the Waterline'*, s.1.

¹⁰⁴ Klass ve Diğerleri/Almanya, para. 60.

¹⁰⁵ Kennedy / Birleşik Krallık, AİHM, Malone / Birleşik Krallık, Başvuru No: 8691/79, K.t. 2.08.1984.

¹⁰⁶ Klass ve Diğerleri/Almanya, para.51, 52, 53.

¹⁰⁷ Öktem, *Terörizm*, s. 358-359.

¹⁰⁸ Malone/ Birleşik Krallık, para. 66.

¹⁰⁹ AİHM, Huvig/Fransa, Başvuru No:11105/84, K.t. 24.04.1990, para. 32.

¹¹⁰ Malone/Birleşik Krallık, para. 67.

Servis (*Military Intelligence- MI5*), yurtdışında Gizli İstihbarat Servisi (*Secret Intelligence Service- MI6*), Polis ve istihbarata ilişkin sinyallerin toplanması amacıyla da İngiliz Hükümeti İletişim Karargâhı (*Government Communications Headquarters- GCHQ*) olarak örgütlenmiştir.¹¹¹

Birleşik Krallık'ta 1909'da bir kraliyet imtiyazı (*royal prerogative*) ile kurulan Gizli Servis'in görev kapsamına ilişkin mahkeme kararları incelendiğinde, işlevsel sınıra olan şu vurgu dikkat çekmektedir,

*“Gizli Servis'in rolü devlet aleyhine yıkıcı faaliyetlerde bulunan kişilere karşı ülkenin savunulmasıdır. Dinleme kararı ancak yapılan büyük yıkıcı bir faaliyetin milli menfaatleri zedeleme ihtimali varsa verilebilir. Dinleme kararı sonucu elde edilen materyal ancak istihbarat birimlerinin önceden belirlenen işlevler doğrultusunda kullanılabilir, partilerin siyasi amaçları için kullanılamaz. Dinleme yöntemine ancak diğer soruşturma yöntemleri başarısız olaksa veya diğer yöntemlerin sonuçsuz kalma ihtimali varsa son çare olarak başvurulabilir.”*¹¹²

Ancak görev ve yetkisinin sınır hatları anılan yargı kararıyla çizilmesine rağmen, çalışanların veya gazeteciler tarafından Gizli Servis'in yetkisini aştığına ve özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğine ilişkin iddialar ileri sürülmüştür.¹¹³ Bu iddialar sonucunda Gizli Servis'in yasal dayanağını oluşturan 1989 tarihli Gizli Servis Kanunu (*Security Service Act 1989*) kabul edilmiştir.¹¹⁴

ABD'nin istihbarat teşkilatı Ulusal Güvenlik Kurumu'nun (*National Security Agency-NSA*) eski bir çalışanı, Edward Snowden, 2013'te NSA'nın ve GCHQ'nun telekomünikasyon şirketlerinin ve internet şirketlerinin fiber optik kablolarından akan internet trafiğini gözetlediğini ve buradan elde ettiği iletişim verilerini sakladığını iddia etmiştir.¹¹⁵ GCHQ'nin gözetim yetkisine ve gözetim sonucu elde ettiği kişisel verileri NSA ile paylaşmasına karşı “Soruşturmaya Yetkili Mahkeme”de (*Investigatory Powers Tribunal-IPT*) dava açılmıştır.¹¹⁶ IPT, İngiliz istihbarat teşkilatının kişisel verileri NSA ile paylaşmasına ilişkin davada, daha önce AİHM tarafından belirlenen, erişebilirlik, öngörülebilirlik ve hukuk devleti ilkesine uygun olma eşliğinden ayrılmıştır. Öncelikle IPT, istihbarat birimleri arasında bu türden bir bilgi paylaşımını öngören bir yasal düzenleme olmadığı için, paylaşımın hukuka aykırılığını tespit etmiştir. IPT'ye göre işin niteliği gereği, istihbarat kurumlarının kendi işleyişleriyle ilgili kuralları çok detaylı bir biçimde öngören yasal düzenlemeleri ilan etmeleri, çalışmalarını engelleyici bir nitelik arz edebilmektedir. IPT, istihbaratın yasal ve meşru bir zeminde oturtulması için, gözetlemeye ilişkin yasal düzenlemeler için şu ölçüt-

¹¹¹ **Bradley/Ewing/Knight**, *Constitutional and Administrative Law*, s. 511., **Barnett**, *Constitutional and Administrative Law*, s. 527.

¹¹² R / Secretary of State for the Home Department *ex parte* Ruddock [1987] 2 All ER 518.

¹¹³ Spycatcher davasında MI5'da mühendis olarak çalışan Peter Wright, MI5'in tüm Londra'da izinsiz olarak kurumlara ve evlere girerek dinleme cihazı yerleştirdiğini iddia etmiştir. Buna ek olarak, Komünist Parti üyeliği hakkında yüzlerce kişiyi yakaladığını ve soruşturduğunu ve bunun neredyse 1930'larda Amerika'daki McCharty soruşturmasına benzediğini ileri sürmüştür. **Barnett**, *Constitutional and Administrative Law*, s. 529.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ **Ian Brown**, “The feasibility of transatlantic privacy-protective standards for surveillance”, *International Journal of Law and Information Technology*, C. 22 No: 3, 2014, s. 1-2.

¹¹⁶ İngiltere'de Soruşturma Yetkilerini Düzenleme Kanunu ile “Soruşturma Yetkili Mahkemeler” adıyla özel mahkemeler kurulmuştur. Bu mahkemeler istihbarat teşkilatı aleyhindeki iddiaları incelemektedir.

leri öngörmüştür: (1) istihbarat kurumlarının gözetleme işlem ve eylemleri üzerinde kontrol olmalı, (2) özel hayata ve haberleşmenin gizliliği hakkında yeterince açık terimler kullanılmalı, (3) müdahalenin yapılacağı durum ve şartları somut olarak belirlemeli,¹¹⁷ (4) öngörülebilir olmalıdır.¹¹⁸ Dolayısıyla IPT'ye göre, bireylerin keyfi gözetilmelerini önleyen bir güvence sağlanabilmesi için, istihbarat birimlerinin kullanacağı takdir yetkisinin alanı ve bu yetkinin nasıl kullanacağı yeterince açık olarak belirlenmelidir. IPT'ye göre bu kriterleri karşılayan ve yeterli korunma sağlayan kurallar ve anlaşmalar ayrıca denetime tabi olmalıdır.¹¹⁹ Bu testi uyguladıktan sonra, IPT kapalı duruşmalarda halk tarafından var olduğu bilinen şekilde yapılabilecek gizli düzenlemelere ve bunların içeriğinin belirli işaretlerle yeterince gösterilip gösterilmediğine bakmıştır. Bu nedenlerle IPT'nin Kennedy davasındaki 'yasal düzenlemelerin erişilebilir olmasına' ilişkin güvenceyi zayıflatığı ifade edilmiştir.¹²⁰

IPT'nin kararlarına karşı iç hukukta başvurulabilecek bir temyiz yolu öngörülmediğinden, taraflar karar için doğrudan AİHM'e başvurmuşlardır.¹²¹ Eğer AİHM, IPT kararındaki ölçütü onaylarsa, o zaman salt milli güvenlik sebebiyle yapılan gizli gözetlemelerde, istihbarat kurumlarının gizli yasal düzenlemelerinin olduğu ile ilgili belirsiz bir onay vermeleri ve bu düzenlemelerin içeriğinin temelinde neler olduğunu birtakım işaretlerle göstermeleri yeterli olacaktır. Burada anayasal açıdan önemli olan nokta, açık hükümetin sınırları üzerinde yasal bir pazarlığa varılmış olmasıdır.¹²² Zira kamunun, bu gizli düzenlemelerin etkin olduğuna, Meclis bünyesindeki denetleme Komitesi'ne ve IPT'ye güvenerek normal yaşantısına devam etmesi beklenmektedir.

IPT kişisel verilerle ilgili istihbari bilgilerin paylaşılmasıyla ilgili gizli yasal düzenlemeleri kapalı oturumda incelemiştir.¹²³ Ancak bu inceleme istihbarat personeline nasıl bir eğitim verildiği, düzenlemelerin ne zaman yapıldığı, hangi politikalarla belirlendiği gibi tanık beyanlarına da dayanan detaylı bir analizden ziyade, hükümetin avukatlarının verdikleri yazılı ifadelere dayandırılmıştır. IPT, GCHQ'nun yabancı istihbarat birimlerinden aldığı bilgilerin iç hukuktaki düzenlemelere göre elde edildiğini kabul etmiştir. Dolayısıyla, hükümet, IPT'ye istihbarat paylaşımını hangi düzenlemelere dayanarak yaptığını açıklayarak yeni bir bilgi vermiş ve IPT'nin yazılı kararıyla bu bilgi açık bir biçimde aleniyet kazanmış ve artık Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. ve 10. maddelerini ihlal eden durum ortadan kalkmıştır.¹²⁴ Daha somut olmak gerekirse, Aralık'taki kararına kadar istihbarat paylaşımının yasal olmadığını, ancak bu karar ile paylaşımın alenileştirilerek kanunilik ölçütünü karşıladığını ve AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen özel yaşamın gizliliğinin korunması hakkının ihlalinin gerçekleşmediğine karar vermiştir. Anılan kararlarla, idare ve yargı

¹¹⁷ AİHM, Malone / Birleşik Krallık, Başvuru No: 8691/79, K.t.,02.08.1984, para. 67.

¹¹⁸ Liberty and Others / GCHQ and Others, [2014]UKIPTrib13_77-H, K.t. 05.12.2014, para. 37.

¹¹⁹ Ibid para 41., **Keenan**, Going 'Below the Waterline', s.3.

¹²⁰ **Keenan**, Going 'Below the Waterline', s.3.

¹²¹ 10 Human Rights Organisations and Others/Birleşik Krallık, Başvuru No: 24960/15.

¹²² **Keenan**, Going 'Below the Waterline', s.3.

¹²³ Liberty and Others / GCHQ and Others, [2014]UKIPTrib13_77-H, K.t. 05.12.2014, para. 47.

¹²⁴ Liberty and Others / The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs&Others, [2015] UKIPTrib13_77-H, K.t. 06.02.2015, para. 32.

fonksiyonunun ayrımının giderek belirsizleştiği, idarenin kanuna aykırı faaliyetinin yargı müdahalesiyle düzeltilmeye çalışıldığı gözlemlenmektedir.

Türkiye’de istihbarat kurumları, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma ve Milli İstihbarat Teşkilatı’dır. Polisin görev ve yetkileri 1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, (PVSK) ile belirlenmektedir. Buna göre polisin ülke genelinde gözetleme, aşağıda detaylandırılacak olan hakim kararıyla iletişimin tespiti, kişilerin parmak izlerini ve fotoğraflarını kaydetme gibi yetkileri bulunmaktadır. 1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu ile emniyet ve asayiş ile kamu düzeninin korunmasını sağlayan silahlı bir kolluk kuvveti olarak tanımlanan jandarmanın görev, yetki ve sorumlulukları belirlenmiştir. Jandarmanın genel olarak görev ve sorumluluk alanı, polisin görev sahası dışı olup, bu alanlar il ve ilçe belediye hudutları haricinde kalan veya polis teşkilatı bulunmayan yerlerdir. 1926 yılında “Devletin emniyet ve müdafaası için” gizli bir kararnameyle Milli Emniyet Hizmeti (MAH) olarak kurulan teşkilatın gizliliği 1943 yılında Başvekalet Teşkilat Kanunu’nda Milli Emniyet Hizmeti Reisi’nin yer almasıyla kaldırılmıştır. 1965 tarihli 644 sayılı Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu’nun kabul edilmesiyle kuruluşu ve işleyişi ilk kez kanuni bir temele dayandırılmıştır.¹²⁵ Halen yürürlükte olan ve istihbarat hizmetlerini temel olarak düzenleyen 1983 tarihli 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu ile 644 sayılı kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

2005 yılında 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun kabul edilmesiyle,¹²⁶ elektronik yollarla yapılan iletişimin denetlenmesi konusunda Polis, Jandarma ve Milli İstihbarat Teşkilatı yetkilendirilene kadar kanuni bir dayanağı olmaksızın, istihbarat kurumlarının gözetleme faaliyeti kapsamında iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurduğu ileri sürülmüştür.¹²⁷ Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin (TBMM) aksi yöndeki raporuna göre bu tedbir ilk olarak 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ile düzenlenmişti.¹²⁸ Adli amaçlı iletişimin denetimini düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) yürürlüğe girmesiyle 4422 sayılı Kanun yürürlükten kalkmış, ancak CMK’da önleyici denetimle ilgili herhangi bir düzenleme olmaması nedeniyle oluşan kanuni boşluk, yukarıda değilinildiği üzere, 2005 yılında kabul edilen 5397 sayılı Kanun’la giderilmiştir. Dolayısıyla hem Birleşik Krallık’ta hem de Türkiye’de, istihbarat kurumlarınca iletişimin denetlenmesi yoluyla özel hayatın gizliliğine kanunilik şartını taşımadan bir dönem devam ettiği anlaşılan bu müdahale, AİHS’in iç hukuka etkisiyle yasal bir zemine kavuşturulmuştur.

Türkiye’de iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulacak hallerin tasnifinde kişiler üzerinden değil suçlar açısından bir sınıflandırılmaya gidilmesinin

¹²⁵ **Erdal İter**, Milli İstihbarat Teşkilatı Tarihçesi, MİT Basımevi, Ankara, 2002, (Çevrimiçi), http://www.mit.gov.tr/ikinci_bolum_D4.html#D5, 1 Ağustos 2016.

¹²⁶, R.G. Tarih 23.07.2005, Sayı: 25884.

¹²⁷ **Saadet Yüksel**, Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişim, İstanbul, Beta, 2012, s. 145., **Kerem Altıparmak**, “Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu”, TBB Dergisi, 2006(63), s. 31 ve s. 35.

¹²⁸ TBMM, “Haberleşme Özgürlüğüne ve Özel Hayatın Gizliliğine Yönelik İhlallerin Tespiti Ve Önlenmesine İlişkin Tedbirlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu”, 2013, s. 97, (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss489.pdf>, 10 Haziran 2016.

ilgili suçların önlenmesi amacıyla herkesin denetlenebileceği kitlesel bir gözetleme yarattığı ileri sürülmüştür.¹²⁹ PVSK'nın ek 7. maddesi ile Jandarma Kanunu ek 5. maddesinde, "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla" iletişimin denetleneceği ifade edilmektedir. 05.07.2012 tarihli 6352 sayılı Kanunun 105. maddesi ile CMK'nın 250. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. 06.03.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6526 sayılı Kanun, PVSK, Jandarma ve Devlet İstihbarat Hizmetleri ve MİT Kanunlarıyla mülga 250. maddeye yapılan suç atıflarını,

"a) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklan malvarlığı değerini aklama suçuna, b) Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlara, c) İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç),"

olarak listelemiştir. Ancak PVSK ve Jandarma Kanunu'nda bu suçların kanun metninde doğrudan listelenmesi yönünde bir değişikliğe gidilmemiştir. İletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulacak suçlar için halen CMK'nın mülga 250. maddesine işaret eden PVSK ve Jandarma Kanunu yeterince açıklık sağlamamaktadır.¹³⁰

PVSK ek 7. maddesinde 671 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi'nin 24. maddesiyle yapılan değişikliğe kadar, iletişimin denetlenmesi Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından yürütülmekteydi. TİB'in görev ve yetkilerini ve Polis, Jandarma ve MİT tarafından telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına dair usul ve esasları gösteren bir yönetmelik kabul edilmişti.¹³¹ 671 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi'nin 22. maddesi ile TİB kapatılarak yetkileri Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na (BTK) devredilmiş ve telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi artık BTK'nın bünyesinde tek bir merkezden yürütülmeye başlanmıştır.¹³² İlgili yönetmeliğin maddi konusu koşulların değişmesi nedeniyle ortadan kalksa bile, bir mahkeme kararı ile iptal edilmediği sürece hukuka uygun sayılacağı ve yürürlükte kalmaya devam edeceği kuşkusuzdur. Ancak işleyişi gereği temel bir hakka müdahale eden BTK merkezindeki bu yeni birimin adının ve yetkilerinin açıkça ifade edildiği yeni bir yasal düzenleme yapılması müdahalenin meşruluğunun sağlanması için elzem niteliktedir.

Gözetleme faaliyeti kapsamında, Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu (MOBESE) kapsamında kamusal alanlara kameraların yerleştirilerek kişilerin

¹²⁹ Ibid, s. 101.

¹³⁰ **Yüksel**, İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesinin Anayasal Boyutu ve Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, s. 264.

¹³¹ Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Ve Kayda Alınmasına Dair Usul Ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik, R.G. Tarih: 10.11.2005, Sayı: 25989

¹³² 671 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum Ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, RG. Tarih 17.08.2016, Sayı: 29804.

hareketlerinin izlenmesi ve kayda alınması konusunda Birleşik Krallık ve Türkiye’de güvenlik saikleriyle yaygın toplumsal bir kabul olduğu düşünülmektedir.¹³³ Türkiye’de 2001’den itibaren gündelik hayata yerleşen, kamera kayıtlarının alınması, işlenmesi ve saklanmasıyla uygulamada PVSK’nın 1. ve 2. maddelerinde polisin genel güvenlikle ilgili görevlerine dayanarak yapıldığı anlaşılmaktadır.¹³⁴ Ancak bu hükümlerin, kameraların hangi noktalara yerleştirileceği, kameralarla elde edilen kayıtların hangi koşullarda ve ne kadar süreyle saklanacağı hususlarında yeterli açık sunmadığı değerlendirilmektedir. Bu hususta 2016 yılının Mart ayında yasalaşan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun kamera uygulamaları için yeterli bir yasal altyapı sağlayıp sağlamadığı meselesi tartışılabilir.¹³⁵ Anılan Kanun’un 5. maddesinin 2. fıkrasının a bendi, kanunun açıkça öngördüğü hallerde kişisel verilerin işlenebilmesi için kişilerin rızalarının aranmayacağını, 28. maddesinde ise milli güvenlik sebebiyle kolluk kuvvetlerinin kişisel verilerle ilgili uygulamalarının bu kanun hükümlerinden istisna tutulacağını öngörmektedir. Dolayısıyla istihbarat ve güvenlik kurumlarının kamera kayıtlarını elde etme, işleme, saklama ve yok etmelerine ilişkin belirsiz olan mevcut durum, yine yasamanın öngördüğü bir istisnayla normatif düzlemde temellendirilmiştir. Kamera izlemelerinin daha somut güvenceli bir yasal zemine kavuşturulması gerektiği vurgulanmalıdır.

B. Meşru Amaç

Birleşik Krallık’ta milli güvenlik menfaatlerini ilgilendirmesi ve ciddi bir suçun önlenmesi veya ortaya çıkarılması amaçlarıyla iletişimin denetlenmesine izin verilmektedir. Milli güvenlik kavramı kanunda tanımlanmamakla birlikte, genel olarak, devletin ve toplumun hayatta kalması ve refahı, terörizm, casusluk ve daha yıkıcı faaliyetlerle ancak bunlarla sınırlı olmamak üzere milletin güvenliğine yönelik tehlikeleri kapsayan bir üst kavramı ifade etmektedir.¹³⁶ Ancak Birleşmiş Milletler’in (BM) raporlarında, iletişimin denetlenmesi yoluna başvurarak ulaşılmaya hedeflenen amaçların kavramsal olarak geniş niteliğinin, yüksek sayıda kişilerin dinlenmesine ve kitlesel verilerin elde edilerek incelenmesine yol açan bir risk taşıdığı yönünde eleştiriler ileri sürülmüştür.¹³⁷ Birleşik Krallık’taki IPA’nın en tartışmalı hükümlerinden biri, kitlesel dinlemeler, kitlesel iletişim verileri hakkında verilerin ele geçirilmesi (içeriğine bakılmaksızın görüşmenin yapıldığı kişi, zaman, yer ve görüşme sıklığının tespit edilmesi) ve kitlesel cihaz müdahalesi (istihbarat kurumlarının bireylerin elektronik cihazlarına korsan bir şekilde girebilmeleri) gibi kitlesel ölçekteki yetkilerin kullanımına ilişkindir. Esasen daha önceden de istihbarat kurumlarının kullandığı belirtilen anılan yetkiler, bu son değişiklikle yasal düzlemde bir şeffaflığa ve

¹³³ **Taşçı**, Türkiye’de Mobese ve Eleştiriler, s. 178., **Amos**, Surveillance in the United Kingdom, s. 165.

¹³⁴ Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında Emniyet Genel Müdürlüğü’ne yapılan bir başvuruda, MOBESE uygulamasının yasal dayanağının PVSK’nın 1. ve 2. maddeleri olduğu yönünde yanıt verilmiştir. Bkz. **Taşçı**, Türkiye’de Mobese ve Eleştiriler, s. 178.

¹³⁵ R.G. Tarih: 07.04.2016, Sayı: 29677.

¹³⁶ **Bradley/Ewing/Knight**, Constitutional and Administrative Law, s. 427.

¹³⁷ **Joseph A. Cannataci**, “Özel Raportörün Özel Hayatın Gizliliği Hakkına İlişkin Raporu (Report of the Special Rapporteur on the Right to Privacy)”, A/HRC/31/64, 2016, para. 39., s. 14.

açıklığa kavuşturulmuştur.¹³⁸ IPA'nın 142. maddesine göre, ulaşılması hedeflenen meşru amacın ancak detaylı ve somut bir şekilde belirtilmesi halinde kitlesel olarak iletişimin denetlenmesi yetkisinin verilebileceği düzenlenmektedir. Dolayısıyla IPA'ya göre istihbarat kurumları kitlesel yetkilerini ancak amaçlarını "milli güvenlik" betimlemesinden daha somut ve kesin olarak belirttikleri hallerde kullanabilirler. Belirli bir şüphelinin veya hedefin iletişiminin denetlendiği ya da elektronik cihazlarına müdahale edildiği durumlarda, kişinin kimliğine ve gözetlendiği yerin bilgilerine gözetleme kararında açıkça yer verileceği hatırlanmalıdır. Bu açıdan kitlesel yetkilerin kullanılmasına izin veren kararlarda amacın, 'milli güvenlik' betimlemesine kıyasen somutlaştırılmadığı durumlarda, yetkilerin kullanımının AİHS'e aykırılık teşkil edeceği kuşkusuzdur.¹³⁹ Keza AİHM iletişimin denetlenmesine mahkeme ya da bakan tarafından onay verilen hallerde, bu kararlarda isim, adres, telefon numarası veya ilgili diğer bilgilerle gözetlenecek kişinin ve gözetlemenin gerçekleşeceği yerin açıkça belirtilmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹⁴⁰

Bu standartların Türk hukukundaki düzenlemesi ve uygulaması incelendiğinde, öncelikle Devlet İstihbarat Hizmetleri ve MİT Kanunu'nun 6. maddesi dikkat çekmektedir. Buna göre MİT, terör faaliyetlerinin önlenmesi amacıyla telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi tespit edebilir, dinleyebilir, sinyal bilgilerini değerlendirebilir ve kayda alabilir. Devlet İstihbarat Hizmetleri ve MİT Kanunu'nda öngörülen 'terörist faaliyetlerin önlenmesi' amacı 1982 Anayasasının 20. maddesindeki 'milli güvenlik, kamu düzeni ve suç işlenmesinin önlenmesi' sebepleriyle ilintilidir. Ancak Kanun'da öngörülen bu amaçların oldukça soyut nitelikte ve yargıca fazlaca yorum esnekliği sunan tasvirler olduğu ve masumları da kapsayan kitlesel bir gözetlemeye sebep olduğu yönünde eleştiriler bulunmaktadır.¹⁴¹ Buna karşın AYM, gerçek kimlikleri saklanıp kendilerine kod adı verilen kişilerin telefonlarının dinlenmesinin haberleşmenin gizliliğini ihlal ettiği iddiasıyla önüne gelen bir başvuruda, bu eleştirilerin aksi yönünde bir değerlendirme yapmıştır. Anılan 6. maddenin, ilgili hak ve özgürlüğe yönelen müdahalenin sınırlarını yeterli bir açıklıkta ortaya koyan, erişilebilir ve öngörülebilir bir düzenleme olduğuna hükmetmiştir.¹⁴² AYM, AİHM içtihatlarıyla uyumlu bir şekilde, MİT Kanunu'na göre iletişimi denetlenen kişilerin kimliğinin açık bir şekilde belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir.¹⁴³

C. Ölçülülük

Birbiriyle yarışan değerleri içeren normların dengelenmesinde başvuru- lan ölçülülük testi üç aşamalı bir değerlendirmeyi kapsar. Bunlar temel hak ve özgürlüğe yapılan müdahalenin (1) ulaşmak istenen amacı gerçekleştirmeye

¹³⁸ **Mark Waller**, "İstihbarat Hizmetleri Komiseri'nin 2015 Raporu (*Report of the Intelligence Services Commissioner for 2015*)", s. 27 (Çevrimiçi),

<http://intelligencecommissioner.com/docs/56892%20HC%20459%20web.pdf>, 12 Kasım 2016.

¹³⁹ **Cannataci**, Özel Hayatın Gizliliği Hakkına İlişkin Raporu, s. 14.

¹⁴⁰ AİHM, Zakharov/Russia, Başvuru No: 47143/06, 04.12.2015, para. 264.

¹⁴¹ **Yüksel**, Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişim, s. 166., **Küzeci**, Kişisel Verilerin Korunması, s. 304.

¹⁴² AYM Başvuru No: 2013/7054 K.t..09.05.2015, para. 62.

¹⁴³ Ibid, para. 63-64.

elverişli olması (elverişlilik), (2) hak ve özgürlüğü en az sınırlayıcı nitelikte olması (zorunluluk), (3) hak ve özgürlüğe verdiği zarar ile ulaşılması hedeflenen amaçla elde edilecek yarar arasında bir dengenin kurulmasıdır (orantılılık).¹⁴⁴ AİHS'in 8. maddesinin lafzında yer alan 'demokratik toplumun gereklilikleri' kavramı zorunluluk unsurunu karşılamaktadır.¹⁴⁵ Terörle mücadele bağlamındaki AİHM pratiğinde ise, ölçülülük testinin demokratik toplum düzeninin gereklilikleri unsurunu kapsar biçimde tüm unsurlarıyla birlikte uygulandığı gözlemlenmektedir.¹⁴⁶

Elverişlilik unsuru açısından, elektronik sistemlere kolayca erişen ve bunları kontrol edebilen terörün önlenmesi amacıyla gözetleme yapılmasının özel hayatın gizliliğine bir müdahale teşkil edeceği açık olmakla birlikte, bu müdahale ile terörle mücadele arasında makul bir bağlantı bulunmaktadır. Keza iletişimin denetlenmesi ve kemaralarla izleme, milli güvenliğin sağlanması ve Birleşik Krallık'ta arandığı gibi 'ciddi' suçların işlenmesinin önlenmesi amaçlarını gerçekleştirmek için elverişlidir. Yukarıda gözetlemenin toplum sözleşmesinin yeniden yorumlanmasına etkisi irdelenirken, toplumların bizatihi gözetleme faaliyetlerini güvenlik uğruna yaygın olarak kabul ettikleri ileri sürülmüştü. Bunun bir yansıması olarak, Türk ve İngiliz mahkemelerinin konuya yaklaşımları incelendiğinde, özel hayatın gizliliği hakkına bir müdahalenin varlığını tespit ederken, terörle mücadele muhakkak gözetleme faaliyetinin yürütülmesi gerektiğinin temel alınarak, gerekçenin bunun üzerine inşa edildiği anlaşılmaktadır.¹⁴⁷ Nitekim yukarıda değinilen *Klass ve diğerleri* kararında da vurgulandığı üzere, AİHM, devletlerin terörle mücadele alanında yürüteceği gözetleme ve diğer istihbarat faaliyetlerine ilişkin yasal düzenlemeleri kabul etmesini kaçınılmaz bir mecburiyet olarak değerlendirmektedir.¹⁴⁸ Dolayısıyla çalışmaya konu olan devletlerin yargı pratiğinde, terörle mücadelede milli güvenliğin sağlanması amacıyla gözetleme faaliyetlerinin yürütülmesinin gerekip gerekmediği, her somut olaya göre ayrıca tartışılmamaktadır.

Zorunluluk unsurunun sağlanması için, istihbarat kurumlarının iletişimin denetlenmesi tedbirine bir son çare olarak başvurmaları gerekmektedir. Toplumsal panik yaratan terör suçlarının önlenmesi gibi durumlarda özel hayatın ve haberleşmenin gizliliğini daha az sınırlayan nitelikte diğer araçların saptanması oldukça zordur.¹⁴⁹ Birleşik Krallık'ta yasal düzenlemelerde istenen bilgiyi dinleme kararının uygulanması dışında elde edecek tüm diğer yollar önceden değerlendirilmiş ve dolayısıyla iletişimin denetlenmesi yoluna son çare olarak başvurulmasının gerekli olması aranmaktadır.¹⁵⁰ Buna karşın Türk hukukunda, terörün önlenmesine ilişkin mevzuatta böyle bir son çare ölçütünün

¹⁴⁴ **Fazıl Sağlam**, Temel Hakların Sınırlanması ve Öz, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1982, ss. 113-115.

¹⁴⁵ **Christian Rumpf**, "Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği", Anayasa Yargısı, C.10, 1993, s. 30.

¹⁴⁶ AİHM, Murray/Birleşik Krallık, Başvuru No: 13/1993/408/487, K.t. 28.10.1994, para. 90-94.

¹⁴⁷ R v. Chief Constable of South Yorkshire Police, Ex Parte Marper [2004] 1 WLR 2196., AYM Başvuru No: 2013/7054 K.t.09.05.2015, para. 43.

¹⁴⁸ *Klass ve diğerleri/Almanya*, para. 48.

¹⁴⁹ **Yüksel**, İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesinin Anayasal Boyutu ve Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, s. 267.

¹⁵⁰ **Barnett**, Constitutional and Administrative Law, s. 535.

aranmadığı gözlemlenmektedir.¹⁵¹ Buna ek olarak, Türk hukukunda bu denetleme tedbirine başvurmayı gerekli kılacak şüphenin boyutu da belirtilmemiştir.¹⁵² Terörle mücadelede şüphe derecesinin somut olarak belirtilmemesi ve ciddi bir terör tehlikesinin daimi olduğunun varsayılması normatif düzlemde ihtiyat ilkesi ile açıklanabilir.¹⁵³ İhtiyat ilkesi ilk olarak İsveç ve Almanya'da çevre hukuku alanında ortaya çıkmış¹⁵⁴ ve sonra uluslararası çevre hukuku alanındaki doktrin ve yargı kararlarındaki gelişmelerle daha geniş bir yelpazede benimsenmiştir. Buna göre çevreye zarar vereceği konusunda bilimsel bir kesinlik olmasa dahi, sırf böyle bir zararı doğurma riski taşıyan işlem veya aktivitelere yönelik önleyici tedbirlerin uygulanması gerekmektedir.¹⁵⁵ Uluslararası mahkeme kararlarında sıklıkla başvurulmasına karşın, ihtiyat ilkesinin hukuki niteliğinin emredici (*jus cogens*) bir uluslararası hukuk ilkesi yahut normatif bağlayıcılığı olmayan bir yaklaşım olup olmadığı hususunda bir görüş birliği oluşmamıştır.¹⁵⁶ Esasen ihtiyat ilkesi kullanıldığı yasal düzenlemenin kapsamına göre çeşitli tanımlarla farklılaştırılabilir. Sözgelimi, daha katı bir tanımında, riskli olmadığını kanıtlama konusunda, ispat yükünü iddia edene değil, işlem ve eylemde bulunana çeviren bir türü bulunmaktadır.¹⁵⁷ Özellikle 2001'den itibaren artan terör saldırıları neticesinde, terörle mücadele yasalarında ihtiyat ilkesine başvurulduğu gözlemlenmiştir.¹⁵⁸ Terörle mücadelede ihtiyat ilkesi gözetilerek Drakon yasalarına benzer oldukça katı tedbirlere başvurulduğu ifade edilmiştir.¹⁵⁹ Bir terör tehlikesinin gerçekleşeceğine ilişkin kesin istihbari kanıt ve bulgular olmasa dahi önleyici tedbirlerin alınması gerektiğini öngören bu ilke, toplumdaki herkesi şüpheli sınıfına dahil ederek kitlesel bir gözetlemeye yol açmaktadır.¹⁶⁰ Terörle mücadele ile ilgili akademik çalışmalarda kabul görmekle birlikte, terör hakkındaki yargı kararlarında henüz bu ilkeye referans yapılmadığı tespit edilmiştir. Bunda ihtiyat ilkesinin

¹⁵¹ **Yüksel**, İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesinin Anayasal Boyutu ve Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, s. 266.

¹⁵² *Ibid*, s. 271.

¹⁵³ **Matthias Borgeers/Elies van Sliedregt**, "The Meaning of the Precautionary Principle for the Assessment of Criminal Measures in the Fight Against Terrorism", *Erasmus Law Review*, C.2 S. 2.,2009, ss. 173-174.

¹⁵⁴ **Patricia Birnie/Alan Boyle**, *International Law And The Environment*, New York, 2009, s. 154.

¹⁵⁵ **Nicolas de Sadeleer**, "The Precautionary Principle As A Devise for Greater Environmental Protection: Lessons From EC Courts", *Reciel*, C. 18, No.1, 2009 s. 4.

¹⁵⁶ **Birnie/Boyle**, *International Law And The Environment*, s. 155.

¹⁵⁷ **Jessica Stern/Jonathan Weiner**, "Precaution Against Terrorism", *Journal of Risk Research*, C. 9, No. 4, s.394.

¹⁵⁸ **Genevieve Lennon**, "Precautionary Tales: Suspicionless Counter-Terrorism Stop And Search", *Criminology And Criminal Justice*, C.15, No:1, 2015, s.45.

¹⁵⁹ **Simon Bronitt**, "Balancing Security and Liberty: Critical Perspectives on Terrorism Law Reform" *Fresh Perspectives on the 'War on Terror'*, Ed. Miriam Gani, Penelope Mathew, Australia, ANU, 2008, s.78.

¹⁶⁰ **Claudia Aradau/Rens van Munster**, "Governing terrorism through risk: Taking precautions, (un)knowing the future", *European Journal of International Relations*, C. 13 No.1, 2007, s.115, 117.

ispat yükünü tersine çeviren özelliğinin de etkisi vardır.¹⁶¹ Eylemlerinin terör tehlikesine yol açacağı veya terörle bağlantılı olduğu iddia edilen taraf, bunun aksini kanıtlamak durumundadır.¹⁶² “İddia eden iddiasını ispatla yükümlüdür” ilkesi, ihtiyat ilkesiyle tersine çevrilmektedir. Bu ilke, kesin kanıtın aranmaması, gözetleme tedbirinin uygulanmasında kanıtların yargı organınca titiz bir şekilde incelenmesi yönteminin seçilmesinden ziyade, tehlikeyi sıfırlamak için herkesi terör şüphelisi varsayımı altında bırakan idari kararların uygulanmasına yol açmaktadır.¹⁶³ Yukarıda meşru amaç bölümü irdelenirken de vurgulandığı üzere, Devlet İstihbarat Hizmetleri ve MİT Kanunu’nun 6. maddesinde “*ciddi bir tehlikenin varlığı halinde*” ibaresiyle uygulama alanı bulan ihtiyat ilkesinin, herkesi kapsayan kitlesel bir gözetlemeye yol açtığı değerlendirilmektedir.¹⁶⁴

Orantılılık unsuru açısından değerlendirildiğinde, MİT Kanunu’nda iletişimin denetlenmesi yönteminin uygulanması için gereken şüphenin tespitinde, yukarıdaki ihtiyat ilkesinin bir yansıması olarak idareye geniş bir takdir yetkisi tanındığı dikkat çekmektedir.¹⁶⁵ Buna ek olarak, Türk Hukuku’nda 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 3. maddesinde terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde iletişimin denetlenmesi tedbirinin üç aydan fazla olmamak üzere hakim kararıyla müteaddit defalar uzatılabileceği öngörülmüştür. Kanun’da bir üst sınır öngörülmemesi, iletişimin süresiz olarak denetlenmesine yol açmakta ve bu durum haberleşme hürriyetinin ve özel hayatın gizliliğinin orantısız bir şekilde sınırlandırılmasına neden olmaktadır.¹⁶⁶ Diğer taraftan, IPA’daki kitlesel yetkiler, belirli bir hedefi ya da şüpheliyi bulabilmek amacıyla masum kişilerin de gözetlenmesine ve onların haberleşme hürriyetlerine orantısız ve aşırı bir müdahale teşkil edebilecektir. IPA’ya göre Bakan, kitlesel yetkilerin kullanılmasına izin verirken, ölçülülük şartına uymalıdır. Bu da tedbirin uygulanmasıyla ulaşılabilecek amacın “milli güvenlik” betimlemesinden daha somut ve kesin olarak belirlenmesini gerektirir. Yukarıda belirtildiği üzere, bu izin kararlarında gözetlenen kişinin kimliğinin ve gözetlemenin gerçekleştirileceği yerin somut olarak belirtilmemesi halinde, kitlesel yetkilerin kullanımının AIHM içti-hatlarıyla bir tezat oluşturması muhtemeldir.

D. Elde Edilen Verilerin Kullanılması ve Saklanması

İstihbarat çalışanlarının gözetleme faaliyetleri sonucu elde ettikleri verileri kanunlarda öngörülen amaçlara aykırı bir biçimde kullanmaları hem İngiliz hem de Türk hukukunda suç sayılmıştır. Özellikle AYM kararlarına göre bu

¹⁶¹ **Birnie, Boyle**, International Law and the Environment, s. 158., **Tuba Turan**, “War on Terror in the US and UK: An Evaluation With Regard To Civil Liberties”, **USAK Year-book**, C.1, 2008, s. 32

¹⁶² **Aradau/Munster**, Governing Terrorism Through Risk, s. 106.

¹⁶³ *ibid*, s.106.

¹⁶⁴ **Yüksel**, Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişim, s. 166.

¹⁶⁵ **Yüksel**, İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesinin Anayasal Boyutu ve Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, s.261, 262.

¹⁶⁶ *Ibid*, s. 272.

suiistimalin suç teşkil edecek şekilde düzenlenmesi, istihbarat faaliyetlerinin denetimini güçlendiren bir ek güvence sağlamaktadır.¹⁶⁷

Birleşik Krallık'taki raporlarda ve yargı kararlarında istihbarat çalışanlarının kişisel verileri kişisel amaçlarla kullandığı olguları yansıtmış ve bu çalışanların yetkilerini mevzuata aykırı bir biçimde kötüye kullandığı tespit edilmiştir.¹⁶⁸ Ancak IPA yürürlüğe girene kadar bu kötüye kullanmayı suç ya da kabahat olarak nitelendiren hükümler bulunmadığı için, bu çalışanlara bir yaptırım uygulanıp uygulanmadığı bilinmemektedir. Keza böyle durumlarda sadece 1998 tarihli Veri Koruma Kanunu'nun (*Data Protection Act*) genel amaçlarına ya da kamu makamının kötüye kullanımına ilişkin genel bir suça dayanarak soruşturma yapılabiliyordu. Oysa geçtiğimiz günlerde Kralliyet onayı alarak yürürlüğe giren IPA bu boşluğu doldurmakta ve kişisel verilere ilişkin materyallerin kasıt veya ihmalle ele geçirilmesi, işlenmesi ve açıklanması şeklinde yeni bir suç tipi yaratmaktadır. Ancak güncel bir IPT kararı doğrultusunda, GCHQ'nın iç idaredeki hatalardan kaynaklanan kanuna aykırı dinlemelerinin suç teşkil etmediği yönündeki kararı hatırlanmalıdır.¹⁶⁹ Dolayısıyla kasten kötüye kullanmanın saptanmasının uygulamada nasıl somutlaşacağı ve yerleşeceği yönünde endişeler bulunmaktadır.¹⁷⁰

Bir diğer husus, IPA'da, internet bağlantısı kullanılarak aranan ve girilen tüm internet sitelerinin, yapılan her türlü görüşme ve yazışmaların olduğu internet bağlantı kayıtlarının erişim sağlayıcıları tarafından 12 ay boyunca saklanması öngören tartışmalı hükümdür. Önceki yasal rejimde istihbarat kurumları bu kayıtları erişim sağlayıcılarından herhangi bir denetim olmadan talep etmeye yetkiliydiler. IPA'da da bir ön yargısal denetim olmadan istihbarat kurumları yine bu 12 ay saklanan internet kayıtlarını talep edebilmekte, yargısal denetim mekanizması ancak kayıtlar ele geçirildikten sonra işletilebilmektedir.

Türk hukukunda iletişimin denetlenmesi ve kameralarla izleme sonucunda elde edilen verilerin saklanması hususunda şöyle sıkıntılar mevcuttur. İlk olarak, Devlet İstihbarat Hizmetleri ve MİT Kanunu'nda iletişimin denetlenmesi tedbirinin sona ermesiyle, dinlemelerin içeriğine ilişkin kayıtların başkalarının ve ilgili kurumların en üst amirinin denetimi altında yok edilmesi için öngörülen 10 günlük süre oldukça uzun ve geç olarak değerlendirilmektedir.¹⁷¹ Keza yine hakimın iletişimin denetlenmesine izin vermediği durumlarda veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde 24 saat içinde hakimın onayına sunulmak üzere kanunda belirtilen kişilerin yazılı emriyle bu tedbire başvurulduğu ve ancak 24 saat içinde hakimın onayının alınamadığı hallerde de bu kayıtların 10 gün içerisinde silineceği düzenlenmiştir. Kayıtlar derhal yok edilebilecekken, 10 günlük bir süre öngörülmesinin oldukça uzun olmasına ilişkin eleştiriler aynen burada da geçerlidir.

¹⁶⁷ AYM, E. 2014/122, K. 2015/123, K.t.: 30.12.2015, R.G. Tarihi: 01.03.2016, Sayı: 29640.

¹⁶⁸ **Eric King/Daniella Lock**, "Investigatory Powers Bill: Key Changes Made by the Lords" (Çevrimiçi) <https://ukconstitutionallaw.org/2016/12/01/eric-king-and-daniella-lock-investigatory-powers-bill-key-changes-made-by-the-lords/> 12 Kasım 2016.

¹⁶⁹ IPT, Liberty and Others / GCHQ and Others, k.t. 05.12.2014.

¹⁷⁰ **King/Lock**, Investigatory Powers Bill,

¹⁷¹ **Handan Yokuş Sevrük**, "Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler", TBB Dergisi, Sayı 67, 2006, s. 52.

Diğer bir husus da, kamusal alanlara yerleştirilen kameralarla kişilerin gözetlenmesine ilişkin kayıtların saklanma süresi ve şekli hususlarında halen bir açık bir yasal düzenlemenin bulunmaması ve bu hususta idareye geniş ölçüde keyfilik tanınmasıdır. Kameraların teknik yapısına bağlı olarak bu görüntülerin 10 ila 30 gün arasında değişen sürelerle saklandığı ve bir soruşturma kapsamında talep edilen görüntülerin ise 5 yıl süreyle muhafaza edildiği bilinmektedir.¹⁷² Bir hukuk devleti tüm işlem ve eylemlerinde belirlilik esasına uymalı ve bir hakka yönelik sınırlama ancak kanunla gerçekleştirilmelidir. MOBESE kayıtlarının saklanma süresi ve şekli hakkında açık, erişilebilir ve öngörülebilir bir kanunun yokluğu özel hayatın gizliliğinin koruduğu bir değer olarak kişilerin bu verileri kontrol edebilmesini ve bireysel özerkliğin kullanılmasını engellemektedir.

Son olarak yukarıda kanunilik unsuru başlığındaki değerlendirmeden hatırlanacağı üzere, kamusal alanlardaki kameralarla elde edilen kayıtların hangi koşullarda ve ne kadar süreyle saklanacağı hususlarında yeterli açıklıkta bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 28. maddesi ile kişisel verilerin milli güvenlik sebebiyle işlendiği haller anılan kanun hükümlerinden muaf tutulmuştur. Bunun bir neticesi olarak, istihbarat ve güvenlik kurumları terörle mücadele alanında, kamera kayıtlarının elde edilmesi, işlenmesi, saklanması ve yok edilmesine ilişkin açık olmayan ve belirsiz bir normatif düzlemde işlem yapmaktadırlar. Bu işlemlerin, kamera izlemeleriyle elde edilen verilerin kullanılması ve saklanmasına ilişkin somut güvencelerin sağlandığı yasal bir zeminde gerçekleştirilmesi gerektiği hususu burada bir kez daha vurgulanmalıdır.

V. Gözetlemenin Denetimi ve Denetim Mekanizmalarının Etkinliği

1. yüzyılda Romalı Şair Iuvenalis'in "Bekçileri kim gözetleyecek" (*Sed quis custodiet ipso custodes*) sorusu ile başlayan istihbarat ve gözetleme faaliyetlerine yönelik denetim mekanizmalarının öngörülmesi ve bunların etkin bir biçimde işletilmesi meselesi, günümüzde de demokratik bir hukuk devletinin en önemli yapısal sorunlarından birini oluşturmaktadır.¹⁷³ İstihbarat kurumlarının faaliyetleri, gözetleme kararının verilmesi sırasında, sürdürülürken ve gözetlemenin tamamlanmasından sonra olmak üzere üç aşamada da denetlenmelidir.¹⁷⁴ Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin bu hesap verilebilirlik hususuna yaklaşımları dikkate alındığında, gözetlemenin demokratik denetiminin esas itibarıyla üç mekanizmayla sağlandığı anlaşılmaktadır. Bunlar, meclis komisyonlarından oluşan siyasi, uzman kurumlardan oluşan bağımsız ve son olarak, özel yetkili ya da genel mahkemeleri kapsayan yargısal denetim mekanizmalarıdır.¹⁷⁵ Buna karşın, aşağıda detaylandırılacak olan Birleşik Krallık ve Türkiye

¹⁷² Taşçı, Türkiye'de Mobese ve Eleştiriler, s. 176.

¹⁷³ Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri (*Council of Europe Commissioner for Human Rights*), "Milli İstihbarat Kurumlarının Demokratik ve Etkin Denetimi (*Democratic and Effective Oversight of National Security Services*)", Issue Paper, 2015, s. 62, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680487770>, 1 Aralık 2016.

¹⁷⁴ Sevük, Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler, s. 52.

¹⁷⁵ Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Milli İstihbarat Kurumlarının Demokratik ve Etkin Denetimi, s. 7.

özelinde kurulan siyasi, bağımsız ve yargısal denetim mekanizmalarının sınırlarını birbirinden ayırmak çok da kolay değildir.¹⁷⁶

A. Meclis Denetimi (Siyasi Denetim)

İstihbarat kurumlarının gözetleme faaliyetlerinin meclis bünyesinde oluşturulacak bir komisyon tarafından denetlenmesi esasen şu hususların güvence altına alınmasına katkıda bulunmaktadır, (1) yasaların bu kurumlar hakkında kapsamlı bir denetim öngörmesinin sağlanması, (2) diğer denetim mekanizmalarına gerekli bütçenin ayrılması, (3) bağımsız denetim kurumlarının Meclis'e sunduğu yıllık raporların incelenerek bunların çalışmalarının denetlenmesi ve son olarak da, (4) istihbarat faaliyetlerine yönelik daimi veya *ad hoc* soruşturmalar yürütülmesidir.¹⁷⁷ Buna karşın, parlamenter denetim şu hususlarda problemli ve yetersiz olarak değerlendirilmektedir, (1) milletvekillerinin oldukça karmaşık nitelikteki istihbarat sinyallerine ilişkin mevzuları denetleyebilmek için dışarıdan teknik desteğe ihtiyaç duymaları, (2) diğer parlamenter görevleri dolayısıyla yeterli zaman bulamamaları, (3) belirli istihbari sinyal kurumları arasında yüksek seviyelere ulaşan bir ağ ve iş birliğinin kurulmasıdır. Ancak en önemli husus, şüpheli olmasına bakılmaksızın herkesin izlenmesine yol açan stratejik gözetlemenin insan haklarına doğrudan bir müdahale teşkil etmesi ve temel hak ve özgürlüğe yönelik bu müdahalenin gelecekte olarak bağımsız bir yargı kanalıyla çözülmesinin esas olmasıdır. Siyasi üyelerden oluşan parlamenter bir komitenin böyle yarı-yargısal bir görev üstlenmesi karşısında kuvvetler ayrılığı ilkesi tartışmalı hale gelmektedir.¹⁷⁸

Birleşik Krallık'ta 1994 İstihbarat Hizmetleri Kanunu ile Meclis bünyesinde "İstihbarat ve Güvenlik Komitesi" (*Intelligence and Security Committee*) adında 9 milletvekilinden oluşan ve istihbarat kurumlarının harcama, idare ve politikalarını inceleyen bir Komite görev yapmaktadır. Üyelerini, Başbakan'ın ana muhalefet liderine danışarak gösterdiği adaylar arasından meclis seçer. 2013 tarihli Adalet ve Güvenlik Kanunu (*Justice and Security Act*) ile Komite'nin başkanının artık Başbakan olma zorunluluğu kaldırılmış, kendi üyeleri arasından seçileceği düzenlenmiş, diğer kurumlardan bilgi ve belge 'talep etme' yetkisi güçlendirilerek 'elde etme' ibaresiyle değiştirilmiş, ulaşabileceği kaynakların kapsamı genişletilmiş ve son olarak hükümetin her türlü istihbarat ve güvenlik faaliyetlerini denetleyecek şekilde yetkilerinin kapsamı güçlendirilerek genişletilmiştir.¹⁷⁹ Komite yıllık faaliyetlerini bir rapor olarak ve herkesin erişimine

¹⁷⁶ Venedik Komisyonu, "İstihbarat Kurumlarının Demokratik Denetimine İlişkin 2007 Raporunun Güncellenmesi ve Sinyal İstihbarat Başkanlıkları'nın Demokratik Denetim Raporu, *Update Of The 2007 Report On The Democratic Oversight of the Security Services and Report on the Democratic Oversight of Signals Intelligence Agencies*", CDL-AD(2015)006, 2015, s. 37.

¹⁷⁷ Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Milli İstihbarat Kurumlarının Demokratik ve Etkin Denetimi, s. 62.

¹⁷⁸ Venedik Komisyonu, İstihbarat Kurumlarının Demokratik Denetimine İlişkin, sayfa 6.

¹⁷⁹ İstihbarat ve Güvenlik Komitesi (*Intelligence and Security Committee*), "Meclis Raporu: Gizlilik ve Güvenlik: Modern ve Şeffaf Hukuki Çerçeve", 12 Mart 2015, s. 80-81, (Çevrimiçi), [http://isc.independent.gov.uk/files/20150312_ISC_P+S+Rpt\(web\).pdf](http://isc.independent.gov.uk/files/20150312_ISC_P+S+Rpt(web).pdf), 1 Temmuz 2016.

açık bir biçimde meclise sunar.¹⁸⁰ Ancak milli güvenlik hassasiyeti taşıyan bilgilerin gizliliğini sağlamak amacıyla bu raporlar ilk elden Başbakan'a sunulur ve Başbakan Komite'ye danıştıktan sonra ilgili hususları rapordan çıkarabilir. Bu anlamda Komite, meclisteki diğer komisyonlardan ayrılarak, yürütmenin kontrolü altında görev yapmakta ve bağımsız çalışmamaktadır.¹⁸¹ Komite'nin özellikle 2013 ila 2015 yılları arasında kamuyla paylaştığı yıllık ve özel raporları incelendiğinde, bilgi ve belgelere ulaşmada geniş yetkilerinin bulunduğu ve istihbarat faaliyetlerini düzenleyen yasal mevzuatın şeffaf ve açık olmadığı yönündeki eleştiriler dikkat çekmektedir.¹⁸² Buna karşın istihbarat faaliyetlerinin denetlendiği özel raporlarda usulsüzlük, ihmal ve kusurlar tespit edilse de, bu hataların hiçbir şekilde operasyonların esasını etkileyecek kadar mühim nitelikte olmadığı vurgulanmıştır.¹⁸³ Keza Snowden sonrası Birleşik Krallık ve ABD arasında istihbarat paylaşımı yapan "PRISM" programına ilişkin iddialarla ilgili olarak, bunların sadece temelden yoksun olduğunu ifade etmekle yetinmiştir.¹⁸⁴ Aşağıda yargısal mekanizmaları incelerken de benzerini gözlemleyebileceğimiz denetim mekanizmalarına hakim olan bu tutum, niteliği gereği gizlilik esası hakim olan istihbarat politikalarının ve eylemlerinin içeriğinin kamuyla detaylı paylaşımının milli güvenlik politikalarına ve faaliyetlerine zarar vereceği düşüncesiyle gerekçelendirilse de, hesap verilebilirlik ve sorumluluk yollarının açılması gerekir.

Diğer taraftan, Türkiye Büyük Millet Meclisi bünyesinde 2014 yılında 6532 sayılı Kanun'la Güvenlik ve İstihbarat Komisyonu kurulana kadar, Meclis bünyesinde denetleme girişimlerinin gerçekleştiği gözlemlenmektedir. İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'nun telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi meselelerini denetlemek amacıyla oluşturduğu alt komisyon, her ne kadar siyasi bir denetim öngörse de, komisyonun *ad hoc* niteliği, rapora esas teşkil edecek bilgi ve belgelere erişimde kendisine geniş yetkiler tanınmaması hususları bakımından etkisiz kalmıştır. Hazırlanan raporda, görüşmelerin neticesinde elde edilen bilgi ve kanaatler özetlendikten sonra, konuyla ilgili yasal düzenlemelere ihtiyaç olduğu dile getirilmiştir. İstihbarat kurumlarının demokratik denetimlerinin sağlanması amacıyla karşılaştırmalı hukuktaki güncel gelişlemleri de yakalamak için daimi bir komisyon kurulması kararlaştırıldı.

¹⁸⁰ Parliamentary Oversight of Security and Intelligence Agencies in the European Union (<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201109/20110927ATT27674/20110927ATT27674EN.pdf>) s. 95.

¹⁸¹ Alder, Constitutional and Administrative Law, s. 573.

¹⁸² İstihbarat ve Güvenlik Komitesi, Meclis Raporu: Gizlilik ve Güvenlik: Modern ve Şeffaf Hukuki Çerçeve

¹⁸³ İstihbarat ve Güvenlik Komitesi (*Intelligence and Security Committee*), Lee Rigby'nin Ölümüne İlişkin İstihbarat Hakkında Rapor (Report on the Intelligence Relating to the Murder of Fusilier Lee Rigby, 25 Kasım 2014, s.4, para. 12, (Çevrimiçi) [http://isc.independent.gov.uk/files/20141125_ISC_Woolwich_Report\(website\).pdf](http://isc.independent.gov.uk/files/20141125_ISC_Woolwich_Report(website).pdf), 1 Temmuz 2016.

¹⁸⁴ İstihbarat ve Güvenlik Komitesi (*Intelligence and Security Committee*) "GCHQ'nun ABD'nin PRISM Programı Kapsamında İletişimi Denetlendiğine İlişkin İddialar Hakkında Açıklama (*Statement on GCHQ's Alleged Interception of Communications under the US PRISM Programme*)" Haziran 2013, (Çevrimiçi), http://isc.independent.gov.uk/files/20130717_ISC_statement_GCHQ.pdf, 1 Temmuz 2016.

ılmıştır.¹⁸⁵ Güvenlik ve İstihbarat Komisyonu MİT'in üzerinde bir denetim ya da fren mekanizması kurmaktan ziyade, TBMM'ye istihbarat ve güvenli faaliyetleriyle ilgili yıllık raporunda istişari görüş bildirme yetkisiyle donatılmıştır. AYM, bu Komisyon'un kişisel verilerin güvenliğini ve bireyin hak ve özgürlüklerini koruyucu önlemler geliştirme yetkisinin varlığına dikkat çekmiştir.¹⁸⁶ Komisyon'un toplantı ve çalışmaları kapalı oturumda yürütülmektedir. Yıllık raporları da Birleşik Krallık'taki örneğinin aksine, gizli olarak meclise sunulmakta ve kamuya paylaşılmamaktadır. Komisyonun üye sayısı on yedidir. Üye dağılımı siyasi parti gruplarının parti grupları toplam sayısı içindeki yüzde oranlarına göre yapılır.

Birleşik Krallık'taki Komite'nin raporları kamuya açık ve aleni bir şekilde ilan edilirken, Türkiye'de çalışmalar tamamen gizli ve kapalı yürütülmektedir. Ayrıca özel ve kamu kurumlarından doğrudan bilgi ve belge isteme, tanık dinleme ya da casusluk yapan kişilerin gizlice dinlenmesi gibi yetkiler noktasında, Birleşik Krallık'taki Komite'nin daha güçlü yetkilerle donatıldığı değerlendirilmektedir. Her iki komisyon, yürütmenin kontrolü altında faaliyet gösterdiğinden bağımsız bir denetim sunamamaktadır.

B. Bağımsız Denetim

Birleşik Krallık'ta IPA ile tüm bağımsız denetim kurumları Yargı Komiseri (*Judicial Commissioner*) altında tek bir çatıda toplanana kadar üç ayrı Komiserlik tarafından denetim sürdürülmekteydi. Bunlardan biri, istihbarat kurumlarının gözetleme yetkilerini ve elde ettikleri materyalleri kullanmalarını inceleyen İstihbarat Hizmetleri Komiseri (*Intelligence Services Commissioner*) olarak teşkilatlanmıştı. Soruşturma ya da icrai karar alma yetkileri bulunmayan kurumun başında görev yapan emekli bir hakim, Meclis'e sunulmak üzere hazırladığı yıllık raporu Başbakan'a göndermekteydi. Son iki yılın raporları incelendiğinde, haklı bir gerekçe olmadan kitlesel verilere yapılan iki ciddi müdahalenin tespiti ve son raporda da bu şekildeki kötüye kullanımların engellediğine ilişkin tespitler dikkat çekmektedir.¹⁸⁷ Bunun dışında benzer statü ve yetkileri bulunan İletişimin Denetlenmesi Komiserleri (*Interception of Communications Commissioners*)¹⁸⁸ ile polis ve diğer kurumların iletişimi denetlenmesi dışında gizli ajan kullanımı gibi diğer gizli müdahalelerini denetlemekle görevli olan Gözetleme Komiseri (*Surveillance Commissioner*) de bulunmaktaydı.

Birleşik Krallık'ta yukarıda ifade edildiği üzere istihbarat kurumlarının gözetleme araçlarının kullanımını ve kullanıcılarını denetleyen, bağımsız ve

¹⁸⁵ Güvenlik ve İstihbarat Komisyonu, 17.04.2014 tarihli ve 6532 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12'nci maddesi ile 01.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'na eklenen Ek 2'nci madde uyarınca kurulmuştur.

¹⁸⁶ AYM, E. 2014/122, K. 2015/123, K.t.: 30.12.2015, R.G. Tarihi: 01.03.2016, Sayı: 29640., para. 32.

¹⁸⁷ **Mark Waller**, "İstihbarat Hizmetleri Komiseri'nin 2014 Raporu (*Report of the Intelligence Services Commissioner for 2014*)", s. 37 (Çevrimiçi)

http://intelligencecommissioner.com/docs/50100_HC_225_Intel_Services_Commissioner_accessible.pdf, 12 Kasım 2016., **Waller**, İstihbarat Hizmetleri Komiseri'nin 2015 Raporu, s. 37, 39.

¹⁸⁸ **Alder**, Constitutional and Administrative Law, s. 573.

merkezi bir Komiserlik kurumu Türk sisteminde mevcut değildir.¹⁸⁹ Türkiye’de insan hakları alanında bağımsız ve özerk çalışan kurumlar BM bünyesinde 1940’lardan itibaren ulusal insan hakları mekanizmalarının kurulması yönündeki teşvik ve çabalarla oluşturulmuştur. İnsan Hakları Komisyonu’nun 3 Mart 1992 tarih ve 1992/54 sayılı ve BM Genel Kurulu’nun 20 Aralık 1993 tarih ve 48/134 sayılı kararlarıyla kabul edilen ve “İnsan Haklarının Geliştirilmesi ve Korunması İçin Kurulan Ulusal Kuruluşların Statüsüne İlişkin İlkeler”, daha yaygın ismiyle ‘Paris Prensiplerine’ uygun olarak, bu alanda bağımsız ve özerk olarak faaliyet gösteren iki kurum faaliyet göstermektedir. Bunlar, Kamu Denetçiliği Kurumu ile Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’dur.¹⁹⁰

Türkiye’de 2010 Anayasa değişikliği ile hukuk sistemimize dahil edilen Kamu Denetçiliği Kurumu sadece gözetlemenin denetimine özgülenmiş özel bir bağımsız denetim mekanizması olmamasına rağmen, bu makaleye esas teşkil eden sorunları incelemek onun görev alanı kapsamındadır. Kurum’un internet sitesinde yıl bazında karar örneklerinin ilan edildiği, ancak her kararının Resmi Gazete’de yayımlanmadığı dikkat çekmektedir. Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’te de kararlarının ilgili kurum ve kişilere tebliğ edileceği öngörülmekte, ancak Resmi Gazete’de duyurulacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.¹⁹¹ Bu durumun, AYM’nin Kamu Görevlileri Etik Kurulu’nun etik ilkelerine aykırı davranışlarının tespitine ilişkin kararların henüz yargı kararı ile kesinlik kazanmadan

“Resmi Gazete ile kamuoyuna duyurulması ilgilinin herkese teşhiri anlamına gelebileceği ve bu durumun bütün temel hak ve özgürlükler için dokunulmaz ve her türlü değerler ölçütünün dışında kabul edilen insan onuru ile kişinin maddi ve manevi varlığının önemli ölçüde zedelenmesine”

yol açabileceği yönündeki yaklaşımının bir yansıması olduğu değerlendirilmektedir.¹⁹² Kurum’un internet sitesinde yayımlanan 2013 ila 2016 yılları arasında verdiği kararlar incelendiğinde, bu makaleyi dolaylı olarak ilgilendiren yalnızca bir tavsiye kararı dikkat çekmektedir. Anılan karar, İçişleri Bakanlığı’nın hizmete özel ve gizlilik derecesi olan bir Yönerge’ye dayanarak, suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla kişilerin daha önce işledikleri suçlara ilişkin kayıtların süresiz saklanması ve bu verilerin silinmesine yönelik taleplerin dik-

¹⁸⁹ **Taşçı**, Türkiye’de Mobese ve Eleştiriler, s. 176 vd.

¹⁹⁰ Kamu Denetçiliği Kurumu, “2015 Yıllık Raporu”, s. 111, (Çevrimiçi)

<http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/2015%20yillik%20rapor%20.pdf>, 1 Kasım 2016., Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’nun istihbarat kurumlarına ilişkin bir incelemesine veya kararına rastlanılmamıştır.

¹⁹¹ Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunun Uygulanmasını İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG Tarih: 28 Mart 2013, Sayı: 28601, madde 37.

¹⁹² AYM, E. 2007/98, K.:2010/33, RG Tarih: 18.05.2010, Sayı: 27585. AYM’ye göre, “Kamuda etik kültürünün yerleşmesi için etik ilkeye aykırılık kararları ile bunların denetimi sonucu idari yargı tarafından verilen iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlanmasının suç niteliği taşımayan bir konuda kişinin teşhirine, dolayısıyla toplum içindeki konumunun, maddi ve manevi varlığının ağır bir şekilde etkilenmesine yol açması, kişi özgürlüğü ile kamu gücünün kullanılması arasındaki hassas dengenin özgürlük aleyhine bozulması demektir. Bu nedenle kural demokratik toplum düzeninin gereklerine ve adalet ilkelerine dolayısıyla hukuk devletine ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına aykırı bulunmaktadır.”

kate alınmayarak kişisel veriler üzerinde bireysel özerkliğin kullanılmasını engellediğine dair bir başvuru ile ilgilidir.¹⁹³ Kurum bu kararda,

“Yönerge’ye dayanak gösterilen Kanun hükümlerinde konunun genel esaslarını düzenleyen kuralların yer almadığı, konunun tüm esas ve usullerinin Yönergeyle düzenlendiği ve bu durumun Anayasa’nın 20. maddesinde öngörülen kanunla düzenleme ve ölçülülük kuralıyla bağdaşmadığı”

yönünde görüş bildirmiştir.¹⁹⁴ Bu kararda ayrıca,

“mevzuatla suç kayıtların tutulma süresi ve silinmesi hususunun kurala bağlanmasının, bu kayıtların istismar edilmesini ve kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla etkin bir denetim mekanizmasının oluşturulması, verilere erişim konusunda yetki kullanacak kamu görevlilerinin yetkilerinin, sunulacak kamu hizmetiyle sınırlı olacak şekilde düzenlenmesi, verilecek kamu hizmeti açısından erişilmesi zorunlu olmayan verilere kamu görevlilerinin erişimi konusunda sınırlamalar getirilmesi, kademeli bir erişim sisteminin getirilmesi gerektiği düşünülmekte olup bu hususlar göz önüne alınarak Kanuni düzenleme yapılması”

isabetli bir şekilde tavsiye edilmiştir.¹⁹⁵ Kurumun yıllık raporlarında tavsiye kararlarının doğrudan etkilediği yasal değişikliklere yer verilmekle birlikte, anılan kararı dikkate alan bir değişikliğin henüz yasalaşmaması, bu denetimin etkinlik derecesini de azaltmaktadır.

C. Yargısal Denetim

Gözetlemeye karar verilmesi, sürdürülmesi veya tamamlanmasına ilişkin aşamaların herhangi bir safhasında muhakkak idareden bağımsız bir yargı organının denetiminin gerektiği vurgulanmıştır.¹⁹⁶ İletişimin denetlenmesine izin verme yetkisini yargı ve yürütme arasında paylaştıran iki kilitli bir sistem IPA ile yürürlüğe girene kadar Birleşik Krallık’ta bu yetkiyi münhasıran ilgili bakanlar kullanmaktaydı. Bu yetkinin kaynağının temellerini araştırmak üzere 1957’de Danışma Meclisi üyelerinden (*Privy Councillors*) oluşturulan *Birkett* Komitesi, yürütmenin bu yetkisine ilişkin 25 Mayıs 1663 tarihli bir bildiriye (*Proclamation*) referans göstermiştir. Bakan’ın acele yetki verdiği haller dışında kişilerin mektuplarının ve paketlerinin açılmasını yasaklayan bu bildirinin günümüze yansımalarının, gözetleme yetkisinin halen münhasıran yürütmede olması belirtilmiştir. *Birkett* Komitesi gözetlemeye ilişkin verilecek kararın yargıyla paylaştırılmasını da uygun görmeyerek reddetmiştir.¹⁹⁷ Ancak yargının yetkisini dışlayıcı bu tutum aksi yöndeki mahkeme kararlarıyla değişmiştir.

Bu değişikliğe giden yolu kısaca özetlemek için, Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın (ABAD) Avrupa Birliği’ndeki tüm nüfusun iletişim verilerinin saklanması için AB ülkelerine 6 ila 24 aya kadar yetki veren AB Veri Saklama Direktifi’nin öngördüğü açık ve belirli olmayan kuralların özel hayatın gizliliğine ve kişisel verilerin korunması hakkına ciddi bir müdahale teşkil ettiğine ilişkin

¹⁹³ Kamu Denetçiliği Kurumu, Tavsiye Kararı, Şikâyet No:03.2013/54, Karar No:2013/83.

¹⁹⁴ Ibid, para. 38.

¹⁹⁵ Ibid, para. 38, 40.

¹⁹⁶ Szabo ve Missy / Macaristan, AİHM, Başvuru No: 37138/14, K.t..12.01.2016, para. 81. Sevük, **a.g.e.**, s. 52.

¹⁹⁷ **Nicholas Clapham**, “Surveillance: A Separation of Power?”, UK Constitutional Law Blog, (Çevrimiçi) <http://ukconstitutionallaw.org>, 30 Haziran 2016.

kararıyla başlamak gerekmektedir.¹⁹⁸ ABAD, özellikle iletişimin genel olarak saklanması¹⁹⁹ ve bu verilere erişimle ilgili karar verebilmek için bağımsız yargısal bir kurum bulunmamasını orantısız bulmuştur.²⁰⁰ Birleşik Krallık bu karara yasal bir tepki olarak, Meclis'te oldukça az tartışarak, Veri Saklama ve Soruşturma Yetkileri Kanunu'nu (*Data Retention and Investigatory Powers Act*) kabul etmiştir. 31 Aralık 2016'da yürürlükten kalkacağına dair bir hüküm içeren bu kanun, ABAD kararını dikkate alan hiçbir düzenleme içermemekte, aksine 1. bölümünde genel veri saklama yetkisini bu kez salt ulusal düzeyde olmak üzere aynen devam ettirmektedir.²⁰¹ Nitekim İngiliz Yüksek Mahkemesi, Kanun'u incelemiş ve AB hukukuyla çelişkili şu iki hususu tespit ederek, Meclis'e yeni bir düzenleme yapması için süre tanımıştır. Bu sorunlar, (1) sadece devlet menfaatleri için zorunlu olan verilerin incelenmesini garanti altına alacak bağımsız bir mahkeme ve yargısal denetim öngörülmemesi ve (2) soruşturulmasına izin verilen 'ciddi' suçların kapsamının belirsiz olmasıdır.²⁰²

Dolayısıyla gözetleme yetkisinin yargı organı tarafından da kullanılması yönünde mahkeme içtihatlarıyla yeşeren anlayış neticesinde, yukarıda anılan IPA yürürlüğe girmiştir. IPA mühadaleci gözetlemede bulunmak için ikili bir kilit sistemi getirmektedir. Buna göre tasarı iletişimin denetlenmesine izin verme yetkisinin ilgili Bakan ve Yargı Komiseri'nin (*Judicial Commissioner*) onayıyla kullanılmasını önermektedir. Böylece iletişimin denetlenmesine ilişkin yargısal denetim *ex ante* ve *ex post* yapılabilecektir. Ancak IPA aciliyet bulunan hallerde 5 güne kadar, Yargı Komiseri'nin kararı aranmaksızın sadece Bakan'ın emriyle iletişimin denetlenmesine izin verilebileceği belirtilmiştir. 24 saat görevli nöbetçi bir hakim bulunduğu dikate alındığında, dinleme emri verme yetkisinin yargı denetiminden istisna tutan bu 'aciliyet' hükmünün mantıksal bir açıklamasının olmadığı ifade edilmektedir.²⁰³ Yargı Komiseri'nin kabul edilmesinin işlevsel olmayacağına ilişkin bir eleştiri, onun kanıtlar üzerinden değil de, usulen bir yargısal denetim yapacağına ilişkindir. Dolayısıyla olağanüstü bir şekilde davranmadıkça, yargıçlar yerindelik değil, sadece dinleme kararının usule uygun verilip verilmediğini denetleyeceklerinden aslında adeta bir noter (*rubber-stamping*) işlevi göreceği ileri sürülmüştür.²⁰⁴ Yargı Komiseri'nin atanarak göreve gelmesi ve sorumlu tutulamayacağı dikkate alındığında, dinleme kararı verme yetkisinin seçimle başa gelmiş ve demokratik yollarla sorumlu tutulabilecek makamda kalmasının daha uygun olacağı da değerlendirilebilir.

Birleşik Krallık'ta ayrıca güvenlik güçlerinin ve istihbarat kurumlarının gözetleme yetkilerinin kötü ve hatalı kullanımına ilişkin iddiaları değerlendirmek ve kanıtları gizli dinlemekle özel olarak yetkilendirilmiş ve özel bir yargılama usulü bulunan ve yukarıda kararları incelenen Soruşturmaya Yetkili Mah-

¹⁹⁸ Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others (joined cases C-293/12 and C-594/12), para. 65.

¹⁹⁹ Ibid, para. 59.

²⁰⁰ Ibid, para. 62.

²⁰¹ **Andrew Roberts**, "Privacy, Data Retention and Domination: Digital Rights Ireland Ltd v Minister for Communications" *Modern Law Review*, 2015, C. 78, S.5, s.536.

²⁰² [2015] EWCA Civ 1185.

²⁰³ **Andrew Murray/Bernard Keenan**, "Ensuring the Rule of Law", *Lse Law Policy Briefing*, No:12, 2015, s. 1.

²⁰⁴ Ibid, s. 3.

keme (*Investigatory Powers Tribunal-IPT*) görev yapmaktadır.²⁰⁵ İstihbarat faaliyetlerinin 1998 HRA kapsamında insan hakları ihlallerine ilişkin iddiaların yöneltilebileceği tek merci olup, kararlarına karşı iç hukukta bir temyiz merci bulunmamaktadır. Uygulayacağı yargısal denetim ilkeleri doğrultusunda tazminata hükmedebilir, dinleme kararlarını kaldırabilir ve istihbari kayıtların silinmesine karar verebilir.²⁰⁶

Türkiye’de ise iletişimin denetlenmesine karar verme yetkisi gecikmesinde sakınca bulunan haller haricinde sonradan onayının alınması şartıyla münhasıran mahkemelerdedir. 2803 sayılı Kanun’un ek 5. maddesi ve 2559 sayılı Kanun’un ek 7. maddesi ile sırasıyla Jandarma ve Polis’e terör suçlarının önlenmesi amacıyla, hâkim kararı ile veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Jandarma Genel Komutanı, Emniyet Genel Müdürü veya istihbarat başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi tespit etme, dinleme, sinyal bilgilerini değerlendirme ve kayda alma yetkisi verilmiştir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç kırk sekiz saat içinde verir.²⁰⁷ Keza yine Türk hukukunda, Birleşik Krallık’taki gibi istihbarat faaliyetlerine ilişkin iddiaların ileri sürülebileceği hususi bir ihtisas mahkemesi bulunmamaktadır. Bu konuda genel mahkemeler yetkilidir. Burada son olarak uygulamada karşılaşılan, hakim kararı aranmaksızın MOBESE ile elde edilen kamera görüntülerinin terörle mücadele amacıyla soruşturmalarda kullanılmasına dikkat çekmek gerekmektedir.²⁰⁸ Henüz hukuki çerçevesi çizilmemiş bu görüntüleri delil olarak kullanılmaması ile terörist faaliyetlerin engellenerek milli güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması arasında birbiriyle çatışan değerlerin dengelenmesinde yargıya büyük bir rol düşmektedir.

SONUÇ

Bir hedef kitleyi siyasi bir amaç doğrultusunda korkutan şiddet hareketleriyle hukuk kurallarının ihlal edilmesi unsurlarının doktrinde yaygın kabul gördüğü ‘terör’ kavramı hakkında uluslararası hukukta yeknesak bir tanım bulunmamaktadır. Bu durum İngiliz ve Türk hukukundaki ‘terör’ tanımlarının, yürütmeye geniş bir takdiri yetkisi sunan kavramları içeren bir şekilde düzenlenmesine yol açmaktadır. Ancak her iki hukuk sisteminde de, Yüksek Mahkemeler, bu tanımların hukuka uygun olduğunu saptamışlardır. İçinde bulunduğumuz teknoloji ve bilgi çağında, istihbarat kurumlarının terörle etkin bir biçimde mücadele sağlama ve milli güvenlik amacıyla gözetleme faaliyetinde bulunmaları ve bunu düzenleyen yasaların kabul edilmesi kaçınılmaz bir siyasi

²⁰⁵ Tek bir mahkeme çatısı altında birleştirilmeden önce 1985 tarihli İletişimin Denetlenmesi Kanunu (Interception of Communications Act), 1989 tarihli Gizli Servis Kanunu (Security Service Act) ve İstihbarat Hizmetleri Kanunu (Intelligence Services Act) ile benzer yargı mekanizmaları öngörülmüştü., **Bradley/Ewing, Knight**, Constitutional and Administrative Law, s. 429.

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ 27/3/2015 tarihli ve 6638 sayılı Kanunun 5 inci maddesiyle, önceden “yirmidört saat” olarak belirlenen süre “kırk sekiz saat” olarak uzatılmıştır.

²⁰⁸ **Taşçı**, Türkiye’de Mobese ve Eleştiriler, s. 171.

olgu haline gelmiştir.²⁰⁹ Bu kapsamda toplum sözleşmesi teorisinin evrilerek, terör olaylarının önlenmesi ve güvenliğin sağlanması amacıyla gizliliğin bütünüyle Leviathan'a devredildiği ve özel hayatın gizliliğinin normatif alanının oldukça daraltıldığı ifade edilmektedir. Özel hayatın gizliliğinin koruduğu hukuki değerler her iki hukuk sisteminde benzerlik taşısa da, kişisel verilerin korunması hakkı İngiliz hukukunda ayrı ve bağımsız bir hak, Türk hukukunda ise özel hayatın gizliliğinin bir alt parçası olarak değerlendirilmektedir. Uluslararası insan hakları mahkemeleri içtihatlarına da yansıyan gözetleme hususunda kaçınılmaz siyasi iradenin kullanımına ilişkin bazı sınırlama ve güvence mekanizmaları özel hayatın gizliliğinin korunması için adeta bir sundurma işlevi görmektedir. Bunlar arasında yukarıda değinildiği üzere, gözetlemeye ilişkin yasal düzenlemelerde bulunması gereken nitelikler, gözetlemenin amacı, süresi, kullanma biçimi, kötüye kullanıma ilişkin suç teşkil eden önlemler, bu istismarı engellemeye yönelik etkili denetim mekanizmalarının öngörülmesi ve elde edilen verilerin istihbarat kurumlarınca saklanma koşullarına ilişkin parametreler belirtilmektedir.²¹⁰

Her iki hukuk sisteminde de, iletişimin denetlenmesi ve kamera izlemesi hususlarını düzenleyen yasalarda açıklık, öngörülebilirlik, orantılılık, zorunluluk, elde edilen verilerin saklanması ve yok edilmesi unsurları açısından sorunlu olan noktalar değerlendirilmiştir. Özetlemek gerekirse, Türk hukukunda iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulacak suçların sınıflandırılarak, bu suçların önlenmesi amacıyla denetimin masum insanları da kapsamasa, terörle mücadele kapsamında iletişimin süresiz denetlenebilmesi, orantısızlık yaratmaktadır. Keza iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulacak suçların ilgili kanunlarda halen mülga CMK m. 250'ye işaret edilerek listelenmesi ve gerekli değişikliklerin madde metnine işlenmemesi, kanunilik ilkesini zedelemektedir. İletişimin denetlenebilmesi için özel hayatın gizliliğine daha az müdahale edecek diğer yöntemlerin yetersiz kalması ve Birleşik Krallık'ta olduğu gibi bunun 'son çare' olmasının aranmaması, müdahaleyi ölçsüz kılmaktadır. Ek olarak, ilgili kanunda iletişimin denetlenmesi tedbirinin yürütüleceği tek merkez olarak belirtilen kurumun kapatılarak, görevinin devredildiği Bilgi Teknolojileri ve İletişim Başkanlığı biriminin ve yetkilerinin açık, erişilebilir ve öngörülebilir bir düzenlemeye kavuşturulması gerekmektedir. Kameralarla izlemeye ilişkin dayanak gösterilen PVSK'nın 1. ve 2. maddelerinin açık olmadığı ve bu kamera kayıtlarının saklanmasıyla ilişkin bir süre öngörülmesinin belirsizlik yarattığı değerlendirilmektedir.

Birleşik Krallık'ta oldukça yeni tarihli bir kanun, IPA, tüm istihbarat mevzuatını tek bir çatı altında toplayarak, sisteme yargıyı da ekleyen köklü değişiklikler getirmektedir. Ancak iletişimin kitlesel boyutta denetlenmesine yönelik yetkileri düzenleyen hükümlerin, gözetlenecek kişinin kimliğinin ve gözetleme yapılacak yerin açıkça belirtilmesine dair AİHM içtihatlarıyla *prima facie* çeliştiği değerlendirilmektedir. Keza yine erişim sağlayıcısı şirketlerin, herkesin internet bağlantı kayıtlarını 12 ay saklamasını öngören hüküm ölçülülük ilkesinin orantılılık alt unsurunu karşılamamaktadır. Gözetleme sonucu elde edilen verilerin kasten veya ihmalle ele geçirilmesi ve kötüye kullanılması suç haline getirilmektedir. Ancak önceden kurumsal işleyletenden kaynaklanan iç

²⁰⁹ Klass ve diğerleri / Almanya, para. 48, Prado Bugallo/İspanya, Başvuru No: 58496/00, K.t. 18.02.2003, para. 30-33.

²¹⁰ Rotaru/Romanya, Başvuru No: 28341/95, K.t.04.05.2000, para.57 ve 59.

hataların suç sayılmaması yönünde verilen içtihatlar hatırlanırsa, yeni düzenlemedeki kasıt ya da ihmalin kapsamının değerlendirilmesi yönünde endişeler bulunmaktadır.

Gözetlemenin demokratik ve etkili mekanizmalarla denetlenmesi ile ilgili olarak, her iki hukuk sisteminde de bu mekanizmaların işlerlik kazandığı anlaşılmaktadır. Birleşik Krallık'taki emsalinden daha geç bir tarihte kurulan ve çalışmalarını tam bir gizlilik esasına göre yürüten Güvenlik ve İstihbarat Komisyonu'nun işlevsel önemini değerlendirmek için görgül bir rapor ya da veriye ulaşamamıştır. Her ne kadar Birleşik Krallık'taki İstihbarat ve Güvenlik Komitesi'nin raporları kamuya açık bir şekilde Meclis'le paylaşılsa da, her iki kurum da milli güvenlik menfaatlerini zedelememek amacıyla raporlarını önce Başbakan'la paylaşmakta ve ilgili raporlar ancak Başbakan'ın uygun bulduğu kısım dahilinde Meclis'e sunulmaktadır. Yürütmenin kontrolündeki bu kurumların bağımsız ve etkin denetim sağladığı yönündeki bu gölgeli çıkarıma karşın, Türk hukukunda AYM'nin bu denetimin etkinliğini vurgulaması dikkat çekmektedir. Birleşik Krallık'ta salt istihbarat kurumlarının gözetleme faaliyetine özgülenmiş bir ihtisas kurumu da faaliyet gösterirken, Türkiye'de bu görev ulusal insan hakları kurumları tarafından yerine getirilmektedir. Gerçi Birleşik Krallık'ta bağımsız denetim yapan Komiserlikler, IPA ile tek bir merkezde, Yargı Komiseri'nin bünyesinde birleştirilince yargısal denetimle bu denetimin sınırları adeta birbirine geçmiştir. Türkiye'de Kamu Denetçiliği Kurumu'nun tavsiye kararlarının aleni bir şekilde yayımlanmaması, zaten bağlayıcı olmayan kararların gücünü önemli ölçüde azaltmaktadır. Birleşik Krallık'ta istihbarat kurumlarının hukuka aykırı eylem ve işlemlerinin ileri sürülebildiği özel mahkeme IPT'nin kararlarının, AİHM içtihatlarıyla öngörülen istihbarat faaliyetlerini düzenleyen yasaların herkese erişilebilir olması kriterinin eşğinin düşürüldüğü değerlendirilmektedir. Keza idarenin gizli ve hukuka aykırı dinlemelerinin, yargı kararıyla tespit edilerek aleniyet kazandığından bahisle, hukuka aykırılığın ortadan kalktığı yönünde bir içtihat sergilemiştir.

KAYNAKÇA

Akad, Mehmet/Vural Dinçkol, Bihterin/Bulut, Nihat: Genel Kamu Hukuku, 2014.

Alder, John: Constitutional and Administrative Law, 10. bs., London, 2015.

Amos, Merris: "The Impact of Human Rights Law on Measures of Mass Surveillance in the United Kingdom", Surveillance, Counter-Terrorism and Comparative Constitutionalism, Ed. Fergal Davis, Nicola McGarrrity and George Williams, New York, 2014, ss. 152-172.

Anderson, Paul: "Fighting 'Terrorism', Repressing Democracy: Surveillance and Resistance in the UK", Warwick Law School Legal Studies Research Paper, S.1, 2016, ss. 1-29.

Aradau, Claudia/van Munster, Rens: "Governing terrorism through risk: Taking precautions, (un)knowing the future", **European Journal of International Relations**, C. 13 No.1, 2007, pp. 89-115.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri (*Council of Europe Commissioner for Human Rights*), "Milli İstihbarat Kurumlarının Demokratik ve Etkin Denetimi (*Democratic and Effective Oversight of National Security Services*)", Issue Paper, 2015 (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680487770>, 1 Aralık 2016.

Bal, İhsan: "Türkiye'de Terörle Mücadele: PKK Örneği", *Dünyadan Örneklerle Terörle Mücadele*, Ed., İhsan Bal/Süleyman Özeren, Ankara, 2010, ss. 17-79.

Bal, Mehmet Ali: *Savaş Stratejilerinde Terör*, İstanbul, 2003.

Barnett, Brooke/Reynolds, Amy: *Terrorism and the Press: An Uneasy Relationship*, New York, 2009.

Barnett, Hilaire: *Constitutional and Administrative Law*, 10. bs., London, 2013.

Beniger, James: *Control Revolution: Technological and Economic Origins of the Information Society*, London, 1986.

Birnie, Patricia/Boyle, Alan: *International Law And The Environment*, New York, 2009

Borgers, Matthias/Sliedregt, Elies van: "The Meaning of the Precautionary Principle for the Assessment of Criminal Measures in the Fight Against Terrorism", *Erasmus Law Review*, C.2 S. 2., 2009, ss. 172-195.

Bradley, A. W./Ewing, K. D./Knight, C. J. S.: *Constitutional and Administrative Law*, 16. bs., Harlow, 2015.

Bronitt, Simon: "Balancing Security and Liberty: Critical Perspectives on Terrorism Law Reform" *Fresh Perspectives on the 'War on Terror'*, Ed. Miriam Gani, Penelope Mathew, Australia, 2008, ss. 65-83

Brown, Ian: "The feasibility of transatlantic privacy-protective standards for surveillance", *International Journal of Law and Information Technology*, C. 22 No: 3, 2014, ss. 23-40.

Camus, Albert: *Sisifos Söyleni*, 33. bs., İstanbul, 2016.

Cannataci, Joseph A.: "Özel Raportörün Özel Hayatın Gizliliği Hakkına İlişkin Raporu (*Report of the Special Rapporteur on the Right to Privacy*)", A/HRC/31/64, 2016.

Caşın, Mesut Hakkı: *Uluslararası Terörizm*, Ankara, 2008.

Chesterman, Simon: "Privacy and Surveillance in the Age of Terror", *Survival*, 2010, C. 52, No:5, ss. 31-46.

Chomsky, Noam: *Terör ne?: terörist kim?: Avrupa, Asya ve Ortadoğu*, Ankara, Ütopya, 2000.

Clapham, Nicholas: "Surveillance: A Separation of Power?" *UK Constitutional Law Blog*, (Çevrimiçi) <http://ukconstitutionallaw.org>, 30 Haziran 2016.

Coco, Antonio: "The Crime of Terrorism in Times of Armed Conflict as Interpreted by the Court of Appeal of England and Wales in R v. Mohammed Gul" *Journal of International Criminal Justice*, C. 11 S. 2, 2013, ss.425-440.

Dicey, A. V.: *Lectures Introductory to a Study of the Law of the Constitution*, 2. bs., London, 1885.

Dönmezer, Sulhi: "Tedhişçilik Üzerine", *Devir Dergisi*, C. 6, 1972.

Ergil, Doğu: *Türkiye'de Terör ve Şiddet*, Ankara, 1980.

Fenwick, Helen/Phillipson, Gavin: "Legislative over-breadth, democratic failure and the judicial response: fundamental rights and the UK's anti-terrorist legal policy", *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, Ed. Victor V. Ramraj/Michael Hor/Kent Roach, Cambridge, 2005, ss. 455-490.

Foucault, Michel: *Hapishanenin Doğuşu*, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Ankara, 2006.

Freedom House, Methodology, (Çevrimiçi) <https://freedomhouse.org/report/freedom-world-2016/methodology>, 16 Ekim 2016.

Gearty, Conor: “State Surveillance in an age of Surveillance”, Surveillance, Counter-Terrorism and Comparative Constitutionalism, Ed. Fergal Davis/Nicola McGarrity/George Williams, New York, 2014, ss. 275-295.

Giddens, Anthony: Modernliğin Sonuçları, Çev. Ersin Kuşdili, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2004.

Gümüş, Tarık: Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı: AİHS Uygulaması Çerçevesinde Bir İnceleme, Ankara, 2015.

Harper, Douglas: “surveillance”, Online Etymology Dictionary, (Çevrimiçi), http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=surveillan ce, 11 Eylül 2016.

Harris, David, O’Boyle, Michael/Warbrick, Colin: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Çev. Ulaş Karan ve Mehveş Bingöllü, Oxford, 2009.

Hoad, T. F.: “The Concise Oxford Dictionary of English Etymology”, Oxford, 2003 (Çevrimiçi) <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780192830982.001.0001/acref-9780192830982-e-15039?rskey=Cth5kb&result=1> 11 Eylül 2016.

Hobbes, Thomas: Leviathan, çev. Semih Lim, İstanbul, 1993.

Homeross: Odysseia, Çev. Azra Erhat, A. Kadir, 21.bs., İstanbul, 2008.

İlter, Erdal: Milli İstihbarat Teşkilatı Tarihçesi, MİT Basımevi, Ankara, 2002, (Çevrimiçi), http://www.mit.gov.tr/ikinci_bolum_D4.html#D5, 1 Ağustos 2016.

İstihbarat ve Güvenlik Komitesi (*Intelligence and Security Committee* “GCHQ’nun ABD’nin PRISM Programı Kapsamında İletişimi Denetlendiğine İlişkin İddialar Hakkında Açıklama” (*Statement on GCHQ’s Alleged Interception of Communications under the US PRISM Programme*)) Haziran 2013, (Çevrimiçi),

http://isc.independent.gov.uk/files/20130717_ISC_statement_GCHQ.pdf f, 1 Temmuz 2016.

İstihbarat ve Güvenlik Komitesi (*Intelligence and Security Committee*), “Lee Rigby’nin Ölümüne İlişkin İstihbarat Hakkında Meclis Raporu (Report on the Intelligence Relating to the Murder of Fusilier Lee Rigby”, 25 Kasım 2014, (Çevrimiçi),

[http://isc.independent.gov.uk/files/20141125_ISC_Woolwich_Report\(website\).pdf](http://isc.independent.gov.uk/files/20141125_ISC_Woolwich_Report(website).pdf), 1 Temmuz 2016.

İstihbarat ve Güvenlik Komitesi (*Intelligence and Security Committee*), “Meclis Raporu: Gizlilik ve Güvenlik: Modern ve Şeffaf Hukuki Çerçeve”, 12 Mart 2015, (Çevrimiçi), [http://isc.independent.gov.uk/files/20150312_ISC_P+S+Rpt\(web\).pdf](http://isc.independent.gov.uk/files/20150312_ISC_P+S+Rpt(web).pdf) 1 Temmuz 2016.

James, Michael: Privacy And Human Rights: An International and Comparative Study, with Special Reference to Development in Information Technology, Paris, 1994.

Kamu Denetçiliği Kurumu, “2015 Yıllık Raporu”, (Çevrimiçi)

<http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/2015%20yillik%20rapor%20.pdf>, 1 Kasım 2016

Kaya, İbrahim: Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk, Ankara, 2006.

Kazan, Turgut: “İfade Özgürlüğü ve Terörle Mücadele Yasası”, İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, İstanbul, 2003, ss. 173-194.

Keenan, Bernard: “Going ‘Below the Waterline’: the Paradoxical Regulation of Secret Surveillance in the UK”, LSE Law Policy Briefing, No: 9, 2015, ss. 1-4.

King, Eric/Lock, Daniella: “Investigatory Powers Bill: Key Changes Made by the Lords” (Çevrimiçi) <https://ukconstitutionallaw.org/2016/12/01/eric-king-and-daniella-lock-investigatory-powers-bill-key-changes-made-by-the-lords/> 12 Kasım 2016.

Krueger, Alan: What Makes a Terrorist: Economics and the Roots of Terrorism, Oxford, 2007.

Küzeci, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, Ankara, 2010.

Laqueur, Walter: A History of Terrorism, 7.bs, Newsbrunswick and London, 2012.

Lennon, Genevieve: “Precautionary Tales: Suspicionless Counter-Terrorism Stop And Search”, Criminology And Criminal Justice, C.15, No:1, 2015, ss.44-62.

Locatelli, Andrea: “What is terrorism? Concepts, definitions and classifications”, Understanding Terrorism, Ed. Raul Caruso, Andrea Locatelli, (Çevrimiçi) [http://dx.doi.org/10.1108/S1572-8323\(2014\)0000022001.](http://dx.doi.org/10.1108/S1572-8323(2014)0000022001.), 14.08.2015.

Loveland, Ian: Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights: A Critical Introduction, 7.bs., New York, 2015.

Lynskey, Orla: “Beyond privacy: the data protection implications of the IP Bill”, Lse Law Policy Briefing, No:15, 2015, ss. 1-4.

Lyon, David: Surveillance Studies: An Overview, Cambridge, 2007.

Malik, Omar: Enough of the Definition of Terrorism, London, 2000.

Merari, Ariel: “Terrorism as a Strategy of Insurgency”, The History of Terrorism: From Antiquity to Al Qada, Ed. Gerard Chaliand/Arnaud Blin/Berkeley, 2007.

Murphy, Cian C.: “Transnational Counter-Terrorism Law: Law, Power and Legitimacy in the ‘Wars on Terror’”, Transnational Legal Theory, King’s College London Law School Research Paper No. 2015-14., C. 16, No:1, 2015, (Çevrimiçi) <http://ssrn.com/abstract=2570929>, 12.08.2015.

Murray, Andrew, Keenan, Bernard: “Ensuring the Rule of Law”, Lse Law Policy Briefing, No:12, 2015.

Oder, Bertil Emrah: Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, İstanbul, Beta, 2010.

Oehmichen, Anna: Terrorism and Anti-terror Legislation: The Terrorised Legislator?: A Comparison of Counter-terror Legislation and Its Implications on Human Rights in the Legal Systems of the United Kingdom, Spain, Germany and France, Oxford, Intersentia, 2009.

Öktem, Emre: Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, İstanbul, Derin Yayınları, 2007.

Özbudun, Ergun: “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, C. I, Ankara, 1977, ss. 265-297.

Paye, Jean-Claude, Hukuk Devletin Sonu: Olağanüstü Halden Diktatörlüğe Terörle Mücadele, Ankara, 2009.

Primoratz, Igor: "What is Terrorism?", Terrorism, Ed. Conor Gearty, England, 1996.

Roberts, Andrew: "Privacy, Data Retention and Domination: Digital Rights Ireland Ltd v Minister for Communications" Modern Law Review, 2015, C. 78, S.5, ss.535-548.

Rumpf, Christian: "Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği", Anayasa Yargısı, C.10, 1993, ss. 25-48.

Sadeleer, Nicolas de: "The Precautionary Principle As A Devise for Greater Environmental Protection: Lessons From EC Courts", Reciel, C. 18, No.1, 2009.

Sağlam, Fazıl: Temel Hakların Sınırlanması ve Öz, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1982.

Sartori, Giovanni: "Concept Misformation in Comparative Politics" The American Political Science Review, Vol. 64, No. 4, 1970, ss. 1033-1053.

Salihpaşaoğlu, Yaşar: "Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 17, No: 3, 2013, ss. 227-266.

Saul, Ben: "Defining Terrorism in International Law", New York, 2008.

Stern, Jessica/Weiner, Jonathan: "Precaution Against Terrorism", Journal of Risk Research, C. 9, No. 4, ss. 393-447.

Sznaider, Natan: "Terrorism and the Social Contract", Irish Journal of Sociology, C.15, S.1, 2006, ss. 7-23.

Tanör, Bülent: Terörle Mücadele Kanunu Üzerine İlk Düşünceler", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sayı: 1-2, 1990, ss. 165-173.

Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 12. Bs., İstanbul, Beta, 2012.

Taşçı, Ufuk: "Güvenlik Amaçlı Gözetim Faaliyeti Olarak Türkiye'de Mobese ve Eleştiriler", CBÜ Sosyal Bilimler Dergisi, C.14, S.2, ss. 159-190.

TBMM, "Haberleşme Özgürlüğüne ve Özel Hayatın Gizliliğine Yönelik İhlallerin Tespiti Ve Önlenmesine İlişkin Tedbirlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu", 2013, (Çevrimiçi)

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss489.pdf>, 10 Haziran 2016.

Teichman, Jenny: "How to Define Terrorism", Terrorism, Ed. By. Conor Gearty, England, Dartmouth Publishing, 1996.

Third Report on Progress by Turkey in Fulfilling the Requirements of its Visa Liberalisation Map, European Commission, COM(2016) 278.

Turan, Tuba: "War on Terror in the US and UK: An Evaluation With Regard To Civil Liberties", USAK Yearbook, C.1, 2008, ss. 31-50.

Turinay, Faruk: "Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı", TBB Dergisi, S.116, 2015, ss. 39-84.

Uzeltürk, Sultan: 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi-ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul, 2004.

Venedik Komisyonu: “İstihbarat Kurumlarının Demokratik Denetimine İlişkin 2007 Raporunun Güncellenmesi ve Sinyal İstihbarat Başkanlıkları’nın Demokratik Denetim Raporu, *Update Of The 2007 Report On The Democratic Oversight of the Security Services and Report on the Democratic Oversight of Signals Intelligence Agencies*”, CDL-AD(2015)006, 2015.

Waller, Mark: “İstihbarat Hizmetleri Komiseri’nin 2014 Raporu (*Report of the Intelligence Services Commissioner for 2014*)”, s. 37 (Çevrimiçi)

http://intelligencecommissioner.com/docs/50100_HC_225_Intel_Service_s_Commissioner_accessible.pdf, 12 Kasım 2016.

Waller, Mark: “İstihbarat Hizmetleri Komiseri’nin 2015 Raporu (*Report of the Intelligence Services Commissioner for 2015*)”, s. 27 (Çevrimiçi),

<http://intelligencecommissioner.com/docs/56892%20HC%20459%20web.pdf>, 12 Kasım 2016

Wardlaw, Grant: *Political Terrorism*, 2. bs, Cambridge, CUP, 1984.

Warren, Samuel D/Brandeis, Louis D: “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, C. 4, S.5, 1890, ss. 193-200.

Wilkinson, Paul: *Terrorism Versus Democracy: The Liberal State Response*, London, Frank Cass, 2001.

Weller, Toni: “The Information State: A Historical Perspective on Surveillance”, *Routledge Handbook of Surveillance Studies*, Ed. Kirstie Ball, Kevin D. Haggerty and David Lyon, New York, 2012, ss. 57-63.

Yayla, Atilla: “Terörizm: Kavramsal Bir Çerçeve”, **AÜSBFD**, Sayı: 45/1, 1980, ss. 335-385 (Çevrimiçi) <http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/45/1/atillayayla.pdf>, 1 Kasım 2015.

Yüksel, Saadet: *Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişim*, İstanbul, 2012.

Yüksel, Saadet: “İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesinin Anayasal Boyutu ve Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, *Anayasa Hukuku Araştırmalarında Genç Yaklaşımlar: Kuramsal ve Uygulamalı Yeni Çalışmalar*, Ed. Bertil Emrah Oder, İstanbul, Oniki Levha, 2013, ss. 247-295.

Zafer, Hamide: *Sosyolojik Boyutuyla Terörizm*, İstanbul, Beta, 1999.