

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ İÇTİHADINDA AVUKATIN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNDEN KAYNAKLANAN İMTİYAZLAR

LEGAL PRIVILEGES DERIVING FROM ATTORNEY'S
CONFIDENTIALITY OBLIGATION IN THE CASE-LAW OF THE
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Ersan ŞEN*

Fatma Betül BODUR**

Özet: Aynı anda hem “yargı görevi yapan” ve hem de “serbest meslek mensubu” olan avukatlar; yargının kurucu unsurlarından bağımsız savunmayı temsil etmekte olup, kişinin adalet sistemine erişim hakkının gerçekleştirilmesinde işgal ettikleri benzersiz konum gereğince, sır tutma yükümlülüğü ve karşılığında çeşitli imtiyazlarla donatılmışlardır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları incelendiğinde; avukatın ofisinde yapılan arama ve el koyma ile avukatın telefonunun dinlenmesinin, avukatın “özel hayatını”, “konutunu” ve “yazışmalarını” ilgilendirdiği, mahkeme nezdinde avukatın müvekkili ile olan güven ilişkisine ayrı bir önem atfedildiği, bunun dürüst yargılanma hakkından kaynaklandığı, avukatın mesleki yaşantısına yapılan bir müdahalenin özel usuli güvencelere tabi olması gerektiği, ancak taraf devletlerin milli iktisadi menfaatleri korunması hususunda, avukat hakları aleyhine geniş bir takdir yetkisinden yararlandığı anlaşılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Avukat, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Mesleki İmtiyaz, Özel Hayata Saygı Hakkı, Özel Usuli Güvenceler, Sır Saklama Yükümlülüğü

Abstract: Attorneys, who both perform “judicial duties” and are “self-employed”, represent “independent defense” which is one of the fundamental elements of the judicial branch. Because of their unique role in enabling the person’s right to access to the judicial system, attorneys are equipped with confidentiality obligation and corresponding professional privileges. In light of the case-law of the European Court of Human Rights, it is seen that searches

* Prof. Dr.
** Stj. Avukat

and seizures conducted in an attorney's office, and wiretapping an attorney's telephones are considered as attorney's "private life", "home" and "correspondence" and that the Court bestows a different importance to attorney-client relationship due to the right to a fair trial. In the Court's view, any interference with the attorney's professional life must be subject to special procedural safeguards; however, it is observed from the case-law that State-parties enjoy a wide margin of appreciation, to the detriment of the rights of the attorney, when it comes to the preservation of national economic interests.

Keywords: Attorney, European Convention of Human Rights, Professional Privilege, Right to Privacy, Special Procedural Safeguards, Confidentiality Obligation

1. Giriş

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 6. maddesi uyarınca "yargı görevi yapanlardan" sayılan avukat; ceza yargılamasında şüphelinin veya sanığın savunmasını yapma (müdafi) veya katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu olan kişiyi temsil etme (vekil) görevlerini icra eden kişidir.

Yargıtay; avukat ile temsil ettiği kişi arasındaki ilişkiyi, şu şekilde açıklamaktadır: "Avukat ile müvekkili arasındaki sözleşme ilişkisinin temeli güven ve sadakat ilkelerine dayanmaktadır. Müvekkilin; her durumda avukatına güvenmesi, sırrını saklayacağından emin olması gerekir. Bu nedenle Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesinde, avukatların görevlerini yükümlü oldukları ifade edilmiş ve Yasa'nın 36. maddesinde de görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açıklamaları yasaklanarak sır saklama yükümlülükleri öngörülmüştür.

Avukatın, müvekkilinin sırrını saklama yükümlülüğü üçüncü kişiler yanında mahkemelere, savcılıklara ve idari birimlere karşı da geçerlidir. Avukatlık meslek sırrı, avukatın mesleğini icra ederken öğrendiği, herkes tarafından bilinmeyen, açıklanması halinde vekil edenin maddi ya da manevi zarara uğrayacağı, üçüncü kişilerden gizlenen özel yaşama dair bilgilerdir. Avukatın mesleği ile bağlantılı olarak öğrendiği, vekil edene ait özel ilişkileri, sağlık bilgileri, mali durumu, kişisel bilgileri gibi gerektiğinde bulunduğu yer ya da adresi de sır kapsamına dâhildir. Avukata yüklenen sır saklama yükümlülüğü, vekil edenin adli/idari merciler karşısında daha etkin, yerinde ve etraflıca iddiada bulunması veya savunma yapması ile doğrudan bağlantılıdır. Avukatın meslek sırrını koruması ise uluslararası antlaşmalar ve Anayasamızda gü-

vence altına alınan özel yaşamın gizliliğinin sonucu olmanın yanında yerine getirilen kamu hizmetinin içeriği ve niteliği ile de ilgilidir”.¹

Türk Hukuku; Yargıtay’ın 14.11.2011 tarihli kararında açıkladığı üzere, avukatı ve avukatlık mesleğini çeşitli yükümlülüklerle ve bunlara bağlı imtiyazlarla donatmıştır. Şöyle ki;

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “Meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme” başlıklı 46. maddesine göre; avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler hakkında tanıklık yapmaktan çekinme hakları olup, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun “Sır saklama:” başlıklı 36. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında “Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse, Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır.

Avukatların birinci fıkra yazılı hususlar hakkında tanıklık edebilmele-ri, iş sahibinin muvafakatini almış olmalarına bağlıdır. Ancak, bu halde dahi avukat tanıklık etmekten çekinebilir. Çekinme hakkının kullanılması hukuki ve cezai sorumluluk doğurmaz.” hükmüne yer verilmiştir.

“Avukat bürolarında arama, el koyma ve postada el koyma” başlıklı CMK m.130’a göre;“(1) Avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur.

(2) Arama sonucu el koyulmasına karar verilen şeyler bakımından büro-
sunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bun-
ların avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu öne sürerek
karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bu-
lunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evre-
sinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden
istenir. Yetkili hâkim el koyulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki mesleki
ilişkiye ait olduğunu saptadığında, el koyulan şey derhal avukata iade edilir
ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu fıkra da öngörülen
kararlar, yirmi dört saat içinde verilir.

¹ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 14.11.2011, 2009/19013 E., 2011/21017 K.

(3) *Postada el koyma durumunda bürosunda arama yapılan avukat veya baro başkanı veya onu temsil eden avukatın karşı koyması üzerine ikinci fıkra da belirtilen usuller uygulanır*".

"Müdafiin bürosu ve yerleşim yeri" başlıklı CMK m.136 uyarınca; *"Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında," "İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması"* başlıklı CMK m.135 hükmü tatbik edilmeyecektir.

Yargının kurucu unsurlarından bağımsız savunmayı temsil eden avukat, bir yargı mensubu olarak kamu hizmeti yerine getirir. Avukatın sır saklama yükümlülüğü vardır, hatta temsil ettiği kişinin iznine rağmen mesleki sırlarını açıklamaktan imtina edebilir ki, bu nedenle avukat yerine getirdiği yargı hizmeti sırasında dinlenemez, takip edilemez ve dosyaları ile yazışmaları incelenemez. Genel kaide budur, ancak avukatın şahsi veya mesleğini kötüye kullanmak suretiyle suç işlediği veya suça iştirak ettiği iddia edilmekte ise, şahsi olarak veya görevi sırasında veya görevinden dolayı işlediği iddia edilen suçla ilgili prosedür ne ise, o usul tatbik edilerek avukat hakkında yargılama yapılabilir. Bunun dışında, hangi gerekçe ile olursa olsun bir avukatın mesleki nedenle takibi veya temsil ettiği bazı kişilerin işlediği iddia edilen suçlar nedeniyle bürosu, konutu, aracı, çantası ve üstü aranamaz, dosyalarına, belgelerine, bilgisayar kayıtlarına ve cep telefonuna el koyulamaz, çünkü savunma dokunulmazdır ve hiçbir yarar onun üstünde kabul edilemez. Kamu otoritesi, kamu düzeni veya başka bir gerekçe ile bazı suçlar bakımından özel ve sıkı tedbirler almak isteyerek, kişi hak ve hürriyet alanlarını daraltmayı amaçladığında, bu kapsama avukatın mesleki faaliyetleri ve özellikle de şüphelinin veya sanığı müdafiliğini yaptığı safahat girmez. Savunmayı temsil eden ve temsil ettiği kişiye hukuki yardımda bulunan avukat, kamu otoritesinin veya bir başkasının müdahalesi olmaksızın savunma görevini yerine getirebilmeli, bu sırada kısıtlamaya veya baskıya uğramamalı, yasal veya tatbikat istisnaları ile görev alanı daraltılmamalıdır.

CMK m.149/3'e göre; *"Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz"*.

“Müdafi ile görüşme” başlıklı CMK m.154/1’e göre; “Şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duymayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tabi tutulamaz”.

Görüleceği üzere; Türk Hukuku’nda, kişinin savunma ve mahkemeye erişim haklarını kullanması için oldukça önemli bir rolü bulunan avukat ile ilgili, bu görevini yerine getirmesi için bazı özel düzenlemelere gidilmiştir. Avukatın sır tutma yükümlülüğünün karşısında, tanıklıktan çekinme hakkı ile arama ve el koymada usuli güvenceler mevcuttur. Bu gibi hak ve yükümlülükler; Türk Hukuku’na özgü olmayıp, parçası olduğumuz İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) Sistemi içerisinde de bir “insan hakları meselesi” olarak değerlendirilmektedir. Bu çalışmada; mesleği sebebiyle avukatın çalışma sahasına tanınan ayrıcalıklar, İHAM içtihadı çerçevesinde incelenecektir.

2. İHAS m.8 Çerçevesinde Avukatın Hak ve Yükümlülükleri

“Özel ve aile hayatına saygı hakkı” başlıklı İHAS m.8’e göre; “1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir”.

2.1. Avukatın Bürosunda ve Evinde Yapılan Arama ve El koyma

2.1.1. İHAS m.8 avukatlık bürolarını kapsar mı?

İHAM’ın 16.12.1992 tarihli, 13710/88 başvuru numaralı Niemietz - Almanya kararında, başvuru Freiburg’da serbest avukatlık yapmaktadır. 09.12.1985 tarihinde; kilise vergisini ödemeyi reddeden bir işveren hakkında devam eden kovuşturmada görevli hâkime, başvurunun başkanlığını yaptığı yerel siyasi parti Freiburg Bunte Liste’ye bağlı Kilise Karşıtı Çalışma Grubu adına, farazi olduğu tahmin edilen bir kişinin imzasıyla mektup gönderilmiştir.² 1985 yılının sonuna ka-

² Niemietz - Almanya, 16 Aralık 1992, par.7, Seri A no. 251-B.

dar *Bunte Liste*'ye gönderilen postaların önemli bir kısmı, başvurucunun ortağı ile birlikte çalıştığı avukatlık bürosuna gönderilmiş olup, hâkime giden mektupta olduğu gibi, Parti tarafından gönderilen postalarda, gönderenin adresinde yalnızca posta koduna yer verilmektedir.³ Bu nedenle; mektubu "gönderen" ve farazi olduğu tahmin edilen Klaus Wegner isimli şahsa ulaşamadığında, başvurucu ve meslektaşına danışılmış, onlar da bu kişi hakkında bilgi vermeyi reddetmişlerdir. Bunun üzerine, Münih Bölge Mahkemesi tarafından 08.08.1986'da başvurucunun ofisi ile ilgili arama emri çıkarılmıştır.⁴

13.11.1986'da ofiste yapılan arama; Freiburg Kamu Savcılığı temsilcileri ve polis memurlarının katılımı ile gerçekleştirilmiş, ofiste çalışan yardımcılarının katılımı ile ofis gözden geçirilmiş, esas arama işlemi 09.15'de başvurucunun ortağının gelmesi üzerine başlamış, başvurucu ofise 09.30'da ulaşmış ve arama 10.30'da sonlanmıştır. Başvurucu, kendi aleyhine ceza yargılaması başlatılması riski taşıdığından bahisle, Klaus Wegner hakkında bilgi vermeyi reddetmiştir.⁵ Arama sırasında müvekkil bilgilerini içeren dört dolap ve ayrıca bazı klasörler incelenmiş, aramada herhangi bir bilgi veya belge bulunamamış, hiçbir şeye el koyulmamıştır. Sonradan ifade ettiğine göre başvurucu, Klaus Wegner ile ilgili bilgi ve belgeleri zamanında imha etmiştir. Klaus Wegner yönünden başlatılan soruşturmada takipsizlik kararı verilmiştir.⁶

Başvurucu tarafından arama emrinin hukuka aykırılığı hakkında yapılan itiraz; 27.03.1987 tarihinde Münih I Bölge Mahkemesi tarafından, arama zaten gerçekleştirildiğinden ve an itibarıyla aramanın hukuka aykırılığının tespitinde herhangi bir hukuki yarar bulunmadığından bahisle reddedilmiştir.⁷ Aramanın keyfi yapıldığına dair bir bulgu olmadığı gibi, *Bunde Liste*'nin postaları uzun zamandır ofise iletildiğinden, mektubun avukat ile müvekkil arasındaki güven ilişkisine dâhil olduğu sonucuna varmak da mümkün değildir. Ayrıca; arama kararının ait olduğu soruşturma, önemli bir menfaate ilişkin olup, hâkimin onuru ile ilgilidir.⁸ Başvurucu, iç hukuk yollarından lehine bir sonuç alamamıştır.

³ Niemietz - Almanya, supra 1, par.9.

⁴ Niemietz - Almanya, supra 1, par.10.

⁵ Niemietz - Almanya, supra 1, par.11.

⁶ Ibid.

⁷ Niemietz - Almanya, supra 1, par.15.

⁸ Ibid.

Başvurucunun iddiası, aramanın İHAS m.8’de korunan haklarını ihlal ettiğidir. İHAM *Niemetz* kararında, avukatlık bürosunda yapılan aramaların İHAS m.8 anlamında “özel hayata”, “konuta” ve “yazışmalara” müdahale teşkil ettiğini tespit etmiştir. İHAM’ın gerekçesine göre;

Ø “Özel hayat” kavramının, kesin çizgilerle tanımlanması mümkün olmamakla birlikte, kavramın şahsın en samimi çevresiyle sınırlandırılması doğru değildir. Mesleki yaşantının “özel hayat” kapsamı dışında kaldığı kabul edilemez, çünkü pek çok insan iş hayatlarında anlamlı ilişkiler geliştirmektedir. Özellikle serbest meslek mensubu insanların mesleki hayatlarının nerede başlayıp nerede bittiğini belirlemek zordur. Özetle İHAS m.8, iş hayatını da kapsamaktadır.⁹

Ø “Konut” kelimesinin kapsamına gelindiğinde ise, İHAS’ın İngilizce ve Fransızca asılları arasındaki anlam farkına dikkat çekilmesi gerekmektedir. “Konut”, İHAS’ın İngilizce metninde “home” olarak yer almakta ise de, metnin eş bağlayıcılıkta olan Fransızca metni “domicile” kavramını kullanmaktadır ki, “domicile” Türk Dil Kurumu’na göre de “insanların içinde yaşadıkları ev” olarak tanımlanan konuttan ve home’den daha geniş bir anlama sahip olup, işyerlerini de içermektedir.¹⁰

Ø Ayrıca; “özel hayat” ve “konut” terimlerinin dar yorumlanması zaten İHAS’ın “bireyi kamu otoritesinin keyfi müdahalelerinden koruma” amacına aykırıdır.¹¹

Ø Her ne kadar yukarıda yer verilen genel açıklamalar yeterli olsa da, İHAS m.8’in neden uygulanabilir olduğuna dair destekleyici bir argüman daha ortaya koyulabilir. Münih Bölge Mahkemesi tarafından verilen arama ve el koyma emri, hiçbir tanım ve tarife yer vermeksizin, Klaus Wagner’in kimliğini ortaya çıkaran “belgelerin” incelenmesi ile ilgidir. Arama yapan memurlar dört dolabı ve ayrıca bazı klasörleri incelemişlerdir ki, müvekkillere ait bilgileri içeren belgeler İHAS m.8 kapsamında “yazışma” olarak değerlendirilebilir.¹²

⁹ Niemietz - Almanya, supra 1, par.29.

¹⁰ Niemietz - Almanya, supra 1, par.30.

¹¹ Ibid.

¹² Niemietz - Almanya, supra 1, par.32.

Müdahale; Alman kanunlarına uygun olup, suçun önlenmesi ve başkalarının (mektubu alan hâkimin) haklarının korunması meşru amacına hizmet etmektedir, ama demokratik toplumun gerekleri ile uyumlu mudur?

Arama ve el koyma emrinde geniş bir tabirle “belgeler” terimine yer verilmesi, Alman Hukuku’nda avukat bürolarında yapılan aramalarda ve el koymada, bağımsız bir avukatın aramayı ve el koymayı denetlemesi gibi özel bir usuli tedbirin bulunmaması, özellikle de incelenen materyalin avukat ile müvekkili arasında “mesleki sır” olarak nitelendirilen cinsten bilgiler içermesi ve mesleki sırrın İHAM m.6 dolaşısıyla adaletin tesisinde önemli bir rolünün bulunması gerekçeleriyle; müdahalenin orantısız olduğu sonucuna varan İHAM, başvurucunun İHAM m.8 ile korunan haklarının ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹³

Karardan anlaşılacağı üzere; İHAM’a göre, avukatlık büroları İHAM m.8 kapsamında “konut” olup, avukatlık mesleğinin icrası “özel hayat” teşkil etmektedir. Bürolarda bulunan, meslek sırrı niteliğinde müvekkilin işine ilişkin bilgi içeren belgeler ise, aynı maddede koruma altına alınan “yazışma” kapsamındadır. Avukatlık büroları için ayrıca usuli güvenceler öngörülmediği ve uygulanmadığı sürece, bu mekânlarda yapılan arama ve el koyma İHAM m.8’i ihlal edecektir.

2.1.2. Avukatın “bürosunun” sınırı nedir?

İHAM’ın 20.12.2016 tarihli ve 18700/09 başvuru numaralı *Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç* kararına konu somut olayda; Vergi Dairesi, 20.01.2006’dan itibaren İsveçli şirketler *Ergonia Sweden AB*, *SNS-LAN Trading AB (SNS)* ve *Mousse Trapper Nordic AB* hakkında katma değer vergisi, çalışanların sosyal güvenlik primleri ve gelir vergisi ile ilgili denetim yapmaktadır.¹⁴

04.03.2008 tarihinde Vergi Dairesi; Bölge İdare Mahkemesi’ne başvurmuş, *SNS*’in İsviçreli bir şirket ile “şüpheli” işlemleri olduğunu belirtmiş, bu ikinci Şirketin paravan şirket olabileceğini vurgulamış, avukat Toivo Jurik de dâhil olmak üzere İsveçli şirketleri yöneten kişilerin muhtemelen İsviçreli şirketin yönetiminde de bulunduklarını, bu

¹³ Niemietz - Almanya, supra 1, par.37.

¹⁴ Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, Başvuru No: 18700/09, par.6, İHAM 2016.

konuda Bay Jurik'ten bilgi alamadıklarını, bu nedenle SNS'ye yönelik bazı tedbirler alınması gerektiğini belirtmiştir.¹⁵ Ancak SNS yakın zamanda tasfiye edildiğinden, şirkette arama ve elkoyma yapılmasına imkan yoktur, bu nedenle arama talebi, SNS de dâhil olmak üzere yukarıda sayılan üç şirketi Vergi Dairesi nezdinde temsil eden avukat Toivo Jurik ile bağlantılı iki adres yönünden yapılmıştır. İki adresten ilki, üç şirketin ana şirketi konumunda olan *Draupner* olup, bu şirket çocuklarına ait olmakla birlikte, Toivo Jurik tarafından yönetilmektedir. Gerekli belgeler avukat Jurik'in ara sıra ev olarak da kullandığı bir dairesi bulunan *Draupner'* de ele geçirilemezse, Toivo Jurik'in başvuru hukuk bürosunda bulunan ofisi aranacaktır.¹⁶

Bahsi geçen emir uyarınca önce Toivo Jurik'i temsilen, başvuru büroda çalışan avukat Carl Lindstrand'ın ve sonlarına doğru aynı yerde çalışan ve SNS'nin tasfiyesini yapan avukat Rolan Möller'in gözetiminde *Draupner* aranmış,¹⁷ burada muhasebeye ilişkin 19 dosyaya el koyulmuş ve USB diskin ve bir de hard diskin imajı alınmış, ardından başvuru hukuk bürosunun aramasına geçilmiştir. Avukatlar Lindstrand ve Möller hukuk bürosunda yapılan aramayı da gözlemlemiş, incelenen belgelerin meslek sırrı teşkil edip etmediği tartışılmış, ilgili hiçbir şey bulunamamış ve büroda el koyma işlemi gerçekleştirilmemiştir.¹⁸

Başvurucu “meslek sırrı” gerekçesine dayanarak, ilgili arama kararlarına itiraz etmiş ve imajı alınan dijital materyalin iade edilmesini talep etmişse de, İsveç'te mevcut iç hukuk yollarından lehine bir sonuç alamamıştır. İHAM, denetim neticesinde SNS ve *Draupner* yönünden takipsizlik kararı verildiğinin altını çizmiştir.¹⁹ Başvurucu, İHAS m.8'in ihlal edildiğini iddia etmektedir.²⁰

¹⁵ Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, supra 14, par.6-7.

¹⁶ Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, supra 14, par.9.

¹⁷ Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, supra 14, par.11.

¹⁸ Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, supra 14, par.15.

¹⁹ Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, supra 14, par.46.

²⁰ Esasen; başvuru başvurusunda, İHAS'ın farklı maddelerine de dayanmış olup, bu başvurular işbu çalışmanın konusu dışında kaldığından, çalışmaya dâhil edilmemiştir. İHAS m.8'in ihlal edilmediği sonucuna varılan bu kararda, bilhassa İHAS m.8 gereğince m.13'ün ihlal edildiği yönünde yapılan tespit oldukça önemlidir. Mahkemeye göre; İHAS m.8 kapsamında değerlendirilebilen tartışmaya açık bir şikâyeti olan başvuru hukuk bürosunun m.13 ile koruma altına alınan etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddiası, m.8'in ihlal edilmediğinden bahisle reddedileme-

İHAM; taraflar arasında başvuru hukuk bürosunda yapılan arama ve el koymanın özel hayata, konuta ve yazışmalara müdahale teşkil ettiği yönünden bir uyuşmazlık olmadığını, kendisinin ve bu hususu kabul ettiğini,²¹ müdahalenin varlığının tespit edilmesi aşamasında esas uyuşmazlığın *Daupner*'de yapılan aramada bir USB diskin ve bir hard diskin imajının alınmasından kaynaklandığını,²² bu noktada başvuru hukuk bürosunda hiçbir el koyma işleminin yapılmadığına ve el koymanın *Draupner*'de bulunan dairede gerçekleştirildiğine dikkat çekilmesi gerektiğini, yerel mahkemelerin bu dairenin *Daupner*'e bağlı bir işyeri niteliğinde olduğu sonucuna ulaştığını, "İnsan Hakları Avrupa Sisteminin ikincilliği" ilkesi gereğince İHAM'ın yerel mahkemelerin bu tespitini sorgulamayacağı, bu hususun yerel mahkemelerce detaylı bir şekilde incelendiğini, bu nedenle keyfi bir müdahaleden bahsedilemeyeceğini,²³ özetle başvuru avukatlık şirketine İHAS m.8 anlamında bir müdahale gerçekleştirildiğini, ancak başvuru avukatlık şirketinin ortaklarından olan avukatın aynı zamanda yöneticisi olduğu *Daupner* isimli şirkette yapılan arama ve el koymanın İHAS m.8 anlamında müdahale teşkil etmediğini belirtmiştir.²⁴

Kararın bu kısmından anlaşılabileceği üzere; avukatların avukatlık dışında bir işle ilgilenmeleri, örneğin bir şirketin yönetiminde görev almaları durumunda,²⁵ bu ikinci işlerini yürüttükleri işyerleri ("konut-

yecektir. Somut olayda İHAM özetle; *Draupner*'de imajı alınan dijital materyalin, dosyadan çıkarılması ile ilgili taleplerin yerel mahkemelerce değerlendirilmesi noktasında başvuru hukuk bürosunda etkili başvuru hakkından yararlandığı, ancak ilk arama kararı verilirken "*Draupner*'de bir şey bulunamaması halinde başvuru hukuk bürosunda devam edilebileceği" kararının alındığı Bölge İdare Mahkemesi duruşmasında taraf olmadığı gibi, bu hususta yaptığı itirazlar "karardan etkilenmediği" gerekçesiyle reddedildiğinden, bu hususun etkili başvuru hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.

²¹ Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, supra 14, par.84.

²² Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, supra 14, par.85.

²³ Ibid.

²⁴ Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, supra 14, par.86.

²⁵ Bu noktada belirtmeliyiz ki; 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlıkla birleşebilen işler:" başlıklı 12. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendi uyarınca, avukatın anonim, limitet, kooperatif şirketlerin ortaklığı, yönetim kurulu başkanlığı, üyeliği ve denetçiliği ve komandit şirketlerde komanditer ortaklık yapmaları avukatlıkla bağdaşmakta ise de, mesailerinin tamamını kapsayacak şekilde şirket yönetmeleri ile aynı Kanunun 11. maddesi uyarınca tacirlik yapmaları avukatlık ile bağdaşmayacaktır. Kararın, Türk Hukuku ile karşılaştırılarak okunması ve değerlendirilmesi gerekmektedir.

lar”) avukatların arama ve el koymada yararlandığı imtiyazlar dışındadır. İHAM’ın avukatın imtiyazlarını bu şekilde sınırlamasının nede-nini, avukatların bu imtiyazları suiistimal etmelerini önlemek olduğu düşünülebilir.

Kararın avukatlık bürosu ile ilgili kısmına geri dönüldüğünde; müdahalenin yasal olduğu, meşru bir amaca (ülkenin iktisadi refahına) hizmet ettiği açıktır.²⁶ Hâkim tarafından verilen arama ve el koyma izninin makul şüpheye dayanıp dayanmadığını, iznin sınırlarının anlaşılabilir ve makul bir şekilde çizilip çizilmediğini ve -avukatlık bürosunda yapılan aramalara özel olarak- aramanın -İHAS m.6 gözetilerek- mesleki sirlara saygı duyulmasını sağlamak amacıyla bağımsız bir gözlemcinin katılımı ile gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine bakılması gerektiğinin altını çizen İHAM;²⁷ hâkimin kararının makul dayanakları olduğunu,²⁸ avukatlar Jurik ve Möller’in incelenen dokümanın meslek sırrı olduğunu etkili bir şekilde ifade edip, ofiste yer alan belgelere el koyulmasını engelleyebildiklerini,²⁹ her ne kadar *Draupner*’de dijital materyalin imajının alınması İHAS m.8 kapsamında değerlendirilmemekte ise de, dijital materyalin mesleki sır içerebileceğini kabul ettiğini, somut olayda dijital materyallerden meslek sırrı niteliğinde bilgiler çıkmadığını, ancak başvuru tarafından bu nitelikte olduğu iddia edilen bilgilerin yerel mahkemelerce tutulup, Vergi Dairesine teslim edilmediğini, yani mesleki sır olduğu iddia edilen bilgilerin açıklanmadığını ifade etmiş³⁰ ve İHAS m.8’in ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.³¹

2.1.3. “Meslek sırrının” sınırı nedir ve bu çerçevede İHAS m.8 hangi usuli güvenceleri gerektirir?

İHAM’ın 19.09.2002 tarihli ve 62002/00 başvuru numaralı *Tamosius - Birleşik Krallık* kabul edilemezlik kararında; Milli Vergi Dairesi (*Inland Revenue*), başvuruçunun Londra’da bulunan avukatlık bürosu için çıkarılan arama ve el koyma emrini icra etmek istemiş, ancak baş-

²⁶ Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, supra 14, par.92-93.

²⁷ Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, supra 14, par.95.

²⁸ Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, supra 14, par.96.

²⁹ Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, supra 14, par.98.

³⁰ Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, supra 14, par.99.

³¹ Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, supra 14, par.102.

vurucunun ofiste bulunan dosyaların “meslek sırrı” kapsamında olduğunu öne sürmesi üzerine, emri icra etmemiştir.³² *Inland Revenue*; başvurucunun müvekkillerinden birisi olan Bay Frestadius hakkında bazı vergi suçlarını işlediği şüphesi ile kovuşturma başlatıldıktan sonra, başvuru avukatın da vergi kaçırdığı, yani suça iştirak ettiği şüphesi üzerine, ofiste arama ve el koyma yapılması için ceza mahkemesinden acele (*ex parte*) emir almıştır.³³

Arama 29.09.1999’da gerçekleştirilmiş, ancak taraflar arasında bir takım belgelerin “meslek sırrı” teşkil edip etmediği konusunda mutabakata varılamadığından, hiçbir şey incelenmemiş ve el koyulma işlemi gerçekleşmemiştir.³⁴ Başvurucunun avukatlarının aynı gün yaptığı başvuru üzerine, 30.09.1999’da mahkemece *Inland Revenue* tarafından el koyulabilecek bütün belgelerin opak çantalar içerisinde saklanması ve duruşmaya kadar açılmaması kararlaştırılmıştır. 30.09.1999’da *Inland Revenue* bazı gerçek ve tüzel kişilerin isimlendirildiği bir listenin eklendiği arama ve el koyma emri temin etmiş, bu emir 01.10.1999’da icra edilmiş ve 69 doküman, kitap ve dosyaya el koyulmuştur.³⁵ Aramada; memurların ilgili gördüğü belgeler, Adalet Bakanlığı’nın atadığı bağımsız bir avukat tarafından gözden geçirilmiş, bağımsız avukat, kendisine gösterilen belgelerin meslek sırrı teşkil edip etmediğini ve suç ögesi olup olmadığını³⁶ değerlendirmiştir. 29.09.1999 ve 01.10.1999 tarihli aramaların dayanağını oluşturan emirlerin hukuka aykırılığı yönünde yapılan itirazlar, başvuru lehine sonuç vermemiştir.³⁷ Başvurucu, İHAM nezdinde İHAS m.8 haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

İHAM; başvurucunun bürosunda yapılan aramanın İHAS m.8 ile koruma altına alınan haklarına müdahale ettiğini, bu müdahalenin hukuka uygun olduğunu ve meşru bir amaç (suçun önlenmesi ve devletin iktisadi refahı) için gerçekleştirildiğini, başvuruda esas uyuş-

³² Tamosius - Birleşik Krallık (kabul edilemezlik), Başvuru No: 62002/00, İHAM 2002-VIII., s.2.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

³⁵ Tamosius - Birleşik Krallık (kabul edilemezlik), supra 32, s.3.

³⁶ 1984 tarihli Birleşik Krallık Polis ve Cezai Deliller Kanunu’nun 10. maddesinin 2. fıkrasına göre, suç işlemek için kullanılan bilgi ve belgeler meslek sırrı kapsamında değerlendirilmemektedir.

³⁷ Tamosius - Birleşik Krallık (kabul edilemezlik), supra 32, s.3.

mazlığın müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı noktasında odaklandığını, çünkü avukatın bürosunun İHAS m.6 ile güvence altına alınan haklar ile adaletin tesisi açısından bilhassa önemli olduğunu belirtmiştir.³⁸

İlkelerin somut olaya uyarlanmasına gelindiğinde ise; arama ve el koyma emrinin vergi suçları ile ilgili olduğunu, mahkemece çıkarılan arama emirlerinde el koyulması gereken belgelerin kesin ve anlaşılır bir şekilde açıklandığını, arama sırasında Adalet Bakanlığı tarafından bağımsız bir avukatın belgelerin meslek sırrı niteliğinde olup olmadığını incelediğini, meslek sırrı niteliğinde olan belgelere el koyulması halinde *Inland Revenue*'nin bundan sorumlu tutulacağını ve doğan zararı tazmin edeceğinin kanunlarda düzenlendiğini, olası bir hatanın önlenmesi adına avukata ait bütün belgelerin koruma altına alınması gerektiğine ikna olmadığını ifade etmiştir.³⁹

Kabul edilemezlik kararından anlaşılabilceği üzere; “meslek sırrı” savunmasının sınırı, avukatın suç işlediği şüphesi ile yapılan arama ve el koymadır, yani “sır saklama yükümlülüğü”, avukatın suç işlemesini kolaylaştırmanın gerekçesi olarak kullanılamayacaktır.

24.06.2008 tarihli ve 18603/03 başvuru numaralı *Andre ve Diğeri - Fransa* kararına konu somut olayda; başvuru avukat ile avukatlık şirketi, geçirdikleri mali denetim süresince kendilerini temsil etmek üzere *Clinique Les Roches Claires*'den vekâlet almışlardır.⁴⁰ *Clinique Les Roches Claires*'in fiktif işlemler ve gerçeği yansıtmayan ücret bildirimleri yaptığı şüphesi üzerine, Vergi Dairesi tarafından Şirketin muhasebe ve vergi kayıtlarının incelenebilmesi adına başvuru avukatının ofislerinde arama ve el koyma yapılması için Marseilles Yüksek Mahkemesi'nden (*tribunal de grande instance*) izin alınmış⁴¹ ve ilgili arama 13.06.2001 tarihinde 7:30 ve 13:10 saatleri arasında, başvuru avukatın, Marseilles Baro Başkanının ve yüksek rütbeli polis memurunun katılımı ile gerçekleştirilmiştir.⁴² Arama neticesinde 66 belgeye el koyulmuş olup, belgeler arasında Marseilles Baro Başkanının meslek sırrı teşkil ettiğinin

³⁸ Tamosius - Birleşik Krallık (kabul edilemezlik), supra 32, s.8-9.

³⁹ Tamosius - Birleşik Krallık (kabul edilemezlik), supra 32, s.10.

⁴⁰ Andre ve Diğeri - Fransa, Başvuru No: 1860/03, par.4, İHAM 2008.

⁴¹ Andre ve Diğeri - Fransa, supra 40, par. 5-6.

⁴² Andre ve Diğeri - Fransa, supra 40, par. 8.

den bahisle el koyulmasına itiraz ettiği, başvuru avukatın el yazısıyla tuttuğu notlar da bulunmaktadır.⁴³

Başvurucular; el koyulan belgelerin mesleki sır teşkil ettiğinden, bu belgelere ilgili avukatın suç işlediğine dair bir şüphe bulunmadığından ve arama ve el koyma izninde Baro Başkanı veya Başkanın yetkilendirdiği bağımsız bir avukatın bulunması gerektiğinin açıkça yazmadığından bahisle arama ve el koymaya itiraz etmişlerdir. Fransız Yargıtayı itirazla ilgili kararında; Baro Başkanının katılımının arama ve el koyma emrinde açıkça yazmamasının, tek başına arama ve el koymayı hukuka aykırı hale getirmeyeceğini, önemli olanın bahsi geçen katılımın sağlanması olduğunu, izni veren yerel hâkim el koyulan belgeleri ilgili bulduğu sürece “mesleki sır” kuralının arama ve el koymaya engel teşkil etmeyeceğini belirtmiştir.⁴⁴

Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 56-1 maddesine göre; avukatın ofisinde arama, ancak avukatın bağlı olduğu baronun başkanının veya başkan tarafından yetkilendirilen avukatın katılımı ile bir hâkim tarafından gerçekleştirilebilir. Baro başkanı veya başkan tarafından yetkilendirilen avukat ile hâkimin, arama sırasında el koyulması istenen belgelerin “meslek sırrı” teşkil edip etmediğini denetlemesi gerekir. Dokümana el koyulmasından itibaren beş gün içerisinde, el koymaya itiraz edilebilir, sulh ceza hâkimi tarafından itiraz hakkında karar verilir, bu karar kesin olup, temyize tabi değildir.⁴⁵

Ayrıca; müvekkil ile avukat ve “resmi” yazışma olduğu açıkça işaretlendiği sürece avukat ile diğer avukatlar arasında geçen yazışmalar, toplantı notları ve dosya içerisinde yer alan tüm doküman mesleki sır kapsamında korunmaktadır.⁴⁶ Fransız Yargıtayı’nın konu ile ilgili verdiği bir kararına göre; hakkında ceza soruşturması olan bir kişi ile bu kişinin avukatı arasında yaşanan yazışmalara el koyulmasının hukuka uygun olduğu tek hal, el koyulan belgelerin avukatın da bu suça ortak olduğuna dair delil teşkil etmesidir.⁴⁷ Yüksek Mahkeme, avukat ve müvekkil arasında yazışmalara sağlanan bu korumanın, mesleki sırrı

⁴³ Andre ve Diğerleri - Fransa, supra 40, par. 9.

⁴⁴ Andre ve Diğerleri - Fransa, supra 40, par. 11.

⁴⁵ Andre ve Diğerleri - Fransa, supra 40, par. 13.

⁴⁶ Andre ve Diğerleri - Fransa, supra 40, par. 14.

⁴⁷ Andre ve Diğerleri - Fransa, supra 40, par. 15.

etkileyebilecek diğer iletişim yollarına da, örneğin telefon görüşmelerine de uygulanacağını belirtmiştir.⁴⁸

Başvurucu, ofisinde yapılan arama ve el koymanın İHAS m.8 ile korunan haklarını ihlal ettiğini iddia etmiştir.

İHAM; avukatın bürosunda yapılan arama ve el koymanın İHAS m.8 ile korunan haklara müdahale niteliğini taşıdığını, hukuka uygun olduğunu ve meşru bir amaç taşıdığını belirtmiş, değerlendirmesini müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı tartışmasına odaklamıştır.

İHAM; İHAS’da avukatlara, müvekkilleri ile olan ilişkileri ile ilgili bazı kısıtlamalar getirilemeyeceğine ilişkin bir yasak bulunmadığını, bunun özellikle avukatın bir suça iştirak ettiğine dair delilin ele geçirilmesi halinde veya kara para aklama gibi bazı suçlarla mücadele kapsamında geçerli olduğunu, ancak bu istisnaların sıkı usuli güvencelere tabi olması gerektiğini, çünkü avukatların devlet ve birey arasında “aracılık” işlevini yerine getiren yargı mensupları olduğunu ifade etmiştir.⁴⁹ Başvurucunun ofisinde yapılan aramada Baro Başkanı bulunduğundan, usuli güvencelere riayet edildiği söylenebilirse de, Baro Başkanının el yazılı notlara el koyulmasına itiraz etmesine rağmen, bunlara el koyulduğu, Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu m.56-1’e göre aramayı, arama ve el koyma kararını veren hâkimin gerçekleştirmesi gerektiği halde, somut olayda aramaya hâkimin katılmadığı ve en önemlisi de aramanın tamamen müvekkil *Clinique Les Roches Claires* yönünden yürütülen soruşturma ile ilgili olduğu, yani başvuru avukat ve avukatlık şirketinin suça iştirak ettiğine dair bir şüpheye dayanmadığı göz önüne alındığında, İHAS m.8’e yapılan müdahalenin gözetilen meşru amaç ile orantılı olmadığı açıktır.⁵⁰

2.2. Kopp - İsviçre Kararı Işığında Avukatın Telefon Görüşmelerinin Denetlenmesi

İHAM’ın 25.03.1998 tarihli ve 23224/94 başvuru numaralı *Kopp - İsviçre* kararı; başvuru Avukat Kopp’un ve avukatlık bürosunun

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Andre ve Diğeri - Fransa, supra 40, par. 42.

⁵⁰ Andre ve Diğeri - Fransa, supra 40, par.43-49.

(*Kopp&Partners*) telefonlarının, Federal Adalet ve Polis Departmanı eski başkanı eşi yönünden yapılan bir soruşturma sebebiyle “ilgili üçüncü şahıs” olarak nitelendirilip dinlenmesi ile ilgilidir. Başvurucu, İHAS m.8 ile korunan haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedir.

28.02.1988 tarihinde, *Kopp&Partners*’da çalışan bir avukata ABD’den İsviçre’ye bir vergi meselesi ile ilgili gönderilen adli yardım talebi mektubu hakkında danışılmak istenmiş, ancak *Kopp&Partners*’da Federal Adalet ve Polis Departmanı’nı ilgilendiren davalar takip edilmediğinden, dosya başka bir büroya yönlendirilmiştir.⁵¹

1988 yılının Kasım ayında, başvurunun yönetim kurulu başkanı olduğu bir şirketin adı kara para aklama davasına karışmış,⁵² başvuru eşinin talebi üzerine bu pozisyonundan istifa etmiş,⁵³ daha sonra eşi hakkında devlet sırrı niteliğinde bilgileri açıklama şüphesi ile parlamentoda inceleme başlatıldığında eşi de istifa etmiştir.⁵⁴ Parlamentoda yapılan inceleme sürecinde; *Kopp&Partners*’a gönderilen ancak başka bir büroya yönlendirilen adli yardım talebi mektubunda adı geçen bir ABD vatandaşı bir kişinin, belli bir miktar para karşılığında Federal Adalet ve Polis Departmanı’ndan temin edilebilecek ve devlet sırrı niteliğinde bilgi edindiği iddia edilmiştir.⁵⁵ Bu nedenle savcılık tarafından, Kopp çiftinin telefonlarının dinlenmesi kararı alınmıştır. Başvurucu “şüpheli” sıfatıyla değil, “ilgili üçüncü şahıs” olduğundan bahisle dinlemeye dâhil edilmiştir.⁵⁶ Süreçte başvurunun iş ve kişisel hatları denetime tabi tutulmuştur.

Başvurucu ve eşinin devlet sırlarını sızdırma fiili ile ilgileri olduğunu gösteren yeterli delil bulunmadığından takipsizlik kararı verilmesinin ardından, Savcılık başvurucuyu kendisinin ve bürosunun dinlendiği konusunda bilgilendirmiş, avukatlık mesleğinin icrası çerçevesinde yaptığı görüşmelerin denetlenmediği belirtilmiş ve bütün kayıtların imha edildiği ifade edilmiştir. Başvurucu; ilgili denetimin hukuka ve İHAS m.8’e aykırılığını adli ve idari yargı mercileri önünde iddia etmişse de, iç hukuk yollarından lehine bir sonuç alamamıştır.

⁵¹ Kopp - İsviçre, 25 Mart 1998, par.8, Raporlar 1998-II.

⁵² Kopp - İsviçre, supra 51, par.10.

⁵³ Kopp - İsviçre, supra 51, par.11.

⁵⁴ Kopp - İsviçre, supra 51, par.12.

⁵⁵ Kopp - İsviçre, supra 51, par.13-14.

⁵⁶ Kopp - İsviçre, supra 51, par.16.

İHAM'a göre; telefon görüşmelerinin dinlenmesi tek başına İHAS m.8/2 uyarınca "kamu otoritesi tarafından müdahale" teşkil etmektedir, kayıtların kullanılmadan imha edilip edilmemesinin bir önemi yoktur. Ancak İHAM'a göre bu müdahale kanunlara uygun değildir. Şöyle ki;

İHAM'ın yerleşik içtihadında müdahalenin "kanuniliği"; müdahalenin kanunlarda bir dayanağının bulunmasını, bu kanunların da ulaşılabilir ve öngörülebilir olmasını gerektirir. İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu ile İsviçre Yüksek Mahkemesi içtihadına bakıldığında dinlemenin kanuni dayanağının bulunduğu açıktır ve kanunlar ulaşılabilir niteliktedir, ancak İsviçre Hukuku "öngörülebilirlik" şartını sağlamamaktadır.

İHAM; Federal Kanunun şüpheli veya sanık ile ilgili bilgi aldığı-
nın veya verdiğinin düşünülmesi için somut vakıalar bulunan üçün-
cü kişilerin dinlenmesine izin verdiğini, ancak avukatların meslek
sırlarını açıklamaya zorlanmayacağını, esasen Kanunun lafzının net
olduğunu, yani bir avukatın telefonunun, bu avukat bir ceza yargıla-
masında şüpheli veya sanık olmadıkça dinlenemeyeceğini,⁵⁷ bu yolla
kanun koyucunun avukat ile müvekkil arasındaki güven ilişkisini ko-
rumayı hedeflediğini, bu hususun Savcılık makamının kararlarında da
belirtildiği, ancak yine de başvurucunun avukatlık bürosunun telefon
hatlarının dinlendiğini belirtmiştir.⁵⁸ Hükümet ise; başvurucunun te-
lefon hatlarının Federal Adalet ve Polis Departmanı'nın eski başkanı-
nın eşi olması nedeniyle dinlendiğini, yani avukatlık mesleği sebebiyle
dinlenmediğini, ayrıca süreci İsviçre telefon dinleme uygulamasında
olduğu üzere Federal Posta Ofisinde çalışan bir memurun denetledi-
ğini, memurun soruşturma ile ilgisiz bulduğu kayıtları belirlediğini ve
hiçbir kaydın Savcılığa gönderilmediğini ifade etmiştir.⁵⁹ İHAM, Hü-
kümetin cevaplarını ikna edici bulmamıştır.

Mahkemeye göre; İsviçre'de kanunlar ve içtihat, avukatların mes-
leki sırlarının güvence altında olduğunu belirtse de, bu güvencenin ne
olduğu yazılı bir şekilde kodifiye edilmemiş olup, avukatın imtiyazları
prensipte kabul edilmiş, avukatın "kişisel" işleri ile "mesleki" hayatı

⁵⁷ Kopp - İsviçre, supra 51, par.68.

⁵⁸ Kopp - İsviçre, supra 51, par.70.

⁵⁹ Kopp - İsviçre, supra 51, par.71.

arasındaki çizginin ne şekilde çizileceği ve kimin tarafından denetleneyeceği düzenlenmemiştir,⁶⁰ uygulamada bunu gerçekleştirenin ise bir devlet memuru, yani yargı erkinin değil de idarenin bir parçası olması kabul edilebilir değildir.⁶¹ Bu sebeple, İHAS m.8 ihlal edilmiştir.

2.3. *Michaud - Fransa Kararı Işığında Avukatın “İhbar” Yükümlülüğü*

2.3.1. Giriş

İHAM’ın 06.12.2012 tarihli ve 12323/11 başvuru numaralı *Michaud - Fransa* kararı; Avrupa Birliği’nde kara para aklama hususunda alınacak önlemler çerçevesinde, bağımsız hukukçuların 15.000 Avro üzerinde bir tutarda yaptıkları işlemleri özel bir dikkatle incelemeleri ve kara para aklama ile ilgili şüphelerini yetkili idareye bildirmeleri, ancak bu bildirimin önce uygun bir mesleki kuruluş organına yapılabileceği yönünde yayımlanan AB direktiflerini⁶² iç hukukuna alan Fransa’nın avukatlara müvekkillerinin kara para akladıklarına dair şüphelerini bildirme zorunluluğu getirmesi ile ilgilidir. Başvurucu; düzenlemelerin, yani AB direktiflerinin Fransa tarafından iç hukuka uyarlanması adına Fransız Ulusal Baro Konseyi tarafından yapılan düzenlemelerin, avukat ile müvekkil arasındaki güven ilişkisini zedelediğinden bahisle İHAS m.8 ile koruma altına alınan ve avukatlar yönünden ayrıca önemli olduğu vurgulanan profesyonel iletişimin gizliliği hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedir.⁶³

Başvuru konusu düzenlemeler özetle; müvekkilleri adına finansal veya gayrimenkul işlemlerine katılan veya müvekkillerine (1) gayrimenkul veya işletme alım satımları, (2) müvekkile ait fon, menkul kıymetler veya diğer malvarlığının idaresi, (3) vadesiz mevduat, yatırım veya menkul kıymetler hesaplarının açılması, (4) şirket kurulması için gerekli katkı paylarının idaresi, (5) şirketlerin kurulması, idaresi veya işletmesi ve (6) yabancı bir hukuk sistemi tarafından yönetilen tröstlerin veya benzer yapıların oluşturulması, idaresi ve işletmesi ile ilgili

⁶⁰ Kopp - İsviçre, supra 51, par.73.

⁶¹ Kopp - İsviçre, supra 51, par.74.

⁶² Avrupa Birliği direktifleri; üye devletler üzerinde bağlayıcı olup, direktiflerin iç hukuka aktarılması aşamasında, bu uyarlamanın nasıl yapılacağı yönünde üye devletlere belirli bir takdir payı bırakılmaktadır.

⁶³ Michaud - Fransa, Başvuru No: 12323/11, par.9-10, İHAM 2012.

işlemlerin hazırlanmasında veya yapılmasında yardımcı olan Fransız barolarına üye avukatları bağlamakta olup, avukatların “hukuki danışmanlık” sıfatıyla veya adli işlemler çerçevesinde yaptığı işler, düzenlemelerin dışındadır.⁶⁴ Düzenlemeler uyarınca; sır tutma yükümlülüğüne riayet edilmesi kaydıyla, avukatların kara para aklama hususunda her zaman gerekli özeni göstermeleri ve müvekkilin kara para akladığına dair şüphelerini bildirmek için mesleki usuller geliştirmeleri gerekmekte olup, bu yükümlülüklere uymamaları halinde haklarında baro levhasından silinme de dâhil olmak üzere disiplin cezaları tatbik edilebilecektir.⁶⁵ Avukatın bildirimi Mali İstihbarat Birimi’ne yapması gerekmekte olup, mesleklerini temyiz (*Conseil d’Etat* veya Fransız Yargıtay) mahkemelerinde icra eden avukatlar bildirimlerini doğrudan Mali İstihbarat Birimi’ne değil, bağlı olduğu baro başkanına veya temyiz mahkemelerinin baro konseyi başkanlarına yapacak, bu “ara” yetkililer gerekli gördüğü takdirde, bildirim Mali İstihbarat Birimi’ne iletilecektir.⁶⁶

Bahsi geçen düzenlemelere karşı, avukatlık mesleğinin temelinin zayıflatıldığından ve avukatların mesleklerini icra etme hürriyetinden mahrum bırakıldıklarından bahisle Fransız Danıştay’ında (*Conseil d’Etat*) iptal davası açılmış ve bu sorunun bekletici mesele yapılarak Lüksemburg’da bulunan Avrupa Birliği Adalet Divanı’na (ABAD’a) yönetilmesi talep edilmişse de, dava *Conseil d’Etat* tarafından bütünüyle reddedilmiştir.⁶⁷ *Conseil d’Etat*, “şüphelyi bildirme” yükümlülüğüne ilişkin yapılan itirazı reddetme gerekçesinde; bu yükümlülüğün hukuki danışmanlık ve adli işlemler çerçevesinde yapılan işlerde geçerli olmadığını, avukatın kara para aklama fiillerinde yer almasının ve müvekkilin hukuki tavsiyeyi yalnızca kara para aklamasının kolaylaştırılması için istemesinin anlaşıldığı durum için hukuki tavsiye verilmesinin önüne geçilmesinin hedeflendiğini, avukatların şüphelerini bildirmelerinin mesleki sırrın ifşa edilmesi niteliğinde olmadığını, bu nedenle meselerin ABAD’a iletilmesine gerek bulunmadığını ifade etmiştir.⁶⁸

⁶⁴ Michaud - Fransa, supra 63, par.12.

⁶⁵ Michaud - Fransa, supra 63, par.13-14.

⁶⁶ Michaud - Fransa, supra 63, par.41.

⁶⁷ Michaud - Fransa, supra 63, par.16.

⁶⁸ Michaud - Fransa, supra 63, par.17.

Bahsi geçen AB direktifleri, karara konu somut başvurudan önce Belçika Anayasa Mahkemesi tarafından ABAD'a iletilmiş olup, ABAD'ın C-305/05 sayılı ve 26 Haziran 2007 tarihli *Ordre des barreaux francophones et germanophone ve Diğerleri - Bakanlar Konseyi* kararında direktiflerin, müvekkilin İHAS m.6 ile korunan dürüst yargılanma hakkı ile bağdaşıp bağlaşmadığı denetlenmiş, düzenlemelerin müvekkillerin tahdidi ("*numerus clausus*") olarak düzenlenmiş işlemleri ile sınırlı olduğundan, bu işlemlerin doğası gereği adli işlem gerektirmediğinden, zaten avukatın adli işlem, adli işlem başlatma veya bunlardan kaçınma ile ilgili işlerinin direktiflerin kapsamı dışında olduğundan bahisle, dürüst yargılanma hakkı ile bağdaştığı sonucuna ulaşılmıştır.⁶⁹

2.3.2. Tarafların Savları

Başvurucunun iddiası; *Ordre des barreaux francophones et germanophone ve Diğerleri* kararına konu başvurudan farklı olarak, müvekkilin İHAS m.6 ile korunan hakkı ile değil, avukatın İHAS m.8 ile korunan hakkı ile ilgilidir. Başvurucuya göre; düzenlemelerde yer alan "işlem" ve "şüphe" terimleri belirsiz olduğundan, İHAS m.8'e yapılan müdahale yasayla öngörülmüş sayılmamaktadır.⁷⁰ Müdahalenin yasayla öngörüldüğü varsayıldığında dahi (meşru bir amaca hizmet ettiği belli olduğundan), demokratik toplum gereklerine uygun olmadığı açıktır.⁷¹ Başvurucu; avukatların şüphe duydukları hallerde bunu ihbar etmek zorunda bırakılmaları, avukatlık mesleğinin toplumsal amacına aykırı olup, avukatların geleneksel rollerini şüpheye düşürdüğünü, avukatların sır saklama yükümlülüğü ile sanıkların kendi aleyhlerine tanıklık yapmama hakları arasında bir bağ bulunduğunun İHAM içtihadı ile de teyit edildiğini,⁷² kara para aklama ile mücadele edilmesi gerektiğini, ancak alınan bu önlemin gözetilen meşru amaçla orantılı olmadığını, çünkü avukatların merkezi mali istihbarat birimine çalışanlar haline getirildiğini, Fransız Ceza Hukuku'nun kara para aklama hususunda sert olduğunu, müvekkiline kara para aklamaya varabilecek işlemleri yapmaması yönünde tavsiye vermeyen avukatın zaten yardım ve yataklıkla cezalandırılabileceği ve meslekte nakit işlemlerin yasak olduğunu ifade etmiştir.⁷³

⁶⁹ Michaud - Fransa, supra 63, par.29.

⁷⁰ Michaud - Fransa, supra 63, par.59.

⁷¹ Michaud - Fransa, supra 63, par.60.

⁷² Bkz. Andre ve Diğerleri - Fransa, supra 40.

⁷³ Michaud - Fransa, supra 63, par.64-67.

Fransız Hükümeti cevaben; müdahalenin hukuka uygun olduğunu, başvuruçunun belirsiz olduğunu iddia ettiği terimlerin kanunlarda açık bir şekilde tanımlandığını ve meşru bir amaca hizmet ettiğini, İHAM içtihadı uyarınca avukatın müvekkil ile olan ilişkisine sınırlamalar getirilebileceğini, ancak bu sınırlamaların sıkı bir denetime tabi olması gerektiğini,⁷⁴ düzenlemelerin de yeterli usuli güvenceleri sağladığını, bildirim konusunda meslek örgütlerini avukat ve mali istihbarat birimi arasına koyduğunu açıklamıştır.⁷⁵

Avrupa Barolar ve Hukuk Toplulukları Konseyi'nin sunduğu üçüncü taraf görüşüne göre; avukatların yaptığı işler bölünemez niteliktedir, yani bildirim yükümlülüğünün istisnası olan ve uzmanlık gerektiren danışmanlık işleri ile yükümlülük dâhilinde olan işler birbirinden net bir şekilde ayırt edilemez. Müvekkilin avukatla ilişkisi, avukatı ile bilgi paylaşımının kendisi aleyhine bir ceza yargılaması başlanmayacağı güvenine dayanmaktadır.⁷⁶

Brüksel Fransızca Konuşan Baro Konseyi'nin sunduğu üçüncü taraf görüşünde, benzer bir davanın Belçika Anayasa Mahkemesi'nde görüldüğünü belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi; kara para aklamanın önüne geçirilmesinin meşru bir amaç teşkil ettiği, ancak avukatların suçların araştırılması ile görevlendirilen memurlarla karıştırılmaması gerektiğinden, adli işlemler kapsamında olsun veya olmasın, müvekkilin finansal işlemleri ile ilgili bilgilerinin, sır saklama yükümlülüğü kapsamında değerlendirileceği sonucuna ulaşmıştır. Belçika Anayasa Mahkemesi'ne göre; sır saklama yükümlülüğü sınırsız olmayıp, avukatın müvekkilini kara para aklamama yönünde ikna edememesi hallerinde, AB Direktiflerinin kapsamına girmesi kaydıyla, bu bilgiyi baro başkanına iletmesi ve müvekkil ile vekâlet ilişkisini kesmesi gerekmektedir ki, bu zorunluluk mesleki sır sorununun devam etmesini engellemektedir.⁷⁷

Avrupa Barosu İnsan Hakları Enstitüsü'ne göre; böyle bir düzenleme müvekkilin sessiz kalma hakkını ihlal etmektedir, ayrıca düzenlemeler “şüphe” kavramını tanımlamamıştır. Avukatlar, kamunun adalet sisteminin işlerliğine inancını sağlama konusunda oldukça

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Michaud - Fransa, supra 63, par.74.

⁷⁶ Michaud - Fransa, supra 63, par.75-78.

⁷⁷ Michaud - Fransa, supra 63, par.79-85.

önemlidir ve avukatlık ile mali istihbarat birimi arasında bir bağ kurulması durumunda, meslek bu işlevini yerine getiremeyecektir.⁷⁸

2.3.3. İHAM'ın Kararı ve Değerlendirme

“Özel hayat” mesleki ve profesyonel hayatı da kapsadığından; avukatların müvekkilleri ile ilgili bazı bilgileri idareye iletmelerinin zorunlu olması, avukatların özel hayatına müdahale etmektedir. Mevcut düzenlemeler altında başvuru, ya “sır tutma yükümlülüğü” inancına aykırı hareket edecek veya disiplin cezası alabilecek, hatta meslekten çıkarılabilecektir. Bu nedenle İHAS m.8 ile korunan haklara bir müdahale olduğu açıktır.

İHAM'a göre bu müdahale yasaldir. Kanuniliğin sağlanması için normun anlaşılır olması gerektiği doğrudur, ancak “şüphe” teriminin anlaşılabilir olduğu iddiasına, bilhassa bu iddianın bir avukat tarafından öne sürülmesi ve Fransız kanunlarında yer alan tanımlar bulunduğu da dikkate alındığında, riayet etmek mümkün değildir. Taraflar, müdahalenin meşru bir amaca yönelik olduğu konusunda mutabıktır. Mahkeme, bu mutabakata katılmaktadır. Peki, müdahale demokratik toplumun gereklerine uygun mudur?

İHAS m.8, kişiler arasında iletişimin korunmakta ve bu bağlamda avukatın müvekkille iletişime özel bir önem atfetmektedir. Avukatların demokratik bir toplumda temel bir görevi vardır: savunmanlık. Avukatların bu temel görevi icra edebilmeleri için savundukları kişilerle her türlü bilgi alışverişinin gizli kalacağı güvencesine ihtiyaç vardır.⁷⁹ Başvuru konusu soruya dönüldüğünde, İHAM'ın *Conseil d'Etat*'nın kararına katıldığı görülmektedir.⁸⁰ Şöyle ki;

Avukat ile müvekkilin güven ilişkisinin demokratik toplumlarda önemli olduğuna şüphe yoktur, ancak bu ilişkinin dokunulmaz olmadığı İHAM içtihadı ile sabittir. Somut başvuruda, bu ilişkinin demokrasiyi ciddi bir şekilde tehdit eden “kara para aklama” suçu ile mücadele karşısında dengelenmesi gerekmektedir.⁸¹ Mali istihbarat biriminin 2010 yılı istatistiklerine bakıldığında; hiçbir bildirimin avu-

⁷⁸ Michaud - Fransa, supra 63, par.86-89.

⁷⁹ Michaud - Fransa, supra 63, par.118.

⁸⁰ Michaud - Fransa, supra 63, par.121-122.

⁸¹ Michaud - Fransa, supra 63, par.123-124.

katlar tarafından iletilmediği, yani sistemin avukatları zorlayıcı olmadığı görülecektir.⁸² İHAM için belirleyici iki husus vardır; birincisi, avukatların bildirim yükümlülüğü sınırlı sayıda iş için geçerli olup, adli işlemler sırasında elde edilen bilgiler yükümlülüğün istisnasıdır.⁸³ İkincisi; avukatlar bildirimleri doğrudan mali istihbarat birimine değil, bağlı oldukları temyiz mahkemesi baro konseyinin başkanına yapmaktadırlar ki, bir hususun mesleki bilgi olup olmadığı konusunda kararı, aynı mesleki kurallarla bağlı bir meslektaşın vermesi önemli bir güvencedir.⁸⁴

Yukarıda yer verdiğimiz içtihadında, avukatların ofislerinin aranmasında baro yetkililerinin bulunması kaydıyla İHAS m.8'e uygun bulunan İHAM'a göre; baro denetiminden geçen bir "ihbar", madde uyarınca orantılı bir müdahale olup, somut başvuruda ihlal yoktur.

Belirtmeliyiz ki, İHAM'ın bu kararına katılmak mümkün değildir.

Yukarıda yer verdiğimiz "yeterli usuli güvenceler bulunmaksızın avukatın özel hayatına müdahale edilemeyeceği" ile ilgili İHAM kararlarında konu; başvuru konusu avukatın iradesi dışında, bir yargı merci tarafından alınan karar üzerine "dışarıdan" yapılan "davetsiz" müdahalelerdir. Burada mesleki alana müdahale edilmesi avukatın iradesi ile gerçekleşecektir ki, bildirim yapmamaya bağlanan disiplin cezaları, bu iradenin sağlıklı olmasını engellemektedir. Doğrudur, avukatın bildirimi başkaca avukatların denetiminden geçerek mali istihbarat birimine ulaşmaktadır, ancak sürecin başlangıcı, avukatın müvekkilinden aldığı bilginin mesleki sır kapsamında olduğu inancına aykırı hareket etmesi ile başlamakta, burada avukat idareyi, müvekkil ile olan ilişkisine, yani "içeriye" bir anlamda "davet" etmektedir. Bunun insan hak ve hürriyetleri ile uyumlu olduğunun kabulü mümkün değildir.

İHAM'ın, konuyu İHAS m.6 çerçevesinde değerlendirmemesi eleştirilebilir. Başvurunun bir müvekkil değil, avukat tarafından Mahkemenin dikkatine sunulması ve İHAM'ın önüne gelen başvuru ile bağlı olduğu düşünüldüğünde, bu eleştirilerin isabetsiz olduğu görülecektir. Ancak kanaatimizce İHAM'ın, İHAS m.6'yı, İHAS m.8/2 çer-

⁸² Michaud - Fransa, supra 63, par.125.

⁸³ Michaud - Fransa, supra 63, par.127.

⁸⁴ Michaud - Fransa, supra 63, par.129.

çevesinde yaptığı “demokratik toplumun gerekleri” değerlendirmesinde göz önünde bulundurması, bu kapsamda müdahalenin orantısız olduğu ve İHAS m.8’in ihlal edildiği sonucuna ulaşması gerekirdi. Yukarıda yer verdiğimiz örneklerde; İHAM’ın müdahalenin demokratik toplum gereklerini sağlayıp sağlamadığı yönünden yapılan incelemelerin gerekçesinde İHAS m.6’yı dikkate aldığı görülmektedir ki, *Mic-haud* kararında İHAS m.6’dan bahsedilmemesi önemli bir eksikliktir.

Bu hususta Türk Hukuku’nun İnsan Hakları Avrupa Sistemi’ne kıyasla daha geniş bir koruma sağladığı açıktır. Şöyle ki; “Giriş” bölümünde açıkladığımız üzere CMK ve Avukatlık Kanunu uyarınca avukatın tanıklıktan çekinme hakkı olup, “Suçu bildirmeme” başlıklı TCK m.278’in 4. fıkrasına göre, “*Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır*”. CMK, Avukatlık Kanunu ve TCK ile İHAS m.53’ün “*Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlandıracak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz*.” hükmü uyarınca, Türk Hukuku’nda avukatın kendi müvekkilini ihbar etmesi beklenemeyecektir.

3. M - Hollanda Kararı Işığında “Mesleki Sır” ve İHAS m.6

İHAM’ın 25.07.2017 tarihli ve 2156/10 başvuru numaralı M - Hollanda kararına konu başvuruda; Hollanda İstihbarat Teşkilatı *Algemeene Inlichtingen en Veiligheidsdienst*’ın, yani AVID’in eski çalışanı olan başvuru (M) yönünden, Teşkilatta üstlendiği işitsel editörlük ve tercümanlık görevi nedeniyle edindiği gizli bilgileri, yetkili olmayan kişilere açıkladığından bahisle ceza yargılaması yapılmaktadır. Başvuruya konu ceza yargılaması konusu “devlet sırrı” niteliğinde bilgi içerdiğinden, Hollanda Hukuku uyarınca başvuruçunun savunma hakkına çeşitli yönlerden sınırlama getirilmiş ve tamamı İHAM nezdinde incelenmişse de, çalışma konumuz gereği, bunlardan yalnızca “başvuruçunun müdafisine bilgi verme hürriyetinin”, yani bir anlamda “avukatın mesleki sırrı edinme hakkının” kısıtlanması ele alınacaktır.

30.09.2004’de devlet sırrını yetkili olmayan kişilere açıklama suçundan tutuklanmış, kendisine AIVD tarafından, sır tutma yüküm-

lülüğünün halen devam ettiği yönünde yazılı bildirim ve devlet sırrı kapsamında olan bilgileri müdafii ile paylaşmasının ayrıca suç teşkil edeceği yönünde uyarı yapılmıştır. Başvurucunun müdafileri ile iletişimi, aşağıda yer alan sınırlara tabidir:⁸⁵

Ø Başvurucu, yargılama konusunu sadece müdafileri Avukatlar Böhler ve Pestman ile tartışabilecektir.

Ø Başvurucu, hiçbir AIVD personelinin veya insan kaynakları çalışanın kimliğini açıklamayacaktır.

Ø Başvurucu sadece dava dosyası içerisinde mevcut olan bilgi ve belgeler ile ilgili konuşabilecektir.

Ø Yukarıda sayılan üç istisna ancak savunma için mutlak suretle gerekli olan bilgiler için yerel mahkemelerce kesin hüküm verilinceye kadar geçerlidir.

Başvurucunun müdafileri; Rotterdam Bölge Mahkemesi, Temyiz Mahkemesi ve Yüksek Mahkeme önünde, başvuru ile iletişim içeriklerinin denetlenmesinin, etkili bir savunma hazırlamalarını engellediğini ısrarla dile getirmişlerse de, iç hukuk yollarında, bu hususla ilgili başvuru lehine bir sonuç alamamışlardır. Başvurucu bu hususun İHAS m.6/1, 3-c kapsamında korunan haklarını ihlal ettiğini iddia etmektedir.

“Dürüst yargılanma hakkı” başlıklı İHAS m.6’ya göre; “1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

(...)

⁸⁵ M - Hollanda, Başvuru No:2156/10, par.16, İHAM 2017.

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek".

Hollanda Hükümeti; sanık ile müdafinin özgürce iletişim kurabilmelerinin temel önemini kabul etmekte ise de, başvurucunun müdafii ile iletişimine esaslı bir müdahale yapılmadığını, koşullu da olsa başvurucunun sır tutma yükümlülüğüne istisna getirildiğini,⁸⁶ İHAM içtihadına göre haklı sebeplerin varlığı halinde sanığın avukata erişiminin kısıtlanabileceğini,⁸⁷ sanığa getirilen sınırlamanın da AIVD'nin işlevi ile ilgili olduğunu,⁸⁸ kaldı ki sanığın sır tutma yükümlülüğüne aykırı davranması İHAS m.6 gereğince meşrulaştırılabilse idi, zaten hakkında kovuşturma yapılmayacağını belirtmiştir.⁸⁹

Başvurucu cevaben; kendisini aklayan veya farklı bir maddi vakıa sunmasına izin verecek şekilde bir savunma geliştiremediğini, çünkü müdafileri ile iletişiminin dava dosyası içeriği ile sınırlandığını, bunun delillerin tüm kontrolünü iddia makamına, dolayısıyla AIVD'ye bıraktığını, fazladan bir şey söylemesi halinde bunun yeni suç teşkil edeceği uyarısı sebebiyle, sürekli bir soruşturma korkusu içerisinde hareket etmek zorunda kaldığını, her ne kadar İHAM içtihadında avukata erişim hakkının kısıtlanmasına izin verilen haller olduğu kabul edilse de, bu içtihat da esas olanın sanığın müdafii anlamı bir şekilde yönlendirebilmesi olduğunu ifade etmiştir.⁹⁰

İHAM'a göre; sanığın müdafii ile üçüncü bir kişinin denetimi olmaksızın iletişim kurabilmesi, dürüst bir yargılamanın temel gerekliliklerinden birisi olup, avukatın müvekkilinden bu nev'i bilgiler alamaması, sağladığı hukuki yardımın verimsiz ve belki de faydasız olmasına neden olacaktır.⁹¹ İHAM'ın İHAS m.5 ve m.8 kapsamında geliştirdiği içtihat dikkate alındığında; avukat ile müvekkil arasında-

⁸⁶ M - Hollanda, supra 85, par.73.

⁸⁷ M - Hollanda, supra 85, par.74.

⁸⁸ M - Hollanda, supra 85, par.75.

⁸⁹ M - Hollanda, supra 85, par.76.

⁹⁰ M - Hollanda, supra 85, par.78.

⁹¹ M - Hollanda, supra 85, par.85.

ki iletişime ancak istisnai hallerde ve uygun usuli güvencelerle müdahale edilebileceğini, herkesin avukatı ile serbestçe ve özel iletişim kurabilmesinde menfaati bulunduğunu,⁹² İHAS m.6/3-b gereğince herkesin savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkının olduğunu,⁹³ mevcut davanın anlatılan içtihattan ayrıldığını, çünkü başvuru savcılık makamının delillerine erişiminin kısıtlanmadığını veya avukatları ile güven ilişkisinin hukuka aykırı izleme veya dinleme suretiyle zedelenmediğini, başvuru tarafından avukatlara verilen bilginin bağımsız bir organ tarafından denetlenmediğini, aksine bilgi verdiği takdirde hakkında ceza yargılamasının başlayacağı ile tehdit edildiğini,⁹⁴ esasen bu farklılıkların da belirleyici olmadığını, esas olanın başvuru ve müdafii arasındaki iletişimin serbestçe gerçekleştirilmesi ve içeriği itibarıyla kısıtlanmaması olduğunu açıklamış⁹⁵ ve somut olayda başvuru tüm bildiklerini anlatıp savunmasını geliştirebilmek ile bu yüzden yargılanmak arasında, profesyonel yardım olmaksızın seçim yapmasının beklenemeyeceğinden bahisle, İHAS m.6'nın ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Karardan anlaşılacağı üzere; yargılama konusu devlet sırrı olduğunda dahi, avukatın müvekkili ile yargılama konusu maddi vakıayı ve destekleyici ilgili vakıaları tartışmasının engellenmemesi gerekir. Devlet sırrının korunmasını sağlayacak hukuki güvenceler ise; "soruşturmanın gizliliği" ilkesi, kovuşturmada mahkeme başkanınca alınabilecek önlemler ve avukatın sır tutma yükümlülüğüdür.

Benzer şekilde; Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Müdafii ile görüşme" başlıklı 154. maddesinin 1. fıkrası da, "*Şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tabi tutulamaz.*" hükmüne yer vermektedir.

4. Sonuç

İHAM'ın yukarıda yer verdiğimiz içtihadı incelendiğinde öncelikle; avukatın ofisinde yapılan arama ve el koymanın ve telefonunun

⁹² M - Hollanda, supra 85, par.86-89.

⁹³ M - Hollanda, supra 85, par.90.

⁹⁴ M - Hollanda, supra 85, par.92.

⁹⁵ M - Hollanda, supra 85, par.93.

dinlenmesinin, avukatın “özel hayatını”, “konutunu” ve “yazışmalarını” ilgilendirdiği, yani avukatlık mesleğinin ifasının İHAS m.8/1 ile korunduğu anlaşılmaktadır.

İnsan Hakları Avrupa Sistemi’nin avukatların müvekkilleri ile olan güven ilişkilerine ayrı bir önem attığı, bunun İHAS m.6 ile korunan dürüst yargılanma hakkının prensipte kalmayıp, somut bir uygulamaya dönüşmesinde ve dolayısıyla demokratik toplumda adaletin tesisinde avukatların yeri doldurulamayan rollerinden kaynaklandığını, avukatların, bireylerin adalet sistemine erişmelerini sağlayan “aracı” görevi ifa ettiklerinin kabul edildiği görülmektedir. Bu nedenle İHAS m.8/2 çerçevesinde, avukatın mesleki yaşantısına yapılan bir müdahalenin özel usuli güvencelere tabi olması gerekmektedir. Bu özel, yani avukat olmayan bireylere tanınanlardan farklı olan usuli güvencelerin; kanunlarda açık bir biçimde kodifiye edilmesi, müdahale kararlarının yargısal makamlar tarafından avukatın bir suça iştirak edebileceği şüphesinin varlığı halinde veya kara para aklama ile mücadele gibi istisnai -ve genellikle milli iktisadi menfaatlerin korunması gibihallerde alınması, bilgi veya belgenin “meslek sırrı” teşkil edip etmediği noktasında yine meslekten bağımsız bir kişi tarafından denetim yapılması, müdahale kararına karşı yargısal denetimin açık olması gerekmektedir. Bu kaideler yalnızca avukatın bürosunda yapılan arama ve el koyma için değil, kendilerinin ve bürolarının telefon görüşmelerinin dinlenmesinde de geçerlidir. Avukatın söz konusu imtiyazlarını suiistimal etmesinin önlenmesi amacıyla, “büronun” sınırının geniş tutulmadığı, avukatın ikincil işyerlerinin korumadan yararlanmadığı görülmektedir. Esas olan; avukatın, avukatın mesleğini kesintisiz ve bağımsız icra edebilmesidir.

Yukarıda değindiğimiz üzere, İHAM’ın milli iktisadi menfaatlerin korunması konusunda devletlere geniş bir takdir yetkisi tanıdığı, bu yolda İHAS’ın ruhuna aykırı bir şekilde bir “ihbar yükümlülüğü” tanıdığı dahi görülmekle birlikte, bu hususun İHAM içtihadında bir istisna olduğunu, avukatlık mesleğinin sıkı usuli güvencelerle korunmasının kural olduğunu ifade etmek isteriz.

Avukatın değil, sanık veya şüphelinin (genel anlamda müvekkilin) bakış açısından bakıldığında İHAM’ın; avukat ile müvekkilin iletişimi usulüne müdahale edilebildiği kabul edilmekte ise de, bu görüşmele-

rin içeriğine müdahale edilmesinin kabul edilemeyeceği, bu hususun avukatın mesleğini icra etmesinin engellediği gibi, müvekkilin İHAS m.6'dan tam anlamıyla yararlanmasını imkânsız kıldığı anlayışını benimsediği anlaşılmaktadır.

İçtihat bu çerçevede değerlendirildiğinde; yazılı Türk Hukuku'nun İHAS ve İHAM içtihadı ile uyumlu olduğu, hatta İHAM'ın müsamaha gösterdiği birtakım müdahaleleri Türk Hukuku'nun kabul etmediği görülmekte, bu çerçevede etkin uygulamanın da gerektiğinin altı çizilmelidir. İHAS ve İHAM "asgari" seviyeyi belirlemektedir, Devletin daha özgürlükçü bir yol izlemesinde hiçbir sakınca olmadığı gibi, Devlete İHAS m.8/2'de tanınan takdir yetkisinin temel hak ve hürriyetleri genişletici yönde kullanılması, taraf devletlerin uygulamalarını Muka-yeseli Hukuk çerçevesinde değerlendirmek suretiyle İHAS m.8, 9, 10 ve 11 içtihadını şekillendiren ve asgari standartları belirleyen İHAM için de yol gösterici olacaktır.

