



AİHM KARARLARI ÇERÇEVESİNDE KİTLELERİN İSTİHBARAT MAKSATLI GÖZETİMİ*

Emre GÜZEY**

Öz

İnternetin ve mobil teknolojilerin yaygınlaşması, kitle gözetim kavramını ve hukuki niteliğini, pek çok disiplinden araştırma için daha ilgi çekici bir konu haline getirmiştir. Ulusal ve uluslararası güvenliğin sağlanabilmesi amacıyla teknolojik vasıtaları kullanan istihbarat örgütleri, bu yöntemler ile özel hayatın en mahrem yerlerine kadar girebilmektedirler. Özellikle internet ağının topyekûn izlenmesine imkân veren toplu gözetim metotları, kişilerin özel hayatlarına dair her türlü bilgiye ulaşma imkânına sahiptir. Bu makalenin amacı, incelenecek mahkeme kararları kapsamında hukuka uygun bir kitle gözetim sistemin özelliklerini ortaya çıkarmak olarak ifade edilebilir. Bu kapsamda çalışmada öncelikle, özel hayatın gizliliğine saygı hakkı, kitle gözetim, gizli gözetim tedbirleri, sinyal istihbaratı gibi kavramlar incelenmiş, özellikle gizli gözetim tedbirleri içerisinde değerlendirilen kitle gözetimi farklı kılan noktalar belirtmeye çalışılmıştır. Müteakiben gizli gözetim yöntemlerine ilişkin AİHM kararları incelenerek ortak noktalar ve içtihat oluşum süreci gözlemlenmeye çalışılmıştır. Son olarak “Snowden Olayı” ve olayı konu edinen, “Big Brother Watch ve Diğerleri/Birleşik Krallık” AİHM kararı özetlenmiş ve konu bu bağlamda tartışılmıştır.

Makalenin Türü: Arařtırma Makalesi

Anahtar Kelimeler: AİHM, Özel Hayatın Gizliliği, Big Brother Watch ve Diğerleri /Birleşik Krallık, Kitle Gözetim, Gizli Gözetim

JEL Kodları: K10,F52

Yazarın Notu: Bu çalışma bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır. Bu çalışmada etik kurul izni veya yasal/özel izin gerektirecek bir içerik bulunmamaktadır. Çalışma ile ilgili herhangi bir çıkar çatışmasının bulunmadığı SAVSAD Savunma ve Savaş Araştırmaları Dergisine yazar imzası ile beyan edilmiştir.

Mass Surveillance in the Framework of the ECHR Judgements

Abstract

The spread of internet access and mobile technologies has made the concept of mass surveillance and its legal nature an interesting subject for researchers from many disciplines. Intelligence agencies that use technological means to ensure national and international security could touch the most intimate places of private life with these means. In this article, it is aimed to reveal the features of a legal mass surveillance system in accordance with the court decisions examined. In this context, concepts such as the right to respect for privacy, mass surveillance, secret

* Bu makale, Emre GÜZEY’in Mayıs 2020’de Atatürk Stratejik Araştırmalar Enstitüsünde savunduğu “Özel Hayatın Gizliliğine Saygı Hakkı Kapsamında İstihbarat Faaliyetlerinin İncelenmesi” başlıklı yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

** Yüzbaşı, Kara Kuvvetleri Komutanlığı, guzeyemre88@gmail.com, ORCID:0000-0002-1723-794X

surveillance measures, and signal intelligence are examined, and the points that differentiate mass surveillance amongst the secret surveillance measures are tried to be identified in this study. Subsequently, the ECHR judgments regarding the methods of covert surveillance are examined and an attempt is made to observe the common points and the case-law formation process. Finally, Snowden revelation and the European Court of Human Rights Decision on “Big Brother Watch and Others” are summarized and discussed in this context.

Article Type: Research article

Keywords: ECHR, Privacy of Special Life, Big Brother Watch and The Others/United Kingdom, Mass Surveillance, Secret Surveillance

JEL Codes: K10, F52

Author’s Note: This study was prepared in compliance with the scientific search and publication ethics. There is no content necessitating any permission from Ethical Board or any legal/special permission in this study. I, as the author of the article, signed my declaration certifying that there was no conflict of interest within the article preparation process.

GİRİŞ

Bilgi teknolojilerindeki gelişme, sosyal medyanın insan hayatında kapsamlı bir yer elde etmeye başlaması ve mobil cihazların imkân ve kabiliyetinin artması istihbarat örgütlerine, internet ağını izlemesi yoluyla birtakım temel hak ve hürriyetlere kolayca müdahale edebilme imkânı sağlamıştır. Bu bağlamda yapılan müdahalelerin hukuki niteliği insan hakları hukuku, ceza hukuku gibi disiplinlerin yanında güvenlik, istihbarat çalışmaları gibi alanlarda yapılan araştırmalara da gün geçtikçe daha fazla konu olmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) 4 Şubat 2019 tarihinde vermiş olduğu Big Brother Watch ve Diğerleri/Birleşik Krallık (AİHM, 2019) kararı da güncel niteliği ve istihbarat birimleri tarafından uygulanan kitle gözetime ilişkin önemli kriterleri öne çıkarması bakımından dikkat çekici bir karar olarak değerlendirilebilir.

Çalışmada, AİHM’nin 1970’li yıllardan itibaren istihbarat faaliyetleri ve gizli gözetim yöntemlerine ilişkin vermiş olduğu kararlar takip edilerek, çalışmanın esas konusunu teşkil eden internet ağının topyekûn izlenmesinin hukukiliğine ilişkin tespitlere ulaşmak amaçlanmaktadır. Temel olarak, mahkemenin gizli gözetim ve teknik araçlar vasıtasıyla istihbarat toplanmasına ilişkin vermiş olduğu kararlardaki birtakım tespitlerin toplu gözetimi konu alan uyuşmazlıklar için geçerli olabileceği varsayılmaktadır. Kavramsal çerçeve içerisinde söz konusu faaliyetlerin temas ettiği özel hayatın gizliliği ve korunmasına değinilmeyi müteakip, toplu gözetim kavramına odaklanılmış, özellikle bu faaliyetin diğer gizli gözetim faaliyetlerinden ayrılan özelliklerine dikkat çekilmeye çalışılmıştır. Son olarak gizli gözetim faaliyetine ilişkin mahkemenin vermiş olduğu Big Brother Watch ve Diğerleri/Birleşik Krallık kararı incelenerek,

mahkemenin konuya ilişkin bakış açısı ortaya konmaya gayret edilecektir. Son 10 yılda sosyal medyanın kullanımının yaygınlaşması, mobil teknolojilerinin hayatımızın her anına temas etmesinin yanında, kişisel verilerin ve özel hayatın mahremiyetinin korunmasına ilişkin hassasiyetin artması birlikte değerlendirildiğinde, kitle gözetime ilişkin istihbarat faaliyetlerinin ulusal ve yerel mahkemelerde çok daha sık bir şekilde uyuşmazlık konusu olacağı tahmin edilmektedir.

Kavramsal Çerçeve

İnternet ağının izlenmesinin hukukiliği söz konusu olduğunda kuşkusuz akla ilk gelen kavramlar özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyeti olmaktadır. Öncelikle bu kavramlara odaklanmak verilen mahkeme kararlarını ve sistematikliğini kavramakta büyük oranda yardımcı olacaktır. Literatürde uzlaşma olmamakla beraber özel hayat kavramı: “Bir kimsenin özel ve mesleki hayatı ile ilgili olup da yabancı gözlerden uzak kalmasını arzuladığı hususlar” (Akipek, Akıntürk, Ateş, 2010: 390), “kişinin gizli hayatına dâhil olmayan fakat ailesi, yakınları ve arkadaşları gibi sıkı ilişkiler içinde bulunduğu sınırlı sayıdaki kişilerle paylaşmak istediği olaylar” (Helvacı, 2012: 115), “başkalarınca öğrenilmesi istenilmeyen kişiye ait hususlar” (Şen, 1996: 5-6), “Kişinin yalnız ve rahat bırakılma hakkına sahip olduğu kendine özgü alanı” (Kaboğlu, 2002: 291) şeklinde tanımlanmaya çalışılmıştır.

Dini metinlerde hatta ilkel kavimlerin uygulamalarında dahi özel hayat kavramının üstü kapalı olarak tanımlandığı ve bu ihtiyacı karşılamak adına uygulamalara yer verildiği görülmektedir. Bununla beraber özel hayata saygı olgusunun bir temel hak olarak ele alınması ve uluslararası hukuk metinlerinde yer alması göreceli olarak daha yenidir (Salihpaşaoğlu, 2013: 228-229). İlk ortaya çıktığı süreçte ağırlıklı olarak kişiler arasındaki ihlallerle gündeme gelen kavram, özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında kişilerin özel hayatlarına yapılan devlet müdahalelerine daha fazla odaklanmıştır (Akyürek, 2013: 104-105). Bu bağlamda değerlendirdiğimizde, günümüzde sosyal medyanın hayatımıza girmesi, uydu sistemleri ve mobil sistemler vasıtasıyla bulunduğumuz konumun hızlıca kayıt altına alınabilmesi, ses ve görüntü kayıt sistemlerinin geçmişe oranla çok daha faal bir şekilde kullanılabilmesiyle, bireylerin özel hayatlarının da kolayca müdahale edilebilir hale geldiğini söylemek mümkündür.

Özel hayat kavramının fikri temellerinin yüzyıllar öncesine dayanmasına ve literatürde özel hayatın kavram ve kapsamı üzerine sıkça çalışmalar yapılmış olmasına rağmen, uluslararası metinlerde ve iç

mevzuatta özel hayatın tanımlanmasından kaçınılmıştır. Buna sebep olarak zamanın ve oluşan maddi olayın şartlarının göz önüne alınarak yorumlanmasını kolaylaştırmak olduğu söylenebilir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011: 330-331). Özellikle iletişim sektöründeki hızlı değişim ve gelişimin kişilerin haberleşmelerini müdahaleye açık hale getirmesi özel hayat kavramının zamanın koşullarına göre yorumlanmasını zorunlu hale getirmektedir (Gemalmaz, 2012: 483; Sözüer, 1997: 72).

Genellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olarak bilinen “İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) 8’inci maddesi özel hayat kavramını ve sınırlama rejimini düzenlemektedir. 8’inci maddeye göre;

“1.Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2.Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.” (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011:451).

Sözleşmenin ilgili maddesi uyarınca kişinin haberleşmesi, konutu ve özel hayatına ilişkin unsurların özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında güvence altına alındığı söylenebilir. Ancak bu unsurları özel hayatın birbirinden ayrı bileşenleri olarak görmekten ziyade özel hayatın birbiri içine geçmiş farklı görünüş şekilleri olarak değerlendirmek daha isabetli olacaktır (Atak, 2007: 179; Bozlak, 2013: 41; Gemalmaz, 2015: 116-119). Bununla beraber belirtmek gerekir ki AİHM, sözleşmenin 8’inci maddesindeki ifadeden ve özel hayat kavramının muğlak yapısından faydalanarak olabildiğince geniş yorumlama eğilimindedir, örneğin açıkça zikredilmemekle beraber kişisel veriler de sözleşmenin 8’inci maddesi kapsamında değerlendirilmektedir (Yıldırım, 2004: 390).

Bununla birlikte sözleşmenin aynı maddesi özel hayata saygı hakkını düzenlemeyi müteakip sınırlama sebeplerini sıralamıştır. Sözleşmeye göre özel hayata saygı hakkı sınırsız kullanılacak bir hak niteliğinde değildir ve sözleşme kısıtlanma sebeplerini ayrıca belirtmektedir (Kilkely, 2003: 9). Sözleşmeye göre özel hayata yapılacak bir müdahalenin hukuka uygun olarak nitelendirilebilmesi için gerekli olan ilk ölçüt, meşru bir amacı haiz olmasıdır. Sözleşmenin 8’inci maddesinin 2’nci fıkrasında

sayılan “ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” meşru amaç olarak düzenlenmiştir (Üzeltürk, 2004: 336). Görüldüğü üzere kısıtlama yapılabilmesine imkân veren meşru amaçların oldukça geniş kapsamlı olması sebebiyle mahkeme kararlarında meşru amaç kriterinin mevcut olduğu değerlendirilerek ağırlıklı olarak diğer iki ölçüte odaklanmaktadır (Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, 2016: 366).

Özel hayatın hukuka uygun olarak kısıtlanabilmesi için yapılan müdahalenin sahip olması gereken diğer husus da müdahalenin demokratik bir toplumda elzem ve orantılı olmasıdır. Sözleşme esaslarına göre yargılama yapan AİHM, yapılan müdahaleyi incelerken müdahalenin demokratik bir toplum için kaçınılmaz nitelikte olup olmadığını incelemektedir. Ayrıca yapılan müdahale kişinin hakları ile kamunun yararı arasındaki dengeyi gözetmelidir. Aksi halde müdahalenin ölçülülüğünden söz edilemez (Üzeltürk, 2004: 340). Diğer bir ifade ile özel hayata yapılan müdahalenin hukuka uygun olarak değerlendirilmesi için uygulanan tedbirin, demokratik toplum gerekleri ile uyum içerisinde olması ve özgürlük-güvenlik arasındaki dengeyi gözetmesi elzemdir. Aynı zamanda ölçülülük prensibine aykırı olmaması için müdahalenin oluşması istenen meşru amacı gerçekleştirecek en hafif tedbir olmalıdır (Tezcan vd., 2016: 367). Bununla beraber “demokratik toplumun gerekleri” kavramı sözleşme veya başkaca bir hukuki metinde sınırları kesin olarak belirlenmiş bir kavram olmadığı için bu noktada yargılamayı yapan mahkemeye geniş takdir yetkisi bırakılmaktadır. Bu sebeple mahkemeler yapılan müdahalenin demokratik toplumun gereklerine uygun olup olmadığı noktasında maddi olayın nitelikleri ve korunan hukuki değeri de göz önünde bulundurarak takdir yetkilerini kullanmaktadırlar (Tezcan vd., 2016: 732).

Sözleşmenin dikkat çektiği son ölçüt “kanunilik kriteri” olarak adlandırılabilir. Sözleşmeye göre kişilerin özel hayatlarına yapılacak meşru bir müdahale mutlak surette yasayla düzenlenmelidir. Ayrıca yapılacak herhangi bir müdahaleyi düzenleyen hukuki metinlerin sadece varlıkları kanunilik kriterini sağlamak için yeterli olmayacaktır. İç hukukta yapılacak müdahaleyi meşru kılan düzenlemeler kişiler için ulaşılabilir ve bilinebilir olmalıdır. Bununla beraber yapılan düzenlemeler idareye keyfiyet bırakmayacak şekilde, kişilerin haksız uygulamalara maruz kalmasını engelleyecek tedbirlere de sahip olmalıdır (Arslan Öncü, 2011: 366-368).

Sözleşme kapsamında bir müdahalenin meşru kabul edilmesi için gerekli olan kriterleri sıraladıktan sonra belirtmek gerekmektedir ki özel hayatın gizliliğine saygı hakkı kapsamında hukuki anlaşmazlıkların çözümü

konusunda sözleşme hükümleri yanında AIHM'nin bu konuda geliştirmiş olduğu içtihat büyük önem arz etmektedir. Konuya ilişkin genel esaslar ve özellikle sözleşmeye taraf devletlerin uygulaması gereken temel prensipler mahkeme kararlarının incelenmesi ile ancak ayrıntılı bir şekilde tespit edilebilmektedir (Arslan Öncü, 2011: 366; Gözler, 2000: 25).

Bu kapsamda özel hayat kavramının temel hak ve özgürlükler içerisinde kritik öneme haiz olduğu, dinamik yapısı sebebiyle kapsamının günün ihtiyaçları uyarınca genişlemesinin doktrin ve mahkeme kararlarında makul karşılandığı bununla beraber yukarıda kısaca bahsedilen birtakım ölçütler çerçevesinde sınırlanmasının mevzuatta düzenlenmiş olduğu ifade edilebilir.

Dava konusunun daha iyi anlaşılabilmesi adına öncelikle sinyal istihbaratı, kitle gözetim gibi kavramlar ile davaya konu olayın arka planının kısaca özetlenmesi faydalı olacaktır. İstihbarat, her ne kadar yeni bir akademik çalışma alanı olarak görülse de özellikle devlet fonksiyonu olarak istihbaratın geçmişi çok eskilere dayanmaktadır. Farklı disiplinlerden ve saha uygulayıcıları tarafından farklı şekillerden tanımlanmaya çalışılan istihbaratı; Yenisey (2015: 241), “kamuya yönelik cari veya potansiyel tehditlerin engellenmesi maksadıyla çeşitli yöntemlerle bilginin toplanması, analiz edilmesi ve kolluk tarafından tedbirlerin alınması”, Keithly (2010: 43), “hasım hakkında sistematik bir biçimde farklı boyutlardaki bilginin, toplanıp tasnif edilip yorumlanması”, Turner (2006: xxxvii), “karar alıcıların ihtiyaçları doğrultusunda bilginin elde edilmesi, tasnif edilmesi ve yorumlanması”, Warner (2002: 21) ise “sistematik yöntemleri kullanarak devlet tarafından yürütülen kişiler, gruplar veya devletlere yoğunlaşarak bilgi toplanması ve yorumlanması” olarak tanımlamıştır.

İstihbarat ilgili olduğu alanla ilgili riskleri ve fırsatları ortaya çıkarmaya, karar alma süreçlerine destek olmaya ve hasmın bilgi toplama faaliyetlerini sekteye uğratma gayreti içerisinde (Ataç, 2019). Bu kapsamda çeşitli teknikler vasıtasıyla elde edilen bilginin belirli aşamalardan geçmesini müteakip anlamlı ve işlevsel bir ürünün ortaya çıkarıldığı aşama analiz aşaması olarak ifade edilebilir. Amerikan Merkezi Haber Alma Teşkilatının (CIA, 2020) “İstihbaratın Babası” olarak tanımladığı Sherman Kent'e göre (2003: 175-176) analiz aşaması mutlak surette düşünce sistematığı içerisinde bir metot takip etmeli ve ciddi bir zihinsel çalışmanın ürünü olmalıdır.

İstihbarat faaliyeti tasnif edilmek istendiğinde ağırlıklı olarak kullanılan bilgi toplama yöntemine göre yapılan sınıflandırmalar öne çıkmaktadır. Çeşitli kaynaklarda farklı tasnif metotları üzerinde durulmuş olmakla beraber çalışmada yalnızca konuyla bağlantılı olan sinyal istihbaratı

ile ilgili bilgiler paylaşılacaktır. Sinyal istihbaratı, hedef örgüt, kişi veya devlet hakkında bilgi edinilmesi amacıyla elektronik iletişim sistemlerinden kaynaklanan sinyallerin elde edilmesi ve anlamlandırılması olarak tanımlanabilir (Richelson, 2012: 4).

SIGINT (Signal Intelligence) olarak da adlandırılan sinyal istihbaratı, Venedik Komisyonu ismiyle tanınan Avrupa Konseyi Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu, “Sinyal İstihbaratı Teşkilatlarının Demokratik Gözetimi” raporunda (2015: 7) “telsiz (uydu ve cep telefonu dâhil) ve kablolar vasıtasıyla taşınan iletişimin elde edilmesi ve analizi amacıyla yapılan teknik işlemler” olarak tanımlamaktadır.

Öncelikli olarak askerî istihbaratın bir dalı olarak kullanılan ve düşman konumları ve haberleşmelerine yoğunlaşan sinyal istihbaratı imkân ve kabiliyetleri, güvenlik anlayışındaki değişim, terörizm, uyuşturucu ve insan kaçakçılığı gibi kapsam ve yetenekleri artan birtakım tehditler neticesinde iç güvenlik istihbaratında da etkili olarak kullanılmaya başlamıştır. Sinyal istihbaratının artık günümüzde kişilerin temel hak ve özgürlükleri üzerinde dikkate değer bir etkisi bulunmaktadır (Venedik Komisyonu, 2015: 7).

Davaya konu olan faaliyetler ise kitle gözetim olarak adlandırılan ve bütün internet ağının çeşitli teknikler vasıtasıyla topyekûn izlenmesi faaliyetini içermektedir. Bu kapsamda kitle gözetim¹ “internet ağındaki bütün akışın izlenerek çeşitli teknik vasıtalar kullanılmasıyla– veri madenciliği ve yapay zekâ teknolojileri gibi- ihtiyaç gösterilen bilginin kullanıcıların bilgisi olmaksızın toplanması” olarak tanımlanabilir (Inkster, 2014: 2; Shuster, Van Der Berg, Larrucea, Slewe, Ide-Peter, 2017: 76).

Bu noktada davaya konu olayın hukuki tanımlamasını daha sıhhatli yapabilmek adına Venedik Komisyonunun raporunda belirtilmiş ve kitle gözetimin diğer iletişimin denetlenmesi/tespiti tedbirlerinden farklı olan bir hususa dikkat çekmek faydalı olacaktır. Özellikle iç güvenliğe yönelik çalışan istihbarat teşkilatları ve kolluk güçleri tarafından icra edilen istihbarat faaliyetleri kişilerin bir suçu işlediği, hazırlandığı veya planladığı hipotezi ile başlamaktadır ve açık şekilde AIHS'nin 8'inci maddesine kapsamında bir müdahale niteliği taşırlar. Böyle bir tedbirin başlatılması için araştırmacıların elinde suç işlendiği veya işleneceğine dair bir emarenin bulunması şarttır (Venedik Komisyonu, 2015: 9).

¹ İngilizce yayınlanmış olan Mahkeme kararlarında ve yapılan akademik çalışmalarda “Mass Surveillance”, “Strategic Surveillance”, “Strategic Monitoring”, “Bulk Interception”, “Bulk Interception of Communication” terimleri tercih edilmiştir.

Ancak klasik anlamda kullanılan “hedefli” yöntemin aksine kitle gözetim faaliyetinin icrasının başlaması için makul şüpheye veya suç işlendiği emaresine ihtiyaç bulunmamaktadır. Herhangi bir istihbarat ihtiyacı için çalışmaya başlayan sistem bütün internet ve telefon ağından geçmekte olan veriyi tarayarak kendi belirlediği bazı parametreler, kelimeler, konular veya kişilerle alakalı bütün veriyi toplar. Veri madenciliği vb. birçok tekniği kullanarak, ihtiyacı olan bilgiyi süzerek analistlerin zaman ve boyut olarak inceleyebileceği hale getirir. Dolayısıyla tahmin edilen bir tehdidi araştırmak yerine bir tehlike bulmayı veya tanımlamayı amaçlayan proaktif bir tutum izlemektedir. Kuşkusuz bu uygulamanın istihbarat ve güvenlik güçlerine sağladığı kolaylık ve durum üstünlüğü sağlamanın yanında temel hak ve özgürlükler üzerinde oluşturabileceği büyük riskler bulunmaktadır (Venedik Komisyonu, 2015: 9-10).

Gizli Gözetim Tedbirlerine İlişkin AİHM İçtihadının İncelenmesi

Toplu Gözetimi kapsayan bir kavram olarak değerlendirilen gizli gözetime ilişkin AİHM'nin oldukça zengin bir içtihadı bulunduğunu söylemek mümkündür (Venedik Komisyonu, 2015: 5; AİHM, 2019, para. 303). Tahmin edileceği üzere istihbarat ve kolluk birimleri tarafından yapılan gizli gözetim tedbirleri, iletişimin tespitinden (AİHM, 1984), kişisel verilerin elde edilmesine (AİHM, 1987), küresel konumlama sistemi/GPS (AİHM, 2000c) vasıtasıyla konum takibinden, haberleşmenin kayda alınmasına (AİHM, 1978) kadar geniş bir yelpazede seyretmektedir (AİHM, 2019: para. 303). 1970'li yılların başından itibaren mahkeme, gizli gözetime ilişkin pek çok hüküm vermiştir. Bu kararlardan istifade etmek suretiyle kitle gözetimin hukuki niteliğine ilişkin birtakım tespitler yapılabilir.

Öncelikle belirtmek gerekmektedir ki sözleşme hükümlerinde de açık olarak zikredildiği üzere sözleşmenin 8'inci maddesi uyarınca özel hayat kapsamındaki herhangi bir husus ancak ve ancak kanunla düzenlenmesi, meşru bir amaç taşınması ve demokratik toplumun gereklerine orantılılık prensibi uyarınca uyumlu olduğu müddetçe müdahaleye konu olabilir (AİHM, 2016: para. 54).

Mahkemenin istikrar kazanmış durumda bulunan içtihadı uyarınca uygulanan tedbirin yalnızca yasada düzenlenmiş olması, söz konusu hakka yapılan müdahaleyi meşru kılmayacaktır. Kanunilik ölçütünün sağlanabilmesi için söz konusu düzenlemeler ilgili kişi tarafından erişilebilir ve öngörülebilir olmalıdır (AİHM, 2000a: para. 50; 2000b: para. 52). Mahkeme birçok kararında idare tarafından alınan tedbirlerin yasal dayanağı olmasına rağmen, söz konusu tedbirlerin gizlilik dereceli ve kişilerin

ulaşmasının mümkün olmadığı niteliğine dikkat çekerek yapılan müdahalelerin hak ihlali kapsamında bulunduğu hükmetmiştir (AİHM, 2015: para.77-80). Ancak mahkeme bununla beraber bir kısım kararında öngörülebilirlik ölçütünün gizli gözetim ile ilgili olarak diğer alanlarla aynı olamayacağını da kabul etmektedir (AİHM, 2006: para. 93). Gizli gözetim kapsamında uygulanan tedbirlere ilişkin öngörülebilirlik ölçütü, tedbir uygulanacak kişilerin bu tedbirlerin kendilerine ne zaman ve ne şekilde uygulanacağını bilmesi anlamına gelmemektedir. Böyle bir tedbir gizli gözetimin doğasına, tahmin edilebileceği üzere, aykırıdır. Bu noktada öngörülebilirlik kişilerin hangi suçlar karşısında hangi kapsam ve sürede tedbirlerin uygulanabileceğini öngörmesi anlamına gelmektedir. Ayrıca müdahaleye uğrayan veya maruz kaldığını düşünen kişiler için etkili başvuru yolları öngörülmelidir (AİHM, 2015: para. 229).

Bununla beraber böyle tedbirlerin kamu güçlerine terörizm ve suçla mücadele konularında sağlayacağı avantajla beraber temel hak ve özgürlükler konusunda suistimale açık bir alan yaratacağı da açıktır. Bu sebeple gizli gözetim tedbirlerine ilişkin açık ve son derece ayrıntılı kurallarla bu sistemi düzenlemek esastır, çünkü kullanılan teknoloji sürekli gelişerek daha karmaşık hale gelmekte ve nüfuz edebileceği mahrem alan genişlemektedir (AİHM, 2016: para. 52-56). Konuya ilişkin akademik çalışmalar da bu fikri desteklemektedir. Gizli gözetim teknikleri kullanmak suretiyle kişilerin özel hayatlarına ve özellikle haberleşmelerine yapılan müdahaleler, kullanılan yöntemlerin doğası uyarınca takip edilen kişiler farkına varmaksızın icra edilmekte, böylece kişilerin yapılan takipten haberi dahi olmamaktadır. Dolayısıyla kişilerin özel hayatlarına yapılan böyle müdahalelerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için gizli gözetim tedbirlerin mutlak surette yasayla öngörülmüş olması yanında söz konusu düzenlemelerin idarenin keyfilikini önleyecek sıkı şekil şartlarına tabi olmaları gerekmektedir (Tezcan vd., 2016: 406; Kılınç, 2012: 5; Yokuş Sevik, 2007: 100).

Mahkemeye göre kanunilik ilkesinin gereği olarak öngörmüş olduğu bir diğer husus, uygulanacak hukuksuz gözetim tedbirlere karşı kişilere hukuki itiraz yollarını öngörmüş olmasıdır. Özellikle AİHM'nin bu konuya ilişkin çok sayıda kararı bulunmaktadır. Yapılan müdahalenin ağırlığı karşısında taraf devletler ayrıntılı düzenlemeler ile izleme faaliyetlerin muhataplarına gerekli güvenceleri sağlamalıdır. Yapılan düzenlemelerin maksadı, idarenin organları tarafından yapılacak izleme faaliyetinin keyfi bir şekilde yapılmasına mani olmak ve orantılılık prensibine riayet edebilmektir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011: 373; AİHM, 1998: para. 46; 1984: para. 67-68; 2000a: para. 56; 2006, para. 93).

Mahkemenin kanunilik kriteri üzerinde titizlikle durmasına ve hukuksuz müdahalelerin sona ermesine imkân verecek hukuki başvuru yollarına önem vermekle beraber özellikle terörizm ve suçla mücadele konusunda taraf devletlere önemli miktarda hareket alanı bırakmaktadır. Mahkeme, örneğin gizli gözetim tedbirinin bir mahkeme kararına dayanmasını olmazsa olmaz bir koşul olarak değerlendirmemiştir (AİHM, 1978: para. 55-59).

Bir gizli gözetim tedbirinin sözleşmenin 8'inci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca “demokratik toplumda gerekli ve orantılı” olması hususunda mahkeme, böyle bir müdahalenin ulusal güvenlik gibi kamu yararının yüksek olduğu alanlarda, toplumun ve kişilerin çıkarlarının dengelendiği müddetçe makul kabul edilebileceğini; idarenin bu konuda belirli bir miktar takdir yetkisinin olduğunu kabul etmektedir (AİHM, 2016: para. 54-55). Ancak bu takdir yetkisinin herhangi bir yargısal denetime tabi olmaksızın kullanılması mümkün değildir. Millî güvenliği korumak görevini yerine getirebilmek için yetkilendirilmiş bir gizli gözetim teşkilatı bu faaliyetini yerine getirirken, idarenin diğer organları gibi yargısal denetime tabi olmalıdır. Bu teşkilat, temas ettiği hassas temel hak ve hürriyetler de hesaba katıldığında, olası suistimalleri ve yetki aşımalarına mâni olabilmek adına yetkileri ve faaliyetleri sıkı şekil şartlarına bağlı olarak düzenlenmelidir. Gizli gözetimle yetkilendirilen teşkilatların yetkilerini kötüye kullanarak demokrasiyi ve hukuk devleti düzenine zarar verebileceği hatta onu tamamen yok edebileceği unutulmamalıdır (AİHM, 1978: para. 49,50,59).

Teorik olarak bakıldığında bir gizli gözetim tedbirinin idare veya yargısal takip ve kontrolü 3 aşamada gerçekleştirilebilir; tedbir öncesi, tedbir esnasında ve tedbir sonrasında. Ancak gizli gözetim tedbirlerinin doğası gereği tedbir öncesinde veya esnasında kişilerin yapılan müdahaleden haberinin olması mümkün değildir. Bu sebeple özellikle ilk iki aşamada kişilerin haksız müdahalelerden olabildiğince korunabilmesi adına müdahalelerin suistimali önleyici bir gözden geçirme ve kontrol sistemine tabi olması şarttır. Mahkeme bu kontrol ve gözden geçirme sisteminin bağımsız mahkemeler yoluyla işletilmesinin en makul çözüm yolu olduğunu sıklıkla belirtmektedir (AİHM, 1978: para. 55; 2015: para. 233).

Bununla birlikte, gizli gözetim bittikten sonra dahi tedbire maruz kalan kişilerin bilgilendirilmemesi yapılan müdahalelerin “demokratik toplum düzenine aykırı ve ölçsüz” olduğu anlamına gelmeyecektir. Bu şekilde yapılacak bildirimler yapılan gözetim faaliyetinden sağlanacak bütün faydayı yok edebilir. Ancak belirtilen sakıncayı taşımayan tedbirler

neticesinde kişilere bildirimler vakit kaybetmeksizin yapılmalıdır (AİHM, 2006: para. 93).

AİHM'nin 1990 yılında vermiş olduğu Huvig/Fransa kararıyla beraber gizli gözetime ilişkin yetkilerin kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla 6 koşul belirlediğini ve bu 6 koşulun taraf devletin gizli gözetim tedbirlerini düzenleyen yasalarında bulunması asgari güvenceler olarak tanımlandığı söylenebilir. Bu temel 6 husus;

- “1. Gizli özetimin hangi suçlarla mücadele için öngörüldüğünün düzenlemede açıkça gösterilmesi
2. Gizli gözetim tedbirlerini uygulamakla yetkilendirilebilecek kişilerin açıkça düzenlenmesi
3. İzleme tedbirinin uygulama süresinin kanunda belirtilmesi,
4. Elde edilen verilerin incelenmesi ve kayıt altına alınması ve saklanmasına dair usullerin ve esasların düzenlenmesi,
5. Elde edilen verilerin diğer teşkilatlarla paylaşılması hususu ile prosedürün ayrıntılı olarak gösterilmesi
6. Elde edilen verilerin yok edilmesine ilişkin koşul ve esaslarının belirtilmesi” (AİHM, 1990: para. 34; 1998: para. 46; 2015: para. 231; 2003: para. 30; 2008: para.76).

olarak özetlenebilir. Sayılan bu 6 koşul özellikle kanunilik ilkesi kapsamında, taraf devlet yasalarının yeterli güvenceyi sağlayıp sağlamadığının belirlenmesinde kritik öneme sahiptir. Söz konusu 6 koşul toplu gözetimle ilgili verilmiş olan Weber ve Saravia/Almanya (AİHM, 2006: para. 95), Kennedy/Birleşik Krallık (AİHM, 2010: para. 135), Szabó ve Vissy/Macaristan (AİHM, 2016: para. 56) ve Centrum För Rättvisa/İsveç (AİHM, 2018a: para. 109) davalarında da gündeme gelmiş, mahkemeler bu içtihadını bu kararlarda da dikkate almışlardır. Hatta mahkeme Szabó ve Vissy/Macaristan kararında açıklanan 6 koşula ek birtakım güvencelerin de düzenlenmesini tavsiye etmektedir.

Çalışmada daha önce de belirtildiği üzere AİHM'nin toplu gözetim hakkında kapsamlı bir içtihadının bulunduğunu söylemek güçtür. Ancak mahkemenin gizli gözetim tedbirleri hakkındaki kararları ışığında gizli gözetim hakkında birtakım tespitler yapılabilmektedir. Bununla birlikte AİHS hükümlerini kararlarında esas alan yerel yargı organlarının kitle gözetim hakkında yapmış olduğu tespitler de konunun derinleşmesine katkı sağlayacaktır. Bu kapsamda Venedik Komisyonunun 15 Aralık 2015 tarihli “Sinyal İstihbaratı Teşkilatlarının Demokratik Denetimi” (2015) isimli raporuna göre Hollanda İstihbarat ve Güvenlik Hizmetleri İnceleme

Komitesi (CTIVD²) ve Birleşik Krallık Soruşturma Yetkileri Mahkemesinin (The Investigatory Powers Tribunal-IPT³) vermiş olduğu kararlar kapsamında kitle gözetimin faaliyetlerinin hukuki denetimine ilişkin ortaya koymuş olduğu tespitler şu şekilde özetlenebilir:

Toplu gözetim tedbirleri ağırlıklı olarak sözleşmenin 8, 10 ve 13'üncü maddelerinde güvence altına alınan haklara yönelik bir tehdit niteliğindedir. Bununla beraber mahkeme istihbarat teşkilatlarının böyle bir yetkiye sahip olmasının özellikle gazeteciler ve uluslararası sivil toplum örgütü üyeleri üzerine bir caydırıcı etki -chilling effect⁴- yaratacağı bununda özellikle basın ve ifade özgürlüğü üzerinde bir baskı yaratacağı açıktır. Söz konusu caydırıcı etki pek çok mahkemenin kararına yansımıştır (AIHM, 2012; Avrupa Adalet Divanı, 2004).

Ulusal güvenlik dışında birtakım hususlar da kitle gözetim faaliyetlerinin icrası için öngörülen meşru sebep olarak değerlendirilebilir. Ulusal güvenlik dışında, ülkenin ekonomik refahının idamesi, suçla mücadele gibi hususlar da toplu gözetim faaliyetleri için meşru sebep olarak nitelendirilebilir. Özel hayata ve haberleşmeye ilişkin bir müdahalenin internet ağı, uydu teknolojileri ve klasik yöntemlerle yapılmasının vakanın hukuki niteliği üzerinde bir değişiklik yaratmayacaktır (Venedik Komisyonu, 2015: para 93).

Toplu gözetim faaliyeti incelendiğinde, faaliyetin kişilerin özel hayatına üç aşamada müdahalede bulunduğu değerlendirilmektedir. Bu üç aşama kişiye ait verilerin telefon veya internet ağından toplanması, elde edilen verilen çeşitli görevliler tarafından tasnif ve analiz edilmesi ve

² CTIVD (Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten), Hollanda askerî ve sivil istihbarat teşkilatları ile güvenlik birimlerinin eylem ve işlemlerini denetleyen yargısal güce sahip denetim organıdır. Kurumun hukuki denetim görevinin yanında istihbarat ve güvenlik birimlerinin performans ve verimlilikleri üzerine yıllık raporlar üzerine hazırlama ve ilgili bakanlara tavsiyede bulunma gibi görevleri de bulunmaktadır. Hollanda idari teşkilatı dışında teşkilatlanmış olan kurumun üyeleri yüksek yargı organları genel kurullarınca seçilmektedir (<https://english.ctivd.nl/>).

³ IPT (The Investigatory Powers Tribunal), gizli gözetim yöntemlerini kullanarak bir kamu otoritesi tarafından mağdur oldukları kanaatinde olan herkese düzeltme hakkı sağlamak için hükümetten bağımsız çalışan bir yargı organıdır. Mahkeme, Birleşik Krallık'ın AIHS kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamak üzere kurulmuştur ve bütün gizli gözetim yöntemleriyle ilgili ihlal kararı vermeye yetkilidir. 2005 yılında yapılan değişikliklerle hiçbir Hükümet organının mahkeme soruşturmasına müdahale edemeyeceği veya kararlarını etkileyemeyeceği kayıt altına alınmıştır (<https://www.ipt-uk.com/>).

⁴ *Chilling Effect* /Caydırıcı Etki: Bir hakkın, idarenin haksız bir eylem veya işlemine maruz kalma korkusuyla tam veya kısmen kullanılamaması veya haktan vazgeçilmesi olarak tanımlanabilir. Kavrama ilişkin daha ayrıntılı bilgi için; The Chilling Effect in Constitutional Law. (1969). Columbia Law Review, 69(5), 808-842. Marder, B. vd., (2016). The extended 'chilling' effect of Facebook: The cold reality of ubiquitous social networking. *Computers in Human Behavior*, 60, 582-592.

bilginin diğer istihbarat birimleriyle paylaşılması olarak özetlenebilir. Her üç aşamaya ilişkin kötüye kullanımı önleyecek prosedürlerin düzenlenmesi özel hayata yönelik haksız müdahalelerin önlenmesi açısından son derece kritiktir (Venedik Komisyonu, 2015: para. 94-96).

Big Brother Watch ve Diğerleri /Birleşik Krallık Kararının Arka Planı, Önemi ve Kararın İncelenmesi

Davanın Arka Planı ve Önemi

Çalışmada incelenecek olan Big Brother Watch ve Diğerleri /Birleşik Krallık davasının konusunu teşkil eden “Snowden ifşaatları” hem hukuki hem de siyasi anlamda Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Birleşik Krallık'ta bir dönüm noktası teşkil etmiş ve gizli gözetim, güvenlik-özgürlük dengesi gibi konuların daha yüksek sesle tartışılmasına yol açmıştır (Landau, 2013: 61).

Snowden ifşaatları olarak bilinen olay, Amerikan Ulusal Güvenlik Ajansı (National Security Agency-NSA) çalışanı olan Edward Snowden'ın 5 Haziran 2013'te başlayan süreçte 1,5 milyona yakın istihbarat dokümanını İngiliz The Guardian Gazetesi muhabirleriyle paylaşmasıyla başladı. Elde edilen belgelere göre NSA toplu gözetim yöntemlerini kullanarak bütün Amerikan vatandaşlarının internet ve e-posta verilerini elde etmekteydi (Greenwald, 2013; Greenwald ve Ackerman, 2013). Elde edilen belgeler vasıtasıyla İngiliz Sinyal İstihbaratı Teşkilatının (Government Communications Headquarters-GCHQ) 2009 yılında gerçekleştirilen G-20 zirvesi esnasında toplantılarına katılan devlet temsilcilerinin telefon görüşmelerini kayda almak ve e-posta mesajlarını, sosyal medya paylaşımlarını ve internet aramalarını izlemek amacıyla fiber-optik kabloları kaçak bağlantı yaptığı ve elde ettiği bu bilgileri Amerikan istihbarat birimleriyle paylaştığını ortaya çıkmıştı (MacAskill, 2013).

Snowden tarafından ifşa edilen belgeler incelendikçe yapılmış olan kitle gözetimin kapsamının endişe verici seviyelere ulaştığı ortaya çıkmıştır. Snowden'ın 9 Ocak 2013 tarihinde medyaya yansıyan belgelere göre NSA, Google ve Yahoo'nun ağlarından elde ettiği milyonlarca bilgiyi merkezinde depolamakta ve incelemeye almaktadır. Yaklaşık bir aylık bir süreçte 181281455 yeni kaydın NSA'nın merkezi olan Fort Meade'de incelenmiş olduğu bilgisi, toplu gözetim vasıtasıyla temas edilen verinin büyüklüğü hakkında bir fikir verebilir. Söz edilen kayıtların büyük oranda e-posta yazışmaları ile ses ve videolardan oluşması yapılan müdahalenin çok yönlü olduğu ve bu yöntemle ile internet ağında bulunan her türlü bilginin

bahsedilen sistemler tarafından elde edilebileceğini göstermektedir (Sumner, 2016: 21).

Snowden tarafından ortaya çıkarılan bu olay toplu gözetim-özel hayatın gizliliği tartışmalarında önemli bir dönüm noktasını teşkil etmiş, tüm dünyada konuya ilişkin güçlü bir tepkinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Özellikle ABD ve İngiltere’de istihbarat faaliyetlerinin demokratikleşmesine ve şeffaflaşmasına yönelik baskılara yol açmıştır (Ünver, 2018). Çalışmada incelenecek karar bahsedilen toplumsal hassasiyetin neticelerinden biri olarak değerlendirilebilir.

Özetlenen olayın ilgili devletlerin iç kamuoyunda yarattığı etkinin dışında ABD dış politikasında özellikle ABD-Rusya Federasyonu (RF) ilişkilerinde de hatırı sayılır bir etkisinden söz edilebilir. RF tarafından Snowden’ın sığınma talebinin kabul edilmesi ve yapılan açıklamalar vasıtasıyla Snowden olayının dünya kamuoyuna ABD’yi küçük düşürecek şekilde aktarılması iki ülke arasındaki rekabetin siber uzayda da devam ettiğini göstermektedir (Darıcılı, 2018: 24).

Çalışmaya konu davanın incelenmesine geçmeden evvel davanın önemine ilişkin birtakım tespitlerin paylaşılması konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki AİHM, 1978 yılında vermiş olduğu Klaas/Almanya Kararından bu yana gizli gözetim tedbirlerinin hukukiliğine ilişkin pek çok karara imza atmıştır (AİHM, 2020). Big Brother Watch ve Diğerleri/ Birleşik Krallık kararında ise daha önce çalışmada belirtildiği üzere gizli gözetim yöntemlerinden birisi olan toplu gözetimin hukukiliği üzerinde durulmaktadır. Karar bu özelliği ile mahkemenin diğer gizli gözetim yöntemleri ile ilişkili kararlarından ayrılmaktadır. Ayrıca gerek konunun güncel niteliği gerekse davaya konu olayın kamuoyunda yaratmış olduğu etki davayı daha da ilgi çekici hale getirmektedir. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar, hukuk alanında çalışan araştırmacıların yanında siyaset bilimi, güvenlik, istihbarat, iletişim vb. disiplinlerde yapılan çalışmalara önümüzdeki günlerde sık sık konu olacaktır. Çalışmaya konu olan davada mahkeme gizli gözetime ilişkin üç farklı uyuşmazlık hakkında karar vermiştir. Bu üç husus, internet trafiğinin topyekûn izlenmesi, elde edilen bilgilerin yabancı istihbarat teşkilatlarıyla paylaşılması, internet servis sağlayıcılarından iletişim bilgilerinin temin edilmesi olarak özetlenebilir (AİHM, 2019: para. 269). Çalışma esas olarak kitle gözetimine ilişkin hususları ortaya çıkarma gayreti içerisinde olduğundan ilk iki uyuşmazlık üzerine yoğunlaşacaktır. Özellikle yabancı istihbarat teşkilatları ile elde edilmiş istihbarat bilgilerinin paylaşımı hususu bu dava ile ilk defa mahkemenin önüne gelmektedir (AİHM, 2018b).

Davanın Özeti

Yukarıda özetlenmiş olan Snowden olayından sonra içerisinde aktivistlerin ve sivil toplum örgütlerinin bulunduğu 16 kişi tarafından 3 farklı grup halinde, farklı tarihlerde yapılan toplu gözetim tedbirlerinin AİHS'nin 8'inci (Özel hayatın gizliliğinin korunması) ve 10'uncu (İfade özgürlüğü) ve 14'üncü (Ayrımcılık Yasağı) maddelerinin açıkça ihlal edildiği gerekçesiyle yaptıkları başvurular Big Brother Watch ve Diğerleri/Birleşik Krallık davası adı altında birleştirilmiştir (AİHM, 2019: para. 1).

Mahkemede Birleşik Krallık hükûmeti öncelikle, bir ve ikinci grup başvuruçuların AİHS md.35 uyarınca öngörülen iç hukuk yollarını tüketmiş olma şartını yerine getirmediğini öne sürerek davanın esasına girilmeksizin kabul edilemezlik kararı verilmesini talep etmiştir. Hükümet yetkililerine göre IPT, konuya ilişkin uyuşmazlıkları çözüme kavuşturan etkili yargı yetkisine sahip bir yargı organıdır ve "istihbarat konularında en kapsamlı yargı gözetim organları" arasındadır. Bu sebeple IPT'nin mutlak surette etkili bir iç hukuk yolu olarak değerlendirilerek, söz konusu davanın iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması sebebiyle kabul edilemezlik kararıyla reddedilmesi gerekmektedir (AİHM, 2019: para. 239).

Başvuruçular ise etkili iç hukuk yollarını tüketmiş olduklarını IPT'nin etkili bir iç hukuk yolu niteliğinin bulunmadığını, bu durumun AİHM'nin kararlarına da yansımış vaziyette olduğundan bahisle sözleşmenin 35'inci maddesi ile ilgili bir ihlale sebebiyet vermediklerini belirterek davaları hakkında kabul edilebilirlik kararı verilmesini talep etmişlerdir. Başvuruçulara göre Kennedy/Birleşik Krallık davası AİHM'nin IPT'yi etkili bir iç hukuk yolu olarak görmediğinin en açık örneğini oluşturmaktadır (AİHM, 2019: para. 241).

AİHM ise karşılıklı iddialar karşısında öncelikle IPT'nin günümüz itibariyle etkili bir hukuk yolu olup olmadığını incelemiştir. Mahkemeye göre IPT'nin üyelerinin yüksek yargı üyeleri ile en az 10 yıl görev yapmış avukatlar arasından seçilmesi ve Birleşik Krallık mevzuatında bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olarak tanımlanması, IPT'nin niteliğine olumlu yönde etki eden hususlar olarak ortaya çıkmaktadır (AİHM, 2019: para. 250-251). Ayrıca IPT, yargılama esnasında açıklanması kamu güvenliğine zarar verebilecek gizlilik dereceli belgeleri inceleme yetkisine ve istihbarat teşkilatlarının kamuya açıklanmayan yönetmelikleri dâhil erişim yetkisine sahiptir. Bununla beraber mahkemenin 2010 yılında verdiği Kennedy/Birleşik Krallık davasına ilişkin kararından itibaren 8 yıllık sürede vermiş olduğu kararlar incelendiğinde mahkemenin istikrarlı olarak AİHS ve yerel

mevzuat hükümlerine bağlı kalarak titiz bir şekilde kararlarını vermiş olduğu gözlemlenmektedir. Ayrıca 2010 yılından bu yana yapılan birtakım değişiklikler mahkemenin etkili bir iç hukuk yolu olmasına büyük oranda katkı sağlamaktadır (AİHM, 2019: para. 263-267).

Ancak mahkeme inceleme esnasında öne sürdüğü tüm bu argümanlara ve IPT'nin artık etkili bir iç hukuk yolu olduğunu kabul etmesine rağmen, başvuru sahiplerinin daha önce mahkemenin vermiş olduğu Kennedy/Birleşik Krallık kararında IPT'nin etkili bir başvuru yolu olmadığı tespitine güvenerek, bu iç hukuk yolunu tüketmemiş olmasını makul kabul etmiş ve başvurunun kabul edilebilir olduğuna hükmetmiştir. Mahkemeye göre kusurları bulunmaksızın mahkeme kararına güvenerek başvuru sahiplerinin yapmış olduğu bu başvuru mazur görülebilir ve yapılan başvuru mahkemece incelenebilir (AİHM, 2019: para. 268).

Kabul edilebilirlik incelemesinden sonra mahkemenin incelediği ikinci mesele internet trafiğinin topluca izlenmesi hususudur. Başvuru sahipleri, temel olarak yapılan toplu gözetim tedbirinin iç mevzuatta hukuki temelini mevcut olduğunu kabul etmekle beraber mevzuatta yer alan birçok ifadenin muğlak olduğunu ve idarenin yetkilerini kötüye kullanmasına engel olacak güvencelerin yetersiz olduğu iddia etmişlerdir. Başvuru sahiplerine göre yapılan toplu gözetim tedbiri sözleşmenin 8'inci maddesi ile güvence altına alınan haklara açık şekilde ihlal etmektedir (AİHM, 2019: para. 269-271).

Ayrıca başvuru sahipleri daha önce çalışmada yer verilen gizli gözetim tedbirlerinin hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi için iç mevzuatta yer verilmesi gereken 6 hususa dikkat çekerek, bu hususların yanında birtakım ek güvencelerin toplu gözetim tedbirleri için uygulanması gerektiğini belirtmişlerdir. Başvuru sahiplerine göre toplu gözetim tedbirleri etki ve ulaşabileceği mahremiyet ile diğer gizli gözetim tedbirlerinde ayrılmaktadır. Ayrıca günümüz teknolojileri dikkate alındığında bu tip gözetim metotları gerekli tedbirler alınmadığında çok ağır ihlallere yol açabilir. Bu sebeple toplu gözetim ancak daha önce atf yapılan bu altı güvencenin yanında birtakım ek güvencelerin bulunması ile hukuka uygun hale gelebilir. Özellikle toplu gözetimin tedbirinin yalnızca makul şüphe halinde kullanılması, tedbir öncesinde yargısal bir onaydan geçirilmesi ve tedbirin sona ermesine müteakip kişilere bildirim yapılması ek koşul olarak mevzuatta yer alabilir (AİHM, 2019: para. 281).

Hükümet yetkilileri ise küresel bazda terörizm ve uluslararası suç örgütlerinin imkân ve kabiliyetlerinin her gün artması karşısında bu tür tehditlere karşı koymanın ulusal güvenliğin sağlanması için elzem olduğundan bahisle suç ve suçlularla mücadele maksadıyla gizli gözetim tedbirlerinin meşru şekilde kullanılması gerektiğini belirtmektedirler.

AİHM'nin içtihadı da gizli gözetim tedbirlerinin kullanılmasında devletlerin takdir hakkı bulunduğu yönündedir. Uluslararası suç örgütleri, teröristler ve ulusal güvenliği tehdit eden bütün unsurlar bilgi teknolojileri kaynaklarını sınırsız bir şekilde kullanırken özellikle toplu gözetim faaliyetinin bazı ek tedbirlerle kullanılması yapılan mücadeleye zarar verebilir. Bu sebeple gizli gözetim faaliyetlerini düzenleyen mevzuatta suistimalleri önlemeye yönelik tedbirlerin orantısız bir biçimde yer alması yapılan faaliyetlerin etkinliğine zarar verebilir (AİHM, 2019: para. 282-283).

Ayrıntılı iç mevzuat hükümleri vasıtasıyla olası suistimallerin önüne geçildiğini belirten hükümet yetkilileri, gizli gözetim faaliyetlerinin doğası gereği tedbirler öncesi kişilere yapılacak ön bilgilendirmenin makul olarak nitelenemeyeceğine, bu konuda mahkemenin de kararlarının mevcut olduğu belirtirken, iç mevzuatta düzenlenen IPT gibi kurumların bu noktadaki eksikliği telafi ettiğine dikkat çekmektedir (AİHM, 2019: para. 292-294).

Mahkemenin daha önceki kararlarında belirttiği üzere gizli gözetim tedbirlerinin kullanılması, meşru amaca hizmet etmesi koşuluyla sözleşmeye taraf devletlerin takdir hakkı içerisinde kabul edilmektedir. Dolayısıyla mahkeme, belirli hukuki düzenlemelerin yapılmış olması şartıyla toplu gözetim tedbirinin sözleşmede güvence altına alınan hakları ihlal etmeyeceğini ifade etmiştir. Ayrıca mahkeme bu kararında meşru amaçları örneklemiştir, terörizmin, uyuşturucu ve insan ticaretinin önlenmesi, çocukların cinsel istismarının önüne geçilmesi ve siber suçlarla mücadele için gizli gözetim tedbirlerinin uygulanmasını meşru amaç olarak nitelendirmiştir. Bununla birlikte böyle bir yetkinin titizlikle düzenlenmediği takdirde ortaya çıkarabileceği sakıncalar da açıktır. Bu nedenle devletler, ulusal güvenliği korumak için ne tür bir müdahale rejimi gerektiğine karar vermede geniş bir takdir yetkisine sahip olsalar da söz konusu tedbiri işleten idareye tanınan takdir yetkisi mutlaka daha dar olmalıdır (AİHM, 2019: para. 314-315).

Daha önce gizli gözetim tedbirlerine ilişkin kararlarında yer alan kanunilik incelemesi esnasında kullandığı 6 koşula değinen mahkeme, başvuru sahiplerinin toplu gözetimin niteliği sebebiyle bahsedilen 6 koşula ek birtakım kriterler getirilmesi görüşünü ise uygun görmemiştir. Mahkemeye göre her ne kadar bilgi sistemlerindeki gelişmeler ve toplu gözetimin kişilerin özel hayatlarını çok daha ayrıntılı bir şekilde temas etme potansiyeli inkâr edilemese de teknolojideki gelişmelerin diğer gizli gözetim yöntemlerinin imkân ve kabiliyetlerini de aynı şekilde geliştirdiği, bu sebeple peşinen toplu gözetimin diğer gizli gözetim yöntemlerinden daha tehlikeli olduğu kabulü isabetli olmayacaktır (AİHM, 2019: para. 316).

Ayrıca mahkeme başvurucuların toplu gözetim faaliyetinin bir mahkeme kararı ile başlamasının idare tarafından yapılabilecek potansiyel suistimallere karşı tek etkili bir güvence niteliğinde olduğu fikrine katılmamaktadır. Mahkemeye göre tedbir öncesi yapılacak yargı denetimi özel hayatın korunması için en iyi tedbirlerin başında gelebilir. Ancak mahkeme daha önce kararlarına dikkat çekerek yargı denetimin bütün problemleri çözemeyeceği gibi bu tip bir denetimin bulunmaması da kesin olarak tedbirler karşısında kişilerin tamamen korumasız kaldığı anlamına gelmemektedir. Mahkemeye daha önce de tedbirler uygulanmadan önce yargısal denetim uygulanmayan bazı devletlerin toplu gözetim tedbirlerinin sözleşmede belirtilen koşulları sağladığını kabul etmiştir (AİHM, 2019: para. 317-320).

Ancak mahkemenin bütün üyeleri bu görüşe katılmamaktadır. Davanın yargıçlarından Koskelo ve Turković kaleme aldıkları karşı oy yazısında bilgi teknolojilerinin insanların yaşam şeklini büyük oranda değiştirdiğini ve toplu gözetimle diğer gizli gözetim tedbirleri arasındaki farkın elde edilen bilginin hacminden ziyade bu derinleşme sebebiyle dikkate değer olduğunu belirtmektedir. Bu kapsamda toplu gözetim esnasında gizli gözetim için kullanılan tedbirlerin ötesine geçilmeli ve tedbir öncesi yargısal denetim vazgeçilmez bir koşul olarak değerlendirilmelidir (AİHM, 2019: 189-191).

Bu kapsamda kanunilik incelemesi için yeni bir koşul ortaya koymayan mahkeme daha önceden ortaya koyduğu 6 koşul üzerinden Birleşik Krallık toplu gözetim mevzuatını incelemiştir (AİHM, 2019: para. 320). Bu noktada birtakım eksiklikleri tespit eden mahkeme, Birleşik Krallık mevzuatındaki bu güvence eksikliklerini göstererek taraf devletin toplu gözetim prosedürünün sözleşmenin 8'inci maddesinde güvence altına alınan hakları ihlal ettiğine hükmetmiştir (AİHM, 2019: para. 387-388).

Birleşik Krallık mevzuatındaki eksiklikler şu şekilde özetlenebilir: Kitle gözetim faaliyeti, verilerin internet ağından elde edilmesi, filtrelenmesi, arama yapılarak ilgili verilerin bir araya getirilmesi ve analist tarafından incelenmesi olarak 4 aşama olarak değerlendirilebilir. Söz konusu 4 aşamanın da ayrı ayrı olarak sözleşmeyle güvence altına alınmış olan özel hayatın gizliliğine ve kişisel verilerin mahremiyetine açıkça temas ettiğinden şüphe bulunmamaktadır. Özellikle verinin filtrelenmesi ve aranmasına ilişkin kriterlerin keyfi bir şekilde belirlenmesine mani olacak bir mekanizmanın bulunmaması bu sebeple uygulamanın kanunilik ilkesiyle uyum içerisinde bulunmadığını gözlemlenmiştir (AİHM, 2019: para. 329-336). Mahkemenin toplu gözetim faaliyetini bir bütün olarak görmekten ziyade içerisindeki bulunan aşamaların özel hayatın temel unsurlarına ayrı

ayrı temas ettiği ve bu aşamalar için müstakil tedbirlerin düzenlenmesinin gerektiği tespiti, kararın önemli noktalarından birini oluşturmaktadır.

Ayrıca toplu gözetim faaliyeti esnasında elde edilen haberleşme verilerinin yanında bol miktarda dolaylı bilgiye (lokasyon, telefon numarası vb.) temas edilmektedir. Söz konusu bilgiler tartışmasız şekilde kişisel veri niteliğinde olup kontrolsüz ve hukuki dayanağı olmaksızın kullanılmasının veya saklanmasının hak ihlaline yol açacağını ifade edilmektedir. Bu durum da açık şekilde incelen mevzuatın kötüye kullanımı önleyecek güvenceden yoksun olduğuna işaret etmektedir (AİHM, 2019: para. 351-357).

Mahkemenin ikinci olarak incelediği husus, Birleşik Krallığın yabancı istihbarat örgütleriyle istihbarat paylaşım rejimidir. Başvurucular Birleşik Krallık istihbarat teşkilatlarının NSA'dan yasal dayanağı olmaksızın istihbarat elde etmesinin sözleşmenin 8'inci maddesinde düzenlenen hak ve özgürlüklere aykırı olduğunu savunmaktadırlar. Başvuruculara göre kişilerin özel hayatına ilişkin bir bilginin gizli gözetim yöntemleriyle veya diğer bir ülkenin istihbarat örgütünden alınması arasında bir fark bulunmadığını, bu sebeple bu yolla elde edilen bilgilerin de sözleşme ve ilgili içtihatla izah edilen prosedürlere tabi olması gerektiğini ifade etmektedir (AİHM, 2019: para. 398-400).

Birleşik Krallık yetkilileri ise yapmış oldukları savunmada, istihbarat teşkilatlarının istihbarat paylaşımının yasal dayanağı bulunduğunu ve bu yasanın ulaşılabilir nitelikte olduğunu belirtmiştir. Ayrıca istihbarat paylaşımının sadece toplu gözetime yönelik olarak yapılmadığını çoğu zaman bilgiyi alan tarafın bilginin kaynağını bilme imkânının bulunmadığını da savunmalarında belirtmişlerdir. Hükümet yetkilileri ayrıca bu yasanın mahkeme içtihatları ve koymuş olduğu kıstaslarla uyum içerisinde olduğunu belirterek bu hususta herhangi bir hak ihlali bulunmadığını iddia etmişlerdir (AİHM, 2019: para. 401-403).

Mahkeme ise öncelikle ilk kez bir istihbarat paylaşım rejiminin dava konusu edildiğini ifade ettikten sonra öncelikle istihbarat paylaşım rejiminin hukuki statüsü konusunda yapılacak nitelimenin yargılamayı kolaylaştıracağını ifade etmektedir (AİHM, 2019: para. 416-419). Mahkemeye göre bir bilginin paylaşım sonucu elde edilmiş olması sözleşmeye taraf devletin sözleşme kapsamındaki sorumluluklarını ortadan kaldırmayacaktır. Bu sebeple elde edilen bilgi ne şekilde elde edilmiş olursa olsun, süreç meşru amaca ve hukuki dayanağa haiz, demokratik toplum düzenine uyumlu ve ölçülü olmak mecburiyetindedir. Bu kapsamda mahkeme diğer gizli gözetim yöntemlerine ilişkin yargılamalarda kullandığı kıstasları istihbaratın paylaşılması ile ilgili mevzuatı incelerken de

kullanacaktır (AİHM, 2019: para. 420-423). Mahkeme bu esaslarla yapmış olduğu inceleme neticesinde son süreçte yapılmış olan değişikliklerle beraber yabancı istihbarat teşkilatlarından istihbarat paylaşım prosedürünü yeterince açık ve ulaşılabilir olduğunu, temel hak ve özgürlüklerin istismarını önleyecek yeterli güvencelerin yasada sağlandığına karar vermiştir (AİHM, 2019: para. 447).

SONUÇ

İstihbarat örgütleri tarafından yapılan gizli gözetim tedbirleri ve hukuki statüsü, gün geçtikçe daha çok tartışılan, araştırılan, kamuoyunda yer bulan ve davalara konu olan bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Toplu gözetim ise özellikle internetin insan hayatındaki içerisindeki yerini arttırmasıyla sıklıkla gündeme gelmeye başlamıştır. Çalışmada incelenen mahkeme kararı ise toplu gözetimin hukuki mahiyetine ilişkin önemli tespitleri barındırması itibarıyla dikkat çekici bir karar olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu kapsamda yapılan karar incelemelerinde görüldüğü üzere, AİHM'nin 1970'li yıllardan itibaren gizli gözetim tedbirlerine ilişkin pek çok karar verdiğini ve konuya ilişkin birtakım esasları ortaya koymuş olduğu söylenebilir. Öncelikle kararlarda görülmektedir ki mahkeme küresel güvenliğe ilişkin daha önce çalışmada sayılan tehditlerin bertaraf edilmesi ve kamu güvenliğinin sağlanması için gizli gözetim tedbirlerinin kullanılmasını meşru amaç olarak değerlendirmektedir. Mahkemeler sözleşmede değinildiği üzere meşru amaca ve kanuni temele sahip, demokratik toplumun değerleriyle örtüşen tedbirlerle, sözleşmenin 8'inci maddesinde güvence altına alınan hakların sınırlanabileceği kanaatinde. Ayrıca mahkemenin 1990'lı yıllardan itibaren kullandığı ve gizli gözetim tedbirlerinin kanuniliğini test ettiği 6 koşulu istikrar kazanmış vaziyettedir. İncelenen kararda da görüldüğü üzere bahsedilen 6 koşul toplu gözetim tedbirleri için uygulama alanı bulmuştur.

Ayrıca mahkemenin kabul edilebilirlik incelemesi esnasında yapmış olduğu tespit ilgi çekicidir. Mahkeme Birleşik Krallık, IPT'ni inceleyip etkili bir iç hukuk yolu olarak tanımlamasına rağmen, IPT'ye başvurmaksızın AİHM'de açılan davayı kabul edilebilir bulmuştur. Mahkemenin son kararına göre sözleşmeye taraf devlet etkili bir iç hukuk yoluna sahip olmasına rağmen başvuruçuların eski tarihli bir kararında IPT'nin etkili bir iç hukuk yolu olmadığına dair tespitine güvenen başvuruçuların başvurusu kabul edilmelidir. Ayrıca bu karardan hareketle IPT'nin yetkileri, yapısı ve görevleri incelenerek istihbarat faaliyetlerinin

etkili bir şekilde yargısal denetiminin nasıl yapılabileceğine ilişkin esaslar ortaya konabilir.

Mahkemenin davanın esasına ilişkin değerlendirmelerinden bazı tespitlere ulaşmak mümkündür. Başvurucular toplu gözetimin sahip olduğu, gizli gözetim tedbirlerinin imkân kabiliyetini aşan yeteneklerinin istismara yol açması önlemek amacıyla gizli gözetlemenin denetlenmesi için ortaya konan 6 koşula ek tedbirler getirilmesini önermektedirler. Fakat mahkeme bu yoruma katılmayarak diğer gizli gözetim tedbirlerinin toplu gözetimden daha az istismara açık olduğu gibi bir kabulü onaylamadığını belirterek, incelemesini eski içtihadına uygun olarak 6 kriter üzerinden gerçekleştirmiştir. Ancak mahkemenin bu tespiti kimi eleştirilere konu olabilecektir. Öncelikle toplu gözetimin diğer gizli gözetim tedbirlerinden ayıran bazı özellikleri bu tedbirin temas ettiği alanı orantısız olarak arttırmaktadır. Toplu gözetim tedbiri diğer gizli gözetim tedbirleri aksine herhangi bir şüphe üzerine başlamamaktadır. Toplumdaki herkes her an bu tedbirin konusu olabilirler. Ayrıca daha önce de belirtildiği üzere toplu gözetleme herhangi bir hedef gözetmeksizin tüm internet ağı üzerinde icra edilmektedir. Diğer gizli gözetleme tedbirlerinin aksine faaliyet esnasında herhangi bir “hedef”e sahip değildir. Bu sebeple uygulayıcılar tarafından kolay bir şekilde istismar edilebilir. Bu sebeple toplu gözetimin diğer tedbirlere ek, örneğin başvurucuların önerdiği icra öncesi yargı denetimi gibi, bir tedbire ihtiyaç duyması daha akla yatkın durmaktadır.

Karara karşı oy yazısı kaleme almış olan yargıçların tespitleri de bu fikri desteklemektedir. Karşı oy yazısı toplu gözetimin imkân kabiliyetinin diğer tedbirlerin çok ötesinde olduğunu belirtirken, konuya ilişkin suistimallerin toplumun tümünü etkileyecek, demokratik topluma kökten zarar verebilecek niteliğine dikkat çekmektedirler. Mahkemenin yeni tarihli öngörülen 6 koşula ek güvencelerin getirilmesini tavsiye eden kararlarını örnek gösteren karşı oy yazısı mahkemenin icra öncesi yargısal denetimin en iyi güvence olduğu tespitine katılmakla beraber bu hususun bütün toplu gözetim uygulamalarında standart olarak uygulanmasını önermektedir.

Mahkemenin yabancı istihbarat servisleri ile olan istihbarat paylaşımına ilişkin tespitleri ise ilk olması açısından önem arz etmektedir. Mahkeme istihbarat paylaşımı neticesinde elde edilen bilgilerin de bütün gizli gözetim tedbirleri gibi sonucunda elde edilenlerle aynı prosedüre tabi olması gerektiğini kararında açıkça belirtmektedir. Bu kapsamda Birleşik Krallık’ın ilgili mevzuatını diğer gizli gözetim tedbirleri gibi incelemeye tabi tutan mahkeme öngörmüş olduğu güvencelerin mevzuatta mevcut olduğunu belirterek hak ihlali bulunmadığına hükmetmiştir. Ancak mahkeme için yeni olan istihbarat paylaşımı hususu yakın gelecekte sıkça mahkemenin önüne

gelebilecektir. İstihbarat teşkilatları arasında oldukça yaygın olan istihbarat paylaşımı hususu diğer ülke mevzuatları açısından incelenmemiş vaziyettedir.

Mahkeme kararının genel bir değerlendirmesi yapılacak olursa, mahkemenin büyük oranda başvuru sahiplerinin konuya ilişkin endişelerine hak verdiği, yapılan toplu gözetim faaliyetinin özel hayata ciddi şekilde temas eden niteliğiyle ilgili hemfikir olduğu söylenebilir. Bununla beraber mahkeme bu noktada uzun yıllardır süregelen içtihadını tekrarlamış ve küresel bazda karşı karşıya kalınan tehditlerin bertaraf edilmesinin meşru bir sebep olarak kabul edilmesinin bir zorunluluk olduğunu tekrarlamıştır. Terör gruplarının, insan ve uyuşturucu kaçakçılarının bilgi teknolojilerinin bütün nimetlerinden faydalanırken devletlerin bu imkânları kullanmaması bu unsurlarla yapılan mücadeleyi büyük oranda zafiyete uğratacaktır.

Bununla birlikte toplu gözetimin kontrolsüz bir şekilde kullanılması sebebiyle ortaya çıkabilecek sakıncaları da kararında belirtmiştir. Gerekli yasal güvencelerin ve denetimin eksikliği mahkemeye göre sadece kişilerin özel hayatına müdahale edilmesi sonucunu doğurmaz, demokratik topluma ve hukuk devleti ilkelerine geri dönülmez şekilde zarar verebilir. Bu tip istismarların önüne geçilebilmesi için özellikle uygulanacak tedbirlerin yasal dayanağının bulunması yanında söz konusu düzenlemelerin idarenin keyfi müdahalesini önleyecek güvenceler ve kontrol mekanizmalarıyla donatılmış olması şarttır. Mahkeme de bu düşüncelerle paralel olarak toplu gözetimin prensip olarak uygulanabilir olduğunu ancak mevzuattaki eksiklikler sebebiyle hak ihlali olduğuna hükmetmiştir.

KAYNAKÇA

- AİHM, (1978). *Klass ve diğerleri/Almanya kararı*. “B.S.: 5029/71”, 06 Eylül. 14.02.2020 tarihinde [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57510%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57510%22]}) adresinden alınmıştır.
- AİHM, (1984). *Malone/Birleşik Krallık kararı*. “B.S.: 1979/8691”, 2 Ağustos. 14.02.2020 tarihinde [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57533%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57533%22]}) adresinden alınmıştır.
- AİHM, (1987). *Leander/İsveç kararı*. “B.S.: 116”, 26 Mart 1987. 14.02.2020 tarihinde [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57519%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57519%22]}) adresinden alınmıştır.
- AİHM, (1990). *Huvig/Fransa kararı*. “B.S.: 11105/84”, 24 Nisan. 15.02.2020 tarihinde <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57627> adresinden alınmıştır.
- AİHM, (1998). *Valenzuela Contreras/İspanya kararı*. B.S: 27671/95, 30 Temmuz. 14.02.2020 tarihinde <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58208> adresinden alınmıştır.
- AİHM, (2000a). *Amann/İsviçre kararı*. “B.S.: 27798/95”, 16 Şubat. 14.02.2020 tarihinde <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58497> adresinden alınmıştır.
- AİHM, (2000b). *Rotaru/Romanya kararı*. “B.S.: 1995/28341”, 4 Mayıs. 14.02.2020 tarihinde [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-58586%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-58586%22]}) adresinden alınmıştır.
- AİHM, (2000c). *Uzun/Almanya kararı*. “B.S.: 35623/05”, 4 Mayıs 2000. 14.02.2020 tarihinde [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-100293%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-100293%22]}) adresinden alınmıştır.
- AİHM, (2003). *Prado Bugallo/İspanya kararı*. “B.S: 58496/00”, 18 Mayıs. 15.02.2020 tarihinde <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-65499> adresinden alınmıştır.
- AİHM, (2006). *Weber ve Saravia/Almanya kararı*. “B.S.: 54934/00”, 26 Haziran. 14.02.2020 tarihinde <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76586> adresinden alınmıştır.
- AİHM, (2008). *The association for European integration and human rights and Ekimdzhiiev/ Bulgaristan kararı*. “B.S.: 62540/00”, 30 Ocak. 14.02.2020 tarihinde <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81323> adresinden alınmıştır.
- AİHM, (2010). *Kennedy/Birleşik Krallık kararı*. “B.S: 26839/05”, 18 Mayıs. 15.02.2020 tarihinde <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-65499> adresinden alınmıştır.

- AİHM, (2012). *Telegraaf media Nederland Landelijke media B.V. ve diğerleri/Hollanda kararı*. “B.S: 39315/06”, 22 Kasım. 15.02.2020 tarihinde <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114439> adresinden alınmıştır.
- AİHM, (2015). *Roman Zakharov/Rusya kararı*. “B.S.: 47143/06”, 4 Aralık. 14.02.2020 tarihinde [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-159324%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-159324%22]}) adresinden alınmıştır.
- AİHM, (2016). *Szabó ve Vissy/Macaristan kararı*. “B.S.: 37138/14” 26 Haziran. 14.02.2020 tarihinde <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-160020> adresinden alınmıştır.
- AİHM, (2018a). *Centrum För Rättvisa/İsveç kararı*. “B.S: 35252/08”, 19 Haziran. 15.02.2020 tarihinde <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-183863> adresinden alınmıştır.
- AİHM, (2018b). *Big brother watch ve diğerleri/Birleşik Krallık davası basın bilgi notu*, 13 Eylül. 16.02.2020 tarihinde https://www.echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Brother_Watch_ENG.pdf adresinden alınmıştır.
- AİHM, (2019). *Big brother watch ve diğerleri /Birleşik Krallık kararı*. “B.S.: 58170/13, 62322/14, 24960/15”, 4 Şubat. 10.02.2020 tarihinde [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-186048%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-186048%22]}) adresinden alınmıştır.
- AİHM, (2020). *Kitle gözetim hakkında tematik bilgi notu*, 7 Eylül. 17.11.2020 tarihinde https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Mass_surveillance_ENG.pdf adresinden alınmıştır.
- Akıpek, J., Akıntürk, T. ve Ateş, D. (2012). *Türk medeni hukuku (Başlangıç hükümleri – kişiler hukuku)* Cilt: 1, 9. bs. İstanbul: Beta Yayınları.
- Akyürek, G. (2011). *Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Amerikan Merkezi Haber Alma Teşkilatı, (2010) *A look back . Sherman Kent: The father of intelligence*, 6 Mayıs. 12.05.2020 tarihinde <https://www.cia.gov/news-information/featured-story-archive/2010-featured-story-archive/sherman-kent-the-father-of-intelligence.html> adresinden alınmıştır.
- Arslan Öncü, G. (2011). *AİHS’de özel yaşamın korunması hakkı*. İstanbul: Beta Basım.
- Ataç, K.K. (2019). İstihbarat, casusluk, karşı casusluk, örtülü operasyonlar ve güvenlik. *Güvenlik Yazıları Serisi*, No.45, Kasım. 12.05.2020 tarihinde https://trguvenlikportali.com/wpcontent/uploads/2019/12/Istihbarat_KKAtac_v.2.pdf adresinden alınmıştır.

- Atak,S. (2007). Birleşmiş Milletler insan hakları komitesi kararlarında özel yaşam hakkı. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), 169-182.
- Avrupa Adalet Divanı, (2004). *Digital rights Ireland kararı*. “B.S: C-293/12, C-594/12,”, 8 Nisan. 15.02.2020 tarihinde <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0293&from=EN> adresinden alınmıştır.
- Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu (2015). *Sinyal istihbaratı teşkilatlarının demokratik gözetimi*, 15 Kasım. 14.07.2010 tarihinde [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2015\)011-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2015)011-e) adresinden alınmıştır.
- Bozlak, A. (2013). *Türk ceza hukukunda özel hayatın korunması*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Darıcı, A.B. (2018). *Edward Snowden olayı kapsamında Rusya Federasyonu ve Amerika Birleşik Devletleri arasındaki siber mücadelenin analizi: Tesam II*. Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi, Quo Vadis Türkiye? (Ekonomik, Siyasal, Sosyal ve Güvenlik Boyutlarıyla Türkiye'nin Gelecekteki Konumu) 1-2 Kasım, Bursa, 9-27.
- Gemalmaz, B. (2005). *Avrupa insan hakları sözleşmesinde ve Türk hukukunda çocuğun bedensel cezaya karşı korunması*. İstanbul: Legal Yayınevi.
- Gemalmaz, M.S. (2012). *Ulusalüstü insan hakları hukukunun genel teorisine giriş*, cilt.1, 8. bs. İstanbul: Beta Yayınevi.
- Gözler, K. (1998). *İnsan hakları normlarının anayasaüstülüğü sorunu: Türkiye’de İnsan Hakları Konferansı*, 7–9 Aralık, Ankara, 25-46.
- Gözübüyük, Ş. ve Gölcüklü, F. (2011). *Avrupa insan hakları sözleşmesi ve uygulaması*, 9. bs. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Greenwald G. (2013). *NSA collecting phone records of millions of Verizon customers daily*, the Guardian, 6 Haziran. 15.02.2020 tarihinde <https://www.theguardian.com/world/2013/jun/06/nsa-phone-records-verizon-court-order> adresinden alınmıştır.
- Greenwald G. ve Ackerman S. (2013). *How the NSA is still harvesting your online data*, the Guardian, 27 Haziran. 15.02.2020 tarihinde <http://www.theguardian.com/world/2013/jun/27/nsa-online-metadata-collection> adresinden alınmıştır.
- Helvacı, S. (2012). *Gerçek kişiler*, 4. bs. İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Inkster, N. (2014). The Snowden revelations: Myths and misapprehensions. *Survival: Global Politics and Strategy*, 56(1), 51-60.
- Kaboğlu, İ.Ö. (2002). *Özgürlükler hukuku: İnsan haklarının hukuksal yapısı*, 6. bs. Ankara: İmge Yayınları.

- Keithly, D.M. (2010). Intelligence fundamentals. İçinde K.G. Logan (Ed.), *Homeland security and intelligence*. California: Praeger Security International.
- Kılınç, Ü. (2012). Teknik araçlarla yapılan gizli izlemelerin Avrupa insan hakları sözleşmesine uygunluğu sorunu. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 3(9), 1-32.
- Kilkely, U. (2003). *Özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı: Avrupa insan hakları sözleşmesinin 8. maddesi'nin uygulanmasına ilişkin kılavuz*. 2. bs. Ankara: Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü.
- Landau, S. (2013). Making sense from Snowden: What's significant in the NSA surveillance revelations. *IEEE Security & Privacy*, 11(4), 54-63.
- MacAskill E. (2013). *GCHQ intercepted foreign politicians' communications at G20 summits*, the Guardian, 17 Haziran. 15.02.2020 tarihinde <https://www.theguardian.com/uk/2013/jun/16/gchq-intercepted-communications-g20-summits> adresinden alınmıştır.
- Marder, B., Joinson, A., Shankar, A., Houghton, D. (2016). The extended 'chilling' effect of Facebook: The cold reality of ubiquitous social networking. *Computers in Human Behavior*, 60, 582-592.
- Richelson, J.T. (2012). *The US intelligence community*. Philadelphia: Westviews Pres.
- Salihpaşaoğlu, Y. (2013). Özel hayatın kapsamı: Avrupa insan hakları mahkemesi içtihatları ışığında bir değerlendirme. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 17(3), 227-266.
- Schuster, Stefan, Van Den Berg, Melle, Larrucea, Xabier, Slewe, Ton, Ide-Peter, Kostic, (2017). Mass surveillance and technological policy options: Improving security of private communications, *Computer Standards & Interfaces*, 50, 76-82.
- Sözüer, A. (1997) Türkiye'de ve karşılaştırmalı hukukta telefon, teleks, faks ve benzeri araçlarla yapılan özel haberleşmenin bir ceza yargılaması önlemi olarak denetlenmesi, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1997, 55(3), 65-110.
- Sumner, S. (2016). *You: For sale: Protecting your personal data and privacy online*, Waltham: Syngress.
- Şen, E. (1996). *Devlet ve kitle iletişim araçları karşısında özel hayatın gizliliği ve korunması*. İstanbul: Kazancı.
- Tezcan, D., Erdem, M.R., Sancakdar, O.ve Önok, R.M. (2016). *İnsan hakları el kitabı*, 6. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- The chilling effect in constitutional law. (1969). *Columbia Law Review*, 69(5), 808-842.

- Turner, M.A. (2006). *Historical dictionary of United States intelligence- historical dictionaries of intelligence and counterintelligence*, No. 2. Maryland: The Scarecrow Press.
- Ünver,A. (2018). Politics of digital surveillance, national security and privacy, *EDAM, Cyber Governance and Digital Democracy*. 11.05.2020 tarihinde https://edam.org.tr/wp-content/uploads/2018/04/Chrest_Surveillance2.pdf adresinden alınmıştır.
- Üzeltürk, S. (2004). *1982 anayasası ve insan hakları sözleşmesine göre özel hayatın gizliliği hakkı*. İstanbul: Beta Basım.
- Warner, M. (2002). Wanted: A definition of intelligence, *Studies in Intelligence*, 46(3), 15-22.
- Yenisey, F. (2015). *Kolluk hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayın.
- Yıldırım, G. (2003). *Özel hayat, aile hayatı, haberleşme ve mesken: İnsan hakları Avrupa sözleşmesinin 8. maddesinin genişlemiş yorumu ile sağlanan koruma*. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, 26-27 Eylül, Ankara, 385-427.
- Yokuş Sevük, H. (2007). Postada el koyma ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 69, 97-124.

EXTENDED SUMMARY

Mass Surveillance in the Framework of the ECHR Judgments

Introduction

It can be said that the right to respect for private and family life, home and correspondence life regulated in Article 8 of the European Convention on Human Rights is more threatened than before, with the capability of technological developments to provide security and intelligence units. With the support of technologies such as data mining and artificial intelligence, mass surveillance has a domain well ahead of other secret surveillance methods and can penetrate the data of millions of people in a very short time. The most important thing that distinguishes mass surveillance from other secret surveillance methods is that it surges the entire internet network to obtain the information it needs without targeting a particular person as a result of a suspicion or evidence.

The study focuses on the concept of mass surveillance and its legal nature. For this purpose, following the examination of the basic concepts on the subject, the European Court of Human Rights Decisions on secret surveillance were examined and the case-law was tried to be determined. Subsequently, “The Big Brother Watch and Others/the United Kingdom case” was examined and the subject was discussed in this context and it was tried to touch upon the principles that will ensure the mass surveillance activity to be carried out in a legal manner.

Secret Surveillance Regime

As a result of the investigated decisions, it can be said that the ECHR adopted the view that the implementation of secret surveillance measures is essential to combat terrorism and other serious crimes, and this determination has stabilized since the 1970s when it examined the issue first time. According to the courts, it is not contrary to the provisions of the contract that the contracting states use such confidential investigative measures within right to appreciation to fulfil the responsibility for the prevention of such threats. However, when using this discretion, it is imperative that the legal basis and legitimate purpose recorded in the contract and the interventions comply with the democratic community requirements and proportionality criteria. These criteria are meticulously applied by the court in the examination of all secret surveillance measures in addition to mass surveillance.

Snowden Revelations and Case of Big Brother Watch/U.K

The Snowden revelation, which constitutes the subject of the case, can be regarded as an event that shows the point where mass surveillance measures can reach, and that has caused and continued to have great repercussions not only legally but also politically. As a result of the Snowden revelations, the legitimacy of the concept of mass surveillance which has begun to be discussed more turbulently became the subject of studies. In addition, one of the legal consequences of this process is the Big Brother Watch and Others/ the United Kingdom Case. The case increases its importance more and more with its contribution to the legal aspect of the issue, as well as its newsworthy.

Conclusion

It is possible to make some determinations about mass surveillance by making use of the court decision examined. While the Court found it necessary to operate certain legal safeguards used in secret surveillance measures in the implementation of mass surveillance, it was defined as a positive but not essential issue to introduce additional safeguards to those used in secret surveillance measures. However, considering the features that distinguish collective surveillance from other secret surveillance methods and partly concurring opinion of judges in the decision, it can be said that this finding is open to criticism.

However, as a result of examining the UK mass surveillance regime in accordance with the case law of secret surveillance, which has continued until today, the court has found that the anti-abuse measures at some stages in the mass surveillance procedure are insufficient, and that the legislation does not comply with the provisions of the contract. According to the court, procedure for filtering, storing and analyzing intercepted material lacking adequate safeguards and the administration's arbitrariness prevents the measure from passing through the lawfulness examination.

The court also examined this case for the first time in its history by examining complaints about intelligence sharing among intelligence agencies. According to the court, the acquisition and use of any information that falls within the scope of private life should have a legitimate purpose in accordance with the restrictions stipulated in the convention, no matter how the information is obtained. Therefore, the information obtained as a result of intelligence sharing can only be obtained and used by recording and

operating the prescribed procedures like those obtained in other secret surveillance methods.

It can be said that the Court generally found that the applicants' concerns regarding mass surveillance were reasonable and acceptable, but did not change their on-going case law on the matter, and, as with all secret surveillance measures, they could be applied in discretion, under the conditions set forth in the mass surveillance. However, in this decision, the court insists that such measures, which have the nature of heavy intervention to private life, are executed in accordance with strict formal conditions preventing the arbitrariness of the administration.