

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
AVRUPA ARAŞTIRMALARI ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU ANABİLİM DALI

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, AVRUPA BİRLİĞİ
ADALET DİVANI VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI
IŞIĞINDA AVUKAT-MÜVEKKİL GİZLİLİĞİNİN
KORUNMASI**

Yüksek Lisans Tezi

MERT ELEKÇİ

İstanbul, 2022

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
AVRUPA ARAŞTIRMALARI ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU ANABİLİM DALI

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, AVRUPA BİRLİĞİ
ADALET DİVANI VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI
IŞIĞINDA AVUKAT-MÜVEKKİL GİZLİLİĞİNİN
KORUNMASI**

Yüksek Lisans Tezi

MERT ELEKÇİ

Danışman: PROF. DR. MUSTAFA TAYYAR KARAYİĞİT

İstanbul, 2022

ÖZ

Avukat-müvekkil arasındaki ilişki güvene dayanır. Müvekkil, avukatından en iyi hukuki yardımı alabilmesi için ona güven duymalı, normalde kimseye söylemeyeceği bilgileri avukatına samimi bir şekilde söyleyebilmelidir. Bu da avukat ve müvekkilin iletişiminde kimsenin müdahale etmemesine ilişkin hukuk düzenindeki güvenceler aracılığı ile korunur. Bu güvenceler avukatın mesleğini yerine getirebilmesi için hayati öneme sahiptir. Bu şekilde avukat-müvekkil gizliliği, hem avukat hem de müvekkili için dışa karşı ileri sürülebilen bir hak olarak karşımıza çıkar.

Avukat-müvekkil gizliliğinin Avrupa uygulamasının değerlendirilmesi ve sınırlarının tespiti için yapılan bu çalışmada, AİHS'in yorumuyla AİHM tarafından avukat-müvekkil gizliliği konusunda getirdiği standartlar tespit edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Anayasa Mahkemesi'nin kararları birbirleriyle karşılaştırıldığında Avrupa'da yeknesak bir avukat-müvekkil gizliliği uygulaması bulunmadığı ortaya çıkmaktadır. Kapsam bakımından Avrupa Birliği Hukuku'nun uygulandığı alanda kurum-içi avukat avukat-müvekkil gizliliği korumasından yararlanamamaktadır. Bu durum ulusal hukukta kurum içi avukata avukat-müvekkil gizliliği koruması sağlayan ülkelerde Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 53. maddesinin daha ileri koruma düzeyini teminat altına alması bakımından sorun yaratmaktadır. Benzer sorun Türk Rekabet Hukuku açısından kurum içi avukatlara ilişkin uygulamada da geçerlidir.

Türk Hukuku'nda ise müvekkilin karıştığı suçlarla ilgili uygulanan ceza muhakemesi tedbirlerinde avukat-müvekkil gizliliği korumasına ilişkin güvenceler bulunsa da aynı durum avukatın karıştığı suçlar için AİHM standardının altında gözükmektedir. Bu bakımdan özellikle avukata ait bilgilere erişilmesi ve avukatın iletişiminin denetlenmesi konusunda Türk Hukuku AİHM'in belirlediği standartlardan uzak gözükmektedir.

Anahtar Kelimeler : Avukat-müvekkil gizliliği, avukatın sır saklama yükümlülüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Salduz/Ibrahim testi, kurum içi avukat, Avrupa Birliği'nde avukat-müvekkil gizliliği, Türk Anayasa Mahkemesi.

ABSTRACT

Relationship between attorney and client is based on trust. For client can take best legal advice from his/her attorney, he/she should be able to honestly tell his/her lawyer the information that he/she wouldn't normally tell anyone. This intimacy is protected by guarantees in the legal order that provide no one interferes with communication of the lawyer and his/her client. This guarantees are also indispensable for legal profession. In this way attorney-client confidentiality is an assertable right against everyone.

In this study, which was conducted to evaluate the European practice of attorney-client confidentiality and to determine its limits, the standards brought by the ECHR on attorney-client confidentiality were determined. When the decisions of the European Court of Human Rights, the European Court of Justice and the Constitutional Court are compared with each other, it is seen that there is no uniform lawyer-client confidentiality practice in Europe. In terms of scope, in-house lawyer cannot benefit from the protection of attorney-client confidentiality in the field where European Union Law is applied. This situation creates a problem in countries that provide in-house lawyer with attorney-client confidentiality protection in national law, as Article 53 of the European Union Charter of Fundamental Rights guarantees a higher level of protection. A similar problem is also valid in the practice of in-house lawyers in terms of Turkish Competition Law.

In Turkish Law, although there are guarantees regarding the protection of attorney-client confidentiality in the criminal procedure measures applied for crimes involving the client, the same situation seems to be below the ECtHR standard for crimes involving lawyers. In this respect, Turkish Law seems to be far from the standards set by the ECtHR, especially in terms of accessing the lawyer's information and controlling the lawyer's communication.

Keywords: Attorney-client privilege, legal professional privilege, right of defense, European Convention of Human Rights, Salduz/Ibrahim test, legal professional privilege in European Union, in-house lawyers, Turkish Constitutional Court

ÖNSÖZ

Bu çalışma gerçekten uzun ve yoğun çalışmaların sonucunda hazırlandı. Avukat-müvekkil gizliliği konusunda derleyici ve toparlayıcı bir çalışmanın Türk literatüründe yapılması ihtiyacı uzun süredir bulunmaktaydı. Umuyorum ki bu çalışma sonucunda bu eksikliğin giderilebilmesine bir nebze de olsa katkıda bulunabilmişimdir.

Bu çalışmayı yürütürken tez danışmanlığımı yapan ve bir avukat olarak oluşturduğum fikirlerimin akademik bakış açısıyla birer teze dönüştürmemi sağlayan Sayın Prof. Dr. Mustafa Tayyar Karayigit'e teşekkürlerimi sunarım. Tez savunmamda bulunan Doç. Dr. Abdullah Sezer ve Dr. Öğr. Üyesi Esra Yılmaz Eren hocalarıma eleştirileri ve katkıları için teşekkürlerimi sunarım. Çalışmamın neredeyse son aşamasında tezimle ilgili fikirlerimde bakış açımın genişlemesini sağlayan kaynaklara erişim kolaylığı sağladığı için Bremen Üniversitesi Kütüphanesi'ne ayrı bir parantez açma gereği hissediyorum. Bremen Üniversitesi öğrencisi olmamama rağmen kütüphane kaynaklarından yararlanma isteğimi kabul ettikleri için teşekkür ederim. Avrupa Araştırmaları Enstitüsü'nün nazik ve her daim öğrenci dostu öğrenci işleri personeline yüksek lisans eğitim sürecim boyunca karşılaştığım sorunların aşılmasında kolaylık sağladıkları için teşekkür ederim.

Bu çalışmadaki fikirlerimin oluşmasında cezaevinde, adliyede veya karakollarda sorunlar yaşarken savunma hakkı için beraber mücadele ettiğimiz meslektaşlarım ve müvekkillerime ayrıca teşekkür etmek istiyorum.

Beni bugünlere taşıyan, beni yetiştiren ve örnek olan, hayatta her daim yanımda olan; teyzeme, şu anda yanımda olmasa da anneanneme ve temiz kalpli anneme teşekkür etmeyi bir borç bilirim. Haklarını asla ödeyemem.

Tezimi son haline getirmeden önce defalarca okuyan, eleştiriler yapan, her zaman yanımda olan eşim, Ezgi Çaldıran'a sonsuz teşekkürlerimi sunarım: Kendi doktora tezinin son aşamasında olmasına rağmen tüm bu süreçte tecrübelerini sabırla benimle paylaşarak, geceleri benimle uykusuz kalarak hatasız bir şekilde ilerlememi sağladığı için... En kötü ihtimalle bir oda uzağımda olması bana tüm bu macerada güven vermeye devam ediyor. Omuz omuza gireceğimiz nice maceralara...

İÇİNDEKİLER

ÖZ-----	i
ÖNSÖZ -----	iii
İİÇİNDEKİLER -----	iv

BİRİNCİ BÖLÜM:

AVUKAT-MÜVEKKİL GİZLİLİĞİ ve AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDEKİ DAYANAĞI

1- AVUKAT-MÜVEKKİL GİZLİLİĞİ-----	5
<i>A-Avukat-Müvekkil Gizliliği Kavramı-----</i>	5
(1) Avukat-Müvekkil Gizliliği ile İlgili Terminolojik Sorunlar -----	6
(2) Avukat-Müvekkil Gizliliğinde Korunan Hukuki Yarar -----	13
(3) Sır Saklama Yükümlülüğünün Gereği Olarak Avukat-Müvekkil Gizliliği -----	18
<i>B- Avukat-Müvekkil Gizliliği Kapsamında Avukat-Müvekkil İlişkisi-----</i>	22
(1) Avukat Açısından Avukat-Müvekkil İlişkisi -----	22
(2) Müvekkil Açısından Avukat-Müvekkil İlişkisi -----	24
(3) Avukat-Müvekkil Arasındaki Hukuki İlişkinin Nitelenmesi Açısından Avukat-Müvekkil İlişkisi -----	25
2- AVUKAT-MÜVEKKİL GİZLİLİĞİ'NİN BİRLİK HUKUKU VE TÜRK HUKUKU'NDAKİ ANAYASAL DAYANAKLARI VE AİHS'DEKİ YERİ-----	26
(1) AİHS'in ve Avukat-Müvekkil Gizliliğinin Birlik Hukuku'ndaki Anayasal Dayanakları-----	27
(2) AİHS'in ve Avukat-Müvekkil Gizliliğinin Türk Hukuku'ndaki Anayasal Dayanakları -----	29
3- AVUKAT-MÜVEKKİL GİZLİLİĞİ'NİN AİHS'DE KORUNMASI-----	29
<i>A- AİHS'in 6. maddesi'nde Düzenlenen “Adil Yargılanma Hakkı” bakımından Avukat-Müvekkil Gizliliği'nin AİHS'deki Dayanağı -----</i>	31
(1) Genel Olarak AİHS'in 6. maddesi'nin Kapsamı -----	31
(2) AİHS'in 6. maddesi Bakımından Avukat-Müvekkil Gizliliği'nin Kapsamı -----	37
<i>B- AİHS'in 8. maddesi'nde Düzenlenen “Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı” Bakımından Avukat-Müvekkil Gizliliği'nin AİHS'deki Dayanağı -----</i>	41
(1) Genel Olarak AİHS'in 8. maddesinin Kapsamı -----	41
(2) AİHS'in 8. maddesi Bakımından Avukat-Müvekkil Gizliliği'nin Kapsamı -----	47

a- AİHS'in 8. maddesi Bakımından Hak Öznesi Kişinin Avukat Olmasının Önemi ve Avukat-Müvekkil Gizliliği-----	47
b- Müvekkil için AİHS'in 8. maddesi bakımından Avukat-Müvekkil Gizliliğinin Kapsamı -----	51

İKİNCİ BÖLÜM:

AİHM, ABAD VE AYM İÇTİHATLARI IŞIĞINDA AVUKAT-MÜVEKKİL GİZLİLİĞİNİN KORUNMASININ SINIRLARI VE GÜVENCELERİ

1-AVUKATIN OFİSİNDE VE ÜZERİNDE ARAMA VE EL KOYMA İŞLEMİ YAPILMASI SİRASINDA AVUKAT-MÜVEKKİL GİZLİLİĞİ'NİN KORUNMASI ----- 54

A- Avukatın Ofisinde ve Üzerinde Arama ve Elkoyma İşlemi Yapılması ile ilgili AİHM Uygulaması - 54

B- Anayasa Mahkemesi Kararlarında Avukatın Ofisinin ve Üzerinin Aranması----- 60

(1) Türk Hukuku'nda Avukatın Ofisinin ve Üzerinin Aranması ile İlgili Kurallar----- 60

(2) Anayasa Mahkemesi'nin Konu ile İlgili Kararları ----- 62

2- AVUKATIN MAHPUS VEYA GÖZALTINDAKİ KİŞİ İLE GÖRÜŞMESİ SİRASINDA AVUKAT-MÜVEKKİL GİZLİLİĞİ'NİN KORUNMASI ----- 66

A- Avukatın Mahpus veya Gözaltındaki Kişi ile Görüşmesi Sırasında Avukat-Müvekkil Gizliliği'nin Korunmasına İlişkin AİHM Uygulaması----- 69

(1) Genel Olarak ----- 69

(2) Kişinin Gözaltına Alındıktan Sonraki İlk Saatlerde Avukata Erişimi Bağlamında Avukat-Müvekkil Gizliliği Açısından AİHM İçtihadı: Salduz/Ibrahim Testi----- 76

B- Anayasa Mahkemesi Kararlarında Avukatın Mahpus veya Gözaltındaki Kişi ile Görüşmesi Sırasında Avukat-Müvekkil Gizliliğinin Korunması----- 84

(1) Türk Hukuku'nda Avukatın Mahpus veya Gözaltındaki Kişi ile Görüşmesi Sırasında Avukat-Müvekkil Gizliliğinin Korunması ile İlgili Kurallar----- 84

(2) Anayasa Mahkemesi'nin Konu ile İlgili Kararları ----- 90

3- AVUKATA AİT BİLGİLERİN AVUKAT-MÜVEKKİL GİZLİLİĞİ BAKIMINDAN KORUNMASI -----96

4- AVUKATIN MÜVEKKİLİ İLE HABERLEŞMESİ'NİN AVUKAT-MÜVEKKİL GİZLİLİĞİ BAKIMINDAN KORUNMASI ----- 98

A- Avukatın Müvekkili ile Haberleşmesi'nin Avukat-Müvekkil Gizliliği Bakımından Korunması'na İlişkin AİHM İçtihadının Gelişimi-----99

(1) Tutuklu ve Hükümlülerin Avukatlarıyla Haberleşmesi -----	99
(2) Cezai Davalarda İletişimin Tespiti ve Müvekkil Nezdindeki Yazışmalara El Koyma İşlemleri Açısından Avukat-Müvekkil Gizliliği -----	100
a- Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti Açısından -----	101
b- Yazışmalara El Koyma İşlemleri Açısından -----	104
B- Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları'nda Avukat ile Müvekkilinin Haberleşmesi'nin Avukat-Müvekkil Gizliliği Bakımından Korunması: AM&S Prensibi -----	105
(1) Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Avukat-Müvekkil Gizliliği Koruması Kapsamındaki Haberleşmeler Hakkında Belirlediği Usuli Kurallar -----	106
(2) AM&S Prensibi: AB Hukukunda Haberleşmenin Avukat-Müvekkil Gizliliği Kapsamında Korunmasının Şartları -----	109
a- Haberleşmenin Müvekkilin Savunma Hakkından Kaynaklanan Çıkarlarını Koruması Amacı -----	110
b- Haberleşmenin Avrupa Birliği veya Avrupa Ekonomik Bölgesi'nde Faaliyet Gösteren Bağımsız Avukatla Yapılması -----	112
C- Anayasa Mahkemesi Kararları'nda Avukatın Müvekkili ile Haberleşmesi'nin Avukat-Müvekkil Gizliliği Bakımından Korunması -----	122
(1) Türk Hukuku'nda Avukatın Müvekkili ile Haberleşmesi'nin Avukat-Müvekkil Gizliliği Bakımından Korunmasına İlişkin Kurallar -----	122
a- Tutuklu ve Hükümlülerin Avukatlarıyla Haberleşmesine İlişkin Kurallar -----	122
b- Cezai Davalarda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Kurallar	123
c- Müvekkil Nezdindeki Yazışmalara El Koyma İşlemlerine İlişkin Kurallar -----	125
(2) Konu ile İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları -----	129
a- Tutuklu ve Hükümlülerin Avukatlarıyla Haberleşmesine İlişkin Kararlar -----	130
b- Avukatın İletişiminin Denetlenmesine İlişkin Kararlar -----	133
5- AVUKATIN MÜVEKKİLİNE İLİŞKİN BİLGİLERİ İFŞA ETMESİ YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN AVUKAT-MÜVEKKİL GİZLİLİĞİ İLE İLİŞKİSİ -----	134
A- Genel Olarak Avukatın Müvekkiline İlişkin Bilgileri İfşa Etmesi Yükümlülüğü -----	134
B- Kara Para Aklama ve Terörizmin Finansmanıyla Mücadele Kapsamında Avukatları Müvekkillerinin Bilgilerini Açıklamaya Mecbur Bırakan Birlik Mevzuatı ve AİHM ve ABAD'ın Bu Konudaki Tutumu -----	136
C- Türk Hukuku'nda Kara Para Aklama ve Terörizmin Finansmanıyla Mücadele Kapsamında Avukatın Müvekkiline İlişkin Bilgileri İfşa Etmesinin Avukat-Müvekkil Gizliliği ile İlişkisine İlişkin Kurallar -----	145
SONUÇ -----	148

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABA	: Avrupa Birliği Antlaşması
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABİHA	: Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma
ABTHŞ	: Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.k.	: Adı geçen karar
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BM	: Birleşmiş Milletler
B. No.	: Başvuru numarası
CGTİHK	: 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CMK	: 5237 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
çev.	: çeviren
D.	: Daire
E.	: Esas
e.t.	: erişim tarihi

FATF	: Financial Action Task Force (Mali Eylem Görev Gücü)
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
k.t.	: karar tarihi
MASAK	: T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu
para.	: paragraf
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
t.	: tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
y.	: yıl
yy.	: yüzyıl

GİRİŞ

Avukatın demokratik toplumdaki işlevi düşünüldüğünde, avukatın müvekkiline hukuki yardım sağlarken diğer yargı organlarından bağımsız olması zorunludur. Bu bağımsızlık, avukatın danışanı ya da müvekkili ile arasındaki iletişimde, müvekkilinin avukatından hukuki yardım alırken, başkalarının öğrenmesini istemeyeceği mahrem bilgilerini verebilecek kadar avukatına güvenme gerekliliğinden doğar. Yargı sistemi içerisinde sanığın/davalının/davacının ya da şüphelinin hangi sıfatla olursa olsun hukuki yardımdan yararlanma hakkı avukatı ile ilişkisinin dokunulmazlığı sayesinde sağlıklı bir şekilde ilerleyebilir. Avukat, müvekkiliyle ilgili tüm iş ve işlemlerini bu temel üzerine inşa eder. Öte yandan yargının bir unsuru olarak avukatın hukuki yardım sağlarken müvekkiliyle kurduğu ilişkinin mahremiyetinin korunması, adaletin düzgün işlemesine yardım edecektir. Müvekkilin savunma hakkı ile adaletin düzgün işleyişi arasındaki bağ, hukuk düzeninin liberal insan hakları temeline dayanmasının sonucudur.

Bu tez avukat-müvekkil gizliliğinin dokunulmazlığını insan hakları merkezli bir bakış açısıyla korunmaya değer bir hak olarak inceleyecektir. Avukat-müvekkil gizliliği korunmaya değer bir hak olarak AİHS temelinde, Avrupa kamu düzeni, AB hukuk düzeni ve Türk hukuk sisteminde hangi güvencelere sahiptir? Bu üç hukuk düzleminde avukat-müvekkil gizliliği korumasının örtüşen ve ayrışan yönleri nelerdir? Bu tez bu sorulara cevap arayışına yoğunlaşmaktadır.

Bu incelemede Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) merkeze alınmasının sebebi Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi ve Türkiye açısından ortak hukuki bağlayıcı bir metin olarak dayanak noktası oluşturmasıdır. AİHS, Avrupa Birliği Antlaşması'nın 6. maddesinde atıf yapıldığı şekli ile AB hukukunun (Birlik Hukukunun) kaynaklarından biridir. Öte yandan, Türk Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) bireysel başvuru uygulaması Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca konu bakımından AİHS'de ve anayasada ortak şekilde yer alan haklarla sınırlandırılmıştır. Ayrıca AİHS'e taraf ülke olarak Türkiye, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca sözleşmedeki hakları korumakla yükümlüdür. Avrupa Birliği ve Türkiye açısından AİHS'in hukuk kaynağı niteliği ve bağlayıcılığı göz önüne alındığında, bir hakkın kapsamı, sınırları ve güvenceleri değerlendirilirken, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) ve AYM'nin içtihatları, sözleşmedeki hakları denetlemekle ve yorumlamakla yükümlü olan Avrupa İnsan Hakları

Mahkemesi (AİHM)’in içtihatları ile birlikte değerlendirilmelidir. Bu bağlamda AİHS’i merkeze alarak, AİHM, ABAD ve AYM içtihadı incelenecek, mahkemelerin uygulamalarındaki örtüşmeler ve ayrışmalar ortaya çıkarılacaktır. Bunun sonucunda avukat-müvekkil gizliliği bakımından Türk Hukukunda ve AYM içtihadında AİHM’in bakış açısı ile arasında belirgin farklılıklar olduğu, ABAD’ın ise avukat-müvekkil gizliliği konusunda AİHM ile paralel içtihatlar çıkardığı görülecektir.

Avukat-müvekkil gizliliğinin insan hakları hukukundaki yerini belirlemeye yönelmiş bu tez avukatın müvekkili ile olan iç ilişkisinden kaynaklanan mesleki disiplin sorumluluğu ve avukatın hukuki sorumluluğunu kapsamamaktadır. Avukatın müvekkili ile arasındaki vekalet ya da eser sözleşmesine dayanan iç ilişkisinden kaynaklanan sorumluluğu bir özel hukuk ya da avukatın mesleki sorumluluğu açısından disiplin hukuku problemi olup, bu tezin konusuna girmemektedir.

Bu çerçevede tezin ilk bölümünde avukat-müvekkil gizliliğinin anlamı ve kapsamı açısından İngilizce metinlerin tercümesi sırasındaki sorunlara değinilmesi zorunlu görülmektedir. Zira avukat-müvekkil gizliliği kavramının İngilizce metinlerinde kullanıldığı şekliyle “confidentiality”, “privilege” ya da “secrecy” kavramlarının karşılığı olarak Türkçede “gizlilik” kavramının kullanılması, avukat-müvekkil gizliliğini anlamlandırmada sorunlar ortaya çıkartmaktadır. Öte yandan, avukat-müvekkil ilişkisini detaylandırmak ve avukat-müvekkil gizliliği açısından önemli niteliklerini ortaya çıkarmak zorunludur. Bu sebeple Birinci Bölüm’de avukat-müvekkil gizliliği, avukat ve müvekkil açısından ve avukat ve müvekkili arasındaki ilişkinin niteliği açısından ayrı ayrı ele alınacaktır.

Birinci bölümün ikinci kısmında avukat-müvekkil gizliliğinin ve AİHS’in Birlik Hukuku ve Türk Hukuku açısından anayasal dayanakları ele alınacaktır. AİHS’in Birlik Hukuku ve Türk Hukuku’ndaki öneminin tespiti, çalışmanın devamında AİHS merkezli bakış açısının seçilmesine dayanak oluşturmaktadır. Ardından, avukat-müvekkil gizliliğinin AİHS’deki dayanağı araştırılacak, bu bakımdan en temel iki dayanak noktası olan AİHS’in 6. maddesinde düzenlenen “adil yargılanma hakkı” ve 8. maddede düzenlenen “özel ve aile yaşamına saygı hakkı” bağlamında hangi kapsamda avukat-müvekkil gizliliğinin korunmasıyla örtüştüğü değerlendirilecektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde avukat-müvekkil gizliliğine kamu makamları tarafından yapılan müdahaleler değerlendirilecektir. Bu bakımdan avukatın ofisinin aranması, avukatın mahpus veya gözaltındaki kişilerle yaptığı görüşmelerin izlenmesi, avukata ait bilgilerin kamu makamları tarafından edinilmesi, avukatın müvekkili ile haberleşmesine yönelik müdahaleler, ve son olarak da avukatın müvekkiline ait bilgileri ifşaya zorlanmasına ilişkin müdahaleler, avukatın ve müvekkilinin AİHS’de korunan hakları bakımından değerlendirilecektir.

Bu aşamada öncelikle AİHM içtihadı ortaya konulacak, konuyla ilgili varsa ABAD ve Birlik Hukuku’na ilişkin bilgiler değerlendirilecek, en son da Türk Hukuku ve AYM’nin konuya ilişkin kararları değerlendirilecektir. Tüm bu değerlendirmeler, AİHS’in bağlayıcılığı ile, AİHM’in içtihatlarına uyumluluğu çerçevesinde ele alınacaktır. Bu bakımdan öncelikle müdahalenin şekli bakımından AİHM, ABAD ve AYM ilgili başlıklar altında incelenecek, sonuç kısmında ise Mahkemelerin kararları birbirleri ile genel olarak karşılaştırılacaktır.

Tüm bu çalışmanın ardından avukat-müvekkil gizliliğinin AİHS’deki yeriyle AİHM, ABAD ve AYM içtihatları ortaya konulmuş olacaktır.

ABAD’ın kurum içi avukatları avukat-müvekkil gizliliği konusunda kapsam dışı bırakmasına ilişkin içtihadının, kurum içi avukatın mesleki yaşam hakkı bakımından sorun doğurup doğurmadığı önem taşımaktadır. Avukat-müvekkil gizliliği bakımından kurum içi avukatları kapsam dışı bırakmak, Hollanda’da olduğu gibi kurum içi avukatları da avukat-müvekkil gizliliği korumasına dahil eden ulusal hukuk sistemleri açısından daha geri koruma düzeyinin Birlik Hukuku tarafından kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Bu itibarla, söz konusu içtihadın ulusal hukuk sistemlerindeki hukuki sonuçları analiz edilecektir.

Türk Hukuku açısından ise Rekabet Kurumu ve idari yargıda kurum içi avukatın avukat-müvekkil gizliliği korumasına dahil edilmeyerek mehzaz hukuk Birlik Hukuku’nu yorumlayan ABAD’la aynı yönde kararlar verildiği gözlemlenmektedir. Bu durum kurum içi avukat ile serbest avukat arasında bir ayrım öngörmeyen Türk Hukuku’nda da sorunlu gözükmektedir.

AYM’nin içtihatları dikkate alındığında avukat-müvekkil gizliliği konusunda avukatın iletişiminin denetlenmesine ilişkin yasal güvencelerin öngörülmemiş olmaması konusunda Mahkeme’nin AİHM’in mevcut içtihatlarındaki tespitlerinin aksine sorun bulmadığı

gözlemlenmektedir. Öte yandan Mahkeme'nin henüz bu konuda kararı bulunmasa da Türk Hukuku'nda avukata ait bilgilerin soruşturmacılar tarafından toplanması sırasında avukat-müvekkil gizliliği konusunda uygun yasal güvencelerin öngörülmemiş olduğu belirtilmelidir. Bu bakımdan, avukatın bir suçun şüphelisi olması sırasında ceza muhakemesindeki tedbirlere başvurulurken avukat-müvekkil gizliliğine ilişkin bilgilerin uygun filtrelemelerden geçirilmesini öngören güvencelerin ceza muhakemesi mevzuatına getirilmesi önerilebilir.



BİRİNCİ BÖLÜM:

AVUKAT-MÜVEKKİL GİZLİLİĞİ ve AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDEKİ DAYANAĞI

Avukat-müvekkil gizliliği sahada, avukatlar ve siyasetçiler tarafından sık kullanılan, haberlerde, adliyelerde, polis merkezlerinde, cezaevlerinde, baroda hatta parlamentoda adından çok söz edilen bir kavramdır. Özellikle, toplumu ilgilendiren hassas davalarda kişinin kendini savunması ile alakalı veya insan hakları savunucusu avukatların haklarına yapılan müdahalelerle ilgili haberlerde avukat-müvekkil gizliliği kavramı karşımıza çok sık çıkmaktadır. Ancak dikkatle baktığımızda kavramın çoğu durumda yanlış kullanıldığını ya da savunma hakkının kutsanması üzerinden dokunulmaz ilan edildiğini görebiliriz. Oysa yargı pratiğine bakıldığında avukatın müvekkilinin suçlarına dahil olması ihtimaline karşı bir dizi önlemler de alındığı görülmektedir.

Öncelikle bir kavram kargaşasının önüne geçilmesi zorunlu gözükmektedir. Bunun ardından avukat-müvekkil gizliliğinin AİHS ve anayasal dayanakları irdelenecek, böylece çalışmanın ikinci bölümünde avukat-müvekkil gizliliğinden kaynaklanan korumaya müdahalenin sınırlarını çizebilmek için gerekli altyapı oluşturulmuş olacaktır.

1- AVUKAT-MÜVEKKİL GİZLİLİĞİ

A-Avukat-Müvekkil Gizliliği Kavramı

Müvekkilin hukuki yardım ihtiyacını karşılamak amacıyla hukuki süreçlerde danışma ya da temsil etme işine dayanan hukuki ilişki, niteliği gereği müvekkil ile avukat arasındaki güven ilişkisi üzerine kurulur. Müvekkilin bu güvene ihtiyacı vardır; çünkü yaşadığı ya da yaşayacağı yargısal süreçlerin öngörülebilir olması, haklarının optimum düzeyde korunması için kimseye söyleyemediği, kendisini kusurlu göstermesine sebep olabileceğini düşündüğü olaylar dahil her şeyi avukatı ile paylaşmalıdır. Avukatın bu güvene ihtiyacı vardır; çünkü kendisine başvuran müvekkiline en iyi hukuki hizmeti verebilmek için müvekkilinin vereceği samimi ve açık bilgilere ihtiyacı vardır. Bu güven müvekkil ve avukat arasındaki kişisel sebeplere dayanabileceği gibi, kişisel güvene dayalı bu ilişkinin hukuk sistemi tarafından da

korunması gerekmektedir. Güven, avukat ve müvekkili arasındaki bilgi paylaşımının samimiyetine ve bu samimiyetin korunmasına dayanmaktadır. Buradaki bilgi paylaşımının korunması avukat-müvekkil gizliliğini anlatmaktadır.

(1) Avukat-Müvekkil Gizliliği ile İlgili Terminolojik Sorunlar

Uluslararası ve ulusalüstü belgelerde ve mahkeme kararlarında avukat-müvekkil gizliliği kavramı genelde Anglo-Sakson hukukundaki karşılığı ile “legal professional privilege”, Kıta Avrupası Hukuku’ndaki kullanımıyla “attorney-client confidentiality”, “attorney-client privilege” ya da “secrecy” gibi farklı kavramlarla kullanılmakta ve Türkçeye Kıta Avrupası Hukuku etkisiyle “avukat-müvekkil gizliliği” olarak çevrilmektedir.

Farklı belgelerde, mahkeme kararlarında bu kavramın değişik görünümüleri kafa karıştırıcı olsa da uluslararası belgelerde “legal professional privilege” kavramının bu kavramı anlatmak için daha yaygın olarak kullanıldığı gözlemlenmektedir. Örneğin, “Avrupalı Avukatlar İçin Model Meslek Kuralları”¹ ve “Avrupa’da Hukuk Mesleği’nin Temel Prensipleri Hakkında Yorum”² “legal professional privilege” ve “secrecy” kavramını beraber kullanmıştır. Öte yandan AIHM, konu hakkında yayımladığı bilgi sayfasında “Legal Professional Privilege” başlığını tercih etmiştir.³ Ayrıca hapisanedeki hükümlülerin hukuki yardım alması ile ilgili olarak Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından yayımlanan 2006/2 sayılı öneride bu kavram anlatılırken “confidentiality” kelimesi kullanılmıştır.⁴ Yine bazı mahkeme kararlarında ve öğretide “attorney-client privilege”⁵ ve “attorney-client confidentiality”⁶ kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. Türkçe mevzuatta, mahkeme kararlarında ve doktrinde bu kavrama

¹ Council of Bars & Law Societies of Europe, “Code of Conduct for European Lawyers”, Article: 3.8.6., 19 Mayıs 2006, https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/DEONTOLOGY/DEON_CoC/EN_DEONTO_2021_Model_Code.pdf (e.t.:28/7/2022).

² Council of Bars & Law Societies of Europe, A Commentary on the Charter of Core Principles of the European Legal Profession, principle b, 25 Kasım 2006, <https://dokumen.tips/documents/charter-of-core-principles-ccbe-2013-10-28-the-code-of-conduct-for-european.html?page=1> (e.t.:28/7/2022).

³ European Court of Human Rights, Factsheet-Legal Professional Privilege, Kasım 2021. https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Legal_professional_privilege_ENG.pdf, (e.t.:28/7/2022).

⁴ Council Of Europe Committee Of Ministers, Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to Member States on the European Prison Rules, 11 Ocak 2006 <https://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/european-prison-rules> (e.t.: 28/7/2022).

⁵ John D. Donovan Jr, “Application of the Attorney-Client Privilege to Corporations: New Directions and a Proposed Solution”, Boston College Law Review, 1979, C. :20, s. 953, <https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol20/iss5/4> , (e.t.: 05.03.2022.)

⁶ William H. Simon, “Attorney-Client Confidentiality: A Critical Analysis”, Georgetown Journal of Legal Ethics, 2017, C.30, s. 447, <https://law.stanford.edu/publications/attorney-client-confidentiality-a-critical-analysis/>, (e.t.:7.6.2022).

karşılık “avukat-müvekkil gizliliği”⁷ ve “sır saklama yükümlülüğü”⁸ kavramının birbiri için kullanıldığı görülmektedir. Bununla birlikte bazı yerlerde de bu kavram için “imtiyaz” karşılığının kullanıldığı tespit edilmiştir.⁹

Bu farklılığın anlaşılması ve Türkçeye uyarlanması sorunun tespiti açısından “secrecy”, “privilege” ve “confidentiality” kavramlarının İngilizce-Türkçe kelime anlamları ve karşılıklarının araştırılması gerekmektedir.

Privilege kavramının Oxford sözlüğündeki karşılığı “*yalnızca belirli bir kişi veya gruba tanınan veya sağlanan özel bir hak, avantaj veya bağışıklık*” olarak tanımlanmaktadır.¹⁰ Secrecy kelimesi ise aynı sözlükte “*bir şeyi gizli tutma eylemi veya gizli tutulma durumu*” olarak tanımlanmakta ve “confidentiality” kavramı ile “secrecy” kavramı eş anlamlı olarak kullanılmaktadır.¹¹ Kelimelerinin Türkçe karşılıkları İngilizce-Türkçe sözlükte araştırıldığında, “privilege” kelimesinin “ayrıcalık”, “secrecy” ve “confidentiality” kelimelerinin ise “gizlilik” kelimelerine karşılık geldiği anlaşılmaktadır.¹² Bu kelimelerin Türk Dil Kurumu (TDK) sözlüğündeki Türkçe karşılıklarının, Oxford sözlüğündeki İngilizce karşılıklarının anlamları ile aynı anlamda olduğu görülmektedir.

Uygulamada farkı olmasa da kavramın Anglo-Sakson Hukuku’nda ve Kıta Avrupası Hukuku’nda farklı tanımlandığı ve adlandırıldığı tespit edilmiştir. İngiliz hukuk sisteminde “legal professional privilege”¹³ kavramı, 16. yy.’a dayanır. Kavram önceleri avukatın mahkemede müvekkili ile ilgili öğrendiği bilgilere ilişkin tanıklık yapması yasağı olarak kullanılmışsa da, 18. yy.’dan itibaren, kapsamı içtihatlarla genişletilerek bir usul kuralı olarak

⁷ Rekabet Kurulu’nun; Dosya Sayısı: 2015-1-54, Karar: 15-42/690-259 sayılı 02.12.2015 tarihli **DOW kararı**; Mehmet Berke Eryılmaz, “**AİHM Kararları Işığında Avukat – Müvekkil Gizliliği Kavramı**”, Legal Blog, 21.04.2020, <https://legal.com.tr/blog/gene/aihm-kararlari-isinginda-avukat-muvekkil-gizliliği-kavramı/>, (e.t.: 07.06.2022).

⁸ Yargıtay 4. CD Kararı, 2009/19013 E. ve 2011/21017 K. sayılı ve 14.11.2011 tarihli kararı.

⁹ Danıştay 13. D. 2010/1677 E. ve 2014/829 K. Sayılı ve 11.03.2014 tarihli kararı; Okan Gündüz, “Medeni Yargılama Hukukunda Avukat-Müvekkil İletişiminin Delil Olarak Kullanılması”, **Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, C.10, S. 28, s. 1, <https://legalbank.net/belge/medeni-yargilama-hukukunda-avukat-muvekkil-iletisiminin-delil-olarak-kullanilmasi/3142725/rekabet+hukuku+insan+%E2%80%A6> (e.t. 26.04.2022).

¹⁰ **Oxford Lexico Web Sözlüğü**, “Privilege: A special right, advantage or immunity granted or available to a particular person or group.”, <https://www.lexico.com/definition/privilege> (e.t.:03.06.2022). (kavramın Türkçe çevirisi tarafımdan yapılmıştır.)

¹¹ **Oxford Lexico Web Sözlüğü**, “Secrecy: The action of keeping something secret or the state of being kept secret”, <https://www.lexico.com/definition/secrecy> (e.t.: 03.06.2022.), (kavramın Türkçe çevirisi tarafımdan yapılmıştır.)

¹² **Tur-eng Türkçe-İngilizce Sözlük**, “privilege”, “secrecy” ve confidentiality” kelimeleri sorgulatılarak edinilmiş bilgidir. <https://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/> (e.t.:28.7.2022).

¹³ Bu kısımdan itibaren bu bölümle sınırlı olmak üzere, “legal professional privilege”, “litigation privilege” ve “legal advice privilege” kavramları Türkçe ’ye çevrilmeden kullanılacaktır.

kullanılmıştır.¹⁴ İngiliz hukuk sisteminde “legal professional privilege”in iki görünümü vardır: “legal advice privilege” ve “litigation privilege”. “Legal advice privilege” avukat ve hukuki yardım alan müvekkil arasındaki iletişimi korumaktadır. “Litigation privilege” ise avukat-üçüncü taraf veya müvekkil-üçüncü taraf arasındaki iletişimin dokunulmazlığıdır.¹⁵ “Legal advice privilege”, Anglo-Sakson hukuk sistemine göre avukat ve müvekkili arasındaki tüm iletişimi kapsamaktayken, “litigation privilege” yalnızca mevcut dava ile ilgili görüşmeleri kapsar. Örneğin, uyuşmazlığın tarafı ya da avukatının, davanın konusuna yönelik uzmanlık raporu hazırlayacak ve/veya üçüncü taraf görüşü sunacak kişiyle yaptığı görüşmeler litigation privilege kapsamındadır.¹⁶ Bir belgenin “litigation privilege” kapsamında olup olmadığı, belgenin açılması muhtemel ya da mevcut bir dava ile ilgili hazırlanıp hazırlanmamasına göre belirlenir. “Dava” amacının baskın olması gerekir. Bu şekilde davanın taraflarına dava ile ilgili hazırlıklarını kolaylaştırmak için “mahremiyet bölgesi” tanınmış olur. Bu mahremiyet bölgesi sayesinde kişiler, davaları ile ilgili hazırlık yaparken kötü niyetli ifşalardan korunmuş olurlar.¹⁷

“Confidentiality” ise İngiliz hukuk sisteminde bir etik kural olarak avukatın müvekkili ile arasındaki temsil ilişkisinden kaynaklanan bilgilerin gizliliğinin korunmasına ilişkin mesleki yükümlülüğünü yani Türk Hukukundaki karşılığı ile sır saklama yükümlülüğünü anlatırken kullanılmaktadır. İngiltere ve Galler’de avukatlarla ilgili düzenleme ve denetleme yetkisine sahip Avukatlık Düzenleme Otoritesi’nin (*Solicitors Regulation Authority*) meslek kurallarında avukatın gizli tutma yükümlülüğü şu şekilde düzenlenmiştir:

“6.3. Şimdiki ve daha eski müvekkilleri ile ilgili tüm işleri, kanun açıklanmasına izin vermedikçe, açıklanmasını emretmedikçe ya da müvekkil tarafından açıkça izin verilmedikçe gizli tutarsın.”¹⁸

¹⁴ Ho Hock Lai, “History and Judicial Theories of Legal Professional Privilege”, *Singapore Journal of Legal Studies*, Aralık 1995, s. 560.

¹⁵ Neil H. Andrews, “Legal Advice Privilege: a Matter of Substance”, *The Cambridge Law Journal*, Mart 2000, C. 59, s. 48, <https://shibbolethsp.jstor.org/start?entityID=https%3A%2F%2Fidp.unibremen.de%2Fidp%2Fshibboleth&dest=https://www.jstor.org/stable/4508640&site=jstor> (e.t. 05.03.2022).

¹⁶DLA Piper Intelligence, **Legal Privilege Global Guide**, s.50, <https://www.dlapiperintelligence.com/legalprivilege/insight/handbook.pdf> (e.t.19.09.2021).

¹⁷ Kanada Ontario Yüksek Adalet Divanı Kararı, *Walsh Construction Company Canada v. Toronto Transit Commission*, k.t.: 11 Haziran 2020 ONSC 3688, para: 20. <https://www.canlii.org/en/on/onsc/doc/2020/2020onsc3688/2020onsc3688.html> (e.t.:28/7/2022).

¹⁸ Solicitors Regulation Authority, “**Code of Conduct**”, Art: 6-3 <https://www.sra.org.uk/solicitors/standards-regulations/code-conduct-solicitors/> (e.t.: 03.06.2022).

Amerikan hukuk sisteminde İngiliz hukukunda olduğu gibi, “attorney-client confidentiality” kavramı etik bir mesleki kural ve avukatın yükümlülüğü olarak tanımlanmakta, “legal professional privilege” kavramı ise usul hukuku ile ilgili bir kural olarak karşımıza çıkmaktadır. Amerikan Baroları Birliği’nin Mesleki Davranış Kurallarının “Avukat-Müvekkil İlişkisi” başlıklı 1.6. numaralı kuralı, avukat-müvekkil ilişkisindeki bilgilerin gizliliğini düzenlemektedir. Buna göre,

“(a) Avukat, bilgilerin ifşasına müvekkili tarafından aydınlatıcı onamla alınmış bir muvafakat verilmedikçe, ifşa konusunda avukat zımni olarak yetkilendirilmedikçe veya (b) paragrafında ifşaya izin verilmiş bir durum oluşmadıkça, müvekkilinin temsiline ilişkin bilgileri açıklamamalıdır.

(b) Avukat, makul olarak gerekli olduğuna inandığı ölçüde, müvekkilinin temsiline ilişkin bilgileri ifşa edebilir:

(1) makul ölçüde kesin ölüm veya önemli bedensel zararı önlemek için,

(2) müvekkilin başkalarının mülklerine ya da finansal çıkarlarına önemli derecede zarar vereceği belli olan bir suç işlemesini ya da sahtecilik yapmasını önlemek için,

...

(5) Müvekkil ile avukat arasında çıkabilecek bir ihtilafta avukat adına savunma ya da bir iddia oluşturmak için,

...

(6) başka bir kanun ya da mahkeme emrine uymak için,

... ”¹⁹

Öte yandan “legal professional privilege” kavramı usul kuralı olarak İngiliz hukuk sisteminde olduğu gibi kullanılmaktadır. Buna göre avukat, müvekkili ile iletişimini açığa çıkaracak herhangi bir bilgiyi soruşturma ya da yargılama sırasında ifşa edemeyeceği gibi, hiçbir makam, avukatı bu bilgileri ifşa etmeye zorlayamaz.

¹⁹American Bar Association, “Rule 1.6: Confidentiality of Information”, https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_1_6_confidentiality_of_information/ (e.t.:28/7/2022), (Türkçe çevirisi tarafımdan yapılmıştır).

Görüldüğü gibi, Anglo-Sakson hukuk sisteminde avukatın müvekkili ile olan ilişkisinden kaynaklanan tüm bilgiler “gizlilik” kapsamında değerlendirilir. Yalnızca belli durumlarda ve makul şekilde gerekçelendirilebiliyorsa bu bilgiler ifşa edilebilir. Avukat, detaylı şekilde düzenlenmiş gizliliğe yönelik istisna şartları oluşsa bile müvekkilinin çıkarlarını korumak için doğru olduğunu düşünüyorsa, müvekkili ile olan iletişimini ifşa etmekten kaçınabilir. Bu kaçınma imkânı “Legal Professional Privilege”ın sonucudur. Burada “legal professional privilege” kavramı hiçbir makamın bir avukatı, müvekkili ile iletişiminin ifşası konusunda zorlayamayacağına ilişkin bir kural olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anglo-Sakson sistemindeki bu ikili görünüme karşın, Kıta Avrupası hukuk sisteminde bu kavramları karşılamak üzere, yalnızca “gizlilik” (secrecy, confidentiality) kavramının öne çıktığını görmekteyiz. Aslında, Kıta Avrupası’nda uygulanan kurallar niteliği itibarıyla Anglo-Sakson hukukunda olduğu gibi, avukatın müvekkili ile ilişkisinden kaynaklanan bilgilerin gizliliğini koruma yükümlülüğünü getiriyor ve avukat-müvekkil iletişiminin dokunulmazlığını koruyor olsa da kavramsal olarak “sır saklama” ya da “gizlilik” terimlerinin öne çıkarıldığı görülmektedir.

Kıta Avrupası hukuk sisteminde genel olarak usul kanunlarında avukatın müvekkili ile olan ilişkisine müdahalenin sınırlarına ilişkin belirli kurallar getirilmekle birlikte “legal professional privilege” gibi “dokunulmazlığı” ya da “ayrıcalığı” anlatan özel bir terim tercih edilmeden düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Buna karşılık Anglo-Sakson hukuk sisteminde olduğu gibi Kıta Avrupası hukuk sisteminde de “meslek kuralları” kapsamında avukat-müvekkil gizliliğinin avukatın müvekkili ile olan ilişkisini “gizli tutma” ya da “sır saklama” yükümlülüğü çerçevesinde düzenlendiği görülmektedir.

Örneğin Almanya’da “Federal Avukatlar Düzenlemesi”nde (*Bundesrechtsanwaltsordnung*)” her *avukat profesyonel gizliliği korumakla yükümlüdür*”²⁰ denilerek avukat-müvekkil gizliliği düzenlenmiştir. Öte yandan Alman Ceza Muhakemeleri Kanunu’nun (*Strafprozeßordnung*) 53. maddesinde sanığın müdafinin, görevi dolayısıyla kendisine verilen bilgilerle alakalı olarak, tanıklık yapmayı reddedebileceği düzenlenmiştir.

²⁰ Federal Alman Barosu’nun Federal Avukatlık Düzenlemesi’nin İngilizce çevirisinden alınmıştır. “Bundesrechtsanwaltsordnung- (BRAO)” https://www.brak.de/w/files/02_fuer_anwaelte/brao_engl_090615.pdf (e.t:3.06.2022).

Ayrıca madde kapsamında sanık müdafii dışında, mesleki faaliyetleri sebebiyle tanıklık yapmaktan vazgeçebilecek kişiler oldukça geniş sayılmıştır (Avukat olmayan hukuk hizmeti sağlayan kişiler, noterler, vergi danışmanları vs. dahil olmak üzere). Yine aynı yasanın 93. maddesinde, tanıklık yapmaktan çekinme hakkı olan kişilerle sanıklar arasındaki iletişime ilişkin belgelere el konulamayacağı düzenlenmiştir.²¹

Türkiye’de, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun “Sır Saklama” başlıklı 36. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

“ Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır.

Avukatların birinci fıkrada yazılı hususlar hakkında tanıklık edebilmeleri, iş sahibinin muvafakatini almış olmalarına bağlıdır. Ancak, bu halde dahi avukat tanıklık etmekten çekinebilir. Çekinme hakkının kullanılması hukuki ve cezai sorumluluk doğurmaz.”

Diğer hukuk sistemlerindekiyle yakın bir düzenlemenin Avukatlık Kanunu’nda avukatın yükümlüğü şeklinde yer aldığı görülmektedir. Öte yandan kavramsal olarak “dokunulmazlık” “ayrıcalık” terimlerini kullanmadan, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 46. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

“(1) Meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır:

a) Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler.

...

(2) Yukarıdaki fıkranın (a) bendinde belirtilenler dışında kalan kişiler, ilgilinin rızasının varlığı halinde, tanıklıktan çekinemez.”

Yine, aynı kanunun 130. maddesinde, avukatın ofisinin aranması için özel usuller öngörülmüş ve belli şartlara bağlanmıştır. Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı için, burada Türk mevzuatına daha fazla yer verilmeyecektir.

²¹ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “Strafprozeßordnung” İngilizce metni esas alınmıştır. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html (e.t. 19.09.2021).

Tüm bu bilgiler ışığında Türk hukuk uygulamasında “legal professional privilege” yerine “attorney-client confidentiality”ın Türkçe karşılığı olarak “avukat-müvekkil gizliliği”nin tercih edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Meslek kurallarına ilişkin mevzuatta “confidentiality” ya da “secrecy” kavramlarının tam karşılığı olarak kullanılan “gizlilik” ve “sır saklama” terimlerini içeren düzenlemeler bir yana, yargılama hukukundaki usuli boyutu itibarıyla “avukat müvekkil gizliliği” teriminin, kavramın anlamını karşılamadığı aşikârdır. Uygulamada, “avukat-müvekkil” ile aslında “avukat ile müvekkili arasındaki ilişki”nin kastedildiğinin altının çizilmesi gerekmektedir. Öte yandan kavram kendi içerisinde gizlilikten çok bir ayrıcalığa işaret etmektedir. Avukat müvekkil gizliliğindeki amaç, avukat ve müvekkil arasındaki ilişkinin gizliliği değil, bu ilişkinin hukuki boyutunun ayrıcalığı olmalıdır. Avukat müvekkiline hukuki yardım sağlamaktadır ve işini yapabilmesi için müvekkilinin ona samimi ve açık bir biçimde, aleyhine kullanılmayacağından emin olacağı şekilde ilgili olayın tüm boyutlarını anlatması, avukatına özel bilgiler vermesi gerekmektedir. Ayrıcalıktaki amaçlardan biri, avukata verilen bilgilerin müvekkilin aleyhine kullanılamamasıdır. Bu durum, avukata gizliliği koruma yükümlülüğü getirmekteyken, kamu makamlarına da avukat-müvekkil ilişkisine dokunmama konusunda birtakım negatif ve pozitif yükümlülükler getirmektedir. Bu açıdan bakıldığında avukat-müvekkil gizliliği kavramı, “legal professional privilege” terimine içkin olan, kamu makamlarının negatif ve pozitif yükümlülüklerini ve avukat-müvekkil ilişkisinin dokunulmazlığını anlatmamaktadır.

Avukat-müvekkil gizliliği kavramına ilişkin son olarak avukatın/hukuk mesleği yürüten kişilerin yaptığı bazı işlemlerde dokunulmazlık kuralının uygulanmadığına değinmek gerekir. Örneğin avukat, müvekkilinin yalnızca yargı öncesi veya yargılama sırasındaki işlerinde temsili görevini değil, yargı dışı süreçlere ilişkin resmi makamlarla ya da bankalarla olan işlerinde de görev alabilir. Vekalet ilişkisine dayanması açısından bu tip işler de avukat-müvekkil ilişkisine dahildir. Ancak bu tür işlerin hukuki yardım ya da yargısal boyutu olmadığı göz önünde bulundurulduğunda bu ilişkinin gizliliği ya da bir ayrıcalığı olmadığı ortadadır. Örneğin, bir avukatın müvekkilinin tapuda kayıtlı bir taşınmazını satması için özel vekaletname ile yetkilendirilmiş olması durumunda vekil yine avukattır ve müvekkili adına işlem yapmaktadır. Ancak bu ilişkide avukatın sır saklama yükümlülüğü söz konusu olsa bile avukat-müvekkil gizliliğinin getirdiği dokunulmazlıktan faydalanılması söz konusu değildir. Dolayısıyla, kavramı hem başka dillerde hem Türkçede kullanırken “gizlilik” (secrecy ya da

confidentiality) yerine kavramın hukuki değerine vurgu yapan “dokunulmazlık” (privilege) kelimesiyle beraber, ayrıcalığın kapsamına vurgu yapan “hukukçu” ya da “hukuk mesleği” (legal professional) kelimelerinin beraber kullanılması önerilebilir. Terminolojiye ilişkin bu tespit yapılmakla beraber, genel kullanım olması nedeniyle, tez başlığında ve tezin genelinde bu kavramı anlatmak için “avukat-müvekkil gizliliği” tercih edilmiştir.

(2) Avukat-Müvekkil Gizliliğinde Korunan Hukuki Yarar

Bugün uygulanan avukat-müvekkil gizliliği korumasına ilişkin ilkelerin Eski Roma’ya dayandığı iddia edilmektedir.²² Eski Roma’da aileden olan kişilerin birbirleri aleyhine tanıklık yapma yasağı bulunmaktaydı. Bu yasak köleleri kapsamaktaydı. (*testimonium domesticum*). Yine avukatlar da eski zamanlardan bu yana, kuralın genişlemesinin sonucu olarak müvekkilleri aleyhine tanıklık yapmaktan yasaklılardır. Konu daha sonra geç imparatorluk döneminde bir yasa olarak ele alınmıştır.²³ Kişinin tanık olarak kendi davasında dinlenemeyeceğine ilişkin kuralın - *nullus idoneus testis in re sua intelligitur*- bir uzantısı olarak²⁴ Roma hukukunda avukatın vekil olduğu davada dinlenememesi, I. Iustinianus döneminde Corpus Iuris Civilis’te düzenlenmiştir. ²⁵ Avukatın tanık olarak dinlenmesi yasağı, bu konudaki beyanlarına güvenilemeyeceği, bu sebeple dinlenmesinin faydasız olacağı görüşü üzerine bina edilmiştir.²⁶

Birleşik Krallık’ta Orta Çağ’da avukatların o dönemlerde soylu ailelerin veya kişilerin hizmetkarları olarak mülklerini idare eden ve hukuki hizmet veren kişiler olduğunu belirten

²² Olivia Grosser-Ljubanovic, “Legal Professional Privilege: The influence of Jeremy Bentham and John Henry Wigmore on the judicial pronouncement of Lord Taylor of Gosforth in R v Derby Magistrates’ Court; ex parte B.”, (**yayımlanmamış doktora tezi**, University of Adelaide, Adelaide Law School, 2018), s.13, https://digital.library.adelaide.edu.au/dspace/bitstream/2440/118002/3/Grosser-Ljubanovic2018_PhD.pdf (e.t. 28/7/2022).

²³ Max Radin, “The Privilege of Confidential Communication between Lawyer and Client”, : **California Law Review**, C. 16, S. 6, Eylül 1928, s. 488. <http://www.jstor.org/stable/3475332> (e.t.: 29.06.2022).

²⁴ Jared Sunshine, “The Parthenogenesis of Wigmore: A Humble History of How a Confidentiality Requirement Arose Ex Nihilo to Become the Sine Qua Non of Attorney-Client Privilege” , **UIC Marshall Law Review**, C:54, 2021, s. 436, <https://repository.law.uic.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2845&context=lawreview> (e.t. 25.06.2022).

²⁵ Radin, s.488; Sunshine, s. 437.

²⁶ Radin, s. 489.

Max Radin, o dönemde avukat-müvekkil gizliliğine ilişkin ayrıcalığın yukarıda bahsettiğimiz “*testimonium domesticum*” kuralından Roma Hukuku’nun etkisinin sonucu olabileceğini belirtmektedir.²⁷ Anglo-Sakson hukukunda konuyla ilgili ilk kararlar avukat-müvekkil gizliliğinin, “*bir centilmen olarak*”²⁸ avukatın müvekkilinin sırlarını koruması yükümlülüğü çerçevesinde tanınmıştır. Bu nedenle John Henry Wigmore, avukatın müvekkilinin sırlarını koruma yükümlülüğünün Anglo-Sakson hukukundaki 18. yy.’ın başına kadar uygulamasının savunma mesleğinin ve buna bağlı bulunan dokunulmazlığın bir “*sınıf dokunulmazlığı*” olduğu tespitini yapmaktadır.²⁹ Ayrıca Wigmore, “*bir centilmen olarak*” avukatlığın onurunun korunması için avukat-müvekkil gizliliğinin korunduğunu ekler. Avukat-müvekkil gizliliğinin korunmasındaki hukuki yarar, avukatlık mesleğine içkin olan “*yüksek fikirlilik ve onurun*” bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.³⁰ Ancak 19. yy.’dan itibaren avukat müvekkil gizliliğinin hukuki temeli, avukatın mesleki onurundan çok müvekkil merkezli, müvekkilin savunmasını sağlıklı bir şekilde bina etmesi üzerinden, avukat-müvekkil ilişkisinin en verimli şekilde ilerlemesini gözetten temellendirmelere evrilmiştir.³¹ Bu değişimin temelinde birey merkezli devlet anlayışının gelişmeye başlamış olmasının rol oynadığı iddia edilmektedir. Rosenfeld’e göre 18. yy. başında Adam Smith ve John Locke’un savunduğu bireyciliğin, politik ve ekonomik felsefede güçlenmesi ile beraber, avukat müvekkil gizliliği de müvekkil merkezli açıklamalara dönüşmüştür. Ona göre bu bakış açısı “*toplumun iyiliği ile bireyin hakları arasında bir gerilim*” yaratmıştır. “*Bu gerilim, anayasal ve insani hakların bir sonucudur.*”

²⁷ a.g.e., s. 489.

²⁸ John Henry Wigmore, “Evidence in Trials at Common Law”, **McNaughton Review**, 1961, C. 8, s. 67-68’den aktaran, Ho Hock Lai, s. 560.

²⁹ Anglo-Sakson hukuk sisteminde olay bazında bir değerlendirmeye gerek duymadan, yalnızca bir durumun varlığı sebebiyle kişilerin sahip olduğu dokunulmazlık “sınıf dokunulmazlığı” (class privilege) olarak adlandırılır. Kanaatimizce Wigmore’dan aktaran yazarlar burada kişinin avukat olmasının sahip olduğu bilgiye otomatik olarak “avukat-müvekkil gizliliği” koruması adına karine sağlamasının yeterli olması ile avukatlığın tarihsel olarak bir “centilmen” mesleği olması arasındaki bağlantıya vurgu yapmaktadır. Wigmore Kriteri ve sınıf dokunulmazlığı için bkz: Ted Palys ve David MacAllister, “Protecting Research Confidentiality via the Wigmore Criteria: Some Implications of Parent and Bruckert v The Queen and Luka Rocco Magnotta.”, **Canadian Journal of Law & Society**, C. 31, S.: 3, s. 2, <https://www.sfu.ca/~palys/CJLS-Palys&MacAlister-PrePublicationDraft.pdf> (e.t.: 27.07.2022); Wigmore’dan aktaran yazarlar için bkz: Michel Rosenfeld, “The Transformation of the Attorney-Client Privilege: In Search of an Ideological Reconciliation of Individualism, the Adversary System, and the Corporate Client’s SEC Disclosive Obligations.”, **Hastings Law Journal**, 1982, S.: 1, s. 496; Grosser-Ljubanovic, s. 14.

³⁰ Rosenfeld, s. 496.

³¹ David Unterhalter “Legal Professional Privilege: A Rule of Evidence or a Procedural Right?”, **South African Journal on Human Rights**, C. 2, S. 3, s. 314.

Ayrıca avukat-müvekkil ilişkisinin dokunulmazlığı, “*sadece bireysel haklar açısından davaların düzgün görülmesi için değil, aynı zamanda hukuk sisteminin düzgün işleyişi için de bir gerekliliktir.*”³²

Jeremy Bentham bu bakış açısına karşı çıkmaktadır. Bentham, “*Rationale of Judicial Evidence*” isimli eserinde böylesine bir dokunulmazlığı adalete erişim ve yargılamanın gerçeğe ulaşması konusunda bir engel olarak öngörmektedir. Ona göre avukat-müvekkil gizliliği, masumiyetin ve gerçeğin düşmanıdır. Avukatı suçlunun işlediği suça ortak yapmaktadır.³³ Ancak, Bentham’ın bu düşüncesine katılmak mümkün değildir. Çünkü mahkeme, savcı ve polislerin tespitleriyle hükümlerinin dayandığı delillerin “gerçek” ve “adil” olmasını sağlayan, kişilerin etkili bir şekilde hukuki yardım alması, avukatı aracılığıyla kendisini savunabilmesi, böylece delillerin adil bir ortamda tartışılabilmesi olduğuna göre, avukat-müvekkil gizliliğinin sağlanmadığı bir ortamda “gerçek” ve “adil” yargılamalardan da söz etmemiz mümkün olamayacaktır. “Mesleki faaliyetini hukuka aykırı şekilde icra eden hukukçuların”³⁴ varlığını gerekçe göstererek avukat-müvekkil gizliliği yok sayılamaz.

Avukat-müvekkil gizliliği bu geleneksel yapının içerisinde liberal hukuk düzenini benimsemiş tüm dünyada uygulanmaktadır. İster Anglo-Sakson hukuku ister Kıta Avrupası hukuk düzeni benimsenmiş olsun, savunma hakkının önemsendiği tüm hukuk düzenlerinde avukat-müvekkil gizliliğinin uygulandığı görülmektedir. Bu açıdan geleneksel ve fakat aynı zamanda evrensel de bir haktır.

Avustralya Yüksek Mahkemesi’ne ait bir kararda yargıçların sunduğu gerekçeler konuyu daha iyi açıklamamızı sağlayabilir. *Grant v. Downs* davasında Avustralya Yüksek Mahkemesi yargıçlarının çoğunluğu, “*avukat müvekkil gizliliğinin geleneksel mantığı*”nı, “*kamu yararının destekçisi ve müvekkili samimi ve tamamıyla açık bir şekilde avukatına bilgi vermeye teşvik eden adalet yönetimi*” olarak tespit etmiştir.³⁵ Mahkeme müvekkilin avukatına

³² Rosenfeld, s. 495,496.

³³Bentham, J. “Rationale of Judicial Evidence”, Yıl: 1827(e-book) <https://oll.libertyfund.org/title/bowring-the-works-of-jeremy-bentham-vol-7-rationale-of-judicial-evidence-part-2#preview> (e.t.: 19.06.2021).

³⁴ Hukuk Sözcüsü Maduro’nun ABAD’ın Case C-305-05, *Ordre Des Barreaux Francophones Et Germanophone And Others* davasındaki görüşü, EU:C:2006:788, 14 Aralık 2006, para.15.

³⁵ Avustralya Yüksek Mahkemesi’nin *Grant v Downs* davası, k.t.: 26 Kasım 1976; kararı aktaran: Paizes, A., “Towards a Broader Balancing of Interests: Exploring the Theoretical Foundations of the Legal Professional Privilege”, **South African Law Journal**, , 1989, S. :106, s. 110.

samimi bir şekilde bilgi vermesini teşvik etmekte Bentham'ın görmediği bir kamu yararı görmektedir.

Bentham'ın savı, adalete erişimde objektif gerçekliğe ulaşmak için mümkün olan bütün delillere mahkeme tarafından erişim sağlanması gerekliliğine dayanmaktadır. Avustralya Yüksek Mahkemesi avukat-müvekkil gizliliği kapsamındaki yargı öncesi aşamalarda müvekkil ve avukat arasında paylaşılan belgelerin arama kararı kapsamında el konulamayacak belgelerden olduğuna hükmettiği *Baker v Campbell* kararında şu tespiti yapmaktadır.

*“Avukat ve müvekkili arasındaki iletişimin gizliliğinin korunması ilkesi, ilgili bütün delillerin açıklanması ilkesinden üstün tutulmalıdır. Avukat ve müvekkili arasındaki iletişimin imtiyazı, hakların ve özgürlüklerin yargısal bir sistem içerisinde korunması için temel bir önemi haizdir.”*³⁶

Bu karara farklı gerekçe yazan yargıç Deane J. konuyu bir adım öteye götürerek, avukat-müvekkil gizliliğini “*tiranlık ve zorbalık karşısında dalgakıran*” olarak tanımlamıştır. Yargıca göre,

*“Avukat müvekkil gizliliği, uğruna bir davada gerçekliğe ulaşmak adına feda edilemeyecek kadar değerlidir ve avukat müvekkil gizliliğinden ancak açık yasal bir sınırlama karşısında vazgeçilebilir.”*³⁷

Avukat müvekkil gizliliği kişinin avukatı ile samimi bir şekilde güven içerisinde konuşabilmesine imkân sağlayarak etkili ve pratik bir hukuki yardımı güvenceler. İşte bu samimiyet sonucunda müvekkilin normalde makamlara açıklamayacağı bilgi ve belgeleri avukatın öğrenmesine yol açar. Bu sebeple avukat nezdinde var olan ve kişinin normal şartlar altında kimseye açıklamayacağı bilgilerin avukattan zorla alınması kişinin kendini suçlamaya zorlanmama hakkına müdahale oluşturmaktadır.³⁸

³⁶Avustralya Yüksek Mahkemesi kararı, *Baker v Campbell*, k.t.: 26 Ekim 1983. <https://iknow.cch.com.au/document/ataqUio549383s116837559/baker-v-campbell>, (e.t.: 03.06.2022).

³⁷ a.g.k. , Yargıç Deane J. Karşı oyu.

³⁸ Stephen C. Thaman ve Loreena Bachmaier, “Attorney-Client Confidentiality as a Fair Trial Right in Criminal Proceedings”, Ed. Boele-Woelki, K., Fernández Arroyo, D.P., Senegacnik, A., **General Reports of the XXth General Congress of the International Academy of Comparative Law** içerisinde bölüm, s.589, https://doi.org/10.1007/978-3-030-48675-4_21 , (e.t.1.07.2022).

Avukat-müvekkil gizliliği tarihsel ve ideolojik sebeplerle usul hukukunda kabul edilmiş bir kural olmanın ötesinde yalnızca müvekkilin savunma hakkının ve kişinin kendini suçlamaya zorlanmaması hakkının bir parçası değil, aynı zamanda adalete erişimde işlevsel bir araç olarak da karşımıza çıkmaktadır. Adalet yalnızca gerçeği bulmaktan ibaret değildir. Yargı, “doğru” karar vermeyi bazen gerçeği bulmak imkanından yoksun kalma sonucu doğursa bile, belli bedellerden üstün tutmalıdır.³⁹ Somutlaştırmak gerekirse, ortada adaletin düzgün işlemesine hizmet eden iki kavramın çatışması vardır: gerçekleri araştırma yükümlülüğü kapsamında herkesin mahkemeye bilgi verme zorunluluğu ve avukat-müvekkil gizliliği.⁴⁰ Delil toplamaya yetkili ve adalete hizmet etmeyi amaçlayan bir makam ile savunma hakkının bir parçası olması nedeniyle müvekkili ile olan iletişimine ilişkin bilgileri açıklayamayacağını söyleyen savunma arasındaki bu çatışmada hangi hukuki yararın üstün geleceği sorusu, avukat-müvekkil gizliliğinin tüm hikayesini oluşturmaktadır. Avukat-müvekkil gizliliği söz konusu olduğunda, delillerin açıklanması, elde edilmesi bir tarafta, avukat-müvekkil gizliliğinin korunması diğer taraftadır. Adalet sistemi, delillerin elde edilmesindeki hukuki yararlar, avukat-müvekkil gizliliğinin korunmasındaki hukuki yarar arasında bir denge kurmak zorundadır. Ruster ve von Massow’un benzetmesiyle sistem içerisinde birisi kılıç, diğeri kalkan olarak hareket ederler yani soruşturmacı delilin açıklanmasını talep ederken, diğer taraf, koruma kapsamındaysa bu delilin açıklanmasını engeller. Bir tarafa olması gerekenden daha fazla bir ağırlık verilirse diğer tarafın varlık amacı ortadan kalkabilir.⁴¹ Bu bakımdan, dengenin iyi bir şekilde kurulması önem taşımaktadır. Örneğin, Avrupa Birliği rekabet kurallarının icrailiği, AB Komisyonu’nun (Komisyon) Birlik hukuku ile kendisine verilen rekabet soruşturmasını yürütme yetkisini etkili bir şekilde kullanabilmesine bağlıdır. Komisyon delil toplarken, avukat-müvekkil gizliliği gibi kuralların geniş yorumlanması, delil toplanmasını dolayısıyla rekabet soruşturmasının etkili şekilde yürütebilmesini engelleyebilir. Ancak, delil toplama işlemi, Birlik Hukuku’nun etkililiği uğruna soruşturulan kişilerin etkili bir hukuki yardımdan faydalanma hakkına ve kişilerin kendilerini suçlamaya zorlanmama hakkını ortadan

³⁹ Unterhalter, s. 312-329.

⁴⁰ Andreas Ruster ve Sebastian von Massow “In for a Penny, in for a Pound? Legal Professional Privilege as a Shield Against Disclosure in Private Antitrust Litigation in Europe”, **Journal of European Competition Law & Practice**, 2020, C. 11, S. 1–2, s.22.

⁴¹ a.g.e., s.23.

kaldırabilir. Bu bağlamda ikinci bölümde detaylı şekilde anlatacağımız üzere Komisyon yetkilerini kullanırken bu iki hukuki yarar arasında denge kurmalıdır.

Adil yargılanma kapsamında korunan hakların etkin bir şekilde tesisi, tüm yargılama düzeninin iyi işlemesi için önem arz eder. Örneğin, bir ceza soruşturması yürütülürken ortada şüphe olduğu müddetçe, soruşturma makamları suçun ve suçlunun tespiti için, şüphelinin haklarına yapılan müdahaleyi genişleterek, kendi yetkilerini ve aleyhe delilleri daha geniş yorumlama eğiliminde olabilir. Her ne kadar, ceza yargılaması sistemi içerisinde soruşturma makamları ve/veya hakimler, şüphelinin haklarını da gözetmekle yükümlü kılınmışlarsa da, suçun ve suçlunun tespiti ve cezalandırılmasındaki kamusal yarar, çoğu zaman belli sebeplerle şüphelinin haklarını ihlal etmeme yükümlülüğünün koruduğu hukuki yarardan üstün tutulduğundan, avukat-müvekkil gizliliğinin getirdiği usuli kurallar sayesinde sistem, şüphelilerin/sanıkların haklarını suçun cezalandırılması ile görevli makamların agresif tutumlarına karşı koruyabilmektedir. Bugün avukat-müvekkil gizliliğinin yalnızca ulusal hukuk sistemlerinde gözetilen usuli kurallar bütünü olmasının ötesinde, uluslararası ve uluslararası düzeyde insan hakları sözleşmelerinde tanınmış hakların bir görünümü olarak karşımıza çıkmasının temel sebebi budur.

(3) Sır Saklama Yükümlülüğünün Gereği Olarak Avukat-Müvekkil Gizliliği

Sır saklama yükümlülüğü, avukatın müvekkili ile olan ilişkisi kapsamında edindiği bilgilerin ifşasının yasak olmasına ilişkin meslek etik kuralıdır. Avukat-müvekkil gizliliği ile sır saklama yükümlülüğü, uygulamada zaman zaman birbirleri yerine kullanılan terimlerdir. İlgili literatürde, sır saklama yükümlülüğünü avukat-müvekkil ilişkisinde, avukatın savunma/temsil etme edimi çerçevesinde üstlendiği bir yükümlülük olarak kabul eden görüşler de vardır.⁴² Sır saklama yükümlülüğü, müvekkilin avukatına güven duymasını, bu suretle davası veya yaşam alanı ile ilgili bilgileri avukatına çekinmeksizin anlatmasını mümkün kılar.⁴³ Bu yönüyle sır saklama yükümlülüğü, avukat müvekkil ilişkisinin üçüncü kişilerin müdahalesine karşı “dokunulmazlığını” anlatan avukat-müvekkil gizliliği kavramından farklılaşmaktadır. Yine de bu yükümlülüğün gereğini yerine getiremeyen avukat, görevini de

⁴² Ersan Şen, “Avukatın Tutuklu ile Gizli ve Özel Görüşme Hakkı”, [hukukihaber.net](https://www.hukukihaber.net/avukatin-tutuklu-ile-gizli-ve-ozel-gorusme-hakki-makale,5310.html), 20 Haziran 2017, <https://www.hukukihaber.net/avukatin-tutuklu-ile-gizli-ve-ozel-gorusme-hakki-makale,5310.html>, (e.t.:01.06.2021).

⁴³ TBB Disiplin Kurulu, 2002/66 E. ve 2002/159 K. sayılı 18.05.2022 tarihli kararı.

yapamamış olacağından müvekkilinin çıkarlarını savunamayacaktır. Bu sebeple kamu makamları tarafından avukatın bu görevini yerine getirebilmesi için müdahale etmemesi ve gerektiğinde uygun ortamı sağlaması avukat-müvekkil gizliliği için elzemdir. Birbirinden farklı anlamı olan avukat-müvekkil gizliliği ve avukatın sır saklama yükümlülüğü kavramlarının zaman zaman birbirinin yerine kullanılmasının temel sebebi iki kavram arasındaki bu bağlantıdır.

Sır saklama yükümlülüğü, Avrupa Barolar Konseyi (CCBE)'nin kabul ettiği Avrupa Birliği Meslek Kuralları'nın 2.3. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre,

“2.3.1. Avukatın görevi icabı, müvekkili tarafından başkasına anlatılmayacak şeyler avukata anlatılabilir veya mahremiyet taşıyan başka bilgiler avukatın eline ulaşabilir. Müvekkil sırlarının saklanacağından emin olamıyorsa, avukatına güven duyamaz. Dolayısıyla, gizliliği gözetmek avukatın birincil ve temel hakkı ve görevidir.

Avukatların sır saklama yükümlülüğü müvekkilin menfaatine olduğu kadar adaletin tecellisine de hizmet eder. Bu nedenle Devlet tarafından özellikle gözetilir.

2.3.2. Avukat mesleki faaliyetinin icrası sırasında haberdar olduğu bütün bilgilerin gizliliğini gözetir.

2.3.3. Sır saklama yükümlülüğü zamanla sınırlı değildir.

2.3.4. Avukat beraber çalıştığı meslektaşlarının ve mesleki hizmet sağlama sürecinde yanında çalıştırdığı herkesin aynı sır saklama yükümlülüğünü yerine getirmesini onlardan talep eder.”⁴⁴

Sır saklama yükümlülüğü Türk mevzuatında avukatın yükümlülüğü olarak 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda “Sır Saklama” başlığı altında 36. maddede düzenlenmiştir. Bu hüküm ile avukatların kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi gerekse Türkiye Barolar Birliği(TBB) ve baro organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaklanmıştır. Avukatların bu konularda tanıklık edebilmeleri iş sahibinin muvafakatine bağlanmıştır. Ancak muvafakat olsa dahi avukat tanıklıktan çekinebilir. Çekinme hakkının kullanılması avukata hukuki ve cezai sorumluluk doğurmaz. Avukat, kanuna göre

⁴⁴ Avrupa Barolar Konseyi, **Avrupa Birliği Avukatlık Meslek Kuralları**, çev: TBB, 28 Ekim 1988, https://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/CCBE_avukatlik_meslek_kurallari.pdf , (e.t:28.7.2022).

yanında çalıştırdığı kimselerin, yardımcılarının ve stajyerlerin de bu yükümlülüğünün koruması için gerekli önlemleri almakla mükelleftir.

Yine Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 37. maddesi de “sır saklama” yükümlülüğünü 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesi çerçevesi ile tekrarlamıştır. Buna ek olarak avukatın sır saklama yükümlülüğünün “süresiz” olduğu ve davasını almadığı kendisine hukuki danışmanlık için başvuran kimselere ait bilgilerin de bu yükümlülüğün kapsamında olduğu düzenlenmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 46. maddesi tanıklıktan çekinmeyi belli meslekler için düzenlemiştir:

“Meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır:

a) Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler.

b) Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler.

c) Malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler.

Avukatlar, stajyerleri veya yardımcılarının dışında kalan kişiler, ilgilinin rızasının varlığı halinde, tanıklıktan çekinemez.”

Yine Hukuk Muhakemesi Kanunu'nun 249. maddesi de Ceza Muhakemesi Kanunu ile paralel şekilde “Sır nedeniyle tanıklıktan çekinme” başlığı altında tanıklıktan çekinmeyi düzenlemiştir.

“Kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler, bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler. Ancak, 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükmü saklı kalmak üzere sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına izin verildiği takdirde, bu kimseler tanıklıktan çekinemezler.”

Görüldüğü üzere gerek Ceza Muhakemesi Kanunu, gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu, gerekse Avukatlık Kanunu'ndaki düzenlemeler avukatın ilgilinin sır niteliğindeki bilgilerinin açıklanmasına rızası olsa dahi tanıklıktan çekinebileceğini düzenlemiştir. Bu

hükümlerden avukatın her halde tanıklıktan çekinmesi gerektiği sonucu çıkmamalıdır. Kanun tanıklıktan çekinip çekinmemeyi avukatın takdirine bırakmıştır. Burada sorun avukatın tanıklıktan çekinme kararı verirken hangi kriterlere göre hareket etmesi gerektiğidir. Altını çizmek gerekir ki avukatın tanıklıktan çekinmesi kişisel ya da duygusal değil, mesleki bir karardır. Bu açıdan bakıldığında avukatın vereceği karar konusunda İngiliz, Amerikan veya Alman yasalarında olduğu gibi bir düzenleme içermeyen⁴⁵ 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, bu konuda tahmin edilemez ve öngörülemez bir alan yaratmıştır. Bu alanın, avukata mesleki bilgi ve birikimi doğrultusunda müvekkilinin sırlarına ya da daha yüksek görülebilecek kamu yararına en az zarar vereceği şekilde sırları ifşa edip etmeme konusunda karar verme yükümlülüğü⁴⁶ getirdiği söylenebilirse de avukatın bu konuda vereceği karar hukuken denetlenebilir değildir.

Türkiye’de ceza mahkemesi ve TBB Disiplin Kurulu’nun önüne gelen bir olayda soruşturma makamlarınca avukata, sahte olduğunun farkında olmadan müvekkilinden aldığı ve benzinlikte kullandığı paranın kimden geldiği sorulmuş, buna karşılık avukat sır saklama yükümlülüğü sebebiyle parayı kimden aldığını söylememiştir. Avukata parayı kullanması sebebiyle ceza davasında suçlu sayılmasına ilişkin hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararı, ayrıca TBB Disiplin Kurulu tarafından da mesleki yükümlülüğe aykırı şekilde davranması nedeniyle disiplin cezası verilmiştir.⁴⁷ TBB Disiplin Kurulu kararında avukatın bir soruşturmanın şüphelisi olması durumunda savunması için müvekkilinin bilgilerini ifşa edebileceğine, sır saklama yükümlülüğünün kötü niyetle kullanılarak soruşturmayı etkisiz bırakamayacağına vurgu yapılmışsa da sır saklama yükümlülüğü ile doğru davranma yükümlülüğü arasındaki dengenin nasıl kurulacağına ilişkin bir değerlendirme yapılmamıştır.

Yargıtay bir kararında hapis cezası kesinleşmiş ve hükümlü olarak hapse girmesi gereken kaçak konumundaki müvekkili ile ofisinde görüşen avukatın müvekkilinin yerini bildirmemesi, yetmiş beş yaşını dolduran kişilerin hapis cezasını evinde çekmesi imkânından yararlanabilmek için müvekkili adına yaş düzeltim davası açacağı ve müvekkiline bu dava

⁴⁵ Alman ve İsviçre Hukuku’nun bu konudaki değerlendirmesi için bkz: Özcan Günergök, “Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, y. 2003, C. 7, s. 660-667; <https://dergipark.org.tr/en/pub/ebyuhfd/issue/63553/974003> (e.t.: 20.07.2022).

⁴⁶ Turhan Yüce, “Ceza Yargılama Hukuku’nda Meslek Adamının Tanıklıktan Çekinme Hakkı”, **Yargıtay Dergisi**, Ocak-Nisan 1980, s. 51-62.

⁴⁷ TBB Disiplin Kurulu, 2015/383 E. ve 2015/631 K. sayılı 08.08.2015 tarihli karar.

sonuçlanana kadar teslim olmamasını telkin etmesi sebebiyle avukatın Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesinde düzenlenen doğruluk görevine aykırı davrandığını belirtmiştir.⁴⁸ Yargıtay bu kararıyla, avukatın sır saklama yükümlülüğüne istisna olarak avukatın doğruyu söyleme yükümlülüğünü zımnen kabul etmiştir. Yargıtay'ın bu görüşünün çalışmanın avukat-müvekkil gizliliğinin hukuki yararının tartışıldığı bir önceki başlıkta bahsettiğimiz Benthamcı görüşle paralellik gösterdiği ortadadır. Kanuni açıdan, avukatın hangi hallerde doğruyu söyleme yükümü altında olduğuna, hangi hallerde sır saklama yükümlülüğüne uygun davranacağına ilişkin bir sınır bulunmamaktadır. Yargıtay da kararında bu sınıra ilişkin bir yorum yapmadan, yalnızca birinci derece mahkemesine ceza verme yönünde hüküm kurması için gerekçe vermek amacıyla karar verdiğinden, Yargıtay'ın kararının isabetli olmadığı görüşündeyiz. Ayrıca 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi lafzı itibariyle avukata “doğruyu söyleme yükümlülüğü” değil, “görevini doğruluk içinde yerine getirme” yükümlülüğü öngörmektedir. “Görevini doğruluk içinde yerine getirme” yükümlülüğünün avukatın sır saklama yükümlülüğü karşısında her zaman “doğruyu söyleme” zorunluluğu getirmediği tartışmasızdır. Öte yandan, Yargıtay kararında sır saklama yükümlülüğü ile doğruyu söyleme yükümlülüğü arasında bir sınır çizerek şekilde gerekçe belirtmiş olsaydı bile hem avukatın özel yaşam hakkı, hem müvekkilinin savunma hakkı açısından bu gerekçenin kanuni düzeyde bir norma işaret etmesi gerektiği de tartışmasızdır.

B- Avukat-Müvekkil Gizliliği Kapsamında Avukat-Müvekkil İlişkisi

Avukat-Müvekkil gizliliğinden kaynaklı korumanın hangi kapsamda olduğunun değerlendirilmesi, avukatın ve müvekkilin kim olduğuna, aralarındaki ilişkinin hukuki nitelendirilmesine göre farklılık gösterebilir. Bu farklar doğrultusunda bir ayrıma gitmek, avukat-müvekkil gizliliğini daha iyi inceleyebilmek açısından önemlidir.

(1) Avukat Açısından Avukat-Müvekkil İlişkisi

Avukat; Türk Dil Kurumu (TDK) sözlüğünde “*hak ve yasa işlerinde isteyenlere yol göstermeyi, mahkemelerde, devlet dairelerinde başkalarının hakkını aramayı, korumayı meslek edinen ve bunun için yasanın gerektirdiği şartları taşıyan kimse*” olarak tanımlanmaktadır.⁴⁹

⁴⁸ Yargıtay 4. CD. Kararı 2009/19013 E. ve 2011/21017 k.t.:14.11.2011

⁴⁹ Türk Dil Kurumu Web Sözlüğü, “avukat” kelimesi sorgulatılarak edinilmiş bilgi, <https://sozluk.gov.tr/> (e.t.:03.06.2022).

Avrupa Barolar Konseyi'nin (CCBE) kabul ettiği “Avrupa Birliği Avukatlık Meslek Kuralları”nda “bağımsızlık” “güven ve dürüstlük” ve “sır saklama” avukatlığa ilişkin temel ilkeler olarak sayılmıştır.⁵⁰ 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinde avukatlık “serbest meslek” ve “kamu hizmeti” olarak gösterilmektedir. Öte yandan kanuna göre avukatlığın amacı “*hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak*” olarak gösterilmiştir. Farklı hukuk sistemlerinde avukatlık mesleği adalet sistemi içerisinde avukatın yetkilerinin bölünerek ayrıştırılmasıyla değişik isimler almakta,⁵¹ aşağıda daha detaylı anlatılacağı üzere bu, avukatın bağımsızlığına, çalışma koşullarına, meslek kurallarına bağlılığı kapsamında baroya üye olup olmamasına göre avukat-müvekkil gizliliği bakımından farklı uygulamalara sebebiyet verebilmektedir.

Avukat-müvekkil ilişkisi çerçevesinde avukatlık kavramı geniş yorumlanmalıdır. Her hukuk sisteminde hukuki danışmanlık hizmeti verme yetkisi yalnızca avukatlara tanınmamış olabilir. Bir hukuk sisteminde hukuki danışmanlık veren kişi resmi makamlar önünde müvekkilini temsil etme yetkisine sahip olmayabilir ancak akademik yeterliliği sebebiyle hukuki bilgi konusunda kendisine danışılmasına kanuni olarak cevaz verilmiş olabilir. Yani böyle bir durumda hukuki danışmanlık veren kişi “avukat” olarak tanımlanmamıştır, belki bir meslek örgütüne bile kayıtlı olma zorunluluğu bulunmamaktadır ancak “hukuki danışma hizmeti” konusunda kanunen kendisine cevaz verilmiştir. Bu kişiye “hukuki tavsiye” için başvurulması durumunda taraflardan biri “avukat” olarak tanımlanmadığı için, ilişkinin “avukat-müvekkil” ilişkisi olarak tanımlanması sorunlu olabilir. Uygulamada genel itibarıyla göz ardı edilen bu tanımlama sorunu bu tezin konusu dışında kalmaktadır. Yine aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, bu tip ilişkilerin avukat-müvekkil gizliliği kapsamında yer aldığı hukuk sistemleri mevcuttur. Farklı statülere sahip avukatların müvekkilleriyle olan ilişkilerinin - örneğin, kurum içi avukatların işçi statüsü - avukat-müvekkil gizliliği kavramı

⁵⁰ Avrupa Barolar Konseyi, **Avrupa Birliği Avukatlık Meslek Kuralları**, t.:28 Ekim 1988, çev.: TBB.

⁵¹ Örneğin Birleşik Krallık'ta duruşmada sözlü şekilde yargılamaya katılma yetkisine sahip “Barrister” ve bu yetkiye sahip olmadan diğer işlerde avukatlık yürütebilecek “Solicitor” ler bulunmaktadır; Ross Cranston, “Lawyers, MPs and Judges”, **Law in Politics, Politics in Law** Ed. David Feldman, London: Hart Publishing, 2013. 17-40; Çeviriyi yapan: Beyhan Kaptıkaçtı Kayatekin, Yağmur Şen, “Avukatlar, Milletvekilleri ve Hakimler”, **Yasama Dergisi**, S.:41, Ocak-Haziran 2020, s. 343, dipnot 9.

kapsamında farklı değerlendirmelere tabi tutulabileceği tezin odak noktalarından birini oluşturmaktadır.

(2) Müvekkil Açısından Avukat-Müvekkil İlişkisi

Avukatlığın tanımında yer alan “*başkalarının hakkını arama ve koruma işi*” çoğu zaman hakkı korunan kişi ile avukat arasında “vekalet” ilişkisi ile kurulan bağ sayesinde yerine getirilir. Bu bakımdan TDK sözlüğüne göre “*birini kendisine vekil olarak seçen erkek*”⁵² anlamına gelen ve Türkçeye Arapçadan geçen müvekkil kelimesi, avukatın hakkını koruduğu, kolladığı kişi anlamında kullanılır. Bu çalışmada kelimenin cinsiyetçi kökeni bir yana bırakılarak, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nda ve profesyonel yaşamda yerleşmiş kullanım olduğundan “avukatın işini yaparken temsil ettiği kişi”yi karşılamak için müvekkil kelimesi tercih edilmiştir.

Çoğu zaman bir avukatın müvekkili ile olan ilişkisi yargısal bir işlemdede müvekkilin temsil edilmesi ile ilgili olsa da bazı durumlarda avukat ile müvekkilinin ilişkisi yargı öncesi aşamalarla sınırlı kalabilir. Örneğin müvekkil hukuki durumunu daha iyi anlamak, nasıl davranması gerektiğine daha iyi karar verebilmek ve bu kapsamda bilgi almak için avukata başvurmuş olabilir. Böyle bir durumda avukat müvekkiline danışma hizmeti vermektedir. Bu örnekten avukat görevini yalnızca müvekkiline dönük olarak, istenilen konu hakkında yalnızca bilgi vererek yerine getirmektedir. Bu durumda bir vekalet sözleşmesi bulunmadığından avukata danışan kişinin “müvekkil” olarak adlandırılması sorunludur. Ayrıca burada avukat işini bir vekaletle dayanarak değil, kendisine danışan kişi ile arasındaki danışma sözleşmesine göre yürütmektedir. O halde burada “müvekkil” diye anılan kişi “vekalet veren kişi” değil ancak “danışma sözleşmesinin tarafı” olarak “hukuki tavsiye için hukukçuya ihtiyaç duyan kişi” olabilir. Böyle bir durumda “müvekkil” kelimesinin kullanılması kendi içinde sorunlar barındırmaktadır. Yine de 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu’nda ve bu kanuna bağlı diğer mevzuatta bu kişiler için de “müvekkil” kelimesi kullanıldığı ve aşağıda detaylı şekilde değinileceği üzere “avukat-müvekkil gizliliği” kavramının yargısal işlemler öncesinde veya

⁵² Türk Dil Kurumu Web Sözlüğü, “müvekkil” kelimesi sorgulatılarak edinilmiş bilgidir. <https://sozluk.gov.tr/> (e. t.:03.06.2022).

avukata danışma durumlarını da kapsadığı düşünüldüğünde, bu kapsamdaki “danışan” kişiler de bu tezde “müvekkil” ismiyle anılacaktır.

(3) Avukat-Müvekkil Arasındaki Hukuki İlişkinin Nitelenmesi Açısından Avukat-Müvekkil İlişkisi

Avukat ile müvekkili arasındaki ilişki vekalet ya da danışma sözleşmesinin yapılmasından önceki görüşmelerinden itibaren başlar. Bu anlamda avukatıyla müvekkili arasındaki yazılı vekalet sözleşmesi ya da yazılı danışma sözleşmesinin kurulduğu an avukat-müvekkil ilişkisinin başlangıcı olarak düşünülmemelidir. Bu sözleşmeler ancak, sözleşme öncesi görüşmelerinin kanıtı olarak kabul edilmelidir. Örneğin, bir kişinin avukatının arayarak “boşanma avukatına ihtiyacım var” cümlesini kurması başkaca bir şarta gerek duymaksızın avukat-müvekkil ilişkisini başlatır. Herhangi bir nedenle – örneğin, avukatlık ücreti konusunda anlaşılabilmesi - bu ilişkinin sürdürülemediği olması halinde dahi ilk telefon araması sırasında avukat-müvekkil ilişkisinin var olduğu kabul edilmelidir. Böyle bir telefon konuşması sonucunda müvekkile avukatlık ücreti, avukata ise hukuki yardım borcu doğmamıştır. Ancak müvekkilin “bir boşanma avukatına ihtiyaç duyması” bilgisi, avukat açısından, aksi müvekkil tarafından açıkça belirtilse bile gizlidir. Avukat bu gizliliği korumakla yükümlüdür.

Avukatın müvekkilinin ilgili işlerini yürütebilmesi için kanuna uygun şekilde yetkilendirilmesi gerekmektedir. Örneğin Türkiye’de bir avukatın müvekkilini yargısal süreçlerin önemli bir kısmında temsil edebilmesi için 6100 Sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu’nun 76. maddesine göre, noterlik kanununa uygun şekilde noter tarafından düzenlenmiş müvekkili tarafından yetkilendirildiğini gösteren vekâletnameyi ilgili dosyaya ibraz etmiş olması gerekir. Bu kuralın istisnası olsa da genel itibariyle Türk hukukunda özellikle yargısal işlemlerde avukat-müvekkil ilişkisi vekâletname üzerinden yürümektedir.

Öte yandan avukat-müvekkil ilişkisi zamansal olarak, müvekkil ile ilgili olan yargısal süreç sona erse dahi devam eder. Çünkü avukatın müvekkiliyle ilişkisinden kaynaklanan bazı yükümlülükleri devam etmektedir. Örneğin avukat, müvekkili yaşamını yitirse de müvekkilinin

dava dosyası ile ilgili gizli bilgileri, müvekkili ile olan iletişimine ait kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür.⁵³

2- AVUKAT-MÜVEKKİL GİZLİLİĞİ'NİN BİRLİK HUKUKU VE TÜRK HUKUKUNDAKİ ANAYASAL DAYANAKLARI VE AİHS'DEKİ YERİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2. Dünya Savaşı'nın sonrasında demokrasi ve insan hakları ortak mirası temelinde Avrupa'yı yeniden ayağa kaldırmak için kurulan Avrupa Konseyi tarafından 1950 yılında kabul edilmiştir.⁵⁴ Kendi başına bir denetim mekanizması öngörmektedir. Devletlerarası şikayet ve bireysel şikayet yoluyla sözleşme kapsamındaki hakların AİHM tarafından denetimi ve yorumlanması sağlanmaktadır. Bu denetim mekanizması sayesinde AİHS'in diğer insan hakları belgelerine nazaran imzacı devletlerin hukuk düzenine daha fazla etki etmiş olduğu söylenebilir. Bu yönüyle diğer insan hakları belgelerine örnek oluşturmuştur.⁵⁵ Sözleşme tarafından kurulan sistemin misyonu, kamu politikası konularını kamu yararına belirlemek, böylece insan haklarının korunması standartlarını yükseltmek ve insan hakları içtihatlarını Sözleşmeciler Devletlerin sınırları boyunca genişletmektir.⁵⁶ Bu bakımdan AİHS Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği aracılığı ile kurulan kamu düzeninin anayasal bir aracıdır.⁵⁷

⁵³ Amerikan Yüksek Mahkemesi kararı, *Swidler & Berlin v. United States*, 524 U.S. 399, k.t.: 25 Haziran 1998. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/524/399/> (erişim tarihi:14.10.2021); Amerikan Yüksek Mahkemesi, önüne gelen, bir avukatın müvekkili ile ilgili görüşmesinden yedi gün sonra müvekkilinin suikast sonucu yaşamını yitirmesi ile bağlantılı olduğu iddia edilen bir davada, avukatın müvekkili ile yaptığı görüşmeler sırasında tuttuğu notların "avukat-müvekkil gizliliği" kapsamında olduğuna karar vermiştir.

⁵⁴ David Harris ve Diğerleri, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, çev.: Ulaş Karan ve Mehveş Bingöllü Kılıcı, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, Ağustos 2021, s.3.

⁵⁵ Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, Nisan 2010, s.931.

⁵⁶ AİHM, *Konstantin Markin v. Rusya*, Başvuru Numarası: 30078/06, k.t.:22 Mart 2012, para. 89.

⁵⁷ AİHM, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. İrlanda*, 45036/98, k.t.:30 Haziran 2005, para 156.

(1) AİHS'in ve Avukat-Müvekkil Gizliliğinin Birlik Hukuku'ndaki Anayasal Dayanakları

Avrupa Birliği'nde uzun süredir kaynak olarak başvurulanan AİHS'in Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesi ile birincil hukuk nezdinde bağlayıcılık kazanması, AİHS'in ve AİHM'in yorumunun Birlik Hukuku nezdinde önemini artırmıştır. Lizbon Antlaşması ile beraber Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (ABTHŞ ya da kısaca Şart olarak anılacaktır.) birincil hukukun bir parçası haline gelmiştir. Bu bağlayıcılıkla beraber Şart'ın AİHS ile uyumlu yorumlanması zorunluluğu AİHS'in Birlik hukuk düzeni için önemini artırmaktadır.⁵⁸ Ayrıca Lizbon Antlaşması'nda açıkça AİHS'in Birlik Hukuku'nun genel ilkelerinin bir parçası olduğu belirtilmektedir.

Birliğin AİHS'e katılması Lizbon Antlaşması'nda bir hedef olarak belirlenmiştir. Bu bağlamda bu katılım henüz mümkün olamamıştır. Ayrıca olası bir katılım durumunda AİHM'in denetiminin ne şekilde kabul edileceği gibi hususlar belirsizliğini korumaktadır.⁵⁹

Birlik Hukuku insan haklarına başvururken, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (ABTHŞ), AİHS gibi birincil hukukun parçası olan metinleri referans alabileceği gibi, ABAD içtihadının tarihsel açıdan bir parçası olan ve sonradan kurucu antlaşmalarla teyit edilen hukukun genel ilkelerinin ya da üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinin⁶⁰ bir parçası olan insan haklarına başvurulabilir.⁶¹ Birlik, tarihsel süreç içerisinde bu referanslar çerçevesinde bir temel haklar düzeni inşa etmiştir. Bu bağlamda temel haklar, Avrupa Birliği'nin "gerçek" kılınması amacına ulaşabilmek ve kişilerin hak talepleri yoluyla Avrupa Birliği düzeninin anayasallaştırılmasını sağlayabilmek adına kilit rol oynar.⁶²

⁵⁸ Funda Keskin Ata, **Avrupa Birliği ve İnsan Hakları**, Ankara: Siyasal Kitabevi, Ocak 2013, s.45.

⁵⁹ Birliğin AİHS'e katılımı ve AİHS'de düzenlenen hakların AİHM içtihadıyla yorumunun Birlik Hukukundaki önemi için bkz; Mustafa T. Karayığit, **Avrupa Birliği Anayasa Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayınları, Aralık 2018, s.363-381; Sanem Baykal ve İlke Göçmen, **Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Kasım 2016, s. 636-639.

⁶⁰ ABAD, Case C-155/79 *AM&S Europe Limited v Commission of the European Communities*, EU:C:1982:157, para: 18-28; ABAD, Case C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* EU:C:1970:115, para. 3-4.

⁶¹ Avrupa Birliği Antlaşması md.6(3)

⁶² Karayığit, s. 329-330.

Bu bakımdan Birlik, tek pazardaki rekabetin gözetilmesi ve denetlenmesine ilişkin yetkilerini kullanırken ya da kara para aklama veya terörizmin finansmanı ile mücadele ederken bir avukatın müvekkiline ilişkin bilgiyi makamlara açıklamaya zorlanması halinde ulusal üstü düzenin etkisinin doğası gereği insan haklarını da gözetmek zorundadır. Birliğin yetkilerini kullanırken ikinci bölümde detaylı olarak açıklandığı üzere savunma hakkının bir parçası olan avukat-müvekkil gizliliğini dikkate almaması mümkün değildir. Birlik, sadece ekonomik değil aynı zamanda hukuki bir entegrasyon olarak, üye devletlerin hukukunun bir parçası olan avukat-müvekkil gizliliğini savunma hakkının uzantısı olarak uygulamalıdır.⁶³ Bu bağlamda, Akzo davasında görüş sunan Hukuk sözcüsü Kokott, AB hukukunun avukat-müvekkil gizliliğini korumasındaki hukuki yararı şu üç paragrafta özetlemiştir:

“47. AB hukukunda avukat-müvekkil gizliliğinin korunması temel hak niteliğindeki hukuki ilke statüsüne sahiptir. Bu; bir yandan, üye devletlerde ortak olan hukuk prensiplerinden kaynaklanmaktadır: avukat-müvekkil gizliliği şu anda tüm üye devletler tarafından tanınmaktadır, bazılarında bu koruma yalnızca içtihat hukukunda tanınırken, çoğunda, anayasal olarak tanınmasa bile en azından yasal olarak tanınmaktadır. Diğer yandan, avukat-müvekkil gizliliğinden kaynaklanan koruma, AİHS’in 6(1) ve (3)(c) maddeleri(adil yargılanma hakkı) ile birlikte AİHS’in 8.(1) maddesinden(haberleşmenin korunması) kaynaklandığı kadar, Temel Haklar Şartı’nın 7. maddesi(haberleşmeye saygı) ile birlikte bu Şart’ın 47(1),(2) ve 48(2). maddelerinden (bilgilendirilme, savunulma ve temsil edilme hakkı, savunma hakkına saygı hakkı) kaynaklanır.

49. Avukatlar, adli işlemler veya bu tür işlemlere hazırlık bağlamında, ilgili hukuki danışmanlıklar sırasında elde edilen bilgileri yetkililere ileterek, yetkililerle işbirliği yapmak zorunda kalsaydı, müvekkillerine hukuki tavsiye verme, savunma ve temsil etme görevlerini tatmin edici bir şekilde yerine getiremezlerdi. Bunun sonucunda müvekkilleri AİHS’in 6. maddesi ve Şartın 47 ve 48. maddesinde kendilerine tanınan haklardan mahrum kalacaklardı.”⁶⁴

Görüldüğü üzere, Hukuk Sözcüsü Kokott’un da belirttiği gibi, Birlik Hukuku’nda avukat-müvekkil gizliliğinin iki kaynağı vardır: “avukatın yargılamadaki işlevi” ile müvekkilin “savunma hakkı” bağlamında savunma hakkına ilişkin Birlik Hukuku’nun kaynakları.⁶⁵ AİHS ve ABTHŞ’na Hukuk Sözcüsü Kokott tarafından yapılan atıf bu bakımdan ayrıca önem

⁶³ ABAD, Case C-155/79 AM&S Europe Limited v Commission of the European Communities, EU:C:1982:157, para.18.

⁶⁴ Hukuk Sözcüsü Kokott’un Dava C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals and Akros Chemicals v Commission, davasındaki görüşü, EU:C:2010:229, para. 47-49.

⁶⁵ Jean-Francois Bellis, “Legal Professional Privilege: An Overview of EU and National Case Law”, Ekim 2011, <http://awa2012.concurrences.com/academic/article/legal-professional-privilege-an> ,(çevrim içi) (e. t.: 16 Mart 2022).

taşımaktadır. AİHS ve ABTHŞ, Lizbon Antlaşması ile Birlik Hukuku'nun birincil kaynakları arasında yerini almıştır. Öte yandan, 1982 tarihli AM&S davasından bu yana ABAD, Kokott'un da görüşünde belirttiği gibi, avukat-müvekkil gizliliğine üye ülkelerde ortak olan genel bir hukuk prensibi olarak dikkat çekmekte ve dayanak olarak göstermektedir.

(2) AİHS'in ve Avukat-Müvekkil Gizliliğinin Türk Hukuku'ndaki Anayasal Dayanakları

AİHS, imzacı devlet olan Türkiye'nin iç hukuk düzenine doğrudan etki eder. Bu etki birinci olarak; uluslararası hukukun genel ilkeleri bağlamında “ahde vefa”nın sonucu olarak, Türkiye'nin AİHS'i imzalayarak sözleşmedeki hakları korumakla ilgili sorumluluğu sonucunu doğuran uluslararası hukuk kaynaklı dolaylı bir ilişkiden, ikinci olarak da Türkiye'nin iç hukukunda Anayasa'nın 90. maddesi'nden kaynaklanan, AİHS'e anayasa yargısı tarafından denetlenemeyen ve diğer kanunlarla çatışma durumunda insan haklarına ilişkin bir uluslararası sözleşme olması nedeniyle AİHS'e üstünlük sağlayan doğrudan bir ilişki ile sağlanır.⁶⁶ Bunun bir sonucu olarak, Türk makamları Türkiye'nin onaylamış olduğu protokolleri ile birlikte AİHS'de yer alan tüm hakları dikkate almak zorundadır. Ayrıca, bu haklar aynı zamanda AYM'ye bireysel başvurunun yetki alanında olduğundan, AİHS ve AİHS'in yorumu ve denetiminin bir parçası olan AİHM'in içtihatları, AYM açısından yol gösterici niteliktedir.

Avukat-müvekkil gizliliği açısından ise Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen kişinin dokunulmazlığı maddi ve manevi varlığı, 19. maddede düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliği, 21. maddede düzenlenen konut dokunulmazlığı, 22. maddede düzenlenen haberleşme hürriyeti, 36. maddede düzenlenen “adil yargılanma hakkı” ve 38. maddede düzenlenen “kendini suçlamama hakkı”, Türk Hukuku'nda avukat-müvekkil gizliliğinin anayasadaki dayanağı olarak gösterilebilir.

3- Avukat-Müvekkil Gizliliği'nin AİHS'de Korunması

⁶⁶ Sibel İnceoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa”, Ece Göztepe (Ed.) ve Aykut Çelebi (Ed.), **Demokratik Anayasa** içinde 298-337, İstanbul:Metis Yayınları, Nisan 2012, s. 337.

Yukarıda açıkladığımız üzere hem Birlik Hukuku, hem de Avrupa Birliği üyeliğine aday ülke olarak mevzuat uyumlaştırması gerçekleştiren Türkiye'nin iç hukuku bakımından insan haklarına ilişkin sorunların çözümünde AİHS kilit rol oynamaktadır. Tüm bunlar dikkate alındığında avukat-müvekkil gizliliği ele alınırken neden AİHS'in ortak payda olarak ele alınması gerektiği ortaya çıkar. Böylece avukat müvekkil gizliliğinin AİHM, ABAD ve AYM içtihatlarındaki görünümü, avukat müvekkil gizliliğinin insan hakları hukukundaki yerini görmemize olanak sağlar.

Bununla birlikte AİHM avukat-müvekkil gizliliğini ele alırken “insan haklarının bütünselliği” ilkesi gereği başka ulusüstü bölgesel mahkemelerin kararlarına, Birleşmiş Milletler metinlerine ve diğer uluslararası örgütlerin belgelerine de atıf yaparak, bu metinleri de referans göstermektedir.⁶⁷ Burada amaç, AİHM'in önüne gelen uyuşmazlık ile ilgili olarak diğer uluslararası koruma mekanizmalarında veya diğer bölgesel insan hakları metinlerinde avukat-müvekkil gizliliği kavramının hangi kapsamda ve ne şartlarda düzenlendiğinin tespitidir. Bu tespit ile AİHM, avukat-müvekkil gizliliğini AİHS içerisinde ne şekilde yorumlayacağına ulaşır. Bu sebeple bu tür düzenlemeler içeren diğer insan haklarına ilişkin belgeler, avukat-müvekkil gizliliğinin insan hakları hukukundaki yerinin tespiti açısından ayrı bir öneme sahiptir.⁶⁸

Avukat ve müvekkili, avukat-müvekkil gizliliğinin iki tarafı olarak birbirlerine bağlıdır, fakat farklı hukuki çıkarlara sahiptir. Avukat-müvekkil gizliliği ile ilgili AİHM, ABAD ve AYM içtihadı incelendiğinde, sistematik olarak avukat ve müvekkilinin gizlilikten elde etmeyi amaçladığı hukuki çıkarına göre yapılan başvurulara göre incelemenin

⁶⁷ AİHM, *Brennan v Birleşik Krallık* davasında Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8/2-d bendinde üzerinde suç isnadı bulunan kimsenin müdafii ile kısıtlanmaksızın iletişim kurma hakkını açıkça güvence altına aldığını, ancak AİHS'de bunun karşılığı olmadığını tespit ettikten sonra, benzer korumanın Avrupa Konseyi metinlerinde düzenlenmiş olması nedeniyle avukat-müvekkil gizliliğinin AİHS kapsamında yorumlanabileceğini tespit etmiştir; *Brennan v Birleşik Krallık*, 39846/98, 16.01.2002, para: 48.

⁶⁸ İnsan hakları hukukunun bütünselliği ve AİHM'in diğer uluslararası veya ulusüstü örgüt ve kurumlara, mahkemelere yaptığı atıflar için bkz; Mehmet Semih Gemalmaz, a.g.e., s. 1577-1618; Adamantia Rachovitsa ve Magdalena Forowicz, “The Reception of International Law in the European Court of Human Rights”, **Oxford Academic Human Rights Law Review**, Sayı 11, Aralık 2011, S. 795–799. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngr034> (e.t. 16/03/2022).

farklılaştığını görüyoruz. Avukat-müvekkil gizliliği kapsamında bir şikayetin AİHS’de hangi hak bakımından incelenmesi gerektiği,

a- başvuranın avukat mı yoksa müvekkil mi olduğuna,

b- şikayete konu olayın konusunun suç isnadının esasına dönük bir yargılama mı, tutuklama ya da gözaltı uygulaması ile ilgili mi ya da Sözleşmenin 8. maddesinin şemsiyesi altında korunan bir hakla doğrudan ilgili bir şikayet mi olduğuna göre belirlenir.

Bu kapsamda avukat-müvekkil gizliliği, müvekkil açısından 6. madde kapsamında “adil yargılanma hakkı” konulu bir şikayetle bağlantılı olarak incelenebilecekken, daha özel durumlarda 5. maddede düzenlenen “kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı” veya 8. maddede düzenlenen “haberleşmeye saygı” ya da “konuta saygı” hakkı bağlamında da incelenebilir.

Avukat, müvekkillerine karşı gizliliği sağlayamadığı sürece etkili bir hukuki yardım verme ve mesleki bir yükümlülük olan “sır saklama yükümlülüğünü” yerine getirme imkanından yoksun kalacaktır. Bu şekilde mesleğini gereği gibi yerine getiremeyen avukatın da AİHS’in 8. maddesi kapsamında “özel yaşama saygı hakkı” ile ilgili bir sorun doğacaktır. Müdahalenin niteliğine göre, avukatın “haberleşmeye saygı” ve “konuta saygı” hakları bağlamında da 8. madde şemsiyesi altındaki diğer haklarla incelemeler yapılabilir.

Bu şekilde hakların isimlerini belirledikten sonra, bahsi geçen hakların AİHS’deki dayanaklarını ve bağlamlarını belirtip ardından avukat-müvekkil gizliliği bakımından ne şekilde dayanak oluşturduğuna değinilecektir.

A- AİHS’in 6. Maddesinde Düzenlenen “Adil Yargılanma Hakkı” Bakımından Avukat-Müvekkil Gizliliğinin AİHS’deki Dayanağı

(1) Genel Olarak AİHS’in 6. Maddesinin Kapsamı

AİHS’in 6. maddesinde “adil yargılanma hakkı” düzenlenmektedir. Buna 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 alenî 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 veyahut, 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.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

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

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

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

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak”

Maddenin metni incelendiğinde, adil yargılanma hakkının kapsamının konu bakımından sınırlandırıldığı gözlemlenmektedir. Buna göre, bir kişinin adil yargılanma hakkı ile ilgili şikayeti, sözleşme metninin sınırlaması sebebiyle, “*medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzlukla*” ilgili ya da kendisine yönelik bir “*suç isnadının esası ile ilgili*” bir kararın verilmesi durumunda AİHS kapsamında değerlendirilebilecektir. Maddenin yazılış sistemi de buna göre düzenlenmiştir. Buna göre maddenin ilk fıkrasında düzenlenen “mahkemeye başvurma hakkı”, “yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı”, “gerekçeli karar hakkı”, “makul sürede yargılanma hakkı”, “aleni yargılama hakkı”, “çelişmeli yargılama hakkı” kişinin hem medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili hem de kişinin kendisine yöneltilen bir suç isnadı ile ilgili esasın karara bağlanması ile ilgili başvurularda dikkate

alınmalıdır.⁶⁹ Bu hakların bir kısmı açıkça metinde yazmaktadır. Ancak madde metninde açıkça yazılmamış hakların sözleşmede zımnen korunan unsurlar olarak yer aldığı belirtilmelidir. AİHM tarafından içtihatlar yoluyla zaman içerisinde bu zımni haklar ve ilkeler hakkaniyete uygun bir yargılamanın zorunlu unsurları olarak belirlenmiş ve koruma kapsamında sayılmıştır.⁷⁰

Maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları ise kişinin bir suç ile itham edilmesi durumunda kişiye özel olarak uygulanabilecektir. Bu bakımdan “masumiyet karinesi” ikinci fıkrada sayılmış, üçüncü fıkrada ise “adil yargılanmaya ilişkin genel kuralın uzantısı veya doğal sonuçları”⁷¹ olarak kabul edilen sanığın kendisine yöneltilen suç isnadına bağlı olan hakları sayılmıştır. Bu hakların sınırlı sayıda sayılmadığını asgari standartları belirttiğini vurgulamak gerekmektedir.⁷²

Maddenin birinci ve üçüncü fıkraları arasında bir etkileşimden bahsetmek gerekmektedir. Nitekim maddenin üçüncü fıkrasındaki bir güvencenin yerine getirilmemesi, birinci fıkrası ile bağlantılı olarak “dürüst yargılama” kavramı ile birlikte ele alınarak ihlal kararı ile sonuçlanabilir.⁷³ Örneğin Sözleşmenin 6/1 maddesi kapsamında değerlendirilebilecek “medeni hak ve uyuşmazlıkla ilgili” olarak, 6/3-c maddesinde düzenlenen “etkili ve pratik hukuki yardıma erişim hakkı” na ilişkin de değerlendirme yapılabilir. *Golder v Birleşik Krallık* davasında bir hükümlünün kendisine iftira atan bir hapisane görevlisine karşı hukuk davası açabilmek amacıyla bir avukat ile yazışmak için izin istemesine ilişkin mektubuna hapisane idaresi tarafından el konulması ve mektubun gönderilmesinin engellenmesi, 6. maddenin birinci maddesinde düzenlenen “mahkemeye erişim hakkı” bağlamında değerlendirilmiştir. Mahkeme’ye göre, dava öncesi süreçler de “mahkeme hakkı”nı ilgilendirir. Davanın

⁶⁹ Abdullah Çelik, **Adil Yargılanma Hakkı Rehberi**, Bireysel Başvuru El Kitapları, Sayı 3, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2014, s.10.

⁷⁰ Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, Tıpkı 4. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, Mart 2013, s.5.

⁷¹ Feyyaz Gölcüklü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılanma”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, 1994, C. 49, S.1, s. 201.

⁷² İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, s.6.

⁷³ a.g.e. s. 6.

açılmasının engellenmesi de bu kapsamda değerlendirilmelidir.⁷⁴ *Airey v İrlanda* kararında ise Mahkeme iki paragraf arasındaki bağlantıyı daha da somutlaştırmıştır: 6/3-c kapsamında düzenlenen “kişinin ücretsiz bir avukattan yararlandırılması hakkının”, 6/1 bağlamında mahkemeye erişim için zorunlu görüldüğü bir durumda, Sözleşmecî devletin, kişiye medeni haklarla ilgili bir davada ücretsiz hukuki yardım sağlamaması nedeniyle sorumlu olduğuna hükmedilmiştir.⁷⁵ Bu davada davalı devlet İrlanda ekonomik durumu iyi olmayan kişilere avukat yardımı sağlayan bir sisteme sahip değildir ve eşinden ayrılmak isteyen davacının bu davasıyla ilgili olarak ekonomik sebeplerle avukata erişememesi mahkemeye erişimi de engellemiştir.

AİHS’in 6. madde koruması bağlamında anlatılması gereken diğer bir husus da bir kavramın AİHM tarafından yorumlanırken, bu yorumun ilgili devletin ulusal hukukunda bulunan benzer kavramlar ışığında yorumlanmaması, bunun yerine Sözleşme kapsamında bu kavrama özerk bir anlamın yüklenmesi gereğidir. Literatürde “otonom kavramlar doktrini” ismi ile alınan bu kuralın AİHM denetiminin etkililiği ile yakın bir ilişkisi vardır. Çünkü AİHM önüne gelen bir davada kavramları otonom olarak yorumlamazsa, kavramın kapsamı ve anlamı bakımından kendisini ulusal hukukla bağlamış olacak, bu bağ Mahkeme’nin denetimini sınırlandırmış olacaktır.⁷⁶ Bununla beraber AİHM iç hukuktaki düzenlemeleri kavramların anlamlarını tespit etmek için tamamen dışlamış değildir. Burada vurgulanmak istenen Mahkeme’nin kavramın ilgili devlet nezdindeki anlamı ve bağlamı ile sınırlı olmadığıdır.

Madde metninde geçen “*medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluk*” kavramından ne anlaşılması gerektiği, “medeni hak” derken neyin kastedilmek istendiği, “uyumsuzluk” kavramının kapsamı gibi hususlar AİHS’in 6. maddesin kapsamında “adil yargılanma hakkı” bakımından yapılacak bir denetimde önem taşımaktadır. Mahkeme bu kavramların tespitini yaparken yorum araçlarını kullanarak kavramın sözleşme kapsamındaki anlamına ulaşmaya çalışmaktadır. Mahkeme bu yorumu yaparken “medeni” kavramının tanımını yapmaktan kaçınmakta, bunun yerine her olayın durumuna göre karar vererek,

⁷⁴ AİHM, *Golder v Birleşik Krallık*, B. No: 4451/70, k.t.: 21 Şubat 1975, para: 31-36.

⁷⁵ AİHM, *Airey v İrlanda*, B. No: 6289/73, k.t.:9 Ekim 1979, para: 26-28.

⁷⁶ H. Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Mülkiyet Hakkı*, İstanbul: Beta Yayınları, Mayıs 2009, s. 126.

tümevarımsal bir yöntem izlemeyi tercih etmiştir. Kavramın kapsamının belirlenmesinde ilgili devletin iç hukuku, bu bağlamda kişilere ve devlete sağladığı yükümlülükler vb. konular bu kavramın anlamının tespitinde önemli rol oynamaktadır.⁷⁷

Bir uyuşmazlığın “adil yargılanma hakkı” bakımından ileri sürülebilmesi için gerekli olan ikinci kapsam da kişi hakkında bir suç isnadı bulunmasıdır. AİHM tarafından suç isnadı konusunda da medeni hak ve yükümlülükler kavramında olduğu gibi otonom yorum yaklaşımı benimsenmektedir. Belirtmek gerekir ki, ulusal hukukun “suç” saydığı fiil, AİHS’in 6. maddesi bakımından da suçtur. Ancak, ulusal hukukta suç olarak nitelenmeyen bir fiil de AİHS kapsamında suç olarak sayılabilir.⁷⁸ Burada suç kavramının geniş yorumlanması, 6. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında sayılan hakların da uygulama alanı bulacak olması nedeniyle ayrı bir öneme sahiptir. Örneğin, iç hukukta kabahat olarak belirlenmiş bir fiilin, Sözleşme kapsamında suç isnadı kavramına konu olabilmesi sayesinde kişi, AİHS’in 6/2 ve 6/3 maddelerinde korunan haklardan faydalanabilecektir.⁷⁹

AİHM, suç isnadının özerk yorumuna ulaşmaya çalışırken *Engel v Hollanda* davasında bazı kriterler belirlemiştir: a- suçun iç hukukta tanınıp tanınmaması, b- suçun niteliği, c- öngörülen cezanın niteliği.⁸⁰ İlk şart gerçekleşmişse diğer iki şarta bakmaya gerek olmaksızın şikayetle ilgili bir suç isnadı olduğuna karar verilecek, ancak şikayet kapsamında başvuru konusu fiil, iç hukukta tanımlanan bir suça ilişkin değilse AİHM, ikinci ve üçüncü şartı

⁷⁷ Medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlık” kavramına yüklenen anlam için bkz: David Harris ve Diğerleri, s. 361-370; İncoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, s.12-79; AİHM, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6. madde Rehberi (medeni hukuk)**, Çev: Adalet Bakanlığı, Güncelleme Tarihi: 30.04.2020, s. 6-18. (<https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/301020201146166MaddeRehberiMedeni.pdf> (e.t. 6.7.2022)).

⁷⁸ Ezgi Çırak, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı”, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, 2019, s.1017.

⁷⁹ İncoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, s. 83.

⁸⁰ AİHM, *Engel ve diğerleri v Hollanda*, B. No: 5370/72, k.t.:8 Temmuz 1974, para:82.

araştıracaktır. Bunu araştırırken de ilgili devletin cezalandırma amacı, öngörülen cezanın ağırlığı vb. konular belirleyici olacaktır.⁸¹

AIHS'in 6. maddesi kapsamında korunan, yargılamanın hakkaniyetli olup olmamasıdır. Bu sebeple, esasen yargılamanın sonucundan çok, yargılamanın yürütülme şekli önem taşımaktadır. Bu yönden bakıldığında, adil yargılanma hakkının sınırsız olmadığı söylenebilir. Örneğin, avukata erişim hakkının sınırlandırılması zorlayıcı makul bir sebebin varlığı halinde mümkündür veya kişi açıkça kesin bir biçimde 6. madde kapsamındaki bir hakkından feragat etmiş olabilir.⁸²

AIHM'in "adil yargılanma hakkı" denetimi bakımından önem taşıyan bir başka kural dördüncü derece doktrindir. Bu kural, AIHM'in "adil yargılanma hakkı" bakımından bir şikayeti denetlerken davalı devletin usuli kuralları yorumlama şeklini denetlememesi olarak tanımlanabilir.⁸³ Kavramın ismi üç dereceli yargılama usullerine sahip olan davalı devletle ilgili verilen bir kararla ilgili olarak Mahkemenin kendisini dördüncü derece olarak görmemesinden gelmektedir.⁸⁴ AIHM, her durumda yargılamanın bir bütün olarak hakkaniyetli bir şekilde ilerleyip ilerlemediğini denetleyecektir. Bu bakımdan iç hukuktaki bir usul kuralının ihlal edilmiş olması doğrudan AIHS'in 6. maddesi kapsamında ihlal sayılmayacaktır.⁸⁵ Bu AIHM'in bir dördüncü derece mahkemesi olarak görülmemesi gereğinden kaynaklanmaktadır.

⁸¹ Suç isnadı ile ilgili detaylı bilgi için bkz; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6. madde Rehberi (Ceza Davaları)**, Çev: Adalet Bakanlığı, Güncelleme Tarihi: 30.04.2020, s. 10.

<https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/301020201146166MaddeRehberiMedeni.pdf>), (e.t. 6.7.2022)

⁸² Feragat için detaylı bilgi için bkz: AIHM, *Hermi v İtalya*, B. No: 18114/02, k.t.: 18 Ekim 2006, para:73; AIHM, *Sejdovic/İtalya*, B.No: 56581/00, k.t.: 1 Mart 2006, para:86.

⁸³ Hasan Tahsin Gökcan, "Bireysel Başvuruda İkincilik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu", **TBB Dergisi**, C.17, S. 135, s.11.

⁸⁴ Okan Taşdelen, "Çelişkili Mahkeme Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, 2016, s. 993.

⁸⁵ David Harris ve Diğerleri, s.354.

Dördüncü derece doktrinin sonucu olarak AİHM, davanın sonucunun doğru ya da yanlış olmasını denetlemeyecektir. Denetim sonuç değil, fakat sonuca etki eden usuli kural ve güvencelerin yargılamanın usuli adaletine etkisi üzerinden yapılacaktır.⁸⁶

(2) AİHS'in 6. maddesi Bakımından Avukat-Müvekkil Gizliliğinin Kapsamı

Sözleşmede avukat-müvekkil gizliliği ile ilgili bir hüküm açıkça zikredilmemiştir. Ancak, AİHM'e göre, sözleşmede bunun açıkça yazılması gerekli değildir. Örneğin, *S v İsviçre* ve *Brennan v Birleşik Krallık* davalarında AİHM, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde avukat-müvekkil gizliliğinin düzenlendiğini, buna karşılık AİHS'de "adil yargılanma hakkı" kapsamında avukat müvekkil gizliliğinin zikredilmediğini tespit ettikten sonra "Davalara Katılacak Kişilerle İlgili Avrupa Antlaşması"nın ve "Tutuklu ve Hükümlülere Uygulanacak Asgari Kurallar"ın avukat-müvekkil gizliliği ile ilgili kurallarına atıf yaparak avukat-müvekkil gizliliğini Avrupa Konseyi belgelerinde tespit edip, buradan hareketle avukat-müvekkil gizliliğinin AİHS'de zımnen tanınmış olduğunu kabul eder.⁸⁷ Bu şekilde AİHM'in avukat-müvekkil gizliliği ile ilgili önüne gelen bir sorunu adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirmesi maddenin 3. fıkrasının c bendi kapsamında mümkün olmaktadır. Mahkeme içtihadıyla kişinin "müdafii yardımından yararlanması" ile "avukat-müvekkil gizliliği" arasında bağlantı kurmaktadır. Mahkeme'ye göre, avukat-müvekkil gizliliği "pratik ve etkili hukuki yardımın" gerekliliğidir. Bir avukat müvekkili ile gözetlenmeden görüşemez ve müvekkilinden gizli talimatlar alamazsa müvekkilin aldığı hukuki yardım etkililiğini ve pratikliğini kaybeder. Bu yüzden sanığın avukatıyla üçüncü bir kişi duymadan iletişim kurması adil yargılamanın temel gerekliliklerinin bir parçasıdır.⁸⁸

Brennan v Birleşik Krallık davasında AİHM, avukat-müvekkil gizliliğinden adil yargılanma hakkındaki yeri ile ilgili olarak, avukata erişim hakkının alt kategorisi olarak bahsetmektedir.⁸⁹ Buna karşın, bir şirketin ofislerinin aranması ve yazışmalara el konulması ile

⁸⁶ Eva Brems ve Laurens Lavrysen, "Procedural Justice in Human Rights Adjudication: The European Court of Human Rights", **Human Rights Quarterly**, Şubat 2013, C. 35, S. 1, s. 177.

⁸⁷ AİHM, *S v İsviçre*, B.No: 13865/88, k.t.: 28 Kasım 1991, para:49; AİHM, *Brennan v Birleşik Krallık*, B.No: 39846/98, k.t.:16.01.2002, para: 38-40.

⁸⁸ a.g.k., para: 58.

⁸⁹ a.g.k., para:58.

ilgili “konuta ve haberleşmeye saygı hakkı” bağlamında AİHS’in 8. maddesi kapsamında verilmiş iki kararında AİHM, avukat-müvekkil gizliliğinin “kendini suçlamama hakkı”nın doğal sonucu olduğunu belirtmiştir.⁹⁰ Kendini suçlamama hakkı da avukat-müvekkil gizliliği gibi AİHS metninde yer almamakla beraber, Mahkeme’nin kararlarında 6. maddenin tamamı ile ilgili olarak değerlendirilebilmektedir.⁹¹ O halde, avukat-müvekkil gizliliğinin avukata erişim hakkının mı yoksa kendini suçlamama hakkının mı parçası olduğunun tespiti önem taşımaktadır.

Martin v Estonya davasında kişinin kendi avukatına erişimi kısıtlanıp, adli yardım sistemi tarafından atanan avukat da yetkililerle beraber hareket edince, başvurusunun adil yargılanma hakkının avukata etkili ve pratik erişimi bağlamında 6/3-c ihlali verilmişti. Mahkeme bu tespiti yaparken, başvurusunun kendini suçlayıcı ifadelerinin hükme dayanak olarak alınmasının altını çizmişti. AİHM’in avukata erişimi kendini suçlamama hakkının bir güvencesi olarak görmesi bu davada kilit rol almıştı.⁹² O halde avukat-müvekkil gizliliği de avukata erişim hakkının bir parçası olarak görüldüğüne göre bu tür davalar özelinde avukat-müvekkil gizliliği ve kendini suçlamama arasındaki bağlantı ileri sürülebilir. Mahkeme’nin *Andre ve diğerleri v. Fransa*⁹³ ve *Vinci Construction and GMT génie civil et services v. Fransa* davalarındaki avukat-müvekkil arasındaki haberleşmenin gizliliğinin kendini suçlamama hakkının doğal sonucu olduğuna ilişkin tespiti bu bakımdan tutarlı gözükse de doğru değildir. Avukat-müvekkil gizliliği ile kendini suçlamama hakkı arasında doğasından kaynaklanan bir bağlantı olabileceği iddia edilebilir ancak her durumda bu bağlantının varlığı iddia edilemez. Örneğin, *Andre ve diğerleri v. Fransa* davasında avukatlık ofisinin müvekkilleri ile ilgili bir vergi soruşturması bağlamında aranması söz konusuydu. Müvekkiller tarafından yetkililere teslim edilmeyecek bilgilerin avukatların ofisinin aranması suretiyle elde edilmesi, müvekkilin kendini suçlamama hakkını etkisiz bırakmak amacıyla yapıldığından, avukat-müvekkil gizliliği ve kendini suçlamama arasında bağlantı kurulmuştu. Oysa yetkililerin suçla isnat edilen kişiye

⁹⁰ AİHM, *Vinci Construction and GMT génie civil et services v. Fransa*, B.No:63629/10, k.t.: 2 Nisan 2015, para. 68; AİHM, *Andre ve diğerleri v. Fransa*, B.No: 18603/03, k.t.: 24 Temmuz 2008, para:41.

⁹¹ AİHS’in 6/1.maddesi bakımından değerlendirme için bkz: *Funke v Fransa*, 10828/84, 25 Şubat 1993; para: 44 vd.; 6/2 bakımından ihlal kararı için bkz: AİHM, *Saunders v Birleşik Krallık*, 19187/91, k.t.: 17 Aralık 1996, para:68, 6/3-c ihlali için bkz: AİHM, *Martin v Estonya*, B.No: 35985/09, k.t.: 30 Mayıs 2013, para: 82-97.

⁹² a.g.k., para: 90.

⁹³ AİHM, *Andre ve diğerleri v. Fransa*, B.No: 18603/03, k.t.: 24 Temmuz 2008, para:41.

dair bir bilgiye ulaşma amacı taşımadığı durumlarda da avukat müvekkil gizliliği ihlal edilmiş olabilir. Nitekim, Mahkeme, *Castravet v Moldova* davasında avukat ve müvekkili arasındaki görüşmenin dinlendiği inancını oluşturan bir ortamda avukat-müvekkil görüşmesinin/haberleşmesinin yapılmasının da avukat-müvekkil gizliliğine müdahale oluşturacağı, bu bakımdan da avukatın etkili bir hukuki yardım sağlayamayacağı yorumunu yapmıştır.⁹⁴ O halde böyle bir durumda “yetkililer tarafından bilgi almak amacı” bulunmayan ancak “gizliliğin bulunmadığı inancını oluşturan” bir müdahale, avukat-müvekkil gizliliğini ihlal edecek ancak kendini suçlamama hakkını ihlal etmeyecektir.

6. maddenin sistematığı Mahkeme’nin 6. madde bakımından avukat-müvekkil gizliliğini değerlendirdiği başvuruları karara bağlamasına etki etmektedir. Yukarıda bahsettiğimiz 6. maddenin 1. ve 3. fıkraları arasındaki etkileşim avukat-müvekkil gizliliği bakımından da değerlendirilebilir. Örneğin medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili bir uyuşmazlığı ilgilendiren bir başvuruda, avukat-müvekkil gizliliğine müdahale edilmesi gündeme geliyorsa bu “mahkemeye erişim” hakkı bağlamında “avukatın etkili ve pratik yardımına” erişim ile ilgilidir. Eğer ki avukat-müvekkil gizliliğine yapılan müdahale bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetli yapılmasına etki etmişse 6. maddenin ihlal edildiğine karar verilebilecektir.

AIHM’in avukat-müvekkil gizliliği ile ilgili şikayetleri 6. maddeden incelediği kararlara bakıldığında kararların genelde “medeni hak” veya “suç isnadı” ile ilgili yargılamanın esasına ilişkin olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Örneğin *Zagaria v İtalya* davasında başvuru konusu duruşma sırasında hatalı şekilde avukat ve müvekkil arasındaki görüşmelerin transkriptini çıkaran infaz memuruna yöneltilen davadan kaynaklıdır.⁹⁵ *Khodorkovsky ve Lebedev v Rusya* davasında ise başvuru sahipleri sanık olarak yargılandıkları davada avukat-müvekkil gizliliğini ihlal eden prosedürler yüzünden hakkaniyetli bir şekilde yargılanmadıkları iddiası ile başvurmuşlardır.⁹⁶ İlk davada inceleme 6/1 bağlamında 6/3-c bakımından yapılmış, ikinci davada ise başvurucuya yönelik suç isnadının esası hakkında verilen kararlar ilgili verildiğinden doğrudan 6/3-c’den inceleme yapılmıştır.

⁹⁴ AIHM, *Castravet v Moldova*, B.No: 23393/05, k.t.:13.3.2007.

⁹⁵ AIHM, *Zagaria v İtalya*, B.No: 58295/00, k.t.: 27 Kasım 2007.

⁹⁶ AIHM, *Khodorkovsky ve Lebedev v Rusya*, B.No: 11082/06 ve 13772/05, k.t.: 15 Temmuz 2013.

Şikayetin yargılamanın esası ile ilgili olmayıp, doğrudan kişiye uygulanan tedbirle ilgili olması durumunda ise AİHS'in uygulanan tedbirle en alakalı olan hükmü devreye girer. Örneğin, *Castravet v Moldova* davasında AİHS'in 5/4 maddesinde düzenlenen *habeas corpus* başvurularının AİHS'in 6. maddesinde sayılan garantileri taşıması gerektiği vurgulanarak avukat-müvekkil gizliliğinin avukatın etkin hukuki yardımı bağlamında bu garantiler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. İlginç olanı ise davanın şartlarının birebir aynı olduğu ve bu başvuruyla yakın tarihli olan *Sarban v Moldova* davasında AİHM, avukat-müvekkil gizliliğini 8. maddeden değerlendirmiştir.⁹⁷ *Sarban v Moldova* davasında Mahkeme şikayeti neden 8. madde bağlamında incelediğinden bahsederken, normal şartlarda bu tür bir şikayetin 5. veya 6. maddeden incelenmesi gerektiğini ancak başvurunun avukatıyla olan görüşmesinin dinleniyor olduğu şikayetin 8. maddeden incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Öte yandan daha sonraki tarihte karara bağlanan *Castravet v Moldova* davasında bu ayrışma gerekçelendirilmemiştir. Ancak *Castravet v Moldova* davasında AİHM, *Sarban v Moldova*'da neden ihlal vermediğini anlatırken, başvurunun *Sarban v Moldova* davasında şikayetini savunma hakkı ile yeterince ilişkilendirmediği ve kanıt sunmadığı, bu sebeple avukatıyla görüşmede önündeki engellerin makamlar önünde kendisini etkili bir şekilde savunmaktan alıkoymadığı bu sebeple ihlal bulmadığını belirtmiştir. Ancak bu gerekçe Mahkeme'nin diğer içtihatları ışığında ikna edici gözükmemektedir.⁹⁸

⁹⁷ AİHM, *Sarban v Moldova*, B.No: 3496/05, k.t.: 4 Ekim 2005, para 128.

⁹⁸ *Sarban v Moldova* davası ve *Castravet v Moldova* davasında başvurucuların tutulma tarihleri çok yakındır ve tutuldukları yer aynıdır. Başvuru metninden iki başvurunun da tutuldukları sırada Moldova Barolar Birliği'nin başvurucuların tutulduğu yerdeki kişilerle görüşmelerine ilişkin grev kararının AİHM'e sunulduğu anlaşılmaktadır. Davaya sunulan deliller bakımından bir farklılık gözükmemektedir. Öte yandan kişinin avukatıyla olan görüşmesinin önündeki engellere ilişkin kanıtların iki davada da aynı olduğu bir ortamda bir davada bu engellerin kişinin kendisini savunması ile ilişkilendirilememesi güçtür ve detaylı bir açıklama gerektirmektedir. Mahkeme bu tür açıklamalardan yoksun şekilde karar vermiş olduğundan, *Sarban v Moldova* davasındaki hem neden 8. maddeden incelendiğine ilişkin olan karara ilişkin hem de daha sonra *Castravet v Moldova* davasında içtihadını *Sarban v Moldova* davasından ayıran karara ilişkin gerekçenin ikna edici olmadığı kanaatindeyiz. Mahkeme *Sarban v Moldova* davasında şikayeti hangi hak kapsamında değerlendireceğini belirtirken, yargıçlar ve diğer görevliler tarafından başvurunun avukatıyla olan görüşmelerinin gözle ve kulakla izlendiğine ilişkin bir şikayetin 6. maddeden ihlal teşkil ettiği *Öcalan v Türkiye* davasına atfı yapmasıyla verdiği karar tezatlık teşkil etmektedir. 8. maddeden incelemeye karar verdiği bir olayla ilgili olarak, kapsam ve olay örgüsü bakımından benzer olan fakat 6. madde kapsamında incelenmiş bir olaya atfı yapıldığında Mahkemenin bu ayrıma giderken hangi sebeplerle gittiğinin belirtilmesi gerekirdi; *Castravet v Moldova*, para. :57 ; *Sarban v Moldova*, para. 128; AİHM, *Öcalan v Türkiye*, B.No: 46221/99, k.t.: 12 Mayıs 2005, para:132, 133.

Şikayetin bir ofisin aranması, haberleşmenin izlenmesi vb. olması durumunda ise aşağıda detaylı olarak anlatacağımız üzere Mahkeme avukat-müvekkil gizliliğine ilişkin müdahaleyi 8. madde kapsamında inceleyecektir. Burada önemli olan 6. madde ile 8. madde bağlantısıdır. Her ne kadar 8. madde incelemesi kendi sistematiğine göre yapılsa da Mahkeme tarafından avukat-müvekkil gizliliğine sağlanan güvenceler açısından aynı standartlar uygulanmaktadır.⁹⁹

B- AİHS'in 8. Maddesinde Düzenlenen “Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı” Bakımından Avukat-Müvekkil Gizliliğinin AİHS'deki Dayanağı

(1) Genel Olarak AİHS'in 8. maddesinin Kapsamı

AİHS'in 8. maddesi “Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı” başlığını taşımaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde “saygı” kelimesi geçen tek hak grubu olma özelliğini taşımakla birlikte¹⁰⁰, şu şekilde düzenlenmiştir:

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.

Metne bakıldığında ilk fıkranın kapsamı belirlediği, ikinci fıkra ise hakkın sınırlama rejimi düzenlendiği görülmektedir. AİHS'in 8. maddesinde düzenlenen haklar mutlak haklar değildir.¹⁰¹

İlk fıkraya bakıldığında kişinin dört başlık altında farklılaşan hukuki çıkarlarının 8. madde korumasında olduğu anlaşılmaktadır. Bunlar özel hayat, aile hayatı, konut ve

⁹⁹ David Harris ve Diğerleri, s. 476.

¹⁰⁰ Gülay Arslan Öncü, **Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, İstanbul: Beta Yayınları, Mart 2011, s. 53.

¹⁰¹ a.g.e., s. 355.

haberleşmedir.¹⁰² Bu hukuki çıkarlara “saygı” duyulması, hakkın kapsamını oluşturmaktadır. Ancak, kimi durumlarda bir davada aynı anda iki çıkara ilişkin şikayet de söz konusu olabilir. Örneğin, bir şirketin ofisinin aranmasına ilişkin bir şikayette Mahkeme işyerinin aranmasını konut bakımında, işyerindeki yazışmalara el konulmasını ise haberleşme bakımından ele almıştır.¹⁰³

AİHM’in bu hukuki çıkarları anlatan kavramları “otonom” olarak ele aldığı, bununla birlikte şikayet edilen devletin iç hukukunda bu kavramların nasıl ve ne şekilde tanımlandığı ile bağlı olmadığını söylemek gerekmektedir. Bu AİHM’e kavramları ele alırken koruma kapsamını genişletme imkanı sağlamaktadır.¹⁰⁴ Örneğin, *Yordanova v Bulgaristan* davasında bir grup Roman’ın kendi mülkleri olmayan bir arazide, senelerdir yaşamış olmalarını AİHS’in 8. maddesinde korunan konuta saygı hakkı bağlamında değerlendirmiştir.¹⁰⁵

Mahkeme madde kapsamındaki hukuki çıkarlara ilişkin kavramları “yaşayan sözleşme” yorumuyla önüne gelen her davada gerektirdiği ölçüde tekrar ele almaktadır. Mahkeme’nin bu yorumuyla Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamında korunan hakları genişlettiği savunulmaktadır.¹⁰⁶ Bu yönüyle “özel yaşam” kavramı altında AİHS’de düzenlenmeyen “çevre hakkı”na ilişkin bir şikayetin incelenmesi ya da Ek Protokol 4’te düzenlenen “seyahat özgürlüğü”nün protokolü kabul etmeyen devletler açısından belli şartlarda 8. madde kapsamında incelenebilmesi buna örnek gösterilebilir.

Bu bakımdan, Mahkeme’nin “haberleşme” kavramı ile ilgili önüne gelen başvurularda, zamanının teknolojik gelişmeleri çerçevesinde şikayetin önceki kararlardan farklı bakış açısıyla ele alınması gerekebilir. Sözleşmenin imzalandığı tarihte mektup, telgraf vb. iletişim araçları daha yaygın olmasına karşın, bugün iletişimin çok daha çeşitli, teknolojik imkanların çok daha geniş olduğu düşünüldüğünde Mahkeme “haberleşme” kavramını geniş

¹⁰² Harris ve Diğerleri, s.477.

¹⁰³ AİHM, *Vinci Construction and GMT génie civil et services v. Fransa*, B.No: 63629/10, k.t.:2 Nisan 2015.

¹⁰⁴ Arslan Öncü, **Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, s. 39-40.

¹⁰⁵ AİHM, *Yordanova ve Diğerleri v Bulgaristan*, B.No: 25446/06, k.t.: 24 Nisan 2012, para: 103.

¹⁰⁶ David Harris ve Diğerleri, s.475.

yorumlamakta, bu kavramın içerisine e-posta, SMS vb. iletişim yöntemlerini de eklemekte, içtihadını bu özel yöntemler bakımından uyarlayabilmektedir.¹⁰⁷

“Yaşayan sözleşme” kavramı, Mahkemenin inceleyeceği şikayete ilişkin ana sorun bakımından ele aldığı kavramları tanımlamasına da etki edebilir. Bununla birlikte ikinci fıkra bakımından incelenecek sınırlama rejimi açısından ele alınan kavramla ilgili davalı devletin takdir marjının belirlenmesinde AİHS hukukunun uygulandığı Avrupa alanında geçerli mutabakat sözleşmenin yorumunda kilit rol oynayacaktır. Bu açıdan, birinci fıkra bakımından bir hukuki çıkara saygı bakımından ele alması talep edilen bir kavramın AİHS’in “yaşayan sözleşme” olması bakımından yeniden yorumlanması ile ikinci fıkra bakımından takdir marjının sınırı olarak “Avrupa mutabakatı” kavramı birbirini kovalayan iki kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, eşcinsel ilişkiye girmenin ceza yasalarında suç olarak düzenlenmesine ilişkin başvurular 1950’lerden 80’lere kadar kabul edilemez bulunmuş, 1981 yılında ise *Dudgeon v Birleşik Krallık* davasıyla eşcinsel ilişkiyi 8. madde kapsamında değerlendirmiştir.¹⁰⁸ Mahkeme’nin *Dudgeon v Birleşik Krallık* davasında içtihadını değiştirmesine yol açan şey, diğer Avrupa ülkelerindeki gelişmelerdir.¹⁰⁹ O halde, bir kavramın tanımlanmasında, bir hakkın AİHS’de düzenlenen bir madde kapsamına alınmasında, o hakla ilgili bir “Avrupa mutabakatı” olup olmadığı da önem taşımaktadır. Bir başka deyişle AİHS’in “yaşadığı” sözleşme ortamı olan “Avrupa” alanının ne düşündüğü, AİHS’in kavramları yorumlamasında önemli rol oynamaktadır.¹¹⁰

¹⁰⁷ Örneğin, bir avukatın ofisinin aranması meselesinde *Niemietz v Almanya* davasında soruşturmacılar belgeleri araştırırken yalnızca fiziki bir aramanın güvenceleri ele alınmış, daha yeni tarihli *Andre ve Diğerleri v Fransa* davasında teknolojik ilerlemelerin sonucu olarak e-postaları ve diğer belgelerle ilgili bir arama yapılırken başvuru avukatın ofisinde bulunan elektronik verilere ilişkin filtreleme sistemi ile yapılan bir aramanın ne tür güvencelerle yapılması gereği değerlendirilmiştir; AİHM, *Niemietz v Almanya*, B.No: 13710/88, k.t.: 16 Aralık 1992; AİHM, *Andre ve diğerleri v. Fransa*, B.No: 18603/03, k.t.: 24 Temmuz 2008.

¹⁰⁸ Esra Demir Gürsel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8-11. maddelerinde Korunan Haklar ve Demokratik Toplumun Sınırları, **yayınlanmamış doktora tezi**, Marmara Üniversitesi, SBE Kamu Hukuku, Y. 2014, s. 227.

¹⁰⁹ “Bu yasanın kabul edildiği dönem ile bugünkü durum karşılaştırıldığında, Avrupa Konseyi’ne üye devletlerin büyük çoğunluğunda eşcinsel hareketlere ilişkin daha fazla anlayış ve hoşgörü gösterildiği gözlenmekte, homoseksüel davranışlar artık ceza hukuku tedbirlerinin konusu olarak görülmemektedir.” AİHM, *Dudgeon v Birleşik Krallık*, B.No: 7525/76, k.t.: 22 Ekim 1981, para:60; çev: <https://insanhaklari.gen.tr/Karar.aspx?b=7525%2f76&t=22.10.1981> (e.t. 28.7.2022).

¹¹⁰ Avrupa Mutabakatı hakkında detaylı bilgi için bkz: Demir Gürsel, s. 194-207.

8. madde bakımından belirtilmesi gereken diğer husus da hak özelinde devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmasıdır. Devletlerin 8. madde kapsamındaki ilk yükümlülüğü bireyleri kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumaktır. Bu bakımdan devletlerin kişilerin 8. madde bakımından korunan hukuki çıkarlara saygı “alanlarına” haksız bir şekilde “dokunmama” yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu negatif yükümlülüğü oluşturmaktadır.

AİHS bakımından düzenlenen haklara devletlere yalnızca keyfi olarak müdahale etmeme yükümlülüğü yüklenmiş olsaydı devletin ihmalinden kaynaklanan ihlaller Mahkeme’nin denetiminin dışında kalmış olacaktı.¹¹¹ Bu yüzden pozitif yükümlülüklerin devletlerin sorumluluğunun tamamlayıcı unsuru olduğunu söyleyebiliriz.

8. maddenin devlete pozitif yükümlülükler sağlamanın hukuki kaynağının AİHS’in 1. maddesindeki “kişilerin haklardan yararlanmalarını sağlama” ve 8. maddesi hukuki çıkarlara “saygı” duyulması zorunluluğu olduğu belirtilmektedir. Bu açıdan bakıldığında pozitif yükümlülüğün devletin bir kişinin “haklardan yararlanmasını sağlamak amacıyla” “harekete geçmesi” yükümlülüğü olduğu söylenebilir.¹¹² Bu bakımdan ilgili hakkı gerçekleştirmek için koruyucu ve önleyici ya da hakka hâlel gelmişse cezalandırıcı ya da giderim sağlayıcı pozitif yükümlülükler gerekebilir. Bunun sonucunda, pozitif yükümlülükler bir takım usuli güvenceler gerektirebilir. Ancak bu usuli güvencelerin tam olarak ne şekilde sağlanacağı konusunda devletlerin takdir marjı geniştir.¹¹³

Belirtilmelidir ki, pozitif yükümlülükler hakkın kapsamına içkindir. Bu bakımdan, negatif yükümlülüklerde olduğu gibi ikinci fıkradaki sınırlama rejimlerine tabi değildir.¹¹⁴ Yani devlet bir pozitif yükümlülüğü yerine getirmediğinde o şikâyet bakımından hak ihlal edilmiş olur.

¹¹¹ David Harris ve Diğerleri, a.g.e, s. 487.

¹¹² Pozitif yükümlülüğün çeşitli tanımları ve hukuki dayanağı için bkz: Dilara Yüzer Eltimur, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, s.96-112.

¹¹³ Arslan Öncü, **Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, s. 54-55.

¹¹⁴ Gülay Arslan Öncü, **Bireysel Başvuruda Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı**, İstanbul: Beta Yayınları, 2020, s. 8-9.

Devletlerin 8. madde kapsamındaki pozitif yükümlülüklerine; başvurunun ekonomik durumu sebebiyle boşanma davası açmadığı için devletin başvurucuya avukat atayabilecek adli yardım sistemi kurma yükümlülüğü olduğunu belirten *Airey v İrlanda* kararı,¹¹⁵ devletin sağlık sisteminde ihmalin önüne geçebilecek bir sistemin kurulması yükümlülüğü ile ilgili *Mehmet Ulusoy ve Diğerleri v. Türkiye* kararı¹¹⁶ örnek gösterilebilir.

AİHS'in 8. maddesinin hangi hukuki çıkarları kapsadığına (cinsiyet, cinsel ilişki, velayet, evlilik, konut bakımından ikincil konut vb.) bu çalışmada tek tek değinilmeyecektir. Tezin ana konusu olan avukat-müvekkil gizliliği açısından ilgili kısımda bu kapsamların açıklanması gerekiyorsa ancak o zaman açıklanacaktır.

AİHS'in 8. maddesi kapsamında devletin negatif yükümlülükleri ise hak kapsamında olan hukuki çikara olan müdahalenin sınırları ile ilgilidir. Bu bakımdan müdahale bir hakkı sınırlamaya yönelik bir eylem olabileceği gibi, henüz somut bir uygulamaya konu olmamış ancak meri şekilde var olan bir düzenleyici işlemin kendisi de müdahale oluşturabilir.¹¹⁷ Kara para aklama mevzuatı kapsamında bir avukatın müvekkiline ilişkin bir bilgiyi ifşaya zorlamasını öngören bir yasanın söz konusu olduğu *Michaud v Fransa*¹¹⁸ davası, yine iletişimin denetlenmesini öngören yasaya karşı bir grup avukatın başvurusu olduğu *Klass v Diğerleri v Almanya*¹¹⁹ davası buna örnek gösterilebilir. Her iki davada da AİHM ihlal bulmamıştır fakat müdahalenin varlığını tespit etmesi önem taşımaktadır.

Eğer ki negatif yükümlülük kapsamında bir müdahale varsa 8. maddenin 2. fıkrası bağlamında müdahalenin AİHS hukuku bağlamında meşruluğu denetlenecektir. AİHM bunu yaparken öncelikle müdahalenin meşru bir amaç taşıyıp taşımadığı, hukuken öngörülebilir bir müdahale olup olmadığı, müdahalenin orantılılığı ve bu bağlamda demokratik toplumda gerekli bir müdahale olup olmadığını inceleyecektir.

Mahkeme önce müdahalenin hukuken öngörülebilir olmasını değerlendirecektir. Burada “yasa” kavramını denetlerken yalnızca şekli anlamda bir yasadandır değil, aynı zamanda

¹¹⁵ AİHM, *Airey v İrlanda*, B.No: 6289/73, k.t.: 9 Ekim 1979, para: 32.

¹¹⁶ AİHM, *Mehmet Ulusoy ve Diğerleri v. Türkiye*, B.No: 54969/09, k.t.:25 Haziran 2009, para: 83.

¹¹⁷ David Harris ve Diğerleri, s.484.

¹¹⁸ AİHM, *Michaud v Fransa*, B.No: 12323/11, k.t.: 6 Aralık 2012.

¹¹⁹ AİHM, *Klass ve Diğerleri v Almanya*, B.No: 5029/71, k.t.: 6 Ekim 1978.

“maddi” anlamıyla “öngörülebilir” ve “ulaşılabilir” nitelikte bir yasa gereklidir. Bu şartlar altında müdahale böyle bir yasaya dayanmıyorsa diğer kriterler değerlendirilmeksizin ihlal kararı verilmektedir. Eğer ki müdahale öngörülebilir ve ulaşılabilir bir yasaya dayanıyorsa, diğer şartlar bakımından da değerlendirilir.¹²⁰

Müdahalenin 8. madde bakımından meşru olabilmesinin gereklilikleri 8/2. maddede sayılmıştır. Buna göre 8. madde kapsamında bir hakka müdahale “ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” amaçlarını taşıyorsa meşru bir müdahale olarak görülebilir.

Meşru bir amaca dayandırılan yasayla öngörölmüş müdahale son olarak demokratik toplumda gereklilik testini de geçebilmelidir. Mahkeme bu testi yaparken, müdahalenin gerekliliği ile ilgili sosyal ihtiyaç baskısı, ölçülülük, çatışan yararlar arasında adil denge kurulup kurulmadığına bakar. Bu bakımdan Mahkemenin önüne gelen şikayetle ilgili davalı devletin takdir marjı da bu gereklilik testinde daha belirleyici olur. Örneğin, demokrasiyle sıkı sıkıya bağlı olarak görünen ve konu ile ilgili Avrupa mutabakatı olan hususlarla ilgili şikayetlerde devletlerin takdir marjı daha az ve Mahkeme’nin denetimi daha sıkı iken, Avrupa Mutabakatı olmadığının tespit edildiği konularla ilgili şikayetlerde devletlerin takdir marjı daha geniştir.¹²¹ Avukat-müvekkil gizliliği ile ilgili konularda ise avukatların ve savunmanın sözleşmenin bireylere sağladığı korumanın kalbinde yer almaları nedeniyle devletlerin takdir marjı daha dar yorumlanmaktadır.

Son olarak belirtmek gerekir ki AİHM, AİHS’in 8-11. maddeleri, Ek protokol 1 md.1, Ek Protokol 4 madde 2, ek protokol 7 madde 1’i yorumlarken müdahalenin AİHS hukuku bağlamında meşru olup olmadığını denetlerken aynı testi uygulamaktadır. Bunun temel sebebi bu hakların düzenleniş biçimlerinin benzer yapıda olmalarıdır.¹²²

¹²⁰ AİHM, *S. ve Marper v Birleşik Krallık*, B.No: 30562/04 ve 30566/04, k.t.: 4 Aralık 2008, para:95-97.

¹²¹ AİHS 8. madde’nin özelinde kayıtlanma rejimi bakımından müdahalenin meşruluğu testi için bkz: Gülay Arslan Öncü, **Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, 1. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, Mart 2011, s. 366-384; Osman Doğru ve Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar**, C. 2, Ankara: T.C. Yargıtay Başkanlığı, 2013, s. 10-14; David Harris ve Diğerleri, s. 488-543.

¹²² H. B. Gemalmaz, s. 447.

(2) AİHS'in 8. maddesi Bakımından Avukat-Müvekkil Gizliliği'nin Kapsamı

Avukat ve müvekkilinin avukat müvekkil gizliliğinden farklı hukuki çıkarları bulunmakta olduğundan yukarıda bahsedilmişti. İşte bu çıkarların AİHS'in 8. maddesinin kapsamını oluşturan dört hukuki çıkarla (özel yaşam, aile yaşamı, konut, haberleşme) bağdaştığı ölçüde avukat-müvekkil gizliliğinin ihlali sebebiyle aynı zamanda AİHS'in 8. maddesinin ihlal edilmiş olduğu şikayeti ileri sürülebilecektir. Bu bakımdan avukat müvekkil gizliliğinin tarafı olarak hem müvekkil, hem de avukat tarafından AİHS'in 8. maddesinin ihlali şikayeti gündeme gelebilir. Ancak öncelikle avukatın çıkarları bakımından avukat-müvekkil gizliliğinin 8. maddesi bakımından incelenmesi gerekmektedir.

a- AİHS'in 8. maddesi Bakımından Hak Öznesi Kişinin Avukat Olmasının Önemi¹²³ ve Avukat-Müvekkil Gizliliği

Avukatın, görevini ifa ederken müvekkiline sadakat borcu bulunmaktadır. Sır saklama yükümlülüğü de müvekkiline sadakat borcunun bir parçasıdır.¹²⁴ Bu bakımdan, müvekkiline ilişkin gizliliği sağlamak müvekkili için bir hak ve avukat için yükümlülüktür. Avukat bu görevini gereği gibi ifa edemediği zaman müvekkilinin hakları ihlal edilmiş olacaktır. Bu basit denklem, avukatı müvekkilinin haklarının savunucusu yapmasında önemli rol oynar. Ancak, aynı zamanda avukatı bir hak öznesi olarak AİHS'in 8. maddesi bakımından ayrı bir yere koyar.

Konu öz olarak “çalışma yaşamı” kavramının AİHS'in 8. maddesinde sayılan dört çıkarla bağdaşmasıyla ilişkilidir. AİHM konuyla ilgili ilk içtihadında çalışma yaşamının bireylere kendilerini geliştirmek ve çevrelerini genişletmek için fırsat sunduğunu, bu bakımdan 8. maddede düzenlenen “özel yaşam” kavramının “çalışma yaşamı” kavramını kapsar nitelikte görmemek için hiçbir sebep olmadığını belirtmiştir. Öte yandan özel hayat ile çalışma hayatı arasında sınır çizmeye çalışmak bireyi çoğu durumda 8. madde korumasından mahrum bırakacaktır. Üstelik serbest meslek icra edilmesine ilişkin durumlarda bu ayrımı yapmak daha

¹²³ Başlık seçiminde Dilşad Çiğdem Sever'in ilgideki makalesinin başlığından esinlenilmiştir; bu bakımdan çalışmanın bu kısmına kadar yoğun olarak bahsettiğimiz “müvekkilin haklarının güvencesi olarak avukat kişi” bakış açısı ile “avukatın insan haklarının korunması” bakış açısı arasındaki farkları vurgulamak için hem 8. maddenin kapsamı hem de ilgili makalenin başlığı çalışmanın amacını yerine getirmek açısından iyi bir fırsat sunmaktadır; Dilşad Çiğdem SEVER, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hak Öznesi Olarak Avukatlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2018, S. 4, s.243.

¹²⁴ Osman Korkut Kanadoğlu, “Barolar ve Avukatların Meslek Özgürlükleri”, **TBB Dergisi**, 2020, s.87-88.

zor olacaktır.¹²⁵ O halde, avukatın “çalışma yaşamı” kapsamında mesleğini yürütmesi için zorunlu olan bir yükümlülüğünü devletin eylem veya ihmalleri nedeniyle yerine getirememesi durumunda avukatın öncelikle AİHS’in 8. madde bakımından “özel yaşamına saygı hakkı” ihlal edilmiş olacaktır. İkinci olarak, devlet yetkililerinin davranışının yöneldiği hukuki çıkara göre müdahale veya eylemsizlik 8. madde bakımından korunan diğer çıkarlara saygı hakkı ile ilgili olabilir.

Nasıl ki, “çalışma yaşamı” “özel yaşama saygı hakkının” parçası olarak kabul ediliyorsa, AİHM *Niemietz v Almanya* içtihadıyla kişilerin çalışma ortamları olan ofislerin de “konuta saygı hakkının” parçası olabileceğini belirtmiştir. Bu bakımdan “konut” kavramı, kişilerin özel yaşamı ve aile yaşamı ile sıkı sıkıya bağlı fiziksel mekan olduğuna göre,¹²⁶ çalışma yaşamı da özel yaşama dahil olduğuna göre bir ofisin de konut kavramı kapsamında görülmemesi için bir neden bulunmamaktadır.

Ancak haberleşme kavramı ile ilgili olarak benzer bir açıklama yapma gereği yoktur. AİHS’in 8. maddesi bakımından haberleşmenin hak kapsamında görülmesi için kişinin hangi haberleşmeyi hangi sebeple kullandığının bir önemi bulunmamaktadır.

Bu açıklamaları yaptıktan sonra altı çizilmesi gereken husus, avukatın 8. madde kapsamında korunan hukuki çıkarlarının diğer kişilere göre daha ayrıcalıklı olduğudur. AİHM, içtihatlarıyla sık sık avukatlara yönelik zulüm ve tacizin sözleşme sisteminin kalbinde yer aldığını belirtmektedir.¹²⁷ Hatta o derecedir ki, bir avukatın ofisinde tuttuğu AİHM başvurularına ilişkin belgelere el konulmasının sözleşmedeki meşru amaçların hiçbirini taşımadığına hatta insan hakları avukatı olan başvurucunun susturulması amacıyla ofisinin aranıp belgelerine el konulduğuna hükmederek avukata yapılan bu müdahale ile ilgili verebileceği en ağır ihlal kararı vermiş, 8. maddenin 18. madde ile beraber ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹²⁸

¹²⁵ AİHM, *Niemietz v Almanya*, B.No: 13710/88, k.t.: 16 Aralık 1992, para:29.

¹²⁶ Eltimur, s. 220-222.

¹²⁷ AİHM, *Elçi ve Diğerleri v Türkiye*, B.No: 23145/93 ve 25091/94, k.t.: 13 Kasım 2003, para: 669; AİHM, *Kolesnichenko v Rusya*, B.No: 19856/04, k.t.: 9 Temmuz 2009, para 31.

¹²⁸ AİHM, *Aliyev v Azerbaycan*, B.No: 68762/14 ve 71200/14, k.t.: 20 Eylül 2018, para: 206-216.

AIHM'in bu bakış açısının gelişiminde Avrupa Konseyi içerisinde tarihsel olarak gelişmiş bir arka plan bulunmaktadır. 25 Ekim 2000 tarihinde Bakanlar Komitesi tarafından “Avukatların Mesleklerini İcra Etme Özgürlüklerine İlişkin Tavsiye Kararı REC2000(21)” benimsenmiştir. Kararda giriş bölümünde avukatların adalet sistemindeki yerinin öneminin altı çizilmiştir:

“Avukatların ve meslek birliklerin insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunmasını sağlamakta oynadıkları temel rolü”

.....

“Avukatların mesleklerini icra ederken bağımsızlıklarını garanti eden ve bu bağlamda hiçbir uygunsuz kısıtlama, tesir, ikna, baskı, tehdit veya müdahalenin olmadığı, doğrudan veya dolaylı, herhangi bir kesime veya nedene dayanmaksızın adil bir hukuk yönetimi sisteminin gerekliliği”¹²⁹

Bu tavsiye kararlarına rağmen Avrupa Konseyi ülkelerinde avukatlara yönelik sistematik saldırıların artarak devam etmesi sebebiyle 24 Ocak 2018 tarihinde, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, “2121 (2018) sayılı Avukatlık Mesleğine İlişkin Bir Avrupa Sözleşmesi Taslağı Hazırlanmasına Yönelik Tavsiye Kararı” ile Bakanlar Komitesi'nin avukatlık mesleğine ilişkin bağlayıcı nitelikte bir Avrupa sözleşmesi düzenlemesini tavsiye etmiştir. Kararda avukatlara yönelik saldırılara örnek olarak,

“fiziksel şiddet, tehdit, haksız aleni eleştirilere maruz kalma ve avukatların önde gelen politik figürler dâhil olmak üzere müvekkilleriyle özdeşleştirilmesi, avukatları cezalandırmak üzere ceza soruşturmasının kötüye kullanılması ya da avukatların belli davalardan alınması, müvekkillerin avukatları ile görüşmelerinin hukuka aykırı şekilde izlenerek avukatlık mesleğine özgü ayrıcalıkların ihlal edilmesi, hukuka aykırı soruşturmalar kapsamında arama ve el koyma, avukatların kendi müvekkillerinin ceza davalarında tanık olarak sorguya çekilmesi, disiplin soruşturmasının kötüye kullanılması ve avukatların bağımsızlığının etkili şekilde korunmasını sağlama ve işlevsel kılma bakımından çeşitli yapısal ve usule ilişkin yetersizlikler”

gibi kaygılardan yola çıkılarak, şu ihtiyaçlar vurgulanmıştır:

(a) Etkili bir koruma mekanizması kurulması gereği,

¹²⁹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 25 Ekim 2000 tarihinde kabul edilen “Avukatların Mesleklerini İcra Etme Özgürlüklerine İlişkin Bakanlar Komitesinin Üye Ülkelere Tavsiye Kararı (2000)21”, çev.: Çiğdem Sert-Çelik, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 54, s.334-338. <http://tbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-54-75> ,(e.t.: 07.06.2022).

(b) Sözleşmenin sadece Avrupa Konseyi'ne üye ülkeleri değil, diğer ülkeleri de kapsayacak biçimde hazırlanması,

(c) Gazetecilerin Güvenliğinin ve Gazeteciliğin Korunmasının Geliştirilmesi Platformu model alınarak; “Devam eden yargılama süreçleri dâhil, bireysel hakların her gün korunmasında avukatların üstlendiği rol bağlamında, Meclis ayrıca avukatların güvenliğine ve bağımsızlığına ve mesleklerinin gereklerini etkin şekilde yerine getirmelerine yönelik yakın tehditlere cevap verebilmek adına bir erken uyarı mekanizmasına ihtiyacı”¹³⁰

Bu tezin yazımı sırasında imzalanması tavsiye edilen bu sözleşme ile ilgili olarak taslak metin henüz yayımlanmamıştır. Çiğdem Sever, AİHM kararlarında avukatların haklarını incelediği çalışmada böyle bir sözleşmenin imzalanmasının avukatların haklarına yönelik müdahalelere karşı AİHS kapsamında devletlerin takdir marjını daraltacağını öngörmektedir.¹³¹

AİHM avukatların adaletin yerine getirilmesinde kilit rol oynadığını ve mahkemeler ile davaların tarafları arasında aracı konumları sebebiyle kamu görevlileri olarak nitelenebileceklerini belirtmektedir.¹³² Bu bakımdan AİHS'in 8. maddesi bakımından avukatın avukat-müvekkil gizliliğinden kaynaklanan hukuki çıkarına yönelik bir müdahalenin daha sıkı denetlenmesi gerekmektedir.¹³³ Bu denetimle ilgili olarak çalışmanın ikinci bölümünde her müdahale özelinde daha detaylı değinilecektir.

Kapsam bakımından ise avukatın ofisi, avukatın banka hesaplarına ilişkin bilgilerin kamu makamlarının eline geçmesi, avukatın telefonunun dinlenmesi, yazışmalarının takip edilmesi, avukatın müvekkiline ilişkin bilgileri kamu makamlarına vermeye zorlanması avukat-müvekkil gizliliğine müdahale teşkil etmekle beraber, aynı zamanda avukatın AİHS'in 8. maddesi bakımından özel yaşama, konuta ya da haberleşmesine saygı hakkına müdahale niteliğindedir.

Burada dikkat çekmek isteriz ki, avukat-müvekkil gizliliğine ilişkin avukatlar tarafından yapılan şikayetler avukatın sır saklama yükümlülüğüne dayandığından, müdahalenin

¹³⁰ Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin 24 Ocak 2018 tarihli “2121 (2018) sayılı Avukatlık Mesleğine İlişkin Bir Avrupa Sözleşmesi Taslağı Hazırlanmasına Yönelik Tavsiye Kararı”, ilgili bölümü çeviren: Sever, s.244-245.

¹³¹ a.g.e., s.244.

¹³² AİHM, *Altay v Türkiye* (No:2), B.No: 11236/09, k.t.: 9 Nisan 2019, para:56.

¹³³ AİHM, *Elçi ve Diğerleri v Türkiye*, B.No: 23145/93 ve 25091/94, k.t.: 13 Kasım 2003, para: 669; AİHM, *Kolesnichenko v Rusya*, B.No: 19856/04, k.t.: 9 Nisan 2009, para 31.

konusu olan soruşturmanın amacının dışına çıkan aramalar, telefon dinlemeleri, el koymalar konusunda ihlal kararı verilmektedir. Örneğin, avukatın bir müvekkili ile beraber suç işlemiş olduğu düşünülse bile yalnızca beraber suç işlediği iddia edilen müvekkile ait dosyaları incelenebilir. Bu bakımdan, müvekkil açısından avukat-müvekkil gizliliğine yapılan müdahale yalnızca kendisini ilgilendiren dosya ile ilgiliyken, avukat açısından koruma tüm dosyalarını aynı anda kapsar, bu da avukat açısından geniş, filtrelemesi zor, güvencelerinin sıkı şekilde belirlenmesi gerektiği bir koruma alanı yaratır.

Son olarak, AİHM'in avukat-müvekkil gizliliği bakımından değeri olan belgelerin uzun süreli müsadere sinin uygulandığı istisnai durumlarda avukat-müvekkil gizliliğine ilişkin materyale el konulmasına ilişkin değerlendirmeyi 8. maddenin ötesine çıkararak avukatın barışçıl bir şekilde mülkiyetten yararlanma hakkı üzerinden yaptığını belirtmek gerekir.¹³⁴

b- Müvekkil için AİHS'in 8. maddesi bakımından Avukat-Müvekkil Gizliliğinin Kapsamı

Müvekkil için avukat-müvekkil gizliliğinden beklenen hukuki yarar, “etkili ve pratik hukuki yardım”dır. Daha önce bahsettiğimiz gibi, ilişkinin “mahremiyeti” ilk olarak müvekkil açısından kendisini avukatına karşı daha iyi ifade edebilmesi anlamına gelir. İkinci olarak ise avukatına söyleyeceği şeylerin soruşturma makamları tarafından ulaşılamayacağını bilmek bir güven alanı oluşturur. Bu güven alanı esasen AİHS'in 8. maddesinde sayılan hukuki çıkarların bugün AİHM'in yorumu ile belirlediği kapsamı aracılığı ile kurulmaktadır. Avukat-müvekkil gizliliğine ilişkin bilginin bulunduğu mekan veya iletişim aracının güvenliği ile bilginin niteliği ve müvekkil için önemi AİHS'in 8. maddesindeki hukuki çıkarlarla ilişkilendirilebilir. Bu şekilde avukat-müvekkil gizliliği veya buna benzer bir kavram AİHS kapsamında açıkça yazmamışsa da bu ilişkinin mahremiyeti AİHS hukukunda koruma alanı bulur.

Avukat ile müvekkil arasındaki gizli bilgi alışverişini sağlayan haberleşme aracının güvenliği bu bakımdan AİHS'in 8. maddesi kapsamında değerlendirilebilir. Müvekkilin

¹³⁴ AİHM, *Smirnov v Rusya*, B.No: 71362/01,k.t.: 7 Haziran 2007, para: 59.

işyerlerinde yapılan aramalarda avukat ve müvekkil arasındaki yazışmalara el koyulması, avukat ve müvekkil arasındaki haberleşmenin gizliliğine müdahale eder.¹³⁵

Avukat-müvekkil arasında hapisanede yapılan bir görüşmenin denetlenmesi, müvekkilin özel yaşamına müdahale edebilir. AİHM, avukatın müvekkili ile olan görüşmesinin bir hakimin kararıyla görevli tarafından denetlenmesine karar verildiği bir olayda şikayeti mahpus olan başvurucunun özel yaşamı ile bağlantılı incelemiştir.¹³⁶ Bu başvuruda, başvurucu hükümlü olarak cezaevinde kalmakta fakat devam eden bir davası da bulunmamaktadır. Mahkeme, böyle bir durumda dahi kişinin avukatıyla görüşmesini 8. madde kapsamında incelemektedir.

¹³⁵ AİHM, *Vinci Construction and GMT génie civil et services v. Fransa*, B.No: 63629/10, k.t.: 2 Nisan 2015, para: 68.

¹³⁶ AİHM, *Altay v Türkiye (No:2)*, B.No:11236/09, k.t.: 9 Nisan 2019, para: 39.

İKİNCİ BÖLÜM:

AIHM, ABAD VE AYM İÇTİHATLARI IŞIĞINDA AVUKAT-MÜVEKKİL GİZLİLİĞİNİN KORUNMASININ SINIRLARI VE GÜVENCELERİ

İlk bölümde avukat-müvekkil gizliliği kavramının anlamı ve kapsamıyla AIHS, Birlik Hukuku ve Türk Hukuku'ndaki hukuki dayanakları incelendikten sonra, bu bölümde avukat-müvekkil gizliliğinin korunmasının sınırları ve avukat müvekkil gizliliğinin güvenceleri belirtilecektir.

Bu bağlamda içtihadın yoğun bir şekilde toplandığı müdahalelerin tasnifine göre her konuya göre önce AIHM içtihadının gelişimine değinilecek ardından Birlik hukuku ve Türk hukuku bakımından ayrı ayrı değerdendirmeler yapılacaktır. Bu bakımdan, avukatın ofisinin ve üzerinin aranması, avukatın cezaevinde müvekkili ile görüşmesi, avukata ait bilgilere yönelik yapılan müdahaleler, avukatın müvekkili ile haberleşmesine yönelik müdahaleler ve son olarak da avukatı müvekkillerinin bilgilerini açıklamaya mecbur bırakılması ayrı başlıklar altında değerdendirilecektir.

Bu değerdendirmeler yapılırken AIHM, AYM ve ABAD'ın içtihatları birbirleri ile karşılaştırmalı olarak değerdendirilmeye çalışılacaktır.

ABAD açısından yalnızca avukat ve müvekkil arasındaki haberleşmenin gizliliği ve avukatın müvekkillerinin bilgilerini ifşa etmesinin zorlanması ile ilgili içtihat bulunduğundan, yalnızca bu bölümlerde Birlik hukuku ile ilgili değerdendirmeler yapılacaktır. ABAD'ın henüz önüne gelmemiş veya Birlik Hukuku bakımından bir uyuşmazlığın konusu olmamış olan diğer konularla ilgili açıklama yapılmayacaktır.

1- AVUKATIN OFİSİNDE VE ÜZERİNDE ARAMA VE EL KOYMA İŞLEMİ YAPILMASI SIRASINDA AVUKAT-MÜVEKKİL GİZLİLİĞİ'NİN KORUNMASI

A- Avukatın Ofisinde ve Üzerinde Arama ve Elkoyma İşlemi Yapılması ile ilgili AİHM Uygulaması

AİHM'in *Niemietz v Almanya* davasında başvurusunun avukat olması durumunda avukatın ofisinin aranmasını AİHS'in 8. maddesinde düzenlenen "konuta saygı" bağlamında ele aldığımızdan yukarıda bahsetmiştik. AİHM avukatın ofisinin aranması ile ilgili bir müdahalenin AİHS'in 8/2. maddesine uygunluğu bakımından diğer kişilerden farklı olarak daha sıkı bir denetim uygulamakta ve usuli güvencelerle avukatın keyfi müdahalelerden korunması gerektiğinin altını çizmektedir. Bununla beraber bir başvurusunun avukatının ofisinin aranması bağlamında AİHS'in 6. maddesi bakımından yapılacak bir değerlendirmede AİHM yine *Niemietz v Almanya* davasının üzerine bina ettiği içtihatlarıyla keyfi müdahalelere karşı belirlediği usuli güvencelere ilişkin bir denetim yapacaktır.

AİHM, avukatın ofisinin aranmasını denetlerken mevzuat ve aramaya ilişkin uygulamanın kötüye kullanıma ve keyfiliğe karşı uygun ve yeterli güvenceleri sunması gerektiğini belirtmektedir. Buradaki güvenceler avukatın meslek sırlarının korunmasına yönelik güvenceler olmalıdır.¹³⁷ Bu bakımdan AİHM, arama ve el koyma kararının dayandığı suçlamaların ciddiyetine, arama veya el koymanın mahkeme kararına dayanıp dayanmadığına, arama ve el koyma kararının makul şüpheye dayanıp dayanmadığına, kararın gerekçeyle sınırlandırılıp sınırlandırılmadığına bakar. Mahkeme ayrıca, aramanın yapılma şeklini gözden geçirir. Eğer konu avukatın ofisiyse, bağımsız bir gözlemci tarafından avukat-müvekkil gizliliğine müdahale edilmediğinin tespit edilmesini denetler. Mahkeme son olarak, aramanın avukatın çalışmasına olan yansımaları ve aranan kişinin itibarını nasıl etkilediğini değerlendirir.¹³⁸

¹³⁷ Tuan Işık ve Özde Dereboylular, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Avukat Bürolarında Arama ve El Koyma", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 16, S. 175, s.538.

¹³⁸ AİHM, *Kolesnichenko v Rusya*, B.No: 19856/04, k.t.: 9 Temmuz 2009, para: 31; AİHM, *Kırdök ve Diğerleri v Türkiye*, B.No: 14704/12, k.t.: 3 Aralık 2019, para: 51.

Avukatın aranmasına ilişkin meşru amaç, AİHS'in 8/2. maddesinde sayılan bir suçun veya düzensizliğin önlenmesine ilişkin olduğunda suçun şüphelisi avukatın kendisi olabileceği gibi, avukatın müvekkili de olabilir. *Andre v Diğeri ve Fransa* davasında avukat başvurusunun ofisi müvekkillerinin vergi kaçakçılığı suçunun şüphelisi olması nedeniyle aranmıştır. Mahkeme, avukatın ofisinin müvekkilinin şüpheli olduğu bir suçla ilgili olması durumunda aramanın müvekkilin kendini suçlamama hakkı ile ilgili olduğunu belirtmektedir. Böyle bir müdahale, suçlanan kişinin zorlama veya baskı altında elde edilen delillerle suçlanmaları anlamına gelebilecektir.¹³⁹ Mahkeme soruşturmayla ilgili olarak birtakım muhasebe, yasal ve kurumsal belgeleri başka şekilde bulunamaması nedeniyle başvuru avukat ve ofisinin hedef alındığını, davada tespit ettiği diğer sebeplerin yanında en önemli sebep olarak bu durumun ölçüsüz bir müdahale oluşturduğunu tespit etmektedir.¹⁴⁰

AİHM, genel olarak bir yerin soruşturma makamları tarafından aranmasında arama kararının bir hakim tarafından verilmesini önemsemektedir. Çünkü kararı veren yargısal organın arama kararına sebebiyet veren şartları denetlemede soruşturma makamlarının karar vermesine göre daha bağımsız konumu etkili bir hukuki güvence oluşturacaktır.¹⁴¹ Bu kapsamda arama kararında belirlenecek sınırlandırmalar üzerinden iç hukukta arama uygulamasının denetimi de kolaylaşacaktır. Ancak, AİHM *Camenzind v İsviçre* davasında arama kararı verilmeden gerçekleştirilen bir aramanın, yargılamadan sonra aramanın hukukiliğine karşı başvuru yolunun bulunması ve aramanın sınırlılığının bu şekilde denetlenebilmesi nedeniyle avukatın konutunda yapılan aramada 8. madde ile ilgili tek başına ihlal kararı bulmamış, başvuru konusu olayı 13. maddede düzenlenen etkili başvuru yolu hakkı ile beraber yorumlayınca başvurusunun 8. maddede düzenlenen hakların 13. maddede düzenlenen etkili başvuru yolu hakkı ile beraber ele alındığında ihlal kararı vermiştir.¹⁴² Yine *Heino v Finlandiya* davasında verdiği bir ihlal kararında arama kararının yokluğunun arama uygulamasından sonra yapılacak etkili bir yargı denetimiyle dengelenebileceğini tespit etmişse de Finlandiya Hukuku'nda aramaya karşı etkili bir yargısal başvuru yolu bulunmaması

¹³⁹ AİHM, *Andre ve diğerleri v. Fransa*, B.No: 18603/03, 24 Temmuz 2008, para:41.

¹⁴⁰ a.g.k., para: 46-49.

¹⁴¹ AİHM, *Leotsakos v Yunanistan* davasında, arama kararını veren ve arama karara itiraz konusunda görüş bildiren ve iddianame düzenlenmesine katkı sağlayan savcının aynı kişi olmasını eleştirmektedir; AİHM, *Leotsakos v. Yunanistan*, B.No: 30958/13, k.t.: 4 Ekim 2018, para 56.

¹⁴² AİHM, *Camenzind v İsviçre*, B.No: 136/1996/755/954, k.t.: 19 Aralık 1997, para: 46-47 ve 57.

sebebiyle aramanın dayanağı olan yasanın keyfiliğe karşı yeterince güvence sağlamaması nedeniyle müdahalenin hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağdaşmadığına karar vermiştir.¹⁴³ *Heino v Finlandiya* ve *Camenzind v İsviçre* davası arasındaki bu iki yakın duruma karşın, *Heino v Finlandiya* davasında 13. madde kapsamında bir değerlendirme yapmadan, arama uygulamasına karşı etkili bir başvuru olmaması 8. madde bağlamında “hukukun kalitesi” kriteri bakımından sorunlu bulunmuştur. Ancak karar gerekçelerinden aramaya karşı etkili bir hukuki yol bulunmaması durumunun ne zaman 8/2 kapsamında “hukukun kalitesi” kriteri ile ne zaman 8/1 ile bağlantılı olarak 13. maddede düzenlenen “sözleşmedeki bir hakla ilgili ulusal bir makam önünde etkili bir hukuki yol bulunmaması” kapsamında değerlendirilmesi gerektiği anlaşılamamaktadır.

AİHM’e göre arama kararı yeterli ve ilgili gerekçe içermelidir. Bu bakımdan, avukatın ofisinde yapılması istenen aramanın görünen amacının inandırıcı olması gerekmektedir. Avukatın aranmasına sebep olan suçla ilişkisinin makul şüpheyne dayanması yeterli gözükmemektedir. *Iliya Stefanov v Bulgaristan* davasında adam kaçırma suçu ile ilgili olarak soruşturmacıların mağdur yakınlarını, başvuru avukatı ve tanıkları dinledikten sonra avukatın ofisinin aranmasına ilişkin karar verilmesi ve bu beyanların avukatın ofisinin aranması için makul şüphe oluşturması nedeniyle AİHM, başvuru ofisinin aranmasına ilişkin kararı ilgili ve yeterli görmüştür.¹⁴⁴ Ancak, konu avukatın suç işlemesi veya bir suça ortak olması olduğunda, mevcut soruşturma kapsamında ne tür bir delilin avukatın suç işlediğini gösterebileceğinin arama kararlarında açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan arama kararlarının içeriğinin soruşturmanın amacıyla ve aranan delilin niteliğiyle somut olarak sınırlandırılması gerekmektedir. Bunun yapılmadığı durumlarda, arama uygulamasından sonra yapılacak itiraza ilişkin sonradan yapılacak yargısal denetimin sonucunda arama kararındaki bu tür kusurların telafi edilmesi – itiraza ilişkin verilen kararın gerekçesinde bu tür kişiselleştirmelerin yapılması gibi- sağlanmalıdır.¹⁴⁵ Ancak, iç hukukta avukat-müvekkil gizliliğinin korunmasına ilişkin özel önlemler öngörülüyorsa, verilecek arama kararında arama kararını uygulayacak görevlilerin yetkilerinin sınırlandırılmamış olması AİHM tarafından eleştirilmiştir. *Iliya Stefanov v Bulgaristan* davasında, AİHM’e göre, Bulgaristan iç hukukunun

¹⁴³ AİHM, *Heino v Finlandiya*, B.No: 56720/09, k.t.: 15 Şubat 2011, para: 45.

¹⁴⁴ AİHM, *Iliya Stefanov v Bulgaristan*, B.No: 65755/01, k.t.:22 Ağustos 2008, para 40.

¹⁴⁵ AİHM, *Leotsakos v. Yunanistan*, B.No: 30958/13, k.t.: 4 Ekim 2018, para: 49.

avukata ait belgelere el konulamayacağına ilişkin açıkça yasal düzenleme bulunması karşısında kararı veren yargıcın arama ve el koymanın sınırını tespit etmeden geniş şekilde arama kararı vermiş olması, görevlilerin avukatın ofisini ararken avukat-müvekkil gizliliğine dikkat etmemesine sebep olmuştur.¹⁴⁶ Mahkeme böyle durumlarda arama kararının genişliğinin polisler neyin soruşturmayla ilgisi olup olmadığı konusunda çok geniş bir takdir yetkisi bıraktığını tespit etmektedir.¹⁴⁷

Arama kararının sınırlılığı arama ve el koymanın belirli konularla veya eşyalarla sınırlanarak ya da ofiste bulunan elektronik verilerin belirli kelimelerle filtrelenmesi yoluyla sağlanabilir.¹⁴⁸ Camenzind v İsviçre davasında Mahkeme, arama kararı bulunmamasına rağmen aranan şeyin suç eşyası olan telsiz olması ve aramanın bununla sınırlı olması sebebiyle arama uygulamasında sorun bulmamıştır.¹⁴⁹ Robathin v Avusturya davasında mahkeme, arama kararını ve uygulamasının denetimine ilişkin prosedürü birlikte değerlendirmiştir. Mahkeme arama kararı verilmesi, arama kararının uygulanması ve denetlenmesi ile ilgili, *meşru amaca ulaşmak için gerekli olanın ötesine geçildiği* değerlendirmesini yaparak ihlal kararı vermiştir.¹⁵⁰

AİHM, bir avukatlık ofisinde birden fazla avukatın çalışması durumunda o avukatlık ofisinde yapılacak arama ve el koyma işleminin yapılması sırasında şüpheli durumda olmayan avukatlara ait avukat-müvekkil gizliliği koruması kapsamında olan belgelere dokunulmaması için gerekli önlemlerin alınmaması durumunda ihlal kararı vermiştir.¹⁵¹ Örneğin, Kırdök ve Diğerleri v Türkiye davasında ofiste tüm avukatlar tarafından kullanılan ortak bir bilgisayar mevcuttur ve şüpheli avukata ait bilgilere el konulurken ofisteki diğer avukatlara ait elektronik belgelere de el konulmuştur.¹⁵²

AİHM, konu avukat-müvekkil gizliliği olduğunda müdahale konusu işlemlerin yürütülmesi sırasında işlemin bağımsız denetçilerin gözetiminde yapılmasını keyfiliğe karşı

¹⁴⁶ a.g.k., para 41.

¹⁴⁷ AİHM, *Smirnov v Rusya*, B.No: 71362/01, k.t.: 7 Haziran 2007, para: 48; AİHM, *Kırdök ve Diğerleri v Türkiye*, para. 53.

¹⁴⁸ AİHM, *Servulo & Associados - Sociedade de Advogados, RL, ve Diğerleri v. Portekiz*, B.No: 27013/10, k.t.: 3 Eylül 2015.

¹⁴⁹ AİHM, *Camenzind v İsviçre*, para: 46.

¹⁵⁰ AİHM, *Robathin v Avusturya*, B.No: 30457/06, k.t.: 3 Temmuz 2012, para. 50-52.

¹⁵¹ AİHM, *Kırdök ve Diğerleri*, para: 51-60; AİHM, *Yuditskaya ve Diğerleri v Rusya*, B.No: 5678/06, k.t.: 12 Mayıs 2015, para 27-32.

¹⁵² AİHM, *Kırdök ve Diğerleri v Türkiye*, para: 52.

önemli bir güvence olarak görmektedir. Bu bakımdan, avukatın ofisinin aranmasına ilişkin arama sırasında hukuk nosyonuna sahip bağımsız kişilerin arama sırasında işlemleri gözetlemesi aramanın hukukiliği açısından kilit roledir. *Kolesnichenko v Rusya* davasında avukatın ofisinin aranması sırasında tanık olarak bulunan iki kişinin hukuk eğitimi almamış olması, arama yapılan materyallerin avukat-müvekkil gizliliğini ilgilendiren ve bu korumadan yararlanması gereken materyaller olup olmadığının bu tanıklar tarafından ayırt edilemeyecek olması nedeniyle ihlal sebebi olarak tespit edilmiştir.¹⁵³ Arama sırasında bulunan bağımsız gözetmenler hukuki eğitime sahip olsa dahi arama sırasında el konulan materyallerin avukat-müvekkil gizliliğini ilgilendirdiğine ilişkin bir kayıt düşmesi daha sonra soruşturma veya yargı makamlarınca değerlendirilmemişse ihlale sebebiyet verecektir.¹⁵⁴ AİHM, gözetmenin İngiliz Hukukuna göre başsavcı tarafından atanmış bir avukat olmasına rağmen, avukatın bağımsız hareket etme ve bağımsız tavsiye verme yetkisi olması nedeniyle, bu avukatın arama sırasında gözetmen olarak bulunmuş olmasını yeterli bir güvence olarak görmüştür.¹⁵⁵

AİHM, el koymalar açısından ise aramada aradığı hukuki güvencelere ek olarak birtakım usuli güvenceler sağlanmasını aramaktadır. Bu bakımdan arama sırasında el konulan materyalle ilgili avukat-müvekkil gizliliği kapsamında gerekçeli şekilde bir hakime itiraz edilebilmeli, hakim de bu itiraz doğrultusunda somut bir orantılılık denetimi gerçekleştirmeli ve gerektiği takdirde bu belgelerin iadesine karar vermelidir.¹⁵⁶ Avukat bürosundaki el koymalara ilişkin AİHM'in denetimi o kadar sıkıdır ki, bir davada arama sırasında el konulan materyalin avukat-müvekkil gizliliği bakımından korunup korunamayacağına ilişkin olarak el konulan her belgenin teker teker değerlendirilememiş olma ihtimalinin makul olduğu bir davada ihlal kararı vermiştir. *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v Avusturya* davasında avukatın ofisinin aranması sırasında fiziki belgeler ile elektronik verilerin aynı anda incelendiği bir ortamda yoğunluk sebebiyle baro temsilcisinin el konulan elektronik verileri denetleyememiş olması, arama tutanağının aramanın sonunda değil, günün sonunda imzalanmış olması ve arama yapan görevlilerin Baro temsilcisini bilgilendirmeksizin aramanın sonunda

¹⁵³ AİHM, *Kolesnichenko v Rusya*, para: 34.

¹⁵⁴ AİHM, *Andre ve diğerleri v. Fransa*, para: 45.

¹⁵⁵ AİHM, *Tomosius v Birleşik Krallık*, B.No: 62002/00, kabul edilebilirlik hakkında karar, k.t.: 19 Eylül 2002.

¹⁵⁶ AİHM, *Vinci Construction and GTM Génie Civil ve Services v Fransa*, para: 79.

avukatın ofisinden ayrılmış olması ihlal sebebi teşkil etmiştir.¹⁵⁷ Ayrıca el konulan materyalin avukat-müvekkil gizliliği ile ilgili olup olmadığının ya da bu materyal içerisinde avukat-müvekkil gizliliği ile ilgili belgelere erişim sağlanıp sağlanmadığının bağımsız bir gözlemci tarafından denetlendiği süreye kadar, soruşturma ile görevli kişilerce erişim ihtimalinin bulunduğu ortamda tutulması da ihlal sebebi olarak sayılmaktadır.¹⁵⁸

Yine el konulan materyale hukuka aykırı şekilde veya yanlışlıkla el konulmuş olması durumunda iade sürecine ilişkin prosedür de önem taşımaktadır. İade edilmesi gereken avukat-müvekkil gizliliği koruması kapsamındaki materyalin çok uzun süre poliste kalmış olması, arama ve elkoyma kararına olduğu gibi, iadeye ilişkin de yargısal güvencelerin bulunması gereği, iadeye ilişkin talebin muhakkak ayrıca değerlendirilmesi gereği bu bakımdan önem taşımaktadır.¹⁵⁹ Ayrıca iade yerine geçebilecek şekilde ilgili materyalin imhasına karar verildiği durumlarda, imha edilecek materyalin başka şekilde kopyalanmadığına ilişkin güvenceler de sağlanmalıdır.¹⁶⁰ Avukatın ofisinde yapılan arama sırasında el konulan avukata ait dosyaların büyüklüğüne ve soruşturma konusu dosyanın evrak hacmine göre itirazların ve iade talebinin yetkililerce değerlendirilme süresinin uzunluğu ihlal oluşturmayacaktır.¹⁶¹

Mahkeme, el konulan materyallerin avukatın işinin gereği olarak kullandığı sabit disk, cd vb. materyaller olması durumunda, bu materyallerin avukat-müvekkil gizliliği ile ilgili olduğuna ilişkin başvurucudan ayrıca ispat beklememektedir. *Iliya Stefanov v Bulgaristan* davasında soruşturma evraklarından el konulan materyallerin avukat-müvekkil gizliliği koruması kapsamında olduğuna daire somut bir kanıt aranmadan, bu materyallerin başvuru avukatın işi için kullandığı bilgisayara ait olması nedeniyle avukat-müvekkil gizliliğine ilişkin olduğunun doğal olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir.¹⁶²

¹⁵⁷ AİHM, *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v Avusturya*, B.No: 74336/01, k.t.: 16 Ekim 2007, para: 63.

¹⁵⁸ AİHM, *Iliya Stefanov v Bulgaristan*, para.42. Ayrıca uygulamasında ihlal bulunmayan bir prosedür için bkz: AİHM, *Sérvulo & Associados - Sociedade de Advogados, RL, ve Diğerleri v. Portekiz*.

¹⁵⁹ AİHM, *Kırdök ve Diğerleri v Türkiye*, para. 56-58.

¹⁶⁰ AİHM, *Petri Sallinen ve Diğerleri v Finlandiya*, B.No: 50882/99, k.t.: 27 Eylül 2005, para: 89.

¹⁶¹ AİHM, *Wolland v Norveç*, B.No: 39731/12, k.t.: 17 Mayıs 2018, para. 80.

¹⁶² AİHM, *Iliya Stefanov v Bulgaristan*, para 42.

B- Anayasa Mahkemesi Kararlarında Avukatın Ofisinin ve Üzerinin Aranması

(1) Türk Hukuku’nda Avukatın Ofisinin ve Üzerinin Aranması ile İlgili Kurallar

Avukatın üstünün, ofisinin aranması, belgelerine el konulmasına ilişkin kurallar Avukatlık Kanunu’nda ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nda düzenlenmiştir. Avukatların üzerlerinde, ofislerinde vb. yaşam alanlarında savunmaya ilişkin belgelerin bulunması olağandır.¹⁶³ Buna göre, mesleğini icra ederken bağımsızlığı¹⁶⁴ ve savunmanın sıhhatinin temini açısından avukatlar, arama, el koyma vb. suçun önlenmesi veya soruşturulması için hakka müdahale eden koruyucu önlemler bakımından diğer şahıslara göre bazı ek güvencelere sahiptirler.

Bu aşamada avukatlar açısından özel hüküm ihtiva eden 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 58. maddesinden bahsedilmesi gerekir. İlgili hükme göre, avukatların yazıhaneleri ve konutları ancak hakim kararıyla, cumhuriyet savcısı ve kayıtlı olunan baronun temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Avukatın üzeri ise ancak ağır ceza mahkemesinde görülmesi gereken suçüstü bir durum olması halinde aranabilecektir.

Avukatlık Kanunu’nun 58. maddesi avukatların ofisinin ve üzerinin aranması ve avukatların eşyalarına el konması açısından temel hüküm niteliğindedir. Ceza Muhakemesi Kanunu’nda arama ve el koymaya ilişkin düzenlemeler, Avukatlık Kanunu’nun 58. maddesindeki güvencelere ek güvenceler olarak yorumlanmalıdır. Bu durum, Avukatlık Kanunu’nun daha özel kanun olma niteliğinden kaynaklanmaktadır.¹⁶⁵

Avukatın üzeri ancak “ağır ceza mahkemesinde görülmesi gereken suçüstü bir durum olması” halinde aranabileceğine göre, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri’nin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanun’un 11. maddesine

¹⁶³ Nur Centel ve Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, dokuzuncu baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2012, , s.373.

¹⁶⁴ Ahmet Bozdağ ve Zeynep Büşra Korkmaz, **Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Avukatlara Tanınan Hukuki Ayrıcalıklar**, 2. Baskı, İstanbul: Seçkin Yayınları, 2022, s.107.

¹⁶⁵ Ersan Şen, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 2013/2, s.342.

göre, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan yağma (TCK m. 148), irtikâp (TCK m. 250), resmi belgede sahtecilik (TCK m. 204, f. 2), nitelikli dolandırıcılık (TCK m. 158), hileli iflas (TCK m. 161) suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve 10 yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından avukatın üzeri aranabilecektir.¹⁶⁶ Avukatın üzerinin önleme araması kapsamında aranması ise öğretide tartışmalıdır. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu'na göre avukata Avukatlık Kanunu kapsamında arama konusunda verilen ayrıcalık sınırlıdır. Bu sebeple önleme aramaları bakımından Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi uygulanamaz.¹⁶⁷ Centel-Zafer'e göre ise Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi, avukatın üstünün aranması için genel bir hüküm belirlemektedir. Yazarların bu yorumundan önleme araması kapsamında avukatın üstünün aranamayacağını savundukları anlaşılmaktadır.¹⁶⁸ Yukarıda belirttiğimiz gibi, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nu yalnızca Ceza Muhakemesi Kanunu değil, aynı zamanda Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu'ndaki önleme aramasına ilişkin düzenlemeler karşısında da özel bir hüküm ihtiva etmektedir. Bu sebeple, avukatın üzerinin önleme araması kapsamında aranması öncelikle 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesi de Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesiyle paralel şekilde avukat bürolarında arama, el koyma ve postada el koymayı düzenlemektedir. Buna göre, Avukatlık Kanunu'na paralel şekilde avukatlık büroları ancak hakim kararı ile Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro Başkanı veya onun temsile yetkilendirdiği bir kişi bu arama sırasında hazır bulunmalıdır.

Maddenin ikinci fıkrası arama sırasında el konulan şeyin avukat-müvekkil gizliliğini ihlal edip etmeme konusunda bir itiraz olduğunda izlenilecek prosedürü göstermektedir. Buna göre avukat, baro başkanı ya da onu temsil eden avukat arama sırasında el konulan şeyin avukat ve müvekkili arasındaki mesleki ilişkiyle ilgili olduğu konusunda itiraz ederse, o şey orada hazır bulunanlar tarafından tutanağa bağlanıp, paketlenip mühürlenecektir. Mühürlü paketler ilgililerin huzura çağrılmasıyla hakim tarafından açılıp, gerçekten avukat-müvekkil gizliliğini ilgilendiren belgeler olup olmadığına karar verilecektir. Eğer el konulan şeyler konusunda

¹⁶⁶ Serhat Sinan Kocaoğlu, "Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı", **Ankara Barosu Dergisi**, S.:2012/1, s.51.

¹⁶⁷ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Onaltıncı Baskı, İstanbul:Beta Yayınları, 2008, s.1021.

¹⁶⁸ Centel, Zafer, s. 374.

yapılan itiraz kabul edilirse, paketlerin içerisindeki eşyalar avukata iade edilir ve tutanaklar ortadan kaldırılır. Tüm bu süreç itiraz konusu şeyler hakkında yapılan itirazdan itibaren 24 saat içerisinde sonuçlandırılmalıdır. Aynı usul, 130. maddenin 3. fıkrası gereğince avukatın eşyasına postada el koyma işlemine yapılacak itirazlarda da izlenmelidir.

130. maddenin 1. fıkrasında avukatın ancak mahkeme kararı ile aranabileceğine ilişkin düzenlemede geçen “mahkeme” ile hangi makamın işaret edildiği önem taşımaktadır. Bilindiği üzere Türk Ceza Muhakemesi Kanunu’nda “mahkeme” kavramı kovuşturma aşamasında Asliye Ceza Mahkemeleri ve Ağır Ceza Mahkemeleri için, hakimlik veya hakim kavramı ise soruşturma aşamasında Sulh Ceza Hakimlikleri için kullanılmaktadır. Literatürde kanuni açıdan avukatın ancak “mahkeme” kararı ile aranabileceğine ilişkin hükümden, avukatın soruşturma aşamasında aranamayacağı anlamı çıksa da maddenin ikinci fıkrasında el konulan şeyle ilgili yapılan itiraza soruşturma aşamasında hakimın karara bağlayacağı düzenlemesiyle avukatın soruşturma aşamasında da aranabileceğini, kanun koyucunun kasten farklı bir düzenleme yapıp yapmadığının metinden açıkça anlaşılamadığı ve bu durumun kanuni bir eksiklik yarattığı savunulmaktadır.¹⁶⁹

Öte yandan avukatın şüpheli veya sanık olarak değil, soruşturma veya kovuşturma dosyasındaki üçüncü kişi olarak bu arama veya el koyma işlemlerine tabi tutulması durumunda da Avukatlık Kanunu’nun 58. ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 130. maddelerinin uygulanması gerekecektir.

(2) Anayasa Mahkemesi’nin Konu ile İlgili Kararları

Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru kararlarında avukatın ofisinin aranması sebebiyle önüne gelmiş çok fazla kararı bulunmamaktadır. Bu çalışmanın yapıldığı tarihte tespit edebildiğimiz kadarıyla Anayasa Mahkemesi’nin avukatın ofisinin aranmasına ilişkin üç bireysel başvuru kararı olup, bir karar avukatın üzerinin aranması ile ilgilidir. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi’nin başvurunun kabul edilebilir olduğu bir kararı bulunmamaktadır.

Günay Dağ ve Diğerleri başvurusunda AYM, terör örgütü soruşturması nedeniyle Halkın Hukuk Bürosu’nu, avukatların evlerinin aranmasını ve bu aramanın gece saatlerinde

¹⁶⁹ Ersan Şen, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2013, S. 2, s.342.

yapılmasını incelemiştir. Başvuru el konulan belgeler bakımından “haberleşme hürriyeti” bağlamında, aramanın uygulanması açısından ise “özel hayatın gizliliği” ve “konut dokunulmazlığına saygı hakkı” bakımından incelenmiştir.

Özellikle yukarıda belirttiğimiz CMK’nın avukatın ofisinin aranmasına ilişkin usuli şartlarını belirlediği hükümler açısından bu karar önem taşımaktadır. Zira bu başvuruda AYM, arama ve el koyma işlemine karşı başvuru yollarını tüketmesi yönünden bir değerlendirme yapmıştır.

AYM, başvuru ev ve ofislerinin aranması sırasında baro temsilcisinin hazır bulunduğunu, bu arama işlemleri sırasında el konan materyallere baro temsilcisi, başvuranlar ya da temsilcileri tarafından “mesleki sır” kapsamında olmaları nedeniyle itiraz edildiğini tespit ettikten sonra, başvuru bu el koyma işlemine karşı sulh ceza hakimliğine karşı itiraz etmediklerini kaydeder. AYM’ye göre, başvuranlar bu işleme karşı itiraz ettiklerini ve bu itirazın ne şekilde karara bağlandığını ispatlamakla yükümlüdür. Başvurular böyle bir başvuru yaptıklarını ispatlayamamış olduklarından AYM, “haberleşme hürriyeti” açısından başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.¹⁷⁰

AYM, “konut dokunulmazlığına saygı hakkı” ve “özel hayatın gizliliği” ile ilgili değerlendirmesinde aramanın amacının suç delili elde etmek olduğu ve ayrıca avukatın ofisindeki arama uygulamasının CMK’nın 130. maddedeki usule uygun şekilde yapıldığını tespit etmiş, bu sebeple başvurunun bu yönden açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir.¹⁷¹ Bu karara karşı Yargıç Osman Alifeyyaz Paksüt karşı oy yazmıştır. Yargıca göre, arama uygulamasının gece yapılmış olması ölçüsüz bir müdahale teşkil etmektedir.¹⁷²

Başvuruların el koyma işlemine karşı itiraz yolu varken bunu kullanmış olduklarının ispatının gerekli olduğu kanaatindeyiz. Bu sebeple bu bakımdan kabul edilemezlik kararı verilmesi isabetli gözükmemektedir. Ancak, *Günay Dağ ve Diğerleri* başvurusundaki en büyük sorun, başvuru ofislerinin aranması sırasında verilen arama kararının ve uygulamasının

¹⁷⁰ AYM, *Günay Dağ ve Diğerleri başvurusu*, B. No: 2013/1631, k.t.: 17/12/2015, para: 119-123.

¹⁷¹ a.g.k., para: 135,136.

¹⁷² a.g.k., Osman Alifeyyaz Paksüt’in karşıoyu, para:10-11.

sınırlılığının AYM tarafından değerlendirilmemiş olmasıdır. Özellikle aramanın uygulaması açısından, - AYM tarafından arama uygulamasına karşı olağan hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin bir değerlendirme yapılmamış olduğuna göre - arama kararındaki soruşturmacılara yetki veren ibarelerle uygulamanın denetlenmesinin ne şekilde mümkün olduğunun tespitinin yapılması gerekirdi. Zira yukarıda bahsettiğimiz *Ilya Stefanov v Bulgaristan* davasında AİHM, iç hukukta öngörülen güvencelerin yerine getirilip getirilmediğinin test edilmesi açısından arama kararının sınırlılığına vurgu yapmıştı. Kaldı ki, başvuru özelinde AYM'nin tespit ettiği üzere baro görevlisinin el konulan materyallerin avukat-müvekkil gizliliği kapsamında olduğuna ilişkin arama tutanağında bulunan şerhi dikkate alındığında, bu arama uygulaması konusunda daha sıkı bir denetim uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. AİHM'in *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v Avusturya* davasındaki avukatın ofisinin aranmasına ilişkin değerlendirmesindeki detaycı uygulaması düşünüldüğünde, AYM'nin *Günay Dağ ve Diğerleri* başvurusunda değerlendirmenin yalnızca aramada usulen 130. maddedeki güvencelerin şekli olarak var olup olmadığı ile sınırlı olması sorun teşkil etmektedir.

Öte yandan, başvuruçuların ofis ve evlerinde gece yapılan aramanın zorunlu olup olmadığının ayrıca başvuru özelinde değerlendirilmesi gerekirken, başvuruçuların bu yöndeki şikayetleri karar özelinde yanıtsız kalmıştır.

AYM'nin önüne avukatın ofisinin aranması ile ilgili gelen diğer bir başvuru ise *Serkan Akbaş* başvurusudur. Bu başvuruda AYM, avukatın ofisinin aranması konusunda el koyma ve ofisin aranmasının ayrı ayrı incelenmesi uygulamasına gitmemiş, başvuruyu yalnızca avukatın bilgisayarında bulunan veriler bakımından “haberleşme hürriyeti” bağlamında değerlendirmiştir. AYM bu başvuruda da başvuruçunun yargısal itiraz yollarına başvurmadığı gerekçesiyle olağan hukuk yollarının tüketilmemesi sebebiyle kabul edilemezlik kararı vermiştir.¹⁷³ Kanaatimizce olağan hukuk yollarının tüketildiğinin ispatının başvuruçuya ait olduğu yerinde bir tespit olarak gözükmektedir.

Bu başlık altında inceleyeceğimiz son başvuru ise avukatın üzerinin aranması ile ilgili olan *Mehmet Ergin* başvurusudur. Başvuruçucu avukattır. Adliye girişinde avukat olduğunu beyan etmesine rağmen polis tarafından aranarak adliyeye girebilmiş ve polis hakkında tutanak

¹⁷³ AYM, *Serkan Akbaş Başvurusu*, B.No: 2013/2342, k.t.: 21/1/2016, para:73-74.

tutarak suç duyurusunda bulunmuştur. Kaymakamlık tarafından idari kararla polisin soruşturulmasına izin verilmemiş, başvuru bu karara karşı Bölge İdare Mahkemesi'nde itiraz yoluna başvurmuş, itiraz reddedilmiştir. ¹⁷⁴

AYM, bu başvuruda yerleşik içtihadı olan *Onurhan Solmaz* ve *Adnan Oktar* başvurusunda verdiği kararlara atıf yapmıştır.

*“Suç işlediğini düşündüğü üçüncü kişilerin cezalandırılmasını talep eden mağdur, suçtan zarar gören şikâyetçi veya katılan sıfatını haiz kişilerin adil yargılanma haklarının ihlal edildiği yönündeki şikâyetleri, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (Sözleşme) yer alan temel hak ve özgürlüklerin ortak koruma alanı dışında kalmaktadır.”*¹⁷⁵

Mahkeme bu sebeple başvuru giderim sağlayıcı şekilde tazminat davası yoluna başvurmamış olduğunu vurgulayarak, şikâyet kapsamının bireysel başvuru ile korunan haklar kapsamında olmaması nedeniyle AYM'nin “adil yargılanma hakkı”na ilişkin şikâyetler ile ilgili “konu bakımından yetkisiz” olduğuna ve başvurunun “açıkça dayanaktan yoksun” olduğuna karar vermiştir. ¹⁷⁶ Mahkeme, “kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı” yönünden ise başvuru tazminat davası açma yoluna gitmemiş olması nedeniyle “başvuru yollarının tüketilmemesi” sebebiyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

AYM'nin böyle durumlarda tazminat hakkını giderim konusunda etkili bir yol olarak görmesi ve mağdur sıfatıyla üçüncü kişilerin cezalandırılması ile ilgili başvuruları hakkın kapsamına almaması öğretide eleştirilmektedir.¹⁷⁷ *Mehmet Ergin* başvurusuna gelince AYM'nin Anayasa'nın 17/3 maddesinde düzenlenen işkence ve eziyet yasağına atıf yaparak, birkaç paragraf sonra etkili soruşturma yükümlülüğünü bünyesinde barındıran bir hakla ilgili

¹⁷⁴ AYM, *Mehmet Ergin Başvurusu*, B.No: 2013/2891, k.t.: 5/11/2015, para: 6-11.

¹⁷⁵ AYM, *Onurhan Solmaz Başvurusu*, B.No: 2012/1049, k.t.:26/3/2013, para: 23-27

¹⁷⁶ AYM, *Mehmet Ergin Başvurusu*, para: 18-21.

¹⁷⁷ Kontacı'ya göre, AYM'nin bu yorumu ulusal hukuk ve sözleşme arasında bir çatışma olduğunda özgürlükler açısından daha ileri koruma düzeyinin korunması gerekeceğine ilişkin AİHS'in 53. Maddesi hükmü açısından sorunludur. Çünkü Anayasa'nın 36. maddesi adil yargılanma hakkını “herkes” için düzenlerken, AİHS'in 53. maddesi bakımından ulusal hukuktan daha geride koruma düzeyi kabul edilemez; Ersoy Kontacı, “Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yorumu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2014, S. 4, s. 114.; Ümit Kılınç, “Anayasa Mahkemesi Önünde Bireysel Başvuru: Kabul edilebilirlik Kriterlerinin Uygulanması Konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Uyum ve Uyumsuzluklar”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 2013, S. 14, s. 627.

kişinin tazminat davası açmamış olması nedeniyle başvuru yollarının tüketilmediğini tespit etmesi kanaatimizce isabetsizdir.

Görüldüğü üzere, AYM'nin avukatın ofisinin ve üzerinin aranması ile ilgili bireysel başvurular bugüne kadar kabul edilebilirlik kriterine takılmıştır. Bugüne kadar tespit edebildiğimiz kadarıyla AYM'nin avukatın ofisinin aranması ile ilgili esastan incelediği bir kararı bulunmamaktadır.

2- AVUKATIN MAHPUS VEYA GÖZALTINDAKİ KİŞİ İLE GÖRÜŞMESİ SIRASINDA AVUKAT-MÜVEKKİL GİZLİLİĞİ'NİN KORUNMASI

Birinci bölümde AİHM'in içtihadında avukatların özel bir yeri olduğunu belirtmiştik. Bu özel durum mahpus¹⁷⁸ veya gözaltındaki kişinin avukatıyla görüşmesi sırasında avukat-müvekkil gizliliğinin korunmasına da etki eder. Bu korumanın altyapısı ise Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen metinlerle kurulmuştur. AİHM de kararlarında bu metinlere gerektiğinde atıf yaparak avukat ile müvekkili arasındaki görüşmelerin gizliliğine müdahale edilmemesi konusunda vereceği kararlara dayanak oluşturmaktadır. Bu sebeple Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi'nin avukat-müvekkil gizliliğinin cezaevinde ve gözaltı merkezlerinde korunmasına ilişkin belirlediği ilkeler önem taşımaktadır.

Birleşmiş Milletler düzleminde Avukat-Müvekkil Gizliliği ile ilgili ilk düzenleme 1955'te Cenevre'de toplanan "Suçluların Önlenmesi ve Suçluların Islahı ile İlgili Birinci Konferans"ta 1957 yılında kabul edilen ve Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından 1976 yılında onaylanan "Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallar"da görülmektedir. Belgenin içeriği incelendiğinde tutuklular ve mahpuslar için iki ayrı rejim öngörüldüğü, hukuki yardıma erişim, avukat-müvekkil gizliliğine saygı gibi kuralların mahpuslar için ayrılan bölümde düzenlenmediği, yalnızca tutuklular için öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Buna göre;

"Tutukluların savunmalarını hazırlayabilmeleri için ücretsiz adli yardım almak üzere başvurularına ve savunmaları konusunda görüşmek üzere avukatı tarafından ziyaret edilmelerine ve hazırladıkları gizli talimatları avukatlarına verebilmelerine imkân tanınır. Bu amaçlar için tutuklunun istemesi halinde kendisine yazılı materyaller sağlanır. Mahpuslar ile avukatları arasındaki

¹⁷⁸ Mahpus kişiden AİHS'in 5. maddesi bakımından yalnızca tutuklu ya da hükümlü olan kişi kastedilmektedir. Bu bölümde başka amaçlar nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler "mahpus" kişi kapsamında değerlendirilmemiştir.

*görüşmeler gözle izlenebilir, ancak polis veya kurum personeli onları dinleyemez*¹⁷⁹

9 Aralık 1988’de BM Genel Kurulu’na kabul edilen “Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü”¹⁸⁰ ise “Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallar”a göre avukat-müvekkil gizliliği hakkında daha geniş bir düzenleme getirmiştir. İlk olarak, önceden sadece tutuklular için kabul edilen düzenlemenin, “Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü”nde “*herhangi bir şekilde tutulan veya hapsedilen kimse*” için tanınarak, kapsamı genişletilmiştir. Buna göre, yalnızca tutuklu veya hükümlüler değil, aynı zamanda gözaltında olan veya suçtan başka sebeplerle tutulan kimselerin de hukuki yardım ve avukata erişimden faydalanması amaçlanmıştır. İkinci olarak, “Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü”nde avukat ve müvekkili arasındaki iletişim olanaklarına ilişkin düzenleme daha detaylı olarak yapılmıştır. Buna göre tutulan veya hapsedilen bir kimsenin hemen avukatı tarafından ziyaret edilebilme, hiçbir sansüre tabi olmaksızın tam bir gizlilik içinde görüşebilme ve iletişim kurabilme hakkını kullanması geciktirilemez veya kısıtlanamaz. Ancak düzenlemeye göre bu hak belli sınırlamalara tabi tutulmuştur.

Kurala getirilen ilk sınırlama, kanunda veya kanuna dayanan alt düzenlemede belirtilen istisnai hallerde, güvenliği ve düzeni korumak için yargısal veya başka bir makam tarafından kısıtlamanın zorunlu olduğuna karar verilmesidir. Sınırlamanın “*kanunda veya kanuna dayanan bir düzenlemede belirtilen istisnai hallerde*” yapılabilmesi koşulu kısıtlamanın

¹⁷⁹ Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey’in 31 Temmuz 1957 tarihli ve 663 C (XXIV) sayılı ile 13 Mayıs 1977 tarihli ve 2076 (LXII) sayılı Kararı ile onaylanan “**Mahpusların Islahı için Asgari Standart Kurallar**”, para.93; Türkiye Cumhuriyeti Ombudsmanlığı Çevirisi, <https://www.ombudsman.gov.tr/document/mevzuat/876b6--Mahpusların-Islahı-Icin-Asgari-Standart-Kurallar.pdf> ,(çevrimiçi), (e.t.: 07.06.2022).

¹⁸⁰ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 9 Aralık 1988 tarihli ve 43/173 sayılı Kararıyla kabul edilen “Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü”, md.18: “*Avukatla irtibat hakkı 1. Tutulan veya hapsedilen bir kimse avukatı ile iletişim kurma ve avukatına danışma hakkına sahiptir. 2. Tutulan veya hapsedilen bir kimseye avukatıyla görüşebilmesi için yeterli zaman ve kolaylıklar sağlanır. 3. Kanunda veya kanuna dayanan bir düzenlemede belirtilen istisnai hallerde güvenliği ve düzeni korumak için yargısal veya başka bir makam tarafından kısıtlamanın zorunlu olduğuna karar verilmedikçe, tutulan veya hapsedilen bir kimsenin hemen avukatı tarafından ziyaret edilebilme, hiç bir sansüre tabi olmaksızın tam bir gizlilik içinde görüşebilme ve iletişim kurabilme hakkını kullanması geciktirilemez veya kısıtlanamaz. 4. Tutulan veya hapsedilen bir kimsenin avukatıyla yaptığı görüşmeler bir kanun adamı tarafından gözle izlenebilir, ancak dinlenemez. 5. İşlenmekte olan veya işlenmeye teşebbüs edilen bir suç ile bağlantılı olarak tutulan veya hapsedilen kimse aleyhinde deliller bulunması halinde, tutulan veya hapsedilen kimsenin bu prensibe göre avukatıyla kurması mümkün olan iletişimlere izin verilmez.*”, TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Çevirisi, <https://www.ombudsman.gov.tr/document/mevzuat/528b7--Herhangi-Bir-Bicimde-Tutulan-veya-Hapsedilen-Kisilerin-Korunmasi-Icin-Prensipler-Butunu.pdf> , (e.t.: 07.06.2022).

hukuken öngörülebilir olma şartını karşılamaktadır. Kısıtlama, ancak güvenliği ve düzeni korumak amacıyla yapılabilir ve kısıtlamayı yapan makamın yargı makamı olma şartı aranmamıştır. İkinci sınırlama ise tutulan veya hapsedilen kişinin hukuki yardımdan faydalanırken avukatıyla iletişiminin gözlenmesine ilişkindir. Buna göre, tıpkı 1957 tarihli “Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallar”da öngörüldüğü gibi, kişinin avukatla olan görüşmesi dinlenemez ancak görevliler tarafından gözle izlenebilir. Son sınırlama ise, kişinin kategorik olarak işlenmesine devam edilen bir suçla ilişkili olması durumunda avukatla olan iletişimine izin verilmemesine ilişkindir.

Genelde “Havana Kuralları” ismi ile anılan 27 Ağustos-7 Eylül 1990 tarihleri arasında Havana’da toplanan “Suçların Önlenmesi ve Suçluların Islahı Konferansı”nda kabul edilen “Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler”in¹⁸¹ giriş bölümünde “*avukatların baskıya, haklarının yersiz olarak kısıtlanmasına ve ihlal edilmesine karşı korunmasının, ihtiyacı olan herkese adalet sağlanmasının, adaletin ve kamu yararının gerçekleşmesinde hayati role sahip olduğu*” vurgulanmıştır. Avukat-müvekkil gizliliği, Havana Kuralları’nda “Ceza Adaleti İle İlgili Özel Koruyucular” başlığı altında ve “Avukatlık Faaliyetinin Güvencesi” başlığı altında düzenlenmiştir. İlk olarak, 8. paragrafta önceki BM metinlerinde olduğu gibi, “*Gözaltına alınan veya hapsedilen herkesin, bir avukat tarafından vakit geçirmeden ziyaret edilmesi, kesintisiz biçimde iletişim kurabilmesi ve sansüre uğramadan tam bir gizlilik içinde görüşebilmesi için yeterli imkanlar, zaman ve kolaylık sağlanır*” denilerek hürriyeti kısıtlanan kimselerin avukatlarıyla görüşmesi konusunda resmi makamların avukat-müvekkil iletişiminin gizliliği ile ilgili yükümlülüklerinden bahsedilmiştir.

Avrupa Konseyi’nde ise Bakanlar Komitesi tarafından 11 Ocak 2006 tarihinde kabul edilen “Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında REC(2006)2 sayılı Önerisi” içeriğinde bulunmaktadır.¹⁸² Öneri ekinin 23.4. maddesinde mahpuslar ve hukuki danışmanlar arasındaki iletişimin gizli tutulması gerekliliği vurgulanmıştır.

¹⁸¹ 27 Ağustos-7 Eylül 1990 tarihleri arasında Havana’da toplanan Suçların Önlenmesine ve Suçların Islahı Üzerine Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilen **Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler**, <http://www.ankarabarusu.org.tr/merkezler/pdf/1.%20Havana%20Kurallar%C4%B1.pdf> ,(e.t.: 07.06.2022).

¹⁸² Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 11 Ocak 2006 tarihinde kabul edilen ve 1 Temmuz 2020’de revize edilen **Avrupa Cezaevi Kurallarına Dair Üye Devletlere Rec(2006)2 Sayılı Tavsiye Kararı**, Avrupa Konseyi Çevirisi, <https://rm.coe.int/cm-revision-of-epr-01072020-tr/1680a09978> (e.t.: 07.06.2022).

“23.4.Mahpuslarla avukatları arasında hukukî konularda yapılan görüşmeler, yazışmalar ve diğer iletişimler gizli tutulmalıdır.

23.5 Ciddî bir suçun işlenmesinin önlenmesi ya da cezaevi emniyet ve güvenliğinin esaslı bir biçimde ihlâl edilmesinin engellenmesi için, adlî bir merci tarafından istisnâî hallerde bu gizliliğe kısıtlamalar getirilebilir.”

Bu bölümde avukatın mahpus kişi ile görüşmesi sırasında avukat-müvekkil gizliliğinin korunması irdelenirken, yalnızca avukatın müvekkili ile olan yüz yüze görüşmesi kapsamında konu ele alınacaktır. Mahpus kişinin avukatıyla telefonda görüşmesi ya da avukatıyla mektuplaşması gibi haberleşmenin gizliliğine ilişkin hususlar daha sonra “Avukatın Müvekkili İle Haberleşmesinin Avukat-Müvekkil Gizliliği Bakımından Korunması” başlığı altında ayrıca incelenecektir.

A- Avukatın Mahpus veya Gözaltındaki Kişi ile Görüşmesi Sırasında Avukat-Müvekkil Gizliliğinin Korunmasına İlişkin AİHM Uygulaması

(1) Genel Olarak

Avukatın mahpus kişi ile yüz yüze görüşmesi sırasında avukat müvekkil gizliliğinin korunmasına ilişkin AİHM içtihadı genelde mahpusun AİHS’in 6. maddesinde düzenlenen haklarıyla ilgilidir. Birinci bölümde bahsettiğimiz gibi, avukat-müvekkil gizliliği müvekkilin 6/1 ve 6/3-c maddeleri temelinde “avukatın etkili ve pratik hukuki yardım alma hakkı” üzerinden temellendirilmektedir. Dolayısıyla mahpus kişinin avukatıyla görüşmesine ilişkin bir müdahale de genelde bu bağlamda değerlendirilmektedir. Mahkemeye göre avukat-müvekkil gizliliği savunma hakkına ilişkin avukat ve müvekkili arasında açık ve samimi bir ilişkiyi teşvik eder.¹⁸³ Birinci bölümde bahsettiğimiz gibi kimi özel durumlarda avukat ve müvekkili arasında cezaevindeki görüşmenin gizliliği mahpus kişi açısından tutukluluğa karşı hukuki yola başvurma hakkı (AİHS 5/4) ve özel yaşam hakkı (AİHS 8) bakımından değerlendirilebilmektedir. Teoride avukatın mahpus ile görüşmesine ilişkin kısıtlamalarla ilgili şikayetlerin 8. madde altında incelenmesi gerektiği Mahkeme tarafından ileri sürülse de çoğu durumda yüz yüze görüşme mahpus kişinin savunmasını etkilediğinden suç isnadı altında olan kişinin ya esasa ilişkin yargılamasını ya da tutuklamaya itiraz etme konusunda mahkemeye

¹⁸³ AİHM, *Rybacki v Polonya*, B.No: 52479/99, k.t.: 13 Nisan 2009, para:56.

başvurma hakkını etkileyen bir sorun olarak ele alınmıştır. Şikayetin biçimi, başvurucuya 6. madde bakımından suç isnadı yapıp yapılmadığı, başvurucunun hükümlü olup olmadığı gibi durumlar Mahkeme'nin avukat ve mahpus arasındaki görüşmenin kısıtlanmasına ilişkin başvuruyu hangi kapsamda inceleyeceği konusunda belirleyici rol oynamaktadır. Örneğin, *Altay v Türkiye (No:2) v. Türkiye* kararında başvurucunun hükümlü olması ve somut olarak belirli bir uyuşmazlık temelinde avukatına başvurmamasına rağmen, avukatıyla yaptığı görüşmenin gizliliğinin AİHS'in 8. maddesinde korunan “özel yaşama saygı hakkı” kapsamında değerlendirmiştir.¹⁸⁴ Ancak mahpus kişinin kendisine iftira atan gardiyana karşı açmayı düşündüğü hukuk davası konusunda avukattan yardım almak isteyen başvurucunun mektup yazmasının engellenerek avukata erişiminin sağlanmamasını konu alan *Golder v Birleşik Krallık* davasında Mahkeme, başvuruyu 6. madde kapsamında medeni hak ve uyuşmazlıkla ilgili mahkemeye erişim hakkının kapsamında incelemiştir.¹⁸⁵ Ancak Mahkeme aynı başvuruda 6. madde kapsamında verdiği ihlal kararına ek olarak başvurucunun avukatına mektup yazmasının engellenmesini 8. maddede korunan haberleşmeye saygı hakkı bağlamında incelemiş başvurucunun hem adil yargılanma hakkının hem de haberleşmeye saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁸⁶

Esasen, avukatın ofisinin aranmasına ilişkin Mahkeme'nin bakış açısı büyük ölçüde mahpusun avukatıyla gizliliğin sağlandığı bir ortamda görüşmesi için de geçerlidir. Yalnızca, konu “adil yargılanma hakkı” olduğunda, konunun avukatın etkili ve hukuki pratik yardımına erişimi etkileyip etkilemediği ile alakalıdır. Bu bakımdan, AİHM, “adil yargılanma hakkı” bakımından yaptığı denetimin mantığının sonucu olarak avukat-müvekkil gizliliğinin cezaevinde, gözaltı merkezlerinde, karakollarda ya da adliyede uygulamasına salt bir usul denetimi bağlamında yaklaşmamaktadır. Mahkeme burada genel olarak müvekkilin adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğini denetlemektedir. Yine de kamu makamları tarafından suç isnat edilen kişinin avukatla görüşmesinin gizliliğine getirilen sınırlamalar sıkı bir denetime tabi tutulmaktadır. Çünkü mahpus kişinin avukatıyla üçüncü bir kişinin duyamayacağı bir ortamda görüşme hakkı demokratik toplumdaki adil yargılanma hakkının temel gereklerinden biridir. Sözleşme hakları pratik ve etkili bir şekilde güvence altına almak

¹⁸⁴ AİHM, *Altay v Türkiye(No:2)*, para: 49.

¹⁸⁵ AİHM, *Golder v Birleşik Krallık*, para: 36.

¹⁸⁶ a.g.k, para: 45.

istediğinden bir avukat müvekkili ile dinlenmeden görüşmeyecek ve müvekkilinden gizli talimatlar alamayacak olursa, vereceği hukuki yardımın yararı kalmayacaktır.¹⁸⁷ Kısacası, Mahkeme başvurusu “adil yargılanma hakkı” (md.6) veya “tutulmaya karşı mahkemeye başvurma hakkı” (md 5/4) bakımından inceleyecekse avukat-müvekkil gizliliğine ilişkin kısıtlamaların savunmayı ve en nihayetinde mahkemenin kararını ne şekilde etkilediğine bakmaktadır.

AİHM’in önüne gelen birçok dava, avukat ve müvekkili arasındaki görüşmelerin bir gözetmen tarafından göz ve kulakla takip edilmesine ilişkindir. Bu takip, birçok sebebe dayandırılabilir. *Öcalan v Türkiye* davasında hükümet başvuru ile avukatının görüşme sırasında gözetlenmesinin, başvuruçunun güvenliğinin sağlanması amacıyla yapıldığını ileri sürmüştür.¹⁸⁸ *Brennan v Birleşik Krallık* davasında hükümet tarafından polis gözetiminin amacının aynı suçla ilgili araması devam eden iki şahsa yönelik soruşturmanın salahiyeti olduğu ileri sürülmüştür.¹⁸⁹ *Can v Avusturya* davasında ise cezaevindeki gözetimin sebebi tanıklara ve diğer delillere yönelik delil karartma şüphesiyle başvuruçunun tutuklanmış olmasıdır.¹⁹⁰

Her ne olursa olsun, Mahkeme’nin öncelikle baktığı şey sebebin inandırıcılığıdır. *Öcalan v Türkiye* davasında Mahkeme, başvuruçunun avukatlarının ailesi tarafından seçilmiş olması nedeniyle başvuru için tehlike oluşturabileceği iddiasını ikna edici bulmamıştır.¹⁹¹

Mahkeme, mahpus ve avukat arasında cezaevinde yapılan görüşmelere ilişkin kısıtlamaların soruşturmanın sıhhatinin gerektirmesi durumunda adil yargılanmayı etkilemeyebileceğini belirtmektedir.¹⁹² Ancak bu sınırlamanın sınırlı bir süre için öngörülmesi gerekmektedir. Süresiz kısıtlamalar ihlal oluşturacaktır. Örneğin, *Rybacki v Polonya* davasında

¹⁸⁷ AİHM, *S. v İsviçre*, para: 48.

¹⁸⁸ Güney Dinç Büyük Daire kararından farklı olarak *Öcalan v Türkiye* davasının Daire kararında hükümetin avukat-müvekkil görüşmesinin gözetimine başvuruçunun güvenliği sebebine dayanma amacı ile başvurulduğunu belirtmektedir. Davaya ilişkin Büyük Daire kararında bu hususa değinilmemiştir; Güney Dinç, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Avukatla Savunma Hakkı”, *TBB Dergisi*, Y. 2004, S. 55, s.193; AİHM, *Öcalan v Türkiye*, para:149.

¹⁸⁹ AİHM, *Brennan v Birleşik Krallık*, para: 57.

¹⁹⁰ Dinç, s.189.

¹⁹¹ AİHM, *Öcalan v Türkiye*, para: 149.

¹⁹² AİHM, *Brennan v Birleşik Krallık*, para: 58.

toplamda 7 ay 2 hafta süren soruşturma sürecinin 6 ayından daha fazla süresinde başvurunun avukatıyla gizlilik içerisinde görüşmemesi nedeniyle Mahkeme, bu sürecin toplanan aleyhe deliller bakımından savunma hakkının kullanılamamasına neden olduğunu tespit etmiştir.¹⁹³ Mahkeme bu kısıtlamaya soruşturmanın erken safhaları için daha fazla ihtiyaç duyulabileceğini belirtmektedir.¹⁹⁴ Yine de bir kişinin avukat-müvekkil gizliliğinin ihlali sebebiyle savunma hakkının ihlal edildiğine karar verilebilmesi için kısıtlamanın aylarca sürmesi gerekmemektedir. *Brennan v Birleşik Krallık* davasında Mahkemenin önüne gelen şikayete konu kısıtlama yalnızca 48 saat sürmüştür. Mahkeme, bu 48 saatin ardından başvurunun tutukluluğu boyunca avukatıyla olan görüşmelerinde bir kısıtlama uygulanmadığını da tespit etmiştir.¹⁹⁵ Ancak, avukat-müvekkil görüşmelerinin denetlenmesinin uygulandığı bu 48 saatin başvurunun gözaltına alınması ile tutuklanması arasındaki süreçte yaşandığı düşünüldüğünde, Mahkeme bu sürecin başvurunun savunma hakkı için kilit önem taşıdığını belirtmiştir. Başvurunun bu süreçte alabildiği tek hukuki yardımın polis gözetiminde gerçekleştirildiğini tespit eden Mahkeme, bu durumun başvurunun belli sorulara cevap verip vermeme veya daha sonra beyanları yüzünden aleyhine yapılacak çıkarımları riske atma konusunda savunmasını olumsuz etkileme potansiyeli taşımakta olduğundan başvurunun adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁹⁶

Bazı davalarda başvurunun şiddet suçlusu olması nedeniyle şiddet gösterme potansiyeli avukat-müvekkil gizliliğini kısıtlanması için önemli bir sebep olarak ileri sürülmüştür. Özellikle avukat ve müvekkili arasında cezaevi görüşmelerinde cam paneller konulması uygulamasının gizliliğe etkisinin değerlendirildiği davalarda bu sebep ileri sürülmektedir.¹⁹⁷

Mahkeme bu tip bir iddianın gerçekliğini ölçmek için başvurunun önceki adli siciline, daha önce şiddet gösterip göstermediğine bakmaktadır. *Castravet v Moldova* davasında avukat ve müvekkilin görüşme yerindeki benzer bir engel, başvurunun şiddet geçmişi olmaması ve ekonomik bir suç nedeniyle cezaevinde tutulması nedeniyle inandırıcı

¹⁹³ AİHM, *Rybacki v Polonya*, para: 61.

¹⁹⁴ AİHM, *Khodorkovskiy ve Lebedev, v Rusya*, para:641.

¹⁹⁵ AİHM, *Brennan v Birleşik Krallık*, para: 60.

¹⁹⁶ a.g.k., para:61.

¹⁹⁷ AİHK, *Kröcher ve Möller v İsviçre*; AİHM, *Khodorkovskiy ve Lebedev, v Rusya*.

bulunmamıştır. Mahkeme *Castravet v Moldova* davasında başvurunun *Kröcher ve Möller v İsviçre* davasındaki başvuruların durumuyla karşılaştırmıştır. Mahkeme'ye göre *Kröcher v Möller* davasında başvurular ve avukatları arasına cam panel konulması, bu şekilde avukat ve müvekkillerinin sesli konuşmak zorunda kalmaları başvuruların şiddet geçmişleri nedeniyle sorun oluşturmamıştır.¹⁹⁸

Bununla beraber, avukatın müvekkili ile arasında görüşme sırasında böyle bir cam panel arkasından konuşuyor olmaları sebebiyle yüksek sesle konuşmak zorunda kalmaları, başvuruların kendilerinin bir yetkili tarafından dinlendiklerini kanıtlamalarını gerektirmeksizin avukat-müvekkil gizliliğini etkiler.¹⁹⁹ Mahkeme bu etkiyi incelerken, avukat ve müvekkili arasında gerçekleşen görüşmelerin dinlendiğine ilişkin makul bir inanca sahip olup olmadıklarını araştırmaktadır. Bu bakımdan objektif, eğitilmiş ve konusunda bilgilendirilmiş bir gözlemcinin avukat-müvekkil gizliliği için endişe duyması için şartların oluşup oluşmadığını denetlemektedir. *Castravet v Moldova* davasında başvurunun şikayet ettiği uygulamadan aynı dönemde baroların da grev yapması ve konu ile ilgili adalet bakanıyla görüşme yapmış olması başvurunun endişelerinin makullüğüne ilişkin tespiti kolaylaştırmıştır.²⁰⁰

Avukat ve müvekkili arasındaki görüşmenin takibi yalnız cezaevleri, tutukevlerinde ya da gözaltı merkezlerinde değil, aynı zamanda adliyede adli işlemler sırasında önem taşımaktadır. Bu bakımdan duruşma sırasında avukat ve müvekkili arasındaki konuşmaların veya belge alışverişinin yetkililer tarafından denetlenmesi avukat-müvekkil gizliliğine müdahale oluşturacaktır. Mahkeme böyle durumlarda sanık kafeste tutuluyorsa kafes ile avukat arasındaki mesafe, arada bir görevlinin bulunup bulunmadığı gibi faktörleri inceleyip, avukatın müvekkili ile konuşurken mesafe sebebiyle yüksek sesle konuşmak zorunda kalması ya da konuşmayı duruşma salonundaki diğer kişilerin duyması ihtimalini irdelemektedir. Böyle bir durumun varlığı avukat ve müvekkili arasındaki görüşmenin gizliliğine haksız bir müdahale oluşturacaktır.²⁰¹ Bu bakımdan öncelikle başvurunun ya da avukatının duruşma sırasında

¹⁹⁸ AİHM, *Castravet v Moldova*, para: 58.

¹⁹⁹ a.g.k., para 52.

²⁰⁰ a.g.k., para:52-55.

²⁰¹ AİHM, *Khodorkovskiy ve Lebedev*, v Rusya, para:647.

iletişimin kolaylaşması açısından koltuklarının birbirine yakınlaştırılmasını talep edebiliyor ya da etmiş olması önem taşımaktadır. Başvurucu duruşma sırasında böyle bir talepte bulunmamışsa Mahkeme, bu iddiayı dikkate almayacaktır.²⁰²

Duruşma sırasında avukatın müvekkili ile belge alışverişinin yargıcın gözetiminden geçirilmesine ilişkin Mahkeme'nin yorumu önem taşımaktadır. Buna göre, duruşma sırasında avukat ve müvekkili arasındaki belge alışverişi o ceza yargılamasının esası hakkında karar vermekle görevli bir yargıç tarafından denetleniyorsa, savunma hakkına zarar verecektir. Mahkeme'ye göre, belgeleri denetleyen hakimin duruşmadaki delilleri değerlendiren hakim olması, bu belgeleri denetlerken kontrol ettiği belgelerin savunmanın açıklamak istemeyeceği bilgi ve argümanlarla karşılaşmış olma ihtimali hakimin yargılamanın esasına dönük fikirlerini etkilemiş olabilecektir.²⁰³ Hatta bu yorumu bir adım ileriye götürmek istersek, böyle bir ihtimalin varlığını öngören avukat ve müvekkili bu şekilde bir iletişim kurmaktan vazgeçebileceklerdir. Dava konusunda önem taşıyan belgelerin avukat ve müvekkili arasında tartışılmasının önüne geçmek, savunmanın etkililiğine zarar verecektir.

Video konferans yöntemi ile duruşma yapılması sırasında avukat ve müvekkili arasındaki görüşmelerin kaydedilmesi de avukat-müvekkil gizliliği bakımından sorun yaratabilir. *Zagaria v İtalya* davasında başvurucu ile avukatının görüşmeleri görüntü ve ses ile kaydedilmiş, Mahkeme katibi tarafından bu görüşmeler videonun transkripti sırasında kayıt altına alınmıştır. Bu durumla ilgili olarak mahkeme katibinin cezai sorumluluğuna gidilmesi için başvurucu savcılığa şikayette bulunmuş ancak sonuç alamamıştır. Mahkeme, başvuruyu mahkemeye erişim bağlamında 6/1 ve 6/3-c kapsamında beraber değerlendirmiş, başvurucunun adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre, bu kaydın tutulması veya transkriptin yapılması kazayla olsa bile iddia makamının işine yarayabilecek konuları kişinin avukatı ile tartışmak ve konuşmak konusunda isteksiz davranmasına neden olabilecek diğer konuşmaların dinlenebileceğinden korkmasının böyle bir süreç sonunda mantıksız olmayacağını belirtmiştir.²⁰⁴

²⁰² AİHM, *Titarenko v Rusya*, B.No: 31720/02, k.t.: 20 Eylül 2012, para:92.

²⁰³ AİHM, *Khodorkovskiy ve Lebedev v Rusya*, para: 644.

²⁰⁴ AİHM, *Zagaria v İtalya*, para:35.

Davalı devlet tarafından avukatın cezaevinde müvekkili ile görüşmesinin gizliliğini kısıtlama sebebi olarak soruşturmanın salahiyeti ya da başvurucunun güvenliği gibi sebepler gösterildiğinde, bu kısıtlamayı haklı gösterecek zorlayıcı sebebin varlığı iddiası durumunda olayın doğası gereği avukatın da suça dahil olma ihtimali söz konusudur. Mahkeme birçok kararında böyle bir sebebin ileri sürüldüğü durumlarda avukatın şüpheli ya da sanık olan kişi ile ortak hareket edeceğine ya da suç işleyeceğine ilişkin somut ibarelerin bulunması gerektiğinin altını çizer. *S v. İsviçre* davasında avukatın sanığın üye olduğu örgütle işbirliği riskine yönelik somut bir araştırma yapılmadan otomatik olarak böyle bir ihtimalin varlığı üzerinden hareket edilmesi Mahkeme tarafından ihlal sebebi sayılmıştır.²⁰⁵ Mahkemeye göre böyle bir iddianın varlığı durumunda avukatın mesleki ahlakı ya da davranışlarının hukukiliği konusunda bir soruşturma yapılmamış bu durum derece mahkemelerinde değerlendirilmemiştir.²⁰⁶ *Brennan v Birleşik Krallık* kararında Mahkeme bu bakış açısını devam ettirmiştir. Başvurucu bir terör örgütü şüphelisi olarak gözaltına alınmış ve 48 Saat boyunca avukatla yaptığı görüşmeler izlenmiştir. Bu izlemeye gerekçe olarak başvurucunun avukatı aracılığı ile örgüte sızdırma yapma ihtimali gösterilmiştir. Ancak, somut bir kanıt sunulmadığından Mahkeme bu sebebi geçerli bir sebep olarak görmemiştir.²⁰⁷ Mahkeme daha sonra şüphelinin gözaltına alındığı erken zamanlarda avukatına erişimi ile ilgili bir dizi karar vermiş ve avukatların böyle durumlarda şüphelinin üye olduğu örgütlerle ortak hareket ettiği ve bilgi sızdırdıklarına ilişkin ihtimalin otomatik olarak kabul edildiği durumları gerçekçi bulmaya başlamıştır. Kanaatimizce bu bakış açısı Mahkeme'nin yukarıda bahsettiğimiz avukatın sözleşmenin yarattığı hukuk sisteminin kalbinde yer aldığı bakış açısını aşındırmaktadır. Bu içtihat değişikliği ve sonuçları *Salduz/Ibrahim* testini değerlendireceğimiz bir sonraki başlıkta daha detaylı incelenecektir.

²⁰⁵ AİHM, *S. v İsviçre*, para: 94-95.

²⁰⁶ a.g.k., para:93.

²⁰⁷ AİHM, *Brennan v Birleşik Krallık*, para:59.

(2) Kişinin Gözaltına Alındıktan Sonraki İlk Saatlerde Avukata Erişimi Bağlamında Avukat-Müvekkil Gizliliği Açısından AİHM İçtihadı: Salduz/Ibrahim Testi

Literatürde Salduz doktrini²⁰⁸ ya da Salduz/Ibrahim testi²⁰⁹ diye adlandırılan ve *Salduz v Türkiye* ve *Ibrahim ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* davalarında tespit edilmiş olan kriterlerle avukata erken erişim hakkının gözaltındaki kişiler bakımından sınırı değerlendirilmektedir. Bu doktrinin yaygın etkisi sonucunda Avrupa Konseyi'ne üye devletler usul yasalarında önemli değişiklikler yapmış, Türkiye de yargı paketleri ile beraber bu değişime ayak uydurmuştur.²¹⁰ Belirtmek gerekir ki, aşağıda değineceğimiz *Salduz v Türkiye*, *Dayanan v Türkiye*, *Ibrahim ve Diğerleri v Birleşik Krallık* davası ve *Beuze v Belçika* davası doğrudan avukat-müvekkil gizliliği koruması ile ilgili değil, kişinin gözaltına alındığı ilk saatlerde etkili ve pratik bir şekilde avukat yardımına erişebilmesi ile ilgilidir. Bu test, suç isnat edilen kişilerin avukat-müvekkil gizliliğinin adil yargılanma hakkı bağlamında “avukata erişim hakkı” (6/3-c) altında değerlendirilmesi nedeniyle bu çalışma açısından da oldukça önem taşımaktadır. Mahkemenin içtihatlarında henüz Salduz/Ibrahim testinin avukat-müvekkil gizliliğinin sınırlandırıldığı bir davada uygulamış olmadığını belirtmemiz gerekmektedir. Ancak, avukat müvekkil gizliliğinin AİHS'in 6/3-c bendi bakımından “avukatın etkili ve pratik hukuki yardımı” bakımından “avukata erişim hakkı” kapsamında değerlendirildiği göz önüne alındığında, Salduz/Ibrahim testinin kişinin ilk gözaltına alındığında avukat ile görüşmesi sırasında görüşmenin gizliliği bakımından uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Mahkeme'nin soruşturmanın erken safhasında gözaltındaki kişinin avukatın etkili ve pratik yardımına ilişkin içtihadının birikerek ilerleyen bir şekilde geliştiği söylenebilir. *Brennan v Birleşik Krallık* davasında avukata erişime ilişkin kısıtlamaların bir bütün olarak ceza yargılamasına ne şekilde etki ettiği değerlendirilmiştir.²¹¹ O dönemki içtihatlarda avukata

²⁰⁸ Faruk H. Avdic, “The Erosion Of The Salduz Doctrine In The Cases Of Ibrahim And Others v. The United Kingdom and Beuze v. Belgium”, *Journal of Criminology and Criminal Law*, Y.2021, S.3, s. 95, <https://doi.org/10.47152/rkbp.59.3.5> (e.t.:18.07.2022).

²⁰⁹ David Harris ve Diğerleri, s.449.

²¹⁰ *Salduz v Türkiye* davasının yaygın etkisi için bkz: Kerem Altıparmak, *Salduz/Türkiye Kararının Uygulanması: İzleme Raporu No:6*, İnsan Hakları Ortak Platformu İçin Kapasite Geliştirme Derneği, Temmuz 2013.

²¹¹ AİHM, *John Murray v Birleşik Krallık*, B.No: 18731/91, k.t.: 9 Şubat 1996, para: 63; Mahkemenin bu yorumuna avukat-müvekkil gizliliği açısından başka bir örnek için bkz: AİHM, *Brennan v Birleşik Krallık*, para: 57-58.

erişim bağlamında avukat-müvekkil gizliliğine ilişkin müdahalelerin sıkı bir denetimden geçirilmesi gerektiği ve takdir marjının az olduğu belirtilmiştir, ancak bunun şartları sistematik olarak ortaya konulmamıştır.²¹² Daha sonra *Dayanan v Türkiye* davasında Mahkeme, gözaltı sırasında kişinin avukata erişiminin tutulma şartları ve kötü muameleye karşı güvence oluşturması sebebiyle başvurunun savunma hakkı etkilenmese bile adil yargılanma hakkının ihlal edileceği sonucuna varılmıştır.²¹³ Tarihsel olarak *Salduz v Türkiye* kararı, *Dayanan v Türkiye* kararından öncedir ancak *Dayanan v Türkiye* kararı İkinci Daire'nin kararıdır ve ardından Büyük Daire'ye intikal etmemiştir. Bu şekilde Büyük Daire aracılığı ile Mahkeme, *Salduz v Türkiye* kararı ile tespit ettiği ilkeleri ortaya koyma imkanı bulmuştur.

Salduz v Türkiye kararı reşit olmayan başvurunun terör örgütüne yardım ve yataklık etme suçu ile suçlandığı bir durumda kendisine avukat ataması yapılmadan suça yönelik ikrarlar içeren beyanları sebebiyle tutuklanması ve bu beyanların cezai yargılamada hükme esas alınması ile ilgilidir.²¹⁴ Mahkemenin bu davada böyle bir durumda başvurunun nasıl incelenmesi gerektiğine ilişkin belirlediği prensipler önem taşımaktadır. Mahkeme, avukata erişim ile ilgili bir kısıtlama bulunması durumunda her durumda öncelikle bu kısıtlamanın haklı olup olmadığını yani avukata erişimin kısıtlanması için zorlayıcı bir sebep bulunup bulunmadığının, ikinci olarak da kısıtlamanın suç isnat edilen kişinin savunma hakkını etkileyip etkilemediğinin incelenmesi gerektiğini belirtmektedir.²¹⁵ Mahkeme'ye göre avukata erken erişim, sanık veya şüphelinin kendini suçlamama hakkına saygı gösterilip gösterilmediği konusunda belirleyici bir noktadadır. Soruşturma sırasında delillerin toplanması aşamasında usuli süreçlerin gitgide karmaşıklaşması avukatın yardımına ihtiyacı vazgeçilmez kılabilceği gibi, avukatın varlığı aynı zamanda adli hatalara ve kötü niyetli delil toplama işlemlerine karşı bir güvence oluşturacaktır.²¹⁶ Mahkeme, avukata erişimin mahpus kişiler bakımından kötü

²¹² Literatürde bu durumun hakkın özüne sağlanan korumayı yumuşatan bir yorum olduğu tespiti yapılmıştır; Andrzej Sakowicz, "Suspect's access to a lawyer at an early stage of criminal proceedings in view the case-law of the European Court of Human Rights" , **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Eylül-Aralık 2021, C. 7, S. 3, s.1985-1986, https://redib.org/Record/oi_articulo3682869-suspect%E2%80%99s-access-a-lawyer-early-stage-criminal-proceedings-view-case-law-european-court-human-rights (e.t.:28.07.2022).

²¹³ AİHM, *Dayanan v Türkiye*, B.No: 7377/03, k.t.: 13 Ekim 2009, para:32-34.

²¹⁴ AİHM, *Salduz v Türkiye*, B.No: 36491/02, k.t.: 27 Kasım 2008, para: 47.

²¹⁵ a.g.k., para: 52.

²¹⁶ a.g.k., para: 54.

muameleye karşı bir güvence oluşturduğuna da ayrıca dikkat çekmektedir. Mahkemeye göre, avukata erişim ile ilgili kısıtlamalar ancak istisnai durumlarda geçerli olmalı, uygulamanın süresi bakımından ise ancak kısa bir süreyi kapsamalıdır.²¹⁷ Avukata erişimin zorlayıcı bir sebebin varlığı durumunda kısıtlandığı durumlarda dahi bu durum tek başına avukata erişimin kısıtlanmasını haklı göstermez. Bu kısıtlamanın davanın bütünü açısından genel olarak şüpheli ya da sanığın adil yargılanma hakkını ihlal etmemesi gerekmektedir.²¹⁸ Mahkeme *Dayanan v Türkiye* davasında daha sonra uygulanacak olanın aksine önüne gelen davada zorlayıcı bir sebep bulunmadığını tespit ettikten sonra otomatik olarak ihlal kararı vermemiş, başvurunun savunma hakkının ceza davasında ne şekilde etkilendiğini ayrıca incelemiştir.²¹⁹

Literatürde Mahkemenin, *Salduz v Türkiye* davasında soruşturmanın erken safhasında gözaltı sürecindeyken avukata erişimin kısıtlanmasının adil yargılanma hakkını ihlal etmemesi için iki şartın bir arada gerçekleşmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.²²⁰ Bu görüşe göre, *Salduz v Türkiye* davasında Mahkeme, avukata erişimin kısıtlanmasıyla ilişkilendirilebilecek zorlayıcı bir sebep bulunmuyorsa otomatik olarak adil yargılanma hakkının ihlali sonucu çıkacağına yönelik bir içtihat oluşturmuştur. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Mahkeme *Salduz v Türkiye* davasında ilk olarak, avukata erişimi kısıtlamayı haklı gösterecek zorlayıcı bir sebebin varlığını aramakta, ikinci olarak bu kısıtlamanın savunmaya ne şekilde etki ettiğini araştırmaktadır. Ancak Mahkeme bu iki şart arasındaki ilişkinin bir arada bulunması gereği zorunluluğuna ilişkin olarak uygulayacağı ilkeleri belirtirken bir açıklama getirmemektedir. Yalnızca kısıtlama şüphelinin adil yargılanma hakkını yargılamanın bütününe olumsuz etkilemediyse

²¹⁷ a.g.k., para: 54.

²¹⁸ a.g.k.,para: 56.

²¹⁹ a.g.k.,para:61-62.

²²⁰ Ergül Çeliksoy, “Polis Karakolunda Müdafî İle Görüşme ve Müdafiden Yararlanma Hakkının AİHM’nin İbrahim Ve Diğerleri/ Birleşik Krallık Kararı Işığında Değerlendirilmesi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y:9, S:35, Temmuz 2018, s. 681; Faruk H. Avdic, s. 100-102; *Salduz v Türkiye* davasında ihlalin zorlayıcı sebep olmaması nedeniyle otomatik olarak oluştuğunu savunan görüşe sahip yargıçlar Yudkivska, Vucinic, Turkovic ve Huseynov’un görüşleri için bkz: AİHM, *Beuze v Belçika*, B.No: 71409/10, k.t.: 9 Kasım 2018 içerisinde “Yargıç Yudkivska, Vucinic, Turkovic ve Huseynov’un Farklı Gereklere”, para:6; farklı gerekçenin otomatik ihlal durumuna ilişkin değerlendirmelerinin Birlik Hukuku’nun AİHM içtihadına etkisi bağlamında değerlendirildiği varsayımsal bir incelemeye ilişkin bkz: Cedric Serneels, “Unravelling *Salduz* and the EU: Grand Chamber Judgement of *Beuze v Belgium* on the Right of the Access to a Lawyer”, **Strasbourg Observers** (online blog), 11 Aralık 2018, <https://strasbourgobservers.com/2018/12/11/unravelling-salduz-and-the-eu-grand-chamber-judgment-of-beuze-v-belgium-on-the-right-of-access-to-a-lawyer/>, (e.t.: 18.7.2022).

mahkeme ihlal kararı vermeyeceğine ilişkin bir açıklama getirilmekte ancak kısıtlamaya ilişkin zorlayıcı sebep bulunmaması durumunda ne şekilde bir yol izleneceğine ilişkin detaylı bir açıklama getirilmemektedir. Yalnızca avukata erişimin kısıtlı olduğu sırada alınan beyanların hükme esas alınması durumunda – yani savunmanın etkinliğini etkilediği bir durumda- ihlal kararı verilmesi gerektiğinden bahsedilmektedir. Bununla beraber, Mahkemenin *Salduz v Türkiye* davasında başvuru konusu olayı değerlendirirken savunmanın ne şekilde etkilendiğine ilişkin ayrıca bir değerlendirme yapmış olması kısıtlamayla ilişkilendirilebilecek zorlayıcı bir sebep bulunmaması durumunda otomatik olarak ihlal oluşmayacağına ilişkin görüşünün *Salduz v Türkiye* kararına içkin olduğunu göstermektedir.²²¹ Bununla beraber, *Salduz v Türkiye* davasındaki Yargıçlar Casadevall ve Türmen’in de katıldığı Zagrebelsky’nin farklı gerekçesi, ve Yargıç Barreto’nun farklı gerekçesi,²²² Dayanan v Türkiye davasındaki kararlar paraleldir. Öte yandan ikinci daire tarafından verilen *Dayanan v Türkiye* kararında *Salduz v Türkiye* davasında bu hakimlerin de imzası bulunduğu tespiti önem taşımaktadır. Dolayısıyla *Salduz v Türkiye* davası ve *Dayanan v Türkiye* davasındaki farklı durum, esasen *Salduz v Türkiye* davasında aynı sonuca ulaşan farklı gerekçelerden kaynaklanmaktadır. *İbrahim ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* içtihadının literatürde bazı yazarların ve uygulayıcıların²²³ belirttiğinin aksine *Salduz v Türkiye* içtihadından bir kopuş niteliği taşımadığını, bu testin lineer bir şekilde gelişimine katkı sağladığını ve *Salduz v Türkiye*’deki ilkeleri daha detaylı bir şekilde ortaya koyduğuna ilişkin görüşlere katılmaktayız. Nitekim Mahkeme de *Salduz/İbrahim* testinin *Dayanan v Türkiye* davasındaki içtihattan ayrı bir durumu olduğunu kabul etmiştir.²²⁴ Çünkü Mahkeme, *Dayanan v Türkiye* davasından farklı olarak *İbrahim ve Diğerleri v Birleşik Krallık* davasında zorlayıcı nedenlerin yokluğunun kendi başına 6. maddenin ihlaline yol açmadığını

²²¹ Bizim düşündüğümüz gibi yapılan bir değerlendirme için bkz: David Harris ve Diğerleri, s.449.

²²² AİHM, *Salduz v Türkiye*, içerisinde Yargıç Barreto’nun ve Yargıçlar Türmen ve Casadevall’in katıldığı Yargıç Zagrebelsky’nin farklı gerekçeleri; karşı: AİHM, *Dayanan v Türkiye*, para: 29-34.

²²³ Çeliksoy, “Polis Karakolunda Müdafî İle Görüşme Ve Müdafiden Yararlanma Hakkının Aİhm’nin İbrahim Ve Diğerleri/ Birleşik Krallık Kararı Işığında Değerlendirilmesi”, s. 681; Faruk H. Avdic, **a.g.e.**, s. 100-102; Tuğçe Duygu Köksal, “Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Uygulamacılara Yön Verebilecek Kararları Üzerine”, **Osmaniye Barosu Dergisi**, Ocak 2022, s. 16; *Salduz v Türkiye* davasında ihlalin zorlayıcı sebep olmaması nedeniyle otomatik olarak oluştuğunu savunan görüşe sahip yargıçlar Yudkivska, Vucinic, Turkovic ve Huseynov’un görüşleri için bkz: AİHM, *Beuze v Belçika* içerisinde “Yargıç Yudkivska, Vucinic, Turkovic ve Hüseyinov’un Farklı Gerekçeleri”, para:6.

²²⁴ AİHM, *Beuze v Belçika*, para: 144.

açıkça teyit etmiştir: Mahkeme’ye göre, zorlayıcı nedenler olsun ya da olmasın, her davada yargılamayı bir bütün olarak görmek gerekir.²²⁵

Salduz v Türkiye ile Ibrahim ve Diğerleri v Birleşik Krallık davalarında içtihatların paralel olduğunu tespit ettikten sonra, içtihadın kümülatif²²⁶ bir şekilde ilerlediğinin ispatı için *Ibrahim ve Diğerleri v Birleşik Krallık* davasında Mahkeme’nin *Salduz v Türkiye*’deki hangi ilkeleri bir adım ileriye taşıdığının tespiti gerekmektedir.

Mahkeme *Ibrahim ve Diğerleri v Birleşik Krallık* davasında, kişinin gözetiminde avukata erişiminin kısıtlanmasına ilişkin zorlayıcı sebebin varlığı ya da yokluğunun adil yargılanma üzerindeki etkisi bakımından değerlendirmeyi ne şekilde etkileyeceğini belirlemiştir. Buna göre, Mahkeme kısıtlamaya ilişkin zorlayıcı bir nedenin varlığını tespit ettiği bir durumda AİHS’in 6/1. maddesinin amaçları açısından kısıtlamanın bir bütün olarak yargılamanın adilliğine etkisini incelemelidir.²²⁷ Eğer ki Mahkeme, avukata erişime ilişkin zorlayıcı bir nedenin varlığını tespit edemiyorsa, yargılamanın adilliği değerlendirmesine çok sıkı bir inceleme uygulamalıdır. Bu bakımdan, davalı hükümet kısıtlamaya ilişkin zorlayıcı bir sebep gösteremediğinde bu davalı hükümetin başvurucunun avukata erişim hakkı bağlamında karine oluşturacaktır. Bu andan itibaren, avukata erişime getirilen kısıtlamanın telafi edilemez şekilde zarar vermediğini ikna edici bir şekilde ispat etme sorumluluğu davalı devlete geçmiş olacaktır.²²⁸

Mahkeme, *Ibrahim ve Diğerleri v Birleşik Krallık* davasında içtihatlarında çok uzun süredir kullanılan “zorlayıcı sebep” kavramından ne anlaşılması gerektiğine açıklık getirmeye çalışmıştır. Mahkeme’ye göre “zorlayıcı nedenler” katı bir yapıya sahiptir, kanuni bir dayanağı olmalıdır, belirli bir zaman aralığı ile sınırlandırılmalıdır ve yalnızca istisnai durumlarda geçerli olmalıdır.²²⁹ Mahkeme, davalı hükümetin belli bir ceza soruşturması

²²⁵ AİHM, *Ibrahim ve Diğerleri v Birleşik Krallık*, para: 262.

²²⁶ Mahkeme “Salduz v Türkiye’den beri lineer ilerleme” tabirini kullansa da biz içtihadın ilerlemesinin *Salduz v Türkiye* öncesi dönemde *John Murray v Birleşik Krallık – Brennan v Birleşik Krallık* kararlarından itibaren başladığını ve içtihadın bu kararlardan bu yana gittikçe detaylanarak, alt kategorilere ayrılarak ilerlediğini düşündüğümüzden “kümülatif” kavramını kullanmayı uygun buluyoruz; “Salduz v Türkiye’den beri lineer ilerleme” tanımlaması için: AİHM, *Beuze v Belçika*, para:152.

²²⁷ AİHM, *Ibrahim ve Diğerleri v Birleşik Krallık*, para: 264.

²²⁸ a.g.k., para: 265.

²²⁹ a.g.k., para: 258.

kapsamında yaşam (md.2), özgürlük (md. 5) veya fiziksel bütünlük (md.3) için ciddi olumsuz sonuçları önlemek için acil bir ihtiyacın varlığını ikna edici bir şekilde gösterdiği durumlarda bunun hukuki tavsiyeye etkili bir şekilde erişimi kısıtlamak için zorlayıcı bir neden olarak kabul edilebileceğini belirtmektedir. Bununla beraber *Brennan v Birleşik Krallık* davasındaki gibi davalı devletin soruşturmayı yürütürken kategorik olarak avukatın şüpheli ile iş birliği yapmış olma ihtimalinin karine olarak kabul edilmesi, zorlayıcı sebep niteliğinde değildir. Böyle bir sızıntı riskinin somut bir şekilde belirtilmesi durumunda Mahkeme vaka bazında değerlendirme yapabilir.²³⁰

Ibrahim ve Diğerleri v Birleşik Krallık davasında olay özelinde başvuruçuların bombalı saldırı planladıkları ancak bombaların teknik bir eksiklik nedeniyle patlamadığı bir durum söz konusudur. Kolluk, başka bombaların olmasından ve daha fazla can ve mal kaybıyla sonuçlanmasından endişelenmiştir. Olayın gerçekleştiği Londra’da yakın zamanda canlı bomba saldırısı gerçekleşmiş ve birçok kişi hayatını kaybetmiş ya da yaralanmıştır. Bu kapsamda, başvuruçuların avukatlara erişimi 48 saatle sınırlı olmak üzere engellenmiş ve başvuruçularla polisler arasında “güvenlik görüşmeleri” adı altında görüşmeler yapılmıştır.

Başvuru özelinde bulunamayan bir bombanın patlama riski ve insanların yaşamlarına mal olabilecek acil bir risk karşısında başvuruçuların avukata erişiminin engellenip, bilgi alma amaçlı polis tarafından başvuruçuların beyanlarına başvurulması söz konusudur. Mahkeme bu şartlar altında zorlayıcı sebebin varlığını kabul etmiştir. Bu bakımdan başvuruçuların savunmalarına yapılan bu kısıtlamanın yargılamanın adilliğini nasıl etkilediğini değerlendirmiştir. Mahkeme, başvuruçulara ilişkin yargılamada yargıcın jüri üyelerini detaylı olarak bilgilendirmesi, avukat yardımı bulunmadan alınan beyanların dikkate alınmamasını belirtmesi karşısında üç başvuran için yargılamanın adil bir şekilde yürütüldüğü sonucuna varmıştır.²³¹ Dördüncü başvuran açısından ise ilk beyanlarının başvuruçudan tanık sıfatıyla alınmış olması sebebiyle atılı suç kişiye bildirmeden beyanları alındığından ihlal kararı vermiştir.²³²

²³⁰ a.g.k.,para: 259.

²³¹ a.g.k, para: 292-294.

²³² a.g.k para :311

Ibrahim ve Diğerleri v Birleşik Krallık davasından sonra Mahkemenin içtihadı, *Beuze v Belçika* kararıyla birlikte kesinlik kazanmıştır. Nitekim, *Ibrahim ve Diğerleri v Birleşik Krallık* davası, *Salduz v Türkiye* kararının üzerine bina edilmişse de Mahkeme, önüne gelen başvuruda başvurucunun avukata erişim hakkının gözetilmesinde kısıtlanması sebebiyle adil yargılanma hakkının otomatik olarak ihlal edileceği iddiası karşısında *Dayanan v Türkiye* ile *Salduz v Türkiye* kararları arasındaki ikili durumu gidermek zorundaydı. Bu sebeple mahkeme *Beuze v Belçika* davasında açıkça *Dayanan v Türkiye* kararındaki görüşten ayrıldığını beyan etmiştir.²³³

Kanaatimizce Salduz/Ibrahim testi ile ilgili en büyük sorun, soruşturmalarda gözetilmesine alınan kişinin kolluk kuvvetine göre dezavantajlı konumu dikkate alındığında avukata erişimin gözetilme şartlarının denetimi bakımından hayati öneme sahip olmasının göz ardı edilmesidir. Oysa ki Mahkeme *Salduz v Türkiye* davasında Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Komite'nin ve Avrupa İşkenceyi ve İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezayı Önleme Komitesi'nin avukata erişimin işkenceyi ve kötü muameleyi önleme konusunda bir güvence olarak sayılması gerektiğini belirtir raporlarına vurgu yapmaktaydı. Ayrıca Mahkeme'nin işkence ve kötü muamele şikayetinin yargılamanın adilliğine etkisi bakımından tespit ettiği *Gafgen v Almanya* kararında ilke olarak belirttiği üzere 3. madde kapsamında işkence ve kötü muamele ile elde edilen bir delilin yargılamada kullanılmasının delilin ispat gücüne bakılmaksızın yargılamanın adilliğini olumsuz etkileyeceğine ilişkin içtihadı ile beraber avukatların gözetilmesindeki kişilerin kötü muameleye karşı güvence oluşturması görüşü birlikte değerlendirildiğinde²³⁴ zorlayıcı sebebin varlığı nedeniyle avukata erişimin kısıtlanması işkence ve kötü muamele ile istedikleri bilgiyi elde edebilmek için kolluk kuvvetlerine fırsat sağlayacaktır. Bu bakımdan *Gafgen v Almanya* kararının tartışmalı boyutu²³⁵ Salduz/Ibrahim testi ile ilgili tartışmalardan ayrık düşünülemez. Nitekim *Ibrahim ve diğerleri v Birleşik Krallık* kararında farklı gerekçe yazan Yargıç Kalaydjieva da Salduz/Ibrahim testinin *Gafgen v*

²³³ AİHM, *Beuze v Belçika*, para: 144.

²³⁴ AİHM, *Gafgen v Almanya*, B.No: 22978/05, k.t.: 1 Haziran 2010, para:165-166.

²³⁵ AİHM, *Gafgen v Almanya* davası ile ilgili tartışmalar için bkz: Neil Graffin, "Gafgen v Germany, the Use of Threats and the Punishment of Those Who Ill-treat During Police Questioning: A Reply to Steven Greer", *Oxford Human Rights Law Review*, 2017, s. 681-699, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngx030> (e.t.:17.07.2022); Stefano Maffei ve David Sonenshein, "The Cloak of the Law and Fruits Falling from the Poisonous Tree: A European Perspective on the Exclusionary Rule in the Gafgen Case", *Columbia Journal of European Law*, 2012-2013 Winter, s. 21-56.

Almanya davası arasındaki bağlantıya değinmiş bu testin bu haliyle kişinin kendini suçlamama hakkına ilişkin güvenceler bakımından değerlendirilmediğini belirtmiştir:

“Ayrıca, “güvenlik görüşmeleri” sırasında başvuranların karşı karşıya kaldıkları durumun (Yargıç burada Davalı devlet kolluğunun avukatları yokken başvuruyla yapılan görüşmeleri kastediyor) susma hakkına yer bırakmayan geçerli yasal çerçevenin, hatalı veya ihmal edilmiş olup olmadığına dair bir analiz yapılmamasından da üzüntü duyuyorum. Adli yardımın yokluğuyla birlikte ele alındığında, kendi aleyhine tanıklık etmeye karşı ihtarlar, “şüphelinin iradesini hiçe sayarak zorlama veya baskı” anlamına geliyordu.

...bu koşullar, şüphelilere hem susmalarının hem de yalanlarının yasal olarak kendi zararlarına yorumlanabileceği bir tuzağa kapatır ve böylece yalnızca itiraf için yer bırakır.”²³⁶

Kanaatimizce Mahkeme’nin Salduz/Ibrahim testinde zorlayıcı sebebe dayanak teşkil edecek “insan yaşamına gelecek bir zararın önlenmesine ilişkin acil bir ihtiyaç” kavramını biraz daha açmak gerekmektedir. *Ibrahim ve Diğerleri* davasındaki gibi koşullar yetkilileri bir dilemma içine sokmaktadır. Burada iki koşutluk birbirinden farklı değerlendirilmelidir. Birincisi delil elde etme gayesinin şüphelilerin kendini suçlamama hakkı ile olan çatışması, ikincisi de bu gayenin avukatsız bilgi alma işlemleri bakımından işkence ve kötü muameleye karşı güvencesiz kalmış olmasıdır.

İlk koşutluk açısından, suç soruşturmalarının karmaşıklığı ve ceza hukukunun usuli boyutuna ilişkin ispat kurallarının bir hukuk nosyonu gerektirmesi sebebiyle, bir suçla itham edilen gözaltındaki bir kişinin, bir avukat tarafından profesyonel bir yardım almayarak kendini suçlamadan bir suçla ilgili bilgi verme ihtimali çok düşüktür.

İkinci koşutlukla ilgili kişinin avukatının bulunmadığı bir ortamda bilginin yetkililer tarafından ne şekilde alındığına ilişkin güvencelerin hiçbirinin işlemez durumda kalacağını söylemek gerekir. Bu güvenceler, gözaltında işkence ve kötü muameleye karşı tüm güvencelerin tamamlayıcısı olan avukatın gözaltı işlemi sırasında orada olması üzerine bina edilmektedir.

²³⁶ AİHM, *Ibrahim ve Diğerleri v Birleşik Krallık* içerisinde Yargıç Kalaydjieva’nın karşı oyu.

Yargıç Kalaydjieva'nın karşı oyu ile vurguladığı şekli ile bir avukatın varlığının otomatik olarak sızıntı ihtimalini doğuracağına ilişkin bir kabulün adalete hizmet etmediği de ortadadır. Dolayısıyla tüm bu koşutluklar ve itirazlar düşünüldüğünde Salduz/Ibrahim testi bu güvencelerin araştırılması bakımından mevcut haliyle yetersiz kalmaktadır. Mahkemenin *Dayanan v Türkiye* davasındaki kararın arkasında durmayarak ihlal kararı verebilmek için “yargılamanın adilliğinin bir bütün olarak etkilenmesi” araması Sözleşme sistematığının ikincilliği ve usul kuralları konusunda Sözleşmeciler devletlerin takdir yetkisi düşünüldüğünde isabetli gözükmemektedir. Ancak *Salduz v Türkiye* ve *Beuze v Belçika* davasında farklı gerekçe yazan ve *Ibrahim ve Diğerleri v Birleşik Krallık* davasında karşı oy yazan yargıçların görüşleri incelendiğinde bu karşıt görüşlerin endişelerinin bir haklılık payı olduğu da aşikardır. Salduz/Ibrahim testi ile ilgili hala belirsiz alanlar bulunmaktadır. Son yıllarda sözleşmedeki adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerin özellikle terör suçları sebebiyle uğradığı erozyonun,²³⁷ aslında Mahkeme'nin ikincilik denetimi ile bir denge gözetmesi arayışından kaynaklandığı söylenebilir. Yine de Salduz/Ibrahim testi ile ilgili karşı oy yazma iradesinin ve literatürdeki eleştirilerin²³⁸ bu konudaki güvencelere ilerletici etkisi olacağı kanaatindeyiz.

B- Anayasa Mahkemesi Kararlarında Avukatın Mahpus veya Gözaltındaki Kişi ile Görüşmesi Sırasında Avukat-Müvekkil Gizliliğinin Korunması

(1) Türk Hukuku'nda Avukatın Mahpus veya Gözaltındaki Kişi ile Görüşmesi Sırasında Avukat-Müvekkil Gizliliğinin Korunması ile İlgili Kurallar

Türk Hukuku'nda avukatın özgürlüğünden kısıtlanmış kişi ile görüşmesi sırasında avukat-müvekkil gizliliğine ilişkin kurallar, hukuki yardımdan faydalanan kişinin gözaltında, tutuklu ya da hükümlü olmasına göre değişmektedir. Kişinin gözaltında ya da adliyedeki bir işlem sırasında şüpheli/sanık sıfatıyla bulunması durumunda uygulanacak kurallar 5271 S. Ceza

²³⁷ Taru Spronken ve Jan Ferman, “Protection of Attorney-Client Privilege in Europe”, *Penn State International Law Review*, Summer 2008, s. 457.

²³⁸ Konu ile ilgili diğer değerlendirmeler için karşı: Ergül Çeliksoy, “Overruling ‘the Salduz Doctrine’ in *Beuze v Belgium*: The ECtHR’s further retreat from the Salduz principles on the right to access to lawyer”, *New Journal of European Criminal Law*, s. 21; Avdic, s. 119.

Muhakemeleri Kanunu'nda (CMK), tutuklu/hükümlü sıfatıyla cezaevi ya da tutukevinde bulunması durumunda uygulanacak kurallar 5275 S. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun'da(CGTİHK) belirlenmiştir. Bu bakımdan, Salduz v Türkiye kararının yaygın etkisinin sonucunda CMK ve CGTİHK'da avukata erişim ve avukat-müvekkil gizliliğinin teminatı konusunda önemli değişiklikler yapılmıştır.²³⁹

CMK'nın 149/3.maddesinde şüpheli veya sanığın avukat yardımından faydalanma hakkı kapsamında avukat ile görüşme hakkının kısıtlanamayacağı düzenlenmiştir:

“Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz.”

Yine aynı kanunun 154. maddesi avukat ile görüşmeyi düzenlemektedir:

(1) Şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tâbi tutulamaz.

(2) (Ek: 3/10/2016-KHK-676/3 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7070/3 md.) Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti suçları bakımından gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmidört saat süreyle kısıtlanabilir; bu zaman zarfında ifade alınamaz.

Görüldüğü üzere CMK, mahpus kişiye sağlanan avukat-müvekkil gizliliğine ilişkin korumayı şüpheli/sanık hakkında yargılama devam ettiği sürece teminat altına almaktadır. Bu kapsamda CMK'da öngörülmüş tek sınırlama gözaltına alınmış kişilerle ilgilidir. Kişinin kanunda sayılan suçlar bakımından bir soruşturma bakımından gözaltına alınması durumunda Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimliği kararıyla müdafii ile görüşme hakkı kısıtlanabilir. Ancak bu kısıtlamanın ne tür uygulamalar içerebileceğine ilişkin kanunda bir ibare bulunmamaktadır. Bu açıdan bakıldığında, avukat ile görüşmenin kolluk görevlisi tarafından izlenmesi, kayda alınması da bir sınırlama teşkil edeceği gibi, gözaltına alınan

²³⁹ Salduz v Türkiye davasının yaygın etkisi için bkz: Kerem Altıparmak, “Salduz/Türkiye Kararının Uygulanması: İzleme Raporu No:6”, İnsan Hakları Ortak Platformu İçin Kapasite Geliştirme Derneği, Temmuz 2013.

kişinin yirmidört saat süreyle avukata erişiminin engellenmesi de bir kısıtlama sayılabilir. Anayasa Mahkemesi, 676 S. KHK ile getirilen ve daha sonra aynen kanunlaşan bu düzenlemeyle ilgili olarak önüne gelen bir iptal davasında, konuyu bu açıdan irdelememiştir.²⁴⁰

İlgili maddenin avukata erişim kısıtlaması sırasında ifade alınamayacağına ilişkin hükmü, yukarıdaki bölümlerde bahsettiğimiz Dayanan v Türkiye kararı ile paralel gözükmektedir. Hatta bu bakımdan AİHM’in Salduz/Ibrahim testinde avukata erişimin kısıtlanması sırasında kişinin ifadesinin alınabileceğine ilişkin içtihatlardan çok daha ileri bir uygulamaya işaret etmektedir.²⁴¹

Türk Hukuku’nda kişinin tutuklu veya hükümlü olması durumunda avukat-müvekkil gizliliğine ilişkin uygulanacak kurallar CGTİHK’da belirtilmektedir. CGTİHK, kural olarak tutuklu ve hükümlüler açısından iki farklı infaz rejimi öngörmekteyse de avukat-müvekkil gizliliği açısından uygulanacak kurallar pek farklılık göstermemektedir. İki farklı infaz rejimi uygulanmasının en önemli sebebi tutuklu kişinin şüpheli/sanık sıfatının devam ediyor olması nedeniyle masumiyet karinesi uygulanması gereğidir. Hükümlü kişi açısından böyle bir durum söz konusu değildir. Ancak hükümlü kişinin de cezaevinde özellikle mahpus haldeyken kendisine uygulanan rejimle ilgili hukuki yardım alma ihtiyacı potansiyel olarak devam ettiğinden, avukat-müvekkil gizliliği ile ilgili cezaevi uygulaması aynı olmalıdır.

Tutuklulara ilişkin rejimi düzenleyen CGTİHK’nın 3. Bölümü’ndeki 116. madde, cezaevinde avukata erişim hakkını düzenleyen 114. madde ayrıksı bir durum oluşturuyor gibi gözükse de tutukluların yükümlülüklerini düzenleyen 116. madde hükümlüler için geçerli olan birçok maddeyi kapsar şekilde yazılmıştır. Literatürde de CMK’nın avukat ve müvekkil arasındaki ilişkinin dokunulmazlığını düzenleyen 149. ve 154. maddeleri düşünüldüğünde şüpheli veya sanık olan kişilerin avukat ile görüşmelerinin kısıtlanamayacağı öngörüldüğüne göre, bu hükmün CGTİHK kapsamında tutuklular için de uygulanması gerektiği ileri

²⁴⁰ AYM, E.2018/73, K.2019/65, k.t.: 24/07/2019, para: 48-56.

²⁴¹ Çeliksoy, “Polis Karakolunda Müdafî İle Görüşme Ve Müdafiden Yararlanma Hakkının AİHM’nin İbrahim Ve Diğerleri/ Birleşik Krallık Kararı Işığında Değerlendirilmesi” , s. 681-682.

sürülmektedir.²⁴² Bu bakımdan CGTİHK, bir kişiye uygulanacak olan disiplin cezasını düzenlerken tutuklu ve hükümlüyü ayırt etmeden, kişiye disiplin cezası uygulandığı sırada dahi avukata erişimin kısıtlanamayacağını öngörmektedir. Örneğin, CGTİHK'nın 42. maddesi haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlamayı düzenlerken, disiplin cezası almış olan kişinin avukatla yapacağı görüşmelerinin kısıtlanamayacağını düzenlemiştir. Bu tür bir koruma her şeyden önce tutuklu ya da hükümlünün kendisine uygulanacak disiplin cezasına karşı hukuki yollara başvurabilmesi için önem taşımaktadır.

CGTİHK'nın 59. maddesinde hükümlülerin avukatla görüşme hakkı düzenlenmiştir. Bu hükme 676 Sayılı KHK ile yeni fıkralar eklenmiş, daha sonra 7070 Sayılı Kanun ile eklenen fıkralar aynen kabul edildikten sonra AYM'nin 24/7/2019 tarihli ve E.:2018/73; K.:2019/65 sayılı kararı ile hükmün bir kısmı iptal edildikten sonra son halini almıştır.

Maddenin metninden bu uygulamanın yalnızca bahsi geçen suçlardan hükümlü olan şahısları kapsadığı anlaşılmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, maddenin 11. fıkrasında *“Tutuklular hakkında bu madde hükümlerine göre karar vermeye soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimi, kovuşturma aşamasında mahkeme yetkilidir”* hükmüyle kanun kendi içerisinde çelişkiye düşmektedir.²⁴³

59. madde 676 S. KHK ile yeni fıkralar eklenmeden önce hükümlünün avukatla görüşmesinin görevlilerin duyamayacağı yalnızca güvenlik nedeniyle görebileceği şekilde yapılmasını öngörüyordu.²⁴⁴ Ancak KHK ile getirilen yeni fıkralar bu düzenlemeye ek olarak hükümlünün avukatla görüşmesi sırasında kendileri ile ilgili belge alışverişini, not alınmasını, genel olarak görüşmenin dinlenmesini ve kayıt altına alınmasını yasaklamaktadır.²⁴⁵ Avukat-müvekkil gizliliğinin nasıl korunacağına ilişkin daha detaylı ve açıklayıcı şekilde yer verilmesi açısından bu hüküm önem taşımaktadır. Ancak, sorun KHK ile getirilen diğer fıkralarla avukat-müvekkil gizliliği ile ilgili belirli suçlar bakımından sınırlama getirilmesinden

²⁴² Handan Yokuş Sevik, “Tutuklu ve Hükümlünün Avukat ile Görüşme Hakkı”, **Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi**, Şubat 2007, S:9, LegalHukuk Online Veri Tabanı, <https://legalbank.net/belge/tutuklu-ve-hukum-lunun-avukat-ile-gorusme-hakki/824920> , (e.t.: 20.07.2022).

²⁴³ Sultan Çanak Yampar, “Hükümlünün Avukatla Görüşme Hakkı”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Dergisi**, Mart-Nisan 2021, C. 16, S. 199-200, s. 816.

²⁴⁴ CGTİHK md.59/2.

²⁴⁵ CGTİHK md.59/3.

kaynaklanmaktadır. KHK ile 59. maddeye getirilen 5-11. fıkralar kişinin devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, millî savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçları bakımından hükümlü olması durumunda avukatla yapacağı görüşmelerle ilgili olarak şöyle bir sınırlama öngörmektedir:

“Madde 59/5: ...toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirildiğine, bu örgütlere emir ve tâlimat verildiğine veya yorumları ile gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletildiğine ilişkin bilgi, bulgu veya belge elde edilmesi” halinde Cumhuriyet başsavcılığının istemi ve infaz hâkiminin kararıyla, üç ay süreyle; görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, hükümlü ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli görüşmede hazır bulundurulabilir, hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tutukları kayıtlara elkonulabilir veya görüşmelerin gün ve saatleri sınırlandırılabilir.”²⁴⁶

Kanun böyle bir sınırlama öngördükten sonra, 10. fıkra ile yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerle, devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, millî savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçları bakımından hükümlü olup başka bir suçtan sanık veya şüpheli durumunda olan şahıslar hakkında da avukat-müvekkil görüşmelerinin 5. fıkranın uygulanarak avukat-müvekkil gizliliğinin denetlenebileceğini hüküm altına almaktadır.

Hem 59/5 fıkra, hem de 59/10 fıkra Anayasa Mahkemesi’nin önüne norm denetimi kapsamında gelmiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesi’nin resmi sitesinde yer alan Mahkeme’nin E.2018/73, K.2019/65 numaralı kararının hüküm kısmını incelediğimizde;

“E. 6. maddesiyle 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 59. maddesine eklenen;

1. (5) numaralı fıkranın Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

2. (10) numaralı fıkranın “Bu madde hükümleri 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasına göre yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler ... hakkında da uygulanır.” bölümünün 5275 sayılı Kanun’un 59. maddesinin (5)

²⁴⁶ CGTİHK md.59/5

numaralı fıkrası yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

3. (10) numaralı fıkranın "...ile beşinci fıkradaki suçlardan hükümlü olup, başka bir suçtan dolayı şüpheli veya sanık sıfatıyla avukatıyla görüşen hükümlüler..." bölümünün;

a. 5275 sayılı Kanun'un 59. maddesinin (5) numaralı fıkrasının "...görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, hükümlü ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli görüşmede hazır bulundurulabilir, hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tuttuıkları kayıtlara elkonulabilir..." bölümü yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE OYBİRLİĞİYLE,

b. 5275 sayılı Kanun'un 59. maddesinin (5) numaralı fıkrasının "...görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, hükümlü ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli görüşmede hazır bulundurulabilir, hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tuttuıkları kayıtlara elkonulabilir..." dışında kalan bölümü yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

4. (11) numaralı fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE," kararı vermiş olduğu anlaşılmaktadır.²⁴⁷

Görüldüğü üzere Mahkeme, CGTİHK'nın 59/5 maddesini iptal etmemiş gibi gözükmektedir. Öte yandan 10. fıkra ile hüküm incelendiğinde ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. İlk olarak hükmün "Bu madde hükümleri 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasına göre yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler ... hakkında da uygulanır." Kısımına ilişkin iptal talebinin reddedilerek, yüksek güvenlikli infaz kurumlarında kalanlar açısından 5. fıkra ile avukat-müvekkil gizliliğine müdahale edilmesinde sorun görmediğini belirtmektedir. İkinci olarak, 10.fıkranın kalan kısmı ile ilgili anlaşılmayan bir ayrıma gitmiş, 5. fıkradaki müdahalenin şekli ile ilgili sınırlama iki defa tekrar edilerek aynı hükmü hem iptal etmiş hem de iptal talebini reddetmiş gibi gözükmektedir.

Bu karmaşayı ortadan kaldırmak için Mahkeme'nin gerekçesinin ilgili kısmına başvurmak istendiğinde ise görülecektir ki aslında iptal kararı ile Mahkeme'nin kastettiği 5. fıkradaki sayılan suçlardan hükümlü olup, başka bir suçla ilgili şüpheli veya sanık sıfatı bulunan

²⁴⁷ Anayasa Mahkemesi'nin resmi sitesi <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2019/65> (e.t.:20.07.2022).

kişilerin avukatlarıyla yaptığı görüşmelere müdahale edilmesinin anayasaya aykırı olduğudur. O halde kanunda iptal edilmesi gereken ibare “...ile beşinci fıkradaki suçlardan hükümlü olup, başka bir suçtan dolayı şüpheli veya sanık sıfatıyla avukatıyla görüşen hükümlüler...” bölümüyken, karar metni kafa karışıklığı oluşturmaktadır.

Ancak, belirtilmesi gerekir ki bu iptal hükmü, Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemi’nin resmi sitesi www.mevzuat.gov.tr tarafından kanun metnine gereği gibi işlenmemiştir.²⁴⁸ Mevzuat.gov.tr sitesinde 10. fıkra ile ilgili olarak hükümle ilgili Anayasa Mahkemesi kararına atıf yapılmış, iptal kararı belirtilmişse de kanun metni Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararından önceki hali ile aynı şekilde yazılmış gözükmektedir. Yine de AYM’nin iptal kararının 59/5’te bahsedilen sınırlamanın bahsedilen suçlardan hükümlü ancak başka suçlarla ilgili olarak şüpheli/sanık sıfatına sahip kişiler için uygulanmasının mümkün olmayacağı kanaatindeyiz.

Belirtmek gerekir ki avukat-müvekkil gizliliğine getirilen müdahale imkanının 676 Sayılı KHK’nın 7070 Sayılı Kanun ile kanunlaşması sonucunda, bu uygulama AYM’nin iptal kararında belirttiği gibi, *olağanüstü halin ötesinde bir uygulanma imkanı* kazanmaktadır. Sınırlamanın olağanüstü haldeki durumu aşağıda ilgili başlık altında ayrıca incelenecektir.

(2) Anayasa Mahkemesi’nin Konu ile İlgili Kararları

Anayasa Mahkemesi’nin mahpus ve gözaltındaki kişilerin avukatlarıyla yüz yüze görüşmelerinin avukat-müvekkil gizliliği kapsamında değerlendirilmesine ilişkin kararları olağanüstü hal dönemindeki uygulamalarla ilgili önüne gelen bireysel şikayetlerde yoğunlaşmaktadır. Bir önceki başlıkta bahsettiğimiz 676 S. OHAL KHK’sı ile yürürlüğe giren daha sonra 7070 S. Kanun ile kanunlaşarak kalıcı hale gelen 5275 S. Kanun’un 59. maddesinin 5. vd. fıkralarında getirilen hükümlerin uygulaması bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi’nin önüne çok kez gelmiştir. Mahkeme bu başvuruların bir kısmını başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle bir kısmını ise Anayasa’nın 15. maddesi kapsamında

²⁴⁸ Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemi’nin resmi sitesi, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5275.pdf> (e. t.: 20.07.2022).

temel hak ve hürriyetlerin olağanüstü hal döneminde askıya alınması rejimi kapsamında yaptığı değerlendirme sonucunda reddetmiştir.

Mahkeme'nin olağanüstü hal döneminden önce verdiği konu ile ilgili yalnızca bir kararı tarafımızdan tespit edilmiştir. *Çetin Arkaş ve Nasrullah Kuran* başvurusunda mahkeme 59. madde kapsamında avukatlarıyla görüşmelerinin izlenmesine karar verilen şahısların izleme kararının süresiz olmasını orantısız bulmuştur. Tutuklu olan başvuru sahipleri terör örgütü üyeliğinden yargılandıkları sırada avukatlarıyla yaptıkları görüşmeler izlemeye tabi tutulmuş, bu tedbir hakim kararlarıyla uygulanmıştı. Ancak Mahkeme, tedbirin uygulanması sürecinde yeniden değerlendirmeye tabi tutulmadan, gözden geçirilmeden yaklaşık üç sene boyunca devam ettiğini göz önüne alarak, uygulamanın ölçüsüz şekilde uygulandığına hükmetmiştir.

“Bu durumda başvuru hakkındaki avukatla görüşme hakkının kısıtlanmasına ilişkin kararın bir süre ile sınırlanmadan ve karara dayanak oluşturan koşulların devam edip etmediğine dair belirli aralıklarla güncel bilgi ve belgeler gözetilerek yeniden değerlendirme yapılmadan uzun süre uygulanmasının orantısız olduğu ve ölçülülük ilkesine uygun olmadığı kanaatine varılmıştır.”²⁴⁹

Belirtmek gerekir ki bu başvuru olağan dönemde yapılmış olduğundan, Mahkeme bu kararda avukat-müvekkil gizliliğinin Anayasa'nın 15. maddesi bakımından askıya alma rejimini tartışmamıştır.

Mahkeme'nin olağanüstü dönemle ilgili yaptığı bir dizi başvuruda başvuru sahiplerinin CGTİHK'nın 676 S. KHK ile değişen 59. maddesi kapsamında kendilerine uygulanan tedbirlere karşı itiraz etmemiş olmaları sebebiyle “başvuru yollarının tüketilmediğine” karar vermiştir.²⁵⁰ AYM, başvuru yollarının tüketilmesi ile ilgili başvuru sahiplerinden ispat beklemekte, aksi takdirde kabul edilemezlik kararı vermektedir.

Mahkeme, olağanüstü hal döneminde avukat ve müvekkili arasındaki görüşmenin kaydedilmesi ve izlenmesi ile ilgili bir uygulama sebebiyle başvuru sahibinin tutukluluğa etkili bir şekilde itiraz edilemediği şikayetini başvurunun temellendirilmediği, müdahalenin

²⁴⁹ AYM, *Çetin Arkaş ve Nasrullah Kuran* Başvurusu, B.No: 2016/371, k.t.: 13/1/2021, para: 85-86.

²⁵⁰ AYM, *Kemal Kekeç* Başvurusu, B.No: 2017/33316, k.t.: 30/09/2020, para: 25-27; AYM, *Osman Aydemir* Başvurusu, B.No: 2018/10651, k.t.: 9/7/2020, para: 25-28; AYM, *Resit Poyraz* Başvurusu, B.No: 2017/39219, k.t.: 9/7/2020, para: 33-39; *Serhat Altınkök* Başvurusu, B.No: 2017/10628, k.t.: 28/12/2021, para: 53-55.

gösterilmediği veya buna ilişkin kanıtların sunulmadığı gerekçesiyle başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.²⁵¹

Mahkeme'nin bu uygulamasının avukata erişimin mahpus kişinin bir avukat tutabilmesi bakımından ayrıca değerlendirmek gerekir. Çünkü kişinin avukata ulaşabilmesi, yaşadığı sorunlardan bir avukatı haberdar edebilmesi anına kadar mahpus kişi özgürlüğünden yoksun bir şekilde soruşturmacılar karşısında yalnız konumdadır. Ancak, başvuruçuların avukatlarının bulunduğu bir ortamda avukatla görüşmelerinin izlenmesi durumunda görüşmenin diğer tarafı olan avukatların başvuruçuların haklarına müdahale durumunda bu müdahalelere karşı başvuruçuların avukatları tarafından gerekli itirazların yapılmış olması beklenir. Dolayısıyla AYM tarafından verilen kararlarda itiraz ya da şikayet yoluna gitmeden yapılan başvuruların kabul edilemez bulunmasının isabetli olduğu görüşündeyiz.

Avukatın mahpus kişi ile cezaevinde görüşmesine ilişkin AYM kararları ile ilgili sorun olağanüstü hal döneminde yapılan uygulamalara ilişkin verilen kararlardan kaynaklanmaktadır. Ancak, konunun daha iyi anlaşılması açısından AIHM'in olağanüstü hal döneminde hakların askıya alma rejiminin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve Anayasa'nın 15. maddesi olağanüstü hal durumlarında temel hak ve özgürlüklerle ilgili devletin yükümlülüklerinin azaltılabileceğini öngörmektedir. Mahkemeye göre,

“Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörülen güvencelere aykırı tedbirlerin Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan hak ve özgürlüklere dokunmaması, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerle aykırı bulunmaması ve durumun gerektirdiği ölçüde olması gerekir.”

Bu bakımdan AYM'ye göre olağanüstü hal döneminde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile adil yargılanma hakkının sınırlandırılmasının “durumun gerektirdiği ölçüde” mümkün olduğuna işaret etmektedir.

AIHM ise bir olağanüstü hal durumunda AIHS'de yer alan güvencelere aykırı tedbirlere başvurulurken, bu tedbirlerin zorunlu olmasını aramaktadır. AIHM'in zorunluluk şartından kastı tedbirin özel bir durumdaki sorunu gidermeye yönelik gerçek bir tepki olması

²⁵¹ AYM, *Sevgül Çete Başvurusu*, B.No: 2017/18684, k.t:26/2/2020, para: 29-35.

ve kötüye kullanmaya karşı uygun tedbirler alınmasıdır.²⁵² AİHM'e göre tedbirler durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde alınmalıdır.²⁵³ Burada ölçülülüğü belirleyen sınır, tedbirin süresi, kötüye kullanıma ilişkin alternatif tedbirlerin alınması, işkence ve kötü muameleye güvenceler vb. önlemlerin mevcut olayda gözetip gözetilmediğidir. Mahkeme bu önlemlerin alındığı bir durumda kişinin mahkeme kararı olmaksızın tutuklanmasına ilişkin güvencelerin askıya alınabildiğine karar vermiştir.²⁵⁴ Öte yandan başka bir başvuruda kişinin 14 gün süreyle mahkeme kararı olmaksızın gözaltında avukata, doktora ve yakınlarına erişimi olmadan tutulması başvurusunun kendisini gözaltında tutan kişilerin insafına bırakacağından durumun Güneydoğu Bölgesi'ndeki terör olaylarının alınan tedbirleri kesinlikle gerektirmediği sonucuna ulaşarak ihlal kararı vermiştir.²⁵⁵

Öte yandan uygulanan tedbirin kanunen öngörülebilir olması gerekliliği olağanüstü hal durumunda değişmemektedir. Mahkemenin yakın tarihli verdiği *Murat Aksoy v Türkiye* kararında, darbe teşebbüsünden sonra tutuklamanın makullüğü ile ilgili olarak tutuklamanın şartlarını düzenleyen CMK 100. vd. maddeleri ile ilgili bir düzenleme yapılmamış olduğundan mahkeme tutuklamanın hukukiliği bakımından olağanüstü hal şartları açısından bir değerlendirme yapılamayacağına karar vermiştir.²⁵⁶

Tüm bu bilgiler ışığında AYM'nin Anayasa'nın 15. maddesi yönünden incelediği CGTİHK'nın 59. maddesine KHK ile eklenen ve sonradan kanunlaşan avukatlar ile müvekkillerinin cezaevinde görüşmelerinin kayda alınması veya izlenmesine ilişkin hükümlerin uygulaması ile ilgili kararlarının incelenmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi bu kararlarında öncelikle 15 Temmuz darbe girişimi ile ilgili 15. madde rejiminin uygulanıp uygulanamayacağını tespit etmektedir. Mahkeme bu tespiti yaparken,

²⁵² Mustafa Ruhan Erdem, "Olağanüstü Hal ve Avukat Bürolarında Arama", **İzmir Barosu Dergisi**, Eylül 2016, s.245.

²⁵³ Harris ve Diğerleri, s.793.

²⁵⁴ AİHM, *Brannigan ve McBride v Birleşik Krallık*, B.No: 14553/89 ve 14554/89, k.t.:26 Mayıs 1993, para:212.

²⁵⁵ Harris, ve Diğerleri, s. 795; AİHM, *Aksoy v Türkiye*, B.No: 21987/93, k.t.: 18 Aralık 1996, para: 83.

²⁵⁶ AİHM, *Murat Aksoy v. Türkiye*, B.No: 80/17, k.t.: 13 Nisan 2021.

“i. Darbe teşebbüsünün savuşturulmasından sonra da tehlikenin bir süre daha devam ettiğine yönelik olarak kamu makamlarınca yapılan açıklamalara ve bu bağlamda yaşanan olaylara,

ii. Teşebbüsün devam ettiği süreçte ve sonrasında ülke genelinde darbe girişimiyle veya -darbenin arkasındaki yapılanma olan- FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu değerlendirilen kişiler hakkında başlatılan soruşturmalarda on binlerce şüphelinin gözaltına alınmasına ve tutuklanmasına (Aydın Yavuz ve diğerleri, §§ 51, 350; Selçuk Özdemir [GK], B. No: 2016/49158, 26/7/2017, § 22),

iii. Teşebbüsün ülkede terör saldırılarının yoğunlaştığı bir dönemde gerçekleşmesine,

iv. Darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olan FETÖ/PDY'nin örgütlenmesinin boyutuna ve faaliyetlerinin özelliklerine (FETÖ/PDY'nin genel özelliklerine ilişkin olarak bkz. Aydın Yavuz ve diğerleri, § 26; yargı kurumlarındaki örgütlenmesine ve faaliyetlerine ilişkin olarak bkz. Selçuk Özdemir, § 22),

v. Darbe teşebbüsünün ve FETÖ/PDY'nin millî güvenlik ve kamu düzeni üzerinde oluşturduğu tehdit ve tehlikenin büyüklüğüne”

dikkat çekmektedir. AYM daha sonra başvuruçuların 59. maddede sayılan suçlar nedeniyle şüpheli olduklarını belirtmekte ve avukat-müvekkil gizliliğine müdahalenin “durumun gerektirdiği ölçüde” uygulanıp uygulanmadığı ile ilgili olarak müdahalenin amacına uygun şekilde sınırlı bir sürede uygulanıp uygulanmadığını denetlemektedir.

AYM’ye göre darbe teşebbüsünden sonra örgütün faaliyetlerinin yeni bir teşebbüse dönüşme riski mümkündür. Mahkeme terör örgütünün bu bakımdan örgütlenme ve faaliyet gösterme şeklinin bu ihtimali artırdığı tespitini yapmıştır. Dolayısıyla başvuruçunun avukatıyla görüşmelerinin izlenmesi yoluyla sızıntının önlenmesi bu bakımdan meşrudur.²⁵⁷

Yasin Akdeniz başvurusu özelinde Mahkeme avukat ile görüşmenin izlenmesi ve kayda alınması uygulamasının darbe teşebbüsünden hemen sonraki bir dönemde sınırlı bir süre için uygulanmış olmasına dikkat çekmektedir.²⁵⁸ Başvuruçunun bu karara karşı yargı yoluna

²⁵⁷ AYM, Yasin Akdeniz başvurusu, B.No: 2016/22178, k.t.: 26/2/2020, para:85.

²⁵⁸ a.g.k., para: 86.

başvurma imkanı da bulunmaktadır.²⁵⁹ Mahkeme bu şekilde *Yasin Akdeniz* başvurusunda başvuru hukukunun haklarının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Mahkeme benzer konularda önüne gelen başvuruları *Yasin Akdeniz* başvurusu üzerine bina etmiştir. Bu şekilde aynı gerekçelerle, başvuru hukukcularla ilgili kişiselleştirme yapılmadan başvuru hukukcuların haklarının ihlal edilmediğine karar vermektedir.²⁶⁰ Bu konuda yalnızca *Orhan Patarya* başvurusu ile ilgili olarak Mahkeme, uygulanan tedbirin ölçülü olduğunu vurgulayabilmek için başvuru hukukunun kovuşturma, istinaf ve temyiz aşamalarında detaylı şekilde savunmalarını sunabildiğini değerlendirmiştir.²⁶¹ AYM, bu başvuruda avukatıyla yapılan görüşmelerinin kaydedilmesinin soruşturma aşamasındaki savunmalarını ne şekilde etkilediğini değerlendirmemiştir. Bu bakımdan AYM'nin yukarıda belirttiğimiz AİHM'in *Ibrahim ve Diğerleri* davasındaki tavrı ile hareket ettiğini belirtmek gerekmektedir. Zorlayıcı bir sebebin varlığı müdahalenin denetiminin daraltılması için meşru zemin oluşturmaktadır.

AYM'nin 15 Temmuz darbe girişiminden sonra avukatın müvekkili ile görüşmelerinin dinlenmesi ve kayıt altına alınması ile ilgili olarak PKK soruşturmalarının da derogasyon kapsamında olduğuna karar verdiği gözlemlenmektedir.²⁶²

AYM, FETÖ/PDY ve PKK terör örgütüne ilişkin olağanüstü halde avukat-müvekkil gizliliğine getirilen sınırlamaların üç ay gibi bir süre uygulanmasında sorun görmemektedir. Yine de tüm bu başvuruların AİHM'in önüne gitmesi ihtimalinde AİHM'in 15 Temmuz darbe girişimi sonrasındaki bu uygulamalar konusunda ne şekilde karar verebileceği konusunda öngöründe bulunmak, Mahkeme'nin önceki içtihatları ışığında mümkün gözükmemektedir. Çünkü literatürde haklı olarak altı çizildiği gibi, zorlayıcı sebebin ya terör olayları sebebiyle ya da 15. madde kapsamındaki bir derogasyonun sonucu olarak varlığı Mahkeme tarafından tespit edilmişse, zorlayıcı sebeple mücadelenin doğası gereği müdahalenin denetimi daralacaktır.²⁶³ Bu bakımdan avukat-müvekkil gizliliğine olağanüstü hal kapsamında yapılan müdahalelere

²⁵⁹ a.g.k., para: 88-91.

²⁶⁰ AYM, *Osman Serhat Arıcan Başvurusu*, B.No: 2018/14398, k.t.: 2/12/2020; AYM, *Orhan Patarya Başvurusu*, B.No: 2019/42695, k.t.: 20/5/2021; AYM, *Barbaros Hayrettin Ekici Başvurusu*, B.No: 2018/15565, k.t.: 4/11/2020.

²⁶¹ AYM, *Orhan Patarya Başvurusu*, para:82.

²⁶² AYM, *Selahattin Demirtaş Başvurusu* (6), B.No: 2017/3357, k.t.: 30/9/2020; AYM, *Figen Yüksekdağ Şenoğlu Başvurusu*, B.No: 2017/3366, k.t.:9/7/2020, para: 83-88.

²⁶³ Harris ve Diğerleri, s. 778.

ilişkin AYM'nin değerlendirmesinin de AİHM içtihatları ile uyumlu olup olmadığı ölçülememektedir.

Yine de CGTİHK'ya KHK ile getirilen avukat-müvekkil görüşmesine ilişkin düzenlemenin kendi içinde yargısal itiraz yollarını öngörmesi, belli suçlar bakımından belirli süreler bakımından uygulanmasının öngörülmesi olağanüstü hal sürecinde AİHM'in içtihatlarıyla²⁶⁴ yakın bir uygulama oluşturulduğu izlenimini uyandırmaktadır. Yine de mevzuatta öngörülen bu izleme uygulamasının orantılı ve gerçekten gerekli durumlarda uygulanması bakımından Mahkeme'nin denetimi önem taşımaktadır.

3- AVUKATA AİT BİLGİLERİN AVUKAT-MÜVEKKİL GİZLİLİĞİ BAKIMINDAN KORUNMASI

Avukatın mesleğini yürütürken edindiği bilgiler avukat-müvekkil gizliliği kapsamında olduğu gibi, mesleğini yürütürken kullandığı araçlara ilişkin bilgiler de avukat-müvekkil gizliliği kapsamında olabilir. Örneğin, bir avukatın banka hesaplarına ilişkin hareketler, GPS verileri vb. veriler bu kapsamda işini yürütmesi ile alakalı olabileceği için dolaylı yoldan da olsa müvekkili ve davası hakkında önemli bilgiler barındırıyor olabilir. Bu sebeple bu bilgilerin avukat hakkında yürütülen bir soruşturmanın varlığı durumunda soruşturmacılar tarafından uygun filtrelerden ve usuli güvencelerden geçirilerek elde edilmesi gerekmektedir.

Başta belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda böyle bir durumda avukatın bilgilerinin uygun bir şekilde filtrelenmesini öngören yasal bir hüküm, yargı uygulaması vb. bulunmamaktadır. Yalnızca 5549 S. Suç Gelirlerinin Aklanmasıyla Mücadele Hakkında Kanun²⁶⁵ ve 3475 S. Vergi Usul Kanunu²⁶⁶ bakımından bilginin “savunmaya” ilişkin olması durumunda elde edilemeyeceğine ilişkin düzenlemeler, bu açıdan yorumlanabilir. Birinci bölümde detaylı bir şekilde bahsettiğimiz gibi, AİHS, AİHM içtihadı ve Anayasa hükümleri beraber değerlendirildiğinde avukat-müvekkil gizliliğinin korumasının tanınması için bir yasa

²⁶⁴ AİHM, *Brannigan ve McBride v Birleşik Krallık*, B.No: 14553/89 ve 14554/89, k.t.: 26 Mayıs 1993, para:212.

²⁶⁵ 5549 S. Kanun'un 7/2. maddesi: *Yukarıdaki fıkraya göre talepte bulunanlar savunma hakkına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, özel kanunlarda yazılı hükümleri ileri sürerek bilgi ve belge vermekten kaçınamazlar.*

²⁶⁶ 3475 S. Vergi Usul Kanunu'nun 151. maddesi: *“Avukatlardan ve dava vekillerinden kendilerine tevdi olunan işler veya görevleri dolayısıyla muttali oldukları ahval ve hususların bildirilmesi istenemez; şu kadar ki, bu yasak müvekkil adlarıyla vekâlet ücretlerine ve giderlerine şamil değildir.”*

hükmüne ihtiyaç yoktur. Önemli olan, usuli güvencelerin yasa ile belirlenmesidir. Ancak, avukata ait bir bilginin avukat-müvekkil gizliliği koruması kapsamında olup olmadığının filtrelenmesi ve belirlenmesi konusunda usuli güvenceler Türk hukukunda öngörülmuş değildir. Örneğin, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda cumhuriyet savcısının kamu kurumları ve özel kişilerden bilgi alma yetkilerinin hakim kararına bağlanmaması, avukat-müvekkil gizliliği açısından sorun teşkil etmektedir.²⁶⁷

Konu bakımından AYM’nin veya ABAD’ın verdiği bir karar tarafımızdan tespit edilmemiştir. Ancak ilkelerin ortaya konulması amacıyla AİHM’in bu konuda vermiş olduğu iki önemli kararı belirtmekte fayda vardır.

AİHM, *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova v. Portugal* davasında hakkında vergi kaçakçılığı soruşturması yürütülen bir avukatın banka hesap bilgilerinin denetlenmesi sırasında, avukat-müvekkil gizliliğini korumak için uygun usuli güvencelerin uygulanmadığı gerekçesiyle başvuru avukatın özel yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu davada başvuru, kendisinden istenilen banka hesap bilgilerini sunmayı reddetmiş, bunun üzerine soruşturmayı yürüten savcı tarafından mesleki gizliliğin kaldırılması talep edilmiştir. Portekiz hukukunda böyle durumlarda Barolar Birliği’ne danışılması öngörülmesine rağmen bu yapılmamış ayrıca mesleki gizliliğin kaldırılmasına ilişkin yargısal prosedüre başvuru dahil edilmemiştir.

Mahkeme, Barolar Birliği’nin danışma görüşünün bağlayıcı olmamasına rağmen, bağımsız bir denetçi tarafından görüş verilmesine ilişkin güvencenin uygulanmamış olması, ayrıca başvuru avukatının mesleki gizliliğin kaldırılmasına ilişkin prosedürlere katılım imkanının bulunmaması sebebiyle başvuru avukatın AİHS’in 8. maddesinde korunan özel yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁶⁸

AİHM’in bu konuda önüne gelen bir diğer dava da *Sommer v Almanya* davasıdır. Bu davada suç gelirlerinin aklanması ile ilgili bir soruşturma kapsamında başvuru avukatın müvekkilinin nişanlısı tarafından başvurana “avukatlık ücreti” adı altında para gönderildiğinin

²⁶⁷ Bilal Osmanoğlu, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı ve Mahkemelerin Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi”, **TBB Dergisi**, S.: 151, 2020, s. 134.

²⁶⁸ AİHM, *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova v. Portekiz*, B.No: 69436/10,k.t.: 1 Aralık 2015, Para:54-58.

öğrenilmesi üzerine savcılık tarafından başvuran avukatın bankasından, hesap dökümü istenmiştir. Başvurucu bu dökümlerin dosyaya girdiğini, müvekkili hakkında yürütülen soruşturma dosyasına aylar sonra erişebildikten sonra öğrenmiştir.

Mahkeme bu davada, başvuru hakkındaki suç şüphesinin belirsiz olması ve başvurunun banka bilgilerine bir hakim kararı olmaksızın erişilebilmiş olması nedeniyle ihlal kararı vermiştir.²⁶⁹

4- AVUKATIN MÜVEKKİLİ İLE HABERLEŞMESİ'NİN AVUKAT-MÜVEKKİL GİZLİLİĞİ BAKIMINDAN KORUNMASI

Avukatın müvekkili ile haberleşmesine ilişkin müdahalelere ayrı başlık açılması ihtiyacının sebebi, haberleşme araçları ile kurulan bir iletişimin yüz yüze görüşmeye göre daha dolaylı ve uzaktan yapılmasıdır. Haberleşmenin dolaylı olarak yapılması, uzaktan yapılması ve araç gerektirmesi, esasen avukat ile haberleşme ile kurulan iletişime üçüncü tarafların müdahalesini daha kolay hale getirmektedir. Örneğin cezaevindeki kişiye gelmiş bir mektubun muhatabı tarafından açıldığında ilk defa okunuyor olduğunun anlaşılmasındaki güçlük veya telefonla yapılan görüşmenin dinlenildiğinin haberleşmenin tarafları tarafından bilinemeyecek olması bu tür müdahaleler bakımından güçlü güvenceler gerektirmektedir. Bu bakımdan her haberleşme, kullanılan aracın teknolojisine göre kendine has yöntemlerle korunmalıdır. Avukat ve müvekkili arasındaki haberleşmelere müdahaleler de bu durumdan ayrık düşünülemez.

Avukatın müvekkili ile haberleşmesinin avukat-müvekkil gizliliği bakımından korunmasını iki alt başlık altında incelemek doğru gözükmektedir: Birincisi hükümlüler ve tutukluların dışarıyla haberleşmesi bakımından, ikincisi cezai davalarda iletişimin tespiti ve postada el koyma işlemleri bakımından. AİHM ve AYM kararları bu ikili ayrım üzerinden değerlendirilecektir. Öte yandan, Birlik Hukuku'nda bu konuda Komisyon'un yetkileri işyerinde inceleme işlemleri ile sınırlı olduğundan ve ayrıca konu ile ilgili başkaca bir husus henüz ABAD'a intikal etmemiş olduğundan yalnızca bu bağlamda değerlendirilecektir.

²⁶⁹ AİHM, *Sommer v Almanya*, B.No: 73707/13, k.t.: 27 Nisan 2017, para: 60-63.

A- Avukatın Müvekkili ile Haberleşmesinin Avukat-Müvekkil Gizliliği Bakımından Korunmasına İlişkin AİHM İçtihadının Gelişimi

(1) Tutuklu ve Hükümlülerin Avukatlarıyla Haberleşmesi

Tutuklu ve hükümlülerin avukatlarıyla mektup, telefon vb. araçlarla iletişim kurmaları sırasında avukat-müvekkil gizliliğinin korunması gerekmektedir. Esasen ilke olarak yukarıda anlattığımız tutuklu ve hükümlülerin avukatlarıyla görüşmeleri sırasındaki ilkelerin bu konuda da uygulanması gerektiği söylenebilir. Buna ek olarak, tutuklu ve hükümlülerin mektuplarına erişimleri, bu mektupların açılıp açılmadığı, telefonla görüşmesi sırasında telefonun dinlenip dinlenemeyeceğine ilişkin güvencelerin belirtilmesi gerekmektedir.

Mahkeme, içtihadında hapis cezasının makul ve olağan gereklilikleri dikkate alındığında mahpusların yazışmaları üzerinde bir miktar kontrol önlemi alınabileceğini kabul etmektedir. Ancak genel olarak bu tür bir kontrolün izin verilen kapsamının değerlendirilmesinde mektup yazma ve alma fırsatının bazen mahpusun dış dünyayla tek bağlantısı olduğu gerçeği göz ardı edilmemelidir.²⁷⁰ Bu bakımdan Mahkeme'nin avukat-müvekkil gizliliğinin korunmasına ilişkin içtihadında belirlediği gereklilikler, mahpus kişinin avukatıyla haberleşmesi için de geçerlidir.²⁷¹ Ancak konu avukat-müvekkil gizliliği olduğunda dahi cezaevi yetkililerin normal tespit araçlarının ifşa edemediği yasadışı bir içeriğin varlığına inanmak için makul nedenlerin varlığında, mektup cezaevi yetkilileri tarafından açılabilir. Ancak mektup kesinlikle cezaevi yetkilileri tarafından okunmamalıdır. Mektubun okunmasını engelleyen mektubu mahpusun önünde açmak gibi uygun garantiler sağlanmalıdır.²⁷²

Kimi durumlarda mektubun okunabilmesi için zorlayıcı nedenlerin var olabileceğini AİHM kabul etmektedir. Mahkeme, *Erdem v Almanya* davasında terör örgütü üyeliği ile ilgili olarak yargılanan tutuklunun avukatı ile yazışmalarının soruşturmada görevli olmayan sadece bu işle görevli bir hakim tarafından izlenmesinde sakınca bulmamıştır. Başvurucunun avukatıyla yüz yüze görüşmesi ile ilgili bir kısıtlama uygulanmamış olması, haberleşmenin

²⁷⁰ AİHM, *Campbell v. Birleşik Krallık*, B.No: 13590/88, k.t.:25 Mart 1992, para:45.

²⁷¹ a.g.k., para:47.

²⁷² a.g.k., para 48.

izlenmesine terör örgütü faaliyeti gibi istisnai ve zorlayıcı bir sebeple başvurulmuş olması Mahkeme'nin ihlal kararı vermemesinde etkili rol oynamıştır.²⁷³

Avukatın müvekkili ile haberleşmesine yapılan müdahaleler yalnızca mahpusun değil, aynı zamanda avukatın da haklarına müdahale niteliğindedir. *Schönenberger ve Durmaz v İsviçre* davasında, başvuruçular avukatı ve müvekkiliydi. Avukat, ilk gözaltına alındığı andan itibaren müvekkiline ulaşmaya çalışıyordu. Bu amaçla müvekkiline kendisi ile görüşene kadar susma hakkını kullanmasını tavsiye ettiği bir mektup yazmıştı fakat savcı bu mektubu avukatın suç ortağı olabileceği gerekçesiyle müvekkiline ulaştırmamıştı. Mahkeme, “susma hakkını tavsiye etmenin” savunma hakkının bir parçası olduğunu belirterek başvuruçuların haberleşmeye saygı hakkının ihlaline hükmetmiştir.²⁷⁴

Mahkumun yazışma yaptığı kişinin o bölgede avukatlık yapma yetkisi olması ya da kişinin vekaletle atanmış avukatı olup olmaması önem taşımaz.²⁷⁵ Mahkeme, kişinin hapisanenin bulunduğu bölgede avukatlık yapma yetkisi olmasa dahi hapisanedeki mahkumla yazışmalarının avukat-müvekkil gizliliği kapsamında korunduğuna karar vermiştir.²⁷⁶

Mahkeme mahpusun avukatıyla hangi iletişim araçları ile görüşebileceğine ilişkin cezaevi idaresinin takdir yetkisi olduğuna karar vermektedir. Bu kapsamda mahpusun ya da avukatının telefonla ya da e-postayla iletişim talepleri yerine getirilmek zorunda değildir.²⁷⁷ Ancak, böyle bir görüşmeye izin verilmiş olması durumunda kanaatimizce idarenin takdir yetkisi görüşmenin dinlenmeyeceğine ilişkin usuli güvencelerin sağlanma zorunluluğunu ortadan kaldırmayacaktır.

(2) Cezai Davalarda İletişimin Tespiti ve Müvekkil Nezdindeki Yazışmalara El Koyma İşlemleri Açısından Avukat-Müvekkil Gizliliği

²⁷³ AİHM, *Erdem v Almanya*, B.No: 38321/97, k.t.:5 Temmuz 2001, para: 67-68.

²⁷⁴ AİHM, *Schönenberger ve Durmaz v İsviçre*, B.No: 11368/85, k.t.:20 Haziran 1988, para: 28.

²⁷⁵ a.g.k. para: 29.

²⁷⁶ AİHM, *A.B. v. Hollanda*, para:77-80.

²⁷⁷ a.g.k., para: 90-92.; AİHM, *Helander v Finlandiya*, B.No:10410/10, k.t.:10.09.2013.

Bir suçun önlenmesi ya da soruşturulması ile ilgili olarak iletişimin tespiti ya da e-posta yazışmalarının ya da genel olarak posta yazışmalarının yetkililerce okunması AİHS'in 8. maddesinde korunan haklardan haberleşmeye saygı hakkı ile ilgili olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bu bakımdan, haberleşmeye yapılan müdahalenin kişinin sanık olduğu ceza yargılamasının adilliğine etkisi AİHS'in 6. maddesi ile bağdaşırken,²⁷⁸ haberleşmeye müdahalenin kişinin haberleşmeye saygı hakkını ihlal ettiği iddiası 8. madde bakımından incelenir.²⁷⁹

a- Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti Açısından

Bir kişinin iletişiminin bir ceza soruşturması nedeniyle tespit edilip, tutanak altına alınması işlemine karşı AİHM'in önüne gelen ilk dava *Klass ve Diğerleri v Almanya* davasıdır. Bu davada esasen başvuru, Almanya'da kişilerin dinlenebileceğini öngören bir yasa kuralının, her dinlemeden sonra kişilere bilgi verilmesinin öngörülmemiş olması ve bu denetimlere karşı mahkeme önünde etkili hak arama imkanının bulunmaması nedeniyle kendilerinin potansiyel olarak 8. maddede korunan haklarına haksız bir müdahale oluşturacağını iddia etmişlerdi. Başvuruculardan ikisi Almanya'da avukat, diğeri yargıçtı.²⁸⁰

Mahkeme, *Klass ve Diğerleri v Almanya* davasında önüne gelen olayı incelerken izleme araçlarındaki teknik ilerlemeye ve terör tehdidinin artmasına dikkat çekmiştir. Yıkıcı olayların önüne geçilmesi ve bu unsurlarla etkin bir şekilde mücadele edebilmek için gizli izlemenin zorunlu olduğunu belirtmiştir.²⁸¹ Mahkeme, teknik araçlarla haberleşmenin izlenmesi sisteminin denetiminin işleyeceği koşulların belirlenmesinde sözleşmecî devletlerin takdir yetkisi olduğunu belirtmiştir; ikincilik ilkesine atıf yaparak görevinin, uygulanan denetimin yerine daha iyi bir uygulama getirmek olmadığını belirtmektedir.²⁸²

Bir izleme işleminin denetimi üç aşamada yapılabilir; izleme kararı ilk verildiğinde, izleme işlemi sürdürülürken ve son olarak izleme sona erdikten sonra. Mahkeme *Klass ve Diğerleri* davasında, bu aşamaların hiçbirinde izlenen kişinin yargısal yollara başvuru imkanı

²⁷⁸ AİHM, *Khodorkovsky ve Lebedev*, para: 641 ve para:648-649.

²⁷⁹ AİHM, *Kopp v İsviçre*, B.No: 23224/94, k.t.:25 Mart 1998, para:50.

²⁸⁰ AİHM, *Klass ve Diğerleri v Almanya*, B.No: 5029/71, k.t.:06/09/1978, para: 10.

²⁸¹ a.g.k., para: 48.

²⁸² a.g.k., para: 49.

bulunmamasında sorun bulmamıştır. Özellikle izleme kararı verildiğinde ve izleme uygulamasının yapıldığı sırada böyle bir başvuru imkanının izleme işleminin meşru amacını gerçekleştirmek konusundaki etkinliğine zarar vereceğini belirtmiştir. Mahkeme, yasama organının muhalefeti de kapsar şekilde belirlenecek temsilcileri tarafından yapılacak denetimi bu yasa özelinde yeterli bulmuştur.²⁸³

Mahkeme *Klass ve diğerleri v Almanya* davasından sonra verdiği kararlarında, iletişimin tespitine yönelik uygulamalarda suiistimalleri önlemek için kanunda yer alması gereken asgari güvencelere ilişkin bir test geliştirmiştir. Buna göre, iletişimin tespitine yol açabilecek suçun niteliği, iletişimlerinin izlenmesinden sorumlu kişilerin kim olduğu, bu tür bir izlemenin süresine ilişkin bir sınır, elde edilen verilerin incelenmesi, kullanılması ve saklanması için izlenecek prosedürel garantiler, örneğin, verilerin diğer taraflara iletilmesinde alınacak önlemler ve elde edilen verilerin silinebileceği veya imha edilmesi gerektiği durumlar mahkemenin bir iletişimin tespiti kararı ve uygulamasını denetlerken temel teşkil edecektir.²⁸⁴ Mahkeme bu koşullara bağlı olarak kötüye kullanıma karşı yeterli ve etkili garantilerin bulunduğu ikna olmalıdır. *Dudchenko v Rusya* kararında Mahkeme, avukat-müvekkil gizliliğine müdahale eden iletişimin denetlenmesi ile ilgili prosedürün hukukun öngörülebilir olması ile ilgili şartları da bu değerlendirme üzerinden denetlemiştir. Özellikle, şüphelinin telefonunun dinlenirken avukatıyla yaptığı görüşmelerin yanlışlıkla dinlenilmesi durumunda uygulanılacak prosedürler açısından yasal bir güvencenin yokluğunda, denetimin hukuken öngörülebilir olmadığına karar vermiştir.²⁸⁵

Avukat-müvekkil gizliliğine iletişimin tespiti yoluyla müdahale avukatın telefonunun dinlenmesi ile gerçekleşebileceği gibi, bir kişinin dinlenmesine ilişkin bir uygulama sırasında kişinin avukatıyla olan görüşmesinin kaydedilmesi ve bu görüşmelerin tutanak altına alınması şeklinde de olabilir.

Pruteanu v Romanya kararında başvuru avukatın müvekkilinin dinlendiği sırada, başvuru kişinin müvekkili ile olan görüşmeleri kayıt altına alınmıştır. Oysaki bu dinlemeler

²⁸³ a.g.k., para: 55-60.

²⁸⁴ AİHM, *Association for European Integration and Human Rights ve Ekimdzhiyev v Bulgaristan*, B.No:62540/00, k.t.:28.06.2007, para: 76.

²⁸⁵ AİHM, *Dudchenko v Rusya*, B.No:37717/05, k.t.: 05/03/2018, para:109.

sırasında ne başvuru ne de müvekkili bir suç isnadı altındadır. Sorun başvuru ve müvekkilin kayıt altına alınan görüşmelerinin kayıt altına alınmasının uygunluğunu denetleme imkanı bulamamasından kaynaklanmaktadır. Olay tarihindeki Romanya Hukuku başvuru bu kayıtların uygunluğunun denetlenebilmesi ya da imha edilmesi amacıyla mahkemeye başvurulabilmesi için iletişimlerini dinlenen şahısların sanık ya da şüpheli olmasını öngörüyordu. Dolayısıyla başvuru şikayeti ile ilgili mahkemeye erişimi yoktur. Mahkeme başvuru müvekkili ile avukat-müvekkil gizliliği kapsamındaki görüşmelerine müdahale edilerek kaydedilip tutanak altına alınmasına karşı etkili bir kontrol yolu bulunmadığından ihlal kararı vermiştir.²⁸⁶

Öte yandan Mahkeme, tespit edilen iletişime ilişkin tutanağın şüphelinin ya da sanığın savunması ile ilgili olmadığı bir durumda avukatın disiplin hukuku yargılamasında kullanılabileceğine hükmetmiştir. Mahkeme'nin ihlal görmemesinde başvuru avukatın müvekkilleri ile yaptığı görüşmelerle ilgili olarak yargısal prosedürleri işletebilmiş olmaları önemli rol oynamıştır.²⁸⁷

Mahkeme'nin önüne gelen nispeten yeni tarihli bir kararında başvuru avukatıyla yaptığı görüşmelerin gizliliğinin korunması için kişinin şüpheli ya da sanık olup olmasının zorunlu olup olmadığı tartışılmıştır. Başvuru mağdur olduğu bir ceza dosyasında telefon kayıtlarının kopyaları alınırken başvuru avukatıyla yaptığı görüşmelerin de alınmış olması ihlal sebebi sayılmıştır.²⁸⁸ Karara karşı oy yazan Yargıç Yudkivska, başvuru şüpheli ya da sanık statüsü olmaması sebebiyle savunma hakkına ilişkin olmadığından bahisle kişinin avukatıyla yaptığı görüşmelerin gizliliğinin korunamayacağını belirtmiştir. Yargıca göre, AİHM içtihadı avukat-müvekkil gizliliğini ister AİHS'in 8. maddesi ister 6/3-c bağlamında korusun, burada avukat-müvekkil gizliliği savunma hakkının güvencesi olması nedeniyle korunmaktadır. Savunma hakkı ile ilgili değilse, avukat-müvekkil gizliliği de korunmayacaktır.²⁸⁹

²⁸⁶ AİHM, *Pruteanu v Romanya*, B.No:30181/05, k.t.: 03 Mayıs 2015, para: 55-58.

²⁸⁷ AİHM, *Versini Campinchi ve Crasnianski v Fransa*, B.No:49176/11, k.t.:16/06/2016, para:70.

²⁸⁸ AİHM, *Saber v Norveç*, B.No: 459/18, k.t.:17 Aralık 2020, para:52-58.

²⁸⁹ AİHM, *ASaber v Norveç* davasında Yargıç Yudkiyska'nın karşı görüşü.

Yargıcın ortaya attığı sorun, avukat-müvekkil gizliliğinin bir davada şikayetçi sıfatına sahip kişinin avukatıyla haberleşmesinin avukat-müvekkil gizliliği kapsamında korunup korunamayacağıdır. Kanaatimizce, medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili bir dava nedeniyle kişinin şikayetçi olması durumunda, mahkemeye erişim hakkının bir unsuru olan “avukatın etkili ve pratik hukuki yardımı”nın sağlanması temelinde avukat-müvekkil gizliliği korunabilir. Örneğin, *Golder v Birleşik Krallık* davasında Mahkeme, başvurucunun kendisine iftira atan gardiyana karşı dava açması için avukata ihtiyaç duymasına rağmen bir avukata erişememesini mahkemeye erişim bağlamında hak ihlali saymıştı.²⁹⁰ Yukarıda bahsettiğimiz *Pruteanu v Romanya* davasında ne avukat, ne de müvekkili bir suç isnadı taşıyorlardı.²⁹¹ Mahkeme’nin bu içtihatları göz önüne alındığında kişinin “hukuki yardım” istediği her durumun ilerde potansiyel olarak ortaya çıkabilecek bir davayla ilgili olması nedeniyle,²⁹² avukat-müvekkil gizliliği korumasından faydalanmasını gerektirdiği ortadadır. Bunun tek istisnasını avukatın bir suç işlediği durumlar oluşturur.²⁹³ Ancak bu durumda dahi müdahalenin avukatın işlediği suçla ilgisi olmayan kayıtlarının dosyadan ayrı tutulmasına dönük tedbirlerin alınmasını gerektirmektedir.

b- Yazışmalara El Koyma İşlemleri Açısından

Avukatın ofisinde ele geçirilen belgeler arasında haberleşmeye ilişkin belgelerin bulunması durumunu “Avukatın ofisinin aranması” başlığı altında incelemiştik. Bu başlık altında avukatın müvekkilinin ofisinin ya da konutunun aranması sırasında aralarında yapılan yazışmalara el koyulması bakımından konu değerlendirilecektir.

Kişinin avukatı ile olan yazışmalarının denetimine ilişkin belgelerin kişiye ait alanlarda ele geçirilmesi, örneğin işyerinin ya da evinin aranması sırasında bilgisayardaki e-posta yazışmalarına el koyulması sırasında ele geçirilmesi ihtimal dahilindedir. Yukarıda avukatın ofisinin aranması sırasında belirtilen arama sırasında bağımsız bir gözlemcinin bulunmasına ilişkin güvencelerin, soruşturulan kişiye ait yerlerin aranması sırasında

²⁹⁰ AİHM, *Golder v Birleşik Krallık*, para: 35-36.

²⁹¹ AİHM, *Pruteanu v Romanya*.

²⁹² AİHM, *Golder v Birleşik Krallık*, para :46.

²⁹³ AİHM, *Versini Campinchi ve Crasnianski v Fransa*, para:69.

uygulanamayacağı düşünüldüğünde, doğal olarak arama işlemine dönük sonradan denetimin etkililiği ile kişinin savunma haklarının etkilenmemesi önem taşımaktadır.

Vinci Construction ve GTM Génie Civil et Services v Fransa davasında, başvuru şirketler bir rekabet soruşturması kapsamında soruşturulmaktaydılar. Şirketlere ait yerlerde yapılan aramalarda aramayı yapan personeller aramayı sınırlı şekilde yapmaya ve aramanın amacına uygun davranmaya gayret göstermişlerse de arama işlemleri sırasında başvuru sahiplerinin el konulan belgeleri inceleme ya da bu işleme itiraz etme imkanı bulunmamıştır. Öte yandan, el konulan belgelerin şirketlerin çalışanlarının avukatlarla yaptıkları yazışmaları kapsadığı düşünüldüğünde, arama sonucunda elde edilen belgelerle ilgili şirketlerin yargı makamlarına yaptıkları itirazlarda ulusal mahkemelerin bu belgelerin akıbeti ve iadesi hakkında karar vermesi gerekmektedir. Mahkeme, bu gerekçelerle el koyma işlemlerinin orantısız olması nedeniyle başvuru sahiplerinin 8. ve 6. maddelerde korunan haklarının ihlal edildiğine hükmetmişti.²⁹⁴

B- Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararlarında Avukat ile Müvekkilinin Haberleşmesinin Avukat-Müvekkil Gizliliği Bakımından Korunması: AM&S Prensipleri

Avrupa Birliği hukukunda avukat-müvekkil gizliliği konusunda temel prensipleri ortaya koyan ABAD'ın ünlü 1982 tarihli AM&S davasından önce ne kurucu antlaşmalarda²⁹⁵ ne de tek pazarın rekabet kurallarının denetimini düzenleyen mevzuatta²⁹⁶ avukat-müvekkil gizliliğine atıf yapan ve Komisyon'un soruşturma sırasındaki yetkilerini sınırlayan bir hüküm bulunmaktaydı.²⁹⁷ ABAD'ın AM&S davasındaki kararıyla beraber Birlik hukukunda avukat-müvekkil gizliliği konusunda öncül olması, Avrupa Birliği'nin insan hakları entegrasyonunu derinleştirici ve ilerletici rolünün örneği olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁹⁸ ABAD, AM&S kararı ile avukat-müvekkil gizliliği konusunda temel ilkeleri ortaya koyarak, Komisyon'un rekabet hukuku bakımından yürüttüğü soruşturmalardaki arama ve el koyma yetkilerine önemli bir

²⁹⁴ AİHM, *Vinci Construction ve GTM Génie Civil et Services v Fransa*, para: 78-80.

²⁹⁵ Avrupa Birliği Antlaşması(eski hali) md. 85 ve 86.

²⁹⁶ EEC Council: Regulation No 17: First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty (eski)

²⁹⁷ Julia Holtz, "Legal Professional Privilege in Europe: a Missed Policy Opportunity", **Journal of European Competition Law & Practice**, Ekim 2013, S. 4, s. 405.

²⁹⁸ ABAD içtihadının insan haklarının Birlik Hukuku'nda bağlayıcı olması konusunda katkısı için bkz: Sanem Baykal ve İlke Göçmen, **Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Kasım 2016, s. 636-639; Mustafa T. Karayigit, s. 329.

sınırlama getirmiş, zaman içerisinde Birlik hukukunun haklar perspektifinin gelişimi ve Divan'ın içtihadı ile beraber, avukat-müvekkil gizliliği Birlik hukukunda bugünkü halini almıştır.

(1) Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Avukat-Müvekkil Gizliliği Koruması Kapsamındaki Haberleşmeler Hakkında Belirlediği Usuli Kurallar

Avukat-müvekkil gizliliği bakımından, hangi delilin avukat-müvekkil gizliliği kapsamında olduğu sorusu kadar, bu delilin avukat-müvekkil gizliliği kapsamında korunmaya değer olduğuna kim tarafından karar verileceği, bu konuda ispat yükünün kimde olduğu ve bu delilin nasıl elde edileceği, koruma kapsamındaki delilin diğer delillerden ayrılması prosedürü gibi usuli sorunların çözümü de önem taşımaktadır.

Temelde, soruşturmayı yürüten makamın delil toplama yetkisini sınırlayan bir ayrıcalık olarak karşımıza çıkan “avukat-müvekkil gizliliği”, her şeyden önce soruşturma makamının koruma kapsamında olan delile erişimini engellediği ölçüde “gizlilik” ve “ayrıcalık” doğurur. O halde, soruşturma makamının koruma kapsamındaki yazışmanın içeriğine erişemeyeceği şekilde delilin koruma kapsamında olup olmadığına karar verilmesi gerekmektedir.

AM&S davasında üçüncü tarafların ve davacı AM&S'nin ileri sürdüğü, toplanmak istenen delillerin avukat-müvekkil gizliliği kapsamında olup olmadığına Komisyon tarafından karar verilip verilemeyeceği hakkındaki itirazları karşısındaki ABAD'ın tespitleri önem taşımaktadır. Davada üçüncü taraflar ve AM&S tarafından, o zaman geçerli olan 17 numaralı tüzük²⁹⁹ kapsamında Komisyon'un hem soruşturmayı yürüten makam olması hem de avukat-müvekkil gizliliği denetiminin yine Komisyon tarafından yapılmasına adil yargılanma hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle itiraz edilmiş, üçüncü taraflara ve davacı AM&S'e göre, bu delillerin avukat-müvekkil gizliliği kapsamında olup olmadığı değerlendirilmesinin uluslararası tahkim gibi bağımsız bir üçüncü taraf aracılığıyla yapılabileceği belirtilmişti. Ancak ABAD, AM&S davasında bunu bir sorun olarak görmemiştir. ABAD'a göre Komisyon, o zaman geçerli olan 17 numaralı Tüzük'ün 11. vd. maddeleri uyarınca rekabetin yönetimi konusunda soruşturmaları yapmak ve belgeleri toplama yetkisine sahiptir. Bununla beraber avukat ve müvekkili

²⁹⁹ EEC Council: Regulation No 17: First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty.

arasındaki yazışmalar da tüzükte belirlenen kurallar ölçüsünde Komisyon tarafından toplanabilecek belgeler arasında olduğundan, ABAD’a göre bu belgelerin toplanıp toplanmayacağına Komisyon tarafından karar verilecektir. Birlik Hukuku tarafından açıkça Komisyon’un yetkilendirildiği durumlarda üçüncü bir kişinin belgelerin toplanması ile ilgili karar vermesi ilkesel olarak mümkün değildir.³⁰⁰ Komisyon, avukat-müvekkil gizliliği kapsamında koruması talep edilen belgelerin niteliğini koruma için uygun bulmazsa, buna ilişkin değerlendirme ulusal otoritelerin ya da bir arabulucu/tahkimin yetkisinde değildir. Ortak pazarın rekabet kuralları ışığında işleyebilmesi için avukat-müvekkil iletişiminin gizliliği ile ilgili sorunların çözümü ancak Birlik Hukuku seviyesinde, yani sadece Komisyon tarafından çözülebilir.³⁰¹

ABAD’ın bu konuda yapmış olduğu yorum, kuşkusuz Komisyon’un tek pazardaki rekabetin denetlenmesi görevini yerine getirirken kullandığı yetkilerin, “*görevini yerine getiremeyecek kadar haklar lehine tırpanlanması*” önüne geçilmesiyle ilgilidir.³⁰²

Esas olanın Komisyon’un delil toplama yetkisi olmasından hareketle ABAD, rekabet soruşturması kapsamında toplanacak delilin avukat-müvekkil gizliliği kapsamında olması durumunda bunun teşebbüs tarafından ispat edilmesi gerektiği sonucunu çıkarmaktadır. Teşebbüs, yürütülen soruşturma kapsamında, bir belgenin avukat-müvekkil gizliliği tarafından korunduğunu talep ederken, belgenin içeriğini açıklamakla yükümlü olmamakla birlikte, iddiasını belirlemek için uygun gerekçeyi veya ilgili materyali Komisyon’a sunmakla mükelleftir. Avukat-müvekkil gizliliğinden yararlanmak isteyen teşebbüs, korunması talep edilen belgenin içeriğini Komisyon soruşturması yürüten görevlilere göstermek zorunda olmasa da o belgenin avukat-müvekkil gizliliği bakımından korunmaya değer olduğuna ilişkin delilleri sunabilmelidir.³⁰³ İlgili delilleri sunmayan taraf, daha sonra söz konusu yazışmanın Komisyon tarafından soruşturmada kullanılmasına itiraz edemez.³⁰⁴ 20 Ekim 2011 tarihinde Avrupa Birliği Resmi Gazetesi’nde yayınlanan “*ABİA md. 101 ve 102 ile ilgili işlemlerin yürütülmesi*

³⁰⁰ ABAD, Case C-155/79 *AM&S Europe Limited v Commission of the European Communities*, EU:C:1982:157, para 15-17.

³⁰¹ a.g.k., para:30.

³⁰² Bartozs Turno ve Agata Zawłocka-Turno, “Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-Incrimination in EU Competition Law after the Lisbon Treaty – Is It Time for a Substantial Change?”, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2012, Sayı 5, s.198.

³⁰³ ABAD, Case C-155/79 *AM&S Europe Limited v Commission of the European Communities*, EU:C:1982:157, para. 29.

³⁰⁴ ABAD, Case T-705/14, *Unichem Labarotaries v European Commission*, ECLI:EU:T:2018:915, para. 121.

için en iyi uygulamalar hakkında Komisyon Bildirimi”nde avukat-müvekkil gizliliği kapsamında korunması talep edilen belgenin, korunan kısımları kaldırılarak redakte edilmiş versiyonlarının Komisyon’a sunulması gerektiği belirtilmiştir.³⁰⁵ ABAD bugüne değin verdiği kararlarda bağımsız bir avukatlık firması ile e-posta yoluyla yapılan binlerce sayıdaki haberleşmede, e-postanın ait olduğu alan isimlerinden birinin avukatlık firmasına ait olmasını,³⁰⁶ ayrıca anahtar kelimelerin aratılması yoluyla filtrelenerek Komisyon tarafından ayrıştırılan binlerce yazışmanın avukat-müvekkil gizliliği kapsamında olup olmadığının denetlenmesini³⁰⁷ yazışmaların avukat-müvekkil gizliliği kapsamında değerlendirilmesi için yeterli görmemiştir. Komisyon, avukat-müvekkil gizliliği kapsamında olduğu iddia edilen binlerce belge ile ilgili olarak *Alcogroup* davasında, önce bu yazışmaların avukat müvekkil gizliliği kapsamında olduğuna ilişkin teşebbüsten ayrı ayrı delil talep etmiş, ardından bu belgeleri incelemekten vazgeçmiştir. *LG & Others* davasında da yazışmalara ilişkin yine önce teşebbüslerden delil talep etmiş, ardından bu belgeler kapalı bir zarfa konarak, Komisyon’un soruşturmacılarının erişimine kapatılmıştır. Her iki davada da Komisyon’un hangi sebeple bu belgeleri incelemekten vazgeçip soruşturmaya diğer belgelerle devam ettiği gerekçelendirilmemiştir.

ABAD, teşebbüs tarafından avukat-müvekkil gizliliği kapsamında olduğu iddia edilen belgelerin binlerce olması durumunda, teşebbüsün tek tek her belgenin koruma kapsamında olduğunu ispatlama yükümlülüğü olup olmadığı sorusunu henüz cevaplamamıştır. Yine de, teşebbüs tarafından bir belgenin avukat-müvekkil gizliliği tarafından korunduğunun soruşturma sırasında beyan edilmesi ancak bu belgelerle ilgili bir kanıt sunulmaması durumunda, soruşturmacıların bu belgeyi inceleyip, fotokopilerini alabileceklerine ilişkin ABAD içtihadı³⁰⁸ karşısında, teşebbüsün kanıt sunmadan tamamen sessiz kalıp yalnızca beyanla yetinmesi durumunda kendisini avukat-müvekkil gizliliği kapsamında korumadan mahrum bırakacağı sonucunu çıkarabiliriz.

³⁰⁵ “Commission notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU” Official Journal of European Union , 20.10.2011 (2011/C 308/06), para.52.

³⁰⁶ ABAD, Case T-482/20 *LG and others v Commission*, 20 Mayıs 2021, ECLI:EU:T:2021:290, para. 5-24.

³⁰⁷ ABAD, Case C-403/18, *Alcogroup and Alcodis v European Commission*, EU:C:2019:870, para 5-22.

³⁰⁸ ABAD, Case T-125/03 ve T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals and Akcros Chemicals v Commission*, EU:T:2007:287, para: 80.

Komisyon'un soruşturma sırasındaki delil toplama işlemine karşı dava açmak için soruşturmanın sonucuna ilişkin nihai kararın beklenmesine gerek olmadığına altını çizmek gerekir. Avukat-müvekkil gizliliği talebinin reddedildiği durumlarda ihtiyati tedbir şartlarının gerçekleşmesiyle soruşturma işlemine karşı iptal davası açılabileceği göz önüne alınmalıdır. ABAD konuyu, AM&S³⁰⁹, Akzo³¹⁰ ve Alcogroup SA, Alcodis SA³¹¹ davalarında önüne gelen bu tür uyuşmazlıklarda ele almış ve etki doğuran bir işlem olarak rekabet soruşturmasında teşebbüslere uygulanan tedbirlerin, soruşturma ile alakalı nihai kararı beklemeksizin önüne getirilebileceğini kabul etmiştir. ABAD daha yeni tarihli bir kararında, avukat-müvekkil gizliliği ile ilgili şikayetler bakımından Komisyon tarafından yürütülen soruşturmanın nihai kararının beklenmesinin avukat-müvekkil gizliliği ile beraber, etkili başvuru hakkını tamamen ortadan kaldıracaklarını vurgulamıştır. ABAD'a göre, bu tür bir karar, teşebbüs için bir hakkı tamamen ulaşılamaz hale getirebilir. Koruma talebinin reddi işlemi bu yönüyle icraidir ve bu sebeple sonuç doğurur:

*“Bir teşebbüsün soruşturma sırasında bir belgeye el konulmasına karşı çıkmak amacıyla avukat-müvekkil gizliliğine dayanması halinde bu talebi reddetme kararı, o teşebbüsün hukuki durumunda belirgin bir değişiklik meydana getirerek hukuki sonuçlar doğurur. Yürürlükte bulunan bu karar Birlik Hukuku tarafından sağlanan bir korumayı teşebbüs için ulaşılamaz hale getirir ve doğası gereği kesindir ve bir nihai karardan bağımsızdır.”*³¹²

(2) AM&S Prensibi: AB Hukukunda Haberleşmenin Avukat-Müvekkil Gizliliği Kapsamında Korunmasının Şartları

Yukarıda da bahsedildiği gibi, Divan ilk olarak AM&S davası ile Birlik Hukuku'nda avukat-müvekkil gizliliğine ilişkin prensipleri belirlemeye başlamıştır. Bu davada ortaya koyduğu ilkeler, ABAD'ın daha sonraki içtihatlarına ışık tutmuştur.

ABAD, AM&S davasında, bir belgenin avukat-müvekkil gizliliği kapsamında olduğunu kümülatif şartlara bağlamıştır. Buna göre bir iletişim kümülatif olarak şu şartları sağlıyorsa Birlik Hukuku bakımından avukat-müvekkil gizliliği korumasından yararlanacaktır:

³⁰⁹ ABAD, Case C-155/79 *AM&S Europe Limited v Commission of the European Communities*, EU:C:1982:157, para: 29-31.

³¹⁰ ABAD, Case C-550/07 *Akzo Nobel Chemicals and Akros Chemicals v Commission*, EU:C:2010:512, para: 46.

³¹¹ ABAD, Case C-2019/870 *Alcogroup SA, Alcodis SA v Commission*, ECLI:EU:C:2019:870, para: 87-89.

³¹² ABAD, Case T-482/20 *LG and others v Commission*, 20 Mayıs 2021, ECLI:EU:T:2021:290, para:51.

- İletişim, müvekkilin savunma hakkından kaynaklanan çıkarlarını korumak amacıyla yapılmışsa;

- İletişim müvekkil ile müvekkilin işçisi olmayan, bağımsız ve AB veya Avrupa Ekonomik Bölgesi'nde faaliyet gösteren bir avukat arasında yapılmışsa.³¹³

Bu kısımda, bu kümülatif şartlar, bugüne kadarki içtihadi serüveni içerisinde ayrı ayrı incelenecektir.

a- *Haberleşmenin Müvekkilin Savunma Hakkından Kaynaklanan Çıkarlarını Koruması Amacı*

Avukat-müvekkil gizliliği, özellikle AM&S içtihadında da belirtildiği üzere üye devletlerin ortak hukuk ilkelerinden kaynaklanmaktadır. Üye devletlerin tamamı tarafından kabul edilmiş geçerli bir ilke olarak hukuki yardımdan faydalanma hakkı; herkesin kısıtlama olmaksızın mesleğine ihtiyacı olan herkese hukuki tavsiye vermek olan bir avukata danışma hakkına sahip olmasını ifade eder. Bu hakkın bir uzantısı olarak avukat-müvekkil gizliliği tüm üye devletler tarafından kabul edilmiş bir ilkedir.³¹⁴

Tüm üye devletler avukat-müvekkil gizliliğini kabul etmiş olsa da bu korumanın kapsamı üye devletlere göre değişebilmektedir. Ayrıca üye devletlerin hukuki geleneklerine bağlı olarak avukat-müvekkil gizliliğinin dayandığı hukuki temel de farklılaşmaktadır. Bazı ülkelerde avukat ve müvekkili arasındaki yazışmanın korunması hukukun üstünlüğüne katkıda bulunduğu ölçüde avukatlık mesleğinin doğasıyla temellendirilirken, diğer üye devletlerde aynı koruma buna ek olarak daha özel bir gereklilik olan savunma hakkına saygıdan kaynaklanmaktadır.³¹⁵ Ancak, belirtmek gerekir savunma hakkına saygı tüm üye ülkeler için ortaktır. Bu bakımdan ABAD, AM&S davası sırasında yürürlükte olan ve Komisyon'un rekabet soruşturmasına ilişkin yetkilerini düzenleyen 17 Numaralı Tüzük'ün üye ülkelerde ortak olan avukat-müvekkil gizliliği bağlamında ve bunun müvekkilin savunma hakkını korumak amacı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.³¹⁶ Unutulmamalıdır ki, özellikle AM&S

³¹³ Case C-155/79 *AM & S Europe v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1982:157, para: 18–27.

³¹⁴ Case C-155/79 *AM&S Europe Limited v Commission of the European Communities*, EU:C:1982:157, para:18

³¹⁵ a.g.k, para:19.

³¹⁶ A.g.e., para: 21-22

davasında olduğu gibi Komisyon'un yürüttüğü soruşturmalarda Birlik Hukuku açısından önemli olan müvekkilin savunma hakkıdır. Avukatla iletişim, "savunma hakkı" bağlamında yapılmış olmalıdır. Yani, iletişimin avukatla yapılmış olması, tek başına bu iletişimin "savunma hakkından kaynaklanan çıkarları koruma" amacıyla yapıldığını göstermez. Konuyla ilgili bir kararında Komisyon; iki rakip şirketin avukatları arasında yapılan yazışmanın "avukat-müvekkil gizliliği kapsamında korunamayacağına" karar vermiştir. Karara konu olayda iki rakip şirketten birinin avukatı, diğer şirketin avukatına kendileri ile anlaşmazlarsa, rekabet hukuku bakımından kendilerini şikâyet edeceklerine ilişkin bir yazışmanın avukat-müvekkil gizliliği kapsamında korunması talep edilmiş, Komisyon bu talebi reddetmiştir.³¹⁷ Hukuk sözcüsü Kokott, *Akzo&Akcros v. Commission* davasında verdiği görüşte anti-tröst uyum programları kapsamında verilen, doğası gereği genel olan savunma haklarının mevcut veya gelecekteki kullanımı ile özel bir bağlantısı olmayan hukuki danışmanlıkların, avukat-müvekkil gizliliği kapsamında korunmadığını belirtmişse de³¹⁸ bu görüşün kurum içi avukatlık kapsamında uyum programları için verilen danışmanlık hizmetleri konusundaki değerlendirmeleri içerdiğine dikkat edilmelidir. Hukuk Sözcüsü Kokott'un bu görüşünün, *Akzo* davasındaki şartlar altında verildiği göz önüne alındığında, rekabet uyum programı doğrultusunda fakat bağımsız bir avukat tarafından verilmiş bir hukuki danışmanlık hizmeti kapsamındaki iletişimin, savunma hakkı ile bağdaştığı ölçüde avukat-müvekkil gizliliği kapsamında değerlendirilmesi gerekir.³¹⁹

³¹⁷ Komisyon Kararı: "C(2010)5044 of 23 July 2010 concerning a claim of legal privilege and/or protection of confidential correspondence between external lawyers in the context of an investigation pursuant to Article 20(4) of Council Regulation (EC) No 1/2003 in Case No COMP/E-1/39.612" (*Perindopril-Servier*)

³¹⁸ Hukuk Sözcüsü Kokott'un *Akzo Nobel Chemicals and Akcros Chemicals v Commission*, C-550/07 P davasındaki görüşü, EU:C:2010:229 , para: 120; ayrıca bkz; ABAD, T-125/03 ve T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals and Akcros Chemicals v Commission*, EU:T:2007:287, para 127.

³¹⁹ Karş.: Wouter P.J. Wils, "Legal Professional Privilege in EU Antitrust Enforcement: Law, Policy & Procedure", **World Competition: Law and Economics Review**, S. 42, Mart 2019, s. 21-42; Patricia Perez Fernandez, "The Difficult Relationship Between Restraints to the Attorney-Client Privilege and Compliance with the Law by Companies – Commentary on the Judgment of the Court of Justice of the European Union in the *Akzo Nobel Chemicals. and others vs. Commission* case of 14th September, 2010 (case C-550/07)", **EuCLR Criminal Law Review**, 2011, s.: 273-284; Marion Schmidt-Drüner, "Legal Professional Privilege After Akzo Case Closed?-On Companies' Struggle Against Uncertainty", **Bucerius Law Journal**, 2011, S:1, s. 25-33.: *Akzo* davasında rekabet uyum programlarına ilişkin hukuki tavsiyelerin avukat müvekkil gizliliği kapsamında olup olmadığına ilişkin özellikle Divan'ın Hukuk Sözcüsü Kokott aracılığı ile yaptığı tespitler, öğretilerde iki farklı şekilde yorumlanmıştır. Bir kısım yazarlar, bu tipte bir hukuki tavsiyenin *Akzo* kararı ışığında avukat-müvekkil gizliliği kapsamında olmadığını iddia etse de rekabet uyum programı kapsamında verilen hukuki tavsiyenin *AM&S* davasında Divan'ın belirlediği kümülatif şartları taşıdığı ve savunma hakkıyla ilişkili olduğu ölçüde avukat-müvekkil gizliliği kapsamında olduğuna ilişkin görüşler de mevcuttur.

Zamansal açıdan ise, ABAD, AM&S davasında belirttiği ve bugün de geçerli olan şekliyle, avukat-müvekkil gizliliğinden doğan korumanın, soruşturmanın konusuyla ilişkisi olduğu ölçüde, soruşturmadan önceki iletişimleri de kapsayacak şekilde genişletilebilir olduğunu söylemiştir. Hatta, *Alcogroup* davasında, farklı tarihlerde iki ayrı soruşturma geçiren davacı teşebbüsün ikinci kez soruşturulması sırasında, ilk soruşturmaya ilişkin yazışmaların da avukat-müvekkil gizliliği kapsamında olduğu değerlendirilmiş ve Komisyon incelemekten vazgeçtiği belgeler dizinine birinci soruşturmaya ilişkin avukatlarla yapılan yazışmaları da eklemiştir.³²⁰

b- Haberleşmenin Avrupa Birliği veya Avrupa Ekonomik Bölgesi'nde Faaliyet Gösteren Bağımsız Avukatla Yapılması

ABAD'ın, bir iletişimin avukat-müvekkil gizliliği kapsamında korunması için aradığı ikinci kümülatif şart o iletişimin AB veya Avrupa Ekonomik Bölgesi'nde faaliyet gösteren bağımsız bir avukatla yapılması şartıdır.

Konuyla ilgili ABAD içtihadı genelde bu ikinci şart üzerinden görülen davalarla şekillenmiştir. Bu bakımdan en önemli dava *Akzo* davasıdır.³²¹ Bu davada hem ilk derece mahkemesinin kararı hem de temyiz üzerine verilen karar, ayrıca Hukuk Sözcüsü tarafından sunulan görüşler avukat-müvekkil gizliliği bakımından detaylı bir tartışma yapılmasını sağlamış, bunun sonucunda ABAD kurum içi (*in-house*) çalışan avukatlar bakımından ilkeleri belirlemiş ve bu ilkeleri gerekçelendirme imkanı bulmuştur. Nitekim AM&S davasında ABAD, davanın konusu olmadığı için yalnızca avukat-müvekkil gizliliği bakımından koruması talep edilen iletişimin bağımsız bir avukatla yapılması şartını belirtmekle yetinmişti. Ardından ABAD önüne gelen *Hilti* davasında ise, dava konusu iletişim doğrudan kurum içi çalışan avukat tarafından müvekkiline sunulan bir görüş içermiyordu. Bu davada, yalnızca bağımsız avukattan gelen bir tavsiyenin kurum içi avukat aracılığı ile şirket içi dolaşıma sokulan bir yazı söz konusuydu.³²²

³²⁰ ABAD, Case T-274/15, *Alcogroup and Alcodis v European Commission*, ECLI:EU:C:2019:870.

³²¹ ABAD, Case T-125/03 ve T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals and Akcros Chemicals v Commission*, EU:T:2007:287, k.t.:17 Eylül 2007 ve kararın temyizi sonrası ABAD'ın Case C-550/07 *Akzo Nobel Chemicals and Akcros Chemicals v Commission*, EU:C:2010:512, k.t.14 Eylül 2010.

³²² ABAD, Case T-30/89, *Hilti v Commission*, ECLI:EU:T:1991:70, para: 18.

Akzo davasında konu, Akzo ve bağlantılı şirketi olan Akcros'un aleyhine Komisyon tarafından yürütülen bir rekabet soruşturmasında, şirketin çalışanı olan avukatlar tarafından verilen hukuki tavsiyeler ve rekabet uyum programı hakkında bilgilendirmelerin avukat-müvekkil gizliliği kapsamında olup olmadığıdır. Burada Komisyon tarafından uyuşmazlık konusu belgeler ikiye ayrılmıştır. Komisyon'un Set A olarak ayırdığı belgeler, genel müdürün rekabet uyum programına ilişkin dışarıdan aldığı bir hukuki tavsiyenin şirket içi bilgilendirme notu olarak dolaştırılmasına ilişkin e-postalar iken Set B olarak ayrılan belgeler ise kurum içi çalışan bir avukat tarafından tutulan el yazması notlardan oluşmaktadır. Bahsi geçen kurum içi avukat, Akzo çalışanı olup, Hollanda'da baroya kayıtlı bir avukattır.³²³

ABAD, Akzo davasında AM&S davasında belirlediği kümülatif şartları yineleyerek, Akzo'nun kurum içi avukatlarla yaptığı yazışmalarda avukat-müvekkil gizliliği korumasından faydalanamayacağını belirtmiştir. ABAD, bu noktada kurum içi avukatın müvekkiline iş sözleşmesiyle bağlılığının altını çizmektedir. ABAD'a göre, bağımsız bir avukatla kurum içi çalışan bir avukatın müvekkilleriyle olan ilişkileri birbirinden çok farklıdır. Kurum içi çalışan bir avukat müvekkiline iş sözleşmesiyle bağlıdır. Kurum içi çalışan avukat, bağımsız bir avukat ile aynı şekilde baroya kayıtlı olup, meslek kuralları ve yükümlülükleriyle bağlı olsa da mesleki yükümlülükleriyle müvekkilinin çıkarları arasındaki olası bir çatışmayla bağımsız avukata göre daha az başa çıkabilir durumdadır. Çünkü kurum içi çalışan bir avukat, iş sözleşmesinin doğası gereği işverenin ticari amaçlarını görmezden gelemeyeceği, reddedemeyeceği bir işçi pozisyonundadır. Ekonomik anlamda işvereniyle arasındaki yakın bağ sebebi ile kurum içi çalışan bir avukat, bağımsız çalışan bir avukatla aynı bağımsızlığa sahip değildir.³²⁴ Oysa Akzo davasındaki davacılar, Hollanda Hukuku'nda kurum içi avukatların da baroya bağlı avukatlar olarak avukat-müvekkil gizliliği korumasından faydalanabildiğini belirtmişlerdi.³²⁵ Davacılar Hollanda Hukuku'nda kurum içi çalışan avukatla bağımsız avukat arasında meslek kurallarına ve mesleki yükümlülüklerle bağlılık açısından fark bulunmadığını vurgulamıştır. ABAD,

³²³ Jon Lawrence ve Elaine Whiteford, "EU Court Clarifies Legal Privilege in European Investigations", **Law and Financial Markets Review**, 2007, S. 1, s. 507.

³²⁴ ABAD, Case C-550/07 *Akzo Nobel Chemicals and Akcros Chemicals v Commission*, EU:C:2010:512 para:45-49.

³²⁵ Hollanda Yüksek Mahkemesi bir kararında kurum içi çalışan avukatların avukat-müvekkil gizliliğinden faydalanması gereğini kabul etmiştir. Kararda belirtildiğine göre, Hollanda Hukuku'na göre, bir işveren, bir avukat çalıştırmadan önce avukatla imzalayacağı iş sözleşmesinde, avukatın mesleki yükümlülüklerine saygı duyacağını taahhüt etmek zorundadır. İlgili yönetmeliğe göre, işveren kurum içi çalıştırılan avukatın bu yükümlülükleri yerine getirmesi için işi ve işyerini uygun şekilde organize etmekle yükümlüdür. NL:HR:2013:BY6101, 13.03.2013, para:5; Karş: Andreas Ruster ve Sebastian von Massow, s.25.

davacıların Hollanda Hukuku ve Birlik Hukuku arasındaki kurum içi çalışan avukatların avukat-müvekkil gizliliği uygulanmasına ilişkin ikircikli bu durumun hukuki kesinlik ilkesini ve eşit davranma hakkını ihlal ettiğini söylemesine karşılık; AB Hukuku seviyesi ile ulusal hukuk seviyesi arasında bir fark olduğunu ve davacı teşebbüslerin bu iki seviye arasındaki farkı ayırt edebilecek durumları olduğunu belirtmiştir. ABAD, Komisyon'un 17 Numaralı tüzük ve 1/2003 numaralı Tüzük'ten kaynaklanan soruşturmaya ilişkin yetkilerini hatırlatarak bu yetkilerin kullanımının ulusal seviyedeki bir soruşturma için kullanılan yetkilerle karıştırılmaması gerektiğini belirtmiştir. Bu ayrım dolayısıyla Birlik hukuku ve ulusal hukukun uygulamaları değişebilir. ABİDA 101. ve 102. maddeleri bu uygulamaları üye devletler arasındaki ticaretin sonucu ortaya çıkabilecek engeller bakımından ele alırken, her ulusal yasama organı durumu kendisine özgü karar verme yetkisi temelinde yönetir ve avukat-müvekkil gizliliğine yönelik kısıtlamaları bu bağlamda değerlendirir.³²⁶ Kısacası, ABAD, avukat-müvekkil gizliliğine ilişkin kuralların üye devlet ve Birlik arasındaki yetkilerin bölüşümü kapsamında değişebileceğini ifade etmektedir.³²⁷

ABAD, Akzo içtihadıyla, 1982 yılındaki AM&S davasında belirttiği “İletişim müvekkil ile müvekkilin işçisi olmayan, bağımsız ve AB veya Avrupa Ekonomik Bölgesi’nde faaliyet gösteren bir avukat arasında yapılmışsa” şartını daha da öteye taşımaktadır. Kurum içi çalışan avukata, kendi ülkesinde bağlı bulunduğu meslek kurallarından bağımsız şekilde bir bakış açısı getirerek, hangi meslek kuralları ile bağlı bulunursa bulunsun kendisini işçi-işveren ilişkisi kapsamında ticari çıkarlar doğrultusunda müvekkiliyle özdeşleştirdiğini kabul etmektedir.³²⁸ Oysa ki, ABAD, AM&S davasında, avukatların bağımsızlığına ilişkin bu şartı gerekçelendirirken, -Akzo davasında da bu gerekçeyi yinelemiştir- açık bir şekilde, avukatın etik kurallara bağlılığı ve adaletin sağlanması arasında bağ kurmaktadır. Akzo davasında, dava konusunun baro üyesi olarak mesleki kural ve yükümlülüklerle bağlı kurum içi çalışan bir avukatla yapılan iletişim olması sebebiyle, Hukuk Sözcüsü Kokott, Divan’ın da sonradan

³²⁶ ABAD, Case C-550/07 *Akzo Nobel Chemicals and Akros Chemicals v Commission*, EU:C:2010:512, para: 100-104.

³²⁷ Maurits Dolmans, Dirk Vandermeersch ve Jay Modrall, “The European Court of Justice Denies Professional Legal Privilege to Employed Lawyers”, **Employee Relations Law Journal**, Bahar 2011, C. 36, S. 4, s.4, <https://www.clearlygottlieb.com/~media/organize-archive/cgsh/files/publication-pdfs/european-court-of-justice-denies-professional-legal-privilege-to-employed-lawyers.pdf>, (e.t.:17.05.2022).

³²⁸ Luis Pais Antunes, “Just Another Brick in the Wall: Communications with In-house Lawyers Remain Unprotected by Legal Privilege at the European Union Level”, **Journal of European Competition Law & Practice**, 2011, C. 2, S. 1, s.4.

kararıyla teyit ettiği şekliyle;³²⁹ “bağımsızlığın negatif ve pozitif olmak üzere iki yönü olduğunu, mesleki etik kurallara bağlılığın bağımsızlığın pozitif yönünü ve iş sözleşmesi ile müvekkile bağlı olmamanın da bağımsızlığın negatif yönü olduğunu” belirtmiştir.³³⁰

Öncelikle, Hollanda hukukunun yeterli bir güvence olarak gördüğü; işverenin, işçisi avukatın meslek kurallarına uyması için uygun ortam sağlama yükümlülüğü şartı, Birlik Hukuku seviyesinde yeterli görülmemektedir. Ayrıca, AB Hukuku’na ilişkin rekabet yetkisini oluşturan alan ile ulusal rekabet otoritelerinin rekabet yetkisini oluşturan alanın birbirinden bağımsız farklı iki yetki alanı olduğuna ilişkin vurgudan, ABAD’ın bu alanlar arasında bir etkileşim ve bağlantı olmadığını kabul ettiği çıkarımı yapılabilir. ABAD’a göre, aksi yorum AB Hukuku’nun önceliği ilkesi bakımından, ayrıca AB Komisyon’unun rekabet alanındaki yetkilerinin etkililiği bakımından sorunlar doğuracaktır. Ayrıca ABAD, AB düzeyinde avukat-müvekkil gizliliği ilkesinin tek tip yorumlanması ve uygulanmasının, rekabet hukuku soruşturamalarında teşebbüslerin eşit muamele gördüğü koşullar altında gerçekleştirilebilmesi için gerekli olduğunu belirtmektedir.³³¹

ABAD’ın bu kabulü, beraberinde birçok soruyu akla getirmektedir:

Hollanda Hukuku açısından, kurum içi çalışan avukatların da avukat-müvekkil gizliliğinin kapsamına dahil edilmesi Birlik Hukuku’ndaki Akzo içtihadında kabul edilen uygulamaya göre daha ileri bir düzenleme olarak kabul edilebilir mi? Eğer yukarıdaki soruya olumlu yanıt verilirse, bu durum Birlik Hukuku tarafından sağlanan bir hakkın kapsamına ilişkin bir soruna işaret eder ve Birlik Hukuku’nun parçası olan ABTHŞ’nin 53. maddesi bağlamında “koruma düzeyi” ile ilgilidir. Hollanda Hukuku’ndaki uygulamanın “sınırlandırıcı” ya da “olumsuz etkileyici” şekilde yorumlanmaması gerekir³³². Yukarıdaki soru kapsamında Birlik Hukuku’nun ulusal hukuka göre daha geri düzeyde bir koruma sağladığı kabul edilirse,

³²⁹ ABAD, Case C-550/07 Akzo Nobel Chemicals and Akros Chemicals v Commission, EU:C:2010:512, para. 45.

³³⁰ Hukuk Sözcüsü Kokott’un Akzo Nobel Chemicals and Akros Chemicals v Commission, C-550/07 P, davasındaki görüşü, EU:C:2010:229, para: 60-61.

³³¹ ABAD, Case C-550/07 Akzo Nobel Chemicals and Akros Chemicals v Commission, EU:C:2010:512, para:115.

³³² ABTHŞ m. 53: “Koruma Düzeyi- Bu belgede yer alan hiçbir husus “Avrupa İnsan [H]akları Sözleşmesi” ve üye ülkelerin kendi anayasaları da dahil olmak üzere Birlik yasalarının, uluslararası yasaların, Birliğin, topluluğun veya tüm üye ülkelerin taraf oldukları uluslararası antlaşmaların kendi uygulama alanlarında tanıdığı insan hakları ile temel özgürlükleri sınırlandırıcı veya olumsuz etkileyici şekilde yorumlanamaz.”, Hacı Can, **Avrupa Birliği Mevzuatı: Temel Metinler**, İstanbul: Sürat Üniversite Yayınları, Nisan 2014, s.342.

*Melloni*³³³ davasında olduğu gibi; AB entegrasyonu, temel haklar korumasını ne ölçüde düşürülmesini gerektirir?³³⁴ Bu durumda akla gelen diğer bir soru, birincil hukukun, Şart'ın 53. maddesi kapsamında daha ileri düzeyde uygulamaya sahip olan Hollanda Hukuku karşısında AB Hukuku'nun önceliğine ilişkin yasal bir istisna tanıyıp tanımadığıdır.³³⁵

Günümüzde, hukuki yardıma ve yargısal süreçlerde temsil edilme hizmetine erişim bakımından kurum içi avukatlar, serbest avukatlara göre daha ekonomik ve daha hızlı çözümler sunmaktadır. Bunun yanında şirketin iç dinamiklerine daha hakim bir hukuki yardım stratejisi oluşturmak adına kurum içi çalışan avukatlar, serbest avukatlara göre oldukça avantaj sağlamaktadır. Öte yandan, şirketlerin faaliyetlerinin hacmi büyüdükçe daha büyük bir hukuk operasyonuna sahip olma ihtiyacı en iyi şekilde kurum içi çalışan avukatlardan kurulu bir örgütlenme aracılığı ile çözülebilir. Bu ihtiyaca karşılık olarak avukat-müvekkil gizliliği ile sağlanan korumanın, kurum içi avukatları da dahil etmesi, şirketin savunma hakkı stratejisini daha özgür bir şekilde oluşturabilmesini sağlayarak, savunma hakkı bakımından daha ileri bir koruma düzeyine işaret eder. ABAD'ın *Akzo* kararının sonucu olarak, bir şirketin rekabet stratejisini belirlerken, ulusal rekabet yetki alanı ile Birlik Hukuku yetki alanı arasında bir ayrım yaparak hareket etmek zorunda kalması öğretilde eleştirilmiştir. Hollanda Hukuku'nda olduğu gibi kurum içi çalışan avukatlara avukat-müvekkil gizliliği koruması sağlayan ülkelerdeki şirketler için, Komisyon soruşturmalarına karşı avukat-müvekkil gizliliği bakımından daha az koruma düzeyine hazırlıklı olmaktan başka çare kalmamaktadır.³³⁶

İkinci olarak, kurum içi çalışan avukatın avukat-müvekkil gizliliğinin sağladığı korumadan yararlanması, müvekkilinin savunma hakkı bakımından değerlendirilmesi gereken bir konu olmakla beraber aynı zamanda AİHS'in 8. maddesi kapsamında avukatın mesleki yaşam hakkı bakımından da ayrıca değerlendirilmelidir. Kurum içi çalışan bir avukatın, avukat-

³³³ ABAD, Case C-399/11 *Stefano Melloni v Ministerio Fiscal*, ECLI:EU:C:2013:107, para. 60-63.

³³⁴ Aida Torres Pérez, "Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue", *European Constitutional Law Review*, Eylül 2014, C. 10, s. 33.

³³⁵ De Witte, Bruno, "Article 53", Steve Peers(ed.), Tamara Hervey(ed.), Jeff Kenner(ed.), Angela Ward(ed.), **The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary** içinde, Hart:Oxford, 2014, s.1536-1537, <https://iow.eui.eu/wp-content/uploads/sites/18/2015/04/Spaventa-12-DeWitte.pdf> (e.t.:27.07.2022); De Witte, yorumunda, öncelik ilkesine rağmen yalnızca ABTHŞ md. 53'e dayanarak AB Hukuku'nun uygulanmasına bir istisna sağlamayacağını, ABTHŞ'nin 53. maddesinin bu anlama gelmediğini düşünmektedir. ABTHŞ md. 53'ün ABA md. 4 ile yorumlanarak, daha ileri düzeydeki korumanın üye devletlerin anayasal kimliği kapsamında Birlik kurumları tarafından ciddiye alınması gerektiğine işaret ettiğini belirtmektedir.

³³⁶ Marion Schmidt-Drüner, "Legal Professional Privilege After Akzo Case Closed?-On Companies' Struggle Against Uncertainty", *Bucerius Law Journal*, 2011, Sayı:1, s. 25-33.

müvekkil gizliliğinin sağladığı korumadan faydalandırılmaması, mesleğini gereği gibi yerine getirememesi sonucunu doğuracaktır. Öğretide Avrupa'daki birçok kurum içi çalışan avukatın avukat-müvekkil gizliliği korumasının azaltılması nedeniyle çalıştıkları pozisyonların bir uyum görevlisi pozisyonuna indirgenerek aşındırıldığı iddia edilmektedir.³³⁷ Bu sebeple AB Hukuku bakımından kurum içi çalışan bir avukata verilmeyen avukat-müvekkil gizliliğinden doğan korumanın, ulusal hukukta kendisine sağlanana göre daha az koruma düzeyi oluşturduğu ileri sürülebilir.

ABTHŞ'nin 53. maddesinin *Akzo* davasındaki gibi bir olaya uygulanıp uygulanmaması yalnızca üye devletin anayasasının daha ileri koruma düzeyi sağladığının tespiti ile çözülemez. *Melloni* davasındaki görüşünde Hukuk Sözcüsü Bot'un söylediği gibi; ABTHŞ'in 53. maddesindeki "uygulama alanı" ibaresinin işaret ettiği şekilde, üye devletin anayasasından kaynaklanan koruma düzeyi otomatik olarak Avrupa Birliği düzlemine aktarılamaz ve Birlik hukukunun uygulanmasında argüman olarak kabul edilemez.³³⁸ Ancak burada Komisyon'un yetkilerini bizzat kullanmasının, ulusal hukukta kurum içi çalışan avukatlara ve müvekkil şirketlerine tanınan avukat-müvekkil gizliliğinden sağlanan korumayı kullanılamaz kılıp kılmadığı değerlendirilmelidir. Bunun için öncelikle Komisyon'un ve ulusal makamların yürüttüğü soruşturmalar açısından ulusal hukuk ile Birlik Hukuku arasında yetki ayrışmasının tespit edilmesi, daha sonra bu ayrışmanın şirketin ve avukatın faaliyetlerine ne şekilde etki ettiğinin araştırılması gereklidir. Eğer ki, *ABAD*'ın *Akzo* kararında söylediği gibi gerçekten teşebbüs şirketler hukuk departmanlarını oluştururken bu ayrışmayı öngörerek faaliyetleri sırasında Birlik Hukuku ve ulusal hukuku keskin bir şekilde ayırarak hareket edebilecek durumdalarsa, gerçekten avukat-müvekkil gizliliği konusunda Birlik Hukuku uygulamasının ulusal hukuktaki kurallara sirayet etmediği söylenebilecektir.

Bir rekabet politikasının Birlik hukuku düzeyinde mi yoksa üye devletin ulusal hukuku kapsamında mı olduğu "AB Birleşme Tüzüğü" nün 1.maddesine göre değerlendirilir.³³⁹ İlgili düzenleme, hangi rekabet ilişkisinin Birlik Hukuku düzeyinde olacağına yönelik olarak, ilgili

³³⁷ Christoph Henkel, "Attorney-Client Privilege for In-House Counsel in the European Union", online makale, https://www.researchgate.net/publication/283494844_Attorney-Client_Privilege_for_In-House_Counsel_in_the_European_Union (e.t. 21.05.2022).

³³⁸ Hukuk Sözcüsü Bot'un C-399/11 *Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal* davasındaki görüşü, 2 Ekim 2012, para:111.

³³⁹ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) (Text with EEA relevance)

teşebbüs veya teşebbüslerin operasyonlarının mali boyutuna ve kapsamına bağlı sınırlamalar getirmiştir. Tüzüğün öngördüğü kapsam veya mali boyutun altında kalan teşebbüslerin rekabet ilişkilerinde yetki, üye devletlerin ulusal hukukuna göre faaliyet gösteren ulusal rekabet otoritelerine aittir. O halde ortada “tek pazar” vardır fakat AB düzeyi ve ulusal düzey olmak üzere farklı hukuk kurallarının uygulandığı farklı iki alan mevcuttur. Sorun tek pazarda, iki hukuk düzeyinde farklı hukuk uygulamalarının varlığından kaynaklanmaktadır. Rekabet soruşturmasını yürütecek otoriteler açısından yetkilerinin sınırları ve bu sınırlar içerisinde hangi hukuk kurallarının uygulanacağı bellidir; ancak teşebbüsler ve onların hukuk departmanları açısından aynı belirgin ve öngörülebilir durumdan bahsedemeyiz. Piyasa şartlarının değişkenliği, pazarın dinamik yapısı, çok yönlülüğü düşünüldüğünde teşebbüs ve bünyesinde çalışan avukatı açısından belirsizlik söz konusudur. Rekabet hukukunun diğer hukuk alanlarıyla ilişkisi, doğası gereği aynı anda hem ulusal hukukla ilgili hem de Birlik Hukuku düzeyinde bir hukuki tavsiyeyi içerebilir. Örneğin, kurum içi çalışan bir avukatın çalıştığı şirkete etkili bir şekilde hukuki tavsiye vermeye ulusal hukuk bağlamındaki bir hukuk alanı -rekabet hukuku, taşıma hukuku, vergi hukuku, ceza hukuku vb.- bakımından imkanı olup, Birlik Hukuku seviyesindeki bir uyuşmazlıkla ilgili vereceği tavsiyede avukatlıktan doğan haklarının görmezden gelinmesi, bu suretle şirketin, avukata sahip olmakla bağlantılı haklardan faydalanamaması çelişkili bir durum yaratmaktadır. Ticari faaliyetin çok yönlülüğünün aynı anda ulusal hukuk ve Birlik Hukuku düzeyinde hukuki görüş vermeyi gerektirmesi, kurum içi çalışan bir avukatın, mesleğini gereği şekilde yerine getirememesi sonucunu doğurduğu gibi, aynı zamanda şirketin de etkili bir hukuki yardım alma imkanını ortadan kaldırır veya daha yavaş ve daha pahalı bir çözüm olarak, teşebbüsü serbest avukattan hukuki yardım almaya zorlar.

Diğer bir konu ise üye devletlerin ulusal rekabet otoriteleri ile Komisyon arasındaki bilgi alışverişi esnasında üye devlette uygulanan avukat-müvekkil gizliliği kapsamındaki korumanın düzeyinin gerilemesidir. Avrupa Rekabet Ağı kapsamında Komisyon ve ulusal rekabet otoritelerin yakın işbirliği Birlik rekabet hukukunun uygulanması için temel faktör olarak kabul edilmektedir.³⁴⁰ Bu bağlamda, AB’nin rekabet politikası bağlamındaki amaçlarını gerçekleştirmek için ulusal rekabet otoriteleri ile Komisyon arasındaki bilgi alışverişi önem

³⁴⁰ Recital XV of the Preamble to Council Regulation 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

taşımaktadır.³⁴¹ 1/2003 numaralı Tüzük'ün 12/1 numaralı maddesi ulusal rekabet otoriteleri ile Komisyon arasında avukat-müvekkil gizliliği kapsamında korunan bilginin alışverişine imkan sağlamaktadır. Her ne kadar madde kapsamında değiş-tokuş edilen bilginin Birlik Rekabet Hukuku'nu gerçekleştirmek amacıyla yapılabileceği öngörülmüşse de bu avukat-müvekkil gizliliği kapsamında elde edilen bilginin nasıl kullanılacağına ilişkin bir öngörude bulunmamaktadır. Bu bakımdan, bilgi alışverişi sırasında, avukat-müvekkil gizliliği bakımından daha koruyucu durumda olan üye devletin rekabet otoriteleri, bu iş birliği aracılığı ile normalde elde edemeyeceği kanıtlara erişebilir.³⁴²

Sonuç olarak, *Melloni* davasındaki ulusal makamların Birlik Hukuku kurallarını uygulamakla ilgili düştüğü ikilemden farklı olarak, her iki örnekte de Komisyon, tamamen kendi yetki alanındaki gücünü kullanarak, ulusal hukukta tanınmış olan bir hakkı kurum içi avukatlar ve müvekkilleri için kullanılamaz kılmaktadır.

O halde, avukat-müvekkil gizliliğinin yeknesak uygulanmasıyla AB hukukunun etkililiği ve önceliği konusunda elde edilecek hukuki yarar ile ABTHŞ'nin 53. maddesi kapsamında ulusal hukuk düzeyinde sağlanan bir temel hak bakımından daha ileri koruma düzeyinin uygulanması arasında bir çatışma olduğu ortadadır.

Üye devletler arasında avukat-müvekkil gizliliğine ilişkin tek bir uygulama olmadığı ve ABTHŞ 53. maddesi bakımından daha ileri koruma düzeyine Birlik makamları tarafından saygı duyulduğunda, ABAD'ın da kabul ettiği gibi, Komisyon'un rekabet soruşturmasında delil toplama yetkisinin yeknesak uygulamasını sekteye uğratacaktır. Rekabete ilişkin politikalar bakımından, tek pazar uygulamasının da bu şekilde sekteye uğrayacağı söylenebilir. Ancak, salt amaçsal yorumla hukuki sonuca ulaşmak, normların birbiri ile ilişkisini göz ardı etmek anlamına geleceğinden, birincil hukukun parçası olan ABTHŞ 53. maddesini de yok saymak anlamına gelebilir.

³⁴¹ Arianna Andreangeli, "The Protection of Legal Professional Privilege in EU Law and the Impact of the Rules on the Exchange of Information within the European Competition Network on the Secrecy of Communications between Lawyer and Client: one step forward, two steps back?", **The Competition Law Review**, Ağustos 2005, S. 2, s.43.

³⁴² a.g.e., s.44.

Öğretideki eleştiriler dikkate alındığında, ABTHŞ'nin 53. maddesini politik değerinden farklı olarak³⁴³ hukuki değerini ölçebilecek yeni bir yoruma ihtiyaç olduğu söylenebilir. Bir başka çözüm de avukat-müvekkil gizliliği uygulamasının Birlik Hukuku içinde yeknesaklaştırılması ve entegrasyona dahil edilmesi olabilir. Ancak ulusal hukukta daha ileri düzeyde korumanın mevcut olduğu her senaryoda entegrasyona dâhil edilecek olan norm alanıyla haklara sağlanacak koruma düzeyi, ileri düzeyde koruma sağlayan üye devletin ulusal hukukunun korumasına engel olmamalıdır. Avukat-müvekkil gizliliği bakımından ise kurum içi avukatın ve müvekkilinin ulusal hukukta sahip olduğu hakları, Birlik Hukuku'nda ileri sürmesi bu açıdan mümkün olabilmelidir.

Akzo kararındaki bir diğer soru şudur: Kurum içi çalışan bir avukatın, mesleğini müvekkili ile arasındaki iş sözleşmesi kapsamında baroya kayıtlı bir avukat olarak meslek kuralları kapsamında yürütmesi durumunda müvekkilinin çıkarlarını meslek kurallarından daha üstün tutacağına ilişkin ABAD'ın yaklaşımı bir varsayımdan daha fazlasını ifade etmekte midir? Bu noktada *Bartosz ve Agata*, müvekkilin o hukuk firması için kilit bir pozisyonda olduğu durumda, bağımsız avukatın müvekkilin çıkarları ile meslek kuralları arasındaki olası bir çatışmada kurum içi avukatla bağımsız avukatın durumlarının aynı olabileceği, mevcut gerekçenin bu sebeple her duruma uygulanamayacağını savunmaktadır.³⁴⁴ Öte yandan, *Bartozs ve Agata* tarafından tam tersi savunulsa da³⁴⁵, meslek etik kurallarına aykırı olarak, avukat-müvekkil gizliliğinin kötüye kullanılmasıyla kartele ilişkin belgelerin avukatın ofisinde saklanması için avukatın bağımsız olması ya da kurum içi olarak çalışması arasında fark bulunmadığı kanaatindeyiz. Sonuç olarak meslek kuralları her iki türden çalışan avukatı da bağladığından, biri için risk teşkil eden durum, öteki için de risk teşkil edebilir. Bu bakımdan, Hukuk Sözcüsü Kokott'un sunduğu görüş paralelinde ABAD kararının öğretide haklı olarak

³⁴³ Hukuk Sözcüsü Bot'un C-399/11 *Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal* davasındaki görüşü, 2 Ekim 2012, para:129; Hukuk sözcüsü Bot, *Melloni* davasında ABTHŞ'nin 53. maddesinin politik ve sembolik anlamının altını çizmekte ve ilgili maddenin gerekçesinin altını çizmektedir. Gerekçede 53. madde ile Birlik Hukuku, ulusal hukuk ve uluslararası hukukun kendi kapsamı dahilindeki koruma düzeylerinin, kendi alanlarında korunmasının amaçlandığı belirtilmektedir. Öyleyse bu gerekçeden Hukuk Sözcüsü Bot'un çıkarımından farklı olarak; *Akzo* içtihadında olduğu gibi, Birlik Hukuku'nun uygulanması ile üye devletin ulusal hukukunda tanınmış bir korunma düzeyini etkisiz hale getirmekle, 53. madde kapsamında ulusal hukukun koruma düzeyi görmezden gelinmektedir.

³⁴⁴ *Turno ve Zawłocka-Turno*, s.204.

³⁴⁵ a.g.e, s. 204.

eleştirildiği şekliyle katı bir formül olarak ele alınması yerine, bağımsız avukat şartının değerlendirilmesinin olay bazında daha esnek yapılmasını gerektirmektedir.³⁴⁶

AM&S kararına bakıldığında, ABAD'ın üye devletlerin ortak uygulamalarını avukat-müvekkil gizliliği ilkelerinin ortaya konulmasında referans gösterdiği gözden kaçmamalıdır.³⁴⁷ O halde, 1982 yılından bu yana üye devletlerin avukat-müvekkil gizliliği kapsamındaki uygulamaları Birlik içtihadının değişmesine zemin hazırlayabilir. Akzo davasında, davacılar tarafından 1982 yılından bu yana üye devletlerin uygulamalarının değiştiği ve bu durumun AM&S içtihadından dönülmesini gerektirdiği ileri sürülmüşse de³⁴⁸ ABAD tarafından bu talep kabul görmemiştir. ABAD'a göre, AM&S kararının verildiği 1982'den davaya ilişkin olayın gerçekleştiği 2004 yılına kadar, kurum içi çalışan bir avukatın avukat-müvekkil gizliliği kapsamında korunması geçmişe göre daha yaygın bir uygulamaya dönüşse de üye devletlerin yasalarında tek tip veya açıkça çoğunluk oluşturacak şekilde yaygın bir uygulamaya dönüşmemiştir. Çoğu üye devlette kurum çalışan avukatlar baroya kayıtlı değildir; bu sebeple bağımsız avukatlarla kurum içi avukatlar aynı statüde bile değildir.³⁴⁹ Bu konuda, öğretide Akzo içtihadıyla kurum içi çalışan avukatlara avukat-müvekkil gizliliği kapsamında korumanın sağlanmamasıyla, Birlik Hukuku açısından yeknesak bir avukat-müvekkil gizliliği içtihadı ve avukatlık meslek kurallarına uyum standardı getirme fırsatının kaçırıldığı ileri sürülmüştür.³⁵⁰

Öğretide, Akzo kararının yaygın etkisi olarak ulusal rekabet makamlarının yeknesak uygulama adına, içtihadın ulusal uygulamalara sirayet edebileceği iddia edilmiştir. Ancak gerçekte ulusal yargı makamları bu eğilime karşı direnmiş gözükmemektedir. Akzo davasından sonra bazı üye devletlerin rekabet otoritelerinin de ABAD'a paralel şekilde kurum içi çalışan avukatın avukat-müvekkil gizliliği kapsamındaki korumadan yararlandırılmamasına ilişkin kararlar verdiği³⁵¹, ancak bu kararların ulusal yargı makamları tarafından daha sonra iptal

³⁴⁶ a.g.e., s.205.

³⁴⁷ ABAD, Case C-155/79 *AM&S Europe Limited v Commission of the European Communities*, EU:C:1982:157, para:21

³⁴⁸ ABAD, Case C-550/07 *Akzo Nobel Chemicals and Akcros Chemicals v Commission*, EU:C:2010:512 para:70.

³⁴⁹ a.g.k., para:70-72.

³⁵⁰ Julia Holtz, "Legal Professional Privilege in Europe: a Missed Policy Opportunity", **Journal of European Competition Law & Practice**, 2013, S. 4, s.412.

³⁵¹ Maurits Dolmans, Dirk Vandermeersch, Jay Modrall, "The European Court of Justice Denies Professional Legal Privilege to Employed Lawyers", **Employee Relations Law Journal**, Bahar 2011, C. 36, S. 4, s. 5, <https://www.clearlygottlieb.com/~media/organize-archive/cgsh/files/publication-pdfs/european-court-of-justice-denies-professional-legal-privilege-to-employed-lawyers.pdf>, (e.t.:18/7/2022).

edildiği gözlemlenmektedir.³⁵² Öte yandan, Akzo kararından sonra kurum içi çalışan avukatla serbest çalışan avukat arasında farklı uygulama geliştiren üye devlet mahkemeleri de bulunmaktadır.³⁵³

C- Anayasa Mahkemesi Kararları’nda Avukatın Müvekkili ile Haberleşmesi’nin Avukat-Müvekkil Gizliliği Bakımından Korunması

(1) Türk Hukuku’nda Avukatın Müvekkili ile Haberleşmesi’nin Avukat-Müvekkil Gizliliği Bakımından Korunmasına ilişkin Kurallar

a- Tutuklu ve Hükümlülerin Avukatlarıyla Haberleşmesine İlişkin Kurallar

CGTİHK’nın 68. maddesinde hükümlünün mektup, faks ve telgrafları alma ve gönderme hakkı düzenlenmiştir. Buna göre, hükümlü masrafları kendisince karşılanmak koşuluyla kanundaki sınırlamalarda sayılan durumlar dışında mektup alma ve gönderme hakkına sahiptir. Gerekli altyapının bulunduğu durumlarda elektronik yöntemlerle de mektup alıp gönderebilir

Hükümlünün mektup alması ve vermesi cezaevlerinde kurulacak bir mektup okuma komisyonu aracılığı ile denetlenmektedir. Ancak kanuna göre, hükümlünün avukatına göndermek üzere yazılmış mektupları bir denetime tabi değildir. Kanuna göre “*Bu iletiler, alıcısı dışındaki kişilerin erişimini engelleyici tüm tedbirler alınarak hükümlünün talebine göre posta yoluyla veya elektronik ortamda alıcısına ulaştırılabilir.*” Ancak kanun bu tedbirlerin neler olacağına ilişkin bir açıklama getirmediği gibi, “Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik”te de, bu tedbirlerin neler olacağı

³⁵² Akzo davasındaki ABAD’ın 2007 yılındaki kararından sonra, ulusal rekabet otoriteleri kurum içi çalışan avukatların oluşturduğu birlik olan “*Institut des juristes d’entreprise*” üyelerini avukat-müvekkil gizliliği korumasından muaf tutmak istemişse de, Belçika Temyiz Mahkemesi, durumu kurum içi çalışan avukatın AIHS’in 8. maddesi bakımından (özel yaşam hakkı) değerlendirmiş ve kurum içi çalışan avukatla müvekkili arasındaki iletişimi avukat-müvekkil gizliliği koruması kapsamında değerlendirmiştir. Ayrıca Alman Anayasa Mahkemesi 6 Temmuz 2018 tarihli Jonas Day isimli kararında belli şartlar altında kurum içi çalışan avukatın avukat-müvekkil gizliliğinden kaynaklanan korumadan faydalanabileceğini kabul etmiştir; DLA Piper, **Legal Privilege Global Guide, Full Handbook**, 2021, <https://www.dlapiperintelligence.com/legalprivilege/insight/handbook.pdf>,

³⁵³ İspanya’da, kurum içi avukatın diğer hukuk alanlarında avukat-müvekkil gizliliği koruması kabul edilirken, rekabet hukuku bakımından avukat-müvekkil gizliliği kabul edilmemektedir. Çek Cumhuriyeti ve İtalya’da Akzo içtihadından sonra ulusal mahkemelerin avukat-müvekkil gizliliği korumasını kurum içi avukatlara uygulamadığı kararlar vermektedir. DLA Piper, **Legal Privilege Global Guide, Full Handbook**, 2021, <https://www.dlapiperintelligence.com/legalprivilege/insight/handbook.pdf> , (e. t.:19.06.2022).

düzenlenmemiştir. Hatta, Kanun'un avukatların müvekkilleri ile cezaevinde yüzyüze görüşme hakkını düzenleyen daha önceki bölümlerde bahsettiğimiz 59. maddesinin yönetmelikteki karşılığı olan 72. maddesine atıf yaparak, sayılan suçlardan hüküm giymiş kişilerle ilgili avukatlarla yazışmalarına müdahale edilebileceği belirtilerek Yönetmelik hükümleri bu hakkı oldukça geniş bir biçimde sınırlama imkanı getirmiştir.

Kanun'da avukatla müvekkilinin telefonla görüşmesine imkan sağlayan bir düzenleme bulunmamaktadır.

b- Cezai Davalarda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Kurallar

Türk Hukuku'nda avukatın müvekkili ile iletişiminin tespitine ilişkin güvenceler CMK'da 136. maddede, şüpheli veya sanığın müdafinin ofisi veya konutu ya da yerleşim yerlerindeki telekomünikasyon araçlarının dinlenemeyeceğine ilişkin hükümle düzenlenmiştir. Bu koruma, şüpheli veya sanığın kendisine ait iletişim araçları dinlenirken avukatlarıyla yaptığı görüşmeleri de kapsar. Ayrıca telekomünikasyon araçlarıyla dinleme tedbirini düzenleyen 135. madde tanıklıktan çekilebilecek kişilerin dinlenemeyeceği belirtilmektedir. Avukatlar, yardımcıları ve katipleri de bu kategoriye girmektedir.³⁵⁴ Bu hükme göre, kişinin tanıklıktan çekilebilecek bir kişi ile dinlendiği yetkililer tarafından anlaşılırsa o kayıt derhal yok edilmelidir.

CMK, iletişimin denetlenmesine ilişkin kararı önceden verilecek hakim kararna bağlamaktadır. Sulh ceza hakiminin kararıyla iletişim ancak kanunda sayılan suçlar söz konusu olduğunda ve sınırlı süre yapılabilecektir. Bu sınırlılık, müdafinin dinlenmesine getirilen yasak ile beraber düşünüldüğünde CMK'da iletişimin dinlenmesinin denetimi için dinlenen kişiler için sonradan ancak son derece detaylı ve etkili bir denetim öngörüldüğü söylenebilir. Bu bakımdan, AİHM'in *Kopp v. İsviçre* davasındaki denetimin yargısal niteliği konusunda ortaya koyduğu ilkeler açısından sorun bulunmadığı söylenebilir. Ancak, dinlenen kişinin müdafii

³⁵⁴ Öznur Sevdiren, "Confidentiality of Correspondence with Counsel as a Requirement of a Fair Trial: Turkey—Quo vadis?", Ed: Lorena Bachmaier Winter, Stephen C. Thaman ve Veronica Lynn, **The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings: Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law**, C. 44, s.349.

sıfatı bulunmayan bir avukat olması durumunda bu koruma avukat-müvekkil gizliliği açısından etkisiz kalmaktadır.

Kanun metninde “avukat” yerine “müdafi” kelimesinin kullanıldığı düşünüldüğünde yasağın yalnızca soruşturma ile ilişkili kişilerin müdafilerini kapsadığı düşünülebilir. Zira, bir avukatın bir dosyada şüpheli olması ya da başka bir şekilde tesadüfen dinlenmesi durumunda ne gibi güvencelerin uygulanacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretide müdafi sıfatı bulunmayan avukatların kanun kapsamında yer almaması nedeniyle dinlenebileceği ileri sürülmektedir.³⁵⁵ Ancak, böyle bir durumda Avukatlık Kanunu’ndaki ve CMK’daki avukatın ofisinin ve üzerinin aranmasına ilişkin güvenceleri düzenleyen hükümlere rağmen dinlenebileceğine ilişkin bir sonuç ortaya çıkar ki, bu durumun Avukatlık Kanunu’ndaki korumayı anlamsız kılacağı kanaatindeyiz. Zira avukatın ofisinin aranması konusunda CMK’nın 130. maddesinde öngörülenlere benzer güvencelerin bu bakımdan uygulanamıyor olması eksiklik yaratmaktadır. Ele geçirilen haberleşmeye ilişkin verilerin avukat-müvekkil gizliliği bakımından bağımsız şekilde süzgeçten geçirildikten sonra soruşturmaya dahil edilmesindeki eksiklikler avukatın işlediği şüphelenilen suçla bağlantılı olmayan mesleki görüşmelerini korumak açısından yetersiz kalmaktadır.

CMK’nın 135. maddesinde öngörülen iletişimin denetlenmesine ilişkin diğer tedbirler iletişimin dinlenmesinin dışında iletişimin yapıldığı sinyal bilgilerinin ele geçirilmesi, mobil telefonun yerinin tespiti ve kişinin görüşme kayıtlarının tespiti.³⁵⁶ Öğretide kimi yazarlar avukat-müvekkil gizliliğine ilişkin korumanın iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması dışındaki haberleşmelere uygulanmayacağı³⁵⁷, kimi yazarlar tarafından ise bu müdafiyeye ilişkin bu yasağın iletişimin yapıldığı sinyal bilgilerinin ele geçirilmesi, mobil telefonun yerinin tespiti

³⁵⁵ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, 11. Baskı, s. 299; Cem Şenol, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Müdafinin İletişiminin Denetlenmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2013, C. 19, s.1675; <https://dergipark.org.tr/en/pub/maruhad/issue/48280/621969>, (e.t. 27/06/2022); Kocaoğlu, s.51..

³⁵⁶ Şenol, s. 1679.

³⁵⁷ a.g.e., 1680; Kocaoğlu, s. 63., Bozdağ ve Korkmaz, s.169-171.

ve kişinin görüşme kayıtlarının tespiti açısından da uygulanması gerektiği değerlendirilmektedir.³⁵⁸

Kanaatimizce avukatın iletişiminin denetlenmesine ilişkin güvenceler avukat-müvekkil gizliliğinin korunmasına ilişkin olduğundan, avukatın soruşturulan suçtaki konumu ve avukat-müvekkil gizliliğinin korunmasındaki değere göre güvenceler oluşturulmalıdır. Bu bakımdan, avukatın şüpheli/sanık olduğu bir durumda iletişiminin denetlenebilmesi mümkün olabilir ancak avukatın işlediği suçla bağlantısı olmayan görüşmelerinin kayda alınmasının engellenmesi veya yargısal güvencenin kaydın alınması sırasında da uygulanabilmesi gibi tedbirin uygulanması sırasında işleyebilecek sert önlemlere ihtiyaç vardır. Nitekim, konu avukat-müvekkil gizliliği olduğunda önemli olan yalnızca kayda alınan bilgilerin delil olarak kullanılması değil, aynı zamanda bu bilgilerin soruşturmacılar tarafından öğrenilmemesidir.³⁵⁹ CMK'nın şu anki sisteminin avukat-müvekkil gizliliğine ilişkin bilgilerin delil olarak kullanılmasını engellemesi için özel olarak yasa hükmüne ihtiyaç duymamaktadır. Zira avukat-müvekkil gizliliğinin koruduğu hukuki yarara ilişkin olarak hem savunma hakkı, hem kendini suçlamama hakkı Anayasa'da düzenlenmiştir. (Anayasa md. 36 vd.) Önemli olan usuli güvencelerin yasada öngörülerek avukat-müvekkil gizliliği korumasının işlevselleştirilmesidir.

c- Müvekkil Nezdindeki Yazışmalara El Koyma İşlemlerine İlişkin Kurallar

Avukat-müvekkil gizliliği kapsamındaki yazışmaların avukatın ofisinde bulunması durumunda Türk Hukuku'nda öngörülen güvenceleri daha önce irdelemiştik. Bu başlık altında bu yazışmaların müvekkilin işyerlerinde, evinde fiziken ya da bilgisayar, cd, disk vb. yerlerde bulunması durumu incelenecektir.

CMK'nın 126. maddesi tanıklıktan çekinebilecek kişilere ilişkin belgelerin arama sırasında tespit edilmesi durumunda bu belgelere el konulamayacağını düzenlemiştir. Avukat da bu kişiler arasında yer aldığından, kişinin kendi yerlerinde yapılan aramalarda avukatlarıyla olan haberleşmelerine ilişkin belgelere el konulamayacaktır. Öte yandan arama sırasında el konulan belgelere ancak cumhuriyet savcısı veya hakim inceleme yapabileceğinden hareketle

³⁵⁸ Sevdiren, s. 349; Handan Yokuş Sevik, "Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Desteklenmesi", *TBB Dergisi*, S. 69, Ankara, 2007, s. 97.

³⁵⁹ AİHM, *Laurent v Fransa*, B.No: 28798/13,k.t.:24 Mayıs 2018, para:44-46.

aranan kişinin veya temsilcisinin el konulan belgelere kendi mührünü veya imzasını yerleştirebileceğine ilişkin CMK'nın 122. maddesi, avukat-müvekkil gizliliğinin korunması açısından önemli bir güvence olarak gözükmektedir. Ancak, soruşturmayı yürüten savcının da el konulan belgeleri inceleme yetkisi bulunduğundan, avukat-müvekkil gizliliği kapsamında el konulmuş olan bir belgeyi kişinin kendisi mühürlemiş olsa bile soruşturmayı yürüten savcının inceleme ihtimali yüksek gözükmektedir. Böyle bir uygulama hakim güvencesinden eksik kalacağından kişinin kendini suçlamama hakkına ve savunma hakkına zarar verecektir.

Avukat-müvekkil gizliliği kapsamındaki bir haberleşmenin yalnızca ceza soruşturmaları ve kovuşturmaları bakımından ya da hükümlülerin avukatları ile iletişimlerinin gizliliği açısından korunması söz konusu değildir. Bu koruma rekabet, vergi vb. idari soruşturmalar bakımından da uygulanır.

Vergi incelemeleri sırasında avukatlardan mesleki sır niteliğindeki bilgelerin istenemeyeceğini öngören Vergi Usul Kanunu'nun 151. maddesi, avukat-müvekkil gizliliğinin vergi incelemelerinde korunmasını düzenlemektedir:

“Avukatlardan ve dava vekillerinden kendilerine tevdi olunan işler veya görevleri dolayısıyla muttali oldukları ahval ve hususların bildirilmesi istenemez; şu kadar ki, bu yasak müvekkil adlarıyla vekâlet ücretlerine ve giderlerine şamil değildir.”

Görüldüğü üzere, kanun hükmü avukatın vergi soruşturması ile müvekkilinin vergi soruşturması arasında bir ayrım gözetmeksizin avukat-müvekkil gizliliği kapsamındaki tüm bilgilerin korunmasını bu bakımdan güvence altına almıştır.³⁶⁰

Rekabet hukuku açısından ise avukat-müvekkil gizliliğinin korunmasına ilişkin usuli güvenceler Rekabet Kurulu'nun yetkilerini düzenleyen kanunda düzenlenmemiştir. Rekabet Kurulu'nun yürüttüğü soruşturmalarda 4054 S. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 15. maddesinden kaynaklanan yerinde inceleme yetkisi bulunmaktadır. Bu yetkinin düzenlenmesi ile ilgili olarak avukat-müvekkil gizliliği ile ilgili kanuni bir istisna getirilmemişse de Kurul kararları ile avukat-müvekkil gizliliğine savunma hakkı bağlantısı aracılığı ile

³⁶⁰ Dilek Yumrutaş , Özel Hayatın Gizliliği ve Vergilendirme, internet blog yazısı <https://dilekyumrutas.com/wp-content/uploads/2015/04/ozel-hayatin-gizliliği-ve-vergilendirme.pdf> (e.t.:07.06.2022).

başvurmaktadır.³⁶¹ Ancak, avukatın müvekkili ile olan yazışmaları konusunda yukarıda Birlik Hukuku'ndaki kurallara paralel şekilde “avukatın müvekkili ile işçi-işveren ilişkisi bulunmaması” ve yazışmaya ilişkin belgenin “savunma hakkı” bağlamında verilmiş olması³⁶² şartlarını aramaktadır.

Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu kararların idari yargı denetiminde de Kurul'la paralel kararlar verildiği görülmektedir. Nitekim yukarıda andığımız avukat-müvekkil yazışması içeriğine ilişkin belgenin savunma hakkı ile ilgili olmasına ilişkin bir karar, Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin kararı ile tescil edilmiş gözükmektedir. Mahkeme kararında şu şekilde bir hüküm tesis etmiştir;

“...davacı şirket hakkında daha önce davalı idare tarafından rekabet mevzuatında belirlenen ilkelerin ihlalinin dolayısıyla başlatılmış bir soruşturma veya bu soruşturma neticesinde tesis edilmiş bir idari işlemin iptali istemiyle açılmış bir davanın raporun düzenlendiği tarihte henüz bulunmaması nedeniyle anılan raporun savunma hakkı kapsamında doğrudan kullanılmak üzere hazırlanmış bir rapor olduğundan söz edilmesine imkan bulunmadığı dolayısıyla raporun avukat-müvekkil ilişkisinde savunma hakkının kullanılması kapsamında olması gerekli olan koşulu taşımadığı sonucuna varıldığından, söz konusu raporun avukat-müvekkil gizliliği kapsamında olduğu iddiasıyla iadesi talebinin reddine ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık, dava konusu işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır.”³⁶³

Kurul nispeten yeni tarihli verdiği bir kararında yazışmanın bir bölümünde bağımsız avukatın yer alması ancak belgenin kurum içi çalışan avukat tarafından hazırlanmış olması durumunda belgenin avukat-müvekkil gizliliğinden kaynaklanan korumadan faydalanamayacağına karar vermiştir.³⁶⁴ Başka bir kararda ise avukat-müvekkil gizliliğinden faydalanması talep edilen yazışmaların, avukatların teşebbüs içerisinde bordrolu çalıştıklarının anlaşılması üzerine bu belgelerin avukat-müvekkil gizliliği kapsamında olmadıklarına karar vermiştir.³⁶⁵

³⁶¹ Rekabet Kurulu Kararı, 15-42/690-259, k.t.:02.12.2015, para: 6.(Dow Kararı)

³⁶² Rekabet Kurulu Kararı, 19-04/36-14, k.t.:17.01.2019, para: 11. (Warner Bros Kararı)

³⁶³ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesi, 2018/658 E. Ve 2018/1236 K. 10.10.2018 tarihli kararı.

³⁶⁴ Rekabet Kurulu Kararı, 19-40/670-288, k.t.:14.11.2019, para 7,8.(Huawei Kararı)

³⁶⁵ Rekabet Kurulu Kararı, 20-32/405-186, k.t.:02.07.2020, para: 8-9.(Çiçeksepeti Kararı)

Görüldüğü üzere, Türkiye’de rekabet hukukunun mehz uygulamasının AB Hukuku olduğu göz önüne alınarak,³⁶⁶ Rekabet Kurumu ve idari yargı uygulamasının avukat-müvekkil gizliliği açısından ABAD içtihadı ile paralel gittiği anlaşılmaktadır. Fakat, hem idari yargının yukarıda belirttiğimiz kararında koruma talep edilen belgenin savunma hakkına ilişkin olması konusundaki dar yorumu, hem de kurum içi çalışan avukatın avukat-müvekkil gizliliğinden faydalanamamasına ilişkin yorumun Türk hukuku açısından isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

Türk Rekabet Hukuku’nda mehz kabul edilen Birlik hukukunda, ABAD içtihadının bu sınırlamaların Birlik hukukunun etkililiği amacıyla getirildiğini tespit ettiğine ilişkin önceki başlıklardaki açıklamalarımızı tekrar etmek isteriz. Konu ulusal hukuk olduğunda Birlik hukukunda uygulanan bu kısıtlamaların uygulanmadığı Hollanda, Belçika ve Almanya örnekleri de bulunmaktadır. Yani, Birlik hukukunda bu kısıtlamaların uygulanıyor olması, ulusal hukuk düzeyinde bu kısıtlamaların uygulanmasını zorunlu kılmamaktadır. Ayrıca daha da ötesinde ABAD’ın Melloni ve Akzo içtihadı ekseninde yaptığımız açıklamalar dikkate alındığında avukat-müvekkil gizliliği konusunda serbest avukat ve kurum içi avukat arasında ayırım yapmayarak daha ileri koruma sağlayan Türk hukukunu uygulayan kurumların ABAD’ın Akzo içtihadını dikkate almaması gerektiği de ortadadır.

Öte yandan, avukat-müvekkil gizliliğine getirilen bir kısıtlamanın hem müvekkilin savunma hakkı ve kendini suçlamama hakkı ile bağlantılı olduğunu, hem de sır saklama yükümlülüğüne saygı bağlamında avukatın özel mesleki yaşam hakkı ile bağlantılı olduğunu belirtmemiz gerekir. Bu sayılan tüm hakların da Anayasa’da karşılığı olduğunu ve Türk Rekabet Hukuku mevzuatında bu haklara getirilmiş sınırlara ilişkin yasal bir hüküm bulunmadığının altının çizilmesi gerekmektedir.

Bu açıklamalarımız ışığında Türk rekabet hukukunda avukat-müvekkil gizliliği ile ilgili savunma hakkına ya da kurum içi avukata karşı konulan engellerin hakkın sınırlandırılmasına ilişkin bir sorunu değil, hakkın kapsamı sorunu olduğu kanaatindeyiz. Çünkü sınırlamaların yasal temeli bulunmamaktadır. Yasal temeli bulunmayan bir sınırlandırmanın Anayasa’da öngörülen sınırlandırma rejimi ile uygun düşmemesi bir yana, AİHS’in 6. ve 8. maddeleri

³⁶⁶ Gediz Çınar ve Aslı Ak, “ABD ve AB Uygulaması Işığında Türk Rekabet Hukukunda Avukat-Müvekkil Gizliliği”, **Baseak CORE Papers** No: 7, 2021, s.10.

açısından “hukuken öngörülebilir olma” veya “hukuk devleti” ilkeleri ile bağdaşmayacağı da ortadadır.

Bu bakımdan ilk önce sürülebilecek tespit kurum içi avukatın Avukatlık Kanunu kapsamında sır saklama yükümlülüğünden ve aranamayacağına ilişkin hükümlerden dışlanamayacağıdır. O halde, kurum içi avukatın avukat-müvekkil gizliliği korumasından dışlanamayacaktır. Aksi, müvekkilin savunma hakkını ve kendini suçlamama hakkını sınırlayacağı gibi, avukatın da rekabet soruşturmaları açısından mesleki yaşam hakkını ortadan kaldırır. Bu noktada önceki başlıklarda ABAD’ın Akzo kararı özelinde Birlik Hukuku-ulusal hukuk arasında koruma düzeyi çatışmasına değindiğimiz açıklamalarımızı hatırlatmak isteriz.

İkinci tespit ise idari yargı kararlarında yerinde inceleme gerçekleştirilen teşebbüsün savunma hakkının nerede başlayacağına ilişkin tespitlerin AİHM içtihatları ışığında AİHS bağlamında adil yargılanma hakkıyla bağdaşmadığıdır. Kanaatimizce daha önce bahsettiğimiz *Golder v Birleşik Krallık* davasındaki ilkeler bu durum için de uygulanabilir. Bu davada AİHM, başvuruçunun Sözleşmenin 6/1. maddesi kapsamında mahkemeye erişim hakkından faydalanabilmesi için açılmış bir dava ya da bir suçun isnat edilmesini aramamıştı. Hatta kişi avukata erişebilmiş olsaydı dahi davanın açılıp açılmayacağının bilinemeyecek olmasının da önemli olmadığını belirtmişti. O halde, kişinin avukatla iletişiminin amacının ondan hukuki yardım almak olduğu sürece avukat-müvekkil gizliliği korumasından faydalanması gerektiği ortadadır. Bu açıdan yukarıda bahsettiğimiz idari yargının avukat ile yazışmanın avukat-müvekkil gizliliği korumasından yararlanabilmesi için o sırada bir soruşturmanın varlığının gerektiğine ilişkin içtihadı isabetli değildir. Ancak bu konu henüz Anayasa Mahkemesi’nin önündeki bireysel başvuru kararlarına konu olmamış olduğundan, önüne böyle bir başvuru geldiğinde AİHM perspektifi ile ABAD perspektifi arasında bir denge ihtiyacı kurmak zorunda kalacak olan Anayasa Mahkemesi’nin ne şekilde karar vereceği merak konusudur.

(2) Konu ile İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları

Hemen yukarıda bahsettiğimiz gibi Anayasa Mahkemesi’nin müvekkilin yerlerinde arama yapılması sırasında avukatla e-posta yazışmaları mektup vb. belgelere el konulması ile ilgili bir içtihadı bulunmamaktadır. Bu sebeple bu başlık altında tutuklu ve hükümlülerin

avukatlarıyla haberleşmesine ilişkin ve avukatın iletişiminin tespitine ilişkin kararlar incelenecektir.

a- Tutuklu ve Hükümlülerin Avukatlarıyla Haberleşmesine İlişkin Kararlar

Anayasa Mahkemesi tarafından tutuklu ve hükümlülerin avukatlarıyla haberleşmesine ilişkin kararlar, avukatlar ve mahpus müvekkileri arasındaki mektuplaşmaya Cezaevi Disiplin Kurulu kararıyla müdahale edilmesine ilişkindir. Mahkeme'ye göre gerek avukattan gelen gerekse avukata gönderilen mektupların aynı güvencelerle avukat-müvekkil gizliliğinden faydalanması gerekmektedir.³⁶⁷

AYM'nin; AİHM'in *Erdem v Almanya* davasında ihlal bulmadığı uygulamadakine benzer şekilde CGTİHK'da açıkça bu mektupların incelemesinin infaz hakimliği tarafından yapılması öngörülmesine rağmen, Cezaevi Disiplin Kurulu'nun kararıyla avukatın mahpus müvekkiline yazdığı mektuplara el konularak muhatabına verilmemesinin mahpusun haberleşme özgürlüğünü ihlal ettiğini tespit ettiği kararları bulunmaktadır.³⁶⁸ Ayrıca mahpusun avukatı tarafından gönderilen mektubun ilk bakışta bir avukat tarafından gönderildiğinin anlaşılmaması nedeniyle mektubun Cezaevi Disiplin Kurulu tarafından incelenmesinde sorun bulmamıştır.³⁶⁹ Mahkeme, mektubun avukattan gelmesi durumunda mektubu gönderen avukatın belgenin bir avukattan geldiğini gösterir ibarelerin posta içeriğinde yer almasını aramaktadır. Bu yorumdan anlaşılan, mektubun bir avukattan geldiğinin anlaşılmamasının avukat-müvekkil gizliliği kapsamında infaz hakimliğinin değerlendirmesine tabi tutulması gerekliliği için yeterli olacağıdır.

Mahkeme, başvurusunun avukatına göndermek istediği mektuba müdahale edilmesi ile ilgili olarak Disiplin Kurulu'nun karar verme yetkisinin bulunmamasını müdahalenin kanuni temel taşınamaması nedeniyle sorunlu bulmaktadır.

“Dolayısıyla başvurucuya avukatından gelen mektubun savunmaya ilişkin olup olmadığı yönünde inceleme yapma ve karar verme yetkisinin İnfaz Hâkimliğinde olduğu ancak somut olayda anılan yetkiye uygun işlem yapılmadığı,

³⁶⁷ AYM, *Veysel Kınacı ve Mustafa Erol başvurusu*, B.No:2018/1257, k.t.:24/3/2021, para:55.

³⁶⁸ AYM, *Veysel Kınacı ve Mustafa Erol başvurusu*, İsmail Aytaç başvurusu, B.No:2018/18305, k.t.:18/1/2022; İrfan Kaplan başvurusu, B.No:2017/34518, k.t.:23/6/2020;

³⁶⁹ AYM, *Mehmet Fatih Göksan(2) başvurusu*, B.No:2017/38886, k.t.:8/9/2020.

bu durumda başvurucunun haberleşme hürriyetine yapılan müdahalenin kanuni dayanağının olmadığı sonucuna varılmıştır.”³⁷⁰

Mahkeme, cezaevine avukattan gelen ya da avukata gönderilen mektupların savunma hakkı bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini, bu mektupların savunma hakkı ve avukat-müvekkil ilişkisinin gizliliği kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, mevzuatın da bu yönde yorumlanması gerektiğinin altını çizmektedir. Mahkemeye göre, cezaevi idaresi tarafından bir mektuplaşmanın *konusu suç teşkil eden fiiller içerdiğine, infaz kurumunun güvenliğini tehlikeye düşürdüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin olduğu yani savunmaya ilişkin olmadığı düşünüüyorsa*³⁷¹ mektuba ilişkin bir değerlendirme yapılmadan yalnızca fiziki denetimi yapılarak infaz hakimliğine yollanması gerekmektedir.³⁷² Mahkeme daha sonraki tarihli bir kararında bu şartlara ek olarak, avukattan gelen bir mektuba böyle bir müdahalede bulunulabilmesi için cezaevi idaresinin makul gerekçelerinin bulunması gerektiğini belirtmiştir.³⁷³ Ancak, makul gerekçenin varlığı açısından bu konuda demokratik toplumda gereklilik testinin yapıldığı bir başvuru henüz bulunmadığından, Mahkeme’nin cezaevi idaresinin kanunda yazılı suçlar bakımından hükümlü ya da tutuklu olan şahısların mektuplarının otomatik olarak infaz hakimliğine göndermesine ilişkin bir uygulama konusunu nasıl yorumlayacağı öngörülememektedir. Çünkü Mahkeme’nin örgüt içi haberleşmenin engellenmesi amacıyla mektuba el konulduğu durumlarda, mektubun savunma hakkına ilişkin olup olmadığı değerlendirilirken, yazışmanın şifreli haberleşme içerip içermediği şüphesinin yalnızca kişinin bağlantısı olduğu düşünülen örgüt sebebiyle otomatik olarak geçerli olacağına ilişkin yorumları mevcuttur.³⁷⁴

Bu aşamadan sonra gelen veya gidecek mektubun savunmaya ilişkin olup olmadığı infaz hakimliği tarafından değerlendirilecektir.³⁷⁵

³⁷⁰ AYM, *İrfan Kaplan başvurusu*, para:66.

³⁷¹ Mahkeme burada CGTİHK md.59’da avukatın müvekkili ile olan görüşmesine müdahale edilmesindeki şartlara atıf yapmaktadır.

³⁷² AYM, *İrfan Kaplan başvurusu*, para: 62.

³⁷³ AYM, *İsmail Aytaç başvurusu*, para: 40;

³⁷⁴ AYM, *Mehmet Fatih Göksan(2) başvurusu*, para: 63-64.

³⁷⁵ AYM, *Veysel Kınacı ve Mustafa Erol başvurusu*, para: 56.

AYM'nin mahpusun avukatıyla telefonda haberleşmesi konusundaki içtihadı ise tutuklu ve hükümlü kişiler açısından farklılık göstermektedir. Mahkeme, bir tutuklunun avukatıyla görüşme hakkına ilişkin olarak CGTİHK'nın 144. maddesinde ek bir güvence sağlandığını, ancak hükümlüler için böyle bir güvence öngörülmediğini tespit ederek, hükümlülerin telefonla görüşmesi konusunda cezaevi idaresinin geniş bir takdir yetkisi olduğunu belirtmektedir. Mahkeme'ye göre, alternatif haberleşme yöntemlerinin yeterli olduğu durumlarda cezaevi idaresinin hükümlüler için avukatla telefonla görüşmesine izin vermemesinin tek başına haberleşme hürriyetini ihlal etmeyeceğine karar vermiştir.³⁷⁶ Kanaatimizce Mahkeme'nin bu ayrımı AİHM'in yukarıda belirttiğimiz *A.B. v Hollanda* ve *Helander v Finlandiya* kararları ile uyumludur. Zira AİHM içtihatları ile uyumlu şekilde Mahkeme'ye göre, hükümlü ve tutuklu kişiler *kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı dışında temel hak ve hürriyetlerin tamamına sahiptir*. Bu bakımdan, *suçun önlenmesi ve disiplinin temini gibi ceza infaz kurumlarında güvenliğin sağlanmasına yönelik kabul edilebilir makul gerekliliklerin varlığı durumunda mahpus kişilerin sahip oldukları haklar sınırlanabilir*.³⁷⁷ AİHM de mahpus kişinin avukatıyla telefonda görüşmesi³⁷⁸ ve avukatın mahpus müvekkili ile e-posta ile yazışma yapmak istemesi³⁷⁹ konusuna benzer bakış açısıyla yaklaşmıştı.

AYM'nin tutuklu kişilerin avukatıyla telefonda görüşmek istemesi konusunda ise farklı bir bakış açısına sahiptir. Mahkeme tutuklu kişiler açısından CGTİHK'nın 114. maddesinin tutukluların avukatlarıyla görüşmesi konusunda hükümlülere ek güvence getirdiğini tespit etmektedir. Bu hükme göre kurum düzeni çerçevesinde tutukluların müdafii ile olan haberleşmesine hiçbir surette kısıtlamalar konulamayacağı düzenlenmiştir. Mahkeme bu düzenleme ışığında tutuklu ya da hükmen tutuklu olan kişilerin müdafii ile telefonda görüşemeyeceğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığını belirtmektedir.³⁸⁰ O halde Mahkeme'nin bu yorumunun hükümlünün durumundan farklı olarak tutukluya ilişkin öngörülmüş bir kanuni güvencenin bulunması durumunda, cezaevi idaresi tutuklunun müdafii ile telefonda görüşmesi için gereken şartları sağlamakla mükellef olacağı anlamı çıkabilir.

³⁷⁶ AYM, *Emrah Özdemir(2) başvurusu*, B.No:2018/28044, k.t.:10/3/2021, para:37-38., AYM, *Cengiz Eker başvurusu*, B.No:2017/26841, k.t.:2/6/2020, para:53, AYM, *Sinan Gül başvurusu*, B.No:2016/7628, k.t.:27/2/2020, para:53-54.

³⁷⁷ AYM, *Turan Günana başvurusu*, B.No:2013/3550, k.t.:19/11/2014, para:35.

³⁷⁸ AİHM, *A.B. v Hollanda*.

³⁷⁹ AİHM, *Helander v Finlandiya*.

³⁸⁰ AİHM, *Mehmet Koray Eryaşa başvurusu*, B.No:2013/6693, k.t.:16/4/2015, para: 63-67.

Ancak bu görüşmelerinin denetiminin ne şekilde yapılacağına ilişkin kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan, bu görüşmelere uygulanacak bir denetimin kanuni temeli bulunmadığından, böyle bir müdahalenin tutuklunun haberleşme hürriyetine ihlal teşkil edeceği kanaatindeyiz.

b- Avukatın İletişiminin Denetlenmesine İlişkin Kararlar

Anayasa Mahkemesi'nin avukatın iletişiminin denetlenmesini avukatın haberleşme özgürlüğü açısından değerlendirdiği iki kararı tarafımızdan tespit edilmiştir.

Mahkemenin konuya ilişkin verdiği ilk karar, başvuru avukatın işlediği suç nedeniyle üç ay süre ile hakim kararı ile iletişiminin tespit edildiğine ilişkin şikayetlerinin değerlendirildiği *N.A. başvurusudur*. Mahkeme bu kararında başvurunun işlediği iddia edilen suçun önlenmesi amacıyla görüşme kayıtlarının elde edilmesinin demokratik toplumda gerekli olmadığını söyleyemeyeceğini, bu kayıtlar alenileştirilmemiş olduğu için tedbirin orantısız uygulandığının söyleyemeyeceğini belirterek başvurunun iddialarının açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir.³⁸¹ Her ne kadar başvurunun görüşme kayıtları sınırlı bir süre için – 3 ay- ele geçirilmişse de başvurunun mesleğinin avukat olması karşısında diğer görüşme bilgilerinin avukat-müvekkil gizliliği açısından belirli bir filtrelemeden geçirilmeden ele geçirilmiş olması, bu elenen kayıtların imhasına ilişkin bir prosedür uygulanmamış olması vb. güvencelerden yoksun uygulamanın AİHM içtihadıyla bağdaşmadığı kanaatindeyiz. Çünkü mevcut uygulama, avukatın soruşturulan suç ile ilişkisi olmayan müvekkillerine ait bilgilerin mesleki gizlilik kapsamında korunmasına karşı suiistimale ilişkin güvenceleri içermemektedir.

AYM'nin bu konuda verdiği diğer bir karar *Mehmet Hasip Şenalp* başvurusudur. Bu başvuruda hakim ve savcıların bir avukatla beraber işlediği bir suç nedeniyle soruşturmayı yürüten Adalet Bakanlığı başmüfettişi, Sulh Ceza Hakimliği'nden avukatın iletişiminin dinlenmesini talep etmiş, mahkeme bu talebi kabul ederek avukatın iletişiminin dinlenmesine karar vermiştir.

AYM bu başvuruda adalet başmüfettişinin hakim ve savcılarla ilgili suçları soruştururken iletişiminin dinlenmesini talep etme yetkisi olmadığını, bu yetkinin kanunda

³⁸¹ AYM, *N.A. başvurusu*, B.No:2013/5076, k.t.:6/4/2016, para:60-61.

açıkça sayılması gerektiğini belirterek, avukatın dinlenmesine ilişkin kararın kanunda öngörülebilir şekilde düzenlenmediği için, kanunilik şartının karşılanmaması sebebiyle avukatın haberleşme özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁸²

5- AVUKATIN MÜVEKKİLİNE İLİŞKİN BİLGİLERİ İFŞA ETMESİ YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN AVUKAT-MÜVEKKİL GİZLİLİĞİ İLE İLİŞKİSİ

A- Genel Olarak Avukatın Müvekkiline İlişkin Bilgileri İfşa Etmesi Yükümlülüğü

Kimi durumlarda avukat sır saklama yükümlülüğü kapsamında müvekkilinden edindiği bir bilgiyi yetkili makamlara açıklamaya zorlanabilir. Birinci bölümde “sır saklama yükümlülüğü” altında bahsettiğimiz bu özel durum AİHM’in önüne iki kez şikayet olarak gelmiştir. Birinci dava avukatın duruşmada mesleki sır niteliğinde bilgiyi ifşa etmesine ilişkin olan *Klaus Müller v Almanya* davasıdır. İkinci durum da Fransa’da ve Birlik Hukuku’nda kara para aklama ve terörizmin finansmanı ile mücadele mevzuatının AİHM tarafından avukatın mesleki özel yaşamı açısından değerlendirilen *Michaud v Fransa* davasıdır. Bu konu bu davadan çok daha önce adil yargılanma hakkı bağlamında bir direktifin yürürlüğe girmesi ile ilgili ABAD’ın önüne gelen *Ordre Des Barreaux Francophones Et Germanophone And Others* davasında değerlendirilmiş olduğundan, iki mahkemenin içtihadı *Klaus Müller v Almanya* davasından sonra beraber değerlendirilecektir.

Klaus Müller v Almanya davasında başvuran avukat, daha önce avukatlığını yaptığı dört şirketin eski genel müdürlerinin dolandırıcılıkla yargılandığı bir davada tanık olarak çağırılmıştır. Ceza davası yürütüldüğü sırada bu şirketler iflas sürecindedirler. Davayı yürüten yerel mahkeme tarafından başvurucuya şirketlerin şimdiki genel müdürleri ve iflas idare memurları tarafında avukat müvekkil gizliliği korumasından feragat ettiklerine dair yazılı beyan alındığı bildirilmiştir. Başvurucu ifade vermeyi reddetmiştir. Başvurucuya göre, ifade verebilmesi için o an davada sanık durumunda olan ve avukat olduğu sırada genel müdür olan kişilerin de avukat müvekkil gizliliği korumasından feragat etmeleri gerektiğini bildirmiştir.

³⁸² AYM, *Mehmet Hasip Şenalp başvurusu*, B.No: 2014/2889, k.t.:25/1/2018, para: 64-74

Yerel mahkeme tarafından başvurucuya tanıklık yapmamış olması nedeniyle 600 Euro idari para cezası kesilmiştir.³⁸³

AIHM, konuyu değerlendirirken Almanya’da bu konuda içtihat birliği olmadığını, kimi temyiz mahkemelerinin eski ve şimdiki genel müdürlerinin feragatini gerekli gördüğünü, kimilerininse mevcut genel müdürlerin feragatini yeterli bulduğunu kaydeder. Ancak AIHM’e göre mevcut davada bu içtihat çelişkisi, başvurucuyu etkilememiştir. Başvurucu hakkında karar veren temyiz mahkemesi geçmişteki kararlarıyla tutarlı şekilde karar vermiş, diğer temyiz mahkemelerinden neden ayrıldığını gerekçesinde detaylı olarak göstermiştir. Mahkeme’ye göre başvurucuya uygulanan idari para cezası hukuken öngörülebilirdir.³⁸⁴

Müdahalenin ölçülülüğü ile ilgili olarak Mahkeme, başvurucunun sanıkların değil, eskiden genel müdür oldukları dört şirketin eski avukatı olduğunun altını çizerek, bu durumda yerel mahkemenin bu şirketlerin mevcut genel müdürlerinin feragatinin yeterli gördüğünü belirtmektedir. Ayrıca, başvurucuya uygulanan para cezasının miktarının düşüklüğü de müdahalenin ölçülü olduğunu göstermektedir. Bu sebeple AIHM bu başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.³⁸⁵

AIHM bu davada yerel mahkemelerin takdir marjını geniş yorumlayarak, avukat-müvekkil gizliliğinin şirket vekilliği yapan avukatlara nasıl uygulanacağı konusunda diğer başlık altındaki değerlendirmelerinin aksine inceleme ve tespit yapmaktan kaçınmıştır. Eğer böyle bir inceleme yapmış olsaydı, teorik olarak avukat-müvekkil gizliliğinin güven ilişkisine dayanması ve bu güven ilişkisinin şirketlerle nasıl kurulacağı konusunda tespitler yapması gerekecekti. Öte yandan, *Andre ve Diğeri v Fransa* veya diğer davalardaki gibi kişinin kendini suçlamama hakkı bağlamında bir değerlendirme de yapmamıştır. Kararın gerekçesinden de anlaşıldığı üzere AIHM, üzerinde Avrupa standartlarında uygulama birliği olmadığını düşündüğü bir konuda böylesine incelikli bir değerlendirme yapmayı kendi görevi kapsamında görmemiş gibi görünmektedir.³⁸⁶

³⁸³ *Klaus Müller v Almanya*, 24173/18, 19 Kasım 2020, para: 5-8.

³⁸⁴ a.g.k., para:53-60.

³⁸⁵ a.g.k, para:69-70.

³⁸⁶ a.g.k, para:66.

Ancak karara karşı oy yazan Yargıç Yudkivska, Mahkeme'nin yerel makamların takdir marjını bu kadar geniş yorumlamasına karşı çıkmakta, hatta bir adım ileri giderek avukat-müvekkil gizliliğinin şirket çalışanlarını da kapsadığı konusunda detaylı bir inceleme yapmaktadır. Yargıca göre, avukat ve müvekkil ilişkisindeki müvekkil bir şirket olduğunda çalışanları şirketten ayrı düşünülemez. Şirket, fiziki “kişiler” tarafından kararları alınan “mecazi” bir kişiliktir. Avukat hukuki yardımı gerçekleştirirken esasen avukatla fiziki iletişimi yürüten fiziksel kişiler aracılığı ile görevini ifa eder. Dolayısıyla avukat-müvekkil gizliliği korumasından bu kişileri çıkarmak, bu ayrıcalığın mantığına ve ruhuna aykırıdır. Bir ceza davasında sanıkların şirketteki faaliyetleri de avukatın o dönemde yaptığı hukuki tavsiyelerle örtüşmekte olduğundan, kendini suçlamama hakkı açısından başvurucunun ifade vermeye zorlanması müdahale oluşturmaktadır. Yargıç, bu tezini Avustralya, Belçika, Amerika ve İngiliz yargısından örneklerle güçlendirerek, Mahkeme'nin 6. madde kapsamında öngörülmüş bir hakla ilgili olarak davalı devletin takdir marjını geniş tutmasını eleştirmektedir.³⁸⁷

Esasen burada incelenmesi gereken başka bir konu da iflas prosedürlerinde avukat-müvekkil gizliliğinin nasıl işleyeceğidir. *Klaus Müller* davasında bahsi geçen şirketlerin iflas prosedürü devam ediyor olduğu göz önüne alındığında, iflas idaresi kontrolünde olan şirketlerin mevcut genel müdürlerinin başvurucuyu sır saklama yükümlülüğünden kurtarmış olmaları ile eski genel müdürlerinin kurtarmamış olmaları arasındaki fark değerlendirilmemiştir.³⁸⁸ Kanaatimize göre, bu durum Mahkeme'yi başvurucunun tanıklık yapmayı reddettiği davadaki sanıkların kendilerini suçlamama hakkının korunması lehine bir yoruma sevk edebilirdi.

B- Kara Para Aklama ve Terörizmin Finansmanı ile Mücadele Kapsamında Avukatları Müvekkillerinin Bilgilerini Açıklamaya Mecbur Bırakan Birlik Mevzuatı ve AİHM ve ABAD'ın Bu Konudaki Tutumu

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi para aklamayla mücadele konusunda 1980 yılında (80)10 numaralı “Suç Kökenli Fonların Transferine ve Korunmasına Karşı Önlemler”³⁸⁹ isimli

³⁸⁷ AİHM, *Klaus Müller v Almanya* davasında Yargıç Yudkivska'nın karşı oyu.

³⁸⁸ Shuai Guo, “Klaus Müller v Germany, No. 24173/18, 19 November 2020”, *International Corporate Rescue*, S. 18, s. 227-229; https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3869662, Erişim tarihi: 22.07.2022.

³⁸⁹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, “Suç Kökenli Fonların Transferine ve Korunmasına Karşı Önlemler”, 27 Temmuz 1980.(çeviri tarafından yapılmıştır.)

önerisinde; “suç kökenli fonların bir ülkeden diğerine aktarılmasının ve ekonomik sisteme sokularak aklanma sürecinin ciddi sorunlara yol açtığını, daha ileri suç eylemlerinin yapılmasını teşvik ettiğini ve böylece olgunun ulusal ve uluslararası düzeyde yayılmasına neden olduğunu göz önünde bulundurarak” Konsey’e üye devletlerin özellikle bankacılık ve finans kuruluşları nezdinde birtakım önlemler almasını tavsiye etmişti. Belgedeki öneriler özetle, banka ve finans kuruluşları ile sisteme giren paranın ve müşterilerin tanımlanması ve kimliklendirilmesi suretiyle bir risk yönetimi sistemi kurularak kara paranın ve suç gelirlerinin önlenmesinin sağlanması üzerinde toplanmaktaydı. Bu belge ile suç gelirlerinin aklanmasıyla mücadele, o dönem suçla mücadelenin bir parçası olarak yaygınlaşmaya başladı. 1988’de Viyana’da “Narkotik Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”³⁹⁰ kabul edildi. Bu sözleşmeye göre, kara para aklama suç olarak belirlenecek ve buna ilişkin yaptırımlar uygulanacaktı. 1989 yılında kara para aklamayla mücadele amacıyla G7 ülkeleri tarafından “Mali Eylem Görev Gücü” (Financial Action Task Force-FATF) oluşturuldu. 1990 yılında uluslararası koordineli bir politikayı teşvik etmek üzere FATF, rehber niteliğinde 40 tavsiye yayımladı.³⁹¹

Avrupa Birliği de kara para aklamayla mücadele konusunda ilk direktifi olan Finansal Sistemin Kara Para Aklama Amacıyla Kullanılmasının Önlenmesine ilişkin 10 Haziran 1991 tarih ve 91/308/EEC sayılı Konsey Direktifi’ni bu gelişmelerin bir sonucu olarak yürürlüğe soktu. Amaç sadece uluslararası mevzuata uyum sağlamak değil, aynı zamanda Avrupa tek pazarının bütünlüğünü korumaktı. Bu şekilde Birlik hukuku nezdinde de kara para aklamanın önlenmesi yasaklandı ve ilke olarak kara para aklamaya karşı şüpheli işlemlerin bildirildiği bir sistemin getirilmesi, Birlik hukukunun amaçları doğrultusunda üye devletlere zorunlu kılınmış oldu.³⁹² Ancak bu direktif ilk haliyle avukatlara kara para aklamayla mücadele konusunda bir yükümlülük getirmemekteydi.

Kara para aklamayla ilgili avukatlara getirilen yükümlülükler ilk olarak FATF’ın 40 önerisinde 2001 yılında yapılan bir değişiklikle ortaya çıkmıştır. FATF, kara para aklama

³⁹⁰ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, “Narkotik Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, Viyana, 20 Aralık 1988.

³⁹¹FATF, “40 Öneri”, 1990, son değişiklik; Mart 2022, <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>, erişim tarihi 30.05.2022.

³⁹² Hukuk Sözcüsü Maduro’nun Case C-305-05- *Ordre Des Barreaux Francophones Et Germanophone And Others* davasındaki görüşü, 14 Aralık 2006, para. 6.

konusundaki şüpheli işlemlerin bildirimi yükümlülüğünü banka ve finans kuruluşları dışındaki birtakım meslek ve ticari faaliyetleri kapsayacak şekilde 1996 yılında genişletmiş, 2001 yılında ise bu kişilere avukatlar ve noterler de eklenmiştir.³⁹³ Birlik de bu tavsiyeye karşı sessiz kalmayıp, 91/308/EEC sayılı Direktifi bu genişlemeye uyumlu hale gelecek şekilde 2001/97 sayılı direktif ile değiştirmiştir.

Direktifin değişen 2-a ve 6. maddesi avukat-müvekkil gizliliği ile yakından ilgilidir. Avukatlara ve noterlere suç gelirlerinin aklanmasının önlenmesi kapsamında belli işlemlerin avukatlarla yürütülmesi durumunda ilgili makamlara şüpheli işlemleri bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Buna göre, avukatlar ve noterler;

“Aşağıda sayılan işlemlerin

Bir parçası oldukları zaman:

- a- *gayrimenkul veya ticari kuruluşların alım satımı*
- b- *müşteri parasının, menkul kıymetlerin veya diğer varlıkların yönetimi*
- c- *banka, tasarruf veya menkul kıymet hesaplarının açılması veya yönetimi*
- d- *şirketlerin oluşturulması, işletilmesi ve yönetimi için gerekli katkılarının organizasyonu*
- e- *tröstlerin, şirketlerin benzer yapılarının oluşturulması, işletilmesi ve yönetimi;*
- *veya herhangi bir finansal veya gayrimenkul işleminde müşterileri adına ve onlar adına hareket ettiklerinde”* bildirim yükümlülükleri vardır.³⁹⁴ Öte yandan, bu yükümlülük, direktifin başlangıcında 17. paragraftaki metinle ve direktifin değiştirilen 6. maddesi ile sınırlandırılmıştır. Direktifin başlangıcında;

“...avukatlar gibi yasal olarak tanınan ve kontrol edilen hukuki danışmanlık veren bağımsız meslek mensuplarının, bir müvekkilin hukuki konumunu belirlemesi veya bir müvekkilin yasal işlemlerde temsil edilmesi halinde, bu faaliyetlerle ilgili

³⁹³ a.g.k., para. 8.

³⁹⁴ 10 Haziran 1991 tarih ve 91/308/EEC sayılı Konsey Direktifi’nin 2001/97 sayılı direktif ile değişik 2-a maddesi. Directive 2001/97/EC of the European Parliament and of the Council of 4 December 2001 amending Council Directive 91/308/EEC on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering (çeviri tarafımdan yapılmıştır.)

olarak bu hukukçuları kara para aklama şüphelerini bildirme yükümlülüğü altına sokmak Direktif [91/308] kapsamındaki kapsamında uygun olmayacaktır. Bu hukukçulara, adli işlemler öncesinde, sırasında veya sonrasında veya bir müvekkilin hukuki durumunu tespit etme sürecinde elde edilen bilgileri bildirme yükümlülüğünden muafiyet sağlanmalıdır. Bu nedenle, hukuk müşaviri kara para aklama faaliyetlerinde yer almıyorsa, hukuki tavsiye kara para aklama amacıyla verilmedikçe veya avukat müvekkilin kara para aklama amacıyla hukuki tavsiye aradığını bilmiyorsa, hukuki danışmanlık mesleki sır verme yükümlülüğüne tabi kalır."³⁹⁵

Başlangıca uygun şekilde 91/308/EEC sayılı direktifin 6. maddesi de aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir;

1. Üye Devletler, bu Direktife tabi olan kurum ve kişilerin ve bunların yöneticilerinin ve çalışanlarının kara para aklama ile mücadelede sorumlu makamlarla aşağıdaki şekilde tam bir iş birliği içinde olmasını sağlayacaktır:

a- yetkilileri, kendi inisiyatifleriyle, kara para aklama belirtisi olabilecek herhangi bir faktör hakkında bilgilendirerek.

b- bu makamlara, talepleri üzerine, yürürlükteki mevzuat tarafından belirlenen prosedüre uygun olarak gerekli tüm bilgileri vererek.

....

2. Üye Devletler, noterlere, bağımsız hukukçulara ... müvekkilleri için yasal pozisyon veya bu müvekkilin müvekkilini savunma veya temsil etme görevlerini yerine getirmesi, bu tür bilgilerin bu tür bir işlemde önce, işlem sırasında veya sonrasında alınıp alınmadığına veya takibat başlatma veya kovuşturmadan kaçınmaya ilişkin tavsiyeler de dahil olmak üzere, adli işlemlerde veya bunlarla ilgili olarak müvekkillerinden aldıkları bilgilerle ilgili olarak, 1. paragrafta belirtilen yükümlülükleri uygulamakla yükümlü değildir.

... ”

Direktifin 6. maddesi'nin 3. fıkrası bunlara ek olarak, üye devletlere avukatların ve noterlerin şüpheli işlemleri bildirimleri ilgili olarak özenetim organı atamaları konusunda takdir yetkisi sağlamaktadır:

³⁹⁵a.g.e., başlangıç kısmı para:17.

“Madde 2a(5)'te atıfta bulunulan noterler ve bağımsız hukukçular söz konusu olduğunda, Üye Devletler, paragraf 1(a)'da atıfta bulunulan olgular hakkında bilgilendirilecek makam olarak ilgili mesleğin uygun bir özdenetim kuruluşunu atayabilir. Böyle bir durumda, bu organ ile kara para aklamayla mücadelede sorumlu makamlar arasındaki uygun iş birliği biçimlerini belirler.”

Aşağıda değinileceği üzere bu takdir yetkisine ilişkin bu hüküm mahkemeler tarafından, avukatın mesleki yaşam hakkı bağlamında bir güvence olarak değerlendirilmiştir.

AİHM'in *Michaud v. Fransa* kararında, Fransa'da baroya kayıtlı bir avukatın direktifin ulusal hukuka aktarılması sonrasında iç hukukta açtığı davanın reddedilmesinin ardından AİHM'in değerlendirmesi söz konusudur. Başvurucu şikâyetinde; bir avukat olarak kara para aklamayla mücadele kapsamında kendisine müvekkilinin bilgilerini ifşa etme yükümlülüğü yüklenmesi sebebiyle, avukat-müvekkil gizliliğine ilişkin korumanın sağlanmadığını, bu sebeple Mahkeme'nin önceki içtihatlarından hareketle özel yaşam hakkı bağlamında mesleki yaşam hakkını ihlal ettiğini belirtmiştir.

AİHM müdahalenin varlığı açısından başvurucuya hak vermiştir. Başvurucu;

“... kendisini bir ikilemle karşı karşıya bulmaktadır: ya bu yönetmeliğe boyun eğecek ve böylece avukat ile müvekkilinin iletişiminin gizliliği konusundaki görüşünden vazgeçecek ya da bu yönetmeliğe uymayacak ve kendisini barodan kaydının silinmesine kadar gidebilecek disiplin cezaları tehdidine maruz bırakacaktır. Böylece Mahkeme'ye göre, başvurunun özel hayatının en mahrem kısmı değil müvekkilleriyle profesyonel iletişimine saygı gösterilmesi hakkı söz konusu olsa da şüphe bildirme yükümlülüğü 8. madde tarafından güvence altına alınan hakların avukat niteliğiyle başvuru tarafından kullanılmasına sürekli bir müdahale oluşturmaktadır.”³⁹⁶

ABAD ve AİHM'in belirtilen içtihatlarında kara para aklamayla mücadelenin avukat-müvekkil gizliliğine müdahalede meşru bir amaç olarak kabul edildiği görülmektedir.

Öte yandan, kara para aklamayla mücadele kapsamında avukat-müvekkil gizliliğine getirilen sınır, 91/308/EEC sayılı Direktif'in başlangıcının 17. paragrafında mesleki sır verme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmiştir. Bu çalışmanın ikinci bölümünde belirtilen

³⁹⁶ AİHM, *Michaud v Fransa*, para:94. Türkçeye çeviren: Av. Ramazan Çakmakçı, “Avukatların, Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun Kapsamında “Yükümlü” Kılınması”, **Legal Blog**, 21 Ocak 2021, <https://legal.com.tr/blog/gene/avukatlarin-suc-gelirlerinin-aklanmasinin-onlenmesi-hakkinda-kanun-kapsaminda-yukumlu-kilinmasi/> (e.t.8.06.2022).

avukatın özel yaşam hakkı bağlamında mesleki yaşamını güvence altına alan AİHS'in 8. maddesini akla getirmektedir ki, AİHM, *Michaud v. Fransa*³⁹⁷ davasında ilgili direktifteki sınırı bu kapsamda değerlendirmiştir.

ABAD ise *Ordre des Barreaux Francophones et Germanophone and Others* davasında konuya ilişkin olarak söz konusu yükümlülükle ilgili AİHS'in 6. maddesi kapsamında adil yargılanma hakkına ilişkin bir değerlendirme yapmıştır. Burada ABAD'ın değerlendirmesinin Belçika ulusal mahkemelerinden gelen bir soru kapsamında verilen önkarar çerçevesinde olduğunun altını çizmek gerekir. Belçika'da görülen bir davayla ilgili olarak Tahkim Mahkemesi (Cour d'arbitrage) tarafından ABAD'a, kara para aklamayla mücadele kapsamında avukatlara getirilen şüpheli işlem bildirim yükümlülüğünün AİHS'in 6. maddesi ile uyumlu olup olmadığına ilişkin bir soru yöneltmiştir. ABAD bu soruyla bağlı olması nedeniyle AİHS 8. madde kapsamında bir inceleme yapamayacağını, yapacağı incelemenin AİHS 6. madde kapsamında düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında olacağını belirtmiştir.³⁹⁸ Bu değerlendirme, ABAD'ın avukat-müvekkil gizliliğini avukatın özel yaşam hakkı bağlamında mesleki yaşam hakkı kapsamında kabul etmediği anlamına gelmez. Nitekim, özel yaşam hakkı ve adil yargılanma hakkı hem AİHS hukuk düzeninin hem de üye devletlerin anayasal geleneklerinin bir parçası olarak avukat müvekkil gizliliğinin iki dayanak noktasını teşkil etmektedir.³⁹⁹ Her ne kadar direktifteki bildirim yükümlülüğü iki farklı mahkeme tarafından, farklı iki hak üzerinden avukat-müvekkil gizliliği perspektifinden incelenmişse de esasen avukat-müvekkil gizliliğinden doğan aynı güvencelerin, farklı haklar bakımından değerlendirildiği iki mahkeme kararından bahsetmekteyiz. Nitekim AİHM, *Michaud v. Fransa* davasında “eşit koruma düzeyi” bağlamında değerlendirme yaparken, ABAD'ın *Ordre Des Barreaux Francophones et Germanophone And Others* davasında direktifin 8. maddesi kapsamında bir inceleme yapmaması sebebiyle, eşit koruma düzeyi bakımından bir karine oluşmayacağının altını çizerek, konu ile ilgili kendi incelemesini yapmıştır.

ABAD, *Ordre Des Barreaux Francophones et Germanophone And Others* davasında direktif ile avukata getirilen yükümlülüklerin ve bu yükümlülüklerle getirilen istisnaların birden

³⁹⁷ AİHM, *Michaud v Fransa*.

³⁹⁸ ABAD, Case C-305-05 *Ordre Des Barreaux Francophones Et Germanophone And Others*, para 16-19.

³⁹⁹ Hukuk Sözcüsü Maduro'nun Case C-305-05- *Ordre Des Barreaux Francophones Et Germanophone And Others* davasındaki görüşü, 14 Aralık 2006, para: 42.

fazla anlama gelebileceğini ve yükümlülüklerin açık düzenlenmediğini kabul etmektedir. Ancak, ABAD önceki içtihatlarına⁴⁰⁰ atıfta bulunarak, Birlik hukukunun ikincil kaynaklarının yoruma açık olduğu durumlarda, hükmün birincil hukukla uyumlu olan yorumunun tercih edilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁴⁰¹ Buna göre, Direktif'in avukatlara bildirim yükümlülüğü getiren maddelerinin ve buna ilişkin güvencelerin AİHS'in 6. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. ABAD, direktif ile sayılan avukatın bildirim yükümlülüğü bulunan işlemler bakımından avukatın müvekkiliyle ilişkisini değerlendirirken; bu tür işlemlerin kural olarak hiçbir şekilde yargısal faaliyetlerle bağlantısı olmaması sebebiyle adil yargılanma hakkı kapsamı dışında olduğunu kabul etmektedir.⁴⁰² Direktif, yargısal faaliyetlerdeki ve müvekkilin hukuki durumunun tespitindeki hukuki yardım bakımından adil yargılanma hakkı bağlamında avukat-müvekkil gizliliğini korumaktadır.⁴⁰³ Bu korumanın üç yönü bulunmaktadır. Birincisi, şüpheli olması durumunda bildirilmekle yükümlü olunan işlemler, sınırlı sayıda sayılmıştır. Bu açıdan bakıldığında, Direktifin müvekkilin yasal durumunun tespiti, yargısal faaliyetlerde temsili gibi avukatın, adalete erişimdeki işlevinden kaynaklanan faaliyetlerinden ziyade, daha çok ekonomik veya ticari olarak stratejik faaliyetlerin sınırlı olarak sayılmasıyla bildirim yükümlülüğü kapsamına alındığı görülmektedir. Böyle bir durumda avukat-müvekkil gizliliğinin uygulanmasına gerek olmayacaktır.⁴⁰⁴

İkinci olarak, AİHM'in yorumuyla avukatların Fransız hukukuna göre şüpheli işlemlerin bildirim sırasında şüpheli işlemleri öncelikle barolarına bildirdikleri, burada süzgeçten geçen bildirimlerin meslek odaları tarafından soruşturma otoritesine bildirilmesini, AİHS 8. madde bağlamında bir güvence saymıştır. AİHM'e göre, "şüpheli işlem" kavramı bu güvencenin sağlanması ile "belirsiz" olmaktan çıkacaktır. Bu şekilde, avukatlar bildirdiği işlemlerin şüpheli olup olmadıkları konusunda meslek odalarından hukuki yardım alabileceklerdir. Ayrıca bu güvence ile avukatların bildirim zorunluluğu yumuşatılmaktadır. Avukatın şüpheli işlemi yetkili mercilere bildirme işleminde ara bir kurum olan baroya

⁴⁰⁰ Divan'ın atıf yaptığı içtihatlar: ABAD, Case 218/82 *Commission v Council* [1983] ECR 4063, paragraph 15 ve ABAD, Case C-135/93 *Spain v Commission* [1995] ECR I-1651, para: 37

⁴⁰¹ ABAD, Case C-305-05 *Ordre Des Barreaux Francophones Et Germanophone And Others*, para.28.

⁴⁰² a.g.k., para.33.

⁴⁰³ a.g.k., para.34-38.

⁴⁰⁴ Hukuk Sözcüsü Maduro'nun Case C-305-05- *Ordre Des Barreaux Francophones Et Germanophone And Others* davasındaki görüşü, 14 Aralık 2006, para. 70.

bildirmesi, avukat-müvekkil gizliliği konusunda sıkı bir denetim sağlayabilecek bir usuldür. AİHM'e göre bu usul, çalışmanın ikinci bölümünde bahsettiğim “usulle ilgili özel bir güvence” olan “baro başkanının ya da temsilcisinin avukat-müvekkil gizliliğine müdahale eden bir işlem olan avukatın ofisinin araması vb. uygulamalarda hazır bulunması” güvencesine eşdeğer bir güvence sağlamaktadır.⁴⁰⁵ Üçüncü olarak ise, direktifin bildirimin yapıldığının müşterilere bildirilmemesine ilişkin hükmünün avukatlar bakımından uygulanmayacağına ilişkin düzenlemedir. Bu hükümle avukat ve müvekkili arasındaki güven ilişkisi korunması amaçlanmaktadır.⁴⁰⁶

Hukuk Sözcüsü Maduro'nun görüşünde önerdiği gibi ABAD kararında, daha karmaşık iş ilişkileri bakımından hangi hukuki yardımların avukat müvekkil gizliliği kapsamında olacağı, hangilerinin bildirim yükümlülüğünün içinde kalacağı, sınırın nereden çekileceği konusuna ilişkin tartışmaya girmeden karar vermiştir. Hukuk Sözcüsü Maduro önerisinde, ayrımın zor olduğu durumlarla ilgili olarak, her olayın ayrı değerlendirilerek, durumun gereklerine göre karar verilmesi gerektiğini, ABAD'ın elindeki davayla konuya ilişkin tüm pratik zorlukları çözemeyeceğini belirtmiştir.⁴⁰⁷ ABAD ilgili kararında direktifin yol açabileceği olası olaylar yerine, elindeki normu, kendisine yöneltilen soru ile sınırlı olarak değerlendirmiştir. Her ne kadar bu tutum öğretide eleştirilse de⁴⁰⁸ ABAD bu şekilde önündeki davada sınırlı veri kapsamında, spekülasyon ile yorum üretmekten kaçınabilmiştir.

Sonuç olarak hem AİHM hem ABAD belirtilen içtihatlarla kara para aklamayla mücadele kapsamında avukatlara getirilen şüpheli işlemleri bildirme yükümlülüğünün AİHS'de düzenlenen 6. (adil yargılanma hakkı) ve 8. (özel ve aile hayatına saygı hakkı) maddeler bağlamında ihlal oluşturmadığına hükmetmiştir.

Avrupa Birliği mevzuatında 1991 yılında yürürlüğe giren 91/308/EEC numaralı direktiften bu yana mevzuatta altı değişiklik yapılmıştır. Yukarıda, 2001 yılındaki ilk değişiklikten sonra mahkemelere yapılan başvurularla ilgili ortaya çıkmış içtihatlarla

⁴⁰⁵ AİHM, *Michaud v Fransa*, para. 101 ve para 129-130.

⁴⁰⁶ Hukuk Sözcüsü Maduro'nun Case C-305-05- *Ordre Des Barreaux Francophones Et Germanophone And Others* davasındaki görüşü, 14 Aralık 2006, para. 82.

⁴⁰⁷ a.g.k, para 23.

⁴⁰⁸ Jan Komárek, “Case Comment: Legal Professional Privilege and the EU's Fight against Money Laundering”, **Civil Justice Quarterly**, Sayı 27,2008, s.7. <http://ssrn.com/abstract=1031721> (e.t.: 03.03.2022).

değnilmiştir. 2001 yılında 2001/97 sayılı direktifle yapılan değişikliklerle avukatlar da şüpheli işlem bildirim yükümlülüğü kapsamına alındıktan sonra, 2005 yılında 2005/60/EC sayılı direktif yürürlüğe girmiş ve 91/308/EEC sayılı direktif yürürlükten kaldırılmıştır. Bu direktifte avukat-müvekkil gizliliği bakımından 2001 yılında yapılan değişiklikle eklenen hükümler aynen aktarılmıştır.⁴⁰⁹ Bunun dışında bu direktifin uygulaması kara para aklamaya ek olarak terörizmin finansmanını da kapsayacak şekilde genişletilmiştir.⁴¹⁰

Kara para aklama ve terörizmin finansmanı ile ilgili dördüncü direktif (EU) 2015/849 sayılı direktiftir. Yine bu direktifte de avukatların avukat-müvekkil gizliliği yönünden yükümlülüklerinde bir değişiklik getirilmemiştir. Yalnızca 50. maddeyle, direktif kapsamındaki görevlerini yerine getirebilmeleri amacıyla Avrupa Bankacılık Otoritesi (European Banking Authority-EBA), Avrupa Sigorta ve Mesleki Emeklilik Otoritesi (European Insurance and Occupational Pensions Authority-EIOPA), Avrupa Menkul Kıymetler ve Piyasalar Kurulu (European Securities and Markets Authority-ESMA) tarafından yetkilerinin kullanılması için istenilen bilgilerin verilme zorunluluğu öngörülmüştü. Bu hükümle kabul edilen bilgi verme zorunluluğu, avukat-müvekkil gizliliği bakımından bir sınırlama getirmemişti.

(EU) 2018/843 sayılı 5. Direktif ile 4. Direktif değiştirilmiş; 5. Direktifte, 4. Direktifte öngörülen 50. maddenin kapsamı için daha fazla açıklamaya ihtiyaç duyulmuştur. Buna göre, avukat-müvekkil gizliliğinden kaynaklanan bilgiler hariç olmak üzere, üye devletler 50. madde kapsamındaki bilgi akışını engellemeyeceklerdir. Bu değişiklikle bilgi akışına üye devletlerin müdahalesi sınırlandırılarak bildirim prosedürlerinin etkililiğinin artırılması amaçlanmışsa da, avukat-müvekkil gizliliği ile ilgili bilgiler hariç tutulduğundan, üye devletlere bu konuda bir takdir hakkı bırakılmış gibi gözükmemektedir. Yine de hangi bilgilerin avukat-müvekkil gizliliği kapsamında olduğuna Birlik hukuku çerçevesinde karar verilecektir.

⁴⁰⁹ Hukuk Sözcüsü Maduro'nun Case C-305-05- *Ordre Des Barreaux Francophones Et Germanophone And Others* davasındaki görüşü, 14 Aralık 2006, para 21.

⁴¹⁰ Mali Suçları Araştırma Kurulu Resmi Sitesi, Avrupa Birliği Direktifleri, <https://masak.hmb.gov.tr/avrupa-birligi-direktifleri>, (e.t.:31.05.2022).

Bu çalışmanın yapıldığı sırada Komisyon tarafından 6. Direktif önerisi sunulmuşsa da metin son halini almamıştır ve hazırlık aşamasındadır.⁴¹¹

C- Türk Hukukunda Kara Para Aklama ve Terörizmin Finansmanı ile Mücadele Kapsamında Avukatın Müvekkiline ilişkin Bilgileri İfşa Etmesinin Avukat-Müvekkil Gizliliği ile İlişkisine ilişkin Kurallar

Türk Hukuku'nda kara para aklama ve terörizmin finansmanı ile mücadele sistematik bir şekilde 1996 yılında yürürlüğe giren 4208 S. Kara Para Aklamanın Önlenmesine Dair Kanun'la beraber başlamıştır. Bu tarihten önce Türkiye'nin FATF'a üyeliği 1991 yılına dayanmasına rağmen, 1996 yılına kadar yasal düzenleme yapılamamış, Türkiye 1994 yılında FATF tarafından kara listeye alınmıştır.⁴¹² 1996 yılında çıkan yasa kara para aklamayla sistematik bir mücadele için Mali Suçları Araştırma Kurulu'nun kurulmasını öngörmüş, Kurul, 1997 yılında faaliyetine başlamıştır. Daha sonra 4208 S. Kanun'un yerini 2006 yılında yürürlüğe giren "5549 Sayılı Suç Gelirlerinin Aklanması Hakkında Kanun" almış, kara para aklama ile mücadeleye terörizmle mücadele de eklenerek MASAK'ın yetki alanı genişletilmiştir. Bu kanuna göre MASAK, kara para aklanmasıyla mücadele edebilmek için gerekli verileri toplamak, şüpheli görülen işlem bildirimlerini almak ve analiz yapmak yetkileri ile donatılmıştır. Türkiye'de hükümet sisteminin değişmesinin ardından MASAK'ın yetkileri 1 Sayılı CBK kararnamesi'nin 231,232,521 ve 522. maddelerinde 5549 sayılı kanun ile paralel şekilde düzenlenmiştir. Ancak, MASAK'ın kamu kurum ve kuruluşlarıyla gerçek ve tüzel kişilerden veri ve bilgi toplamasına ilişkin yetkilerini düzenleyen Kararnamedeki 231. maddenin (m) fıkrası, Anayasa Mahkemesi tarafından kişisel verilerin korunması hakkı ile ilgili Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamayacağı gerekçesiyle iptal edilmiştir. İptal kararı resmi gazetede yayınlandığı tarihten dokuz ay sonra yürürlüğe gireceğinden, kararnamenin ilgili hükmü 26/2/2023 tarihine kadar yürürlükte kalacaktır.⁴¹³ Ancak Kararname 5549 S.

⁴¹¹ Komisyon'un önerisi, "DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the mechanisms to be put in place by the Member States for the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing and repealing Directive (EU) 2015/849.

⁴¹² Yasin Miraç Er, Kara Para Aklama Suçu, **yayınlanmamış yüksek lisans tezi**, Marmara Üniversitesi SBE Kamu Hukuku ABD, 2021, s.25.

⁴¹³ AYM Kararı, E.2019/96, K.2022/17, k.t.24/02/2022, para: 71-80.

Kanun’u ortadan kaldırmadığından, 5549 S. Kanun’un MASAK’ın bilgi almasına ilişkin yetkilerini düzenleyen 7. maddesi halen yürürlüktedir. Bu hükme göre,

MADDE 7 – (1) Kamu kurum ve kuruluşları, gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kuruluşlar, Başkanlık ve denetim elemanları tarafından istenilecek her türlü bilgi, belge ve bunlara ilişkin her türlü ortamdaki kayıtları, bu kayıtlara erişimi sağlamak veya okunabilir hale getirmek için gerekli tüm bilgi ve şifreleri tam ve doğru olarak vermek ve gerekli kolaylığı sağlamakla yükümlüdür.

(2) Yukarıdaki fıkraya göre talepte bulunanlar savunma hakkına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, özel kanunlarda yazılı hükümleri ileri sürerek bilgi ve belge vermekten kaçınamazlar.

Görüldüğü üzere MASAK’ın bilgi almaya ilişkin yetkileri “savunma hakkı” ile sınırlandırılmıştır. Ancak Avukatlık Kanunu’nun sır saklama yükümlülüğünü koruyan hükümleri ile karşılaştırıldığında, serbest avukatların bildirim yükümlülüğüne dahil edilebilmesi için özel kanuni düzenleme yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur. Zira daha önce yönetmelikle serbest avukatlara bildirim yükümlülüğü getirilmek istenmiş, ancak Türkiye Barolar Birliği tarafından açılan dava sonucunda Danıştay tarafından ilgili yönetmelik hükmü iptal edilmiştir.⁴¹⁴ Kara para aklama ve terörizmin finansmanı ile ilgili olarak serbest avukatların bildirim yükümlülüğüne dahil edilmesi, 7262 S. Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin Kanun’un 20. maddesi ile 5549 Sayılı Kanun’un yükümlülerinin kim olduğunu düzenleyen 2. maddesine “serbest avukatların” da eklenmesi ile olmuştur.

İlgili hükme göre,

“savunma hakkı bakımından diğer kanun hükümlerine aykırı olmamak ve 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 35 inci maddesinin birinci fıkrası ile alternatif uyumsuzluk çözüm yolları kapsamında ifa edilen mesleki çalışmalar nedeniyle edinilen bilgiler hariç olmak üzere, taşınmaz alım satımı, sınırlı ayni hak kurulması ve kaldırılması, şirket, vakıf ve dernek kurulması,

⁴¹⁴ 09/01/2008 tarihli ve 26751 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik’in 4/ş bendi: “Savunma hakkı bakımından diğer kanun hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 35. maddesinin ikinci fıkrası kapsamındaki işlerden taşınmaz alım satımı, şirket, vakıf ve dernek kurulması, idaresi ve devredilmesi gibi işlerle sınırlı olmak üzere serbest avukatları” hükmünü içermekteydi. Ancak Danıştay tarafından, bu yükümlülüğün yasa yoluyla düzenlenmesi gerektiği belirtilerek ilgili hüküm iptal edilmiştir; Danıştay 10. Dairesi Kararı, 2008/1675 E., 2013/508 K., k.t.24.01.2013.

birleştirilmesi ile bunların idaresi, devredilmesi ve tasfiyesi işlerine ilişkin finansal işlemlerin gerçekleştirilmesi, banka, menkul kıymet ve her türlü hesaplar ile bu hesaplarda yer alan varlıkların idaresi işleriyle sınırlı olmak üzere serbest avukatlar”

Suç Gelirlerinin Aklanmasının nlenmesi Hakkında Kanun kapsamında müşterinin tanınması ve şüpheli işlemlerin bildirimiyle yükümlüdür. Bu yükümlülükler avukatların savunma hakkı ile ilgili olmayan işleri ile sınırlandırılmıştır. Bu yönüyle bir önceki başlıkta detaylıca anlattığımız AB mevzuatına ve FATF nerilerine uyumlu bir düzenleme olduğunu söyleyebiliriz. Ancak mevzuat, avukatın elindeki bilgiyi doğrudan MASAK’a göndermesinin düzenlenmesi sebebiyle, AB mevzuatından önemli ölçüde ayrılmaktadır. Zira yukarıda bahsettiğimiz gibi AB lkelerinde bir avukatın kara para aklamayla mücadele kapsamında mvekillerinin bilgilerini idari bir kuruluşa doğrudan teslim etmesindense, bu bilgilerin meslek odaları aracılığı ile sır saklama yükümlülüğü kapsamında olup olmadığına ilişkin bir denetimden geçirilip, yetkili kurumlara bu aşamadan sonra gönderilmesi öngörülmektedir. Bu bakımdan, MASAK tarafından istenen bilginin avukat-müvekkil gizliliği ve savunma hakkı kapsamında olup olmadığının bağımsız denetçiler tarafından denetlenmesine ilişkin bir usul öngörülmemiş olması, avukat-müvekkil gizliliğinin korunması açısından sorun teşkil etmektedir.

SONUÇ

Avukat-müvekkil gizliliği kavramının tarihin eski zamanlarından bu yana yargılamalarda uygulanagelen bir kavramdır. Kişinin kendi davasında tanık olarak dinlenememesi kuralının uzantısı olarak avukatın da vekil sıfatıyla yer aldığı davalarda dinlenemeyeceği çıkarımının bir sonucudur. Bu kural eski Roma'dan bugüne kadar uygulanırken özellikle Orta Çağ'da İngiltere'de *avukatın bir centilmen olarak onurunun korunması* amacıyla öngörülmüşse de, 17. yy'dan itibaren temel haklar konusundaki gelişmeler ve bireyciliğin hukuk sistemlerine etkisinin sonucu olarak, müvekkilin savunma hakkı bağlamında değerlendirilen bir hak olarak karşımıza çıkmaya başlamıştır. Bugün gelinen noktada neredeyse her yargı sisteminde bir şekilde kendini suçlamaya zorlanamama hakkı ve savunma hakkıyla bağlantılı olarak ileri sürülebilen bir usuli kurallar bütünü ya da hak olarak karşımıza çıkmaktadır.

Avukat-müvekkil gizliliğinin terim birliğinin sağlanması ve Türkçe'ye çevirilmesi ile ilgili birtakım sorunlar bulunmaktadır.. Öğretide avukat-müvekkil gizliliği ile ilgili “mesleki gizlilik” “sır saklama yükümlülüğü” “avukat müvekkil ilişkisinin imtiyazı” gibi birçok farklı kavramın kullanıldığı gözlemlenmiştir. Sorunun temeline inmek için farklı ülkelerin uygulamaları ve kavramı nasıl kullandıkları incelediğimizde bu konuda Anglo-Sakson hukuk düzeni ile Kıta Avrupası hukuk düzeni arasında farklılıklar olduğu gözlemlemekteyiz. Konuyla ilgili Almanya ile İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri karşılaştırıldığında, ve dünyadaki diğer örnekler incelendiğinde Anglo-Sakson hukuk düzeninde “legal professional privilege” kavramının, Kıta Avrupasında ise “attorney-client confidentiality” kavramının kullanımının daha ağır bastığı gözlemlenmektedir. Yine de kavram, bir “gizlilikten” çok bir ilişkinin üçüncü taraflara karşı “dokunulmazlığını” anlattığından, avukat-müvekkil gizliliği teriminin sorunlu olduğunu söyleyebiliriz. Ancak yaygın kullanım “avukat-müvekkil gizliliği” şeklinde olduğundan çalışmada bu terimin kullanılması tercih edilmiştir.

Bugün usuli bir ilkeden herkese karşı ileri sürülebilen bir hakka dönüşen avukat-müvekkil gizliliğinin Avrupa hukuk düzenindeki uygulaması, ulusalüstü ve ulusal hukuk açısından belirleyici rol üstlenen AİHS ve AİHM içtihadı, buna uygun yorum yapmakla

yükümlü AB'nin yargı organı ABAD ve ulusal hukukun anayasa uygun yorumuyla mükellef olan AYM aracılığıyla belirlenmektedir.

Avukat-müvekkil gizliliği, AİHS'de Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesinde olduğu gibi sözleşme metninde açıkça düzenlenmemiştir. Mahkeme, önüne gelen olaylarda avukat-müvekkil gizliliği ile korunmak istenen hukuki yararlar temelinde AİHS'de düzenlenen hakları yorumlamaktadır. Bu şekilde AİHS'de 6. maddede düzenlenen “adil yargılanma hakkı” bağlantısıyla kendini suçlamaya zorlamama hakkı ve avukatın etkili ve pratik hukuki yardımından yararlanma hakkı kapsamında; 8. maddede düzenlenen “özel ve aile yaşamına saygı hakkı” bağlantısıyla konuta saygı hakkı, haberleşmeye saygı hakkı ve özel yaşama saygı hakkı kapsamında avukat-müvekkil gizliliği ileri sürülebilir. Öte yandan uyumlu olduğu ölçüde Sözleşmenin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile ilgili olarak, tutulmaya karşı mahkemeye erişim hakkı bağlamında avukatın etkili ve pratik hukuki yardımına erişim hakkı, veya 8. Maddede düzenlenen haklar bağlantısıyla Sözleşme'nin 13. Maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkı kapsamında incelenebilir.

Avukat-müvekkil gizliliğinin AİHM, ABAD ve AYM uygulamasını derinden inceleyen bu çalışma sonucunda, üç hukuk düzleminin kendine has problemlerinden kaynaklanan sorunların avukat-müvekkil gizliliğine de etki ettiğini gözlemleyebiliriz. AİHM, Salduz/Ibrahim testinin bir uzantısı olarak, yakın terör tehdidi gibi zorlayıcı sebeplerin varlığında avukat ve müvekkili arasındaki ilişkiye müdahale ederek savunmanın ne kadar etkisizleştirilebileceği konusunda bir ölçü belirleyememiş durumdadır. AYM ise yakın tarihte yaşanan olağanüstü hal deneyiminin sonucunda bir insanın terörle ya da anayasal düzene karşı vb. bir suçla bağlantısı olması durumunda avukat-müvekkil gizliliğini göz ardı edebilmek için otomatik olarak bir sebebin varlığını kabul etme eğilimindedir. Son olarak da Avrupa Birliği, tek pazarda Birlik hukukunun etkililiği amacıyla, ulusal hukuk düzleminde var olduğu tescillenmiş bir hak olarak kurum içi avukatın avukat-müvekkil gizliliği korumasını görmezden gelmektedir.

Tüm bunlar olurken, aynı anda Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, “devam eden yargılama süreçleri dâhil, bireysel hakların her gün korunmasında avukatların üstlendiği rol bağlamında, ayrıca avukatların güvenliğine ve bağımsızlığına ve mesleklerinin gereklerini etkin şekilde yerine getirmelerine yönelik yakın tehditlere cevap verebilmek adına bir erken

uyarı mekanizmasına ihtiyacını”⁴¹⁵ vurgulamaktadır. Çünkü insan hakları savunucusu avukatlara yapılan saldırıların korumasının *AİHS hukuk düzeninin tam kalbinde yer aldığı* artık AİHM’in bu saldırılar sebebiyle 18. madde ihlali tespit etmesini sağlayacak kadar apaçık göz önündedir. Yine de konu avukat-müvekkil gizliliği olduğunda yargıdan mutlak bağışık bir alan yaratmaktan kaçınmak gerekmektedir. “*Hukuka aykırı davranan hukuk profesyonelleri*”⁴¹⁶ bu türden bağışıklığı her an kötüye kullanabilir.

Böyle bir ortamda avukatlar ve müvekkilleri karşılıklı güven ilişkisi içerisinde savunma oluşturmaya çalışmaktadır. Burada kamu makamlarının bu ilişkiye dokunmama yükümlülüğü çalışma içerisinde detaylıca tespit ettiğimiz üzere ilk olarak iki taraftan biri ile ilgili makul bir suç şüphesinin varlığı sona ermeye başlamaktadır. Hatta yakın terör tehdidi gibi zorlayıcı bir sebebin varlığında, daha ilk anda avukat-müvekkil ilişkisine dokunmama yükümlülüğü ortadan kalkabilmektedir.

Korumanın sağladığı dokunulmazlık perdesi ortadan kalkmaya başladıkça, kamu makamlarının avukat-müvekkil gizliliği sebebiyle bazı güvenceleri gözetmeden delil toplaması imkansız gözükmektedir. Bu güvenceler müdahalenin türüne göre değişebilmekteyse de iki ortak noktada birleşir: yargının denetimi ve bağımsız gözlemcinin denetimi.

Yargının denetimi, müdahaleden önce, müdahale sırasında ve sonrasında mümkün olabilir: Öncesinde müdahalenin gerekliliği ile ilgili, sırasında delil toplama işleminin hukuka uygunluğu ile ilgili ve sonrasında da toplanan delilin hukuka uygunluğu ile ilgili. Ancak bu denetimlerinin her durumda hepsinin bulunması şart değildir. Mahkeme bir bütün olarak yargı denetiminin etkili olup olamadığına bakacaktır. Ayrıca her halükarda yargılamanın esası ile ilgili karar veren hakimin değil, yargılamanın esasıyla ilgili karar verme ve görüş bildirme yetkisi bulunmayan bir hakim tarafından karar verilmelidir. Burada gizli kalması gereken bilginin yalnızca soruşturma makamları tarafından öğrenilmesi durumunda değil, aynı zamanda esasa ilişkin karar vermeye yetkili hakim tarafından öğrenilmesi durumunda da sorun teşkil edecektir.

⁴¹⁵ Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi’nin 24 Ocak 2018 tarihli “2121 (2018) sayılı Avukatlık Mesleğine İlişkin Bir Avrupa Sözleşmesi Taslağı Hazırlanmasına Yönelik Tavsiye Kararı”, ilgili bölümü çeviren: Dilşad Çiğdem Sever, a.g.e., s.244-245.

⁴¹⁶ Hukuk Sözcüsü Maduro’nun görüşü, Case C-305-05, *Ordre Des Barreaux Francophones Et Germanophone And Others*, EU:C:2006:788, k.t.:14 Aralık 2006, para.15

Yargı denetiminin son halkasını soruşturmacılar tarafından avukat-müvekkil gizliliği koruması altında olması nedeniyle toplanmaması gereken bir bilginin tespiti durumunda imha süreci oluşturmaktadır. Yine imha sürecinin de avukat-müvekkil gizliliği kapsamında bilginin muhataplarının dahil olacağı şekilde yapılması gerekmektedir.

Bağımsız gözlemcinin denetimi ise soruşturma kapsamında taraf olmayan ancak avukat-müvekkil gizliliğinin korunması konusunda hukuk eğitimi nedeniyle nitelikli gözlem yapabilecek kişilerin delillerin toplanması sırasındaki gözlemi ya da filtreleme işlemine aktif katılımıdır. Burada önemli olan bağımsız gözlemcinin delil toplama işleminde bizzat bulunması değil, bir itirazının bulunması durumunda yargı denetiminin bu itirazları dikkate alıp almamasıdır. Gözlemcinin aktif katılımı bir arama işleminde el koyulan ve incelenen belgelerin gözlemcinin denetiminden geçirilmesi şeklinde olabileceği gibi, gözlemci arama sırasında elektronik verilerin filtrelenmesinde ya da kara para aklamayla mücadele mevzuatında öngörüldüğü üzere veriler soruşturma makamlarına gönderilmeden önce bağımsız bir kurumun bünyesinde toplanıp filtrelenip, soruşturma makamlarına filtrelemeden sonra gönderileceğine ilişkin bir uygulama aracılığı ile de mümkün olabilir. Belirtmek gerekir ki, gözlemcinin avukat-müvekkil gizliliği bakımından korunan bilgiyi ayırt edebilecek donanımının olmaması durumunda AİHM ihlal kararı vermektedir.

Avukat-müvekkil gizliliğinin ihlal edilmesi için avukat ve müvekkili arasındaki iletişimin dinleniyor olması her zaman gerekli değildir. Bazen, avukat ve müvekkili o kadar ağır şartlarda savunma hazırlamak zorunda kalırlar ki, iletişimin yapıldığı ortam avukat ve müvekkili için kendilerinin dinleniyor oldukları şüphesini haklı kılar. Bu bakımdan kamu makamlarının yalnızca müdahale etmeme yükümlülüğü değil, aynı zamanda güvenli ortam oluşturma yükümlülükleri de bulunmaktadır.

Tüm bu ilkeler AİHM'in önüne gelen adil yargılanma hakkı ve özel yaşama saygı hakkına ilişkin şikayetler sonucunda avukat-müvekkil gizliliğine ilişkin tespit edilen standartlar olarak göze çarpmaktadır. AİHM, avukat-müvekkil gizliliği ile ilgili önüne gelen şikayetleri bugüne kadar kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kapsamındaki bir tutulmaya karşı yargı yoluna etkili başvuru kapsamında savunma hakkıyla bağlantılı olarak (md.5/4), medeni hakla ilgili bir uyuşmazlık kapsamında mahkemeye erişim hakkıyla ilgili avukatın etkili ve pratik hukuki yardımına erişim hakkı (md 6/3-c bağlantılı olarak 6/1), suç isnadı ile ilgili bir uyuşmazlıkta

avukatın etkili ve pratik hukuki yardımına erişim (md. 6/3-c), haberleşme özgürlüğü, konuta saygı hakkı özel yaşam hakkı ve bunlarla bağlantılı etkili başvuru hakkı (md. 8 ve md.13) bakımından incelemiştir.

ABAD ise avukat-müvekkil gizliliğini önüne gelen uyuşmazlıklarda soruşturma geçiren teşebbüslerin savunma haklarının bir uzantısı olarak korumaktadır. ABAD'ın bu konuda önündeki en büyük sorun güvencelerden ziyade kapsam sorunudur. Bu konuyla ilgili ilk sorun, kurum içi çalışan avukatın avukat-müvekkil gizliliği korumasından faydalanamamasıdır. Avukat ulusal hukukta bu korumadan yararlanabiliyorsa bile Birlik hukuku seviyesinde yararlanamamaktadır. Bu durumun öngörülebilirlik, hukuki kesinlik sorunu yaratması bir yanı, avukatın mesleki gizliliği korumasına ilişkin etik yükümlülüğünü yerine getirmesinin Birlik hukuku aracılığıyla imkansız kılınması başka bir yanıdır. Kanaatimizce Şart'ın 53. maddesi nedeniyle Birlik Hukuku bir hakkın ulusal hukuktaki kullanımını bertaraf edemez ya da etkisizleştiremez. Bu sebeple ABAD; kurum içi çalışan avukatın ulusal hukukta özel yaşam hakkı kapsamında avukat-müvekkil gizliliği korumasından yararlanabildiği durumlarda, kurum içi avukatı Birlik hukuku seviyesinde avukat-müvekkil gizliliği korumasına dahil etmeyerek avukatın mesleki yaşam hakkı bağlamında avukat-müvekkil gizliliği korumasından kaynaklanan haklarını ihlal etmektedir.

Türk hukukunda ise Rekabet Kurumu'nun ve idari yargının pratiği ABAD'la paralel gözükmektedir. Ancak, Türkiye'de kurum içi çalışan avukatın serbest avukatlarla aynı etik yükümlülükler altında ve aynı mevzuata tabi olduğu düşünüldüğünde, avukat-müvekkil gizliliği açısından serbest avukat ile kurum içi çalışan avukat arasında fark bulunmamaktadır. Kaldı ki Birlik Hukuku'nda avukat-müvekkil gizliliği ile ilgili kurum içi avukatlara ilişkin bir sınır getirilirken Birlik Hukuku ile ulusal hukuk arasında bir sınır çizilip, ulusal hukukun bir yetki alanının bulunduğu altı çizilmektedir. O halde Türk Hukuku'nda kurum içi avukatları avukat-müvekkil gizliliğinin kapsamı dışına çıkartmak AİHS'in 8. maddesi bakımından avukatın özel mesleki yaşamına ilişkin hakları bakımından sorun yaratacaktır. Konu henüz AYM'nin önünde bireysel başvuru kararına konu olmamıştır. AYM'nin bu konudaki kararı merak konusudur.

Belirtmek gerekir ki AİHS'in içtihatları, bağlayıcılığı, Anayasa'da belirtilen ilkelerin verdiği anayasal garantiler düşünüldüğünde, avukat-müvekkil gizliliğinin tanınması Türk

hukukunda yasal bir düzenlemeye ihtiyaç dahi bulunmamaktadır. Önemli olan tanınmadan çok yargısal ve bağımsız gözlemcilerin denetimine ve son olarak ilgililerin yargıya başvurma haklarına ilişkin güvencelerin yasal olarak düzenlenmiş olmasıdır. Türk hukukunda avukat-müvekkil gizliliği ile ilgili düzenlemelere baktığımızda avukatın müvekkili ile ilgili bir suç isnadı olduğu zaman müvekkiline dönük arama, iletişiminin dinlenmesi vb. tedbirlerle ilgili yasal güvencelerin eksiksiz olduğu söylenebilecekse de, konu avukata dönük suç isnadının varlığı durumundaki avukat-müvekkil gizliliği koruması olduğunda avukatın verilerinin toplanması ve iletişiminin denetlenmesi tedbirleri ile alakalı yasal düzlemde bir güvencenin bulunmadığını söylemek gerekir.

Avukat ve müvekkili arasındaki ilişkinin cezaevi görüşmeleri sırasında denetlenmesine ilişkin olağanüstü hal sırasındaki uygulaması ile ilgili AYM şu ana kadar bir ihlal kararı tespit etmemiştir. AİHM de henüz böyle bir şikayetle ilgili karar vermemiştir. Ayrıca böyle bir başvuru ile ilgili hükümetle iletişime geçtiğine ilişkin bir bilgiye de rastlanmamıştır.

AİHS'in ve Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında olağanüstü hal sebebiyle sözleşmecî devletin bir derogasyonunun varlığı durumunda hakların askıya alınması nedeniyle Mahkemelerin denetimi sınırlanmaktadır. Bu sebeple, AYM'nin mevcut olağanüstü hal uygulaması ile ilgili verdiği kararlar konusunda AİHM'in denetiminin nasıl olacağı merak konusudur.

AYM'nin avukat-müvekkil gizliliğine ilişkin diğer kararları incelendiğinde bağımsız gözlemcilerin tespitlerinin Mahkeme tarafından dikkate alınmaması konusunda bir inceleme yapmaması konusunda ihlal bulmadığı göze çarpmaktadır. Bu konuda Mahkeme'nin bağımsız gözlemcinin arama anında orada bulunduğunu belirtip bunu yeterli görmesi, AİHM'in tutumu ile çelişmektedir. AİHM, *Ilya Stefanov v Bulgaristan* davasında olduğu gibi bağımsız gözlemcinin itirazlarının daha sonradan kişilerin yargılanmasına nasıl etki ettiğini ayrıca değerlendirmektedir.

Olağan hukuk yollarının tüketilmesi açısından ise avukatın üstünün aranması konusunda tazminat davası açılmasını gerekli gören AYM, kötü muamele yasağı bakımından değerlendirilebilecek bir başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı vermiştir. Etkili

soruşturma yükümlülüğünü bünyesinde barındıran bir hakla ilgili başvurucudan böyle bir beklentiye girilmesi açıkça isabetsizdir.

Avukatın müvekkili ile telefonla haberleşmesi bakımından AYM'nin 5275 S. CGTİHK'da tutuklu ve hükümlü için yapılan ayırım konusunda paralel kararlar verdiği tespit edilmiştir. AİHM'in *A. ve B. v Hollanda* kararında kişinin avukatıyla telefonda görüşmesine izin verilmemesine alternatif iletişimi yollarının etkili olduğu durumlarda avukat-müvekkil gizliliği açısından sorun teşkil etmeyeceğine ilişkin kararı düşünüldüğünde, bu içtihadın AİHM'le uyumlu olduğu söylenebilir. Ancak, AİHM'in *Altay (02) v Türkiye* kararında başvurucunun devam eden bir davası olmamasına rağmen avukatıyla görüşmesinin göz ve kulakla takip edilmesinde ihlal bulması karşısında tutuklu ve hükümlü için avukatlarıyla görüşmelerinde her durumda bir ayrık uygulama oluşturulması AİHM içtihatlarıyla uyumlu gözükmektedir. Bu bakımdan CGTİHK'nın 59. Maddesindeki avukatla görüşme hakkının istisnalarının tutuklu/hükümlü ayırımından daha çok kişinin o an avukata olan ihtiyacının belirlenmesi temelinde değerlendirilmesi AİHS uygulaması açısından yerinde olacaktır. Bir kişinin işlediği suç sebebiyle otomatik olarak avukatla olan görüşmesinin gizliliğinden olması, avukattan alacağı hukuki yardımdan onu mahrum bırakabilir. Bu sebeple bu tür uygulamaların sınırlı şekilde uygulanması ve her olay üzerinde ayrıca gerekçelendirilmesi gerekmektedir.

Avukat-müvekkil gizliliğinin Avrupa hukuk düzenindeki uygulamasını kendi yetkileri çerçevesinde belirleyen AİHM, ABAD ve AYM'nin önüne gelen davalarda aldığı pozisyonların yeknesak bir avukat-müvekkil gizliliğine işaret etmediğini söyleyebiliriz. AİHM'in içtihadı belirli usuli garantileri ulusal hukuk düzenleri için zorunlu tutsa da yargılamanın adilliği ile ilgili konularda bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmadığı AİHM tarafından sorgulandığında, en nihayetinde avukat-müvekkil gizliliğine yapılan müdahalenin kişinin kendini savunmasına etki edip etmemesine göre ihlal tespit edilmektedir. Avukat açısından ise usuli güvencelerin varlığı ve yeterli olup olmaması, ayrıca avukat-müvekkil gizliliğini korumaya etkili olup olmaması değerlendirilmeli ancak hangi usuli güvencelerin hangi şartlarda getirilmesi gereğine ilişkin keskin sınırların çizilmesinden kaçınılmaktadır. Avukat-müvekkil gizliliği sözleşmede açıkça yazılmadığından, getirilecek usuli ilkelere ilişkin standartlar konusunda AİHM içtihatlarının yol göstericiliğinde devletlerin bu ilkelerin uygulanması konusunda takdir marjı hala mevcuttur. Bu bakımdan ülkeler

arasındaki uygulama farklılıkları AİHS bakımından sorun oluşturmamaktadır. O halde avukat-müvekkil gizliliğine getirilmesi gereken usuli güvenceler açısından yeknesak bir Avrupa uygulaması arayışı mevcut durumda doğru değildir.

Konu avukat-müvekkil gizliliğinin kişi ve zaman bakımından kapsamına geldiğinde ise bunun tam tersini söyleyebiliriz. Avukat-müvekkil gizliliğinin korunmasında hukuki yararları devam ettiği sürece kişilerin bu korumanın kapsamında olmaları gerekir. Bu bakımdan, avukat-müvekkil gizliliğinin korunmasındaki hukuki yararlar ile AİHS'deki haklar bağlantılı olduğu ölçüde kapsam genişleyecektir. Aksi AİHS'in aykırı bir yorumunu oluşturacağından, hem AB hukuk düzeni, hem Türk hukukunda yeknesak uygulama zorunluluğu bulunmaktadır. Bu bakımdan hukuki açıdan görüş bildirme temelinde kurulan her türlü hukuki ilişkide, avukatın hukuki yardım sağlamaya yetkisinin olduğu her senaryoda, avukat-müvekkil gizliliğinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Bu bakımdan AB ve Türk hukuku uygulamasının bu çalışmadaki tespitlerimiz doğrultusunda sorunlu olduğu söylenebilir. Gelecekte, aynı sorunların farklı davalarla AİHM, ABAD ve AYM'nin önüne gelme ihtimalinde, Mahkemelerin bu konuda yeknesak bir uygulama yaratması bu itibarla büyük bir gereklilik olarak gözükmektedir.

Türk Hukuku için Öneriler

Çalışma kapsamında özellikle ikinci bölümde birçok başlık altında Türk Hukuku'nda avukat-müvekkil gizliliğinin korunması ile ilgili sorunlara el verdiğince değinilmiştir. Ancak, bu sorunlar ve çözüm önerilerinin derleyip toparlanması tezin amaçları için yararlı gözükmektedir.

Öncelikle birinci bölümde bahsettiğimiz üzere Avukatlık Kanunu'nda avukatın sır saklama yükümlülüğü ile avukatın doğruyu söyleme yükümlülüğü arasında denge kurulması için, İngiliz, Amerikan ve Alman mevzuatlarında bulunduğu gibi sır saklama yükümlülüğünün istisnalarının Avukatlık Kanunu'nda açıkça sayılması gerekmektedir. Zira 5549 S. Suç Gelirlerinin Aklanması Hk. Kanun bu bakımdan açıklayıcı olmamakla beraber, yalnızca suçtan gelir elde etmenin bertaraf edilmesine yönelik olduğundan sınırlı bir alana ilişkindir. Mevcut durumda Yargıtay'ın içtihatları ışığında avukatın “doğruyu söyleme yükümlülüğü” her durumda sır saklama yükümlülüğünden üstün tutulabilir ya da mevzuattaki bu durum, avukata

karşı kötüye kullanılabilir. Öte yandan hangi durumlarda sır saklama yükümlülüğü kapsamındaki bir bilginin kamu makamlarının eline geçebileceğinin avukat ve müvekkili tarafından önceden bilinebilmesi belirlilik ve öngörülebilirlik açısından fayda sağlayacaktır.

Avukatın işlediği şüphe edilen suçlarla ilgili olarak iletişiminin denetlenmesi sırasında elde edilen bilgilerle ilgili uygun filtrelemeden geçirilmeden tüm iletişimin soruşturma veya kovuşturmada görevli makamlarca öğrenilmesinin önüne geçebilecek yasal güvencelerin CMK'da bulunmaması önemli bir sorun olarak tarafımızdan tespit edilmiştir. Bunun önüne geçebilmek için Erdem v Almanya davasında olduğu gibi soruşturma veya kovuşturmada görevli olmayan yargı personellerinin iletişimin tespiti gerçekleştirilmesine yönelik tedbirlerin yasada öngörülmesi önerilebilir. Bunun yanında bağımsız denetçi usulünün avukatın iletişiminin denetlenmesi tedbirinde kullanılması önerilebilir. Konu avukat-müvekkil gizliliği olduğunda önemli olan yalnızca bu bilgilerin soruşturmada kullanılıp kullanılmaması ya da hükme esas alınması değil, normalde erişilmesi mümkün olmayan bilgilerin soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından öğrenilmemesidir.

Avukat-müvekkil gizliliği bakımından CMK'daki eksiklik olarak çalışma içerisinde bahsettiğimiz diğer bir sorun da avukata ait bilgilerin soruşturma dosyalarına girmesi sırasında bu bilgilerin sır saklama yükümlülüğü kapsamında olup olmadığı konusunda kanunda otomatik bir yargı denetimi öngörülmemiş olmasıdır. Uygulamada savcılık makamı tarafından yazılan müzekkere ile avukatın banka hesapları, vergi beyannameleri vb. tüm bilgilerinin makamlarca edinilebildiği gözlemlenmektedir. Bu bakımdan AİHM'in Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova v. Portekiz davasındaki içtihadı önem taşımaktadır. Bu davaya konu uygulamadaki gibi bu bilgiler soruşturma veya kovuşturma makamları tarafından öğrenilmeden önce gerçekleştirilecek yargısal denetimle beraber bağımsız denetçi usulüne ilişkin yasal güvencelerin birlikte uygulanabileceği bir usul CMK veya ilgili mevzuatta öngörülebilir.

Avukata erişim ve avukat-müvekkil gizliliği açısından CGTİHK ve AYM'nin bu kanunu yorumunun tutuklu ve hükümlüler açısından farklılaştığı gözlemlenmektedir. AYM hükümlüler açısından avukata erişimi ve avukat-müvekkil görüşmelerine ilişkin hakları daha dar yorumlamaktadır. Örgütlü suçlar açısından sızıntının önüne geçilebilmesi amacıyla, hükümlü kişinin tutuklu kişiye göre daha dar haklara sahip olması, bu iki statü arasında ayrıma gidilmesi AİHM içtihatlarına aykırı gözükmektedir. Nitekim Golder v Birleşik Krallık

davasında AİHM'in belirttiği gibi, başvurunun gerçekten dava açıp açmama niyetinin bilinmemesine rağmen, tutulma rejimine ilişkin disiplin sorunları da dahil olmak üzere tüm sorunları ile ilgili avukata erişimi gerekli olabilir. Gerçekten de kişinin bu talebinin tutuklu ya da hükümlü olması ile ilgisi bulunmamaktadır. Kişinin her sebepten bir avukata ihtiyacı olabilir. Kategorik olarak sızıntı ihtimalinin varlığının otomatik olarak kabulü nasıl ki tutuklu ve hükümlü açısından farklı değilse, aynı sebeple avukatın otomatik olarak tutuklu ya da hükümlü ile suç ortağı sayılması da uygun olmayacaktır. Bu bakımdan CGTİHK'nın avukata erişim ve avukat-müvekkil gizliliği bakımından tutuklu ve hükümlüler için farklı rejimler öngörmesi hükümlülerin adil yargılanma hakkına ihlal oluşturabilir. Bu ayrımın kanun sistematiğinden kaldırılarak, AYM'nin de bu ayrımı meşru gören içtihadının değiştirilmesi tarafımızdan önerilmektedir.

CGTİHK'da tutuklu kişiler için öngörülen avukatla telefonda görüşme hakkı olumlu olsa da bu görüşmelerin görevliler tarafından dinlenilmeyeceğine ilişkin güvencelerin kanunda öngörülmemesi önemli bir eksikliktir. Bu hakkın tutuklu veya hükümlüler için öngörülmesi ayrı bir mesele, eğer bu hak kanunda öngörülmüşse uygun güvencelerin sağlanması ayrı bir meseledir. Bu bakımdan, tutukluların avukatlarıyla telefonda görüşmesine ilişkin bağımsız güvenceli bir hat bulunması vb. güvencelerin sağlanması önerilebilir.

AYM'nin Mehmet Hasip Şenalp başvurusu gibi avukatın üzerinin aranmasına ilişkin başvurularda kötü muamele yasağı değerlendirmesi yapması elzem gözükmektedir. Bu bakımdan makamların etkili soruşturma yükümlülüğünün kötü muamele yasağına içkin olduğu düşünüldüğünde AYM'nin Onurhan Solmaz ve Adnan Oktar başvurusundaki gibi bir değerlendirmeyle başvurunun sanık veya şüpheli olmaması nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermesi yanlış bir değerlendirmedir. Bunun yerine Mahkeme'nin kötü muamele yasağı bakımından yapılacak bir değerlendirmeyle makamların soruşturmayı yürütememesindeki engelleri değerlendirmesi gerekir.

AYM'nin olağanüstü halde avukata erişim ve avukat-müvekkil gizliliğinin korunmasına ilişkin başvurularda 15. Madde derogasyonuna rağmen makamların takdir marjının dar değerlendirilmesi zorunluluğunu daha fazla göz önüne alması gerekmektedir. Zira konu AİHS ve Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında bir değerlendirme olduğunda AYM başvuruyu zorlayıcı sebebin tespiti ile sınırlı tutmaktadır. Oysa ki zorlayıcı sebebin varlığı ile

birlikte olağanüstü hal kapsamında başvurunun kişiselleştirilmesi gerekmektedir. Örneğin, konu 15 Temmuz darbe girişimiyle ilgili derogasyon olduğunda şüphelinin terör suçu işlediğine ilişkin suç isnadı AYM tarafından yeterli görülmektedir. Ancak bu bakış açısı takdir marjının makamlar tarafından kötüye kullanımına zemin hazırlamaktadır. Makamların takdir marjını kötüye kullanmasının önüne geçilmesi gerekmektedir. Bu da suç isnadının şahsileştirilmesinden geçer. Mahkeme'nin avukata erişim ve avukat-müvekkil gizliliğine ilişkin başvurularda başvurucunun öznel durumunu değerlendirmeden, soruşturma kapsamında toplanan delilleri değerlendirmeden yalnızca terör örgütünün faaliyet kapasitesi üzerinden otomatik olarak kısıtlamaları haklı olarak gördüğü gözlemlenmektedir.

Son olarak avukat-müvekkil gizliliğinin korunmasında Rekabet Kurumu ve idari yargının eğiliminin eleştirilmesi gerekmektedir. Çalışmanın içeriğinde bahsettiğimiz üzere, Rekabet Kurumu ve idari yargı teşebbüslerin savunma hakkını yalnızca devam eden prosedür bulunup bulunmadığına indirgemektedir. Buna göre koruma talep edilen avukat-müvekkil gizliliğine ilişkin iletişimin savunma hakkı ile ilgili olması, ancak bu iletişimin devam eden yargısal veya yargı öncesi prosedüre ilişkin olmasında geçerli olup, önleyici hukuki yardımları kapsamamaktadır. Kanaatimizce iletişimin teşebbüsün rekabet prosedürleri ile ilgili olması koruma için yeterli sayılmalıdır. Çünkü çalışmada sıkça referans verdiğimiz Golder v Birleşik Krallık davasında olduğu gibi açılıp açılmayacağı kesin olmayan bir dava ile ilgili hukuki yardım da AİHS'in 6. maddesi kapsamında mahkemeye erişim hakkı kapsamındadır. Önemli olan hukuki yardıma ihtiyaç ve bu ihtiyacın karşılanmasıdır. Avukatın bir suça karışır şekilde amacı aşar düzeyde müvekkiline yardım sağladığının ispatı kamu makamlarında olmalıdır.

İkinci olarak belirtmek isteriz ki kurum içi avukatın avukat-müvekkil gizliliği koruması hakkında Rekabet Kurumu ve idari yargının uygulaması AİHM içtihadı ile uyumlu gözükmemektedir. Rekabet Kurumu ve idari yargı mehz AB Hukuku'nu referans alarak kurum içi avukatı avukat-müvekkil gizliliği koruması bakımından kapsam dışı bırakmaktadır. Ancak, Türk Hukuku'ndaki gibi kurum içi avukat ile serbest avukat arasında bir ayrım gözetmeyen AB üyesi devletlerde AB yetki alanı dışında kurum içi avukatlar açısından avukat-müvekkil gizliliği koruması uygulanmaktadır.

Birlik Hukuku seviyesinde ABTHŞ'nın 53. maddesi kapsamında avukat-müvekkil gizliliği korumasından kurum içi avukatı faydalandırmamak avukatın AİHS'in 8. Maddedeki

haklarını kullanılamaz kılacağına ilişkin yorum, Türk Hukuku için de geçerlidir. Rekabet Kurumu ve idari yargının kurum içi avukatın AİHS'in 8. Maddesi bakımından mesleki yaşamdan kaynaklanan haklarını görmezden gelmesine ilişkin mevcut uygulamanın değişmesi gerekmektedir.



KAYNAKÇA

Kitaplar

Arslan Öncü, Gülay. **Bireysel Başvuruda Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı**, İstanbul: Beta Yayınları, 2020.

Arslan Öncü, Gülay. **Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, İstanbul:Beta Yayınları, 2011.

Ata, Funda Keskin. **Avrupa Birliği ve İnsan Hakları**, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2013.

Baykal Sanem ve Göçmen İlke. **Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

Bentham, Jeremy. **Rationale of Judicial Evidence** 1827.
<https://oll.libertyfund.org/title/bowring-the-works-of-jeremy-bentham-vol-7-rationale-of-judicial-evidence-part-2#preview> (E-kitap) (e.t.: 19.06.2021).

Bozdağ, Ahmet ve Korkmaz, Zeynep Büşra. **Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Avukatlara Tanınan Hukuki Ayrıcalıklar**, 2. Baskı, İstanbul: Seçkin Yayınları, 2022.

Can, Hacı, **Avrupa Birliği Mevzuatı: Temel Metinler**, İstanbul: Sürat Üniversite Yayınları, Nisan 2014.

Centel, Nur ve Zafer, Hamide. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9.Baskı, İstanbul:Beta Yayınları, Ekim 2012.

Çelik, Abdullah. **Adil Yargılanma Hakkı Rehberi**, Bireysel Başvuru El Kitapları, Sayı 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara,2014.

Doğru, Osman ve Nalbant, Atilla. **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar**: 2. Cilt, 1. Bası, Ankara:T.C. Yargıtay Başkanlığı, 2013.

Eltimur, Dilara Yüzer. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri**, İstanbul:On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Gemalmaz, H. Burak. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Mülkiyet Hakkı**, İstanbul: Beta Yayınları, 2009.

Gemalmaz Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık , 2010.

Harris, David ve Michael O'Boyle , Ed Bates, Carla Buckley, Paul Harvey, Kreimir Kamber, Michelle Lafferty, Heather Green, Peter Cumber. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Çeviren: Karan, Ulaş ve Bingöllü Kılıcı, Mehveş. İstanbul:Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2021.

İnceoğlu, Sibel. **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, Tıpkı 4. Bası, İstanbul:Beta Yayınları, 2013.

İnceoğlu, Sibel. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa”, Ece Göztepe(Ed.) ve Aykut Çelebi(Ed.), **Demokratik Anayasa** içinde, İstanbul: Metis Yayınları, 2012, 298-337.

Karayiğit, Mustafa Tayyar. **Avrupa Birliği Anayasa Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.

Kunter,Nurullah, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu. **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Onaltıncı Baskı,İstanbul:Beta Yayınları, 2008.

Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. Baskı, Ankara:Seçkin Yayınları, 2020.

Diğer Yayınlar

Altıparmak, Kerem. “Salduz/Türkiye Kararının Uygulanması: İzleme Raporu No:6”, **İnsan Hakları Ortak Platformu İçin Kapasite Geliştirme Derneği**, Temmuz 2013.

Andrews Neil H. “Legal Advice Privilege: a Matter of Substance”, **The Cambridge Law Journal**, Mart 2000, C. 59, s. 47-50.

Andreangeli ,Arianna. “The Protection of Legal Professional Privilege in EU Law and the Impact of the Rules on the Exchange of Information within the European Competition Network on the Secrecy of Communications between Lawyer and Client: one step forward, two steps back?”, **The Competition Law Review**, Ağustos 2005, S. 2, s.31-54.

Antunes, Luis Pais. “Just Another Brick in the Wall: Communications with In-house Lawyers Remain Unprotected by Legal Privilege at the European Union Level”, **Journal of European Competition Law & Practice**, 2011, C. 2, S. 1, s.3-9.

Avdic, Faruk H. “The Erosion Of The Salduz Doctrine In The Cases Of Ibrahim And Others v. The United Kingdom and Beuze v. Belgium”, **Journal of Criminology and Criminal Law**, 3/2021, s. 95-122, <https://doi.org/10.47152/rkkp.59.3.5> , (e.t.: 18.07.2022).

Bellis, Jean-Francois. “Legal Professional Privilege: An Overview of EU and National Case Law”, Ekim 2011, e-makale, <http://awa2012.concurrences.com/academic/article/legal-professional-privilege-an> , (e.t.: 16 Mart 2022).

Brems, Eva ve Lavrysen, Laurens. “Procedural Justice in Human Rights Adjudication: The European Court of Human Rights”, **Human Rights Quarterly**, Şubat 2013, Cilt. 35, Sayı 1, s. 176-200. <http://www.jstor.org/stable/23352256> (e.t.: 08.07.2022).

Cranston, Ross. “Lawyers, MPs and Judges, Law in Politics, Politics in Law” Editör: David Feldman,, **London: Hart Publishing**, 2013, s. 17–40; Çeviriyi yapan: Kaptıkaçtı Kayatekin Beyhan ve Şen, Yağmur. “Avukatlar, Milletvekilleri ve Hakimler”, **Yasama Dergisi**, S. 41, Ocak-Haziran 2020, s. 339-372.

Çanak Yampar, Sultan. “Hükümlünün Avukatla Görüşme Hakkı” ,**Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Dergisi**, Mart-Nisan 2021, C. 16, Sayı. 199-200, s. 816.

Çeliksoy, Ergül. “Polis Karakolunda Müdafî İle Görüşme Ve Müdafiden Yararlanma Hakkının Aihm’nin İbrahim Ve Diğerleri/ Birleşik Krallık Kararı Işığında Değerlendirilmesi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 9, S.35, Temmuz 2018, s. 665-687.

Çeliksoy, Ergül. “Overruling ‘the Salduz Doctrine’ in Beuze v Belgium: The ECtHR’s further retreat from the Salduz principles on the right to access to lawyer” , **New Journal of European Criminal Law**, 2019, s. 1-21

Çınar, Gediz ve Ak, Aslı. “ABD ve AB Uygulaması Işığında Türk Rekabet Hukukunda Avukat-Müvekkil Gizliliği”, **Baseak CORE Papers No: 7**, 2021, s.10.

Çırak, Ezgi. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı”, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan**, 2019, s.997-1028.

DLA Piper, **Legal Privilege Global Guide, Full Handbook**, 19 Eylül 2021, <https://www.dlapiperintelligence.com/legalprivilege/insight/handbook.pdf>, (e.t.:19.12.2021).

Dolmans, Maurits, Vandermeersch, Dirk ve Modrall, Jay. “The European Court of Justice Denies Professional Legal Privilege to Employed Lawyers”, **Employee Relations Law Journal**, Bahar 2011, Cilt 36, Sayı 4, s.4, <https://www.clearygottlieb.com/~media/organize-archive/cgsh/files/publication-pdfs/european-court-of-justice-denies-professional-legal-privilege-to-employed-lawyers.pdf> (e.t.: 17.05.2022).

Donovan Jr, John D. “Application of the Attorney-Client Privilege to Corporations: New Directions and a Proposed Solution”, **Boston College Law Review**, 1979, s. 953-974.

Dinç, Güney. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Avukatla Savunma Hakkı”, **TBB Dergisi**, S.55, s. 165-200.

Er, Yasin Miraç. **Kara Para Aklama Suçu**, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi SBE, Kamu Hukuku ABD, İstanbul 2021.

Eryılmaz, Mehmet Berke, “AİHM Kararları Işığında Avukat – Müvekkil Gizliliği Kavramı” , **Legal Blog**, 21.04.2020, <https://legal.com.tr/blog/genel/aihm-kararlari-isiginda-avukat-muvekkil-gizliliği-kavrami/> , (e.t.: 07.06.2022).

Feyyaz Gölcüklü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılanma” , **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, 1994, C.49, S.1, s. 199-234.

Gökcan, Hasan Tahsin. “Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu”, **TBB Dergisi**, S.135, s.9-75.

Graffin, Neil, “Gafgen v Germany, the Use of Threats and the Punishment of Those Who Ill-treat During Police Questioning: A Reply to Steven Greer” ,**Oxford Human Rights Law Review**, 2017, s. 681-699, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngx030> (e.t.: 17.07.2022).

Grosser-Ljubanovic, Olivia “Legal Professional Privilege: The influence of Jeremy Bentham and John Henry Wigmore on the judicial pronouncement of Lord Taylor of Gosforth in R v Derby Magistrates’ Court; ex parte B.”, **yayımlanmamış doktora tezi**, 2018, https://digital.library.adelaide.edu.au/dspace/bitstream/2440/118002/3/Grosser-Ljubanovic2018_PhD.pdf , (e.t.: 15.05.2022).

Guo, Shuai. “Klaus Müller v Germany, No. 24173/18, 19 November 2020”, **International Corporate Rescue**, S.18, s. 227-229, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3869662, (e.t.: 22.07.2022).

Gündüz, Okan. “Medeni Yargılama Hukukunda Avukat-Müvekkil İletişiminin Delil Olarak Kullanılması”, **Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, Cilt 10, Sayı 28, s. 1-10.

Günergök, Özcan. “Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2003, C. 7., s.655-667; <https://dergipark.org.tr/en/pub/ebyuhfd/issue/63553/974003> (e.t.: 20.07.2022).

Gürsel, Esra Demir. “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8-11. maddelerinde Korunan Haklar ve Demokratik Toplumun Sınırları”, **yayımlanmamış doktora tezi**, Marmara Üniversitesi SBE Kamu Hukuku ABD, 2014.

Henkel, Christoph, “Attorney-Client Privilege for In-House Counsel in the European Union”, çevrimiçi açık erişim makale, https://www.researchgate.net/publication/283494844_Attorney-Client_Privilege_for_In-House_Counsel_in_the_European_Union (e.t. 21.05.2022).

Ho Hock Lai. “History and Judicial Theories of Legal Professional Privilege”, **Singapore Journal of Legal Studies** , Aralık 1995, s. 558-596, <http://www.jstor.org/stable/24866868> . (e. t.: 06.03.2022).

Holtz, Julia. “Legal Professional Privilege in Europe: a Missed Policy Opportunity” **Journal of European Competition Law & Practice**, Ekim 2013, C. 4, s. 402-412

Işık, Tuan ve Dereboylular, Özde. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Avukat Bürolarında Arama ve El Koyma” , **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 16, S. 175, Mart 2021, s.525-539.

Lawrence, Jon ve Whiteford, Elaine.”EU Court Clarifies Legal Privilege in European Investigations”, **Law and Financial Markets Review**, 2007, S. 1, s. 507-509.

Kılınç, Ümit. “Anayasa Mahkemesi Önünde Bireysel Başvuru: Kabul edilebilirlik Kriterlerinin Uygulanması Konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Uyum ve Uyumsuzluklar”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, 2013, S. 14, s. 623-650.

Kocaoğlu, Serhat Sinan. “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2012, S. 1, s.45-69.

Jan Komárek, “Case Comment: Legal Professional Privilege and the EU’s Fight against Money Laundering”, **Civil Justice Quarterly**, 2008, S. 27, s.7. <http://ssrn.com/abstract=1031721> ,(e.t. 03.03.2022).

Kontacı, Ersoy. “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Yorumu”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2014, S.4, s. 107-117.

Köksal, Tuğçe Duygu. “Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Uygulamacılara Yön Verebilecek Kararları Üzerine”, **Osmaniye Barosu Dergisi**, Ocak 2022, s. 9-29.

Osmanoğlu, Bilal. “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı ve Mahkemelerin Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi”, **TBB Dergisi**, Sayı: 151, 2020, s. 103-138.

Paizes, Andrew. “Towards a Broader Balancing of Interests: Exploring the Theoretical Foundations of the Legal Professional Privilege”, **South African Law Journal**, 1989, S.:106, s. 109-120.

Palys, Ted ve MacAllister, David, “Protecting Research Confidentiality via the Wigmore Criteria: Some Implications of Parent and Bruckert v The Queen and Luka Rocco Magnotta.”, **Canadian Journal of Law & Society**, C.31, S. 3, s. 1-21., <https://www.sfu.ca/~palys/CJLS-Palys&MacAlister-PrePublicationDraft.pdf> ,(e.t.: 27.07.2022).

Perez Fernandez, Patricia. “The Difficult Relationship Between Restraints to the Attorney-Client Privilege and Compliance with the Law by Companies – Commentary on the Judgment of the Court of Justice of the European Union in the Akzo Nobel Chemicals. and others vs. Commission case of 14th September, 2010 (case C-550/07)”, **EuCLR Criminal Law Review**, 2011, s. 273-284.

Thaman, Stephen C. ve Bachmaier, Loreena “Attorney-Client Confidentiality as a Fair Trial Right in Criminal Proceedings”, Ed. Boele-Woelki, K., Fernández Arroyo, D.P., Senegacnik, A., **General Reports of the XXth General Congress of the International Academy of Comparative Law** içerisinde bölüm, 2020, s.589-610., https://doi.org/10.1007/978-3-030-48675-4_21 , (e.t.: 10.03.2022).

Torres Pérez, Aida. “Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue”, **European Constitutional Law Review**, Eylül 2014,Cilt 10, s. 308-331.

Rachovitsa Adamantia, Forowicz Magdalena. “The Reception of International Law in the European Court of Human Rights”, **Oxford Academic Human Rights Law Review**, Sayı 11, Aralık 2011, S. 795–799. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngr034> (e.t.: 16.03.2022)

Radin, Max. “The Privilege of Confidential Communication between Lawyer and Client”, **California Law Review**, cilt 16, sayı 6, Eylül 1928, s. 487-497. <http://www.jstor.org/stable/3475332> (e.t. 29.06.2022).

Rosenfeld, Michel, “The Transformation of the Attorney-Client Privilege: In Search of an Ideological Reconciliation of Individualism, the Adversary System, and the Corporate Client’s SEC Disclosive Obligations.” , **Hastings Law Journal**, 1982, S.1, s. 495-550.

Ruster, Andreas, ve von Massow, Sebastian. “In for a Penny, in for a Pound? Legal Professional Privilege as a Shield Against Disclosure in Private Antitrust Litigation in Europe”, **Journal of European Competition Law & Practice**, 2020, C. 11, S.1–2, s.22-34.

Andrzej Sakowicz, “Suspect’s access to a lawyer at an early stage of criminal proceedings in view the case-law of the European Court of Human Rights”, **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Eylül-Aralık 2021, C. 7, S. 3, s.1979-2014.

Schmidt-Drüner, Marion. “Legal Professional Privilege After Akzo Case Closed?-On Companies’ Struggle Against Uncertainty”, **Bucerius Law Journal**, 2011,S. 1, s. 25-33.

Serneels, Cedric “Unravelling Salduz and the EU: Grand Chamber Judgement of Beuze v Belgium on the Right of the Access to a Lawyer” , **Strasbourg Observers** (online blog), 11 Aralık 2018, <https://strasbourgobservers.com/2018/12/11/unravelling-salduz-and-the-eu-grand-chamber-judgment-of-beuze-v-belgium-on-the-right-of-access-to-a-lawyer/> , (e.t.: 18.7.2022).

Sevdiren, Öznur. “Confidentiality of Correspondence with Counsel as a Requirement of a Fair Trial: Turkey—Quo vadis?”, Ed: Lorena Bachmaier Winter, Stephen C. Thaman ve Veronica Lynn, **The_Right to_Counsel and the_Protection of_Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings: Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law**, C. 44, s.327-357.

Sevük, Handan Yokuş “Kolluk Tarafından Suçun İşlenmesini Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler”, **TBB Dergisi**, 2006, S. 67, s. 41-56.

Sevük, Handan Yokuş. “Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Desteklenmesi”, **TBB Dergisi**, S. 69, Ankara, 2007, s. 97

Sever, Dilşad Çiğdem. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hak Öznesi Olarak Avukatlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2018, S. 4, s.244-258.

Simon, William H. “Attorney-Client Confidentiality: A Critical Analysis”, **Georgetown Journal of Legal Ethics**, 2017, C. 30, s. 447-460.

Spronken, Taru ve Ferman, Jan. “Protection of Attorney-Client Privilege in Europe”, **Penn State International Law Review**, Summer 2008, s. 439-464, www.heinonline.org, (e.t.: 21.07.2022).

Sunshine, Jared. “The Parthenogenesis of Wigmore: A Humble History of How a Confidentiality Requirement Arose Ex Nihilo to Become the Sine Qua Non of Attorney-Client Privilege” , **UIC Marshall Law Review**, Cilt:54, 2021, s. 436, <https://repository.law.uic.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2845&context=lawreview>, (e.t.: 25.06.2022).

Şen, Ersan, “Avukatın Tutuklu ile Gizli ve Özel Görüşme Hakkı”, **hukukihaber.net**, 20 Haziran 2017, <https://www.hukukihaber.net/avukatin-tutuklu-ile-gizli-ve-ozel-gorusme-hakki-makale,5310.html> , (e. t.:01.06.2021).

Şen, Ersan. “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2013, S.2, s.334-343.

Şenol, Cem. “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Müdafinin İletişiminin Denetlenmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2013, C. 19, s.1675; <https://dergipark.org.tr/en/pub/maruhad/issue/48280/621969> , (e. t.: 27.06.2022).

Taşdelen Okan. “Çelişkili Mahkeme Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, 2016, s.987-1024.

Turno, Bartożs ve Zawłocka-Turno, Agata. “Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-Incrimination in EU Competition Law after the Lisbon Treaty – Is It Time for a Substantial Change?”, **Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies**, 2012, S. 5, s.193-214.

Unterhalter, David. “Legal Professional Privilege: A Rule of Evidence or a Procedural Right?”, **South African Journal on Human Rights**, C. 2, S. 3, 312-329.

Wils, Wouter P.J. “Legal Professional Privilege in EU Antitrust Enforcement: Law, Policy & Procedure”, **World Competition: Law and Economics Review**, C. 42, S. 1, Mart 2019, s. 21-42

Yokuş Sevik, Handan, “Tutuklu ve Hükümlünün Avukat ile Görüşme Hakkı”, **Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi**, Şubat 2007, Sayı:9, LegalHukuk Online Veri Tabanı, <https://legalbank.net/belge/tutuklu-ve-hukumlunun-avukat-ile-gorusme-hakki/824920> (e.t.:20.07.2022).

Yumrutaş, Dilek, Özel Hayatın Gizliliği ve Vergilendirme, **internet blog yazısı** <https://dilekyumrutas.com/wp-content/uploads/2015/04/ozel-hayatin-gizlilik-ve-vergilendirme.pdf>, (e.t.: 07.06.2022).

Yüce, Turhan. “Ceza Yargılama Hukuku’nda Meslek Adamının Tanıklıktan Çekinme Hakkı”, **Yargıtay Dergisi**, Ocak-Nisan 1980, s. 51-62.

Sözlükler

Oxford Lexico Web Sözlüğü, www.lexico.com, (e. t.:03.06.2022).

Tur-eng Web Sözlüğü, <https://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/>, (e. t.: 03.06.2022)

Türk Dil Kurumu Web Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/> (e. t.:03.06.2022).

Mahkeme Kararları

AIHM Kararları

Airey v. İrlanda, B.No: 6289/73, k.t.: 9 Ekim 1979

Aliyev v Azerbaycan, B.No: 68762/14 ve 71200/14, k.t.: 20 Eylül 2018

Altay v Türkiye(No:2), B.No: 11236/09, k.t.: 9 Nisan 2019

Andre ve diğerleri v. Fransa, B.No: 18603/03, k.t.: 24 Temmuz 2008.

Association for European Integration and Human Rights ve Ekimdzhiev v Bulgaristan, B.No: 62540/00, k.t.: 28.06.2007

Beuze v Belçika, B.No: 71409/10, k.t.:9 Kasım 2018

Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. İrlanda, B.No: 45036/98, k.t.:30 Haziran 2005.

Brannigan ve McBride v Birleşik Krallık, B.No: 14553/89 ve 14554/89, k.t.:26 Mayıs 1993

Brennan v. Birleşik Krallık, B.No: 39846/98, k.t.:16 Ocak 2002

Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova v. Portekiz, B.No: 69436/10, k.t.: 1 Aralık 2015

Camenzind v İsviçre, B.No: 136/1996/755/954 , k.t.:19 Aralık 1997

Campbell v. Birleşik Krallık, B.No: 13590/88 k.t.:25 Mart 1992

Castravet v Moldova, B.No: 23393/05, k.t.:13.3.2007

Dayanan v Türkiye, B.No: 7377/03, k.t.:13 Ekim 2009

Dudgeon v Birleşik Krallık, B.No: 7525/76, k.t.:22/10/1981

Engel ve diğerleri v Hollanda, B.No: 5370/72, k.t.:8 Temmuz 1972

Elçi ve Diğerleri v Türkiye, B.No: 23145/93 ve 25091/94, k.t.:13 Kasım 2003

Erdem v Almanya, B.No: 38321/97, k.t.:5 Temmuz 2001

Funke v Fransa, B.No: 10828/84, k.t.:25 Şubat 1993

Gafgen v Almanya, B.No: 22978/05, k.t.: 1 Haziran 2010

Golder v. Birleşik Krallık, B.No: 4451/70, k.t.:21 Şubat 1975

Heino v Finlandiya, B.No: 56720/09, k.t.:15 Şubat 2011

Helander v Finlandiya, B.No:10410/10, k.t.:10.09.2013.

Hermi v İtalya, B.No: 18114/02, k.t.:18 Ekim 2006

Ibrahim ve Diğerleri v Birleşik Krallık, B.No: 50541/08,50571/08,50573/08 ve 40351/09, k.t.:13 Eylül 2016

Iliya Stefanov v Bulgaristan, B.No: 65755/01, k.t.: 22 Ağustos 2008

Khodorkovsky ve Lebedev v Rusya, B.No: 11082/06 ve 13772/05, k.t.:15 Temmuz 2013.

Klass ve Diğerleri v Almanya, B.No: 5029/71, k.t.:6 Ekim 1978.

Klaus Müller v Almanya, B.No: 24173/18, k.t.:19 Kasım 2020

Kolesnichenko v Rusya, B.No: 19856/04, k.t.: 9 Temmuz 2009.

Konstantin Markin v. Rusya, B.No: 30078/06, k.t.:22 Mart 2012

Kopp v İsviçre, B.No: 23224/94, k.t.:25 Mart 1998

Laurent v Fransa, B.No: 28798/13, k.t.:24 Mayıs 2018

Leotsakos v. Yunanistan, B.No: 30958/13, k.t.: 4 Ekim 2018.

Martin v Estonya, B.No: 35985/09, k.t.:30 Mayıs 2013

Mehmet Ulusoy ve Diğerleri v. Türkiye, B.No: 54969/09, k.t.:25 Haziran 2009

Michaud v Fransa, B.No: 12323/11, k.t.:6 Aralık 2012

Murat Aksoy v. Türkiye, B.No: 80/17, k.t.:13 Nisan 2021

Niemietz v Almanya, B.No: 13710/88, k.t.:16 Aralık 1992

Öcalan v Türkiye, B.No: 46221/99, k.t.:12 Mayıs 2005

Robathin v Avusturya, B.No: 30457/06, k.t.:3 Temmuz 2012

Rybacki v Polonya, B.No: 52479/99, k.t.:13 Nisan 2009

S v İsviçre, B.No: 13865/88, k.t.:28 Kasım 1991

Saber v Norveç, B.No: 459/18, k.t.:17 Aralık 2020

Salduz v Türkiye, B.No: 36491/02, k.t.:27 Kasım 2008

Sarban v Moldova, B.No: 3496/05, k.t.:4 Ekim 2005

Saunders v Birleşik Krallık, B.No: 19187/91, k.t.:17 Aralık 1996

Sejdovic v İtalya, B.No: 56581/00, k.t.:1 Mart 2006

Sérvulo & Associados - Sociedade de Advogados, RL, ve Diğerleri v. Portekiz, B.No: 27013/10, k.t.: 3 Eylül 2015.

Smirnov v Rusya, B.No: 71362/01, k.t.: 7 Haziran 2007

Sommer v Almanya, B.No: 73707/13, k.t.:27 Nisan 2017

Titarenko v Rusya, B.No: 31720/02, k.t.: 20 Eylül 2012

Tomosius v Birleşik Krallık, B.No: 62002/00, kabul edilebilirlik hakkında karar, k.t.:19 Eylül 2002.

Vinci Construction and GMT génie civil et services v. Fransa, 63629/10, k.t.:2 Nisan 2015

Wieser and Bicos Beteiligungen GMBH v Avusturya, B.No: 74336/01, k.t.:16 Ekim 2007

Wolland v Norveç, B.No: 39731/12, k.t.:17 Mayıs 2018

Yordanova ve Diğerleri v Bulgaristan, B.No: 25446/06, k.t.: 24 Nisan 2012

Yuditskaya ve Diğerleri v Rusya, B.No: 5678/06, k.t.:12 Mayıs 2015

Zagaria v İtalya, B.No: 58295/00, k.t.:27 Kasım 2007

ABAD Kararları

Case T-125/03 ve T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals and Akcros Chemicals v Commission*

Case C-403/18, *Alcogroup and Alcodis v European Commission*

Case C-155/79 *AM&S Europe Limited v Commission of the European Communities*,

Case T-30/89, *Hilti v Commission*

Case C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*

Case T-482/20 *LG and others v Commission*,

Case C-399/11 *Stefano Melloni v Ministero Fiscal*

Case C-305-05 *Ordre Des Barreaux Francophones Et Germanophone And Others*

Case T-705/14, *Unichem Labarotaries v European Commission*

AYM Kararları

Norm Denetimi

AYM, E.2018/73, K.2019/65, k.t.:24/07/2019

AYM, E.2019/96, K.2022/17, k.t.:24/02/2022

Bireysel Başvuru

Barbaros Hayrettin Ekici başvurusu, B.No: 2018/15565, k.t.:4/11/2020.

Cengiz Eker başvurusu, B.No: 2017/26841, k.t.:2/6/2020

Çetin Arkaş ve Nasrullah Kuran başvurusu, B.No: 2016/371, k.t.:13/1/2021

Emrah Özdemir(2) başvurusu, B.No: 2018/28044, k.t.:10/3/2021

Figen Yüksekdağ Şenoğlu başvurusu, B.No: 2017/3366, k.t.:9/7/2020

Günay Dağ ve Diğerleri başvurusu, B.No: 2013/1631, k.t.:17/12/2015

İrfan Kaplan başvurusu, B.No: 2017/34518, k.t.:23/6/2020

İsmail Aytaç başvurusu, B.No: 2018/18305, k.t.:18/1/2022;

Kemal Kekeç başvurusu, B.No: 2017/33316, k.t.:30/09/2020

Mehmet Ergin Başvurusu, B.No: 2013/2891, k.t.:5/11/2015

Mehmet Fatih Göksan(2) başvurusu, B.No: 2017/38886, k.t.:8/9/2020

Mehmet Hasip Şenalp başvurusu, B.No: 2014/2889, k.t.:25/1/2018

Mehmet Koray Eryaşa başvurusu, B.No: 2013/6693, k.t.:16/4/2015

N.A. başvurusu, B.No: 2013/5076, k.t.:6/4/2016

Onurhan Solmaz Başvurusu, B.No: 2012/1049, k.t.:26/3/2013

Orhan Patarya başvurusu, B.No: 2019/42695, k.t.:20/5/2021

Osman Aydemir başvurusu, B.No: 2018/10651, k.t.:9/7/2020

Osman Serhat Arıcan başvurusu, B.No: 2018/14398, k.t.:2/12/2020

Resit Poyraz başvurusu, B.No: 2017/39219, k.t.:9/7/2020

Selahattin Demirtaş başvurusu(6), B.No: 2017/3357, k.t.: 30/9/2020

Serhat Altınkök başvurusu, B.No: 2017/10628, k.t.: 28/12/2021

Serkan Akbaş Başvurusu, B.No: 2013/2342, k.t.:21/1/2016

Sinan Gül başvurusu, B.No: 2016/7628, k.t.:27/2/2020.

Turan Günana başvurusu, B.No: 2013/3550, k.t.:19/11/2014

Veysel Kınacı ve Mustafa Erol başvurusu, B.No: 2018/1257, k.t.:24/3/2021

Yasin Akdeniz başvurusu, B.No: 2016/22178, k.t.:26/2/2020

Danıştay ve Yargıtay Kararları

Danıştay 13. Dava Dairesi, 2010/1677 E. ve 2014/829 K. Sayılı ve 11.03.2014 tarihli kararı.

Danıştay 10. Dava Dairesi, 2008/1675 E., 2013/508 K., 24.01.2013 tarihli kararı.

Yargıtay 4.Ceza Dairesi, 2009/19013 E. ve 2011/21017 K. Sayılı ve 14.11.2011 tarihli kararı.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi Kararı 2009/19013 E. ve 2011/21017 K. T.14.11.2011 tarihli kararı

Diğer Mahkeme Kararları

Amerikan Yüksek Mahkemesi, Swidler & Berlin v. United States, 524 U.S. 399, 25.06.1998 tarihli kararı

Avustralya Yüksek Mahkemesi, Grant v Downs, 26.11.1976 tarihli kararı

Avustralya Yüksek Mahkemesi, Baker v Campbell, 26.10.1983 tarihli kararı

Kanada Ontario Yüksek Adalet Divanı Kararı, Walsh Construction Company Canada v. Toronto Transit Commission, 2020 ONSC 3688, k.t.:11.06.2020.

Hollanda Yüksek Mahkemesi'nin NL:HR:2013:BY6101 numaralı ve 13.03.2013 tarihli kararı.