



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

İngilizce Orijinalinden Çeviren:
Serkan Cengiz / avukat¹

Translated by Serkan Cengiz / Advocate, www.serkancengiz.av.tr. All rights reserved. No part of this translation may be reproduced without the prior permission in writing of the translator

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

WIESER VE BICOS BETEILIGUNGEN GMBH / AVUSTURYA²

(Başvuru No: 74336/01)

KARAR

STRASBOURG

16 Ekim 2007

KESİNLEŞMİŞTİR

16/01/2008

Bu karar Sözleşme'nin 44 § 2. maddesindeki şartlar gerçekleştiğinde kesinleşecektir. Karar düzeltilebilir.

¹Avukat, İzmir Barosu üyesi, www.serkancengiz.av.tr

² TBB Nisan – Mayıs 2009 sayısında yayınlanmıştır

Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH / Avusturya davasında

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Dördüncü Bölüm);

Nicolas BRATZA, *Başkan,*

J. CASADEVALL,

G. BONELLO,

E. STEİNER,

S. PAVLOVSKI,

L. GARLICKI,

L. MIJOVIĆ, *yargıçlar,*

ve T.L. EARLY, *Bölüm Yazı İşleri Müdürü,* 25 Eylül 2007 tarihinde toplanmış ve aynı tarihte aşağıdaki kararı almıştır:

USUL

1. İşbu dava İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesinin (“Sözleşme”) 34.maddesi uyarınca Avusturya Cumhuriyeti’ne karşı, Avusturya vatandaşı olan bay Gottfried ve yönetim yeri Salzburg’da bulunan Bicos Beteiligungen GmbH sınırlı sorumlu (limited) şirketinin (“başvurucular”) 3 Ağustos 2001 Mahkemeye yaptığı başvurudan (no.74336/01) kaynaklanmıştır.

2. Başvurucular, Salzburg’da avukatlık yapan bayan P. Patzelt tarafından temsil edilmişlerdir. Avusturya Hükümeti (Hükümet), ajanları ve aynı zamanda Federal Dışişleri Bakanlığı Uluslararası Hukuk Bölümü Başkanı ve aynı zamanda büyükelçi olan bay F. Trauttmansdorff tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurucular kendilerine ait işyerinde yapılan arama kapsamında elektronik bilgilerinin aranması ve bu bilgilere el konulmasının Sözleşmenin 8.maddesi tarafından korunan haklarını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir.

4. Mahkeme 16 Mayıs 2006 tarihli kararıyla başvurunun kabuledilebilir olduğuna karar vermiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN ŞARTLARI

5. Birinci başvuru 1949 doğumlu olup, Salzburg'da avukatlık yapmaktadır. Birinci başvuru ayrıca ikinci başvurunun (şirket) sahibi ve genel müdürüdür. İkinci başvuru, diğer şirketlerin yanı sıra, Novamed Limited Şirketinin tek sahibidir.

6. 30 Ağustos 2000 tarihinde Salzburg Bölge Mahkemesi (*Landesgericht*) Naples Cumhuriyet Savcısının hukuki yardım talebi üzerine başvuru şirket ve Novamed'in merkezinin aranabilmesi için bir arama kararı vermiştir. Her iki şirketin merkezi, aynı zamanda ilk başvurunun hukuk bürosudur.

7. Ulusal mahkeme, *diğerlerinin yanı sıra*, yasa dışı ilaç ticareti yaptıkları iddiasıyla İtalya'da bulunan çok sayıda kişi ve şirkete dair yürütülen ceza yargılaması sırasında %100'ü başvuru şirkete ait olan Novamed isimli şirkete yönelik kesilmiş faturaların bulunmuş olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme bu nedenle, söz konusu bu şüpheli kişi ve şirketlerle bir ilişki olduğunu gösterir tüm ticari dokümanlara el konulması talimatı vermiştir.

A. Başvuruculara ait yerlerde yapılan arama ve belgelere ve bilgi depolama ünitelerine el konulması

8.10 Ekim 2000, tarihinde başvuru şirketin merkezinde, ki burası aynı zamanda ilk başvurunun hukuk bürosudur, Salzburg Mali Polisine (*Wirtschaftspolizei*) bağlı polisler ve Federal İçişleri Bakanlığına bağlı veri toplama uzmanlarından (*Datensicherungsexperten*) oluşan toplam 8-10 yetkili tarafından yürütülen bir arama gerçekleştirilmiştir.

9. Bir grup görevli, birinci başvurunun ve Salzburg Baro temsilcisinin huzurunda Novamed veya Bicos'a ilişkin dosyaları hukuk bürosunda incelemişlerdir. El konulan tüm belgeler, el konulmadan önce birinci başvurucuya ve Baro temsilcisine gösterilmiştir.

10. İlk başvuru tarafından her bir belgenin arama mahallindeki ilk incelemesine itiraz edildiğinde, Ceza Muhakemesi Yasasının 145.maddesi uyarınca, belge mühürlenerek Salzburg Bölge Mahkemesine teslim edilmiştir. Tüm el konulan ve mühürlenelen belgeler arama tutanağına

geçirilmiş, tutanak başvuru ve aramayı gerçekleştiren görevliler tarafından imzalanmıştır.

11. Başka bir görevli grubu eş zamanlı olarak bilgisayarları incelemiş ve çok sayıda dosyayı disklere kopyalamıştır. Başvurucunun Bağımsız İdari Panel önünde verdiği ifadeye göre, normal koşullarda bilgisayar servisi veren bir bilgi teknoloji uzmanı teknik yardım için çağırılmış, bu kişi yarım saat sonra arama yerinden ayrılmıştır. Baro temsilcisi bilgisayar ekipmanları üzerindeki inceleme hususunda bilgilendirilmiştir. Temsilci geçici süreyle inceleme sırasında huzurda bulunmuştur. Görevliler bilgisayarı ve ekipmanlarının incelenmesini bitirdikten sonra, bir arama tutanağı düzenlemeksizin ve aramanın sonucu hakkında ilk başvurucuyu bilgilendirmeksizin olay yerinden ayrılmışlardır.

12. Aynı gün sonraki saatlerde başvurucunun elektronik verilerinde aramayı yürüten polis memurları bir veri temin tutanağı (*Daten-sicherungsbericht*) düzenlemiştir. Tutanakta, ilk başvurucunun bilgisayarlarının teknik ayrıntılarının yanı sıra bilgisayar sunucusunun (server) tamamının kopyalanmadığı ifade edilmiştir. Arama, olaya adı karışan şirketlerin ve İtalya'daki davada adı geçen şüphelilerin isimlerini taşıyan dosyalar açısından yürütülmüştür. Novamed adını taşıyan ve içinde 90 adet dosya içeren bir dosyanın yanı sıra aranan materyallerinden birini ihtiva eden bir dosya bulunmuştur. Tüm bilgiler disklere kopyalanmıştır. Ek olarak, silinen veriler geri getirilmiş ve aranan materyallere karşılık gelen pek çok belge bulunarak disklere kopyalanmıştır.

13.13 Ekim 2000 tarihinde, soruşturma yargıcı ilk başvurucunun huzurunda mühürlü olan belgeleri açmıştır. Bazı belgelerin fotokopisi çekilerek dosyaya eklenmiştir. Bazıları ise kullanımlarının başvurucunun mesleki sır saklama yükümlülüğünü ihlal edeceği gerekçesiyle ilk başvurucuya iade edilmiştir.

14. Bilgilerin kopyalandığı diskler mali polise gönderilmiş ve burada disklerin çözümleri yapılmıştır. Sonrasında hem diskler hem de çözümleri soruşturma yargıcına teslim edilmiştir.

B. Başvurucunun İtiraz Dairesine Sunduğu Yakınma

15. 28 Kasım 2000 tarihinde ilk başvuru, ve 11 Aralık 2000 tarihinde başvuru şirket Salzburg Bölge Mahkemesinin Teftiş Dairesine (*Ratskammer*) şikayet dilekçelerini sunmuşlardır.

16. Başvurucular, aynı zamanda avukat olan ilk başvurucunun, başvuru şirketin sahibi ve genel müdürü olduğunu, bu şirketin ise pek çok başka

şirketin hissesini elinde bulundurduğunu belirtmişlerdir. Başvurucular kendilerine ait işyerlerinde yapılan aramanın ve elektronik verilere el konulmasının, ilgili polislerin söz konusu incelemeyi herhangi bir gözetim olmaksızın yapmaları ve sonrasında bu bilgileri disklere kopyalamaları nedeniyle, Ceza Muhakemesi Yasasının 152.maddesiyle bağlantılı olarak Avukatlık Yasasının 9.maddesinde düzenlenen ilk başvurunun haklarını ve mesleki sır saklama yükümlülüğünü ihlal ettiği yakınmasında bulunmuşlardır. Başvurucular elektronik bilgilerin, ilk başvurunun huzurunda incelenen belgelerdeki aynı bilgileri ihtiva ettiğini belirtmişlerdir. Hal böyle olmakla birlikte, elektronik veriler açısından, ilk başvurucuya itiraz etmesi ve diskleri mühürletebilmesi için herhangi bir fırsat verilmemiştir.

17. Başvurucular ayrıca, arama tutanağında ne aramanın bu kısmından ne de hangi elektronik verilerin kopyalandığı ve hangi bilgilere el konulduğundan bahsedilmediğini belirtmektedir. Ayrıca, arama tutanağının sadece 3 polis memuru tarafından imzalanmış olmasına karşın, tutanak arama sırasında huzurda bulunan tüm polis memurlarının isimlerini ihtiva etmemektedir. Dahası özellikle de Federal İçişleri Bakanlığı bilgi muhafaza uzmanlarının isimleri tutanağa geçirilmemiştir.

18.31 Ocak 2001 tarihinde Teftiş Dairesi başvurucuların şikayetlerini reddetmiştir.

19. Daire, ilk başvurunun bilgisayarında bulunan bilgilerin konuyla ilgili arama kriterlerine göre arandığını gözlemlemiştir. Bu arama kriterlerine uyan dosyalar disklere kopyalanmıştır.

20. Hal böyle olmakla birlikte işbu el koymanın Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 152.maddesinin etrafından dolanarak yapıldığına hükmetmek için herhangi bir gerekçe mevcut değildir: İlk başvurunun hukuk bürosunun aranması özellikle de başvurunun Novamed ve Bicos'un bir organı olarak uhdesinde bulundurduğu belgelerle alakalıdır ve dolayısıyla da bir avukat müvekkil ilişkisini ihtiva etmemektedir.

21. Teftiş Dairesi ayrıca ilk başvurunun hukuk bürosunun aranması işleminin elektronik bilgilerin aranması ve el konulmasını da ihtiva eden yasal bir arama kararına dayandığını gözlemlemiştir. Ceza Muhakemesi Yasasının 145.maddesinin ihtiva ettiği usulü güvenceler, ilgili kişinin derhal yapılacak bir incelemeye itiraz ve el konulan bilginin Bölge Mahkemesine teslim edilmesini talep etme hakkı ve son olarak Teftiş Dairesinin karar vermesini talep etme hakkı, elektronik bilginin aranması açısından da uygulanmıştır.

22. Buna karşın görülmekte olan dava da görevliler, her seferinde, birinci başvurunun bazı belgelerin mühürlenmesi ve Bölge Mahkemesine teslim edilmesi taleplerini kabul etmişlerdir. Bu belgelerden bazıları, başvurunun mesleki sır saklama yükümlülüğüne uygun davranmasının sağlanması amacıyla mahkeme tarafından iade edilmiştir.

23. Teftiş Dairesi bu nedenle başvurucların yakınmalarının temelsiz olduğu sonucuna varmıştır. Teftiş Dairesi'nin bu kararı 7 Şubat 2001 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

C. Başvurucuların Salzburg Bağımsız İdari Paneline Yaptıkları Şikayet

24. Bu arada başvuruclar sırasıyla 20 Kasım ve 21 Kasım 2000 tarihlerinde Salzburg Bağımsız İdari Heyetine (*Unabhängiger Verwaltungssenat*) şikayette bulunmuşlardır. Başvurucular, ilk başvurunun hukuk bürosunda yürütülen arama ve elektronik ortamdaki bilgilere el konulmasının hukuka aykırı olduğunu iddia etmişlerdir.

25. 2 Nisan, 11 Haziran ve 11 Temmuz 2001 tarihlerinde Bağımsız İdari Paneli çok sayıda tanığın ifadesine başvurulduğu duruşmalar yapmıştır.

İlk başvurunun bilgisayarından sorumlu olan BT (Bilgi Teknolojisi) uzmanı kendisinin olay yerinde arama devam ederken çağrıldığını ve vardığında aramanın devam ettiğini ifade etmiştir. Uzman yarım saat sonra arama yapılan yerden ayrılmıştır. Aramadan sorumlu olan görevli, ilk başvurunun bilgisayarının arandığı hususunda bilgilendirildiğini ifade etmiştir. Diğer iki görevli, BT uzmanı gelinceye kadar ilk başvurunun bilgisayarında herhangi bir arama faaliyetinin başlatılmadığını, Baro temsilcisinin de geçici süreyle huzurda bulunduğunu ifade etmişlerdir. Bu husus baro temsilcisi tarafından da doğrulanmıştır.

26. 24 Ekim 2001, tarihinde Salzburg Bağımsız İdari Paneli başvurucların şikayetlerini reddetmiştir. Panel şikayetlerin aramayı düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunun bazı maddelerini ilgilendirdiğini tespit etmiştir. Aramayı gerçekleştiren polisler muhtemelen bu hükümlere tam riayet etmemişlerdir. Buna karşın polisler, dayanak arama kararına göre hareket etmişler ve soruşturma yargıcı tarafından verilen talimatları aşmamışlardır. Bu nedenle arama mahkemeye atfedilebilir bir aramadır. Sonuç olarak aramanın hukukiliğinin denetlenmesi Bağımsız İdari Panel'in görev alanına girmez.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

A. Arama ve El Koymaya İlişkin Ceza Muhakemesi Yasası Hükümleri

27. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139-149 uncu maddeleri kişilerin ve mahallerin aranmasını ve nesnelere el konulmasıyla ilgili hükümler ihtiva eder.

28. Özellikle madde 139/1 aramanın sadece bir suç işlendiğinden şüphe edilen bir kimsenin bir yerde saklandığından makul bir şekilde şüphe duyulması koşuluyla veya bir mahalde bazı nesneler bulundurulması veya bu nesnelerin incelenmesinin belirli bir ceza soruşturmasıyla ilgili olması halinde bir arama faaliyeti yürütülebileceğini hüküm altına alır.

29. Madde 140/1 ve 2 uyarınca arama genel olarak ilgili kişinin sorgulanmasından sonra gerçekleştirilmelidir. Sadece aranılan kişinin kendi iradesiyle ortaya çıkmaması durumunda veya aranılan nesne veya nesnelerin gönüllü olarak teslim edilmemesi ve aramaya mahal veren nedenlerin ortadan kaldırılamamış olması halinde arama yapılabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yukarıda bahsedilen önceden ifadesine başvurulma şartı aranmaz.

30. Madde 140/3 bir aramanın, bir kural olarak, sadece bir yargıç tarafından verilen gerekçeli arama kararı ile mümkün olabileceğini hüküm altına alır.

31. Madde 142/2 ve 3 uyarınca aramaya tabi tutulan yerlerin sakinlerinin bulunmaması durumunda, söz konusu sakinin bir akrabası arama sırasında huzurda bulunacaktır. Aramaya ilişkin bir tutanak tanzim edilecek ve huzurda bulunanlar tarafından imzalanacaktır.

32. Ceza Muhakemesi Yasası m.143/1, soruşturmaya veya el koymaya veya müsadereye tabi tutulması gereken nesnelerin bulunması halinde bunların listeleneceğini ve muhafazası veya el konulması için mahkemeye getirileceğini hüküm altına alır. Yasa maddesi bu bağlamda madde 98'e göndermede bulunur. 98. madde hükmüne göre muhafaza altına alınacak olan nesneler bir zarf içine konularak mühürlenir veya yedekleme ve karmaşıklığın önlenmesi amacıyla etiketlenir.

33. Madde 145 hükmü şöyledir:

“1. Belgeler incelenmesi sırasında, belgelerin ihtiva ettiği bilgilerin yetkili olmayan kişilerce öğrenilmemesini temin edecek adımların atılması zorunludur.

2. Belgelerin sahibi, belgelerin incelenmesine izin vermeyi istemediği takdirde, söz konusu belgeler mühürlenerek mahkemeye teslim edilir; Teftiş Dairesi söz konusu bu belgelerin incelenip incelenmeyeceğine veya iade edilip edilmeyeceğine derhal karar vermek zorundadır.”

34. Mahkemenin (ulusal) içtihatlarına göre -ki bu içtihatlar akademisyenlerin görüşleriyle de doğrulanmıştır- (bkz Bertl/Vernier, *Grundriss des österreichischen Strafprozessrechts*, 7. Baskı), yazılı belgelerin incelenmesi ve bu tür belgelere el konulmasına ilişkin kurallar, *mutatis mutandis* / *kıyasen*, elektronik verilerin incelenmesi ve bu tür verilere el konulmasında da uygulanacaktır. Bilgisayar disklerinin veya bilginin depolandığı hard diskin sahibinin incelemeye itiraz etmesi halinde, bilgi taşıyıcıları mühürlenecektir. Bu durumda Teftiş Dairesi bu verilerin incelenip incelenmeyeceğine karar vermek zorundadır.

B. Avukatların mesleki sır saklama yükümlülüğüyle ilgili hükümler

35. Avusturya Avukatlık Yasası'nın 9.Bölümü, mesleki sır saklama yükümlülüğü de dahil olmak üzere avukatların mesleki yükümlülüklerini düzenlemektedir.

36. Ceza Muhakemesi Yasası 152/1. maddesi avukatları, noterleri ve kayyumları mesleklerinin icrası sırasında kendilerine verilen bilgiler açısından tanık olarak ifade verme yükümlülüğünden bağışık tutar.

37. Mesleki sır saklama yükümlülüğüne tabi bilgiler ihtiva eden belgelere el konulamayacağı ve bunların bir ceza yargılamasında kullanılamayacağı yerleşmiş bir yargısal içtihatır.

38. 21 Temmuz 1972 tarihli Federal Adalet Bakanlığının talimatına (*Erlaß*) göre, aramanın mesleki sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesinin önlenmesi amacıyla bir avukatın bürosunun aranması sırasında bir baro temsilcisi huzurda bulunmalıdır.

C. Bağımsız İdari Panel Tarafından Yapılan İnceleme

39. Genel İdari Yargılama Usulü Yasası'nın (*Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz*) 67a(1) bölümü uyarınca Bağımsız İdari Panel'ler, *diğerlerinin yanı sıra*, bir idari yetkinin doğrudan uygulanmasından veya idari bir baskı sonucunda haklarının ihlal edildiğini

iddia eden yakınmaları ele almakla görevlidir (*Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt*).

40. Bir mahkemenin arama kararını icra eden polislerin eylemleri, polislerin kendilerine verilen yetkiyi açık bir şekilde aşmadıkları sürece, adı geçen mahkemeye atfedilebilirdir. Polislerin kendilerine verilen yetkiyi açık bir şekilde aşmaları halinde söz konusu eylemler idari yetkinin veya baskının doğrudan kullanımı olarak telakki edilir ve Bağımsız İdari panelin denetimine tabi tutulur.

HUKUK

I. İDDİA EDİLEN SÖZLEŞME MADDE 8 İHLALİ

41. Başvurucular elektronik verilerin incelenmesi ve bu verilere el konulması hususunda yakınmada bulunmuşlardır. Başvurucular aşağıda aktarılan Sözleşme madde 8'e dayanmışlardır.

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

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

A. Madde 8'in Uygulanabilirliği

42. Hükümet yorumlarını, arama ve el koymanın mesele konusu edilen başvuruçuların “özel yaşamına” müdahale ettiği varsayımına dayandırmıştır.

43. Mahkeme bir avukatın bürosunun aranmasının “özel yaşama” ve “aile hayatına” hatta, “ikamet” terimini ima eden Fransızca metin ile daha geniş anlamda ve potansiyel olarak “konuta” müdahale olarak telakki edildiğini yinelemektedir (bknz *Niemietz / Almanya*, 16 Aralık 1992 tarihli karar, Series A no. 251-B, sayfa 33-35, paragraf. 29-33, ve *Tamosius / Birleşik Krallık* (kabuledilebilirlik hakkında karar), no. 62002/00, ECHR 2002-VIII; bkz ayrıca *Petri Sallinen ve Diğerleri / Finlandiya*, no. 50882/99, paragraf 71, 27 Eylül 2005 tarihli karar, karar bir avukata ait iş yerlerinin aranmasının onun “konutuna” saygı gösterilmesi hakkına müdahale

anlamına geleceğini doğrulamaktadır.) Bir şirkete ait ticari mahallerin aranmasının söz konusu şirketin “konutuna” saygı gösterilmesi hakkına müdahale olacağı ayrıca hüküm altına alınmıştır (bkz *Société Colas Est ve Diğerleri / Fransa*, no. 37971/97, ECHR 2002-III, paragraf. 40-42).

44. Görülmekte olan davada başvuru ileri sürülen hukuk bürosu, ikinci başvuru ileri sürülen iş yerlerinin aranması ya da belgelere el konulmasına dair herhangi bir yakınmada bulunmamışlardır. Başvurular sadece kendilerine ait elektronik verilerin incelenmesi ve bunlara el konulmasına dair yakınmada bulunmuşlardır.

45. Mahkeme elektronik verilerin incelenmesi ve bunlara el konulmasının başvuru ileri sürülen Sözleşmenin 8.maddesinin anlamı çerçevesinde, yazışma/haberleşmeye saygı haklarına bir müdahale teşkil ettiği kanaatindedir (bkz *Niemietz*, yukarıda bahsedilen, sayfa. 34-35, paragraf. 32 bir avukatın mesleki muhaberatı açısından, ve *Petri Sallinen ve Diğerleri*, yukarıda bahsedilen, § 71, bir avukatın bilgisayar disklerine el konulması açısından). “Konut” kavramını bir şirketin işyerini içine alacak şekilde genişleten yukarıda bahsedilen içtihatlarını dikkate alarak, Mahkeme gerçek kişi olan birinci başvuru ileri sürülen tüzel kişi olan ikinci başvuru arasında, “yazışma/haberleşme” kavramı açısından bir ayrım yapmayı gerektirecek herhangi bir neden görmemektedir. Mahkeme ayrıca başvuru ileri sürülen “özel yaşamına” bir müdahale olup olmadığının incelenmesinin gerekli olmadığı kanaatindedir.

46. Mahkeme bu nedenle başvuru ileri sürülen haberleşme/yazışmalarına saygı gösterilmesi hakkına yapılan müdahalenin 8.maddenin 2.paragrafında belirtilen gerekliliklere uygun olup olmadığını tespit etmek zorundadır.

B. Madde 8’e uygunluk

1. Tarafların iddiaları

47. Mahkeme, yargılamanın başında 16 Mayıs 2006 tarihli kabuledilebilirliğe ilişkin kararında Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazını birleştirdiğini belirtir. Hükümet, başvuru ileri sürülen Ceza Muhakemesi Yasasının imkan verdiği, belgelerin soruşturmada kullanılıp kullanılmayacağına karar verilebilmesi için bir mahkeme kararı almak amacıyla, söz konusu belge ve verilerin mühürlenmesi veya mahkeme kalemine teslim edilmesi talebinde bulunmadıklarını ileri sürmüştür. Başvurular bu iddiaya itiraz etmişler ve aramanın yürütülüş şeklinin konuyla ilgili haklarını etkin bir şekilde kullanabilme imkanından mahrum bıraktığını ileri sürmüşlerdir.

48. Başvurucular esas açısından, elektronik verilerin incelenmesinin ve bu verilere el konulmasının orantısız olduğu değerlendirmesinde bulunmuşlardır. Başvurucular, birinci başvurunun sadece başvuru şirketin genel müdürü olmadığını aynı zamanda onun ve Novamed'in hukuki danışmanı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu nedenle arama, ister istemez yazışmalara, örneğin ilk başvurunun hukuki danışman sıfatıyla almış olduğu dosya notlarına ve yazmış olduğu diğer yazışmalara, yönelmiştir. Yazılı belgelerin aranması sırasında ya bu türden belgeler derhal kaldırılmış ya da mühürlenmiş ve soruşturma yargıcı tarafından mesleki sır saklama yükümlülüğüne tabi olmaları nedeniyle başvurucuya iade edilmiştir. Buna karşın elektronik verilere usulü garantiler dikkate alınmaksızın el konulmuştur. Bununla bağlantılı olarak iç hukuk yollarının tüketilmesi meselesi açısından başvurucular aynı argümanlara dayanmaktadırlar.

49. Başvurucular, başvuru şirketin haklarının, el konulan veri türü üzerinde herhangi bir kontrolü olmaması nedeniyle, ayrıca ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Bicos kelimesi için yapılan arama, ister istemez kararda tarif edilen konu ile ilgisi olmayan başka verilere yönelmeye neden olmuştur. Ceza Usul Yasasının ihtiva ettiği usulü güvencelere, başvuru şirketin adı geçen verileri mühürlenme imkanına sahip olmaması ve yine şirketin hangi verilerin soruşturmada kullanılıp kullanılmayacağı hususunda soruşturma yargıcından bir karar alma imkanına sahip olmaması nedeniyle uygun davranılmamıştır.

50. Hükümet, başvurucuların başlangıçta sadece elektronik verilerin aranması hususunda yakınmada bulunduklarını, iddialarının temel olarak birinci başvurunun avukat olması ve onun mesleki sır saklama yükümlülüğünü koruyan güvencelerin mevcut olmadığı iddialarına dayandığını, buna karşın başvuru şirkete ilişkin yakınmanın kanıtlanmamış olduğunu belirtmiştir.

51. Hükümet, Mahkemenin içtihatlarına atıfta bulunarak, söz konusu arama ve elektronik verilere el konulması işleminin Ceza Muhakemesi Yasasında hukuksal bir dayanağı bulunduğunu ve suçun önlenmesi ve sağlığın korunması olarak isimlendirilebilecek meşru amaçları olduğunu iddia etmiştir.

52. Müdahalenin gerekliliği hususunda, Hükümet verilerin aranması ve verilere el konulmasının izlenen meşru amaç ile orantılı olduğunu ifade etmiştir. İtiraz edilen tedbirlere başvurulması, aramanın kapsamını sınırlayan adli bir arama kararıyla emredilmiştir. Ayrıca Avusturya hukuku bir avukatın bürosu açısından özel usulü güvenceler ihtiva etmektedir. Başvuru ve rolü ilk başvurunun mesleki sır saklama yükümlülüğünün

ihlal edilmemesini temin etmek olan baro temsilcisinin huzurda bulunduğu arama sırasında adı geçen tedbirlere uygun davranılmıştır. Arama kararına uygun olarak, ilk başvurunun bilgisayar ekipmanları bazı anahtar kelimelerin yardımı ile taranmıştır. Bu kelimeler konuyla ilgili olan Novamed ve Bicos şirketlerinin ve İtalya’da yürütülen yargılamada sanık olarak geçen kişilerin isimleridir. İlk başvurunun ikinci başvurunun hukuki danışmanı olmaması nedeniyle, müvekkil-avukat ilişkisi etkilenmemiştir. Ayrıca, baro temsilcisi ilk başvurunun bilgisayar ekipmanları üzerindeki arama hususunda bilgilendirilmiş ve arama usulü veri temin tutanağıyla kayıt altına alınmıştır. Kayıt altına alınmanın ana amacının hangi verilere başarılı bir şekilde el konulduğunun ortaya konulması olması nedeniyle ilgili tutanağın arama sırasında değil de aynı gün sonraki saatlerde tanzim edilmiş olduğu hususu kati değildir.

2. Mahkemenin Değerlendirmesi

(a) Hukuka uygun olma

53. Mahkeme bir müdahalenin öncelikle ulusal hukukta bir dayanağı olmadığı sürece “hukuka uygun olarak” telakki edilemeyeceğini yinelemektedir. Sözleşme Madde.8/2 ilişkili olarak, “hukuk” kavramı “şekli” anlamda değil “maddi” anlamda anlaşılmalıdır. Yazılı hukukun kapsadığı bir alanda, “hukuk” görevli mahkemelerin yorumladığı şekliyle yürürlüğüdür (bkz, *Société Colas Est ve Diğerleri*, yukarıda bahsedilen, § 43, ayrıca, *Petri Sallinen ve Diğerleri*, yukarıda bahsedilen, § 77).

54. Avusturya Ceza Muhakemesi Yasası, elektronik verilerin aranması ve bu verilere el konulmasına dair özel hükümler içermemektedir. Hal böyle olmakla birlikte el koymaya dair kurallar özellikle de belgelere el konulmasına dair özel düzenlemeler ihtiva etmektedir. Yerel mahkemelerin içtihatlarıyla adı geçen hükümler elektronik verilerin taranması ve bu verilere el konulmasına da ayrıca uygulanmaktadır (bkz. yukarıda paragraf. 34). Gerçekten de başvuru yakınılan tedbirin ulusal hukukta bir dayanağı olduğu hususunda herhangi bir yakınmada bulunmamışlardır.

(b) Meşru Amaç

55. Mahkeme, arama ve el koyma emirlerinin yasa dışı ilaç ticaretinden şüphelenilen üçüncü kişiler aleyhinde yürütülen ceza yargılaması bağlamında verildiğini gözlemlemektedir.

(c) Demokratik bir toplumda gerekli olması

56. Tarafların iddiaları müdahalenin gerekliliği özellikle de tedbirin izlenen meşru amaçla uygun olup olmadığı ve Ceza Muhakemesi Yasasının içerdiği usulü güvencelere gerektiği şekilde uygun davranılıp davranılmadığı hususları üzerinde odaklanmıştır.

57. Karşılaştırılabilir davalarda Mahkeme ulusal mevzuatın ve uygulamanın her türlü keyfilğe ve kötüye kullanmaya neden olup olmadığını incelemiştir (bkz, örneğin, *Société Colas Est ve Diğerleri*, yukarıda bahsedilen, paragraf 48). Değerlendirmeye alınan unsurlar, özellikle, aramanın yargıç tarafından verilen bir arama kararına ve makul bir şüpheyeye dayanıp dayanmadığı, bir avukatın bürosunun aranması söz konusu olduğunda, arama kararının kapsamının makul bir şekilde sınırlı olup olmadığı ve mesleki sır saklama yükümlülüğüne tabi olan materyallerin götürülmemesini temin etmek üzere bağımsız bir gözlemcinin huzurda bulunup bulunmadığıdır (bkz *Niemietz*, yukarıda bahsedilen, paragraf: 36, § 37, ve *Tamosius*, yukarıda bahsedilen).

58. Görülmekte olan davada, başvuruçuların bilgisayar ekipmanları üzerinde yürütülen arama, soruşturma yargıcı tarafından, çok sayıda şirket ve gerçek kişi aleyhinde yasadışı ilaç ticareti nedeniyle ceza yargılaması yürüten İtalyan makamlarına hukuki yardım bağlamında verilen arama kararına dayanmaktadır. Arama kararı, %100'ü başvuruçucu şirkete ait olan, Novamed'e yönelik düzenlenen faturaların bulunmuş olduğu olgusuna dayanmaktadır. Bu koşullarda Mahkeme arama kararının makul bir şüpheyeye dayandığı hususunda tatmin olmuştur.

59. Mahkeme ayrıca arama kararını, aranılacak olan belge veya verileri, İtalya'daki yargılamadaki sanıklarla ilişkiyi ortaya koyan her türlü ticari belge olarak tanımlayarak, makul bir şekilde sınırlandırmıştır. Yetkililerin Novamed veya Bicos kelimeleri veya herhangi bir şüphelinin ismini ihtiva eden belge ve veriyi aramaları nedeniyle arama bu sınırlar içinde kalmıştır.

60. Ayrıca, Ceza Muhakemesi Yasası belge ve elektronik verilere el konulması açısından ilave usulü güvenceler temin etmektedir. Mahkeme Ceza Muhakemesi yasasının aşağıdaki hükümlerine dikkat çeker:

(a) Aranan yerlerin sakini huzurda bulunacaktır;

(b) Aramanın sonunda bir tutanak tanzim edilir ve el konulan şeyler tutanakta listelenir;

(c) Sahibi, belgelere el konulmasına itiraz ederse, bunlar mühürlenerek, soruşturmada kullanılıp kullanılmayacağı hususunda karar vermesi için yargıca teslim edilecektir; ve

(d) Ek olarak, bir avukatın bürosunun aranması söz konusu olduğunda, bir baro temsilcisinin huzurda bulunması gerekmektedir.

61. Başvurucuların iddiaları Avusturya yasaları tarafından sağlanan garantilerin yeterli olmadığı değil, işbu dava açısından elektronik verilere el konulması sırasında bu garantilere uygun davranılmadığıdır. Mahkeme başvuruculara ait yerlerin çok sayıda görevli tarafından arandığını belirtmektedir. İlk grup görevli belgelere el konulmasını gerçekleştirirken, ikinci grup bazı arama kriterlerini kullanarak bilgisayar sistemlerini taramış ve çok sayıda dosyayı disklere kopyalamıştır.

62. Mahkeme, belgelere el konulması açısından yukarıda tanımlanan garantilere tamamen uyulduğunu gözlemlemektedir: Baro temsilcisi herhangi bir belgeye el konulması işlemine her itiraz ettiğinde, söz konusu belge mühürlenmiştir. Birkaç gün sonra, soruşturma yargıcı başvurunun huzurunda hangi dosyaların mesleki sır saklama yükümlülüğüne tabi olduğu hususunda karar vermiş ve bu gerekçe ile dosyalardan pek çoğu iade edilmiştir. Gerçekten de başvurucular bu açıdan herhangi bir yakınmada bulunmamışlardır.

63. İşbu davada can alıcı nokta sözü geçen (ç.n yazılı belgeye dair) güvencelerin elektronik veriler açısından uygulanmamış oluşudur. Çok sayıda faktör, başvurucuların bu bağlamdaki haklarını kullanmalarının sınırlandırılmış olduğunu göstermektedir. İlk olarak, her ne kadar baro temsilcisi bilgisayar sistemlerinin aranması sırasında geçici olarak huzurda bulunmuşsa da, temsilci esasen yazılı belgelerin el konulmasını denetlemekle meşguldür ve bu nedenle elektronik veriler açısından denetim rolünü uygun bir şekilde yerine getirememiştir. İkinci olarak, hangi arama kriterlerine başvurulduğu, hangi dosyaların kopyalandığı ve hangilerine el konulduğunu gösteren bir arama, el koyma tutanağı el koyma işleminin sonunda değil aynı gün daha sonra tanzim edilmiştir. Ayrıca, görüldüğü kadarıyla görevliler, işlerini bitirdiklerinde aramanın sonucu hakkında birinci başvurucuyu veya Baro temsilcisini bilgilendirmeksizin ayrılmışlardır.

64. Birinci başvuru aramanın başında, genel bir tutum çerçevesinde, kopya edilen verilerin bulunduğu disklerin mühürlenmesini ve soruşturma yargıcına teslim edilmesini talep edebilirdi. Buna karşın, Ceza Muhakemesi Yasası'nın aramanın sonunda bir tutanağın tanzim edilmesini emretmesi ve el konulan materyallerin listelenmesini zorunlu kılması nedeniyle

başvurucunun bu prosedürün izleneceğini ummuş olması da söz konusu olabilir. Sonuç olarak Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazının reddedilmesi zorunludur.

65. Birinci başvuru bağlamında, aramanın yürütülüş şekli başvuru mesleki sır saklama yükümlüğüne ilişkin hakkın ihlal edilmesi riskinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Mahkeme adaletin uygun şekilde tecellisi açısından etkilere/yansımalar neden olabileceği gerekçesiyle yukarıda bahsedilen riske özel bir ağırlık vermiştir (bkz *Niemietz*, yukarıda bahsedilen, sayfa. 36, paragraf. 37). Ulusal yetkililer ve Hükümet birinci başvuru, başvuru şirketin hukuki danışmanı olmadığını ve el konulan verilerin onların müvekkil-avukat ilişkilerini ilgilendirmediğini iddia etmiştir. Mahkeme önündeki iddialarına karşıt olarak birinci başvuru yerel mahkemeler önünde başvuru şirketin, Novamed'in hukuki danışmanı olduğunu iddia etmediği bir gerçektir. Buna karşın birinci başvuru yargılamalar boyunca başvuru şirketin hisselerine sahip olduğu çok sayıda şirketin hukuki danışmanı olduğunu iddia etmiştir. Ayrıca Hükümet, başvurucuların el konulan elektronik verilerin genelde el konulan yazılı belgelerin içerdiği bilgileri ihtiva ettiği (ki söz konusu bu belgelerin bir kısmı soruşturma yargıcı tarafından mesleki sır saklama yükümlülüğüne tabi olmaları nedeniyle iade edilmiştir) şeklindeki değerlendirmelerine karşı çıkmamıştır. Dolayısıyla el konulan elektronik verilerin bu türden bilgiler içerdiği makul olarak farz edilebilir.

66. Sonuç olarak Mahkeme; ilgili resmi makamlarca herhangi bir şekilde görevin kötüye kullanılmasını veya keyfi davranılmasını önlemeyi ve ayrıca avukatın mesleki sır saklama yükümlülüğünü korumayı amaçlayan usulü güvencelere uygun davranılmamasının, ilk başvuru elektronik verilerinin aranması ve el konulması işlemlerinin hedeflenen meşru amaç ile orantısız olmasına neden olduğunu tespit eder.

67. Ayrıca Mahkeme, bir avukatın mesleki sır saklama yükümlülüğünün müvekkilin korunmasına da hizmet ettiğini gözlemlemektedir. İlk başvuru, hisselerinin bir kısmı ikinci başvurucuya ait olan çok sayıda şirketin hukuki danışmanlığı yaptığına ve el konulan verilerin mesleki sır saklama yükümlülüğüne tabi bazı bilgileri ihtiva ettiğine dair yukarıdaki tespitlerini dikkate alarak Mahkeme, ikinci başvuru açısından farklı bir sonuca ulaşmak için herhangi bir neden görememektedir.

68. Sonuç olarak her iki başvuru açısından bir Sözleşme m.8. ihlali mevcuttur.

II. SÖZLEŞME MADDE 41'İN UYGULANMASI

69. Sözleşmenin 41.maddesi şöyledir:

“Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder.”

A. Zarar

70. Başvurucu maddi zararlar başlığı altında, 2000 yılından itibaren müvekkil kayıpları nedeniyle uğradığı zarara karşılık olarak her yıl için 4.000.-Euro talep etmiştir. Başvurucu mesleki sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmeksizin delil ibraz etmesinin mümkün olamayacağını ifade etmiştir. Ayrıca olaylar sonucunda avukat olarak itibarının zarar görmüş olması nedeniyle 10.000.-Euro'yu manevi tazminat olarak talep etmiştir.

71. Başvurucu şirket maddi zararları için 20.211,56 Euro talep etmiştir. Şirket bir Holding olması nedeniyle elektronik verilerine el konulması nedeniyle ticaret unvanının mahvedildiğini iddia etmiştir. Sonuç olarak, adı geçen şirketin başka bir isim altında kurulması zorunlu olmuştur ve bu nedenle yeni şirketin nominal sermayesi için 17.500.-Euro sermaye artırımını zorunlu olmuş ve konuyla ilgili hukuki işlemler için 2.711,56.-Euro masraf ödemesi yapılmak zorunda kalmıştır. Başvurucu şirket manevi zararları açısından herhangi bir talepte bulunmamıştır.

72. Hükümet mesele konusu olan ihlal ile başvurucular tarafından talep edilen maddi zararlar arasında herhangi bir nedensellik ilişkisinin bulunmadığı değerlendirmesini yapmıştır.

73. Başvurucuların maddi zararları açısından Mahkeme, elektronik verilerin aranması ve bu verilere el konulmasının Madde 8'in gerektirdiği şartlara uygun olarak yapılması halinde, bunun başvurucuların itibarı üzerinde ne gibi etkiler yaratacağı hususunda spekülasyon yapamayacağını gözlemlemektedir (bkz, *mutatis mutandis* / kıyasen, *Société Colas Est ve Diğerleri*, yukarıda bahsedilen paragraf.54). Sonuç olarak Mahkeme bu başlık altında herhangi bir tazminata hükmetmez.

74. Buna karşın Mahkeme birinci başvurucunun, arama ve el koymanın yapılış şekli nedeniyle üzüntü ve hüsrana gibi manevi zararlara maruz kaldığını kabul etmektedir. Adil temelde bir değerlendirme yaparak ve karşılaştırılabilir bir davada hükmedilmiş olan meblağı göz önüne alarak

işbu manevi zararlar başlığı altında ilk başvuru lehine 2.500.-Euro'ya hükmeder.

B. Ücret ve masraflar

75. İlk başvuru ücret ve masraflar için 9.204,52 Euro'su ulusal yargılama ve 6.762,63.-Euro'su Sözleşme (AİHM) yargılaması olmak üzere toplam 15.967,15.-Euro talep etmiştir. Bu meblağa KDV dahildir.

76. Hükümet ulusal yargılamalardan kaynaklı masrafları gösterir listenin zorunlu maliyetler olduğunu kabul etmiştir. Buna karşın Hükümet talep edilen meblağların, avukatların vekalet ücretine dair ulusal hukuk ve yönetmeliklere uygun olmaması nedeniyle, aşırı olduğunu iddia etmiştir. Özellikle de Salzburg Bağımsız İdari Panel'i önündeki yargılama için talep edilen 4.858.-Euro'nun 1.486,8 Euro'sunun geri ödenmesi gerekmektedir. Ayrıca Hükümet Sözleşme (AİHM) yargılaması açısından talep edilen meblağların aşırı olduğunu iddia etmiştir. Hükümete göre sadece 2.289,96.-Euro'luk meblağ uygundur.

77. Mahkeme bir Sözleşme ihlali tespit etmiş olması halinde, bu ihlalin önlenmesi veya bu ihlalden kaynaklanan zararların giderilmesi amacıyla yapılan zorunlu ulusal yargılama masraflarına, miktar olarak makul olması halinde hükmedebileceğini yinelemektedir (bkz *Société Colas Est ve Diğerleri*, yukarıda bahsedilen, paragraf.56).

78. Mahkeme birinci başvuru tarafından talep edilen ücret ve masrafların zaruri olduğuna herhangi bir itirazın söz konusu olmadığını belirtmektedir. Buna karşın Mahkeme talep edilen meblağların makul olmadığı kanaatinde. Dolayısıyla Mahkemenin elinde bulunan bilgi ve karşılaştırılabilir davalarda hükmedilen meblağları dikkate alarak Mahkeme tüm başlıklar altındaki masraf ve ücretler için 10.000.-Euro'ya hükmeder. Bu meblağa KDV dahildir.

C. Gecikme faizi

79. Mahkeme Avrupa Merkez Bankası'nın en yüksek kredi faiz oranına %3 eklenerek gecikme faizi alınması gerekliliğini göz önünde tutar.

BU NEDENLER MAHKEME

1. Hükümetin ulusal hukuk yollarının tüketilmediği ilk itirazının oybirliği ile reddine;

2. İlk başvuru açısından oybirliği ile bir Sözleşme m.8 ihlalinin mevcut olduğuna,
3. 4'e karşı 3 oyla ikinci başvuru açısından bir Sözleşme m.8 ihlalinin mevcut olduğuna;
3. Oybirliği ile
 - (a) Davalı Devletin, Sözleşme'nin 44§ 2. maddesi uyarınca kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içerisinde manevi zararlarına karşılık olarak 2.500.-EURO'yu (ikibinbeşyüz) ve masraf ve harcamalarına karşılık 10.000.-EURO'yu (onbin) işletilecek her türlü vergi ile birlikte birinci başvurucuya ödemesine ;
 - (b) Yukarıda sözü edilen üç aylık sürenin bitiminden ödeme tarihine kadar Avrupa Merkez Bankası'nın en yüksek faiz oranının %3 oranında arttırılması ile elde edilen oranda basit faiz ödenmesine;
4. Oybirliğiyle başvuruçuların geri kalan adil tatmin taleplerinin reddine

Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77 §§ 2 ve 3. maddeleri uyarınca 16 Ekim 2007 günü İngilizce dili ile yazılı olarak bildirilmiştir.

T.L. EARLY
Yazı İşleri Müdürü

Nicolas BRATZA
Başkan

Sözleşme'nin 45 § 2. ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 74 § 2. maddelerine göre yargıçlar Sir Nicolas Bratza, bay Casadevall ve bayan Mijović'in karara ilişkin ortak kısmi muhalefet şerhi karara eklidir.

N.B.
T.L.E.

YARGIÇLAR BRATZA, CASADEV VE MIJOVIĆ'İN KARARA İLİŞKİN ORTAK KISMİ MUHALEFET ŞERHİ

İşbu görülmekte olan davada birinci başvurunun 8.madde tarafından korunan haklarının ihlal edilmiş olduğu hususunda tam bir mutabakat içinde olsak da, ikinci başvuru açısından farklı bir görüşü benimsiyoruz.

Her ne kadar birinci başvuru, başvuru şirketin sahibi ve genel müdürü olsa da ve her ne kadar ikinci başvurunun merkezi birinci başvurunun hukuk bürosunda bulunsu da birinci başvuru, şirketin hukuk müşaviri veya hukuksal danışmanı değildir. Görünüşe göre birinci başvuru ikinci başvuru tarafından sahip olunan bazı şirketlerin hukuki danışmanı olarak hareket etmiştir. Buna karşın birinci başvurunun hukuk bürosundan gerçekleştirilen arama ve el koyma birinci başvurunun hukuki danışmanlığını yürüttüğü hiç bir alt şirketin elektronik verilerini ihtiva etmemektedir. Bu koşullar altında, bizler Mahkeme tarafından tespit edilen ve Sözleşme Madde 8 altında bir ihlalin ortaya çıkmasına neden olan avukat-müvekkil ilişkisinin korunmasını amaçlayan usulü güvencelerin yokluğundan başvuru şirketin etkilenmiş olabileceği hususunda tatmin olmadık.