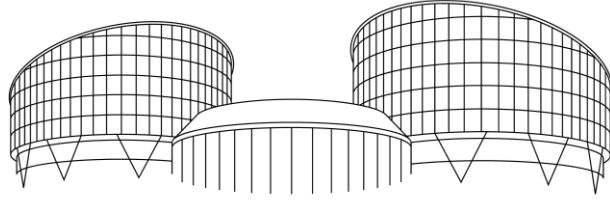


EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

© Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2013. Bu çeviri, Avrupa Konseyi'nin insan haklarına destek Fonu'nun desteğiyle hazırlanmıştır (www.coe.int/humanrightstrustfund). Mahkeme'yi bağlamamaktadır. Daha fazla bilgi için, bu belgenin sonunda bulunan yazarın telif hakkı ile ilgili kısmı okuyabilirsiniz.

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2013. This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). It does not bind the Court. For further information see the full copyright indication at the end of this document.

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2013. La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). Elle ne lie pas la Cour. Pour plus de renseignements veuillez lire l'indication de copyright/droits d'auteur à la fin du présent document.



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

ESKİ BEŞİNCİ DAİRE

MICHAUD/FRANSA DAVASI

(Başvuru n° 12323/11)

KARAR

STRAZBURG

6 Aralık 2012

KESİN KARAR

06/03/2013

Bu karar Sözleşme'nin 44. maddesinin 2. fıkrasına göre kesinleşmiştir. Şekli düzeltmelere tabi olabilir.

Michaud/Fransa davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Eski Beşinci Daire) aşağıdaki yargıçlarla toplanmıştır:

Başkan: Dean Spielmann,

Üyeler: Mark Villiger,

Boštjan M.Zupančič,

Ann Power-Forde,

Angelika Nußberger,

Helen Keller,

André Potocki,

Daire Yazı İşleri Müdürü: Claudia Westerdiek

2 Ekim 2012 (başka yargıçlarla; aşağıda paragraf 7) ve 20 Kasım 2012 tarihlerinde kapalı olarak müzakerede bulunan Mahkeme 20 Kasım 2012 tarihinde aşağıdaki kararı kabul etmiştir:

USUL

1. Bu dava, İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Sözleşme'nin (« Sözleşme ») 34. maddesine göre, bir Fransız vatandaşı olan Bay Patrick Michaud (« başvuru ») tarafından 19 Ocak 2011 tarihinde Fransız Cumhuriyeti'ne karşı Mahkeme'ye yapılan bir başvurudan (n° 12323/11) kaynaklanmıştır.

2. Başvuru Bordeaux'da avukatlık yapan avukat Bertrand Favreau tarafından temsil edilmiştir. Fransa Hükümeti (« Hükümet »), Dışişleri Bakanlığı'nda hukuk işleri müdürü olan ajanı Bayan Edwige Belliard tarafından temsil edilmiştir.

3. 8 Aralık 2011 tarihinde başvuru Hükümet'e bildirilmiştir.

4. Hem başvuru hem de Hükümet başvurunun kabuledilebilirliği ve esası hakkında görüş bildirmişlerdir.

5. Avrupa Baroları Konseyi (« CCBE »), Brüksel Barosu Fransız Avukatlar Derneği ve Avrupa Avukatları İnsan Hakları Enstitüsü'ne (« IDHAE ») yazılı prosedüre müdahale izni verilmiştir (Sözleşme'nin 36 § 2. maddesi ve İçtüzüğü'nün 44 § 3. maddesi).

6. 2 Ekim 2012 tarihinde, Strazburg'daki İnsan Hakları Binasında açık bir duruşma yapılmıştır (İçtüzüğü'nün 59 § 3. maddesi).

Duruşmada şu kişiler hazır bulunmuştur:

– *Hükümet adına*

Bayan A.F.TISSIER, Dışişleri Bakanlığı Hukuk İşleri Müdürlüğü'nde
insan hakları alt müdürü, *ajan,*

Bayan K.MANACH, Dışişleri Bakanlığı Hukuk İşleri Müdürlüğü, İnsan
Hakları Alt Müdürlüğü'nde yazıcı, *danışman;*

Bay P.ROUBLOT, Adalet Bakanlığı'nın Avrupa ve Adli Davalar Bürosu Şefi, *danışman;*
 Bay L.JARIEL, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri ve Mühür Müdürlüğü'nün Meslek Düzenleme Bürosu Şefi, *danışman;*
 Bayan F.LİFCHİTZ, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri ve Mühür Müdürlüğü'nün Meslek Düzenleme Bürosu'nda yazıcı, *danışman;*
 Bay R.UGUEN-LAİTHIER, Adalet Bakanlığı Af ve Ceza İşleri Müdürlüğü'nün Örgütlü Suç, Terörizm ve Kara Para Aklamayla Mücadele Bürosu'nda yazıcı, *danışman;*
 Bay X.DOMİNO, Danıştay Hukuki Dokümantasyon ve Araştırma Merkezi sorumlusu, *danışman;*
 Bayan S.LEROQUAIS, Danıştay'da araştırmacı, *danışman;*
 Bayan A.CUISİNIEZ, Ekonomi ve Finans Bakanlığı'nın Avrupa ve Uluslararası Hukuk Bürosu'nda danışman, *danışman;*

– *başvurucu adına*
 Avukat B.FAVREAU, Bordeaux Barosu'na bağlı avukat, *danışman,*
 Avukat M.CHAUVET, *danışman.*

Başvurucu da duruşmaya gelmiştir. Mahkeme Bayan Tissier ve avukat Favreau'nun beyanları ile sorulara verdikleri cevapları dinlemiştir. Mahkeme aynı zamanda başvurucuyu da dinlemiştir.

7. Daire Başkan Bay Dean Spielmann, yargıçlar Bay Mark Villiger, Karel Jungwiert, Boštjan Zupančič ve Bayan Ann Power-Forde, Angelika Nußberger ve Bay André Potocki ile Yazı İşleri Müdiresi Bayan Claudia Westerdiek'ten oluşmuştur. Sonrasında yedek hâkim Bayan Helen Keller görev süresi 31 Ekim 2012 tarihinde biten Bay Jungwiert'in yerine geçmiştir.

DAVANIN ESASI

I. DAVA KONUSU OLAYLAR

8. Başvurucu 1947'de doğmuş olup Paris'te yaşamaktadır. Paris Barosu'na bağlı avukat ve Baro yönetim kurulunun üyesidir.

9. Başvurucu Avrupa Birliği'nin, finans sisteminin kara para aklanması amacıyla kullanılmasının önüne geçmeyi hedefleyen art arda üç direktif kabul ettiğini belirtmektedir. Birincisi (91/308/CEE; 10 Haziran 1991) finans kurum ve kuruluşlarını hedef almaktadır. Bu direktif 4 Aralık 2001 tarihli direktif ile (2001/97/CE) değişikliğe uğramış ve özellikle de uygulama alanı finans sektörü alanına girmeyen « bağımsız hukuk mesleği üyeleri » dâhil çeşitli meslekleri içine alacak şekilde genişletilmiştir.

Üçüncü direktif (2005/60/CE; 26 Ekim 2005) değiştirilmiş 10 Haziran 1991 tarihli direktifi ortadan kaldırıyor, içeriğini alıyor ve onu tamamlıyor. Uygulama yasaları – 10 Haziran 1991 tarihli değiştirilmiş direktif hakkında 11 Şubat 2004 tarih ve 2004-130 sayılı kanun – ve düzenleyici uygulama metinleri – 11 Şubat 2004 tarihli kanun hakkında 26 Haziran 2006 tarih ve 2006-736 sayılı kararname – Para ve Finans Kanunu'nda bir araya getirilmiştir (daha fazla ayrıntı için topluluk hukuku ve ulusal hukuk hakkında yazılmış aşağıdaki III ve IV numaralı başlıklara bakınız).

10. Bu metinlerden özellikle avukatlar için avukatlık mesleği tarafından, özellikle Barolar Birliği aracılığıyla, sürekli eleştirilen ve özellikle de meslek sırrı ile avukat ve müvekkili arasındaki iletişimin gizliliği için bir tehlike oluşturan « şüpheli bildirme zorunluluğu » çıkmaktadır.

11. Ancak 12 Temmuz 2007 tarihinde Barolar Birliği « kara para aklanması ve terörizm finansmanı ile mücadele etmekten doğan yükümlülüklerin yürürlüğe konulmasını amaçlayan iç prosedürlerle ilgili bir yönetmelik ile bu prosedürlere uyulmasını sağlamaya yönelik iç denetim mekanizmasıyla ilgili bir karar » almıştır (karar 9 Ağustos 2007 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmıştır). Böylece 31 Aralık 1971 tarihli kanunun bazı adli ve hukuki mesleklerde değişiklik yapan 21-1 maddesinin uygulanması sonucunda Barolar Birliği'ne, yürürlükteki yasal ve düzenleyici hükümlere uygun bir şekilde, genel hükümler aracılığıyla avukatlık mesleğinin uygulama ve kurallarını birleştirme yetkisinin verilmesi söz konusuydu.

12. Bu karar (1. maddesi) « bir Fransız barosuna kayıtlı bütün avukat ve gerçek kişilerin » mesleklerinin icrası sırasında müvekkilleri adına ve onun hesabına mali veya gayrimenkul işlem gerçekleştirdiğinde ya da belli (1° ticari fon ya da gayrimenkul alım satımı; 2° müşteriye ait para, senet ve diğer aktifleri yönetmek; 3° banka, tasarruf ya da tahvil hesabı açılması; 4° şirket kurulması için gereken katkının sağlanması; 5° şirketlerin oluşturulması, yönetimi ve idaresi; 6° yabancı hukuk vakıfları ve benzer yapılanmaların oluşturulması, yönetimi veya idaresiyle ilgili) bazı işlemlerin hazırlanması veya gerçekleştirilmesine müvekkillerine yardım etmek suretiyle katılmaları durumunda bu meslek yönetmeliğine tabi olacaklarını; « hukuki danışmanlık faaliyeti yürüttükleri ya da faaliyetlerinin yukarıda belirtilen altı faaliyetten birisi yapılırken hukuki bir prosedürle ilgili olduğu » durumlarda ise bu yönetmeliğe tabi olmayacaklarını belirtmektedir (madde 2).

13. Yönetmelik özellikle avukatların bu bağlamda « sürekli uyanık olmaları » ve özellikle şüphenin bildirilmesiyle ilgili yasal ve düzenleyici hükümlere uyulmasını sağlayacak (madde 3) ve bir işlemin bildirim konusu olabilmesi durumunda izlenecek prosedürü açıklayan (madde 7) « iç prosedürlere sahip olmaları » gerektiğini düzenlemektedir. Daha açık söylemek gerekirse avukatlar gösterilecek özeni belirten yazılı iç kurallar oluşturmalıdırlar (madde 5). Dahası avukatlar, yönetmeliğin yapıları

içerisinde doğru bir şekilde uygulandığından ve avukatlar ile personellerinin yaptıkları işlemlere uygun ve gerekli formasyon ile bilgiyi aldıklarından emin olmalı (madde 9) ve bir iç denetim sistemine sahip olmalıdırlar (madde 10). Aynı zamanda yönetmelik « avukatların her koşulda meslek sırrına riayet edildiğinden emin olmaları gerektiğini » belirtmektedir (madde 4).

14. Bu yönetmeliğe uyulmaması baro levhasından silinmeye kadar giden disiplin cezası verilmesini gerektirir (avukatlık mesleğini düzenleyen 27 Kasım 1991 tarih ve 91-1197 sayılı kararnamenin 183 ve 184. maddeleri).

15. Bu kararın avukatlık mesleğinin icrası ile bu mesleği düzenleyen temel kuralları tehlikeye attığını belirten başvuru, 10 Ekim 2007 tarihinde Danıştay'a bu kararın iptali için başvurmuştur. Başvuru hiçbir yasa ya da yönetmelik hükmünün Barolar Birliği'ne kara para aklanmayla mücadele edilmesi gibi alanlarda normatif bir yetki vermediğini ileri sürmektedir. Öte yandan özellikle eleştiri konusu kararın avukatları şüphe bildirimleriyle ilgili hükümlerin yerine getirilmesini sağlayacak iç prosedürlere sahip olmaya zorladığını aksi takdirde disiplin cezasıyla cezalandırdığını ve şüphe kavramının tanımlanmadığını belirten başvuru, Sözleşme'nin 7. maddesinde bulunan açıklık şartının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Dahası 24 Temmuz 2008 tarihli *André ve diğerleri/Fransa* (n° 18603/03) kararına atıf yapan başvuru, Barolar Birliği'nin böylece kabul etmiş olduğu yönetmeliğin Sözleşme'nin 8. maddesiyle uyuşmadığını çünkü « şüpheyi bildirme yükümlülüğü »nün meslek sırrı ile avukat ve müvekkili arasındaki iletişimin gizliliğini söz konusu ettiğini ileri sürmüştür. Son olarak Avrupa Birliği Antlaşması'nın 267. maddesini Danıştay'a uygulayan başvuru, Danıştay'dan « cezai suç şüphesinin bildirilmesi »nin Avrupa Birliği Antlaşması'nın 6. maddesi ile Sözleşme'nin 8. maddesine uyumunu Avrupa Birliği Adalet Divanı önünde ön mesele yapmasını talep etmiştir.

16. 23 Temmuz 2010 tarihli bir kararla Danıştay başvurunun esas kısmını atmıştır.

17. Sözleşme'nin 7. maddesine dayandırılan argümana gelince, karar özellikle itiraz konusu kararın konusu olan « şüphe bildirim »nin açık olduğunu çünkü Para ve Finans Kanunu'nun (madde L. 561-15 olarak değiştirilen) L. 562-2 maddesi hükümlerine gönderme yaptığını belirtmektedir. 8. maddeye ilişkin argümanı karar şu gerekçelerle reddetmektedir:

« (...) başvurucuya göre [değiştirilmiş 91/308/CEE numaralı direktifin] hükümleri özellikle meslek sırrı temel hakkını koruyan Sözleşme'nin 8. maddesi hükümleriyle uyuşmuyorsa da (...) bu madde, kamu makamlarının böyle bir hakka, özellikle de bunun kamu emniyeti, düzenin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi için gerekli olması durumunda, müdahale etmesine izin verir; (...) bir taraftan kara para aklamayla mücadeleye bağlı genel yarar, diğer taraftan avukatların adli faaliyetlerini icra ederken elde ettikleri ya da kendilerine verilen bilgilerin ve hukuki bir danışmanlık kapsamında elde ettikleri ya da kendilerine verilen bilgilerin (bu son bilgiler için hukuki danışmanın kara para aklama faaliyetlerine girmiş olması, hukuki

danışmanlığın kara paranın aklanması amacıyla sunulmuş olması ve avukatın müvekkilinin kara para aklamak için hukuki danışmanlık istediğini biliyor olması gereklidir) bunun uygulama alanının dışında bırakılmasının sunduğu güvenceye bağlı genel yarar göz önünde bulundurulduğunda ihtilafli direktifin avukatları şüpheli bildirme zorunluluğuna maruz bırakması meslek sırrına aşırı bir müdahale teşkil etmez; böylece bu hükümlerin ihlal edildiğine dair argüman, Avrupa Birliği Adalet Divanı'na ön mesele olarak soru yöneltmeye gerek duyulmadan, reddedilmelidir. »

II. KARA PARA AKLAMA ÜZERİNE MALİ EYLEM GÖREV GRUBU (« FATF ») TAVSİYELERİ VE SUÇ GELİRLERİNİN AKLANMASI, ARAŞTIRILMASI, EL KONULMASI, MÜSADERESİ VE TERÖRİZMİN FİNANSMANINA İLİŞKİN AVRUPA KONSEYİ SÖZLEŞMESİ

18. FATF tarafından kabul edilen tavsiyeler özellikle mali kurumlar için bir özen yükümlülüğü ve şüpheli operasyonların bunlar tarafından bildirilmesini öngörmektedir.

12 numaralı tavsiye özen yükümlülüğü bulunan ilgili meslek alanlarının genişletilmesini ve özellikle de « avukat, noter ve diğer bağımsız hukuki meslekler ile muhasebecilerin » de, müşterileri için aşağıda sayılan icraatlar kapsamında bir işlemi hazırlarken veya gerçekleştirirken, özen yükümlülüğü bulunan meslek alanları kapsamında olmalarını tavsiye etmektedir: Gayrimenkul alım satımı; müşteriye ait sermaye, senet ve diğer aktifleri yönetmek; banka, tasarruf ya da tahvil hesabının yönetilmesi; şirket kurulması, işletilmesi ya da yönetimi için gereken katkının sağlanması; tüzel kişiler veya hukuki yapıların oluşturulması, işletilmesi ya da yönetimi ve ticari varlıkların alım satımı. 16 numaralı tavsiye, bildirici yükümlülükler alanının yukarıda belirtilen faaliyetlerin gerçekleştirilmesi sırasında bu meslekleri de kapsamına alacak şekilde genişletilmesini tavsiye etmekte ancak bilgilerin meslek sırrına ya da yasal bir mesleki imtiyaza girecek koşullarda elde edilmeleri durumları için de bir istisna öngörmektedir.

19. 16 Mayıs 2005 tarihli Suç Gelirlerinin Aklanması, Araştırılması, El Konulması, Müsaderesi ve Terörizmin Finansmanına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (1 Mayıs 2008 tarihinde yürürlüğe giren bu Sözleşme Fransa tarafından onaylanmamıştır) kara para aklamanın önlenmesini hedefleyen tedbirler başlığı altında özellikle de şunları öngörmektedir (madde 13 §§ 1 ve 2) :

« 1. Taraflar, kara para aklanmasının önlenmesi amacıyla ülkesinde kapsamlı düzenleyici ve denetleyici veya izleyici bir rejim kurmak için yasal ve gerekli olabilecek diğer tedbirleri alacaklar ve özellikle kara para aklama konusunda Mali Eylem Görev Grubu (FATF) tarafından kabul edilmiş tavsiyeler dâhil olmak üzere uygulanabilir uluslararası standartları gerekli şekilde göz önünde bulunduracaklar.

2. Bu bakımdan, Taraflar:

a. özellikle kara para aklama amacıyla kullanılması muhtemel faaliyetlerde bulunan gerçek ve tüzel kişilerin bu faaliyetler söz konusu olduğunda:

i. müşterilerinin ve mümkün olduğu durumlarda, nihai yararlanıcısının kimliğini tespit ve teyit etmelerini ve riske dayanan bir yaklaşımı göz önünde bulundurarak iş ilişkilerinde sürekli olarak gereken özeni göstermelerini;

ii. teminata tabi olmak üzere kara para aklamaya ilişkin şüphelerini rapor etmelerini;

iii. müşteri kimliğinin ve işlemlerin muhafazası, personeli eğitime, gerekirse işletmenin büyüklüğüne ve türüne uygun olacak biçimde ayarlanmış dâhili politika ve prosedürleri ihdas etme gibi destekleyici önlemleri almalarını gerektirmek;

b. uygun olduğu takdirde, (a) bendinde atıfta bulunulan kişilerin, şüpheli işlem bildirimini veya ilgili bilginin iletildiğini veya bir kara para aklama soruşturmasının gerçekleştirilmekte olduğunu veya gerçekleştirilebileceğini ifşa etmelerini yasaklamak;

c. uygun olduğu hallerde, riske hassas bir temelde, kara para aklamayla mücadeleye ilişkin koşullara uyumlarını sağlamak amacıyla, (a) bendinde atıfta bulunulan kişilerin izlenmesi ve mümkün olduğunda, denetlenmesi için etkin sistemlere tabi olmalarını sağlamak,

için özellikle yasal ve gerekli görülebilecek diğer tedbirleri alacaklardır. »

Açıklayıcı rapor Sözleşme aktörlerinin niyetlerinin sözleşmenin özellikle FATF'ın 12 numaralı tavsiyesinde belirtilen « mali nitelikte olmayan mesleklere » uygulanması olduğunu belirtmektedir. Rapor 2.a.ii paragrafında geçen « teminata tabi olmak üzere » ifadesinin özellikle FATF'ın 16 numaralı tavsiyesinde bulunan « meslek sırrına ya da yasal bir mesleki imtiyaza » ilişkin kısıtlamalar ile FATF'ın yorumlayıcı notunun bağımsız hukuki mesleklere ilişkin olduğu anlamına geldiğini eklemektedir.

III. İLGİLİ AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

A. 91/308/CEE, 2001/97/CE ve 2005/60/CEE numaralı direktifler

1. 91/308/CEE ve 2001/97/CE numaralı direktifler

20. 10 Haziran 1991 tarihinde Avrupa Toplulukları Konseyi « Mali Sistemin Kara paranın Aklanmasında Kullanılmasının Önlenmesine İlişkin » 91/308/CEE numaralı direktifi kabul etmiştir. Bu direktifin hedefi kredi kuruluşları ile finans kurumlarını, 15 000 Euro üzerindeki işlemler ile bunu yapan müşterileri tespit etmeye, şüpheli olan, yani kara para aklamayla bağlantılı olabilecek her işlemi « özel bir dikkatle » incelemeye ve kara para aklama işlemine dair kanıt teşkil edecek her fiili yetkili makamlara bildirmeye zorlamaktır. Bu direktif aklamanın tanımını genişleten ve şüpheli işlem yapan müşterilerin tespiti zorunluluğu ile bu işlemlerin bildirilmesi zorunluluğunu mali sektör kapsamında kalmayan bir dizi mesleği, özellikle de « bağımsız hukuki meslek erbaplarını » içine alacak

şekilde genişleten 4 Aralık 2001 tarih ve 2001/97/CE numaralı direktifle değiştirilmiştir.

2. 2005/60/CE numaralı direktif

21. 91/308/CEE numaralı değiştirilmiş direktif « Terörizmin Finansmanında ve Kara Paranın Aklanmasında Mali Sistemin Kullanılmasının Önlenmesine İlişkin » olan ve onun içeriğini tamamen alıp tamamlayan 26 Ekim 2005 tarih ve 2005/60/CE numaralı direktif ile iptal edilmiştir. 19. madde « üye Devletlerce tanımlandığı şekliyle » « bağımsız hukuk mesleği erbaplarının » « vergiyle ilgili danışmanlık hizmeti vermek dâhil şirketler hesabına mali nitelikteki işlemlere katılırken » bu direktifin hükümlerine tabi olduklarını « çünkü onların sundukları hizmetlerin suç ürünlerinin aklanması ya da terörizmin finansmanı için kötüye kullanılması riskinin burada çok yüksek » olduğunu belirtmektedir. 2 § 1.3) b) maddesi direktifin bu kişilere « mesleki faaliyetlerinin icrası sırasında » « müşterilerinin adına ve onların hesabına her türlü mali ya da gayrimenkul işleme » katılırken « ya da aşağıdaki işlemlerin hazırlanması veya gerçekleştirilmesinde müşterilerine yardım ederken » uygulanacağını belirtmektedir: i) gayrimenkul veya ticari işletmelerin alım satımı; ii) müşteriye ait para, senet ve diğer aktifleri yönetmek; iii) banka veya tasarruf ya da portföy hesabı açılması veya yönetilmesi; iv) şirket kurulması, işletilmesi ya da yönetimi için gereken katkının sağlanması; v) vakıfların (trusts), şirketlerin ya da benzer yapılanmaların oluşturulması, işletilmesi ya da yönetimi ».

22. Direktif bazı durumlarda müşteriye karşı özen yükümlülükleri ve özellikle de müşteri ve gerçek yararlanıcının kimliğinin tespit edilmesi ve doğrulanması ve iş ilişkisinin konu ve niteliği hakkında bilgi elde edilmesini içerecek tedbirler alınmasını öngörmektedir (madde 8 § 1 a), b) ve c)). Üye devletler prensip olarak bu zorunluluklara uyacak durumda olmayan ilgili meslek erbaplarını « banka hesabıyla hiçbir işlem yapmamaya, hiçbir iş ilişkisi kurmamaya ya da hiçbir işlem yapmamaya ya da iş ilişkisine son verip ilgili müşteri hakkında bir beyannameyi 22. maddeye uygun bir şekilde [mali istihbarat birimine] iletmeye » zorlamalıdır. Ancak « bağımsız hukuki meslek üyelerinin » (özellikle) « müşterilerinin hukuki durumunu değerlendirmeleri ya da bu müşterini adli bir prosedür kapsamında ya da böyle bir prosedürü başlatma ya da böyle bir prosedürün açılmasını engellemeyle ilgili bilgilendirme dâhil adli bir prosedürle ilgili savunma ya da temsiliyet görevlerini icra etmeleri » durumunda bu devletler böyle bir şey yapmak zorunda değildirler (madde 9 § 5).

23. Bu direktif aynı zamanda « üye Devletlerin » ilgili kişilerden « bir terörizm finansmanlığı ya da kara para aklanması girişimi ya da işleminin gerçekleşmiş olduğunu ya da gerçekleşiyor olduğunu bildikleri ya da, bundan şüphelendikleri ya da şüphelenmek için iyi nedenlerinin olduğu durumlarda [mali istihbarat birimini] kendi inisiyatifleriyle ve hızlı bir

şekilde bilgilendirmek ya da mali istihbarat biriminin talebiyle bu birime yürürlükteki mevzuatta öngörülen usule uygun bir şekilde bütün bilgileri hızlı bir şekilde sunmak suretiyle » « tam bir işbirliği içerisinde olmalarını » istemelerini öngörmek suretiyle bildirim zorunluluğu da getirmektedir (madde 22 § 1).

24. Ancak direktif özellikle « bağımsız hukuki meslek üyeleri »yle ilgili olarak üye Devletlerin mali istihbarat birimi yerine birinci elde bilgilendirilecek « ilgili mesleği uygun bir şekilde düzenleyecek bir organ » belirleyebileceklerini ve bu organın bilgileri söz konusu birime elekten geçirmeden ve hızlı bir şekilde iletmesi gerektiğini belirtmektedir (madde 23 § 1).

25. Direktif aynı zamanda üye devletlerin (özellikle) « bağımsız hukuki meslek üyelerine » « müşterinin hukuki durumunun değerlendirilmesi sırasında ya da bu müşterinin adli bir prosedür kapsamında ya da böyle bir prosedürü başlatma ya da böyle bir prosedürün açılmasını engellemeye ilgili bilgilendirme dâhil adli bir prosedürle ilgili savunma ya da temsiliyet görevlerini icra etmeleri sırasında müşterilerinden birinden alınan ya da müşterilerinden biri hakkında elde edinilen bilgilerle ilgili olarak 22. maddede öngörülen yükümlülükleri dayatmak zorunda olmadıklarını ve bu bilgilerin söz konusu prosedürden önce mi, prosedür sırasında mı ya da prosedürden sonra mı elde edildiğinin de bir öneminin olmadığını » belirtmektedir (madde 23 § 2).

26. 48. maddeye göre « işbu direktifin hiçbir maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygun olmayacak bir yorum ve uygulanmaya konu edilmemelidir ».

B. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın *Ordre des barreaux francophones et germanophone ve diğerleri/Bakanlar Konseyi* kararı (Büyük Daire; 26 Haziran 2007; C-305/05)

27. 2005 yılında birçok Belçika Barosu tarafından 2001/97/CE numaralı direktifi uygulayan yasal düzenlemelerin iptali için yapılmış olan bir başvuru kapsamında Belçika Anayasa Mahkemesi, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın önüne şu meseleyi taşımıştır:

« 2001/97 numaralı direktifin 91/308/CEE numaralı direktife eklediği yeni madde 2 mükerrerin [nokta 5] özünde konusu, hedef alınan kişi ve kuruluşlara kara para aklamayla mücadele konusunda yetkili olan makamları böyle bir aklamamanın kanıtını oluşturabilecek bütün olaylardan haberdar etmek olan bu direktifin uygulama alanı içerisine avukatlık mesleğini dışarıda bırakmayacak şekilde bağımsız hukuki meslek üyelerini koyduğu dikkate alındığında (...) 2001/97 numaralı direktifin 1. maddesi [nokta 2] [...] [Sözleşme'nin] 6. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkını ihlal eder mi (2001/97/CE numaralı direktifin 1. maddesiyle [nokta 5] değiştirilen 91/308/CEE numaralı direktifin 6. maddesi) ? ».

Davacı barolar özellikle itiraz konusu mevzuatın, kara para aklamayla ilgili olduğunu bildiği ya da böyle olduğundan şüphelendiği olayları tespit ettiğinde bunları yetkili makamlara bildirme zorunluluğunu avukatları içine alacak şekilde genişletmekle, herkesin adil yargılanma ve savunma haklarına saygı temel hakkının kurucu unsuru olan avukatın bağımsızlığı ve meslek sırrı ilkelerini ihlal ettiğini ileri sürmektedirler.

28. 26 Haziran 2007 tarihli kararında Adalet Divanı bu soruya olumsuz cevap vermiştir.

29. Divan öncelikle temel hakların hukukun genel ilkelerinin bir parçası olduğunu ve kendisinin de hukukun genel ilkelerine uyulmasını güvenceye aldığı, bunu yaparken de üye Devletlerin ortak anayasal gelenekleri ile üye Devletlerin taraf oldukları ya da işbirliği yaptıkları insan haklarının korunmasına dair uluslararası enstrümanların sunduğu bilgilerden esinlendiğini ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bu bakımdan « özel bir önemini » bulunduğunu hatırlatmaktadır. Divan bundan özellikle Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlendiği şekliyle adil yargılanma hakkının Avrupa Birliği'nin, Avrupa Birliği Antlaşması'nın 6 § 2 maddesine göre, genel bir ilke olarak uyması gereken temel bir hak oluşturduğu sonucunu çıkarmaktadır.

Divan daha sonra da direktife göre bilgilendirme ve işbirliği yapma mecburiyetlerinin avukatlara sadece esas olarak finans ve gayrimenkulle ilgili olan bazı işlemlerin hazırlanması ve gerçekleştirilmesinde müşterilerine yardım etme ya da avukatların finans veya gayrimenkulle ilgili işlemlerde müşterileri adına ve hesabına hareket etmeleri durumunda uygulanacağını kaydetmektedir. Bununla ilgili olarak Divan, genel kural olarak bu faaliyetlerin, nitelikleri gereği, adli bir prosedürle ilgili olmayan bir bağlamda kaldıklarını ve sonuç olarak da adil yargılanma hakkının uygulama alanı dışında kaldıklarını belirtmektedir.

Öte yandan Divan bir işlem kapsamında müdahalede bulunmuş olan bir avukatın Adalet önünde savunma ve temsiliyet görevi çerçevesinde yardımına başvurulması ya da adli bir prosedür başlatma ya da adli bir prosedürden kaçma yolu üzerine danışmanlık almak için başvurulması anından itibaren direktifin avukatı bu yükümlülüklerden muaf tuttuğunu not etmektedir. Divan'a göre böyle bir muafiyet müşterinin adil yargılanma hakkını korumaktadır. Öte yandan adil yargılanma hakkına bağlı gerekler, bu kontekst dışında ve yukarıdaki paragrafta belirtilen durumlar kapsamında hareket eden avukatların bilgilendirme ve işbirliği yükümlülüklerine tabi tutulmalarını, bu yükümlülüklerin « üye ülkelerin toplumları için ciddi bir tehdit oluşturan örgütlü suçun gelişmesi üzerinde açık bir etkisi olan kara para aklanmasına karşı etkili bir şekilde mücadele etme gerekliliğiyle haklılaştırılabilmesi » şartıyla, engellememektedir.

IV. KONUYLA İLGİLİ ULUSAL HUKUK

A. Para ve Finans Kanunu

30. Yukarıda belirtilen direktifler Fransız hukukuna aktarılmış ve ilgili normlar (birçok sefer değiştirilen) Para ve Finans Kanunu'nda toplanmıştır.

31. Yasal hükümlerle ilgili olarak müşteri bakımından özen yükümlülükleri (mevcut yasaya göre) L. 561-5'ten L. 561-14-2'ye kadar giden maddelerde, bildirim yükümlülükleri ise L. 561-15'ten L. 561-22'ye kadar giden maddelerde düzenlenmiştir.

32. Bu maddeler Kanun'un L. 561-2. maddesinde belirtilen çeşitli meslek ve örgütlere uygulanır. Bunlar arasında « mesleki faaliyetleri kapsamında » « 1° müşterileri adına ve hesabına mali veya gayrimenkulle ilgili işlemlere katılan ya da yediemin sıfatıyla hareket eden; 2° aşağıdaki işlemlerin hazırlanması ve gerçekleştirilmesinde müşterilerine destek sunan Danıştay ve Yargıtay'daki avukatlar, istinaf mahkemelerindeki avukat ve dava vekilleri¹ vardır: a) gayrimenkul veya ticari fonların alım satımı; b) müşteriye ait para, senet ve diğer aktifleri yönetmek; c) banka, tasarruf ya da tahvil hesabı açılması veya sigorta sözleşmesi yapılması; d) şirket kurulması için gereken katkının sağlanması; e) şirketlerin kurulması, yönetimi veya idaresi; f) Medeni Kanun'un 2011. maddesinden 2031. maddesine kadar ki maddeler tarafından düzenlenen vakıfların, yabancı hukuk tarafından düzenlenen vakıfların veya başka benzer yapılanmaların oluşturulması, yönetilmesi veya idaresi; g) bağış fonlarının oluşturulması veya yönetimi » (madde L. 561-3 I). Ancak bu maddeler « faaliyetin adli bir prosedürle bağlantılı olması, bu kişilerin sahip oldukları bilgilerin bu prosedürden önce, prosedür sırasında veya prosedürden sonra veya böyle bir prosedürün açılması ya da böyle bir prosedürün engellenmesi yoluyla ilgili bir danışmanlık kapsamında alınması ya da elde edilmesi durumunda veya kara para aklanması ya da terörizm finansmanı amacına yönelik olmadığı ya da müşterinin kara para aklama ya da terörizm finansmanı için danışmanlık talebinde bulunduğu bilinmediği müddetçe hukuki danışmanlık verilmesi durumunda » yukarıda belirtilen avukat ve dava vekillerine uygulanmaz (madde L. 561-3 II).

33. R. 563-3 maddesi yasal yükümlülüklerin uygulanmasıyla ilgili iç prosedürlerin ya bakanlık kararnameyi ya da bakan tarafından onaylanacak meslek yönetmelikleriyle belirleneceğini öngörmekteydi.

1. Özen yükümlülükleri

34. Özen yükümlülükleri başlığı altında ilgili insanlar, iş ilişkisine girmeden önce, müşterinin ve gerektiğinde iş ilişkisinden yararlanacak olan

¹ Dava vekilliği mesleği 1 Ocak 2012'de ortadan kalkmıştır (istinaf mahkemesinde temsiliyette reform yapan 25 Ocak 2011 tarihli kanun).

kişinin kimliğini tespit etmeli ve kimliğiyle ilgili unsurları kontrol etmelidirler (madde L. 561-5 I).

İstisnai olarak kara para aklanma ya da terörizm finansmanı riskinin düşük görüldüğü durumlarda sadece iş ilişkisinin kurulması sırasında müşterinin ve gerektiğinde gerçek yararlananın kimliği kontrol edilebilir (madde L. 561-5 II). Buna bir müşteriyle iş ilişkisine girmeden önce bu ilişkinin konusu ve bu müşteriyle ilgili yararlı diğer bilgilerin toplatılması yükümlülüğü eklenir. İş ilişkisi boyunca ilgili kişiler, hak ve ödev sınırları içerisinde, iş ilişkisi üzerinde « sürekli bir özen göstermekle » ve « gerçekleştirilen operasyonları dikkatli bir şekilde inceleyip müşterileriyle ilgili sahip oldukları güncel bilgiyle uyumlu olmalarına dikkat etmekle » yükümlüdürler (madde L. 561-6).

35. Eğer ilgili kişi müşterisini tanıma ya da iş ilişkisinin konu ve niteliği hakkında bilgi elde etme durumunda değilse, bu kişi ne şekilde olursa olsun hiçbir işlem yapmamak ve hiçbir iş ilişkisi kurmamak ve yürütmemekle yükümlüdür. Eğer ilgili kişi müşterisini tanıma ya da iş ilişkisinin konu ve niteliği hakkında bilgi elde etme durumunda değilse, ancak L. 561-5 maddesi II fıkrasının uygulanması sonucunda iş ilişkisi kurulmuşsa bu durumda bu kişi bu iş ilişkisine bir son vermelidir (madde L. 561-8).

2. Bildirim yükümlülükleri

36. İlgili şahıslar defterlerinde kayıtlı miktarlar ile bir yıldan fazla özgürlükten mahrumiyet gerektiren bir cezası olan bir suçtan geldiğini ya da terörizmin finansmanında kullanıldığını bildikleri, bundan şüphelendikleri ya da şüphelenmek için iyi nedenlerinin olduğu paralarla ilgili işlemleri ulusal mali istihbarat birimine bildirmelidirler (madde L. 561-15 I).

İlgili kişiler aynı zamanda vergi kaçırma ile ilgili olduğunu bildikleri, bundan şüphelendikleri ya da şüphelenmek için iyi nedenlerinin olduğu paraları da, D. 561-32-1 II maddesinde belirtilen kriterlerden en azından biri mevcut ise, bildirmelidirler (madde L. 561-15 II) :

« 1° Faaliyeti sosyal amacıyla uyumlu olmayan ya da merkezleri Fransa ile banka bilgilerine ulaşmayı sağlayan bir vergi sözleşmesi yapmamış olan bir devlet veya toprakta olan ve vergi idaresi tarafından yayımlanan bir liste üzerinde ya da şüpheli işlemde yararlananlardan birisinin şahsi adresi üzerinden ya da Ticaret Kanunu'nun L. 123-11 maddesi anlamında bir domisiliaterin adresi üzerinden belirlenen hayali şirketlerin kullanılması;

2° Şirketin ekonomik durumunun gerektirmediği kadar çok tuzuk değişikliklerine gitmiş olan şirketler tarafından gerçekleştirilen mali işlemler;

3° Mali işlemleri yapan kişi ya da şirketler hesabına sadece görüntüde hareket eden kişiler kullanmak suretiyle şahıs muvazaasına başvurmak;

4° Şirketin geleneksel faaliyetleriyle uyum olmayan mali işlemler ya da bilişim, telefon, elektronik eşya, elektrikli ev eşyası, hi-fi ve video sektörleri gibi seri halde KDV vergisi kaçırılması riski bulunan sektörlerde şüpheli işlemler gerçekleştirilmesi;

5° Yeni açılmış ya da o zamana kadar hiç aktif olmayan ya da az aktif olan hesaplarda, bazı durumlarda işlem sayısı ve hacminde önemli bir artışın meydana gelmesine ya da uyumakta olan ya da çok aktif olmayan ve yakın zamanda tüzüklerinde değişikliğe uğramış olan şirketlere başvurulmasına bağlı olarak, para aktarımında kısa bir zamanda açıklanmayan güçlü ilerlemelerin kaydedilmesi;

6° Mali işlemlerin kanıtı olarak sunulan fatura ve sözleşmelerde şirketler ve ticaret defterindeki sicil numarası, SIREN numarası, KDV numarası, fatura numarası, adres veya tarihin bulunmaması gibi anormalliklerin tespit edilmesi;

7° Geçici hesap olarak kullanılan ya da bakiyesi çoğunlukla sıfıra yakın olan ama üzerinde birçok yatırma çekme işlemi yapılmış olan hesaplara anlaşılabilir bir şekilde başvurulması;

8° İş hesabından sık sık para çekilmesi ya da ekonomik faaliyetin niteliği veya düzeyiyle haklılaştırılmayacak böyle bir hesaba paraların aktarılması;

9° Ara hesaplar ya da geçiş hesapları gibi finansla ilgili olmayan meslek erbablarının hesaplarının kullanılması ya da idare ve yönetim mekanizmalarını az şeffaf hale getiren hukuki ve mali montajlar ile karmaşık şirketsel yapılara başvurulması nedeniyle paranın kaynağı ile ulaştığı yer arasındaki bağlantı ile gerçek yararlananın tespit edilmesinin zor olması;

10° Belli bir hukuki ya da ekonomik nedene dayanmayan ve çoğunlukla yurtdışından gelen ya da yurtdışına giden (ve özellikle de numara 1°de ifade edilen devletler veya topraklarla yapılan) basit para geçişleriyle sınırlı uluslararası mali işlemler;

11° Müşterinin alınan paranın nereden geldiğini ya da ödemenin belirtilen nedenlerini kanıtlayan belgeleri sunmayı reddetmesi ya da bu belgeleri sunmasının imkânsız olması;

12° Yabancı bir ülkeye para transferi yapılmasından sonra bu paranın ödünç para şeklinde geri gönderilmesi;

13° Aciz nedeniyle aktiflerin, bağlantılı olan gerçek veya tüzel kişilere ya da satış hükümlerinde açık ve haksız bir dengesizlik yaratan şartlarda, hızlı satışla satılması;

14° Yabancı şirket hesaplarının Fransa'da ikamet eden ve Fransa'da iş yapan gerçek kişiler tarafından düzenli bir şekilde kullanılması;

15° Bir kişinin işiyle bağlantısız veya bilinen malvarlığıyla orantısız para aktarımı yapması;

16° Açıkça değerinden düşük bir fiyatla gayrimenkulle ilgili ticari bir işlem gerçekleştirilmesi. »

Bu kişiler aynı zamanda talimatı veren kişinin ya da gerçek yararlananın ya da bir vakıf malının kurucusu ya da bir şeye tahsil edilmiş bir malın yönetimiyle ilgili başka her türlü enstrümanın kimliğinin, L. 561-5 maddeye uygun bir şekilde gösterilen özene rağmen, şüpheli kaldığı durumları birime bildirmekle yükümlüdürler (madde L. 561-15 IV).

Danıştay'daki bir kararname bu bildirim şeklini belirlemektedir.

37. İlgili kişiler kara para aklanması ya da terörizmin finansmanı ile bağlantılı olduğundan şüphelendikleri işlemleri, bu bildirim yapıldığı kadar, yapmaktan imtina etmekle mükelleftirler (madde L. 561-16). Öte yandan bildirim konusu yapılması gereken bir işlem, uygulamaya geçirilmesi

mümkün olmadığından ya da işlemin ertelenmesi kara para aklamayla veya terörizm finansmanı ile ilişkili olduğundan şüphelenilen bir işlemle ilgili soruşturmanın yapılmasını engelleyeceğinden ya da bu işlemin bu bildirim tabii olduğu daha sonra anlaşıldığından dolayı gerçekleştirildiğinde, ilgili kişi zaman kaybetmeden ulusal mali istihbarat birimini bundan haberdar etmelidir.

38. Bir istisna olarak Danıştay ve Yargıtay'daki avukatlar, istinaf mahkemelerindeki avukat ve dava vekilleri bildirim ulusal mali istihbarat birimine değil, duruma göre, Danıştay ve Yargıtay'daki avukatların oda başkanları, avukatın kayıtlı olduğu baronun başkanı veya dava vekilinin bağlı bulunduğu şirketin başkanına yaparlar. Bunlar da L. 561-3. maddedeki şartların yerine geldiğini kontrol ettikten sonra bildirim Danıştay'daki kararnamede belirlenen şekilde ve sürede söz konusu birime iletirler (madde L. 561-17).

39. Bildiri gizlidir. Onun varlığı ile içeriğinin ifşa edilmesi ve onunla ilgili sonradan yapılan işlemler hakkında bilgi verilmesi yasak olup bu yasalara uymayanlar 22 500 Euro para cezasıyla cezalandırılırlar (30 Ocak 2009 tarih ve 2009-104 numaralı karar ile kanuna koyulan L. 574-1. madde) ; Ancak Danıştay ve Yargıtay'daki avukatlar, istinaf mahkemelerindeki avukat ve dava vekillerinin müşterilerini yasadışı bir faaliyete girişmekten caydırmaya çalışmaları ifşa etme fiili oluşturmaz (madde L. 561-19).

3. Ulusal mali istihbarat birimi

40. « Ulusal mali istihbarat birimi » (« yasadışı mali dolaşıma karşı eylem ve istihbarat bilgilerinin işlenmesi » için « Tracfin » şeklinde anılır) Maliye Bakanlığı'nın özel yetkili ajanlarından oluşan bir idari soruşturma birimidir. Esas görevi paranın kaynağı veya ulaşacağı yeri ya da bir bildiri konusu yapılmış olan işlemlerin niteliğini tespit etmeye yarar bütün bilgilerin toplanması, analizi, zenginleştirilmesi ve işletilmesidir. Soruşturmalar bir yıldan fazla özgürlükten mahrumiyet cezasını gerektirir bir suçun ya da terörizm finansmanının ürününün aklanması niteliğinde olan işlemleri ortaya çıkardıklarında, bu birim bir bilgi notuyla Cumhuriyet savcısına başvurur (madde L. 561-23).

41. Birim özellikle özen yükümlülüğü kapsamında muhafaza edilen unsurların iletilmesini doğrudan ilgili kişilerden isteyebilir. Birim, istisnai olarak, Danıştay ve Yargıtay'daki avukatlar, istinaf mahkemelerindeki avukat ve dava vekilleri söz konusu olduğunda, talebini duruma göre Danıştay ve Yargıtay'daki avukatların oda başkanları, avukatın kayıtlı olduğu baronun başkanı veya dava vekilinin bağlı bulunduğu şirketin başkanına yapmalıdır. Bunlar da belgeler eline geçtikten ve L. 561-3. maddedeki şartların yerine geldiğini kontrol ettikten sonra, bu talepleri söz konusu birime iletirler (madde L. 561-26).

4. İç prosedür ve denetim

42. İlgili kişiler özellikle özen ve bildirim yükümlülüklerinin yerine getirilmesi için terörizm finansmanı ve kara para aklanması riskinin yönetimi ve değerlendirilmesine yönelik sistemleri yürürlüğe koymak ve personellerinin düzenli bir şekilde eğitilmesi ve bilgilendirilmesini sağlamakla yükümlüdürler (madde L. 561-32 ve L. 561-33).

R. 563-3. madde (2 Eylül 2009 tarih ve 2009-1087 numaralı kararnameyle iptal edildi) bu iç prosedürlerin duruma göre ya yetkili bakanın kararıyla ya da yetkili bakan tarafından onaylanan meslek yönetmelikleriyle ya da mali pazarlar makamının genel yönetmeliğiyle belirlendiklerini belirtiyordu.

5. Disiplin prosedürü

43. Danıştay ve Yargıtay'daki bir avukatın veya istinaf mahkemesindeki bir avukat veya dava vekilinin, ağır bir özen kusuru veya denetimle ilgili iç prosedürlerin örgütlemesindeki bir eksiklik nedeniyle, bu yükümlülüklere uymaması durumunda, yetkili baronun konseyi, meslek veya idari yönetmelikler temelinde bir disiplin prosedürü başlatır ve bundan Yargıtay ya da istinaf mahkemesindeki Cumhuriyet başsavcısını haberdar eder (madde L. 561-36 III).

B. Danıştay'ın 10 Nisan 2008 tarihli kararı

44. 10 Nisan 2008 tarihli (n° 296845) kararında Danıştay 4 Aralık 2001 tarih ve 2001/97/CE numaralı direktif ile onun uygulanması için çıkarılan 11 Şubat 2004 yasınının Sözleşme'nin 6 ve 8. maddesi icaplarına uygun olduğuna hükmetmiştir.

45. Direktifle ilgili olarak Danıştay öncelikle, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Ordre des barreaux francophones et germanophone ve diğerleri* kararından, direktifin Sözleşme'nin 6. maddesi tarafından güvence altına alınan adil yargılanma hakkıyla bağlantılı icapları ihlal etmediğinin, çünkü bu direktifin avukatların adli faaliyetleri münasebetiyle elde ettikleri ya da kendilerine verilen bilgilerin bilgilendirme ve işbirliği yapma yükümlülüklerinin kapsamı dışında bıraktığının anlaşıldığını hatırlatmıştır. Danıştay daha sonra da bu karardan bir avukatın müvekkilin hukuki durumunun değerlendirilmesi sırasında aldığı ya da elde ettiği bilgilerin de, hukuki danışmanlık yapan kişinin kara para aklama faaliyetlerine iştirak etmiş olması, yani hukuki danışmanlığın kara paranın aklanması amacıyla sunulmuş olması veya avukatın müvekkilinin kara para aklamak amacıyla hukuki danışmanlık almak istediğini bilmesi durumları haricinde, bu yükümlülüklerin dışında bırakılması gerektiğinin çıkarılması gerektiğini kabul etmiştir. Danıştay'a göre bu şartlarda ve kara para aklanmasına karşı mücadeleyle bağlantılı genel yarar göz önünde bulundurulduğunda, direktif

« özellikle de kamu emniyeti, düzenin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi için gerekli olması durumunda kamu otoritesinin özel ve aile hayatına saygı hakkının kullanılmasına müdahale edebileceğini öngören (...) Sözleşme'nin 8. maddesi tarafından korunan meslek sırrı temel hakkını » ihlal etmez.

46. Danıştay yasal düzenlemelerin direktifin tam bir uygulaması olduklarını tespit etmiş ve bundan da onlarında Sözleşme'nin 6 ve 8. maddelerinde güvence altına alınan temel haklara aykırı olmadıkları sonucunu çıkarmıştır.

HUKUK AÇISINDAN

I. SÖZLEŞME'NİN 8. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

47. Başvurucu avukatlara dayatılan şüpheyi bildirme mecburiyetinden dolayı avukatlık mesleğini yürütürken kendisine danışmaya gelmiş olan insanları ihbar etmekle mükellef tutulmasından bu yükümlülüğü yerine getirmediği takdirde disiplin cezasına çarptırılabilmesinden şikâyet etmekte ve bu durumun da avukat ile müvekkili arasındaki iletişimin korunması ile meslek sırrına saygı gösterilmesi ilkelerine aykırı olduğunu ifade etmektedir. Başvurucu Sözleşme'nin 8. maddesini ileri sürmekte olup bu madde şöyle 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. »

48. Hükümet bu teze karşı çıkmaktadır.

A. Kabul edilebilirlik

1. Başvurucunun mağdur niteliği

49. Hükümet esas olarak başvurucunun kendisine Sözleşme'nin 34. maddesi anlamında « mağdur » diyemeyeceğini ileri sürmektedir. Hükümet başvurucunun haklarına somut ve efektif olarak müdahale edilmediğini ileri sürmekte ve bu bakımdan başvurucunun ihtilaf konusu yönetmeliğin onun aleyhine uygulandığını iddia etmediğine ancak belli iç prosedürlere sahip olmak için kabinesini yeniden organize etmek zorunda kaldığından şikâyet ettiğine vurgu yapmaktadır. Başvurucunun istediği şey Mahkeme'nin bir iç

hukuk metninin Sözleşme'ye uyumunu *in abstracto* (soyut bir şekilde) incelemesidir. Başvurucuya Mahkeme içtihadı anlamında « potansiyel mağdur » sıfatının tanınmasına gelince Hükümet bu konseptin geniş bir şekilde uygulanmasına karşı Mahkeme'yi uyarmaktadır: böyle bir şey *actio popularis*'e kapıyı açar, Sözleşme'yi yazarların amaçlarına ters düşer, potansiyel başvuru sayısını ciddi bir şekilde artırır ve iç hukuk yollarının tüketilmesi zorunluluğuyla zor uyur. Hükümet sadece çok istisnai koşulların Mahkeme tarafından özel durumlarda mağdur kavramının genişletilmesi için dikkate alınabileceği kanısındadır. Oysaki bu olayda böyle koşullar oluşmamıştır.

50. Başvurucu Mahkemeyi şikâyet ettiği sözleşme ihlalinin mağduru olduğunu tespit etmeye davet etmektedir. Başvurucu Mahkeme içtihadına göre bir kişinin mevzuatın etkilerine doğrudan maruz kalma ihtimali bulunan insanlar kategorisine dâhil olması ya da soruşturma tehdidi altında davranışlarını değiştirmek zorunda kalması durumunda, bir yasanın, henüz kendisine uygulanmamış olsa da, haklarını ihlal ettiğini ileri sürebileceğini hatırlatmaktadır. Başvurucu avukat olduğundan dolayı ihtilaf konusu düzenleyici kararın etkilerine doğrudan maruz kalma riski altında bulunan bir insan kategorisine dâhil olduğunu belirtmektedir: başvuru soruşturma geçirme tehdidi altında özen ve bildirim yükümlülüklerine tabi olup davranışını değiştirmek ve belli iç prosedürlere sahip olmak için kabinesini organize etmek zorunda kalmıştır. Başvurucu, mali ve vergi hukuku alanında uzman olan bir avukat olduğundan, bu zorunluluklar onu daha da çok ilgilendirmekte olup onlara uymaması halinde çok daha fazla tehdit altında kalacaktır.

51. Mahkeme Sözleşme'nin 34. maddesine göre bir başvuru yapabilmek için Sözleşme'de tanınan hakların ihlalinin « mağduru » olduğunu iddia edebilmek gerektiğini ve bunu yapabilmek için de ihtilaf konusu işlemin etkilerine doğrudan maruz kalmış olmak gerektiğini hatırlatır. Sözleşme Sözleşme'de tanınan hakların yorumlanması amacıyla bir *actio popularis* başvurusu yapma olasılığını öngörmemektedir. Ayrıca Sözleşme bireylerin, etkilerine doğrudan maruz kalmadıkları bir iç hukuk hükmünden, sadece Sözleşme'yi ihlal ettiğini düşündüklerinden dolayı, şikâyetçi olmalarına da izin vermemektedir (bakınız *Norris/İrlanda*, 26 Ekim 1988, seri A n° 142, § 31 ve, başka birçok karar içinden, *Burden/Birleşik Krallık* [BD], n° 13378/05, § 33, CEDH 2008).

Ancak bir kişi, soruşturma tehdidi altında davranışını değiştirmek zorunda kalmış ise ya da bir yasanın etkilerine doğrudan maruz kalma tehlikesi altında olan bir insan kategorisine dâhil ise, yasa ona şahsen uygulanmamış olsa da, bu yasanın haklarını ihlal ettiğini ileri sürebilir ve dolayısıyla kendisine Sözleşme'nin 34. maddesi anlamında « mağdur » diyebilir (özellikle bakınız *Marckx/Belçika*, 13 Haziran 1979, seri A n° 31, § 27, *Johnston ve diğerleri/İrlanda*, 18 Aralık 1986, seri A n° 112, § 42,

Norris/İrlanda, 26 Ekim 1988, seri A n° 142, § 31 ve *Burden*, yukarıda geçen, § 34).

52. Bu olayda şüphesiz başvuru Barolar Birliği'nin « terörizm finansmanı ve kara para aklanmasına karşı mücadele yükümlülüklerinin yürürlüğe konulmasına yönelik iç prosedürler ile bu prosedürlere uyulmasını sağlamaya yönelik iç denetim mekanizmasıyla ilgili bir yönetmeliğin kabulü hakkında » 12 Temmuz 2007 tarihli kararı temelinde bireysel bir işleme konu olmamıştır.

Ancak Mahkeme 31 Aralık 1971 tarihli Kanun'un Barolar Birliği'ne avukatlık mesleğinin kural ve adetlerini genel düzenlemelerle birleştirme yetkisi veren 21-1 maddesinin uygulanması sonucunda kabul edilen bu kararın normatif değerinde olduğunu not eder. Mahkeme sonra da özen yükümlülüğü ile şüphenin bildirilmesi yükümlülükleri gibi bu kararın da bütün Fransız avukatları hedef aldığını ve dolayısıyla başvuru bu kararın etkilerine doğrudan maruz kalma tehlikesi altında bulunan bir insan kategorisinin bir parçası olduğunu tespit eder. Böylece eğer başvuru gerekli şüphe bildirimlerini yerine getirmese, bu metne göre, Barodan kaydının silinmesine kadar gidebilecek disiplin cezaları alma riskine maruz kalır. Öte yandan Mahkeme mali ve vergi hukuku alanında uzman bir avukat olarak birçok meslektaşına göre bu yükümlülüklerin kendisini daha çok ilgilendirdiği ve bunlara uymamanın sonuçlarına katlanma riskinin daha çok olduğu yönündeki başvuru tezini inandırıcı bulmaktadır. Gerçekte başvuru Mahkeme'nin *Dudgeon/Birleşik Krallık* (22 Ekim 1981, seri A n° 28, § 41) ve *Norris* (yukarıda geçen, §§ 30-34) kararlarında tespit ettiği ikileme *mutatis mutandis* benzer olan bir ikilem içinde bulunmaktadır: ya yönetmeliğe boyun eğecek ve böylece avukat müvekkil iletişiminin gizliliği ilkesiyle ilgili görüşünden vazgeçecek ya da yönetmeliğe boyun eğmeyecek ve kendisini Barodan kaydının silinmesine kadar gidebilecek disiplin cezaları görme tehlikesine atacaktır.

53. Bu unsurları dikkate alan Mahkeme başvuru ihtilafı unsurların etkilerine doğrudan maruz kaldığı ve dolayısıyla kendisine iddia ettiği 8. madde ihlalinin « mağduru » diyebileceği kanaatindedir.

2. Altı aylık süreye uyulup uyulmadığı konusu

54. Hükümet'e göre başvuru kendisine « mağdur » diyebileceğini varsaysak bile başvuru Sözleşme'nin 35. maddesinin 1. fıkrasındaki altı aylık süre bakımından geç yapılmış olduğunu tespit etmek gerekir. Hükümet gerçekte bu sürenin Danıştay'ın 4 Aralık 2001 tarih ve 2001/97/CE sayılı direktif ile bu direktifin uygulanması için çıkarılan 11 Şubat 2004 tarihli Kanun'un Sözleşme'nin 8. maddesiyle uyumu üzerine vermiş olduğu 10 Nisan 2008 tarihli karardan itibaren başladığı kanaatindedir.

55. Başvuru cevap olarak, Sözleşme'nin 35. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen süreye uyduğunu, çünkü Danıştay önünde başlatmış olduğu

yukarıda belirtilen düzenleyici kararın iptali davası kapsamında Danıştay'ın 23 Temmuz 2010 tarihinde vermiş olduğu karardan itibaren altı ay içerisinde Mahkeme'ye başvurduğunu belirtmektedir.

56. Mahkeme Sözleşme'nin 35. maddesinin 1. fıkrası bakımından önemli olan şeyin başvuru sahiplerinin savunmacı Devlete, uygun iç hukuk yollarını kullanmak suretiyle, iddia konusu ihlali önleme ya da giderme olanağını vermiş olmaları ve bu yolların varlığı nihai karardan itibaren altı ay içerisinde Mahkeme'ye başvurmuş olmaları olduğunu hatırlatır.

57. Mahkeme ihtilafli şüphe bildirimini yükümlülüğünün şartlarının Barolar Birliği'nin 12 Temmuz 2007 tarihli kararıyla belirlendiğini ve mukavemetçi avukatlara uygulanabilecek disiplin cezalarının temelini oluşturacak kararın da bu karar olduğunu kaydeder. 8. maddeden ileri gelen şikâyetini Danıştay'a bu kararın iptali talebi kapsamında götürmekle başvuru sahibi, bu yargı merciine bu şikâyetle ilgili olarak ilk elden karar verme olanağını tanımış ve Danıştay da zaten bunu yapmaktan geri kalmamıştır (yukarıda paragraf 44-46). Dolayısıyla başvuru sahibinin koşullarında uygun bir iç hukuk yolunu tüketmiştir. Sonuç olarak Danıştay'ın bu dava sonucunda vermiş olduğu 23 Temmuz 2010 tarihli karar, ondan itibaren altı aylık sürenin başlatılması gereken nihai ulusal karardır. Dolayısıyla 19 Ocak 2011 tarihinde yapılmış olan bu başvuru gecikmemiştir.

3. Sonuç

58. Mahkeme bu şikâyetin, Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının a) bendi anlamında, açıkça temelden yoksun olmadığını ve kabuledilemezliği gerektiren başka bir sebebin de bulunmadığını kaydeder. Bu nedenle bu şikâyetin kabuledilebilir olduğunu beyan eder.

B. Esas

1. Tarafların tezleri

a) Başvuru sahibi

59. Hükümet'in Sözleşme'nin 8. maddesinin avukatların meslek sırrını güvence altına aldığı inkâr etmediğini not düşen başvuru sahibi, şikâyet ettiği müdahalenin bu madde anlamında « yasayla öngörülme » olduğunu ileri sürmektedir. Bununla ilgili olarak başvuru sahibi ihtilaf konusu yönetmeliğin açık olmadığını belirtmektedir: bu yönetmelik « şüphe » kavramını tanımlamadan şüphenin bildirilmesini mecbur kılmaktadır; yönetmeliğin uygulandığı « faaliyet » alanları bulanıktır ve bir avukatın faaliyetlerini ilgili olanları belirlemek için bölmesi zordur. Başvuru sahibi avukatların meslek sırrının bölünmez olduğunu eklemektedir: Adli Mesleklerle İlgili Kanun meslek sırrının savunma görevlerine olduğu kadar danışmanlık görevlerine

de uygulandığını ve avukatların dosya ve faaliyetlerinin bütününi ilgilendirdiğini belirtmektedir.

60. Başvurucu ihtilafli müdahalenin 8. maddenin ikinci paragrafında sıralanmış olan meşru amaçlardan birisini izlediğine itiraz etmemektedir. Ancak müdahalenin « demokratik bir toplumda » bu amaca ulaşmak için « gerekli » olmadığını düşünmektedir.

61. Başvurucu *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi/İrlanda* [BD] (n° 45036/98, CEDH 2005-VI) kararında oluşturulan eşit koruma karinesinin uygulanmaması gerektiğini düşünmektedir.

Başvurucu onun davasının *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi* davası ile Mahkeme'nin Avrupa Birliği lehine eşit bir korumayı kabul ettiği diğer davalardan farklı olduğu, çünkü onun davasında bir üye Devlet tarafından bir yönetmeliğin değil bir direktifin yürürlüğe konulmasının söz konusu olduğu kanaatindedir. İkinci durumda üye Devletler birinci durumda sahip olmadıkları bir takdir payına sahiptirler. Ayrıca başvurucu, Sözleşme tarafından yürürlüğe konulan temel haklar adli koruma sisteminden farklı olarak Avrupa Birliği pozitif hukukunun bireylere Lüksemburg Mahkemesi önünde doğrudan bir bireysel başvuru hakkı tanımadığına vurgu yapmaktadır.

62. Daha açıkça söylemek gerekirse başvurucu, bu olayda topluluk hukuku tarafından öngörülen mekanizmaların Sözleşme'nin 8. maddesiyle ilgili olan ve Mahkeme'nin şu anda önünde bulunan şikâyetin özel olarak incelenmesine izin vermediğini belirtmektedir. Çünkü birincisi Danıştay, Adalet Divanı'na bu noktayla ilgili bir sorunun sorulmasından ibaret talebini reddetmiştir. Sonra *Ordre des barreaux francophones et germanophone ve diğerleri/Bakanlar Konseyi* davasında bu yargı mercii konuyu sadece adil yargılanma hakkının ölçülerine göre incelemiştir. Başvurucu bundan Avrupa Birliği sisteminin Sözleşme'nin sunduğu denetim ve korumaya eşit bir denetim ve koruma sunmadığı sonucunu çıkarmaktadır.

63. Başvurucu « gerekliliği » değerlendirmek için avukatlara yüklenen – ve Mahkeme'nin 10. madde bağlamında özelliğinin altını çizdiği – görev ile adaletin iyi işlemesi, bireylerin özgürlüğü ve avukatlar ile müvekkilleri arasındaki güvenin garantisi olan meslek sırrının avukatların mesleklerini icra etmelerindeki öneminin dikkate alınması gerektiği kanısındadır. Ona göre şüphe bildirim yükümlülüğünün avukatlara yükletilmesi onları mesleklerinin toplumsal hedefine aykırı fiillerde bulunmaya zorlayacak ve bu mesleğin geleneksel fonksiyonunu tehlikeye düşürecektir.

Daha sonra başvurucu, her ne kadar Mahkeme'nin avukatların meslek sırrının korunmasına yönelik koruyucu içtihadını Sözleşme'nin 8. maddesi üzerine kurmuşsa da bu meslek sırrının 6 § 1 maddesi tarafından korunduğuna da hükmettiğini hatırlatmaktadır. Başvurucu Mahkeme'nin kendisinin de *André ve diğerleri/Fransa* (n° 18603/03, 24 Temmuz 2008) kararında belirttiği avukatın meslek sırrı ile sanığın kendi kendini

suçlamama hakkı arasındaki ilişkinin özellikle altını çizmektedir. Başvurucu avukatlara yüklenen şüpheyi bildirme yükümlülüğünün müvekkilleriyle ilgili – 8. maddenin uygulama alanı içerisine giren – şahsi nitelikteki bilgileri ifşa etmeyi gerektirdiğini ve bildirim konusu yapılan kişiyi bundan haberdar etme yasağının bu kişiyi sadece bilgilendirme hakkından değil ama yanlış şüphe durumunda düzeltme ve silme olanağından da yoksun bıraktığını eklemektedir. Bu zorunluluğun böylece üçüncü kişilerin temel hakları üzerinde de yansımaları vardır.

64. Başvurucu kara para aklamayla mücadele etmenin gerekliliğine karşı çıkmadığını ama bu amaçla avukatları, önleyici tedbir olarak, müvekkilleriyle ilgili sahip olabilecekleri şüpheleri bir mali istihbarat birimine – Tracfin – bildirmeye zorlamanın, « vekâleten kendi kendini suçlama »ya başvurmanın ve meslek sırrını ihlal etmenin orantısız olduğunu belirtmektedir.

65. Başvurucuya göre yürürlüğe konulan sistem avukatları mali ve vergi istihbaratıyla ilgili merkezi bir birimin işbirlikçileri yapmakta olup bu durum meşru amaçtan sapmadır. Başvurucu bu sonuca meslek erbaplarının iletmekle yükümlü oldukları adsal bilgilerin % 98'inin suçların önlenmesi için değil de bu amaçla kullanıldıkları tespitinden ulaşmaktadır. Bununla ilgili olarak başvuru Tracfin tarafından yayımlanan istatistiklere gönderme yapmaktadır. Bu istatistiklerden, özellikle, 2010 yılında bu birimin 20 252 bilgi aldığı, bunlardan 19 208'inin meslek erbaplarından gelen şüphe bildirimleri oldukları, bu bilgilerden sadece 5 132'sinin – yani % 25'inin – derinlemesine bir analize konu olduğu ve sonuç itibarıyla sadece 404 bilginin – yani kara para aklamayla ilgili bilgilerin sadece çeyreğinin – adalete intikal ettiği ortaya çıkmaktadır; diğer bilgiler istihbarat teşkilatları, vergi idaresi ve adli polis birimleri tarafından not şeklinde işlenmiştir. Başvurucu daha sonra da bu bilgilerin Maliye Bakanlığı'na bağlı idari bir birime gönderildiğini ve onun tarafından kaydedilip saklandığını ve ne amaçla kullanıldığının da bilinmediğini kaydetmektedir. Bu sayılar aynı zamanda sistemin etkisiz olduğunu da göstermektedir, çünkü 19 208 bildirim üzerinden sadece 404'ü adaletin eline ulaşmıştır; avukatların meslek sırrı, gerçekte kara para aklamayla mücadeleye bir faydası olmadan, kurban edilmektedir.

66. Başvurucuya göre müdahalenin orantısız olduğu, terörizm ve kara para aklanmayla mücadele temel haklar açısından daha az yıkıcı olan ve izlenen amaç bakımından daha çok etkili olan alternatif araçlarla yürütülebilir olduğundan, daha açıktır. Başvurucu 2001/97/CE numaralı direktifin 2. maddesinin, üye Devletler kara para aklamanın yasak olmasını « sağlar » derken Devletlere ilgili mesleklerden her birinin durumuna uygun ve orantılı bir dizi yönteme başvurma olanağı tanıdığını belirtmektedir. Başvurucu avukatlar kara para aklama faaliyetlerini yasaklayan ceza hükümlerine, katı yasal yükümlülüklerle ve mali denetim tedbirlerine tabiyken bildirim mecburiyetinin gerekli olduğuna hükmedilemeyeceği

kanaatindedir. Başvurucu Fransız ceza hukukunun kara para aklanmasını ağır bir şekilde cezalandırdığını ve bir avukatın bir müvekkili şüpheli mali bir işlem yapmaktan caydırmaktan geri kalması durumunda suç ortaklığı nedeniyle soruşturmaya uğrayabileceğini ve avukatlık mesleğinde nakit para kullanılmasının yasak olduğunu hatırlatmaktadır.

67. Dahası başvuru şüphe bildirim mecburiyetinin suçun önüne geçilmesi ve genç suçlulara yapılacak muamele konusunda 27 Ağustos ile 7 Eylül 1990 arasında Havana'da gerçekleştirilen Birleşmiş Milletler sekizinci Kongresi ile Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin avukatlık mesleğinin icrası özgürlüğü üzerine 25 Ekim 2000 tarihli (Rec(2000)21) Tavsiye Kararıyla ortaya konulan avukatların müvekkillerine karşı sadakat ödevleriyle de uyuşmadığını düşünmektedir. Avukatlık misyon ve fonksiyonuna tamamen yabancı olan bu yükümlülük avukat ile müvekkilleri arasındaki güven ilişkisini ortadan kaldıracaktır.

68. Son olarak başvuru Avrupa Birliği'nin bazı ülkeleri (İtalya, Estonya, Belçika, Hollanda ve İrlanda) ile İsviçre'nin pozitif hukukunun meslek sırrını Fransız hukukuna göre daha iyi koruduklarını ve Kanada ile Amerika Birleşik Devletleri'nde avukatların şüphe bildirim yükümlülüğüne benzer bir yükümlülüğe tabi olmadıklarını belirtmektedir.

b) Hükümet

69. Hükümet Sözleşme'nin 8. maddesinin avukatların meslek sırrını koruduğunu kabul etmektedir. Ancak Hükümet başvuru kişinin özel hayatı, konutu ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına kamu otoritelerinin bu maddenin ikinci paragrafı anlamında bir « müdahale »sinin söz konusu olmadığını, çünkü başvuru kişiyi onu şahsen ilgilendiren somut hiçbir olay ileri sürmediğini düşünmektedir.

70. Böyle bir müdahalenin olduğu varsayılsa bile Hükümet bu müdahalenin « yasayla gerektiği gibi öngörül »düğünü ileri sürmektedir: mali sistemin kara para aklanması için kullanılmasının önüne geçilmesine ilişkin 91/308/CE numaralı direktifi değiştiren 2001/97/CE numaralı direktifi iç hukuka aktaran 11 Şubat 2004 tarihli yasanın uygulanması sonucu alınan 26 Haziran 2004 tarihli kararnameyle kabul edilen Mali ve Vergi Kanunu'nun düzenleyici hükümlerinin uygulanması çerçevesinde Barolar Birliği tarafından alınan karar.

Dahası Hükümet iç hukukun hukuk güvenliği ilkesini ihlal etmeyecek kadar açık olduğu kanaatindedir. Özellikle « şüphe » bildirim kavramı muğlaklıktan yoksundur: şüphe müşteri veya işlemin yararlananının kimliği, paranın kaynağı, işlemin karmaşık ya da olağandışı niteliği ya da işlemin nihai amacıyla ilgili olabilir; Mali ve Vergi Kanunu'nun L. 561-15 maddesine göre nesnel ve açık olan bilgi ve bulguya bakıldığında eğer meslek erbabı paranın suça karışmış olduğunu kesin bir şekilde biliyorsa ya da işlemin özellikleri veya elinden kaçan ya da elde edemediği unsur ve delillerin yokluğu kara para aklama şüphesi ortaya çıkarıyorsa ve paranın

kaynağının şüpheli olduğunu düşündürecek makul gerekçeler oluşturuyorsa bu durumda bildirim yapılmalıdır. Ayrıca Hükümet Mali ve Vergi Kanunu'nun D. 561-32-1 maddesinin vergi alanında şüphe bildirim işlemi başlatmak için referans alınacak olan ve şüpheli bir işlemi niteleyen unsurları oluşturan kriterleri – hayali şirketler kullanılması gibi – belirlediğini belirtmektedir. « hukuki danışmanlık » kavramına gelince Hükümet, hiçbir avukatın bu kavramın anlamını bilmediğini ciddi bir şekilde söyleyemeyeceğini, bu kavramın hem doktrin ile içtihat hem de Barolar Birliği Genel Kurulu (18 Haziran 2011 tarihinde kabul edilen bir kararda bu kavramı « sorulan bir soru üzerine, muhtemelen bir karar alımı için, bir hukuk kuralının uygulanması üzerine bir tavsiye ya da görüş alma şeklinde gerçekleşen bireysel entelektüel bir hizmet sunma » olarak tanımlamaktadır) tarafından açıkça tanımlandığını belirtmektedir. Özellikle *Cantoni/Fransa* (15 Kasım 1996, *Kararlar Derlemesi* 1996-V) kararına gönderme yapan Hükümet, söz konusu normların öngörülebilirliğini değerlendirmek için, yönetmeliğin hukuk mesleği erbaplarına yönelik olduğunu dikkate almak gerektiğini de belirtmektedir.

71. Hükümet müdahalenin kara para aklama ve ilgili suçlarla mücadele edilmesini amaçladığını ve dolayısıyla 8. maddenin ikinci paragrafında sıralanan meşru amaçlardan birisi olan düzenin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi amacını izlediğini eklemektedir.

72. Hükümet ayrıca eşit koruma karinesinin uygulanacağını düşünmektedir.

73. Çünkü her şeyden önce Fransız yasa koyucusu, avukatları Avrupa Parlamentosu ve Konsey'in 2001/97/CE numaralı direktifi ile Konsey'in 91/108/CEE numaralı direktifinin uygulandığı faaliyetler çerçevesinde şüpheyi bildirme ve özen yükümlülüklerine tabi tutmakla, Avrupa Birliği hukukundan doğan yükümlülüklerle uymak dışında bir şey yapmamıştır; bununla ilgili olarak Fransız yasa koyucusu sadece « filtre » rolünün mesleğin kendi yönetim organlarına verilmesi gibi bazı uygulama yöntemleriyle sınırlı bir manevra kabiliyetine sahipti.

İkinci neden de bu olayda bu karinenin ters çevrilmesine izin verecek bir şey yoktur. Bununla ilgili olarak Hükümet *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi* kararının topluluk hukuku düzeninin temel haklara saygı göstermesine yönelik yaptığı açıklamaların halen güncel olduklarını ve Avrupa Birliği Antlaşması'nın 6 § 3 maddesinin Avrupa Birliği hukuk düzeninde Sözleşme'ye açıkça referans yaptığını belirtmektedir. Hükümet'e göre bu kararda Mahkeme hem maddi hem de usul güvenceleri konusunda topluluk hukukunun temel hakları koruma sistemine *in abstracto* « Sözleşme'ye uyum güvencesi » verdi. Hükümet meslek sırrının Avrupa Birliği hukuku tarafından özel olarak korunduğunu eklemekte ve bu konuyla ilgili olarak 18 Mayıs 1982 tarihli *AM & S Europe Limited/Komisyon* kararına göndermede bulunmaktadır. Hükümet bu kararda Adalet Divanı'nın « benzer şartlarda, müvekkilin savunma hakkı

için ve bu kapsamda yapılmış yazışmalar olması ve bağımsız avukatlar, yani iş bağıyla müvekkile bağlı olmayan avukatlar, tarafından yapılmış olması şartıyla avukatlar ile müvekkilleri arasındaki yazışmaların gizliliğinin korunması gerektiği yönünde (...) üye Devletlerin iç hukuklarında ortak kriterlerin olduğunu » tespit ettiğini eklemektedir. Hükümet ayrıca *Ordre des barreaux francophones et germanophone ve diğerleri/Bakanlar Konseyi* kararının hükümler kısmında kamu avukatı Miguel Poiares Maduro'nun değiştirilmiş 91/108/CEE numaralı direktifin, on yedinci gerekçesi ışığında yorumlandığında, Sözleşme'nin sadece 6. maddesi değil ama aynı zamanda 8. maddesi anlamında meslek sırrına saygı gösterdiğini ifade ettiğini belirtmektedir.

74. Hükümet, Mahkeme'nin müdahalenin gerekliliğini incelemeye karar verdiğini varsaysak bile, özellikle avukatların kara para aklamayla mücadeleye ilişkin yükümlülüklerine tabi tutulmaları ilkesi, hedef alınan faaliyetler listesi ve öngörülen istisnaların, FATF tavsiyelerinin yansımaları olan Avrupa Birliği hukukunun iç hukukta tam bir uygulanmasından ibaret olduklarını belirtmektedir. Hükümet yukarıda belirtilen *André ve diğerleri* kararında Mahkeme'nin kendisinin özellikle kara para aklamayla mücadeleye göndermede bulunmak suretiyle Sözleşme'nin avukatlara müvekkilleriyle olan ilişkilerinde, sıkı bir çerçeveye bağlanmış olmaları şartıyla, bir kısım yükümlülükler yüklenmesini yasaklamadığına hükmettiğini eklemektedir.

Öte yandan Hükümet bir taraftan özen ve işbirliği yükümlülüklerinin sadece belirlenmiş faaliyetleri ilgilendirdiğini ve Adalet Divanı'nın 26 Haziran 2007 tarihli kararında da tespit ettiği üzere bu faaliyetlerin genel kural olarak, niteliklerinden dolayı, adli bir prosedürle bağı olmayan bir kontekste kaldıklarını belirtmektedir. Öbür taraftan avukatlar adli bir prosedürle bir bağı olan bir faaliyet ya da « hukuki danışmanlık faaliyeti » yürüttüklerinde bu yükümlülüğe tabi değildirler. Bu istisnanın geçerli olmadığı tek durum avukatın kendisinin kara para aklama faaliyetinin bir parçası olduğu, yani hukuki danışmanlığın kara para aklama için sunulduğu veya avukatın müvekkilinin kara para aklama amacıyla hukuki danışmanlık talep ettiğini bildiği durumdur.

Fransız yasa koyucunun, değiştirilmiş 91/308/CEE numaralı direktifinin 6 § 3 maddesi tarafından sunulan, avukat ile otoriteler arasında « filtre » görevi görecektir mesleği düzenleyen organlarını belirleme ve bu rolü baro başkanlarına verme olanağını kullandığının altını çizen Hükümet, mekanizmanın donatıldığı « azami usul güvenceleri »ni de açıklığa kavuşturmuştur: şayet baro başkanı kara para aklama şüphesinin olmadığını düşünüyorsa bilgileri iletmez; aynı şekilde avukatın özen ve işbirliği yükümlülüklerinin kapsamı dışında kalan faaliyetler sonucunda elde ettiği bilgileri yanlışlıkla iletmesi gerektiğini düşündüğü ortaya çıkarsa baro başkanı bu bilgileri iletmez. Hükümet Avrupa Birliği'nin sadece az sayıda üye Devletinin (Çek Cumhuriyeti, İspanya, Danimarka ve Portekiz)

bu seçeneği seçtiklerini ve bu durumun Fransız hukukunu Avrupa Birliği içerisinde meslek sırrını en çok koruyan hukuklardan biri yaptığını kaydetmektedir.

Dahası Hükümet verilerin saklanmasıyla zamanla sınırlı olduğunu (bilginin adli bir prosedür konusu yapılmamış olması durumunda maksimum 10 sene), Tracfin tarafından toplanan bilgilerin gizli olduğunu, ifşa edilmelerinin yasayla sıkı bir çerçeveye bağlandığını ve bu çerçevenin her türlü dışına çıkma durumunun Ceza Kanunu'nun 226-13 maddesi tarafından cezalandırıldığını belirtmektedir.

Son olarak Hükümet her halükarda avukatların avukatlık mesleğinin ulusal iç yönetmeliğinin 1.5 maddesine göre avukatlık mesleğinin içinde olan ve kara para aklamaya karşı yönetmelikten önce de bulunan genel bir ihtiyat ödevine tabi olduklarını belirtmektedir.

2. Üçüncü müdahillerin görüşleri

a) Avrupa Baroları Konseyi (« CCBE »)

75. CCBE avukatların bağımsızlığı, meslek sırrına saygı ve vatandaşın özel hayatına saygı hakkını ihlal ettiğini düşündüğü kara para aklamayla mücadeleyle ilişkin direktifler ile üye Devletler tarafından bu direktiflerin uygulanması için kabul edilen düzenlemelerin avukatlık mesleğinin temel değerlerini ağır bir şekilde tehdit ettikleri kanısındadır.

CCBE avukatların faaliyetlerinin birbirinden ayrılmaz olduklarını ve – şüphenin bildirilmesi zorunluluğuna tabi olmayan – hukuki bilirkişilik ile diğerleri arasında yapılan ayırımın, avukatın meslek sırrıyla bağlı olduğunu düşündükleri için dolaylı olarak kendi kendilerini suçlama durumuna düşebilecek olan vatandaşlar için hukuki bir güvensizlik yarattığını belirtmektedir. Ona göre, kesin bir suç yerine bir « şüpheyi » bildirme yükümlülüğü eklendiğinde bu belirsizlik, Sözleşme'nin 8. maddesi tarafından korunan avukat müvekkil iletişiminin gizliliği ile müvekkillerin özel hayatlarına saygı hakkına aykırı bir hal alır. Avukat *de facto* bir « Devlet ajanı » haline gelir ve müvekkilleriyle çıkar çatışmasına girer. Oysaki Kanada ve Amerika Birleşik Devletleri'nde avukatların şüpheyi bildirme zorunluluğuna tabi olmamalarının gösterdiği üzere, böyle bir süreç kara para aklamayla mücadele için zorunlu değildir.

76. CCBE'ye göre ihtilaf konusu yönetmelik özel hayatın korunması konusundaki Avrupa standartlarına aykırıdır, çünkü bu yönetmelik gizlilik ilkesini, bildirim yükümlülüğünün uygulanmadığı « hukuki danışmanlık faaliyeti » kavramını tanımlamayı unutan « anlaşılmaz ve belirsiz hükümler »le sınırlandırmaktadır. Avukatları, barodan atılmaya kadar gidebilecek disiplin cezalarıyla, böyle bir rastlantıya maruz bırakan yönetmelik, öte yandan, mesleğin bağımsızlığını da ihlal etmektedir.

77. CCBE avukatların bağımsızlığını muhafaza etme ile meslek sırrına saygı ve avukatların müvekkilleriyle iletişimlerinin gizliliğini güvenceye

alma gereğine vurgu yapan, onun himayesinde hazırlanmış olan, « Avrupa avukatlarının deontoloji kanunu » ve « Avrupa avukatı temel ilkeleri şartı » ile yukarıda belirtilen « baronun rolüyle ilgili temel ilkeler »e atıf yapmaktadır.

CCBE sonra da Mahkeme içtihadının avukatın meslek sırrının temel niteliğini tanıdığını belirtmektedir. CCBE 18 Mayıs 1982 (155/79) tarihli *AM & S. Europe Limited/Avrupa Toplulukları Komisyonu* kararında Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın avukat ile müvekkili arasındaki haberleşmelerin gizliliği ilkesi ile, dolaylı bir şekilde, avukatın meslek sırrı ilkesini ortaya koyduğunu ve sonra da 14 Eylül 2010 (C-550/07 P.) tarihli *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals Ltd/Avrupa Komisyonu e.a.* kararında gizliliğin temelini avukatın bağımsızlığı ilkesinde bulduğunu belirttiğini eklemektedir. Ona göre Lüksemburg Mahkemesi'nin, özellikle de avukatlık mesleğinde bulunan meslek disipliniyle ilgili bir gerekçede ısrar etmek suretiyle, avukatlık mesleğinin bağımsızlığını ele alma şekli avukata bir şüphe bildirme zorunluluğu dayatan bir normun faydalı olduğunu göstermeyi zorlaştırmaktadır.

78. Son olarak CCBE, *M.S.S./Belçika ve Yunanistan* [BD] (n° 30696/09, CEDH 2011) kararının da gösterdiği üzere, Avrupa Birliği hukukunun Devletlere yürürlüğe koymayla ilgili olarak bir takdir payı bıraktığı durumlarda *Bosphorus* karinesinin ters yüz edilebileceğini hatırlatmaktadır. Bu olayda söz konusu olan direktifler için durum budur.

b) Brüksel Barosu Fransız Avukatlar Derneği

79. Derneğe göre avukatların meslek sırrı hiç şüphesiz Sözleşme'nin 6 ve 8. maddeleri tarafından güvenceye alınmıştır.

80. Dernek 8. maddenin avukatın bürosunu, evini, haberleşmesini, bilişim araçları ve telefon hattı ile müvekkilleriyle olan iletişiminin gizliliği ve meslek sırrını koruduğunu hatırlatmaktadır. Bu koruma – özel hayat mesleki faaliyetleri de içerdiğine göre – hem avukatın hem de müvekkillerinin özel hayatlarının korunmasına katılmakta olup müvekkiller temsilcileriyle olan iletişimlerinin gizliliğini adil yargılanma hakları adına daha rahat ileri sürebilirler. Bu son noktayla ilgili olarak avukatların hukukun üstünlüğüne bağlı demokratik bir toplumdaki temel rollerine açıklık getiren Dernek, avukatların meslek sırrının temelini aynı zamanda, kendilerine başvuran vatandaşlara onlara sırlarını, üçüncü kişilere ifşa edilme tehlikesi olmadan, açabileceklerinin garantisini verme gerekliliğinde bulunduğunu belirtmektedir.

Dernek ayrıca Mahkeme'nin tıbbi gizlilikle ilgili *M.S./İsveç* (27 Ağustos 1997, *Kararlar Derlemesi* 1997-IV) davasında sağlıkla ilgili bilgilerin gizliliğine saygının Sözleşme'nin bütün Taraflarının hukuk sistemlerinin temel bir ilkesini oluşturduğunu ve bu gizliliğin sadece hastaların özel hayatlarının korunması için değil ama aynı zamanda onların tıbbi personel ile genel olarak sağlık kurumlarına olan güvenlerinin muhafazası için de

esas olduğuna hükmettiğini hatırlatmaktadır. Dernek bu yaklaşımın *mutatis mutandis* avukat ve müvekkili arasındaki iletişim için de geçerli olduğu düşüncesindedir.

81. Dernek avukatların meslek sırrının aynı zamanda Avrupa Birliği pozitif hukuku tarafından da tanındığını düşünmektedir; bununla ilgili olarak yukarıda belirtilen *AM & S Europe Limited* kararına ve özellikle de Hükümet avukatının yukarıda belirtilen *Ordre des barreaux francophones et germanophone ve diğerleri* davasındaki sonuçlarına atıf yapmaktadır.

82. Dernek ayrıca Fransız Danıştay'ın yukarıda belirtilen 10 Nisan 2008 ve 23 Temmuz 2010 kararlarıyla aynı çizgide Belçika Anayasa Mahkemesi'nin de 23 Ocak 2008 tarihli bir kararında (n° 10/2008) avukatın meslek sırrının temel haklara saygı niteliğinde olan ve temelini Belçika Anayasasının 10, 11 ve 22. maddeleri ile Sözleşme'nin 6 ve 8. maddelerinde bulan genel bir ilke olduğuna hükmettiğini belirtmektedir.

83. Dernek daha sonra, 8. madde tarafından güvence altına alınan hakların kullanılmasına yönelik bir « müdahale »nin varlığı ve başvuruçunun mağdur sıfatı konusunda pozisyon almadan, yasanın uygulanmasına yönelik bireysel bir eylemin yokluğunda bile bir bireyin, soruşturma geçirme tehdidiyle davranışını değiştirmek zorunda bırakılmış ya da mevzuatın etkilerine doğrudan maruz kalma tehlikesi altında bulunan insanlar kategorisinin mensubu olması durumunda, bir yasanın haklarını ihlal ettiğini ileri sürebileceğini hatırlatmaktadır.

84. Eşit koruma karinesine gelince, bir Avrupa direktifinin iç hukuka aktarılması söz konusu olduğunda bu karine uygulanmaz. Bu tespit yukarıda geçen *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi* kararının 157. paragrafı tarafından doğrulanmıştır. Dernek aynı zamanda yukarıda geçen *Cantoni* davası ve *M.S.S.* kararına atıfta bulunmaktadır. *Cantoni* davasında bir direktifin Fransız hukukuna aktarılması söz konusu olmasına rağmen, Mahkeme ihtilafli tedbirleri şartsız bir denetime tabi tutmuştur.

85. Son olarak Dernek Mahkeme'nin dikkatini yukarıda geçen 23 Ocak 2008 tarihli karara çekmektedir. Bu kararda Belçika Anayasa Mahkemesi, kara para aklama ve terörizmin finansmanı ile mücadele genel yarar içeren meşru bir amaç olsa da, avukatın meslek sırrının sınırsız veya şartsız bir şekilde kaldırılmasını haklılaştıramayacağına, çünkü avukatların suçların araştırılmasıyla görevli otoritelerle karıştırılmayacaklarına hükmetmiştir. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, 2005/60/CE numaralı direktifin 2 § 1 3) b) hükmünde sayılan adalet önünde savunma ve destek sunma ve hukuki danışmanlık alanları dâhil avukatların, adli prosedür dışında da olsa, mesleklerinin temel faaliyetlerinin icrası sırasında öğrendikleri bilgilerin meslek sırrı tarafından korunduğuna ve otoritelerin bilgisine sunulamayacaklarına hükmetmiştir.

Ancak Dernek bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin meslek sırrının sınırsız olduğunu kabul etmediğinin altını çizmektedir. Gerçekte Anayasa Mahkemesi bu kararında, direktifin 20. maddesine dayanarak, bir müvekkili

yasadışı olduğunu bildiği kara para aklama veya terörizmin finansmanı işlemini gerçekleştirmekten ya da böyle bir işleme katılmaktan caydırma konusunda başarısız olan bir avukatın, bildirme yükümlülüğünün ona uygulandığı bir hipotez içerisinde bulunması durumunda, elinde bulunan bilgileri otoritelere iletmesi için baro başkanına bildirmekle mükellef olduğunu belirtmiştir. Böyle bir durumda avukat ile müvekkili arasında güven ilişkisinden bahsetme gereğinin kalmaması için avukat onu söz konusu müvekkile bağlayan ilişkiye son vermelidir.

c) Avrupa Avukatları İnsan Hakları Enstitüsü (« IDHAE »)

86. IDHAE Fransa’da meslek sırrının, gizli nitelikte bir bilginin durumu ya da mesleği ya da geçici bir misyon ya da fonksiyon gereği o bilgiye sahip olan bir kişi tarafından ifşa edilmesini yasaklayan ve bazı fonksiyon veya mesleklerin icrası için gerekli olan güvenin sağlanmasını hedefleyen, yasal bir yükümlülük olduğunu hatırlatmaktadır.

Meslek sırrının avukatın dosya ve faaliyetlerinin bütünü için kesin bir şekilde geçerli olduğunu belirten IDHAE, Barolar Birliğinin yukarıda belirtilen direktiflerin iç hukuka aktarılması bağlamında şu beyanda bulunduğunun altını çizmektedir : « suç ve terörizme karşı mücadele amacı meşru olsa da, avukatlar polisin muhbir veya yardımcısı olmayı ve yemin ve temel değerlerinin özünü inkâr etmeyi reddetmektedirler; kara para aklama karşıtı direktifler ve dolayısıyla bizim iç hukukumuz vatandaşların temel haklarını, avukatın bağımsızlığını, avukat ile müvekkili arasındaki iletişimin gizliliğini, meslek sırrını ve suçsuzluk karinesini tehdit etmektedir; bunlar müvekkil ile avukatı arasındaki vazgeçilmez güveni yok etmektedir; müvekkil ihbar edilmekten korktuğu için avukatına her şeyi söylemeyebilir; avukat iyi bilgilendirilmemiş olacak ve dolayısıyla müvekkiline gerektiği şekilde tavsiyede bulunamayacak ve onun çıkarlarını savunamayacaktır ».

87. IDHAE daha sonra, Mahkeme içtihadından, Sözleşme’nin 8. maddesinin avukatlar ile müvekkilleri arasındaki iletişimin gizliliği ve meslek sırrına saygı hakkının çıktığını ve Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın içtihadının da aynı yönde olduğunu hatırlatmaktadır.

88. IDHAE ayrıca 8. madde tarafından güvence altına alınan hakların kullanılmasına yapılan bir müdahalenin « gerekliliği »nin değerlendirilmesi için öncelikle « müdahalenin derecesinin önemi ile Etkileri »nin dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Bu konuyla ilgili olarak dört noktayı açıklığa kavuşturur. Birincisi müvekkillerin aynı zamanda susma hakları da söz konusudur, çünkü şüpheli bildirme yükümlülüğü avukatları müvekkilleri kendi kendilerini suçlamaya tahrik etmek zorunda bırakmaktadır. İkincisi ihtilaf konusu hükümler « şüphe » kavramını tanımlamadan bu kavrama dayandığından, « yasa » gerekli nitelik ve öngörülebilirliğe sahip değildir. Üçüncüsü – gazetecinin kaynaklarının gizliliği ve tıbbi verilerin gizliliğini kabul eden – Mahkeme içtihadında sırrın özel bir önemi var, bu tip yükümlülüklerle karşı avukatların meslek

sırrının korunması Kanada ve Amerika Birleşik Devletleri'nde doğrulanmış olup bazı Avrupa Birliği ülkeleri (İtalya, Estonya, Belçika, Hollanda ve İrlanda) ile İsviçre'nin pozitif hukuku da bu konuda daha koruyucudur. Dördüncüsü Mahkeme'nin *Casado Coca/İspanya* (24 Şubat 1994, seri A n° 285-A) kararında belirttiği üzere, avukat kamunun mahkemelerin icraatlarına güveninin sağlanması için anahtar bir rol oynamaktadır; dolayısıyla vatandaşın avukata yönelik güveninin güvenceye alınması esastır. Bu da avukatın kamu güçleri karşısında – avukatlar ile Tracfin arasında ihtilaf konusu hükümler tarafından kurulan bağın tehlikeye attığı – bağımsızlığı ile meslek sırrının korunmasını gerektirir.

Ayrıca müdahalenin izlenen amaç olan terörizm ve kara para aklamayla mücadeleyle orantılı olması gerekmektedir. Oysaki Mahkeme *Xavier Da Silveira/Fransa* (n° 43757/05, 21 Ocak 2010) davasında bir avukatın bürosuna gidilmesi ve orada arama yapılması için usulle ilgili özel güvencelerin olması gerektiğini belirtmişken, ihtilaf konusu hükümler bu tür tek bir güvence sunmamaktadır (baro başkanının şüphenin olmadığından kesin emin olduğu durumdaki rolü bir tavsiyeden öteye gitmemektedir). Dahası her halükarda Fransız avukatlar kara para aklamayla ilgili çok katı olan ceza hukukuna, önemli mesleki yükümlülük ve cezalara ve mali denetim tedbirlerine tabidirler. Ufak miktarlar dışında avukatların nakit parayla işlem yapmaları yasak olup banka aracılığıyla parasal hareketler zorunlu olarak avukatların parasal ödemeleri veznesi aracılığıyla yapılmaktadır.

89. Son olarak eşit koruma karinesiyle ilgili olarak IDHAE, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi* davasının, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin emredici bir kararından kaynaklanan yükümlülükleri uygulamaya koyan bir topluluk yönetmeliğinin savunmacı Devlet tarafından uygulanması zorunluluğuyla ilgili olduğunu hatırlatmaktadır. IDHAE bugün itibariyle Mahkeme'nin Avrupa Birliği lehine eşit bir koruma kabul ettiği durumların, yönetmeliklerin tersine Devletlere bir takdir payı bırakan, direktiflerin uygulamaya koyulmalarıyla ilgili olmadıklarını kaydetmektedir. IDHAE'ye göre kara para aklamayla ilgili direktiflerden bazılarının Sözleşme'ye atıf yapmış olmaları özsel koruma ve kuralların eşitliğinin tanınmasına götürebilse de, Avrupa Birliği düzeyinde bireysel bir başvuru hakkının olmadığı düşünüldüğünde, usulle ilgili eşit bir koruma açıkça söz konusu değildir. Ayrıca IDHAE Mahkeme'nin eşit korumayı, uluslararası ajan ve memurların ihtilaflarında ve tam olarak ta bunların gerekli bütün güvenceleri sunan adli bir organın önünde doğrudan ve bireysel bir başvuru hakkına sahip olmaları nedeniyle kabul ettiğini kaydetmektedir (şu kararlara gönderme yapmaktadır: *Boivin/Avrupa Konseyi'ne üye 34 Devlet* (kabuledilebilirlik üzerine karar), n° 73250/01, CEDH 2008, *Gasparini/İtalya ve Belçika* (kabuledilebilirlik üzerine karar), n° 10750/03, 12 Mayıs 2009 ve *Beygo/Avrupa Konseyi'ne üye 46 Devlet*, n° 36099/06, 16 Haziran 2009).

3. Mahkeme'nin değerlendirmesi

a) Sözleşme'nin 8. maddesi tarafından korunan hakkın uygulanmasına yönelik bir müdahalenin varlığı konusu

90. Sözleşme'nin « herkes »in « yazışmasına » saygı gösterilmesi hakkını tanıyan 8. maddesi « özel haberleşmeler »in gizliliğini korumaktadır (*Frérot/Fransa*, n° 70204/01, § 53, 12 Haziran 2007). Söz konusu yazışmanın içeriği (*Frérot*, yukarıda geçen, § 54) ve kullanılan formun ne olduğu önemli değildir. Dolayısıyla bireyin haberleşmek amacıyla başvurabileceği bütün iletişimlerin gizliliği 8. maddenin güvencesi altındadır.

91. Böylece bir kişiyle olan iletişimleri sayesinde bu kişiyle ilgili edindikleri bilgileri idari bir otoriteye sunmak zorunda bırakıldıklarına göre, avukatlara yüklenen şüpheli bildirme yükümlülüğü yazışmalarına saygı gösterilmesi haklarına bir müdahale oluşturmaktadır. Bu yükümlülük aynı zamanda onların « özel hayat »larına saygı haklarına bir müdahale oluşturur, çünkü bu kavram mesleki veya ticari faaliyetleri de içine alır (*Niemietz/Almanya*, 16 Aralık 1992, § 29, seri A n° 251-B).

92. Bu olayda şüphesiz başvuru ne somut olarak böyle şüpheleri bildirmesi gerektiği bir durumda bulunduğunu ne de bunu yapmadığı için ihtilafli yönetmelik gereği cezalandırıldığını iddia ediyor. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere kendisini bir ikileme 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, başvuru kişinin özel hayatının en mahrem kısmı değil müvekkilleriyle profesyonel iletişimine saygı gösterilmesi hakkı söz konusu olsa da, şüpheli bildirme yükümlülüğü 8. madde tarafından güvence altına alınan hakların avukat niteliğiyle başvuru tarafından kullanılmasına « sürekli bir müdahale » oluşturmaktadır (*mutatis mutandis* bakınız, yukarıda belirtilen, *Dudgeon*, § 41 ve *Norris*, § 38).

93. Böyle bir müdahale, « yasayla öngörölme »dikçe, 2. paragraftaki bir veya birden fazla meşru amacı izlemedikçe ve bu amaç ya da amaçlara ulaşmak için « demokratik bir toplumda gerekli » olmadıkça, 8. maddeyi ihlal eder.

b) Müdahalenin haklılığı konusu

i. Yasayla öngörölme

94. Mahkeme « yasayla öngörölme » terimlerinin her şeyden önce müdahalenin iç hukukta bir temelini olmasını gerektirdiğini hatırlatır (*Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 25 Mart 1983, §§ 56-88, seri A n° 61). Şüphesiz bu olayda bu böyledir: avukatlara yüklenen şüpheli bildirme

yükümlülüğü (özellikle de değiştirilmiş 10 Haziran 1991 direktifiyle ilgili 11 Şubat 2004 tarih ve 2004-130 sayılı Kanun tarafından) Fransız hukukuna aktarılmış olan Avrupa direktiflerinde öngörülmüş ve Para ve Finans Kanunu'nda da kanunlaştırılmıştır; bu direktiflerin uygulanma şartları, (hükümleri aynı zamanda kanunlaştırılmış olan) düzenleyici uygulama metinleri ve Barolar Birliği'nin yukarıda belirtilen 12 Temmuz 2007 tarihli kararı tarafından belirlenmiştir.

95. Ayrıca « yasa »nın yeteri kadar ulaşılabilir – ki bu olayda başvuru buna itiraz etmemektedir – ve açık olması gerekmektedir (a.g.e). Başvuru böylece söz konusu olan « yasa »nın açık olmadığını, çünkü « şüpheleri » bildirmeye zorladığını ancak bu kavramı tanımlamadığını ve yasanın uygulanacağı faaliyet alanlarının belirsiz olduğunu ileri sürmektedir.

96. Bu tez Mahkeme'yi ikna etmemektedir. Mahkeme sadece vatandaşa davranışını düzenleme olanağı tanıyacak kadar açık olan bir normu « yasa » olarak kabul edebileceğimizi hatırlatmaktadır; gerektiğinde aydınlatılmış tavsiyelerle donatılmak suretiyle, belli bir fiilden doğabilecek sonuçların, davanın şartlarında makul derecede öngörülebilmesi gerekmektedir (a.g.e). Bu böyle olmakla birlikte Mahkeme kanunların yazımında tam bir kesinliğe ulaşmanın imkânsız olduğunu ve kesinlik kaygısının aşırı bir katılığı ortaya çıkarması tehlikesi bulunduğunu kabul etmektedir. Çok sayıda yasa, kaçınılmaz olarak, yorumlanması ve uygulaması pratiğe bağlı olan, az çok muğlak formüller kullanmaktadır (a.g.e).

97. Mahkeme « şüphe » kavramının mantığa dayandığı ve avukatlar gibi bilgili bir kamunun bu kavramı anlamadığını ileri sürmesinin daha da zor olduğu ve Hükümet'in de belirttiği gibi, Para ve Finans Kanunu'nun belli bazı ipuçları sunduğu kanaatindedir. Öte yandan şüphe bildirimleri baro başkanları veya Danıştay ve Yargıtay'daki avukatların oda başkanlarına gönderildiğine göre, belli bir olayda bir « şüphe »nin varlığı konusunda tereddütte kalan her avukat bununla ilgili olarak bilgili ve deneyimli bir meslektaşının desteğinden yararlanabilir.

Şüphe bildirme yükümlülüğünün uygulandığı faaliyet alanının belirsiz olduğu iddiasıyla ilgili olarak Mahkeme, ihtilafli metinlerin (özellikle de Barolar Birliği'nin 12 Temmuz 2007 tarihli kararının 1. maddesine bakınız) bu yükümlülüğün avukatlara, faaliyetleri kapsamında müvekkileri adına ve hesabına mali veya gayrimenkulle ilgili bir işlem gerçekleştirdiklerinde veya müvekkillerine yardımcı olmak için (taşınmaz mal ve ticari fon alım satımı, müvekkile ait fon, tahvil veya başka aktiflerin yönetimi, banka, tasarruf veya tahvil hesaplarının açılması, şirketlerin kurulması için gerekli katkı paylarının sağlanması, şirketlerin oluşturulması, yönetim veya idaresi, yabancı hukuk vakıfları ve benzer yapılanmaların oluşturulması, yönetimi veya idaresiyle ilgili) bazı türden işlemlerin hazırlanması veya gerçekleştirilmesine katıldıklarında uygulanacağını belirttiklerini kaydeder. Bu metinlere göre avukatlar hukuki danışmanlık faaliyeti yürüttüklerinde ya da faaliyetleri yukarıda belirtilen altı faaliyetten bir veya diğeri

münasebetiyle adli bir prosedürle ilişkilendiğinde bu yükümlülüğe tabi olmazlar. Mahkeme bu metinlerin hukuk uzmanlarına yönelik olduklarından bu bilgilerin yeteri kadar açık oldukları ve Hükümet'in de belirttiği gibi « hukuki danışmanlık » kavramının özellikle de Barolar Konseyi tarafından tanımlandığı kanaatindedir.

98. Sonuç olarak ihtilafli müdahale Sözleşme'nin 8 § 2. maddesi anlamında « yasayla öngörül »mektedir.

ii. Meşru amaç

99. Mahkeme kara para aklama ve bununla ilişkili ceza suçlarıyla mücadeleyi amaçlayan ihtilafli müdahalenin 8. maddenin ikinci paragrafında sıralanan meşru amaçlardan birini izlediğinden şüphe etmemektedir: düzenin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi. Zaten bu konuda taraflar arasında ihtilaf yoktur.

100. Dahası Mahkeme Devletin Avrupa Birliği'ne üye olmasından kaynaklanan hukuki yükümlülüklerinin icrasının da genel yarar kapsamına girdiğini hatırlatır (*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi*, yukarıda geçen, §§ 150-151).

iii. Gereklilik

a) Eşit koruma karinesinin uygulanması

101. Hükümet avukatların tabi oldukları özen ve şüphe bildirimini yükümlülüklerinin, Avrupa direktiflerinin iç hukuka aktarılmasından kaynaklandığını ve Fransa'nın Avrupa Birliği'ne üye olmasından doğan hukuki zorunlulukları nedeniyle bunu yapmakla yükümlü olduğunu belirtmektedir. Yukarıda belirtilen *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi* kararına atıf yapan Hükümet, Fransa'nın Sözleşme icaplarına uyduğunun varsayılması gerektiği, çünkü Fransa'nın bu yükümlülükleri ifa etmek dışında bir şey yapmadığı ve Avrupa Birliği'nin temel haklara Sözleşme'nin sağladığı korumaya eşit bir koruma sağladığının ortaya çıktığı kanaatindedir.

Genel ilkeler

102. Mahkeme sözleşmecî Devletlerin Sözleşme bakımından her türlü sorumluluktan muaf tutulmalarının Sözleşme'nin konu ve amacına aykırı olacağını, çünkü egemenlik yetkilerinin bir kısmını aktardıkları uluslararası bir örgüte üye olmalarından kaynaklanan yükümlülüklerin icrasının söz konusu olduğunu hatırlatmaktadır. Yoksa Sözleşme tarafından öngörülen güvenceler keyfi olarak dışlanabilir ya da sınırlanabilir ve böylece zorlayıcı, somut ve etkili niteliklerinden yoksun kalabilirler. Başka bir şekilde söylemek gerekirse, Devletler uluslararası hukuki yükümlülüklerinin uygulanması için aldıkları tedbirlerden dolayı, bu yükümlülükler egemenlik

yetkilerinin bir kısmını naklettikleri uluslararası bir örgüte üye olmalarından kaynaklansa bile, Sözleşme bakımından sorumludurlar (*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi*, yukarıda geçen, § 154).

103. Ancak Mahkeme'nin böyle yükümlülüklerin yerine getirilmesi için alınan bir tedbirin, söz konusu örgütün temel haklara Sözleşme tarafından sağlanan korumayla en azından eşit – yani tam olarak aynı değil ama « benzer » – bir koruma (bu kavram hem maddi güvenceleri hem de bu güvencelere uyulup uyulmadığını denetleyecek mekanizmaları kapsar) sağladığı (böyle bir « eşit koruma » tespiti kesin değildir: temel hakların korunmasında meydana gelecek ilgili bütün değişiklikler ışığında yeniden incelenebilmelidir) konusunda bir kuşkunun bulunmaması durumunda, haklı olduğunun kabul edilmesi gerektiğine de hükmetmiştir. Örgütün bu gibi eşit bir koruma sağladığını düşünüyorsak, Devletlerin örgüte üye olmalarından kaynaklanan hukuki yükümlülüklerini yerine getirmekten başka bir şey yapmamaları durumunda Sözleşme icaplarına uyduklarını varsaymak yerinde olur.

Ancak Devletler onların uluslararası hukuki yükümlülükleri kapsamında tam olarak kalmayan bütün fiillerden ve özellikle de takdir yetkisini kullandıkları durumlarda, Sözleşme bakımından tamamen sorumlu kalmaya devam ederler (*M.S.S.*, yukarıda geçen, § 338). Öte yandan bu karine belli bir davada Sözleşme tarafından güvence altına alınan hakların korunmasında açık bir yetersizlik olduğu kanaatine varıldığında ters yüz edilebilir; böyle bir durumda, « Avrupa kamu düzeninin Anayasal enstrümanı » olarak Sözleşme'nin insan hakları alanındaki rolü uluslararası işbirliğine üstün gelecektir (*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi*, yukarıda geçen, §§ 152-158; özellikle yukarıda geçen *M.S.S.* kararına da (§§ 338-340) bakınız).

104. Bu eşit koruma karinesi özellikle de bir Taraf Devletin, egemenlik yetkisinin bir kısmını transfer ettiği ve Sözleşme'ye de taraf olmayan uluslararası bir örgüte üye olması nedeniyle kendisine yüklenen hukuki yükümlülükleri, bu üyelikten kaynaklanan eylem veya ihmallerini Sözleşme bakımından haklılaştırmak için, ileri sürmesi gerektiği durumlarda bir ikileme karşı karşıya kalmasını önlemeyi hedeflemektedir. Bu karine aynı zamanda Mahkeme'nin, uluslararası işbirliği yararı adına, Sözleşme'nin 19. maddesinin ona verdiği Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerle Taraf Devletlerin uyması denetiminin yoğunluğunu düşürebileceği durumları belirlemeyi de amaçlamaktadır. Bu amaçlardan Mahkeme'nin, ancak uyulmasını sağladığı hak ve güvencelerin onun yaptığı denetime benzer bir denetimden yararlanması durumunda, böyle bir yola başvurmaya hazır olduğu sonucu çıkmaktadır. Aksi takdirde Devlet fiillerinin Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülükleriyle uyumuna ilişkin her türlü uluslararası denetimden kaçacaktır.

Avrupa Birliği'nin temel haklar için sağladığı koruma

105. Temel hakların Avrupa Birliği tarafından korunmasıyla ilgili olarak Mahkeme, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi* kararında (yukarıda geçen, §§ 160-165) bu korumanın prensip olarak Sözleşme tarafından sağlanan korumayla eşit olduğuna hükmetmişti.

106. Mahkeme bu sonuca ulaşmak için ilk etapta Avrupa Birliği'nin maddi güvenceler konusunda eşit bir koruma sunduğunu tespit etmiş ve bu konuyla ilgili olarak, olayların olduğu dönemde, temel haklara saygının topluluk işlemleri için bir yasallık şartı olduğunu ve Adalet Divanı'nın değerlendirmesini yaparken Sözleşme maddeleri ile Mahkeme içtihadına çok geniş bir şekilde atıfta yaptığını kaydetmiştir (*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi*, § 159). Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'na antlaşmalarla aynı değeri veren ve Sözleşme'de güvence altına alınan temel haklar ile üye Devletlerin ortak Anayasal geleneklerinden çıkan temel hakların genel ilkeler olarak Birlik hukukunun bir parçası olduklarını belirten Avrupa Birliği Antlaşması'nın 6. maddesinin yürürlüğe giriş tarihi olan 1 Aralık 2009'dan beridir bu tespit daha da doğrudur.

107. Mahkeme daha sonra temel haklara saygıyı denetleme mekanizması bakımından da aynı tespitin geçerli olup olmadığı sorusuna eğilmiştir.

108. Mahkeme bununla ilgili olarak bireylerin Adalet Divanı'na sadece sınırlı bir erişimlerinin bulunduğunu kaydetmiştir: (başta Avrupa Topluluğu Kurucu Antlaşması'nın 169 ve 170. maddelerinde öngörülen) kusur başvuruları bireylere kapalıdır, onlara tanınan (ve başta yukarıda belirtilen Antlaşmanın 184. maddesinde öngörülen) yasadışılık istisnasını ileri sürme olanağı gibi, onlara tanınan (ve başta yukarıda belirtilen Antlaşmanın 173 ve 175. maddelerinde öngörülen) iptal başvurusu veya yetersizlik başvurusu hakkı da sınırlı olup bir bireye karşı başvuru yapma olanakları da yoktur (*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi*, §§ 161-162).

109. Ancak Mahkeme, bu hususta eşit bir koruma olduğu sonucuna varmak için, Adalet Divanı'na Avrupa Birliği enstitüleri veya bir üye Devlet tarafından yapılan başvuruların Avrupa Birliği normlarına uyulması konusunda bireylerin yararına önemli bir denetim oluşturduğunu ve bireylerin Adalet Divanı'na enstitülerin sözleşme dışı sorumluluklarına dayanan (ve başta yukarıda belirtilen Antlaşmanın 184. maddesinde öngörülen) bir giderim talebiyle başvurma olanağına sahip olduklarını kaydetmiştir (*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi*, § 163).

110. Dahası Mahkeme Avrupa Birliği sisteminin bireylere, esas olarak ulusal yargı mercileri aracılığıyla, bir üye Devletin veya bir bireyin Avrupa Birliği hukukunu ihlal ettiğini tespit ettirme olanağı sağlayan bir başvuru sunduğunu kaydetmiştir.

Mahkeme bununla ilgili olarak Avrupa Topluluğu Kurucu Antlaşması'nın bazı maddelerinin, özellikle de (ilk şekliyle) 189 (doğrudan

uygulanabilirlik kavramı) ve 177. maddelerinin (ön mesele prosedürü), topluluk denetim mekanizması kapsamında ulusal yargı mercileri için en baştan beri ek bir rol öngördüğünü ve onların topluluk hukuku ile temel haklar konusundaki güvencelerin uygulanmasındaki rollerinin topluluk hukukunun üstünlüğü, doğrudan etki, dolaylı etki ve Devletin sorumluluğu gibi kavramların Adalet Divanı tarafından geliştirilmesiyle genişlediğini not etmiştir.

Mahkeme, daha sonra, dolayısıyla temel haklar konusundaki güvenceler dâhil Avrupa Birliği hukukunun ulusal yargı mercileri tarafından uygulanmasıyla ilgili Adalet Divanı denetiminin (başta yukarıda belirtilen Antlaşmanın 177. maddesinde öngörülen) ön mesele prosedürü aracılığıyla yapıldığını ve bu prosedür kapsamında ulusal yargılama taraflarının görüş bildirme hakkına sahip olduklarını kaydetmiştir. Mahkeme bununla ilgili olarak, Adalet Divanı kendini ulusal yargı mercileri tarafından sunulan yorum ve geçerlilik sorusuna cevap vermekle sınırlandırsa da, cevabının çoğu zaman ulusal yargılamanın sonucu üzerinde belirleyici bir etkiye sahip olduğunu kaydetmiş ve *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi* (§ 164) davasında da bunun böyle olduğunu gözlemlemiştir.

111. Böylece bireylerin Sözleşme'nin 34. maddesinin sunduğu Mahkeme'ye erişime oranla Adalet Divanı'na erişimleri net bir şekilde daha kısıtlı olsa da Mahkeme, genel olarak ele alındığında Avrupa Birliği hukuku tarafından öngörülen denetim mekanizmasının Sözleşme'nin sunduğu korumaya benzer bir koruma sağladığını kabul etmektedir. İlk olarak çünkü bireyler üye Devletler ile Avrupa Birliği enstitülerinin Adalet Divanı'na yaptıkları başvurular aracılığıyla yapılan Avrupa Birliği normlarının denetiminden yararlanmaktadır. İkincisi çünkü bireyler üye bir Devletin topluluk hukukuna uymadığını ulusal yargı mercilerine başvurmak suretiyle tespit ettirme olanağına sahiptirler. Bu durumda Adalet Divanı'nın denetimi ulusal yargı mercilerinin yürürlüğe koyabilecekleri ön mesele prosedürü aracılığıyla gerçekleşmektedir.

Eşit koruma karinesinin bu olayda uygulanması konusu

112. İşbu başvuru *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi* davasından özellikle de iki nedenle ayrılmaktadır.

113. Öncelikle çünkü üye Devletlerde tüm yönleriyle doğrudan uygulanabilir olan bir yönetmeliğin söz konusu olduğu *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi* davasında İrlanda Avrupa Birliği'ne üye olmasından kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi konusunda hiçbir takdir payına sahip değildi.

Bu olayda ulaşılabilecek sonuçla ilgili olarak üye Devletleri bağlayan ama araç ve şekil seçimini onlara bırakan direktiflerin Fransa tarafından uygulanması söz konusuydu. Dolayısıyla Avrupa Birliği'ne üye olmasından kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesinde Fransa'nın eşit koruma

karinesinin uygulanmasını engelleyecek bir manevra kapasitesine sahip olup olmadığı sorusu yerinde bir sorudur.

114. İkinci neden özellikle de *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi* davasında Avrupa Birliği hukukunun öngördüğü denetim mekanizmasının olayda tam olarak işlemiş olmasıdır. Bu olayda İrlanda Yüksek Mahkemesi Adalet Divanı'na ön mesele başvurusu yapmış ve Divan da bu bağlamda başvuruçunun sonradan Mahkeme önüne getirdiği mülkiyet hakkının ihlali iddiası konusunda görüşünü açıklamıştı.

Tersine işbu olayda Danıştay, başvuruçunun avukatların bildirim yükümlülüklerinin Sözleşme'nin 8. maddesiyle uyumu sorusuyla Adalet Divanı'na başvurulması talebini atmıştı. Hâlbuki bu soru daha önce ne başka bir davadaki ön mesele sırasında ne de yukarıda belirtilen üye Devletler ile Avrupa Birliği enstitülerine açık başvurulardan biri münasebetiyle Adalet Divanı'nın incelemesine konu olmuştu. Mahkeme gerçekte yukarıda geçen *Ordre des barreaux francophones et germanophone ve diğerleri* kararında (yukarıda paragraf 27-29) Adalet Divanı'nın avukatların bildirim yükümlülüğünü sadece Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında adil yargılanma hakkının icapları bakımından uyumunu incelediğini gözlemlemektedir. Böyle yapmakla Adalet Divanı sadece avukatın müvekkili olan yargılamaya konu olabilecek kişinin haklarına göre görüş bildirmiştir. Oysaki Sözleşme'nin 8. maddesi açısından ele alındığında mesele farklıdır: bu durumda sadece avukatın müvekkilinin bu madde açısından hakları değil ama aynı zamanda, sırasıyla telefon dinlemeleri, müvekkil bir şirkete karşı açılan bir prosedür kapsamında bir avukatın bürosunda yapılan arama ve bilişim verilerine el konulmasıyla ilgili olan *Kopp/İsviçre* (25 Mart 1998, *Kararlar Derlemesi* 1998-II), *André*, yukarıda geçen ve *Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH/Avusturya* (n° 74336/01, CEDH/ECHR 2007-IV) kararlarında açıklandığı üzere, avukatın kendisinin de hakları söz konusu olacaktır.

115. Böylece Mahkeme, Adalet Divanı daha önce Sözleşme tarafından güvence altına alınan ve Mahkeme'ye yapılan başvuruya konu olan haklarla ilgili sorunu daha önce incelememiş olmasına rağmen, Danıştay'ın ön mesele yapmayı reddetmesinden dolayı, prensip olarak Sözleşme'nin denetim mekanizmasına eşit olan temel haklara uyulmasıyla ilgili uygun uluslararası denetim mekanizması var olan potansiyelinin hepsini kullanmadan Danıştay'ın bu davayı sonuçlandırıldığını kaydetmek durumundadır. Söz konusu çıkarların önemi ve bu tercih dikkate alındığında eşit koruma karinesi uygulanamaz.

116. Şu halde ihtilaflı müdahalenin Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında gerekliliği hususuyla ilgili bir karar vermek Mahkeme'ye düşer.

β) Mahkeme'nin değerlendirmesi

117. Bununla ilgili olarak Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesi altında avukatların mesleklerinin icrası kontekstinde geliştirilen şikâyetleri birçok seferler incelediğini hatırlatır. Mahkeme böylece bir avukatın ev veya bürosunda yapılan aramalar ile el koymaların (*Niemietz*, yukarıda geçen; *Roemen ve Schmit/Lüksemburg*, n° 51772/99, CEDH 2003-IV; *Sallinen ve diğerleri/Finlandiya*, n° 50882/99, 27 Eylül 2005; *André ve diğerleri*, yukarıda geçen; *Xavier Da Silveira*, yukarıda geçen), bir avukat ile müvekkili arasındaki yazışmaya el konulmasının (*Schönenberger ve Durmaz/İsviçre*, 20 Haziran 1988, seri A n° 137), bir avukatın telefonunun dinlenmesinin (*Kopp*, yukarıda geçen) ve avukatların bürosunda arama yapılması ile oradaki elektronik verilere el konulmasının (*Sallinen ve diğerleri* ve *Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH*, yukarıda geçen) bu maddeyle uyumu konusunda görüş belirtmiştir.

Mahkeme bu bağlamda 8. maddeye göre bir avukat ile müvekkili arasındaki haberleşmenin, nihai amacı ne olursa olsun (tamamen mesleki haberleşmeler dâhil: *Niemietz*, yukarıda geçen, § 32), gizlilik bakımından imtiyazlı bir statüye sahip olduğunu belirtmiştir (*Campbell/Birleşik Krallık*, 25 Mart 1992, §§ 46-48, seri A n° 233; ayrıca özellikle bakınız *Ekinci ve Akalın/Türkiye*, n° 77097/01, 30 Ocak 2007, § 47; daha öncede belirtildiği gibi bu avukatlar ile müvekkili arasındaki bütün iletişim şekilleri için geçerlidir). Mahkeme ayrıca « avukatların meslek sırrına müdahale riskine özel bir önem verdiğini, çünkü bunun Adaletin iyi işlemesi üzerinde etkileri olabileceğini » (*Wieser ve Bicos*, yukarıda geçen, §§ 65-66; aynı zamanda bakınız yukarıda geçen *Niemietz*, § 37 ve *André*, § 41) ve avukat ile müvekkili arasındaki güven ilişkisinin temelini olduğunu (*André*, yukarıda geçen, § 41 ve *Xavier da Silveira*, yukarıda geçen, § 36) belirtmiştir.

118. Bundan 8. madde bireyler arasında her türlü « haberleşme »nin gizliliğini koruyorsa da, avukatlar ile müvekkili arasındaki haberleşmeye güçlendirilmiş bir koruma sağladığı sonucu çıkmaktadır. Bu avukatlara demokratik bir toplumda temel bir misyon yüklenilmiş olmasıyla haklılaştırılır: vatandaşların savunulması. Oysaki bir avukat eğer savunmasını yüklediği kişilere haberleşmelerinin gizli kalacağını bile garanti edemiyorsa bu durumda bu temel misyonunu yerine getiremez. Onlar arasında bu misyonun yerine getirilmesi için zorunlu olan güven ilişkisi söz konusudur. Ayrıca hiçbir « sanığın » kendisinin suçlanmasına katkı sunmama hakkı başta olmak üzere yargılaya tabi kişinin adil yargılanma hakkı da dolaylı olarak ama ister istemez buna bağlıdır.

119. 8. maddenin avukatlar ile müvekkili arasındaki haberleşmeye sağladığı bu güçlendirilmiş koruma ve onun temelini oluşturan nedenler Mahkeme'yi, bu açıdan bakıldığında, avukatların – onlar için bir zorunluluk haline gelen – meslek sırrının bu madde tarafından özel olarak korunduğunu kaydetmesine götürmüştür.

120. Dolayısıyla Mahkeme'nin cevaplama gereken soru, Fransa'da uygulandığı şekliyle ve izlenen meşru amaç ışığında değerlendirildiğinde,

şüphe bildirme yükümlülüğünün avukatların bu meslek sırrına orantısız bir müdahale oluşturup oluşturmadığıdır.

Bununla ilgili olarak Mahkeme Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında gereklilik kavramının zorlayıcı sosyal bir ihtiyacın varlığını ve özellikle de müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olmasını gerektirdiğini hatırlatır (başkalarının yanında bakınız, *Campbell*, yukarıda geçen, § 44).

121. Mahkeme 23 Temmuz 2010 kararında (yukarıda paragraf 17) Danıştay'ın, Sözleşme'nin 8. maddesinin « meslek sırrı temel hakkı »nı koruduğunu açıkladıktan sonra, avukatların şüpheyi bildirme zorunluluğuna tabi tutulmalarının bu hakka aşırı bir müdahale teşkil etmediğine hükmettiğini kaydeder. Danıştay bu sonuca kara para aklamayla mücadeleden kaynaklanan genel yarar ve avukatların mesleki faaliyetleri sırasında öğrendikleri ya da elde ettikleri bilgiler ile hukuki danışmanlık çerçevesinde öğrendikleri ya da elde ettikleri bilgilerin (bu bilgilerle ilgili olarak hukuki danışmanlık verenin kara para aklama faaliyetlerinin bir parçası haline geldiği, hukuki danışmanlığın kara para aklanması için sunulduğu ve avukatın müvekkilinin kara para aklamak amacıyla hukuki danışmanlık almak istediğini bildiği durumlar saklı kalmak şartıyla) bu zorunluluğun uygulama alanı dışında kalmasının sunduğu güvenceyi göz önünde bulundurarak varmıştır.

122. Mahkeme bu muhakemenin üzerine söyleyecek bir söz bulamamaktadır.

123. Şüphesiz daha öncede belirtildiği gibi avukatların meslek sırrı hem avukat ve müvekkili hem de adaletin iyi işlemesi için büyük bir öneme sahiptir. Şüphesiz demokratik bir toplumda adalet örgütünün dayandığı temel ilkelerden birisi söz konusudur. Ancak meslek sırrı dokunulmaz değildir ve Mahkeme daha önce meslek sırrının özellikle avukatların ifade özgürlüğü hakkı karşısında ortadan kalkması gerekebileceğine hükmetme olanağı bulmuştur (*Mor/Fransa*, n° 28198/09, 15 Aralık 2011). Ayrıca meslek sırrının öneminin, yasadışı faaliyetlerden elde edilen ve özellikle uyuşturucu ticareti veya uluslararası terörizm alanındaki kriminal faaliyetlerin finanse edilmesine hizmet edebilecek paraların aklanmasıyla mücadelenin üye Devletler için teşkil ettiği önemle dengelenmesi uygun olur (*Grifhorst/Fransa*, n° 28336/02, § 93, 26 Şubat 2009). Bununla ilgili olarak Mahkeme başvuru konusunun söz konusu ettiği şüpheyi bildirme yükümlülüğünün temelini oluşturan Avrupa direktiflerinin, ortak amacı demokrasi için büyük bir tehlike oluşturan faaliyetlerin önlenmesi olan bir uluslararası enstrümanlar bütünü (özellikle yukarıda belirtilen FATF tavsiyeleri ile 16 Mayıs 2005 tarihli Suç Gelirlerinin Aklanması, Araştırılması, El Konulması, Müsaderesi ve Terörizmin Finansmanına İlişkin Avrupa Konsayı Sözleşmesi'ne (yukarıda paragraf 18-19) bakınız) bir parçasını oluşturduklarını gözlemlemektedir.

124. Mahkeme başvuru konusunun bir kara para aklama işinin içinde bulunan her avukatın her halükarda ceza soruşturmasına tabi tutulabileceğine ilişkin

argümanı karşısında duyarsız değildir. Ancak Mahkeme bunun bir Devlet ya da bir grup Devletin sahip olduğu bastırıcı hükümleri özel olarak önlemeye yönelik olan bir mekanizmayla donatma yönündeki tercihini geçersiz kılamayacağı kanaatindedir.

125. Mahkeme ayrıca Tracfin tarafından yayımlanan ve başvuruçunun atıfta bulunduğu ve özellikle de Tracfin tarafından 2010 yılında alınan 20 252 bilginin 19 208'inin meslek üyelerinden gelen şüphe bildirimleri oldukları ve sadece 5 132'sinin derinlikli bir analiz konusu yapıldığı ve sadece 404'ünün savcılığa gönderildiği ve bunlardan yüze yakınının kara para aklama veya terörizm finansmanı ile ilgili olduğunu belirttiği istatistikî verileri de not eder. Başvuruçunun bundan sistemin etkisiz olduğu ve dolayısıyla şikâyet konusu müdahalenin gereksiz olduğu sonucunu çıkarmaktadır. Ancak bu Mahkemeyi ikna etmemektedir. Mahkeme Tracfin'in 2010 faaliyet raporundan bu 19 208 şüphe bildiriminden hiçbirisinin bir avukattan gelmediği ortaya çıkarken bu rakamlardan nasıl bir sonuç çıkarılabileceğini açıkça görememektedir. Mahkeme tam tersine bu raporun bu sonuçların pozitif bir değerlendirmesini yaptığını kaydeder ve FATF'nin kara para aklama ve terörizm finansmanı ile mücadeleye yönelik Fransız mekanizmasının dünyadaki en başarılı mekanizmalardan biri olduğu kanaatine vardığını belirtir. Dahası Mahkeme başvuruçunun tezinin bu mekanizmanın sahip olabileceği caydırıcı etkisini gölgelemek anlamına geldiğini kaydeder.

126. Son olarak ihtilafli müdahalenin orantılılığının değerlendirilmesinde Mahkeme'nin gözünde iki unsur özellikle belirleyicidir.

127. Daha öncede belirtildiği ve Danıştay tarafından da kaydedildiği üzere öncelikle avukatlar sadece iki durumda şüpheyi bildirme yükümlülüğüne tabidirler. İlk olarak mesleki faaliyetleri çerçevesinde müvekkilleri adına ve onların hesabına mali veya gayrimenkul işlem gerçekleştirdiklerinde ya da yediemin sıfatıyla hareket ettiklerinde. İkinci olarak yine mesleki faaliyetleri çerçevesinde bazı belli işlemlerin (ticari fon ya da gayrimenkul alım satımı; müşteriye ait para, tahvil ve diğer aktifleri yönetmek; banka, tasarruf ya da tahvil hesabı açılması veya sigorta sözleşmesi düzenlenmesi; şirket kurulması için gereken katkının sağlanması; şirketlerin oluşturulması, yönetimi veya idaresi; vakıf ve benzer yapılanmaların oluşturulması, yönetimi veya idaresi; bağış fonlarının oluşturulması veya yönetimi) hazırlanması veya gerçekleştirilmesiyle ilgili olarak müvekkillerine yardım ettiklerinde. Dolayısıyla şüpheyi bildirme yükümlülüğü avukatlara verilen savunma görevinden uzak olan ve bu yükümlülüğe tabi olan diğer meslek üyelerinin faaliyetlerine benzeyen faaliyetleri ilgilendirmektedir.

Dahası Para ve Finans Kanunu söz konusu faaliyetin « adli bir prosedürle bağlantılı olması, bu kişilerin sahip oldukları bilgilerin bu prosedürden önce, prosedür sırasında veya prosedürden sonra veya böyle bir prosedürün

açılması ya da böyle bir prosedürün engellenmesi yoluyla ilgili bir danışmanlık kapsamında alınması ya da elde edilmesi durumunda veya kara para aklanması ya da terörizm finansmanı amacına yönelik olmadığı müddetçe ya da müşterinin kara para aklamak ya da terörizm finansmanı için danışmanlık talebinde bulunduğunu bilmediği müddetçe hukuki danışmanlık verilmesi durumunda » avukatların bu yükümlülüğe tabi olmayacaklarını açıkça belirtmektedir (Para ve Finans Kanunu'nun L. 561-3. maddesi; yukarıda paragraf 32).

128. Dolayısıyla şüphe bildirme yükümlülüğü, daha önce de belirtildiği gibi avukatların meslek sırrının temelini oluşturan, savunma görevinin özüne dokunmamaktadır.

129. İkinci unsur kanunun meslek sırrını koruyucu bir filtre yürürlüğe koymasındır: avukatlar bildirimleri doğrudan Tracfin'e göndermemekte ama duruma göre Danıştay ve Yargıtay'daki avukatların oda başkanları veya avukatın kayıtlı olduğu baronun başkanına göndermektedirler. Bu aşamada aynı deontoloji kurallarına tabi olan ve aynı zamanda meslektaşları tarafından bu kurallara uyulmasını sağlamakla görevlendirilen bir meslek üyesiyle paylaşılan meslek sırrının ihlal edilmediği düşünülebilir. Danıştay ve Yargıtay'daki avukatların oda başkanları veya baro başkanı neyin meslek sırrına girdiğini ve neyin girmediğini değerlendirdikten ve Para ve Finans Kanunu'nun L. 561-3. maddesindeki şartların yerine geldiğini kontrol ettikten sonra şüphe bildirimini Tracfin'e iletir (aynı Kanun'un L. 561-17. maddesi; yukarıda paragraf 38). Bununla ilgili olarak Hükümet bu başkanların, kara para aklama şüphesinin bulunmadığını düşündükleri ya da ilgili avukatın şüphe bildirimini yükümlülüğü alanından dışlanan faaliyetler münasebetiyle elde ettiği bilgileri gereksiz yere iletmediğinin ortaya çıkması durumunda, bu bildirimini iletmeyeceklerini belirtmektedir.

130. Mahkeme daha önce avukatların meslek sırrının muhafazası söz konusu olduğunda baro başkanının müdahalesinin oluşturduğu güvenceye açıklık getirme olanağı bulmuştu. Böylece Mahkeme *André ve diğerleri* kararında, Sözleşme'nin iç hukukun bir avukatın bürosunun aranması olasılığını öngörmesine, iç hukukta özel güvenceler yürürlüğe koyulduğu müddetçe, engel oluşturmadığını belirtmiştir. Daha geniş bir şekilde Mahkeme, sıkı bir çerçeveye bağlandığı müddetçe, özellikle de avukatın bir suça katıldığına ilişkin makul bulguların bulunması ve kara para aklamayla mücadele kapsamında, avukatlara müvekkilleriyle olan ilişkilerini ilgilendirebilecek bir kısım yükümlülükler yüklenilmesinin yasaklanmadığını belirtmiştir. Mahkeme bu başlık altında daha sonra konut ziyaretinin baro başkanı huzurunda gerçekleştiğini dikkate almış ve bunu « usulle ilgili özel bir güvence » olarak görmüştür (§§ 42-43). Mahkeme benzer bir şekilde yukarıda geçen *Roemen ve Schmit* kararında (§ 69) bu davada söz konusu olan bir avukatın bürosunda arama yapılmasının baro başkanının hazır bulunması dâhil « usulle ilgili özel güvenceler » eşliğinde gerçekleştiğini kaydetmiştir. Son olarak yukarıda geçen *Xavier da Silveira*

davasında (özellikle bakınız §§ 37 ve 43) Mahkeme özellikle, konutunda arama yapılan bir avukatın bu güvenceden yararlanmaması nedeniyle 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

131. Yukarıda belirtilenler dikkate alındığında Mahkeme, izlenen meşru amaç ve bu amacın demokratik bir toplumdaki özel önemi göz önünde bulundurulduğunda, Fransa'da yürürlüğe konulduğu kadarıyla şüpheli bildirme yükümlülüğünün avukatların meslek sırrına orantısız bir müdahale teşkil etmediğini düşünmektedir.

132. Şu halde Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmemiştir.

II. DİĞER İHLAL İDDİALARI

133. Başvurucu 12 Temmuz 2007 tarihli meslek yönetmeliğinin avukatlara yüklenen ve uyulmaması durumu için disiplin cezası öngörülen yükümlülükleri, « şüphe bildirimi » ve « özen » ödevi gibi genel ve belirsiz kavramlar kullanması nedeniyle, yeteri kadar açık tanımlamadığından şikâyet etmektedir. Burada hukuki güvenlik ilkesinin ihlalini gören başvurucu Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

Mahkeme 7. maddenin ceza hukukunun sanığın aleyhine geriye yürür bir şekilde uygulanmasını yasakladığını ve genel olarak ta suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ile « bir suçun yasayla açık bir şekilde belirlenmesi »ni (*Kokkinakis/Yunanistan*, 25 Mayıs 1993, seri § 52, A no 260-A) gerektiren ceza kanununun sanığın aleyhine geniş bir şekilde uygulanmaması ilkesini tanıdığını hatırlatmaktadır. Bu madde sadece Sözleşme anlamında bir « mahkûmiyet »le ya da bir « ceza » verilmesiyle sonuçlanmış olan « ceza » yargılamaları bağlamında uygulanır. Oysaki disiplin makamına gidilmesine sebep olacak 12 Temmuz 2007 tarihli meslek yönetmeliğine uyulmamasının Sözleşme anlamında « ceza » olarak nitelendirilebileceği varsayılsa bile Mahkeme, başvurunun böyle bir prosedüre konu edilmediğini kaydeder. Böylece her halükarda başvurucu şikâyet ettiği 7. madde ihlalinin mağduru olduğunu söyleyemez. Sonuç olarak başvurunun bu kısmı Sözleşme maddeleriyle kişi bakımından (*ratione personae*) bağdaşmaz olup Sözleşme'nin 35 §§ 3 (a) ve 4 maddesi gereği atılmalıdır.

134. Başvurucu Sözleşme'nin 6. maddesini ileri sürmek suretiyle avukatlara yüklenen müvekkillerinin muhtemel yasadışı faaliyetleriyle ilgili « şüpheleri »ni bildirme yükümlülüğünün müvekkillerin kendi kendilerini ihbar etmeme haklarına ve yararlanabilmeleri gereken suçsuzluk karinesine aykırı olmasından şikâyet etmektedir.

Mahkeme başvurunun böylece üçüncü bir kişinin haklarının ihlal edildiğinden şikâyet ettiğini kaydeder. Dolayısıyla başvurucu Sözleşme'nin 34. maddesi anlamında mağdur olduğunu ileri süremez. Sonuç olarak başvurunun bu kısmı Sözleşme maddeleriyle *ratione personae* bağdaşmaz olup Sözleşme'nin 35 §§ 3 (a) ve 4 maddesi gereği atılmalıdır.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME, OYBİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun Sözleşme'nin 8. maddesiyle ilgili şikâyet bakımından kabuledilebilir ve diğer şikâyetler bakımından kabuledilemez olduğuna;
2. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

İngilizce ve Fransızca olan bu karar, 6 Aralık 2012 tarihinde Strazburg'taki İnsan Hakları Binasında açık duruşmada okunmuştur.

Claudia Westerdiek
Yazı İşleri Müdürü

Dean Spielmann
Başkan

© Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2013.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin resmi dilleri Fransızca ve İngilizce'dir. Bu çeviri, Avrupa Konseyi'nin insan haklarına destek Fonu'nun desteğiyle hazırlanmıştır (www.coe.int/humanrightstrustfund). Mahkeme'yi bağlamamaktadır ve Mahkeme, kalitesi konusunda herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının veritabanı olan HUDOC üzerinden (<http://hudoc.echr.coe.int>) veya HUDOC'un bildirdiği başka veritabanları üzerinden yüklenebilir. Davanın isminin tamamen yazılması, yukarıdaki telif hakkıyla ilgili ifadelerin kullanılması ve insan haklarına destek Fonu'na referans yapılması şartıyla ticari olmayan amaçlarla kullanılabilir. Bu çevirinin tamamını veya bir kısmını ticari amaçlarla kullanmak isteyen herkesin, bu durumu belirtilen adrese bildirmesi rica olunur: publishing@echr.coe.int.

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2013.

The official languages of the European Court of Human Rights are English and French. This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). It does not bind the Court, nor does the Court take any responsibility for the quality thereof. It may be downloaded from the HUDOC case-law database of the European Court of Human Rights (<http://hudoc.echr.coe.int>) or from any other database with which the Court has shared it. It may be reproduced for non-commercial purposes on condition that the full title of the case is cited, together with the above copyright indication and reference to the Human Rights Trust Fund. If it is intended to use any part of this translation for commercial purposes, please contact publishing@echr.coe.int.

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2013.

Les langues officielles de la Cour européenne des droits de l'homme sont le français et l'anglais. La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). Elle ne lie pas la Cour, et celle-ci décline toute responsabilité quant à sa qualité. Elle peut être téléchargée à partir de HUDOC, la base de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (<http://hudoc.echr.coe.int>), ou toute autre base de données à laquelle HUDOC l'a communiquée. Elle peut être reproduite à des fins non commerciales, sous réserve que le titre de l'affaire soit cité en entier et s'accompagne de l'indication de copyright ci-dessus.

ainsi que de la référence au Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme. Toute personne souhaitant se servir de tout ou partie de la présente traduction à des fins commerciales est invitée à le signaler à l'adresse suivante: publishing@echr.coe.int.