



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

BÜYÜK DAİRE

HALET/LÜKSEMBURG

(Başvuru No. 21884/18)

KARAR

Madde 10 • İfade özgürlüğü • Çok uluslu şirketlerin (Luxleaks) vergi uygulamalarına ilişkin işverenin gizli belgelerinin medyaya sızdırılması nedeniyle 1.000 avro para cezası • Mahkemenin muhbirin korunmasına ilişkin önceki içtihadının güçlendirilmesi ve *Guja* kararında ortaya konan kriterlerin geliştirilmesi • Muhbir kavramının soyut ve genel bir tanımının olmaması • Her bir davanın koşullarına ve bağlamına göre bu kapsamdaki korumadan yararlanılması • Mahkemenin *Guja* kriterlerini hiyerarşi veya düzen olmaksızın bağımsız bir şekilde genel olarak değerlendirmesi • İşveren tarafından hukuka aykırı bir davranışta bulunulmaması halinde bilgi sızdırma için seçilen yöntemin yeterli olması • Sızdırılan belgelerin gerçekliği • Başvuranın iyi niyeti • Yerel mahkemelerin denge konusunda bu kararda belirtilen gereklilikleri karşılamaması nedeniyle Büyük Daire tarafından söz konusu çatışan menfaatlerin gerekli şekilde dengelenmesi • Ulusal çapta ve Avrupa çapında öneme sahip önceden var olan kamusal tartışmaya önemli bir katkı sağlayan sızdırılan bilginin kamu yararı yorumunun dar tutulması • Yerel mahkemeler tarafından yalnızca işverene verilen zararın dikkate alınması • Bilgi sızdırmaya ilişkin kamu yararının, verilerin çalınması, mesleki gizliliğin ihlali ve işverenin müşterilerinin özel menfaatlerine zarar verilmesi gibi tüm zararlı etkilerden daha ağır basması • Cezanın orantısız niteliği

STRAZBURG

14 Şubat 2023

İşbu karar kesinleşmiştir. Bazı şekli düzeltmelere tabi tutulabilir.

HALET/LÜKSEMBURG KARARI
İÇİNDEKİLER TABLOSU

BÜYÜK DAİRE	1
USUL	3
OLAY VE OLGULAR	5
I. DAVANIN KOŞULLARI	5
A. Davanın Olgusal Bağlamı	5
B. Açılan Ceza Davaları	7
1. İlk derece mahkemesi kararı	7
2. İstinaf Mahkemesi önündeki yargılama	7
a) Başsavcılığın verdiği sonuçlar	7
b) İstinaf Mahkemesinin kararı	10
3. Başvuran ve A.D. hakkında verilen Yargıtay kararları ve A.D. hakkında görülen davanın akıbeti	20
a) Yargıtayın başvuran hakkında verdiği karar	20
b) Yargıtayın A.D. hakkında verdiği karar	21
c) Yargıtayın bozma kararı üzerine, İstinaf Mahkemesinin A.D. hakkında verdiği karar	22
II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE ULUSLARARASI HUKUK KAPSAMI	22
A. İlgili İç Hukuk Kuralları	22
B. Uluslararası Hukuk ve Avrupa Hukuku	24
1. Uluslararası metinler	24
2. Avrupa Konseyi bünyesinde kabul edilen metinler	25
3. Avrupa Birliği Yasalarının İhlal Edildiğini Bildiren Kişilerin Korunmasına İlişkin Avrupa Direktifi	28
HUKUKİ DEĞERLENDİRME	33
I. SÖZLEŞME’NİN 10. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA	33
A. Daire Kararı	33
B. Tarafların iddiaları	35
1. Başvuranın iddiası	35
2. Hükümetin İddiası	40
C. Müdahil Tarafların Görüşleri	47
1. La Maison des Lanceurs d’alerte (Daha sonra “MLA” olarak anılacaktır.)	47
2. Media Defence	48
3. Whistleblower Netzwerk E.V. (WBN)	49
D. Mahkemenin Değerlendirmesi	50
1. Mahkemenin İctihadından Doğan Genel İlkeler	50
a) Mesleki İlişkiler Kapsamında İfade Özgürlüğüne İlişkin Genel İlkeler	51
b) <i>Guja</i> Kriterleri ve Bu Kriterlerin Uygulanma Koşulları	55
i. İfşada Bulunmak İçin Kullanılan Yöntemler	55
ii. İfşa Edilen Bilginin Gerçekliği	57
iii. İyi niyet	58
iv. <i>İfşa edilen bilgilerdeki kamu yararı</i>	59
v. <i>Neden olunan zarar</i>	63

HALET/LÜKSEMBURG KARARI	
vi. Cezanın ağırlığı	64
2. Bu İlkelerin Somut Olaya Uygulanması	65
a) Ön Değerlendirmeler	65
b) İstinaf Mahkemesinin olay ve olgulara ilişkin değerlendirmesi hakkında	67
i. Mahkemenin ikincil incelemesi	67
ii. Sözleşme'nin doğrudan etkisinin İstinaf Mahkemesi tarafından tanınması	68
iii. Guja kriterlerinin İstinaf Mahkemesi tarafından uygulanması	69
1) Diğer ifşa araçlarının varlığına ilişkin olarak	71
2) Ifşa edilen bilgilerin gerçekliğine ilişkin olarak	71
3) Başvuranın iyi niyetine ilişkin olarak	71
4) Ifşanın zararlı etkilerine karşı ifşa edilen bilgilerdeki kamu yararının dengelenmesine ilişkin olarak	72
– İhtilaflı ifşanın bağlamına ilişkin olarak	73
– Ifşa edilen bilgilerin kamu yararına ilişkin olarak	74
– Zararlı Etkiler Hakkında	77
– Dengeleme İşleminin Sonuçları Hakkında	79
5) Cezanın Ağırlığı	80
c) Sonuç	81
II. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA	81
A. Tazminat	81
B. Masraf ve Giderler	82
BU GEREKÇELERLE, MAHKEME,	82
HÂKİMLER RAVARANI, MOUROU-VIKSTRÖM, CHANTURIA VE SABATO'NUN MÜŞTEREK MUHALEFET ŞERHİ	84
HÂKİM KJØLBRO'NUN MUHALEFET BEYANI	95

Halet/Lüksemburg davasında,

Başkan

Robert Spano

Hâkimler

Jon Fridrik Kjølbro,

Síofra O’Leary,

Georges Ravarani, Yonko Grozev,

Mārtiņš Mits,

Stéphanie Mourou-Vikström,

Pauliine Koskelo,

Tim Eicke,

Péter Paczolay,

Lado Chanturia,

Ivana Jelić,

Arnfinn Bårdsen,

Raffaele Sabato,

Mattias Guyomar,

Ioannis Ktistakis,

Andreas Zünd

ve *Büyük Daire Yazı İşleri Müdürü* Abel Campos’un katılımıyla oluşan

Büyük Daire heyeti,

2 Şubat ve 5 Ekim 2022 tarihlerinde kapalı oturumla gerçekleştirilen müzakerelerin ardından 5 Ekim 2022 tarihinde aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Lüksemburg Büyük Dükaliği aleyhine açılan davanın temelinde, Fransa vatandaşı olan Raphaël Halet’in (“başvuran”), 7 Mayıs 2018 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’nin (“Sözleşme”) 34. maddesi uyarınca Mahkemeye yapmış olduğu başvuru (no. 21884/18) bulunmaktadır.

2. Başvuran, Stazburg’da görev yapan Avukat C. Meyer tarafından temsil edilmiştir. Lüksemburg Hükümeti (“Hükümet”), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde Hükümet Temsilcisi David Weis tarafından temsil edilmiştir.

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

3. Başvuran, işvereninden gelen ve mesleki gizliliğe tabi olan belgelerin kendisi tarafından bir gazeteciye verilmesinin ardından cezai mahkûmiyetinin, ifade özgürlüğü hakkında orantısız bir müdahale teşkil ettiğini iddia etmektedir.

4. Söz konusu şikâyet, 27 Kasım 2018 tarihinde Hükümete bildirilmiş ve başvurunun geri kalan kısmının, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 54. maddesinin 3. fıkrası uyarınca kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.

5. Başvuru, Mahkemenin Üçüncü Bölümüne tahsis edilmiştir (Mahkeme İç Tüzüğü'nün 52. maddesinin 1. fıkrası). Hâkimler Paul Lemmens, Georgios A. Serghides, Georges Ravarani, María Elósegui, Darian Pavli, Anja Seibert-Fohr, Peeter Roosma ve Bölüm Yazı İşleri Müdürü Milan Blaško'dan oluşan söz konusu Bölümün bir Dairesi, 11 Mayıs 2021 tarihinde, başvurunun kabul edilebilir olduğunu beyan etmiş ve bir karar vermiştir. Başvuran, 21 Haziran 2021 tarihinde, Sözleşme'nin 43. maddesi bağlamında davanın Büyük Daireye gönderilmesini talep etmiştir. Büyük Daire heyeti, 6 Eylül 2021 tarihinde, bu talebi kabul etmiştir.

6. Büyük Dairenin oluşumu, Sözleşme'nin 26. maddesinin 4 ve 5. fıkralarına ve İç Tüzük'ün 24. maddesine uygun olarak belirlenmiştir.

7. Hem başvuran hem de Hükümet yazılı ek görüşlerini sunmuşlardır (İç Tüzük'ün 59. maddesinin 1. fıkrası). Başvuranın Fransa vatandaşı olması nedeniyle, Fransa Hükümeti, arzu ederse, yazılı görüşlerini sunmaya ve/veya Büyük Daire önündeki duruşmaya katılmaya davet edilmiştir (İç Tüzük'ün 44. maddesinin 3. fıkrasının a) bendi). Fransa Hükümeti, müdahil olma hakkını kullanma niyetinde değildir. Büyük Daire Başkanı tarafından yazılı yargılamaya müdahil olma izni verilen *La Maison des lanceurs d'alerte* (bundan böyle "MLA" olarak anılacaktır), Media Defence ve Whistleblower Netzwerk E.V. (bundan böyle "WBN" olarak anılacaktır) gibi sivil toplum kuruluşlarının görüşleri de alınmıştır (Sözleşme'nin 36. maddesinin 2. fıkrası ve İç Tüzük'ün 44. maddesinin 3. fıkrası). Uluslararası Şeffaflık Örgütü, Avrupa Gazeteciler Federasyonu, *The Tax Justice Network* ve *Blueprint for Free Speech* adına hareket eden sivil toplum kuruluşları *Article 19* ve *Whistleblowing International Network*'ün de üçüncü taraf olarak yazılı yargılamaya müdahil olmalarına izin verilmiştir. Davet edilmelerine rağmen herhangi bir görüş bildirmemişlerdir.

8. Strazburg’da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde, 2 Şubat 2022 tarihinde kamuya açık bir duruşma gerçekleştirilmiştir.

Mahkeme önünde hazır bulunanlar:

– Hükümet adına

Asıl davacı, Mahkeme avukatı, M. THEWES,

Ortak davacı, avukat, H. RASSAFI-GUIBAL

Adalet Bakanlığı temsilcisi, Hukuk Görevlisi, İnsan Hakları/Temel Haklar Departmanı, Genel Sekreterlik, A. JAOUID;

– *başvuran adına*

Avukat C. MEYER,

Avukat P. DUCOULOMBIER.

Mahkeme, Meyer ve aynı zamanda Thewes ve Rassafi-Guibal’ın açıklamalarını ve hâkimler tarafından sorulan sorulara verdikleri yanıtları dinlemiştir.

OLAY VE OLGULAR

I.DAVANIN KOŞULLARI

9. Başvuran 1976 doğumludur ve Viviers’de (Fransa) ikamet etmektedir.

A. Davanın Olgusal Bağlamı

10. Başvuran, denetim, vergi ve yönetim danışmanlığı hizmetleri sunan *PricewaterhouseCoopers* (“PwC”) bünyesinde çalışmaktaydı. PwC’nin faaliyetleri arasında müşterileri için ve onlar adına vergi beyannameleri hazırlamak ve vergi makamlarından özel vergi kararları talep etmek bulunmaktadır. Vergi hukukunun gelecekteki işlemlere uygulanmasına ilişkin bu kararlar, Özel Vergi Anlaşmaları (bundan böyle “ATA” olarak anılacaktır) veya “vergi kararları” veya “vergi özeldgeleri” olarak adlandırılmaktadır.

11. Başvuran, PwC’de çalıştığı dönemde, beş kişilik bir ekibi yönetmiş ve kendisine göre, önemsiz bir pozisyonda değil, aksine, PwC’nin müşterileri için Lüksemburg vergi makamlarından mümkün olan en iyi muameleyi elde etme faaliyetinin merkezinde yer alan görevleri yerine getirmiştir. Hükümet, olayların meydana geldiği sırada, başvuranın, vergi beyannamelerinin toplanması, merkezileştirilmesi, taranması, kaydedilmesi ve ilgili müşterilere gönderilmesinden oluşan idari bir görevlinin görevlerini yerine getirdiğini ileri sürerek, başvuranın görevinin bu şekilde sunulmasına itiraz etmiştir.

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

12. 2012 ve 2014 yılları arasında, PwC tarafından düzenlenen birkaç yüz vergi özeldesi ve vergi beyannamesi çeşitli medya organlarında yayımlanmıştır. Bu yayınlar, 2002 yılından 2012 yılına kadar uzanan bir dönem boyunca, çok uluslu şirketler adına PwC ile Lüksemburg vergi makamları arasında yapılan anlaşmalara ilişkin uygulamaya dikkat çekmiştir.

13. PwC tarafından yürütülen ilk iç soruşturma, bir denetçi olan A.D.nin istifasını takiben PwC'den ayrılmadan bir gün önce, 13 Ekim 2010 tarihinde, 45.000 sayfalık gizli belgeyi kopyaladığının, bunların arasında özellikle 538 vergi özeldesi dosyasına karşılık gelen 20.000 sayfalık vergi belgesinin de bulunduğunun ve bu belgeleri 2011 yazında kendi isteği üzerine bir gazeteci olan E.P.ye teslim ettiğinin tespit edilmesine imkân sağlamıştır.

14. PwC tarafından yapılan ikinci bir iç soruşturma, başvuranın kimliğinin tespit edilmesini sağlamıştır. Başvuran, A.D. tarafından kopyalanan bazı vergi özeldelerinin medyada ifşa edilmesinin ardından, 2012 yılı Mayıs ayında E.P. ile irtibata geçerek daha fazla belge teslim etmeyi teklif etmiştir. Nihayetinde gazeteci tarafından kabul edilen bu transfer, 2012 yılının Ekim ve Aralık ayları arasında gerçekleşmiş ve on dört vergi beyannamesi ve beraberinde iki ek mektup da dâhil olmak üzere on altı belgeyi içermiştir. Belgelerden bazıları gazeteci tarafından, aynı konudaki ilk programın yayınlanmasından bir yıl sonra, 10 Haziran 2013 tarihinde yayınlanan “*Cash investigation*” adlı ikinci bir televizyon programında kullanılmıştır.

15. 5 ve 6 Kasım 2014 tarihlerinde, on altı belge, Uluslararası Araştırmacı Gazeteciler Konsorsiyumu (“ICIJ”) adlı bir gazeteciler birliği tarafından internette yayınlanmıştır. Bu yayın, ICIJ tarafından “Luxleaks” olarak tanımlanmıştır. Basında yer alan haberlerden, Luxleaks olayının PwC için “zor bir yıla” yol açtığı, ancak o yıldan sonra firmanın cirosunda artış yaşandığı ve buna paralel olarak personel sayısında da önemli bir artış olduğu anlaşılmaktadır.

16. Başvuran ve PwC şirketi, 2 Aralık 2014 tarihinde, PwC'nin taleplerini sembolik olarak 1 avro ile sınırlandırdığı ve PwC'ye başvuranın malvarlığı üzerinde 10 milyon avroluk bir ipotek tescil etme yetkisi veren bir uzlaşma anlaşması imzalamışlardır. Anlaşmada ayrıca, başvuranın hastalık izninin ardından

işten çıkarılması öngörülmüştür. Başvuran, 29 Aralık 2014 tarihinde, bildirim sonrası işten çıkarılmıştır.

B. Açılan Ceza Davaları

17. PwC'nin şikâyeti üzerine, A.D., E.P. ve başvuran bir sorgu hâkimi tarafından suçlanmış ve sorgu mahkemesi tarafından Lüksemburg Bölge Mahkemesine gönderilmişlerdir.

1. İlk derece mahkemesi kararı

18. Lüksemburg Bölge Mahkemesi, 29 Haziran 2016 tarihinde, ceza mahkemesi olarak görev yaparak, A.D. ve başvuranı, işverene karşı hırsızlık, otomatik veri işleme veya iletim sistemine hileli erişim, ticari gizliliğin ihlali, mesleki gizliliğin ihlali ve kara para aklama ve bulundurma suçlarından mahkûm etmiştir.

19. A.D., tamamı ertelenmiş on iki ay hapis ve 1.500 avro para cezasına mahkûm edilmiştir. Başvuran, tamamı ertelenmiş dokuz ay hapis ve 1.000 avro para cezasına mahkûm edilmiştir. A.D. ve başvuranın ayrıca, PwC'ye, manevi tazminat olarak, talebini sınırlandığı sembolik bir avro tutarında ödeme yapmasına karar verilmiştir. E.P., ticari gizliliğin ihlali veya mesleki gizliliğin ihlali suçuna, kanun anlamında, ortak fail veya suç ortağı olarak iştirak etmediği gerekçesiyle beraat etmiştir.

2. İstinaf Mahkemesi önündeki yargılama

20. A.D. ve başvuran, ilk derece mahkemesi kararına karşı cezai ve hukuki itirazda bulunmuşlardır. Cumhuriyet Savcısı, A.D., başvuran ve E.P. aleyhinde cezai itirazda bulunmuştur.

a) Başsavcılığın vardığı sonuçlar

21. Başsavcısı, 7 Aralık 2016 tarihli itiraz görüşlerinde, davanın olaylarını gözden geçirmiş ve yürürlükteki hukuku hatırlatmıştır. Başsavcı, başvuranın, on dört şirket vergi beyannamesi, hukuki taraf (PwC) tarafından A grubuna gönderilen taslak vergi beyannameleri beraberinde bir ek mektup ve hukuki taraf tarafından bir limited şirketin holdinge dönüştürülmesine ilişkin olarak vergi makamlarına gönderilen ve bu değişikliği belgeleyen noter senedinin eklendiği bir bildirim mektubunu ele geçirdiğini belirtmiştir.

22. Başsavcı, sanıkların her biri ile ilgili davanın olgusal unsurlarına değindikten sonra, iç hukukun ve üç sanığın savunma gerekçesi olarak ileri

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

sürdükleri Sözleşme'nin 10. maddesinin söz konusu davaya uygulanmasına ilişkin hukuki yorumlarda bulunmuştur. Başsavcı, bu bağlamda, Mahkeme içtihatlarının “muhabirlere cezai kovuşturmalara karşı koruma sağladığını” hatırlatmış ve bu korumayı, “ulusal mahkemelerin elbette uygulamak zorunda olduğu bir dizi kritere tabi kıldığını” belirtmiştir.

23. Başsavcı, görüşlerinde, başvuranın ticari gizliliğin ihlali ve bilişim dolandırıcılığını aklama suçlarından beraatini talep etmiş ve işverenden hırsızlık, bilişim dolandırıcılığı, mesleki gizliliğin ihlali ve işverene karşı hırsızlıktan elde edilen geliri aklama suçlarının, teyit edilmesi yoluyla, kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Başsavcı dahası, başvuranın bilişim dolandırıcılığı suçundan mahkûmiyetine ilişkin ifadenin, veri işleme sistemine erişimi “hileli bir şekilde sağladığı” şeklinde değiştirilmesini ve başvuranın cezasının para cezasına çevrilmesini talep etmiştir.

Başsavcının vardığı sonuçlar aşağıdaki unsurları içermektedir:

“(…)

a) Bilgiye yönelik kamu yararı kriteri

(…)

Ulusötesi şirketler tarafından vergi optimizasyonu uygulamasının ifşa edilmesi, eşit muamele ilkesine ilişkin tartışmalar bağlamında önemli bir soruyu gündeme getirmektedir. Bu tartışmalar, ister birey ister şirket olsun, diğer vergi mükellefleri açısından da önemlidir. Ayrıca, bu tartışmalar, Devletin eşit muamele ilkesini koruma kabiliyetine yönelik kamuoyu güveni açısından da önemlidir. Son olarak bu tartışmalar, diğer Avrupa Birliği Üye Devlet vatandaşlarının, hükümetlerinin ve Avrupa Birliği kurumlarının Birlik içerisinde aynı ilkeyi koruma kabiliyetine duydukları güvenle ilgilidir.

Bu konu, bir yanda ulusötesi şirketler ile diğer yanda küçük ve orta ölçekli işletmeler de dâhil olmak üzere ulusal şirketler arasında adil rekabet koşullarının sağlanması açısından da önemlidir.

İfşaların önemli bir uluslararası kamuoyu tartışmasına yol açtığı tartışmasızdır.

İfşaların, Lüksemburg'daki ilgili uygulamanın değiştirilmesi, Avrupa Birliği içinde ATA'ların değişiminin uygulanması, Avrupa Parlamentosunda bir soruşturma komisyonu, Avrupa Komisyonunun yalnızca olmamakla birlikte özellikle Lüksemburg'a karşı bazı ATA anlaşmalarının kısmen Avrupa Birliği hukuku tarafından yasaklanmış Devlet yardımı teşkil edip etmediğini belirlemek üzere açtığı davalar ve Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) bünyesinde vergi

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

matrahlarının yeknesak bir şekilde tanımlanması için müzakerelerin başlatılması da dâhil olmak üzere önemli siyasi sonuçları olduğu da aynı derecede tartışılmazdır.

Bu nedenle, eylemleri motive eden eleştirinin kamu yararına olduğu ciddi bir şekilde tartışılmaz.

Dolayısıyla bu ilk kriter iki sanık için de karşılanmıştır.

b) Verilen zarar kriteri

(...)

ii) Raphaël Halet davası

(...)

Uğranılan zararın gerçekliği ile ilgili olarak:

Hukuki tarafla ilgili olarak:

Özellikle kısa bir süre içinde mesleki gizlilik kapsamındaki belgelerin ikinci kez “sızdırılması” söz konusu olması ve medyada geniş yer bulması ve bu nedenle bilinir olması nedeniyle itibarın zedelenmesi açısından zarar gördüğüne şüphe yoktur.

Ayrıca, mevcut veya potansiyel müşterilerin, mesleki gizliliği güvence altına alma konusunda duydukları güvenin sarsılmasından da muhtemelen zarar görmüştür.

(...)

Müşterilerle ilgili olarak:

Mesleki gizliliğin ihlalinden kaynaklanan manevi zarar şeklinde meydana gelmiştir. Şüphesiz ilgili müşteriler hakkında medyada yer alan olumsuz haberler göz önüne alındığında, itibar zedelenmesi de söz konusu olacaktır.

(...)

Mesleki gizlilik iç hukukta kamusal bir niteliğe sahiptir, dolayısıyla ifşaya yönelik kamu yararı sadece özel bir menfaatle değil ikinci bir kamu yararıyla karşı karşıyadır.

(...)

Orantılılık ilkesine ilişkin olarak, A.D. tarafından iletilen 500’den fazla belgeye kıyasla, teslim edilen belgelerin sayısı 16’dır. Bununla birlikte, belgeler mesleki gizlilik kapsamındaydı ve Halet bunları herhangi bir çekince veya kısıtlama olmaksızın teslim etmiştir (...).

(...)

Tüm bu unsurlar göz önünde bulundurulduğunda ve özellikle ilgili kişinin mesleki gizlilik konusundaki özel “görev ve sorumlulukları”, belgelerin kendi içinde düşük önemi, D. tarafından işlenen eylemler sonucunda konunun zaten yeterince açıklığa kavuştuğu bir zamanda ifşa edilmeleri, ilgili kişinin mesleki gizliliğini ihlal etmeden konu hakkında kendini ifade etmek için kullanabileceği alternatifler, bu gizliliğin gerekçesi ve neden olunan zarar dikkate alındığında, belgeler aslında D. tarafından ifşa edilenlerden daha az gizli olsa bile, menfaatler dengesi, bilgiye yönelik kamu menfaati aleyhinedir.

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

Somut olayda, bu menfaat, belgelerin başka bir yerde bulunması muhtemel bilgiler içermesi nedeniyle daha da azalmıştır, ancak bu durum Raphaël Halet'in işverenine karşı sadakat yükümlülüğünü ve mesleki gizliliğini ihlal ederek bunları ifşa etmesini haklı kılmaz.

Dolayısıyla bu kriter Raphaël Halet tarafından karşılanmamıştır.

(...).

Raphaël Halet ayrıca kamu menfaati doğrultusunda iyi niyetle hareket etmiş ve gerçek belgeler sunmuştur. Bununla birlikte, Raphaël Halet, ifşanın konusu ve esasen aynı nedenlerle, neden olunan zarar ve “menfaatler dengesi” ile ilgili olarak ikincillik ilkesine uymamaktadır.

Bu nedenle, *Guja* içtihadının kriterleri uyarınca tam korumadan yararlanamaz. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamındaki korumadan tamamen yoksun olmasa da koruma seviyesi daha düşüktür.

Cezanın orantılılığı kriterine ilişkin olarak, ilgili kişinin, olayların ortaya çıkmasının ardından işvereni tarafından işten çıkarıldığı göz önünde bulundurulmalıdır. Dolayısıyla, aslında zaten bir cezaya maruz kalmıştır.

Bu unsurlar göz önünde bulundurulduğunda, kendisine yöneltilen suçlamaların sabit olduğu sonucuna varılması uygundur, ancak sadece para cezasına çarptırılması önerilmektedir.

(...)”.

b) İstinaf Mahkemesinin kararı

24. Lüksemburg Büyük Dükalığı İstinaf Mahkemesi, 15 Mart 2017 tarihli bir kararla, ihtilaf konusu olayları aşağıdaki gibi tanımlamıştır:

“(...

“Vergi cennetleri: büyük şirketlerin küçük sırları” konulu 11 Mayıs 2012 tarihli Cash Investigation programında (...) gazeteciler, anonim bir kaynak tarafından elde edilen 47.000 sayfalık PwC çalışma belgelerine atıfta bulunmakta ve ATA veya onay mektupları gibi görünen çeşitli görüntüler göstermektedir (...). Vergi makamları tarafından onaylanan PwC antetli bu gizli “vergi özelgesi” talepleri, yayınlanmış ve konuşmacılar tarafından yorumlanmıştır. Çok uluslu şirketler tarafından vergi optimizasyonu amacıyla kurulan ve Lüksemburg Doğrudan Vergi İdaresi tarafından onaylanan kurumsal yapılar söz konusu olmuştur. Toplam 24 farklı PwC müşterisinden bahsedilmiş veya bu müşteriler tespit edilebilmiştir.

(...)

10 Haziran 2013 tarihinde (...) televizyon kanalı, “Vergi kaçakçılığı skandalı: Kaçırdığımız milyarlar hakkında ifşalar” konulu bir rapor içeren Cash Investigation adlı yeni bir program sunmuştur. Programda PwC tarafından hazırlanan çeşitli vergi belgeleri gösterilmiştir. Bu belgeler arasında gazeteci E.P.nin elinde olduğu bilinen ve A.D. tarafından yürütülen bir iç soruşturmanın ardından elinden alınan bir

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

ATA'nın yanı sıra A.D.nin ayrılış tarihinden sonra düzenlenen yeni belgeler olan 4 vergi beyannamesi de yer alıyordu.

5 ve 6 Kasım 2014 tarihlerinde Uluslararası Araştırmacı Gazeteciler Konsorsiyumu (bundan böyle ICIJ olarak anılacaktır), kırka yakın medya ortağıyla işbirliği yaparak, denetim firması PricewaterhouseCoopers ile Lüksemburg Doğrudan Vergi İdaresi arasında yapılan ve daha önce A.D. tarafından PwC'den alınan çok uluslu şirketlere ait 538 vergi özelgesi de dâhil olmak üzere 554 dosyaya karşılık gelen 28.000 sayfalık vergi anlaşmalarını ve aynı zamanda, PwC'nin bir iç soruşturma yoluyla Raphaël David Halet tarafından uygun olmayan şekilde alındığını keşfettiği 14 vergi beyannamesi, bir ön yazı ve Doğrudan Vergi İdaresine bir bildirim mektubunu internet sitesinde yayınlamıştır.

ICIJ tarafından belgelerin incelenmesi ve analizi, 2002 ile 2010 yılları arasındaki vergi özelgeleri uygulamasını, yani çok uluslu şirketler adına denetim firması PwC ile Lüksemburg Doğrudan Vergi İdaresi arasında, gelirin gruplar arası transferine izin veren ve yasal vergi oranının çok altında bir efektif vergi oranıyla sonuçlanan çok avantajlı vergi anlaşmalarını ortaya çıkarmıştır.

Bu son ifşalar nihayet, A.D. ve Raphaël David Halet tarafından yapıldığı iddia edilen sızıntıdan iki yıl sonra, Luxleaks olarak adlandırılan davayı tetiklemiştir.

9 Aralık 2014 tarihinde ICIJ tarafından, ilk ifşayı tamamlayan ve otuz kadar çok uluslu şirketin vergi uygulamalarına bir kez daha ışık tutan, tanınmış çok uluslu şirketlerin vergi beyannamelerini de içeren yeni bir vergi belgesi dalgası yayınlanmış ve bu ifşalar "Luxleaks 2" olarak adlandırılmıştır.

PwC, A.D.nin ayrılmasından sonra işlenen ve ek bir iç soruşturmanın Raphaël David Halet'i fail olarak tanımladığı 14 vergi beyannamesi de dâhil olmak üzere yukarıda belirtilen 16 belgenin çalınması nedeniyle 23 Aralık 2014 tarihinde ek bir şikâyetle bulunmuştur. Halet, bu olaylar nedeniyle 29 Aralık 2014 tarihli bir bildirimle işten çıkarılmıştır.

(...)

Raphaël David Halet, kamuoyunca bilinen 14 çok uluslu şirketin vergi beyannamelerini gazeteci E.P.ye iletmek ve böylece soruşturmalarında ve medya aracılığıyla yaptığı ifşalarda kendisine destek olmak amacıyla kopyaladığını iddia etmektedir (...).

(...) E.P. (...) Raphaël David Halet'in kendisiyle irtibata geçtiğini ve çalışmalarını desteklemek üzere kendisine belge sağlamayı teklif ettiğini kabul etmekte ve özellikle veri alışverişi için elektronik bir kutu oluşturmasını tavsiye ettiğini doğrulamaktadır. Raphaël David Halet'in kendisine saygın çok uluslu şirketlerden on dört vergi beyannamesi verdiği ve bunlardan bazılarını ikinci programda kullandığı iddia edilmektedir (...).

(...)."

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

25. İstinaf Mahkemesi, davanın esasına ilişkin olarak, A.D. ve başvuranın, Mahkeme tarafından yorumlandığı şekliyle Sözleşme'nin 10. maddesini ileri sürdüklerini ve "muhtir" statüsü tanınmasını ve bu temelde beraat kararı verilmesini talep ettiklerini kaydetmiştir. İstinaf Mahkemesi, "Lüksemburg hukukunda muhtir" konusunda aşağıdaki şekilde karar vermiştir:

"(...)

Mahkeme, muhtir statüsünü tanıyan iki Lüksemburg metninin, yani İş Kanunu'nun L.271-1 maddesi ve 5 Mayıs 1993 tarihli Finans Sektörü Kanunu'nun 38-12 maddesinin, bir "muhtir" tanımı sunmadığını ve statü kriterlerini belirtmediğini kaydetmektedir.

(...) bu metinler mevcut dava için geçerli değildir.

(...)

Dolayısıyla, Mahkeme tarafından yorumlandığı ve Lüksemburg hukukuna dâhil edildiği şekliyle (...) Sözleşme, özellikle de ifade özgürlüğünü tanıyan ve güvence altına alan 10. madde söz konusu davaya uygulanacaktır.

(...)

Sözleşme'nin 10. maddesinin hükümlerinden, herkesin ifade özgürlüğü hakkına sahip olduğu sonucu çıkmaktadır. (...)

Uluslar üstü bir metinde yer alan bu temel özgürlük, ulusal kurallar tarafından zedelenemez. Dolayısıyla, vergiden kaçınma, vergi muafiyeti ve vergi kaçakçılığı ile ilgili genel menfaati ilgilendiren bir soruna ilişkin bir tartışma çerçevesinde, muhtirin ifade özgürlüğü, gerektiği takdirde ve belirli koşullar altında, ulusal hukukun ihlalini haklı çıkaran bir olgu olarak öne çıkabilir.

Muhtirin haklılığını ortaya koyan olgu, genel menfaati ilgilendiren bilgilerin iyi niyetle, ölçülü ve uygun bir şekilde açıklanmasıyla zorunlu olarak işlenen kanun ihlalinin hukuka aykırılığını etkisiz hale getirecektir.

(...)."

26. İstinaf Mahkemesi, çeşitli suçlamalarla ilgili olarak, ulusal ceza hukukuna dayanan çeşitli nedenlerle, hem A.D.nin hem de başvuranın ticari gizliliğin ihlali suçuyla, bu kapsamda kara para aklama ve bulundurma suçuyla ya da bilişim dolandırıcılığı gelirlerinin aklanması ve bulundurulması suçuyla suçlanmaması gerektiğine karar vermiştir.

27. İstinaf Mahkemesi ayrıca, yalnızca ulusal ceza hukuku uyarınca, ilk hâkimlerin, A.D. ve başvuranın, işverene karşı hırsızlık, otomatik veri işleme veya iletim sistemine hileli erişim veya devam ettirme, mesleki gizliliğin ihlali ve işverene karşı hırsızlıktan elde edilen gelirin aklanması ve bulundurulması suçlarını

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

işlediklerini tespit etmekte haklı olduklarını değerlendirmiştir. İstinaf Mahkemesi, ilk hâkimlerin aksine, E.P.nin başvuranın mesleki gizliliği ihlal etmesinde ve başvuran tarafından işlenen işverene karşı hırsızlık gelirlerinin aklanması ve bulundurulmasında suç ortağı olarak kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir. İstinaf Mahkemesinin bu konudaki kararının ilgili bölümleri aşağıdaki gibidir:

“(…)

Olayların meydana geldiği dönemde Raphaël David Halet, esas olarak vergi beyannamelerini ve ATA’ları toplamak, bunları ekibiyle birlikte merkezileştirmek, taramak ve son derece güvenli bir bilgisayar dizinine kaydetmek ve aynı zamanda gerektiğinde vergi beyannamelerini ilgili müşterilere göndermekten oluşan bir idari görevlinin görevlerini yerine getiriyordu.

Görevi gereği Halet, vergi beyannamelerinin bir kısmının kaydedildiği “Vergi süreci” dizinine erişimi olan birkaç kişiden biriydi.

(…)

Raphaël David Halet, gazeteci E.P. ile 21 Mayıs 2012 tarihinde, (...) 11 Mayıs 2012 tarihinde yayımlanan Cash investigation programının ardından, kendi özel e-posta adresi üzerinden bir e-posta göndererek irtibata geçmiştir (...). İkili 24 Ekim 2012 tarihinde Metz’de yüz yüze görüşmüştür. E.P. 26 Ekim 2012 tarihinde, başvurandan, “Taslaklar” bölümüne ilgili fotoğrafları yerleştireceği yeni bir e-posta adresi oluşturmasını istemiş, adres ve şifreyi kendisine başka bir yolla ileterek, bunları doğrudan Gmail kutusundan almasını sağlamıştır.

Soruşturmada, belgelerin 26 Ekim 2012 ile 2012 Aralık ortası arasında gönderildiği anlaşılmaktadır.

Bu nedenle ilk derece hâkimleri, dijital verilerin çeşitli e-postaların taslaklarına eklendiğinde alındığına karar vermekte haklıydı, zira veriler bu noktada PwC’nin elinden çıkmış, kendi sunucusundan e-posta sunucusuna aktarılmış ve burada yalnızca şifreyi bilen kişiler, yani E.P. ve Raphaël David Halet tarafından erişilebilir hale gelmiştir.

(...).”

28. İstinaf Mahkemesi, ticari gizliliğin ihlali ile ilgili olarak, başvurana ilişkin olarak bunun hukuken tespit edilmediği sonucuna varmış ve aşağıdaki gerekçeyi sunmuştur:

“(…)

Vergi beyannamesi, vergi mükellefinin vergilendirmeye esas teşkil eden verileri İdareye ilettiği yasal bir bilgilendirme işlemidir (...). Vergilendirme prosedürünün gerçek başlangıcı olan bu beyanname ile vergi mükellefi, vergi idarelerine, verginin tesisi ve İdarenin kontrolleri için gerekli olan, kendisiyle ilgili işlemler, maddi

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

gerçekler ve hukuki durumlar hakkında bilgi verir. Beyanname aynı zamanda vergi mükellefi tarafından yapılan vergi tercihleri hakkında İdareyi bilgilendirir ve kanun tarafından öngörülen çeşitli vergi seçeneklerinin kullanılmasının yanı sıra indirim elde etme taleplerini sunması bağlamında gerçek bir niyet beyanı teşkil eder (...).

Raphaël David Halet, PwC müşterilerinin on dört vergi beyannamesini ve iki mektubu ileterek, Ceza Kanunu'nun 309. maddesi anlamında işverenine ait ticari veya üretim sırrı olarak kabul edilebilecek verilerini ifşa etmemiştir, beyanlar vergi mükellefinin mali durumu ve vergi tercihlerine ilişkin basit tek taraflı beyanlardır.

A.D. gibi Raphaël David Halet de kâr amacıyla ya da işverenine zarar vermek için değil, vergi kaçakçılığına ilişkin soruşturmasında E.P.ye destek olmak ve kamuoyunu bilgilendirmek amacıyla hareket etmiştir.

(...).”

29. İstinaf Mahkemesi, mesleki gizlilik ihlaline ilişkin olarak, aşağıdaki şekilde karar vermiştir:

“(…)

Belirtildiği üzere (...), kanunla düzenlenen ve Ceza Kanunu'nun 458. maddesine atıfta bulunulan mesleki gizlilik kamu düzenine ilişkindir ve bu nedenle işveren bunu sadece iş mahkemesi önünde değil, herhangi bir ceza mahkemesi önünde de ileri sürebilir (...).

Mesleği düzenleyen özel bir kanunla tesis edilen mesleki gizlilik, herhangi bir bireyin mahremiyetinin korunmasından daha geniş bir kapsama sahiptir ve söz konusu meslek sahibiyle temas kurabilecek tüm bireyleri güvence altına almayı amaçlamaktadır. Bu güven, denetim ve muhasebe mesleğinin düzgün işleyişi için esastır ve müşterinin muhatabı gizliliğe tabi olan tek kişi olsaydı, diğer herhangi bir çalışan veya tüm belgeleri işleyen arşivci gizliliğe tabi olmasaydı tam olarak güvence altına alınamazdı. Bir kamu düzeni meselesi olan sır saklama yükümlülüğü geneldir ve denetçinin tüm faaliyetlerini kapsamaktadır (...).

Kanun koyucu, çalışanlara genel bir şekilde sır saklama yükümlülüğü getirerek ve kendilerine emanet edilen bilgileri genel bir şekilde hedefleyerek, sır saklama yükümlülüğünü, mesleki dereceleri ne olursa olsun şirkette çalışan tüm kişilere ve şirketin tüm faaliyetleri için genişletmiştir; kanun, denetim firmasına verilen görevin türüne göre bir ayırım yapmamıştır (...).

Yukarıda bahsi geçen 18 Aralık 2009 tarihli Kanun'un 22. maddesi, ayırım yapmaksızın denetim firmasına emanet edilen tüm bilgilere atıfta bulunmakta ve vergi beyannameleri gibi denetçi tarafından oluşturulan belgeleri de zorunlu olarak kapsamaktadır.

(...)

Bu nedenle, Raphaël David Halet'in başka bir birim tarafından hazırlanan vergi beyannamelerini, yani kişisel olarak kendisine emanet edilmemiş sırları hileli bir

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

şekilde alması önemsizdir, çünkü gizlilik genellikle işverenin mesleğini icra etmesi için gereklidir.

Mevcut davada, ifşa, 2012 Ekim ve Aralık ayları arasında, on dört vergi beyannamesinin E.P. ye iletilmesi ve tam da Raphaël David Halet'in e-posta şifresini E.P. ye verdiği sırada gerçekleşmiştir.

(...)

Dolayısıyla karar bu noktada onaylanmıştır.

(...).”

30. İstinaf Mahkemesi ayrıca, tespit edilen ve ilke olarak kabul edilmesi gereken suçların Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında haklı gösterilip gösterilemeyeceğini de değerlendirmiştir. İstinaf Mahkemesi, E.P. ile ilgili olarak, Mahkemeye göre Sözleşme'nin 10. maddesinden doğan “sorumlu gazetecilik olgusunun” kendisine tanınması gerektiğini değerlendirmiştir. Bu gerekçeyle, ilgili hakkındaki beraat kararını onamıştır.

31. İstinaf Mahkemesi, A.D. ve başvuranın durumunu, Mahkemenin muhbirlerin korunmasına ilişkin içtihadı ışığında değerlendirmiştir (bk. özellikle, *Guja/Moldova* [BD], no. 14277/04, AİHM 2008). İstinaf Mahkemesi, bu içtihadın, muhbirlerin korumasını altı koşula tabi kıldığını hatırlatmış ve “ifşa edilen davranışın hukuka aykırı olması, muhbire koruyucu statüsünün uygulanması için bir kriter değildir; ciddi bir hatayı ifşa eden bir personel, gerektiği takdirde, Sözleşme'nin korumasına başvurabilir” ifadesini kullandıktan sonra bu koşulları sıralamıştır.

32. İstinaf Mahkemesi, bu altı kriter bağlamında karar vererek, ilk olarak, ihtilaf konusu ifşaların “Avrupa’da ve Lüksemburg’da çok uluslu şirketlerin vergilendirilmesi (...), vergi şeffaflığı, vergi özelgeleri uygulaması ve genel olarak vergi adaleti konularında kamuoyu tartışmasına imkan vermesi nedeniyle” genel menfaati ilgilendirdiğini değerlendirmiştir. İstinaf Mahkemesi ayrıca, Luxleaks ifşalarının ardından Avrupa Komisyonunun vergi kaçakçılığına karşı bir tedbir paketi ve Avrupa Birliği’nde adil ve etkin kurumsal vergilendirme için bir eylem planı sunduğunu tespit etmiştir. İstinaf Mahkemesinin bu konudaki kararının ilgili bölümleri aşağıdaki gibidir:

“Bilgiye yönelik kamu menfaati kriterine ilişkin olarak

Avrupa Mahkemesi, eylemin, ihmalin, uygulamanın, davranışın veya aksaklığın mutlaka bir suç teşkil etmesine gerek olmaksızın, demokratik bir toplumda siyasi

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

tartışmanın bir parçası olan ve kamuoyunun bilgilendirilmesinde meşru bir menfaati bulunan çok önemli konuları kamu yararına veya genel menfaate ilişkin olarak değerlendirmektedir.

Savcılık temsilcisinin de belirttiği gibi, ulusötesi şirketlerin vergi optimizasyonu uygulamalarının ifşa edilmesi, vergi mükelleflerine eşit muamele ilkesine saygı gösterilmesi ve vergi şeffaflığı tartışmalarında önemli bir konuyu gündeme getirmektedir. İfşalar, ATA'lardan yararlanan ulusötesi şirketler ile yararlanmayan küçük ulusal şirketler arasındaki (...) rekabet çarpıklığını ortaya çıkarmıştır.

Bu ifşalar Avrupa gündeminin merkezinde yer almış ve almaya da devam etmektedir. Avrupa Komisyonu dolandırıcılık ve vergi kaçakçılığıyla mücadeleyi mutlak bir öncelik haline getirmiştir. Avrupa Komisyonu özellikle, *LuxLeaks* ifşalarının ardından, vergi kaçakçılığına karşı bir tedbir paketi ve vergi şeffaflığına ilişkin bir tedbir paketinin ve aynı zamanda, Avrupa Birliği'nde adil ve etkin kurumsal vergilendirme için bir eylem planı ve 18 Mart 2015 tarihinde vergi alanında zorunlu bilgi alışverişine ilişkin bir değişiklik yönergesi teklifi sunmuştur.

Konsey, 8 Aralık 2015 tarihinde, vergi alanında otomatik ve zorunlu bilgi alışverişine ilişkin olarak 2011/16/AB sayılı Direktifi tadil eden ve bundan böyle vergi özelgelerini de kapsayan 2015/2376 sayılı Direktifi (AB) sunmuştur.

Bu unsurların yanı sıra, Üye Devletler tarafından ulusal düzeyde, çeşitli komiteler (TAX Komitesi ve JURI Komitesi) tarafından Avrupa düzeyinde alınan inisiyatifler ve Lüksemburg'un bazı çok uluslu şirketlere uyguladığı vergi muamelelerine ilişkin olarak Komisyon tarafından açılan ve faydalanıcı şirketlere haksız avantajlar sağlayan devlet yardımı olarak nitelendirilen soruşturmalar dikkate alındığında, ifşaların Avrupa'da ve Lüksemburg'da şirketlerin, özellikle de çok uluslu şirketlerin vergilendirilmesi, vergi şeffaflığı, vergi özelgesi uygulamaları ve genel olarak vergi adaleti konularında kamuoyunda tartışmalara imkân verdiği bir gerçektir.

Dolayısıyla kamuya açıklanan bilgiler genel menfaat kapsamındadır.”

33. İstinaf Mahkemesi dahası, “hem E.P. hem de Raphaël David Halet tarafından ifşa edilen belgelerin doğruluğu ve gerçekliği sorgulanamayacağını” belirterek ifşaların gerçek olduğunu değerlendirmiştir.

34. İstinaf Mahkemesi, kamuoyuna bilgi sızdırmanın ancak son çare olarak, başka türlü hareket etmenin açıkça mümkün olmadığı durumlarda düşünülmesi gerektiği kriterine ilişkin olarak, “mevcut davada ve koşullar göz önüne alındığında, medya aracılığıyla kamuoyunu bilgilendirmenin bilgi sızdırmak için tek gerçekçi alternatif olduğunu” değerlendirmiştir.

35. İstinaf Mahkemesi ardından, savcılığın, başvuran tarafından E.P.ye sunulan belgelerin konuyla çok az ilgili olduğu ve bu nedenle ikincillik kriterini

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

karşılımadığı yönündeki iddiası hakkında karar vererek, bu sorunun söz konusu menfaatlerin dengelenmesi bağlamında incelenmesi gerektiğine karar vermiştir. İstinaf Mahkemesi, bu bağlamda, “neden olunan zarar kriteri ve ilgili menfaatlerin dengelenmesi yoluyla”, Mahkemenin ihtilaf konusu ifşanın kamu makamına veya özel işverene verdiği zarar ile kamunun ifşa edilen bilgiyi elde etmekte sahip olabileceği menfaatin ağırlıklarını değerlendirdiğini vurgulamıştır. İstinaf Mahkemesi, farklı noktalarda, aşağıda belirtilenleri benimsemiştir:

“(…)

Mahkeme, yukarıda belirtildiği üzere, uğranılan zararı somut olarak incelememekte, ancak işverenin uğradığı zararın, imajının zedelenmesinden, güven kaybından ve genel olarak bilgi sızdırmanın kamuoyu üzerindeki etkisinden kaynaklanabileceğini değerlendirmektedir. Dava ve dolayısıyla işverenin gizli tutmak istediği bilgiler ne kadar çok duyurulursa, kamuoyunun güveni de o kadar sarsılır.

Mevcut davada PwC, kabul edilemez olarak nitelendirilen vergi optimizasyonu ile olmasa da vergi kaçakçılığı ile ilişkilendirilmiştir. PwC, cezai suçların kurbanı olmuş ve mutlaka zarara uğramıştır.

Raphaël David Halet’in soruşturma sırasında ve ağır ceza mahkemesi duruşmalarında yaptığı açıklamalardan, vergi beyannamelerini E.P.nin hâlihazırda elinde bulunan ATA’ları tamamlamak ve böylece ATA’ların vergi beyannamesine nasıl yansıtıldığını göstermek amacıyla seçmediği, aksine seçiminde çok uluslu şirketin tanınırlık derecesinin belirleyici olduğu anlaşılmıştır.

(…).

Sunulan belgeler, ATA uygulamasını göstermeyi mümkün kılmadığı gibi, Doğrudan Vergi İdaresinin bu beyanlar karşısındaki tutumuna ilişkin örnekler veya bilgiler de sağlamamıştır. ATA uygulamasının bir yıl önceki ilk Cash Investigation programı sırasında A.D. tarafından sağlanan ve Raphaël David Halet’in haberdar olduğu belgeler aracılığıyla ortaya çıktığı göz önüne alındığında, bu belgelerin sınırlı bir önemi vardı. Dolayısıyla araştırmacı bir gazetecinin konuyu incelediğinin ve kamuoyunda tartışmaya yol açtığına farkındaydı.

Mahkeme, genellikle sızdırılan bilginin başka bir kanaldan elde edilemeyecek kadar gizli olmasına büyük önem vermektedir. Mahkeme, ilgili görevlinin işyerinde neler olduğunu bilen tek kişi veya bilen küçük bir grubun parçası olduğu ve dolayısıyla işvereni veya kamuoyunu uyararak genel menfaate hareket edebilecek en iyi konumda olduğu durumlarda korumanın gerekli olduğunu düşünmektedir (*Guja* § 72 ve *Heinisch* § 63).

Bununla birlikte, bir önceki yıl ele geçirilen belgelerin sayısı ve Cash Investigation programının yayınlanması göz önüne alındığında, Raphaël David Halet’in gizli belgelere el koymak ve bunları ifşa etmek üzere yeni bir kanun ihlalinde bulunması

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

için zorlayıcı bir neden yoktu, zira özellikle de sunulan on dört vergi beyannamesi ATA uygulaması, sayısı veya vergi optimizasyonu tekniği hakkında herhangi bir şey ortaya koymuyordu.

Raphaël David Halet tarafından alınan belgeler E.P. tarafından ATA'larla ilgili olarak değil, vergi kaçakçılığı ve "kaçırdığımız milyarlar" hakkındaki ikinci Cash Investigation programı çerçevesinde kullanılmıştır.

Bu program üç bölümden oluşmaktaydı: (...) ikinci bölüm, Fransa'da iştirakleri bulunan üç çokuluslu şirketin vergi kaçırması hakkındaydı. (...).

Habere konu olan bu çok uluslu şirketlerin vergi kaçakçılığını göstermek için A. ve A.M.nin vergi beyannameleri örnek olarak gösterilmiştir.

(...)

Gazeteci, savunmasında, özellikle vergi beyannamelerinin yardımıyla (...) A. grubunun Lüksemburg'daki iştiraklerinin hatırı sayılır bir ciro elde ettiğini (...) ancak bu iştiraklerin merkez ofisinde hiçbir faaliyet izi olmadığını ve ziyareti sırasında bu şirketlerin hiçbir yöneticisinin bulunmadığını gösterdiğini belirtmektedir. Belgesel dahası Fransız vergi makamlarının A. grubundan 198 milyon avro tutarında vergi talep ettiğini ve A.nın aynı zamanda Fransa'da lojistik tesisler kurmak için kamu desteklerinden faydalandığını ortaya koymaktadır.

A.M. grubuyla ilgili olarak, özellikle A grubunun bu iştiraki, Lüksemburg üzerinden, iştirake verilen bir kredinin faizinin geri ödemesi olarak 173 milyon avroyu iade etmek için kullandığının, bu faizin iştirak için düşülebilir olduğunu (...) Lüksemburg'un sadece bir durak olduğu "vergi göçebeliği" uygulamalarını göstermek için program sırasında iştiraklerinden birinin 2010 yılına ait KDV beyannamesi görüntülenmiştir.

[E.P.] bu bağlamda, program sırasında bize A. grubunun Hauts-Fourneaux de Florange'ı 2012 yılının Kasım ayında kapattığını ve 600 metal işçisini, tesisin dönüştürülmesi için 180 milyon avro yatırım yapma sözü karşılığında işten çıkardığını ve basında yer alan bilgilere göre Fransız vergi makamlarının A.M. grubundan neredeyse bir milyar avroluk borç talep ettiğini hatırlatmaktadır.

(...)

İlk iki şirketle ilgili bilgiler endişe verici ve skandal olarak değerlendirilebilir, ancak bunlar önemli veya temelde yeni bilgiler teşkil etmemektedir.

Sunulan vergi beyannameleri (...) sadece [E.P.]nin ekibi tarafından yürütülen gazetecilik soruşturmasının sonucunu teyit etmektedir. Bu nedenle söz konusu beyannameler, gazeteciye kesinlikle faydalı olmuş, ancak vergi kaçakçılığı tartışmasını canlandırabilecek veya körükleyebilecek, daha önce bilinmeyen önemli bir bilgi sağlamamıştır.

Mahkeme, Fressoz ve Roire davasında, bir otomobil grubunun yöneticisinin vergi beyannamesinin sızdırılmasının kamu yararına olduğuna karar verirken, bu yararın

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

“Fransa’nın önde gelen otomobil şirketlerinden birinde, çalışanların ücret artışı talep ettiği ve J.C. başkanlığındaki şirket yönetiminin bunu reddettiği, basında geniş yer bulan bir toplumsal çatışma bağlamında gerçekleşmiş olmasından kaynaklandığını” kaydetmiştir. (...) Mahkeme, bu karşılaştırmanın böyle bir bağlamda yapılmasıyla, ihtilaf konusu metnin genel menfaati ilgilendiren bir konuda kamuoyu tartışmasına katkıda bulunduğu sonucuna varmıştır.

Dolayısıyla vergi beyannamesi kendi başına kamu yararına değildir, ancak bağlama bağlı olarak bu hale gelebilmektedir.

Bu nedenle Raphaël David Halet tarafından gazeteciye sağlanan belgeler, ATA’ların Lüksemburg’daki uygulamasına ilişkin kamuoyu tartışmasına katkıda bulunmamış, vergi kaçakçılığı tartışmasını başlatmamış veya önemli, yeni ve daha önce bilinmeyen bilgiler sağlamamıştır.

İstinaf Mahkemesi, ATA’larla ilgili kamuoyu tartışmasının başlatıldığı bir dönemde, sızdırılmasıyla işverenine genel menfaatten daha fazla zarar veren belgelerin sınırlı ilgisi ve vergi kaçakçılığına ilişkin genel menfaat tartışmasına katkıda bulunmaması nedeniyle, Raphaël David Halet’in genel menfaatle ilgili olarak neden olunan zararın orantılılık koşulunu karşılamadığını, dolayısıyla muhbir olarak haklılığının bu davada korunamayacağını değerlendirmektedir.

(...).”

36. İstinaf Mahkemesi, söz konusu menfaatleri dengeledikten sonra, başvuranın Sözleşme’nin 10. maddesinin tam korumasından yararlanamayacağı, ancak Lüksemburg hukuku uyarınca hafifletici sebeplerin tanınmasından yararlanabileceği sonucuna varmaktadır. İstinaf Mahkemesi, bu bağlamda, başvuranın iyi niyetle hareket edip etmediğinin incelenmesinin uygun olduğuna karar vermiş ve bunu kabul etmiştir.

37. İstinaf Mahkemesi, A.D. ile ilgili olarak, 2010 yılı Ekim ayında el koyduğu belgelerin gazeteci E.P.ye teslim edildiği 2011 yazında iyi niyet kriterinin karşılandığını kabul etmiş, ancak A.D.nin o tarihte henüz belgeleri kamuya açıklamak niyetinde olmadığı göz önünde bulundurulduğunda, belgelerin el konulduğu tarihte durumun böyle olmadığını değerlendirmiştir.

38. Son olarak, İstinaf Mahkemesi, belgelerin 2011 yılının yazında gazeteci E.P.ye teslim edilmesiyle ilgili olarak, kendisine “bilgi sızdıran kişinin haklı çıkarıcı gerçeği” avantajına sahip olması gereken A.D.nin, mesleki gizliliğin ihlali suçundan beraat etmesi gerektiği sonucuna varmıştır. İstinaf Mahkemesi, bu gerekçenin kapsamına girmeyen olgularla, yani 2010 yılının Ekim ayında

belgelerin tahsisine ilişkin olan olgularla ilgili olarak, hapis cezasını tamamen ertelenmek üzere altı aya indirmiş ve 1.500 avro para cezasını onaylamıştır.

39. İstinaf Mahkemesi, ulusal ceza hukukuna göre, en ağır cezanın en fazla iki katına kadar, yani 3 aydan 5 yıla kadar hapis cezası ve 251 ila 5.000 avro para cezası olarak artırılabilmesi sebebiyle, başvuranla ilgili olarak, suçların gerçek bir rekabet içerisinde olduğu kanaatine varmıştır. Ardından İstinaf Mahkemesi, başvuranın, bilgi sızdıran kişinin haklı çıkarmasından yararlanamayacağını hatırlatarak, cezanın belirlenmesinde, “onurlu olduğuna inandığı saik ve hareketinin çıkar gözetmeyen niteliği ile sabıka kaydının olmamasının” hafifletici nedenler olarak dikkate alınmasına karar vermiştir. Dolayısıyla, İstinaf Mahkemesi, her türlü hapis cezasını göz ardı etmeye ve 1.000 avro para cezası verilmesine karar vermiştir.

40. İstinaf Mahkemesi, hukuk mahkemesinin A.D. ve başvuran hakkında verdiği PwC’nin uğradığı manevi zararın tazmini için sembolik bir miktar ödenmesine ilişkin mahkûmiyet kararını onamıştır.

1. Başvuran ve A.D. hakkında verilen Yargıtay kararları ve A.D. hakkında görülen davanın akıbeti

41. Başvuran ve A.D., İstinaf Mahkemesinin kararına karşı temyiz başvurusunda bulunmuştur.

a) Yargıtayın başvuran hakkında verdiği karar

42. Yargıtay, 11 Ocak 2018 tarihli kararla (2/2018 no.lu ceza davası), başvuranın temyiz başvurusunun reddedilmesine karar vermiştir.

43. Başvuran, İstinaf Mahkemesi tarafından Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edildiğini iddia ettiği ve aşağıdaki unsurları içeren bir gerekçe ileri sürmüştür:

“İstinaf Mahkemesi, işverenin uğradığı zararın genel menfaatten daha fazla olduğu değerlendirmesine yol açan ve bilgileri ifşa eden kişinin haklı gerekçesinin uygulanmasını reddetmek,[E.P.]ye sunulan “belgelerin ilgi düzeyinin düşüklüğü” konusunda taraflı bir yoruma girişerek, kamu menfaatine göre verilen zararın orantılı olması koşulunun yerine getiremeyeceği sebebiyle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin olgularını ve içtihatlarını yanlış aktarmıştır.

”

Başvuranın temyiz dilekçesinden, bu itiraza dayanak olarak, A. Grubunun vergi beyannamelerinin eklerinin, ortalama bir dakika süren yıllık genel kurul toplantılarının yapıldığını ortaya koyarak, bu grubun Lüksemburg’da hiçbir

ekonomik varlığının bulunmadığını belgelediğini ileri sürdüğü anlaşılmaktadır. Başvuran ayrıca, ihtilaf konusu vergi beyannamelerinin, Lüksemburg’da oluşturulan varlığın ekonomik temelini gerçekliğini değerlendirmeye ve böylece vergi kararlarının uygulanmasının kapsamını incelemeye imkân verdiği hususunda ısrar etmiştir.

44. Yargıtay, bu iddia hakkında karar verirken, şu unsurları dikkate almıştır:

“Muhbir statüsünden kaynaklanan gerekçelendirme nedeninden sanığın yararlanıp yararlanamayacağına karar vermenin gerektiğine dair olay ve olgular değerlendirmesinin, bu değerlendirmenin yetersiz veya çelişkili gerekçelere indirgenmemesi kaydıyla, mahkeme hâkimlerinin egemen yetki alanına girdiği ve Yargıtay denetiminden çıktığı;

Somut olayda istinaf mahkemesi hâkimlerinin, ele geçirilen vergi beyannameleri, gazeteci [E.P.] için kesinlikle faydalı olabilecek olsalar bile, vergi kaçakçılığına ilişkin tartışmayı canlandırabilecek veya besleyebilecek, şimdiye kadar bilinmeyen herhangi bir önemli bilgi sağlamadığı sonucuna vardıkları değerlendirmelerinde, [başvuran] tarafından ele geçirilen belgelerin niteliğini, vergi kaçakçılığıyla ilgili bir televizyon programı bağlamında kullanımlarını ve [başvuranın] ve [E.P.]nin, ele geçirilen belgelerin konuyla ilgisine ilişkin ifadelerini temel aldıkları; [Başvuranın iddiasının] aksine, temyiz hâkimleri tarafından yapılan olgusal tespitlerin çelişkili olmadığı; (...)

(...)

Temyiz hâkimlerinin değerlendirmesinin bu nedenle yetersizlik ve çelişki içermeyen gerekçelere dayandığı; (...) kanaatine varılmıştır. ”

b) Yargıtayın A.D. hakkında verdiği karar

45. A.D. tarafından yapılan temyiz başvurusu ise, Yargıtay tarafından kabul edilmiştir.

46. Yargıtay, 11 Ocak 2018 tarihli kararında (1/2018 no.lu ceza davası), muhbir statüsünün tanınmasının, ilke olarak, Sözleşme’nin 10. maddesi ile güvence altına alınan hakkını kullanan bir kişinin, bu statüye bağlı korumanın özünü boşaltma cezası altında kovuşturulduğu tüm suçlara fayda sağlaması gerektiği gerekçesiyle, İstinaf Mahkemesinin kararını bozmuştur. Yargıtay, İstinaf Mahkemesinin, 2011 yılının yazında bu belgelerin gazeteci E.P. ye teslim edilmesiyle ilgili olarak muhbir statüsüne ilişkin gerekçelendirmeyi kabul ettiği için, A.D. ye 2010 yılının Ekim ayında üretilen belgelere el koyma olaylarıyla ilgili

olarak muhbirin statüsüne dayalı gerekçelendirmeyi reddederek, Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

c) Yargıtayın bozma kararı üzerine, İstinaf Mahkemesinin A.D. hakkında verdiği karar

47. İstinaf Mahkemesi, 15 Mayıs 2018 tarihli bir kararla, Yargıtayın bozma kararı üzerine, A.D.nin, 2010 yılının Ekim ayında bu belgelere el konulmasıyla ilgili olanlar da dâhil olmak üzere, 2011 yılının yazında gazeteci E.P.ye verilen belgelerle bağlantılı olarak işlenen tüm suçlardan Sözleşme'nin 10. maddesi açısından beraat etmesi gerektiğine hükmetmiştir.

48. İstinaf Mahkemesi buna karşın, ilk istinaf kararının kesinleştiği ve bu nedenle, daha sonra E.P.ye iletilen vergi belgelerinin tahsisi vesilesiyle 2010 yılının Ekim ayında el koyduğu şirket içi eğitim belgelerine ilişkin aynı suçlarla ilgili olarak, A.D. hakkında verilen bu kararın yürürlükte kaldığı kanaatine varmıştır. İstinaf Mahkemesi bu nedenle, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermekle yetinmiştir.

49. Bu kararın kesin hüküm niteliğinde olması nedeniyle, karara taraflarca itiraz edilmemiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE ULUSLARARASI HUKUK KAPSAMI

A. İlgili İç Hukuk Kuralları

50. Lüksemburg Ceza Kanunu'nun ev hırsızlığına ilişkin hükümleri aşağıdaki gibidir:

Madde 461 - 1. Fıkra

“Kendisine ait olmayan bir şeyi veya elektronik anahtarı hileli bir şekilde alan kişi hırsızlıktan suçludur.”

Madde 463:

“Bu bölümde belirtilmeyen hırsızlıklar bir aydan beş yıla kadar hapis ve 251 ila 5.000 avro para cezası ile cezalandırılacaktır.”

Madde 464:

“Hırsız, evde çalışan veya ücretli bir hizmet için eve gelmiş ise, hizmet etmese de, ev sahibinin evinde bulunduğu veya ona eşlik ettiği sırada orada bulunan kişilerden hırsızlık yapmış olsa bile veya bu kişi, ev sahibinin evinde, atölyesinde veya dükkânında işçi, kalfa veya çırak ise ya da genellikle hırsızlık yaptığı meskende çalışan kişi ise en az üç ay hapis cezası verilir.”

51. Otomatik bir veri işleme sisteminde hileli bakıma ilişkin olarak, Ceza Kanunu'nun 509-1 maddesinin 1. fıkrası şunu öngörmektedir:

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

“Otomatik bir veri işleme veya iletim sisteminin tamamına veya bir kısmına hileli bir şekilde erişen veya hileli bir şekilde bu sistemin içinde kalmaya devam eden herkes, iki aydan iki yıla kadar hapis ve 500 avrodan 25.000 avroya kadar para cezası ya da bu iki cezadan biri ile cezalandırılır. ”

52. Meslek sırrını ihlal suçu, Ceza Kanunu’nun 458. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Doktorlar, cerrahlar, sağlık görevlileri, eczacılar, ebeler ve kendilerine emanet edilen sırların devlet veya meslek gereği koruyucusu olan diğer kişiler, Mahkemede ifade vermeye çağrıldıkları ve kanunun bu sırları açıklamakla yükümlü olduğu haller dışında, bunları ifşa ederlerse, sekiz günden altı aya kadar hapis ve 500 avrodan 5.000 avroya kadar para cezası ile cezalandırılır. ”

53. Ev içi hırsızlıktan elde edilenlerin aklanması-tutulması, 32-1 maddesine atıfta bulunan 506-1 maddesinde düzenlenmiştir.

Olayların meydana geldiği sırada yürürlükte olan 506-1 madde aşağıdaki şekilde hükmetmektedir:

“Aşağıda belirtilen kişiler, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve 1.250 avro ila 1.250.000 avro para cezası veya yalnızca bu cezalardan biri ile cezalandırılır:

1) Madde 32-1, birinci paragraf,1) bendinde atıfta bulunulan nesneyi veya ürünü doğrudan veya dolaylı olarak oluşturan mülklerin niteliği, menşei, yeri, durumu, hareketi veya mülkiyeti ile ilgili olarak, yanlış gerekçelendirmeye herhangi bir şekilde bilerek yardımcı olanlar: (...) Ceza Kanunu’nun 463 ve 464. maddelerinde yer alan bir suç (...) veya bu suçlardan bir veya birkaçından elde edilen maddi menfaat;

(...)

3) Madde 32-1, birinci paragraf, 1) bendinde atıfta bulunulan nesneyi veya ürünü doğrudan veya dolaylı olarak oluşturan mülkleri edinen, tutan veya kullanan ve bu hükmün 1) bendinde atıfta bulunulan suçların bir veya daha fazlasından veya bu suçlardan bir veya daha fazlasına iştiraktan kaynaklandığını bildikleri anda, bu suçlardan bir veya daha fazlasından elde edilen herhangi bir maddi menfaat teşkil eden fiilleri işlemiş kişiler. ”

Bu zaman zarfında (1 Ağustos 2018 tarihli bir yasa ile) yürürlükten kaldırılan bu “32-1. madde, birinci paragraf, 1) bendi” şu şekildedir:

“506-1 ila 506-8 (...) maddelerinde atıfta bulunulan bir kara para aklama suçu durumunda, aşağıdakilere özel müsadere uygulanır: 1) maddi veya manevi, taşınır veya taşınmaz her türlü mülk dâhil olmak üzere mülkiyet ve ayrıca bir mülkiyet hakkını veya mülkiyet hakkını kanıtlayan yasal işlem veya belgeler, bir suçun nesnesini veya ürününü, doğrudan veya dolaylı olarak oluşturan veya bu tür bir

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

mülkten elde edilen gelir de dahil olmak üzere, suçtan elde edilen herhangi bir maddi menfaat oluşturan mülkler (...). ”

Diğer taraftan, 506-1 maddesini tamamlayan 506-4 maddesi aşağıdaki gibi hükmeder:

“506-1 maddesinde atıfta bulunulan suçlar, fail aynı zamanda asıl suçun faili veya suç ortağı olduğunda da cezalandırılır. ”

B. Uluslararası Hukuk ve Avrupa Hukuku

1. Uluslararası metinler

54. Düşünce ve ifade özgürlüğünün desteklenmesi ve korunmasına ilişkin BM Özel Raportörü, 8 Eylül 2015 tarihli A/70/30 sayılı raporunda, bilgi kaynaklarının ve muhbirlerin korunması konusunu ele almaktadır. BM Özel Raportörüne göre, “muhbir” terimi, ifşa anında doğru olduğuna inanmak için makul gerekçelere sahip olduğu ve genel çıkarlara yönelik bir tehdit veya zarar oluşturduğuna karar verdiği gerçeklerle ilgili bilgileri ifşa eden kişi anlamına gelir. Bu raporun ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

“ (...) Bununla birlikte, yanlış bilgileri ifşa ettikleri sırada bunun doğru olduğuna inanmak için makul gerekçeleri varken ifşa eden muhbirler, olası misillemeden korunmalıdır. İhbarda bulunanın bilgi ifşası sırasındaki motivasyonu, korumaya hak kazanıp kazanmadığının belirlenmesinde dikkate alınmamalıdır. Tanımlar temelde şu noktalarda farklılık göstermektedir: Bu tanımlarda ya bildirimde bulunmanın bir niteliği olarak “iyi niyet” kriteri korunur; ya “iyi niyet” şartı getirilmez; ya da sadece misillemelere karşı rücu halinde tazminat hakkının belirlenmesi bağlamında iyi niyet kriteri korunur veya hem “iyi niyet” kriterini hem de makul inanç kriteri korunur. Bununla birlikte, ifşa ettiği bilgilerin doğruluğu ve ilgisi yerine muhbirin motivasyonuna odaklanılırsa, “iyi niyet” kriteri yanlış yorumlanma riski taşır. Muhbirin verdiği bilgiler, doğru olduğu sürece ifşaatlarını neden yaptığı önemli değildir.

(...)

Muhbirlik her zaman belirli yasa dışı eylemlerle ilgili değildir, kamuoyunun bilmesinin meşru çıkarına olan gizli bilgilerin ifşa edilmesine de dayanabilir. Devletler ve uluslararası makamlar genellikle kamu yararına olan bilgileri veya belirli bilgi kategorilerini veya her ikisini de ifşa eden kişilere genel koruma sağlar (...).

Hangi yaklaşım benimsenirse benimsensin, koruma hakkı doğuran açıklamaların kapsamı potansiyel muhbirler tarafından kolayca anlaşılmalıdır.

(...)

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

Dâhili ve harici kurumsal muhbirlik mekanizmaları, muhbirleri düzeltici tedbirler talep etmeye motive etmek için etkili ve koruyucu ifşa kanalları sağlamalıdır; bu tür kanalların yokluğunda, kamuyu aydınlatma teşvik edilmeli ve korunmalıdır (...).

(...)

Yasa dışı eylemlere ilişkin bilgilerin ifşa edilmesine yönelik diğer mekanizmalar mevcut değilse veya etkisizse, muhbir bu bilgiyi medya veya diğer sivil toplum aktörleri gibi dış kuruluşlara ifşa etme veya kendisi yayınlama seçeneğine sahiptir.

Bu tür durumlarda kamuya açıklama yapan muhbir korunmalıdır (...).

(...). ”

2. Avrupa Konseyi bünyesinde kabul edilen metinler

55. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, 29 Nisan 2010 tarihinde, muhbirlerin korunmasına ilişkin 1729(2010) sayılı kararı ve bu karar gereğince, muhbirlerin hem kamu hem de özel sektörde hesap verebilirliği güçlendirmeye ve yolsuzluk ve kötü yönetimle daha iyi mücadele etmeye yardımcı olmaları sebebiyle, “başkaları için risk teşkil edebilecek eylemlere son vermek için alarm zilini çalan ilgili bir kişi” olarak tanımladığı “muhbirlerin” önemini kabul etmiştir. Bu hüküm uyarınca:

“ (...)

Muhbirlik mevzuatı her şeyden önce sessizliğe güvenli bir alternatif sağlamaya çalışmalıdır.

(...)

6.2.2 Bu mevzuat, herhangi bir misillemeye karşı alarm vermek için mevcut dâhili kanalları iyi niyetle kullanan herkesi korumalıdır (haksız işten çıkarma, taciz veya diğer herhangi bir ayırıcı muamele veya yaptırım).

6.2.3 İhbarda bulunmak için dâhili kanallar olmadığında veya bunlar düzgün çalışmadığında veya muhbir tarafından ihbar edilen sorunun niteliği göz önüne alındığında düzgün çalışmasını beklemek makul olmayacaksa, aynı şekilde medya dâhil olmak üzere harici yollar kullananlar da korunmalıdır.

6.2.4 Herhangi bir muhbirin, ifşa ettiği bilgilerin doğru olduğuna inanmak için makul gerekçeleri olması kaydıyla, sonradan bunun böyle olmadığı ortaya çıksa bile ve kanuna ve ahlaka aykırı herhangi bir amacı bulunmaması şartıyla, iyi niyetle hareket ettiği kabul edilmelidir,

(...). ”

56. Parlamenterler Meclisi ayrıca, 1 Ekim 2019 tarihinde, Avrupa çapında muhbirlerin korunmasını iyileştirmeye yönelik olarak, “muhbirlerin her türlü açık ve şeffaf demokraside önemli bir rol oynadığı” kanaatine vardığı 2300(2019) sayılı

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

kararı kabul etmiştir. Muhbirlere tanınan tanınma ve her türlü misillemeye karşı hukukî ve uygulamada korunmalarının etkinliği, gerçek bir “demokratik işaret” oluşturmaktadır. Bu karar uyarınca:

“ (...)

4. Muhbirler olmadan, demokrasilerimizin karşı karşıya olduğu pek çok sorun çözüm bulamayacaktır (...). Dolayısıyla, hedefe yönelik önlemler aracılığıyla, ilgili gerçekler hakkında bilgisi olan kişilerin bildirimde bulunmasını teşvik etmek ve bunu yapma riskini üstlenenleri daha iyi korumak acil bir durumdur.

5. Bu bağlamda, muhbirin tanımı geniş olmalıdır; iyi niyetle bir suçu veya kabahati, yasa ihlalini veya bilgisi dâhilinde genel çıkarlara yönelik bir tehdidi veya zararı doğrudan ya da dolaylı olarak ifşa eden veya bildiren herhangi bir gerçek veya tüzel kişiyi kapsayacak şekilde geniş olmalıdır.

(...). ”

Parlamenteler Meclisi, bu kararda, Avrupa Konseyi’nin birçok üye Devletinin (Arnavutluk, Hırvatistan, İspanya, Estonya, Finlandiya, Fransa, Gürcistan, Macaristan, İtalya, Letonya, Litvanya, Kuzey Makedonya, Moldova Cumhuriyeti, Karadağ, Polonya, Romanya, Sırbistan, Slovakya Cumhuriyeti, İsveç, İsviçre, Çek Cumhuriyeti ve Birleşik Krallık) genel olarak veya en azından belirli sektörlerde muhbirlerin daha iyi korunmasına yönelik kanunlar kabul ettiğini kaydetmektedir.

Kararda ayrıca, Avrupa Parlamentosunun 16 Nisan 2019 tarihinde, tüm Üye Devletlerde muhbirlerin durumunu iyileştirmeyi amaçlayan bir Direktif öneriyi onayladığı tespit edildikten sonra, Avrupa Birliği’ne (bundan sonra metinde “AB” olarak anılacaktır) üye olmayan veya henüz üye olmayan Avrupa Konseyi üyesi Devletlerin de mevzuatlarını yeni standartlara uygun olarak kabul etmeye veya modernize etmeye yönelik bu direktif öneriden ilham almalarının faydalı olacağı vurgulanmaktadır.

57. Bakanlar Komitesi, 30 Nisan 2014 tarihinde, muhbirlerin korunmasına ilişkin olarak CM/Rec (2014)7 sayılı Tavsiye Kararını kabul etmiştir, bu Tavsiye Kararı uyarınca, şu hususlar belirtilmiştir:

“ (...)

Kamu yararına yönelik tehditler veya zararlarla ilgili bilgileri bildiren veya ifşa eden kişilerin (“muhbirler”) şeffaflığın ve demokratik hesap verebilirliğin geliştirilmesine katkıda bulunabileceğini kabul ederek;

(...)

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

Bu Tavsiye Kararının amaçları ve ilkeleri doğrultusunda;

(...) “muhabir” istihdam ilişkisi bağlamında kamu veya özel sektörde, kamu yararına yönelik tehditler veya zararlar hakkında bilgi veren ya da ifşa eden herhangi bir kişi anlamına gelmektedir;

(...)

Bireysel uygulama alanı

3. Ulusal çerçevenin kişisel kapsamı, istihdam ilişkilerinin niteliğine ve ücretli olup olmadıklarına bakılmaksızın, kamuda veya özel sektörde çalışan tüm kişileri kapsamalıdır.

4. Ulusal çerçeve, işe alma sürecinde veya iş sözleşmesinin imzalanması öncesi müzakerenin başka bir aşamasında kamu yararına yönelik bir tehdit veya zarara ilişkin bilgi elde edilmişse, iş ilişkisi sona ermiş veya muhtemelen henüz başlamamış kişileri de içermelidir.

(...)

14. Bilgilerin bildirilmesi ve ifşa edilmesi için kullanılacak kanallar şunları içerir:

- Bir kuruluş veya şirket içinde dâhili bildirim (bildirimleri karşılamak üzere atanmış güvenilir kişiler dâhil olmak üzere);

- Kamusal alanda düzenleyici kurumlara, kolluk kuvvetlerine ve denetim kurumlarına bildirimde bulunma;

- Belgelerin kamuya açık şekilde örneğin bir gazeteciye veya parlamentere ifşa edilmesi.

Her durumun kendine özel koşulları en uygun yolu belirleyecektir.

(...)

21. Muhabirler, işverenlerinden ve bu işveren için çalışan veya onun adına hareket eden kişilerden gelecek doğrudan veya dolaylı her türlü misillemeye karşı korunmalıdır (...).

22. Bildirimde bulunan veya bilgi ifşa eden kişi, bilgilerin doğruluğuna inanmak için makul gerekçeleri olması şartıyla, yalnızca olay ve olguları değerlendirirken hata yaptığı veya kamu yararına yönelik algılanan tehdidin gerçekleşmediği gerekçesiyle korumasından yararlanma hakkını kaybetmemelidir.

(...)

24. Muhabirin, işveren tarafından kurulan dâhili bildirim sistemine başvurmadan kamuya bilgi ifşa etmiş olması, muhabire sağlanacak tazminat veya koruma düzeyine karar verilirken dikkate alınabilir.

(...). ”

Tavsiye Kararı’nın gerekçelerinde şu hususlar belirtilmiştir:

“ (...)

31. Kişiye, kamu yararına yönelik tehdit veya zarara ilişkin bilgilere ayrıcalıklı erişim sağlayan, muhabirin özel yasal statüsünden (örneğin çalışan) ziyade fiili istihdam

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

ilişkisidir. Ayrıca, istihdam edilmiş veya başka bir mesleki faaliyette bulunan kişilerin statüsünün yasal tanımı ve bundan kaynaklanan haklar ve yükümlülükler, bir Üye Devletten diğerine değişebilir. Diğer taraftan, üye Devletleri, Tavsiye Kararı'nın kişisel uygulama alanı hakkında geniş bir yaklaşım benimsemeye teşvik etmenin tercih edilebilir olduğu değerlendirilmiştir. Bu nedenlerle kişisel uygulama alanının, kişinin "çalışma ilişkisi" (...) referans alınarak tanımlanmasına karar verilmiştir (...).

3. Avrupa Birliği Yasalarının İhlal Edildiğini Bildiren Kişilerin Korunmasına İlişkin Avrupa Direktifi

58. Birlik hukukunun ihlal edildiğini bildiren kişilerin korunmasına ilişkin Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (AB) 2019/1937, 23 Ekim 2019 tarihinde kabul edilmiştir. Üye Devletlerin bu direktife uymak için gerekli kanun, yönetmelik ve idari hükümleri en geç 17 Aralık 2021 tarihine kadar yürürlüğe koyması gerekiyordu.

Direktif'te, AB hukuku ihlallerini bildiren kişilerin korunması için diğerlerinin yanı sıra kamu alımları, mali hizmetler ve piyasalar ve kara para aklamanın ve terörün finansmanının önlenmesi, ürün güvenliği ve uyumluluğu, nakliye güvenliği, çevre koruma, radyasyondan korunma ve nükleer güvenlik, gıda ve yem güvenliği, hayvan sağlığı ve refahı, kamu sağlık, tüketicinin korunması ve gizliliğin ve kişisel verilerin korunması ile ağların ve bilgi sistemlerinin güvenliği alanlarında ortak asgari standartlar belirlemektedir.

Bu Direktif'in ilgili maddeleri aşağıdaki gibidir:

"Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi(...)

(...)

aşağıda belirtilen kanaatlere varmıştır:

(...)

(32) Bu Direktif tarafından sağlanan korumadan yararlanmak için, bildirimde bulunan kişilerin, bildirim sırasında mevcut olan bilgiler ve koşullar ışığında, bildirdikleri olay ve olguların doğru olduğuna inanmak için makul gerekçeleri olmalıdır. Bu gereklilik, kötü niyetli, hayali veya taciz edici bildirimde karşı temel bir korumadır, çünkü bildirim sırasında kasıtlı olarak ve bilerek yanlış veya yanıltıcı bilgi bildiren kişilere koruma sağlanmamasını sağlar. Aynı zamanda, bu gereklilik, iyi niyetle ihlallerle ilgili yanlış bilgileri bildirirken bildirimde bulunan kişinin korunmaya devam etmesini sağlar. Benzer şekilde, bildirimde bulunan kişiler, şayet rapor edilen bilgilerin bu Direktif'in kapsamına girdiğine inanmak için makul gerekçeleri varsa, bu Direktif tarafından sağlanan korumaya hak kazanmalıdır. Bildirimde bulunan

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

kişilerin bildirimde bulunma gerekçeleri, koruma alıp almamalarına karar vermede önemsiz olmalıdır.

(...)

(33) (...) Kamuyu aydınlatmanın demokratik ilkeler çerçevesinde, bir yandan, şeffaflık ve hesap verebilirlik gibi temel haklar ile ifade özgürlüğü ve medya özgürlüğü ve çoğulculuğu gibi temel haklar ve diğer yandan, işverenlerin örgütlerini yönetme ve çıkarlarını koruma konusundaki çıkarları ve AİHM içtihadı tarafından geliştirilen kriterlere uygun olarak zarardan korunmada kamu yararı dengelenerek korunması gerekmektedir.

(...)

(43) Birlik hukukunun ihlallerini etkili bir şekilde önlemek için, hâlihazırda gerçekleşmiş ihlalleri, henüz gerçekleşmemiş ancak gerçekleşme olasılığı yüksek ihlalleri, bildirimde bulunan kişinin ihlal olarak kabul etmesi için makul sebeplere sahip olduğu fiil veya ihmaller ile bunların yanı sıra yanı sıra ihlalleri gizleme girişimleri ortaya çıkarmak için gerekli bilgileri sağlayan kişilere koruma sağlanması gerekmektedir. Aynı nedenlerle, olumlu kanıt sunmayan ancak makul endişe veya şüpheleri dile getiren kişiler için de koruma sağlanır. Aynı zamanda, koruma, halihazırda tamamen kamuya açık olan bilgileri veya asılsız söylentileri veya söylentileri bildiren kişiler için geçerli olmamalıdır.

(...)

(46) Muhbirler, özellikle araştırmacı gazeteciler için önemli kaynaklardır. Misillemeye karşı etkili muhbir koruması sağlamak, potansiyel ihbarcılar için yasal kesinliği artırır ve böylece medya aracılığıyla ihbarda bulunmayı teşvik eder. Bu bağlamda, gazetecilik kaynakları olarak muhbirlerin korunması, demokratik toplumlarda araştırmacı gazeteciliğin “bekçi” rolünü korumak için çok önemlidir.

(47) Birlik hukuku ihlallerinin etkili bir şekilde tespiti ve önlenmesi için, ilgili bilgilerin sorunun kaynağına en yakın, en fazla soruşturma yapabilecek ve mümkünse düzeltme yetkisine sahip kişilere hızlı bir şekilde ulaşması esastır. Ülke olarak, bildirimde bulunan kişiler, bu nedenle, öncelikle dâhili bildirim kanallarını kullanmaya ve bu tür kanallara erişebiliyorlarsa ve makul bir şekilde işlemeleri beklenebiliyorsa, işverenlerine bildirimde bulunmaya teşvik edilmelidir. Bu, özellikle, bildirimde bulunan kişilerin ihlalin ilgili kuruluş içinde gerçekten giderilebileceğine ve misilleme riskinin olmadığına inandıkları durumlarda geçerlidir. Buna göre, özel sektör ve kamu sektöründeki tüzel kişiler, bildirimlerin alınması ve takibi için uygun dâhili prosedürler oluşturmalıdır. Bu teşvik, söz konusu kanalların Birlik veya ulusal hukuk tarafından gerekli kılınmaksızın kurulmuş olduğu durumlar için de geçerlidir. Bu ilke, bildirimde bulunan kişilerin kuruluş içinde kendi kendini düzeltmeye ve mükemmelliğe önemli katkı sağlayan kişiler olarak görülmesiyle,

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

kuruluşlar içinde iyi bir iletişim ve kurumsal sosyal sorumluluk kültürünün geliştirilmesine yardımcı olmalıdır.

(...)

Madde 2

Maddi uygulama alanı

1. Bu Direktif, Birlik hukukunun aşağıdaki ihlallerini bildiren kişilerin korunması için ortak asgari standartlar belirler:

a) Aşağıdaki alanları ilgilendiren, ekli belgede listelenen Birlik mevzuatının kapsamına giren ihlaller:

- i) kamuya açık pazarlar;
- ii) finansal hizmetler, ürünler ve pazarlar ve kara para aklama ve terörün finansmanının önlenmesi;
- iii) ürün güvenliği ve uyumluluğu;
- iv) ulaşım güvenliği;
- v) çevrenin korunması;
- vi) radyasyondan korunma ve nükleer güvenlik;
- vii) insan beslenmesine ve yeme yönelik güvenlik, hayvan sağlığı ve refahı;
- viii) kamu sağlığı;
- ix) tüketicilerin korunması;
- x) özel hayatın ve kişisel verilerin korunması ile ağların ve bilgi sistemlerinin güvenliği;

b) Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın 325. maddesinde atıfta bulunulan ve ilgili Birlik tedbirlerinde belirtilen, Birliğin mali çıkarlarını etkileyen ihlaller;

c) Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın 26. maddesinin 2. fıkrasında atıfta bulunulan iç pazarla ilgili ihlaller, rekabet ve Devlet yardımına ilişkin Birlik kurallarının ihlalleri dâhil olmak üzere, kurumlar vergisine ilişkin yürürlükteki kurallara veya kurumlar vergisi mevzuatının amaç veya amacını ortadan kaldıran vergi avantajı elde etmeye yönelik düzenlemelere aykırı hareketler nedeniyle iç pazara ilişkin ihlaller.

2. Bu Direktif, Üye Devletlerin 1. paragrafta atıfta bulunulmayan alanlar veya eylemlerle ilgili olarak ulusal hukuk kapsamındaki korumayı genişletme yetkisine halel getirmez.

Madde 3

Diğer Birlik kanunları ve ulusal hükümlerle bağlantı

1. Ek belgenin II. Bölümünde listelenen sektörel Birlik mevzuatında ihlallerin bildirilmesine ilişkin özel kuralların sağlandığı durumlarda, bu kurallar uygulanır. Bu Direktifin hükümleri, bir konunun Birliğin bu sektörel düzenlemeleri ile zorunlu olarak düzenlenmesi gerekmediği sürece geçerlidir.

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

2. Bu Direktif, Üye Devletlerin ulusal güvenliği sağlama sorumluluğunu veya temel güvenlik çıkarlarını koruma güçlerini etkilemez. Özellikle, ilgili Birlik mevzuatı bunları yönetmediği sürece, savunma veya güvenlik konularını içeren kamu alımları kurallarının ihlal edildiğine ilişkin bildirimler için geçerli değildir.

3. Bu Direktif, Birlik veya aşağıdakilerle ilgili ulusal yasaların uygulanmasını etkilemez:

- a) Sınıflandırılmış bilgilerin korunması;
- b) Avukat-müvekkil mahremiyetinin ve tıbbi gizliliğin korunması;
- c) Adli müzakerelerin gizliliği;
- d) Ceza muhakemesi alanındaki kurallar.

4. Bu Direktif, işçilerin temsilcilerine veya sendikalara danışma haklarını kullanmalarına ilişkin ulusal kuralları ve bu tür bir istişareden kaynaklanan her türlü haksız önyargıya karşı korumanın yanı sıra sosyal ortakların özerkliği ve toplu sözleşme yapma haklarını etkilemez. Bu durum, bu Direktif tarafından sağlanan koruma düzeyine hanel getirmez.

Madde 4

Bireysel uygulama alanı

1. Bu Direktif, özel veya kamu sektöründe çalışan ve en azından aşağıdakiler dâhil olmak üzere mesleki bağlamda ihlaller hakkında bilgi edinmiş olan bildirimde bulunan kişiler için geçerlidir:

- a) Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın 45. maddesinin 1. fıkrası anlamında memurlar da dâhil olmak üzere işçi statüsündeki kişiler;
- b) Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın 49. maddesi anlamında serbest çalışan statüsüne sahip kişiler;
- c) Hissedarlar ve bir şirketin idari, yönetim veya denetim organının üyeleri, icracı olmayan üyeler dâhil olmak üzere, gönüllüler ve ücretli veya ücretsiz stajyerler;
- d) Yüklenici, taşeron ve tedarikçi firmaların gözetimi ve yönlendirmesi altında çalışan herkes.

2. Bu Direktif ayrıca, sona ermiş olan bir istihdam ilişkisi sırasında elde edilen ihlaller hakkında bilgi veren veya kamuya ifşa eden bildirimde bulunan kişiler için de geçerlidir.

3. Bu Direktif, işe alım sürecinde veya diğer iş sözleşmesi öncesi müzakereler sırasında ihlallere ilişkin bilgilerin elde edildiği durumlarda, istihdam ilişkisi henüz başlamamış olan ve bildirimde bulunan kişiler için de geçerlidir.

(...)

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

Madde 6

Bildirimde bulunan kişilerin korunma koşulları

1. Bildirimde bulunan kişiler, aşağıdaki koşullar sağlandığı takdirde, bu Direktif tarafından sağlanan korumadan yararlanır:

a) İhlaller hakkında bildirilen bilgilerin bildirim sırasında doğru olduğuna ve bu tür bilgilerin bu Direktif'in kapsamına girdiğine inanmak için makul gerekçeleri bulunması ve

b) Kişilerin 7. madde uyarınca dâhili olarak veya 10. madde uyarınca harici olarak bildirimde bulunmuş olmaları veya 15. maddeye uygun şekilde kamuya açıklamada bulunmuş olmaları durumunda.

(...)

Madde 7

Dâhili bildirim kanalları aracılığıyla yapılan bildirimler

1. Genel bir kural olarak ve 10 ve 15. maddelere hâlel getirmeksizin, ihlallerle ilgili bilgiler bu bölümde belirtilen dâhili bildirim kanalları ve prosedürleri aracılığıyla bildirilebilir.

2. Üye Devletler, ihlalin dâhili olarak etkili bir şekilde giderilebildiği ve bildirimde bulunan kişinin herhangi bir misilleme riskinin bulunmadığını düşündüğü durumlarda, harici bildirim kanalları aracılığıyla bildirimde bulunmadan önce dâhili bildirim kanalları aracılığıyla bildirimini teşvik edeceklerdir.

(...)

Madde 10

Harici bildirim kanalları aracılığıyla yapılan bildirimler

Bildirimde bulunan kişiler, 15. maddenin 1. fıkrasının b) bendine hâlel getirmeksizin, dâhili bildirim kanalları aracılığıyla veya doğrudan harici bildirim kanalları aracılığıyla bildirimde bulunduktan sonra, 11 ve 12. maddelere atıfta bulunulan kanalları ve prosedürleri kullanarak ihlallerle ilgili bilgileri bildirir.

(...)

Madde 15

Kamuya açıklama

1. Kamuya açıklama yapan kişi, aşağıdaki koşullardan birinin gerçekleşmesi durumunda bu Direktif'in sağladığı korumadan yararlanır:

a) Kişi ilk olarak Bölüm II ve III uyarınca dâhili ve harici bildirimde bulunmuş veya doğrudan bir harici bildirimde bulunmuş, ancak 9. maddenin 1. fıkrasının f) bendinde veya 11. maddenin 2. fıkrasının d) bendinde atıfta bulunulan süre içinde bildirim karşılık olarak herhangi bir uygun işlem yapılmamışsa, ya da

b) Kişinin aşağıda belirtilen hususlara inanmak için makul gerekçeleri varsa:

i. İhlal, örneğin acil bir durum veya geri dönüşü olmayan bir zarar riski söz konusu olduğunda, kamu yararına yakın veya açık bir tehlike oluşturabilir veya

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

ii. Harici bildirimde bulunulması durumunda, delillerin gizlenebileceği veya yok edilebileceği veya bir makamın ihlal edenle gizli anlaşma içinde olabileceği veya ihlale karışabileceği durumlar gibi durumlarda, misilleme riskinin olması veya davanın özel koşulları nedeniyle ihlalin etkili bir şekilde giderilme şansının düşük olması.

2. Bu madde, bir kişinin ifade ve bilgi özgürlüğü ile ilgili bir koruma sistemi oluşturan belirli ulusal hükümler kapsamında doğrudan basına bilgi ifşa ettiği durumlara uygulanmaz.

(...)

Madde 19

Misilleme yasağı

Üye Devletler, misilleme tehditleri ve misilleme girişimleri de dâhil olmak üzere, 4. maddede atıfta bulunulan kişilere karşı her türlü misillemeyi yasaklamak için gerekli önlemleri alacaklardır (...).

(...). ”

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞME’NİN 10. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

59. Başvuran, hakkında verilen mahkûmiyet kararının, Sözleşme’nin 10. maddesiyle öngörüldüğü şekliyle, ifade özgürlüğü hakkına orantısız bir müdahale teşkil ettiğini iddia etmektedir. Bu hüküm aşağıdaki gibidir:

“Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma veya verme özgürlüğünü de (...) kapsar.

Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, kanunla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir. ”

A. Daire Kararı

60. Daire, 11 Mayıs 2021 tarihli kararında, öncelikle başvuranın Mahkeme içtihatları anlamında bir muhbir olarak değerlendirilebileceğini kabul etmiştir. Daire ardından, ulusal mahkemelerin *Guya/Moldova* ([BD], no. 14277/04, §§ 74-95, AİHM 2008) kararından doğan, ifşayı gerçekleştirmek için başka yolların

varlığı veya yokluğu, açıklanan bilgilerin temsil ettiği kamu yararı, başvuranın iyi niyeti, açıklanan bilgilerin doğruluğu, işverene verilen zarar ve yaptırımın ağırlığı gibi çeşitli kriterlere riayet edip etmediğini doğrulamıştır. Daire, ilk dört kriterin taraflar arasında herhangi bir tartışmaya konu olmadığını tespit ederek, somut olayda sadece ifşa edilen bilginin kamu menfaatinin ve işverene verilen zararın ağırlığı ile cezanın ağırlığına ilişkin kriterlerin sorgulandığı sonucuna varmıştır.

61. Dolayısıyla Daire, ulusal mahkemeler tarafından yürütülen çatışan çıkarların tartılmasına odaklanmıştır. Bu bağlamda, Daire, İstinaf Mahkemesi'nin, başvuran tarafından ifşa edilen belgelerin “temel, yeni ve şimdiye kadar bilinmeyen bilgiler sağlamadığı” yönündeki tespiti üzerinde durmuştur. Daire, bu niteleyici kriterler hakkında karar verirken, bunların, “aksine, Yargıtayın ilgili özel ve kamu menfaatlerinin dengelenmesine ilişkin kapsamlı muhakemesine dâhil edilmiş” olması sebebiyle, Yargıtayın konuyla ilgili Mahkeme içtihadına herhangi bir yeni kriter ekmediği kanaatine varmıştır. Daire bu kanaate varırken, bunları “diğer durumlarda çok dar olabilecek, ancak bu davada İstinaf Mahkemesi tarafından dikkate alınan diğer verilerle birlikte, başvuranın açıklamalarının PwC'nin zararını ölçmek için yeterince ilgi çekici olmadığı sonucuna varmak için kullanılan ayrıntılar” olarak nitelendirmiştir (Daire kararının 109. paragrafı). Daire, İstinaf Mahkemesinin, başvuranın ifşa ettiği belgelerin, ifşasının verdiği zarar dikkate alındığında, beraat etmesi için yeterli ilgiyi taşımadığı sonucuna varmak için Mahkeme içtihadında belirtilen kriterlere ilişkin unsurları dikkatli bir şekilde incelemekle sınırlı kaldığı sonucuna varmıştır.

62. Daire, cezanın ağırlığına ilişkin kriterle ilgili olarak, başvurana verilen cezanın, nispeten ılımlı olduğu ve başvuranın veya diğer çalışanların ifade özgürlüğünü kullanması üzerinde gerçek anlamda caydırıcı bir etkiye sahip olmadığı kanaatine varmıştır (Daire kararının 111. paragrafı).

63. Daire, ulusal mahkemelerin bir yanda başvuranın işverenin haklarının korunması gerekliliği ile diğer yanda başvuranın ifade özgürlüğünün korunması gerekliliği arasında adil bir denge gözettiği kanaatine vararak, ikiye karşı beş oyla, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

B. Tarafların iddiaları*1. Başvuranın iddiası*

64. Başvuran, ulusal mahkemelerin, kendisinin muhbir olmadığı çıkarımında bulunmak ve bu statüye bağlı korumayı reddetmek amacıyla Guja kararında belirlenen kriterleri (yukarıda anılan, bundan sonra metinde “Guja Kriterleri” olarak anılacaktır) uyguladığını ileri sürmektedir. Başvuran bu konuyla ilgili olarak, Dairenin bu statüye bağlı koruyucu rejimden yararlanmasına izin verilmemesinin, “Guja kriterlerinin” doğru uygulanmasından kaynaklanıp kaynaklanmadığını kontrol etmeden önce kendisinin muhbir sıfatını kabul etmiş olmasına rağmen, İstinaf Mahkemesinin, bunun aksine, muhbir statüsüne sahip olmadığı sonucuna varmadan önce, muhbirin koruyucu rejiminin kurucu unsurlarının karşılanıp karşılanmadığını kontrol ettiğini vurgulamaktadır.

65. Başvurana göre, bu soruların inceleme sırasını netleştirme ihtiyacına ek olarak, “Guja kriterlerinin” uygulanması bağlamında gerçekleştirilmesi gereken, çatışan çıkarlar arasındaki dengenin koşullarını belirleme ihtiyacı da bulunmaktadır. Başvuran, genel olarak, İstinaf Mahkemesini “Guja kriterlerini” tek yönlü olarak uyguladığı için eleştirmektedir. Bu noktada, Daire kararına ekli muhalefet şerhine atıfta bulunarak, “Guja içtihat hukukunun beşinci kriteri” kapsamında çatışan çıkarların dengelenmesinin tek yönlü şekilde değil, ilgili bütün kriterleri içeren 10. maddeye dayanan bütün bir inceleme ışığında yapılması gerektiğini ileri sürmektedir.

66. Başvuran, ilk olarak, dengeleme çalışmasında dikkate alınması gereken ihtilaflı ifşaatların yol açtığı zararlar ilgili olarak, Mahkeme içtihatlarının gelişiminin izini sürmekte ve bu kavramın “işverene verilen zarar” kavramına dönüştüğünü ileri sürmektedir (*Heinisch/Almanya*, no. 28274/08, §§ 88-90, AİHM 2011 (özetler) ve *Gawlik/Lihtenştayn*, no. 23922/19, § 79, 16 Şubat 2021). Başvuran, Mahkeme tarafından başlangıçta benimsenen ve kendisine göre Devlete karşı kamu güvenini koruma ihtiyacını kapsayan kriterin dönüştürülmesinde ısrar etmektedir. Bu bağlamda başvuran, Mahkemenin *Bucur ve Toma* davalarında (no. 40238/02, §§ 114-115, 8 Ocak 2013), *Medžlis Islamske Zajednice Brčko ve diğerleri/Bosna-Hersek* ([BD], no. 17224/11, § 80, 27 Haziran 2017) ve *Gawlik* (yukarıda anılan, § 79) vardığı sonuçlara atıfta bulunmakta ve muhbirin, özel sektör

çalışanı olduğu bir durumda “işverenin zararı” kriterinin uygulanmasının sonuçlarını vurgulamaktadır. Mevcut davada bu, tartışmalı olguların bilinmesindeki genel menfaatin, bir şirketin özel menfaatine karşı tartılmasına yol açardı ki başvuran bu durumun potansiyel olarak tehlikeli bir sapma oluşturduğunu düşünmektedir.

67. Başvurana göre, “*Guja* kriterlerinin” böyle bir yorumu, tartılan menfaatlerin (ilgili ağırlıklarına bakılmaksızın) eşit öneme sahip olduğu fikrini uyandırmakta ve bir yandan başvuranın ifade özgürlüğünü, diğer yandan işverenin itibarını zedeleyen bir hak çatışmasına yol açabilecek riskler doğurmaktadır. Başvuran, kendisine göre, çatışan çıkarları dengelemekten Sözleşme’nin 10 ve 8. maddeleri tarafından korunan haklar arasındaki bir çatışmayı çözmeye çalışmak anlamına gelecek bu türden bir gelişime itiraz etmektedir.

68. Başvuran, ikinci olarak, dengeleme işleminde de dikkate alınması gereken, açıklanan bilgilerin temsil ettiği kamu yararına ilişkin olarak, İstinaf Mahkemesinin açıklanan belgelerin “temel, yeni ve şimdiye kadar bilinmeyen” bilgiler sağlamadığına karar vermeden önce böyle bir menfaatin varlığını kabul ederek kendisiyle çelişeceğini ileri sürmektedir. İstinaf Mahkemesi, ifade özgürlüğünün etkili bir şekilde korunmasını kısıtlama etkisine sahip olan bu yeni gereklilikleri ekleyerek, ulusal makamların takdir yetkisini genişletmiş olurdu. Mahkemenin içtihadına göre, kamuyu ilgilendiren bir konuda süren bir tartışmanın varlığının, bu tartışmayı besleyen yeni bilgilerin sunulmasından yana olacağı sebebiyle, kamu menfaatini ilgilendiren bilgi kavramına yönelik bu tür “açıklamalar”, konuyla daha az ilgili olacaktır (*Dammann/İsviçre*, no. 77551/01, § 54, 25 Nisan 2006).

69. Başvuran ayrıca, açıklanan bilgilerin, ifşa edilmesi nedeniyle şirkete verilen zararı haklı çıkarmak için sahip olması gereken özelliklere ilişkin Daire tarafından varılan tespiti (kararın 109. maddesi) de itiraz etmektedir. Başvuran, “Luxleaks” tartışmasına katkısının, kamu menfaati kriterinin değerlendirilmesi bağlamında belirleyici görülmemesi durumunda, işverenin itibarına verdiği zarara katkısının nasıl bu şekilde değerlendirilebileceği sorusunun cevabını merak etmektedir.

70. Başvuran daha sonra, özel sektörde çalışıyor olmasından kaynaklandığına inandığı mevcut davanın özgünlüğüne değinmektedir. Başvuran, Mahkeme içtihatlarını inceleyerek, İstinaf Mahkemesi tarafından *Guja* içtihatlarının “kısmi, yanlış ve yanıltıcı” uygulanmasının, bir yanda ifşaatlardan haberdar olma konusundaki kamu yararı ile muhbirin ifade özgürlüğü ve diğer yanda şirketin ticari itibarı arasındaki dengeyi şirket lehine bozduğunu ileri sürmektedir. Başvurana göre, burada *Steel ve Morris/Birleşik Krallık* kararından beri kabul edilen çözümün tamamen tersine çevrilmesi söz konusudur (no. 68416/01, § 95, AİHM 2005-II).

71. Başvuran işvereni PwC tarafından ilk kez cezalandırıldıktan sonra (kendisini işten çıkarmıştır), bu davada Devletin, ceza mahkemeleri tarafından da yaptırım uyguladığının altını çizmektedir (*Kayasu/Türkiye*, no. 64119/00 ve 76292/01, 13 Kasım 2008 ve yukarıda anılan *Bucur ve Toma*). Başvuran, işverene verilen zarara dayalı kriterin uygulanmasının, özel sektör istihdam ilişkisi bağlamında verilen uyarı durumlarına genişletilmesi riskinde ısrar etmektedir. Bu nedenle başvuran, özel sektöre mensup muhbirler bakımından işverene verdiği zarar kriterini sadece mesleki yaptırım uygulandığı ve orantılılığının tartışıldığı hallerde saklı tutmayı önermektedir.

72. Başvuran, mevcut davada Dairenin, başvuranın (zaten görevden alınmış olmasına rağmen) işverenin itibarına zarar vermiş olması nedeniyle, cezaya mahkûm edilmesinin haklı olduğunu kabul ederek, kararında muhbirin korumasının ortadan kalkması sonucunun doğmasına sebep olduğunu vurgulamaktadır.

73. Başvuran ayrıca işverenin uğradığı zarar kriterinden vazgeçilerek *Guja* içtihat hukukunun değiştirilmesini tavsiye etmektedir. Başvurana göre, güncel olarak, Edward Snowden, Julian Assange veya Chelsea Manning davalarının da göstereceği gibi, muhbirlerin üzerindeki asıl risk, disiplin niteliğinden (azarlama veya işten çıkarma) ziyade cezai nitelikte olacaktır. Başvuran, muhbirlerin korunması ile işverene verilen zarar arasında hiçbir bağlantı kurulmayan böyle bir gelişmenin, Birlik hukuku ihlallerini bildiren kişilerin korunmasına ilişkin AB Direktifi (yukarıdaki 58. paragraf ve bundan sonra metinde “AB Direktifi” olarak anılacaktır) ile tutarlı olacağını savunmaktadır. Bu bağlamda başvuran, bu alanda uygulanabilir kanunların uyumlaştırılması arzu edildiğinden, Avrupa Konseyine

Üye Devlerin büyük çoğunluğunun, ulusal mahkemelerin uygulamak zorunda kalacağı bu Direktifi iç hukuklarına aktarması gerektiğini hatırlatmaktadır.

74. Son olarak başvuran, Mahkemenin muhbirler için bir tanım ve gerçek bir statü geliştirerek, *Guja* içtihat hukukunun ötesine geçmesinin gerekliliğini vurgulamaktadır. Bu bağlamda başvuran, Lüksemburg İş Kanunu’nun L.271-1 maddesine ve 5 Mayıs 1993 tarihli Finans Sektörü Kanunu’nun 38-12 maddesine atıfta bulunarak, olayların meydana geldiği dönemde geçerli olan metinlerin, bir tanım vermeksizin veya bu statünün tanınmasına ilişkin yasal rejimin uygulanmasına ilişkin kriterleri belirtmeksizin, muhbir statüsünün varlığını ortaya koyduğunu tespit etmektedir. Diğer taraftan başvuran, demokrasinin “bekçi köpeği” olarak tanımladığı muhbirler kategorisine giren kişilerin yararına bir karine sistemi lehinde argümanlar geliştirmektedir.

75. Muhbirin tanımına ilişkin olarak, başvuran, kendi isteğiyle daha az teorik olabilecek, Sözleşme’nin 10. maddesi anlamında pretoryen bir tanımı talep ederek, Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisinin “muhbirlerin” korunmasına ilişkin 1729 (2010) sayılı Kararı (yukarıda 55. paragraf ve daha sonra “1729 (2010) sayılı Tavsiye Kararı” olarak anılacaktır), Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 30 Nisan 2014 tarihli Tavsiye Kararı (yukarıda 55. paragraf ve daha sonra, “(2014)7 sayılı Tavsiye Kararı” olarak anılacaktır) ve düşünce ve ifade özgürlüğü hakkının geliştirilmesi ve korunmasına ilişkin BM Özel Raportörü’nün 8 Eylül 2015 tarihli A/70/361 sayılı Raporu’nda (yukarıda 57. paragraf ve daha sonra “BM Özel Raportörü” olarak anılacaktır) yer alan tanımlara atıfta bulunmaktadır.

76. Başvuran, Mahkemenin içtihadının incelenmesinden hareketle, muhbire ilişkin şu tanımı önermektedir: Kamu yararına zarar verebilecek ahlaki veya cezai bir hatanın varlığını ortaya koyan ve (...) harici kişilerle ahlaka uygun bir şekilde paylaşmakla (...) yükümlü olduğunu hissettiği, kendi işi kapsamında elde edilen (...) belgelere dayandırılan bilgileri ifşa ederek, görevine bağlı sadakat, ihtiyat ve takdir yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle “işvereni ve/veya Devlet tarafından cezalandırılmasından şikâyet eden (...) bir kişi”. Başvuran, bu bilgiyi kamuoyunun dikkatine sunan kişinin resmi olarak korunması yoluyla önemli ölçüde korunan belirli bir bilgi türünün bilinmesine bağlı kamu yararının söz konusu olduğu hususu üzerinde durmaktadır.

77. Bu konuya ilişkin yapılması gereken denetimin niteliğine ilişkin olarak, başvuran, ikincillik ilkesinin Sözleşme’ye Ek 15 No.lu Protokol’de açıkça yer alsa bile, Mahkemenin Sözleşme’nin uygulanması için ulusal mahkemeler tarafından kabul edilen gerekçe ve kriterler hakkında hem usul hem de esas yönünden bir denetim yapmasını engellemesine yönelik herhangi bir nedenin bulunmadığını vurgulamaktadır. Bu bağlamda, başvuran, İstinaf Mahkemesinin muhbirin korunmasına yönelik *özel hükümlerin (lex specialis)* Sözleşme’nin 10. maddesinin teşkil ettiği *genel hükümlerle (lex generalis)* ne şekilde birbirine bağlı olması gerektiği hususuna saygı göstermediğini iddia etmekte ve ulusal hâkimlerin sözleşmeye dayanan sistemde kendilerine ait olan görevi yerine getirmemeleri halinde, Mahkemenin bizzat adaleti ve hukuku yeniden tesis etmek için söz konusu menfaatler arasında bir denge kurması gerektiğini ileri sürmektedir.

78. Ulusal mahkemelerin mevcut davada gerçekleştirdikleri dengeleme uygulamasına ilişkin olarak, başvuran, bu mahkemelerin Mahkeme tarafından belirlenen kriterlere resmi olarak atıfta bulunmalarının yeterli olmadığını, ayrıca bu kriterleri doğru bir şekilde uygulamalarının gerekli olduğunu vurgulamaktadır. Başvuran, *Perinçek/İsviçre* ([BD], no. 27510/08, AİHM 2015 (özetler)) ve *Aksu/Türkiye* ([BD], no. 4149/04 ve 41029/04, AİHM 2012) davalarını ileri sürerek, “ulusal düzeyde yapılan dengelemenin yeterli olmaması halinde, bilhassa söz konusu temel haklardan birinin önemi veya kapsamının gerektiği gibi dikkate alınmaması durumunda, ulusal hâkime tanınan takdir yetkisinin dar olduğunu” hatırlatmaktadır.

79. Başvuranın ifadesine göre, mevcut davada, ulusal makamlar, özellikle ihtilaf konusu yaptırımın caydırıcı etkisinin değerlendirilmesine ilişkin olarak, *Von Hannover/Almanya (no. 2)* ([BD], no. 40660/08 ve 60641/08, AİHM 2012) içtihadının gerekliliklerine veya *Axel Springer AG/Almanya (no. 2)* (no. 48311/10, 10 Temmuz 2014) içtihadının gerekliliklerine saygı göstermemişlerdir. Bu durum, Mahkemenin, ikincillik ilkesine saygı çerçevesinde, kendi değerlendirmesini ulusal mahkemelerin değerlendirmesinin yerine koymasını sağlamalıdır.

80. Bu sonuca varırken, başvuran, mevcut davanın koşullarında, İstinaf Mahkemesi tarafından verilen kararın kabul edilmesinin, Sözleşme’nin 10. maddesi

tarafından muhbirlerle yönelik sağlanan korumanın etkinliğinin ciddi bir şekilde sorgulanmasına neden olabileceğini ileri sürmektedir.

2. Hükümetin İddiası

81. Hükümet, başvuranın görüşünü, bu statüye bağlı korunma talebinde bulunan kişilerin, kendileri tarafından ifşa edilen bilgilere ilişkin kamu yararının bu ifşa nedeniyle işveren tarafından maruz kalınan zarara nazaran ağır bastığını bundan böyle kanıtlamak zorunda kalmamaları amacıyla Mahkemenin muhbirlerle ilişkin içtihadını değiştirme isteği olarak incelemektedir. Hükümet, başvuranın iddialarına karşı çıkmaktadır ve mevcut davada ilgili Dairenin kararına dayanmaktadır (özellikle 95-99 ve 109-111. paragraflarda).

82. Hükümet, ulusal takdir yetkisinden yararlanarak, ulusal hâkimlerin muhbirlerin korunması konusunda Mahkemenin içtihadında belirlenen gerekliliklere titiz bir şekilde saygı gösterdiklerini ileri sürmektedir.

83. Hükümet, *Jersild/Danimarka* (23 Eylül 1994, § 31, A serisi no. 298) davasını ileri sürerek, Mahkemenin Sözleşme'nin 10. maddesi bakımından bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına ilişkin denetiminin kapsamını sınırlandırdığını ileri sürmektedir. Öte yandan Hükümet, mevcut davada başvuranın bilgi iletme hakkı ile başvuranın işverenin itibarının korunması hakkı arasında bir çatışmanın söz konusu olduğunu belirterek, *Von Hannover* (no. 2) (yukarıda anılan karar, § 106) kararına atıfta bulunmaktadır. Sözleşme'nin 10. maddesi açısından Mahkeme tarafından tanımlanan özel gerekliliklere ilişkin olarak, bilgi iletme hakkını ileri süren kişinin muhbir statüsünden yararlanması nedeniyle (yukarıda anılan *Guja* kararı, §§ 73 ila 76), Hükümet, mevcut davada, ulusal hâkimlerin, özellikle bilgilerin ifşa edilmesinin oluşturduğu kamu yararı ile işverenin uğradığı zarar arasında kurulması gereken dengeye ilişkin beşinci kriterle ilgili olarak, “*Guja* kriterlerine” yönelik doğru bir uygulama yaptıklarını ileri sürmektedir.

84. Hükümet öte yandan, ulusal makamların uygulanabilir koruma standartlarına yönelik doğru bir uygulama ve belirli bir davada mevcut olan hak ve menfaatlerin karşılıklı önemine ilişkin doğru bir değerlendirme için gereken bilgilere sahip olmaları amacıyla, hem bunları uygulamak için tanımlanan değerlendirme kriterleri hem de ortaya konulan ilkeler konusunda, Mahkeme

tarafından geliştirilen içtihat derlemesinin yeterince açık olduğunu ileri sürmektedir. Hükümet, Mahkemenin inceleyebildiği yakın tarihli davalarda ayrıca onaylanan “*Guja kriterlerinin*” (örnek olarak bk. *Norman/Birleşik Krallık*, no. 41387/17, §§ 83 ve devamı, 6 Temmuz 2021), ulusal makamlara, muhbirlerin ifade özgürlüğünün korunmasını sağlayabilmeleri için yeterli bir çerçeve sunduğunu ileri sürmektedir.

85. Hükümet ayrıca, yalnızca ifşa edilen bilgiye yönelik kamu yararı ile işverenin bundan dolayı uğradığı zarar arasında bir dengenin kurulmasına ilişkin beşinci “*Guja kriterinin*” Büyük Daire önünde ele alındığını ileri sürmekte ve görüşlerinin bu kritere ilişkin yapılan uygulamayla sınırlı olduğunu belirtmektedir. Hükümet, ihtilaf konusu ifşanın yalnızca küçük bir kamu yararı sunduğu ve A.D.nin ifşasının ardından, gizli belgeleri ele geçirmek ve ifşa etmek amacıyla başvuran yeni bir kanun ihlalini gerçekleştirmesi için zorlayıcı bir nedenin bulunmadığı kanaatine vararak (ilgili Dairenin kararının 33. paragrafı), ulusal hâkimlerin *Guja* kararında tanımlanan denetim tablosuna uygun olarak bir denge kurduklarını iddia etmektedir. Ulusal hâkimler, bu karara varırken, başvuran tarafından ifşa edilen bilgilerin belirli bir kamu yararı sunmasına rağmen, söz konusu menfaatin bununla birlikte çok küçük olduğu, zira bu bilgilerin:

- Ve özellikle A.D. tarafından daha önce ifşa edilen 538 vergi özelgesi dosyasına karşılık gelen 20.000 sayfalık vergi belgeleri dâhil olmak üzere, 45.000 sayfalık gizli belgelerle karşılaştırılmak üzere, 14 vergi beyannamesi ve iki ek yazı dâhil olmak üzere 16 belgeyle sınırlı olduğu;

- Vergi optimizasyonu tekniği hakkında herhangi bir açıklama içermediği;

- A.D. tarafından daha önce gerçekleştirilen ifşaların ardından gazeteci E.P.nin daha önce sahip olduğu vergi özelgelerini tamamlamak amacıyla değil, ancak yalnızca ilgili vergi mükelleflerinin tanınması kriterine dayanılarak seçildiği;

- Lüksemburg’da yerleşik olan çok uluslu şirket grubu A.nın esasen bu ülkedeki bir ticari faaliyetten kaynaklanmayan bir ciro beyan ettiğini ve A.M. şirket grubunun vergi indirimlerinin uygulanmasına imkân veren gruplar arası kredilere başvurduğunu göstermek amacıyla vergiden kaçınmaya ilişkin bir televizyon programında kullanıldığı (İlgili Dairenin kararının 34. paragrafı);

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

- Ve ilke olarak uzun bir süreden beri bilinen çok uluslu şirketlerin malvarlığının yapılandırılması konusunda olağan uygulamaları göstermekle yetinerek, A.D. tarafından gerçekleştirilen vergi özelgeleri uygulamasına ilişkin ifşalara aykırı olarak tamamen yeni olmadığı kanısına varmışlardır.

86. Hükümet ayrıca, başvuranın bir şirket denetçisinin iş arkadaşı, aynı şekilde bir doktor veya avukatın iş arkadaşı olarak bağlı kaldığı mesleki gizliliği ihlal edecek bir şekilde yapılan ifşanın hak ve menfaatlara ilişkin üç kategoriye zarar verdiğini vurgulamaktadır:

- İşverenin hak ve menfaatleri,
- Ifşa edilen verileri işverene veren kişilerin hak ve menfaatleri,
- Kişisel verilerin korunması amacıyla mesleki gizlilikle güvence altına alınan kamu yararına.

Maruz kalınan zararın başvuranın işvereni tarafından yalnızca sembolik bir avro olarak değerlendirilmesi koşulu -ki bu, Lüksemburg'ta yaygın bir iddiadır-, bu değerlendirmeleri hiçbir şekilde değiştirmeyecektir. Hükümet, Sözleşme tarafından güvence altına alınan bir hakkın ihlalinin mağdurunun, bununla birlikte mevcut davada miktarının belirlenmesi zor olan, zararına ilişkin maddi tazminattan daha ziyade bu ihlalin kabul edilmesini sağlamayı tercih edebilmesinin itiraz edilemez bir durum olduğunun altını çizmektedir.

87. Hükümet, bu değerlendirmelerin tamamını dikkate alarak, ulusal makamlara verilen takdir yetkisini aşmaksızın, İstinaf Mahkemesinin “Luxleaks” isimli dava kapsamında somut bir şekilde değerlendirilen, işverenin uğradığı zararın, ihtilaf konusu vergi beyannamelerinin ifşasının kamuoyu açısından oluşturduğu menfaatten daha ağır bastığı kanısına varabildiği sonucuna varmıştır. Hükümet, başvuranın mesleki gizliliğin ihlali nedeniyle para cezası ödemeye mahkûm edilmesinin Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlali olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varmıştır.

88. Hükümet, özellikle ihtilaf konusu bilgilerin ifşasının oluşturabileceği kamu yararı hususuna geri dönerek, ulusal mahkemelerin buna ilişkin kısıtlayıcı bir yorumlamayı kabul etmediklerini ileri sürmektedir. Hükümet, başvuranın, ulusal hâkimlerin “yeni bir bilginin” açıklanmasını gerektirerek, yeni bir kriter oluşturdukları yönündeki değerlendirmesini reddetmektedir. Hükümet, ilgili

Dairenin kararına eklenen muhalefet şerhini sunanlardan bu hususta ayrılarak, “temel, yeni ve bilinmeyen bir bilginin” verilmesinin bunun ifşasına bağlı bir kamu yararının varlığının nitelendirilmesinin bir koşulunu teşkil etmediğini, ancak diğerlerinin yanı sıra, bu somut durumda bu türden bir kamu yararının varlığının değerlendirilmesine yönelik bir unsuru teşkil ettiğini ileri sürmektedir. Hükümet, ilgili Dairenin kararında bu hususta varılan tespitlere katılmaktadır (§§ 31, 109-110).

89. Hükümete göre, bir ifşaya ilişkin kamu yararı, mesleki gizliliğin ve itibarın korunması hakkının özünden boşaltılması hariç olmak üzere, başkasının hak ve menfaatlerinin zedelenmesine nazaran sistematik olarak öncelikli olamayacaktır. Hükümete göre, mevcut davada, kamu tartışmasına bu denli az bir katkı, dahası başvuranın başkasının haklarını korumak amacıyla kanun tarafından getirilen mesleki gizliliği ihlal edecek bir şekilde, işverenin itibarına bu denli büyük bir zarar vermesini haklı gösterememiştir. Nitekim Hükümet, ek bir korumadan yararlanmanın koşulu olan, “ifşa edilen bilgiye ilişkin kamu yararı” kavramının, kanun tarafından düzenlenen gizliliği ihlal edecek bir şekilde yapılan ifşanın açıklanan bilginin kendi değeri ve bunun kamu tartışmasına katkısı ile haklı gösterilmesini gerektirdiğini ileri sürmektedir. Hâlbuki Hükümet, mevcut davada açıklanan bilgilerin “Luxleaks” davasında ileri sürülen konuların bir örneği olarak nitelendirilemeyeceğini, zira başvuran tarafından ifşa edilen vergi beyannamelerinin, beraatlarına karar verilen A.D. ve E.P. tarafından söz konusu edilen ATA uygulamasıyla doğrudan bağlantılı olmadığını ileri sürmektedir.

90. Daha genel olarak, Hükümet, birinci muhbire sağlanan korumanın ardından aynı genel bağlamda gerçekleşen yeni ifşalarda bulunan herhangi bir kişiyi kapsayacak bir şekilde genişletilmesine yönelik başvuranın iddialarına karşı çıkmaktadır. Hükümet, kamu yararı tartışmasının unsurlarının herhangi bir “örneğin” muhbirlere sağlanan korumanın kapsamında olması gerektiği görüşüne itiraz etmektedir. Mahkemenin bir kişinin muhbir statüsünü ileri sürebilmesi için yerine getirilmesi gereken birçok kümülatif kriteri tanımlarken ihtimam göstermesi, Hükümete göre bu ek korumanın istisnai niteliğini göstermektedir. Başvuranın kendi isteğiyle talep ettiği gelişme, ilgilinin ifadesine göre, özellikle Devletler için hassas olduğu ortaya çıkabilecek ve Lüksemburg Büyük Dükalığının vergi

politikası durumunda olduğu gibi, tamamen meşru olan kamu tartışmalarının merkezinde düzenli olarak bulunan alanlarda, bilgileri iletme hakkına getirilmesi gereken sınırlarla ters düşebilecektir. Ayrıca, bu gelişme, özellikle şirket denetçileriyle ilgili durumda olduğu gibi, başkasının haklarını koruma amacıyla düzenlenen sır ve gizliliğe ilişkin yasal yükümlülüklerin kapsamını zayıflatabilecektir. Bu gelişme aynı zamanda, bu sektöre dâhil olan şirketler ile bunların müşterileri arasında sözleşmeye dayanan ilişkileri etkileyebilecektir, zira iki sözleşmeci, hem yasa dışı veya kamu yararını zedeleyici niteliklerinden dolayı kamuoyunun dikkatine sunulması gerektiği şeklinde makul olarak değerlendirilebilecek unsurlar hem de mümkün olduğunca, iş hayatına veya müşterilerin ya da şirket yöneticisinin, işverenin veya müşterinin kişisel malvarlığına ilişkin her türlü gizli unsurla ilgili ifşalardan uzakta olmamıştır.

91. Bu bağlamda, Hükümet, başvuranın bağlı kaldığı gizliliğin yalnızca ilgilinin kendisini işverenine bağlayan sözleşmeye dayanan hükümlerden doğmadığını, ancak şirket denetçilerine kanun tarafından getirilen bir yükümlülüğün kaynaklandığını vurgulamaktadır. Hükümet, böylelikle bir müşteriye ilişkin bilgileri elinde bulunduran ve mesleki gizliliğini ihlal edecek bir şekilde bunları ifşa etmeyi seçen bir avukat veya doktorun durumuna benzer bir durumda bulunduğunu belirtmektedir. Şirket denetçilerine getirilen mesleki gizlilik gerçekte, müşterilerinin verilerini, yani başkasının haklarını korumayı amaçlamaktadır. Hâlbuki Mahkemenin karar verdiği gibi, “herhangi bir davada bu sadakat yükümlülüğünün niteliği ve kapsamı, işverenlerinin çatışan menfaatleri ile çalışanların hakları arasında bir dengenin kurulması üzerinde etkiler yaratmaktadır” (yukarıda anılan *Heinisch* kararı, § 64). Hükümet açısından, bir hak çatışması söz konusudur ve Hükümete göre, Mahkemenin yerleşik içtihadı ve özellikle *Von Hannover* (no. 2) (yukarıda anılan karar) kararı bakımından, başvuranın haklarının korunmasının *ilk bakışta (a priori)* ilgilinin işverenin haklarının korunmasına nazaran daha meşru olduğunun değerlendirilmesi öngörülemezdir.

92. Kamu görevlisine getirilen gizlilik yükümlülüğünün, özel sektöre bağlı iş ilişkilerinde hatta kanun tarafından düzenlenen yükümlülüğün daha güçlü bir şekilde getirilebilmesi halinde bile, Hükümet, bir kamu görevlisi tarafından ifşa edilen bir bilgiye bağlı kamu yararının *ilk bakışta (a priori)*, aynı ölçüde ayrıca özel

bilgilerin ifşasının oluşturduğu kamu yararından daha büyük olabileceğini ileri sürmektedir. Hükümet böylelikle, özel sektöre bağlı bir iş ilişkisi kapsamında elde edilen bilgilerin ifşasının Mahkemenin içtihadında düzenlenen kriterlerin daha az dikkate alınmasını gerektirebileceği yönündeki önerisine itiraz etmektedir.

93. Hükümet öte yandan, ikincillik ilkesi uyarınca, ciddi gerekçeler haricinde, kendi değerlendirmesini ulusal mahkemelerin değerlendirmesinin yerine koyma görevinin Mahkemeye ait olmadığını hatırlatmaktadır. Bu bağlamda, ulusal mahkemelerin kararlarının genellikle çok büyük bir dosyanın, genellikle çok kapsamlı olan çelişkili tartışmaların ve ayrıntılı soruşturma tedbirlerinin incelenmesinin ardından kabul edildiğini ileri sürmektedir. Ulusal düzeyde, ihtilaf konusu olaylar böylelikle, davanın unsurlarının tamamını değerlendirmek ve Mahkemenin içtihadı ışığında mevcut olan hak ve menfaatleri dengelemekle görevli olan dört yargısal makam tarafından değerlendirilebilmektedir. Hükümet ayrıca, ikincillik ilkesi uyarınca Mahkemeye getirilen ölçülülük yükümlülüğüne aynı zamanda Yargıtay tarafından ulusal düzende benzer gerekçelerle saygı gösterildiğini kaydetmektedir (bk. ilgili Dairenin kararının 40. paragrafı).

94. Bu türden bir ölçülülüğün sorgulanması, takdir hatalarına yol açma ve Mahkemeyi yetersiz unsurlara dayanarak karar vermeye maruz bırakma ve böylelikle dosyadaki unsurlarla tutarsız sonuçlara varmasına neden olma riski taşıyabilecektir. Hükümet, bu türden bir riski önlemek için, Mahkemenin denetiminin yetersizlik veya çelişki durumuna bağlı olarak, gerekçelerin esasını denetlemekten imtina ederek, ulusal mahkemelerin kararlarının gerekçesinin kendi içtihadına uygunluğunu değerlendirmekle sınırlı olması gerektiğini hatırlatmaktadır. Hâlbuki mevcut davada, Hükümete göre, ulusal hâkimler, Mahkemenin içtihadında ortaya konulan kriterler bakımından mevcut olan hak ve menfaatleri tespit etmiş ve değerlendirmişlerdir. Ulusal hâkimler, başvuranın Mahkeme tarafından düzenlenen kriterlerin tamamı bakımından muhbir olarak nitelendirilmesinin imkânsızlığına rağmen, yalnızca ilgili hakkında Lüksemburg hukuku uyarınca öngörülebilir olanlara nazaran çok azaltılmış bir cezanın uygulanması için ilgilinin iyi niyetini ve gerekçelerini göz önünde bulundurmuşlardır. Sonuç olarak, Mahkeme, Devletlerin yararına mevcut olan

ulusal takdir yetkisi bakımından, mevcut davada Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmalıdır.

95. Hükümet ayrıca, muhbirlerin korunmasına ilişkin 2019/1937 sayılı Avrupa Direktifi'nin muhbirlerin korunmasının bir uzantısını teşkil edebileceği yönündeki incelemeyi reddetmektedir. Hükümet, söz konusu Direktif'in muhbirin korunmasını resmi olarak, bilgileri ifşa eden kişinin bağlı olduğu makam veya işverenin uğradığı zararın önceden dikkate alınmasına tabi tutmasa da, bununla birlikte, söz konusu Direktif'ten bu türden bir zararı göz önünde bulundurmadığı sonucuna varılamayacağını ileri sürmektedir. Hükümet, bu zararın dikkate alınmasının çatışan menfaatler arasında bir dengenin kurulması yoluyla değil, ancak Direktif'in muhbirin korunmasını bazı koşullara tabi tutması yoluyla gerçekleştirildiğini ileri sürmektedir. Hükümet, bu korumanın yalnızca Direktif'in 2, 3, 5, 6, 14 ve 15. maddelerine atıfta bulunarak ayrıntılı olarak belirttiği, dar bir şekilde tanımlanan durumlarda uygulandığının altını çizmektedir. Hükümet, böylelikle Direktif'in gizli bilgileri ifşa eden kişinin korunmasını tabi tuttuğu koşullardan, ifşa edilen bilginin konusu, bilginin ifşa edilme şekli (yalnızca ikinci olarak kamuoyuna yönelik ve sınırlı bir şekilde belirtilen durumlarda yapılabilen) ve farklı gizliliklere saygı gösterilmesini dikkate alma yükümlülüğüne (örnek olarak, doktorun ve avukatın mesleki gizliliği) ilişkin karmaşık kriterlerin tamamının bir araya gelmesinin gerekli olduğunun anlaşıldığını ileri sürmektedir. Hükümet aynı zamanda, Avrupa Birliği'nin kanun koyucusunun çatışan menfaatlerin dengelenmesini sağlayabileceğini iddia etmekte ve bu hususta Direktif'in 33. maddesine atıfta bulunmaktadır (yukarıda 58. paragraf).

96. Daha genel olarak, Hükümet, Mahkemenin içtihadını özü itibariyle reddeden veya değiştiren hukuk kurallarının bulunmaması nedeniyle, söz konusu içtihadta düzenlenen ilke ve kriterlerin muhbirlerin yüksek düzeyde ve kamu yararı tartışmalarına katkıda bulunmalarını sağlayacak ölçüde korunmalarını güvence altına alan istikrarlı bir yasal çerçeveyi tanımladığı kanısına varmaktadır. Hükümet, ulusal hâkimlerin mevcut davada bu kriterlere ilişkin yaptıkları uygulamanın, yalnızca Mahkemenin içtihadına uygun meşru gerekçelerin başvuranın bu korumadan yararlanamamasına neden olduğunu vurgulayarak, bu türden bir koruma düzeyini gösterdiğini ileri sürmektedir.

C. Müdahil Tarafların Görüşleri

1. *La Maison des Lanceurs d'alerte* (Daha sonra “MLA” olarak anılacaktır.)

97. MLA, ulusal mahkemelerin bir ifşanın Sözleşme’nin 10. maddesine yönelik müdahalelerin orantılılığının denetimi kapsamında “temel, yeni ve bilinmeyen bir bilgiyi” hangi ölçüde içerdiğini araştırmalarına imkân verilmesinin, muhbirlerin korunmasının etkinliği üzerinde ciddi sonuçları olabileceğini ileri sürmektedir. MLA, hem bu kriterlerin yol açabileceği yasal güvensizliğin hem de muhbirlerin bu yeni kriterlere saygı göstermesinin uygulamada imkânsızlığının altını çizmektedir. Bu yeni kriterler, aynı konuda pek çok uyarının, ileri sürülen olayların gerçekte kamu makamları tarafından ele alınması için genellikle gerekli olması nedeniyle, insan hakları ihlallerini araştırma yükümlülükleri karşısında Devletlere yetki verilmemesine yol açabilecektir. Bu bağlamda, MLA, medya organlarına başvurulmasının, genel olarak bilgi sızdırmanın etkinliğine ilişkin gerekli koşulu, yalnızca kitle iletişim araçlarına bilgi sızdırma yoluyla sağlanabilecek uzun vadeli ve büyük kapsamlı kurumsal değişiklikleri teşkil ettiğini ileri sürmektedir.

98. MLA, muhbirleri koruma sistemlerinin anlaşılabilirliği ve öngörülebilirliğinin bunların etkinliğini koşullandırıldığını gösteren sosyolojik incelemelerin sonuçlarını ileri sürmektedir. Hâlbuki MLA’ya göre, ifşa edilen bilginin “temel, yeni ve bilinmeyen” olmasını istemek, muhbirler için büyük bir yasal güvensizliğin taşıyıcısı olabilecek, “demokrasinin bekçi köpeklerinin” kamu yararı tartışmalarını besleme görevlerini yerine getirme kapasitesini azaltabilecektir. Ayrıca bu durum, vatandaşların kamu yararını ilgilendiren konulara ilişkin tutumunun gelişime açık olmasına rağmen, bir kamu tartışmasının anlık olarak yapılabileceği veya zaman içinde dondurulabileceği görüşünü doğrulayabilecektir. Son olarak, bu türden bir gereklilik, ağ toplumu zamanında muhbirlerin profillerine tamamen uygun olmayacaktır.

99. MLA, öte yandan, Avrupa Direktifi’nin yalnızca muhbirden, bilgilerin bildirilmesi sırasında doğru olduğuna inanmak için makul gerekçeler sunmasını gerektirdiği hususunu vurgulamaktadır (Direktif’in 6. maddesinin 1. fıkrası). MLA, uluslararası iyi uygulamaların ifşa edilen bilginin gerçekliğine ilişkin olarak “makul

inanç” standardının varlığını gösterdiğini gözlemlemektedir. Daha genel olarak, MLA, makul şüpheler ileri sürebilecek her kişinin bilgi sızdırabilmesi ve bu bağlamda bir koruma elde edebilmesi için yeterince açık olan muhbir statüsüne erişim kriterinin kabul edilmesi gerektiğini vurgulamak için Direktif’in giriş kısmından (yukarıda 58. paragraf, 43. madde) yararlanmaktadır. MLA, bilginin “yeni” niteliğinin dikkate alınmasının Direktif tarafından izlenen amaca aykırı olabileceğini ve bu durumun, ulusal mahkemeleri, Sözleşme hukukunun uygulanması ve AB hukukunun uygulanması arasında seçim yapma yükümlülüğünden ibaret olan ikileme karşı karşıya bırakabileceğini ileri sürmektedir. MLA’nın kanaatine göre, bu durum, Sözleşme hukuku ve Mahkeme kararlarının gücü ve etkinliğinin zayıflamasına neden olabilecektir.

2. *Media Defence*

100. *Media Defence* kuruluşu, mevcut davada incelenmesi gereken sorunların, araştırmacı gazeteciliğin bilhassa gazetecilik kaynaklarının Avrupa Konseyine üye Devletlerin topraklarının tamamında artan baskılara maruz kaldıkları bir bağlamda yürütülme şekli hakkında belirleyici bir etkiye sahip olabileceğini ileri sürmektedir. Bu bağlamda, *Media Defence*, kamu yararına ilişkin konularda bilgileri ifşa ederek, muhbirlerin gazetecilik kaynakları olarak önemli bir rol oynadıklarını vurgulamaktadır. Muhbirlerin yararlandıkları koruma düzeyinde herhangi bir azalma, dolaylı olarak, basının işini yapma kapasitesini etkileyebilecektir. Bu kuruluş, “bilgi sızdırmanın korunmasının kamu yararını korumak için son savunma hattı olduğu” yönündeki OECD Raporu’nda yer alan ifadelerle¹ atıfta bulunmaktadır.

101. *Media Defence*, bu bağlamda, Avrupa Direktifi’nden yararlanmaktadır ve bu Direktif’in giriş kısmında, gazetecilik kaynakları olarak muhbirlerin korunmasının demokratik toplumlarda araştırmacı gazeteciliğin “bekçi” rolünün korunması için çok önemli olduğu belirtilmektedir. Örnek olarak, *Media Defence*, birçok yolsuzluk ve zimmete geçirme durumunun son yıllarda muhbirler sayesinde ortaya çıktığını hatırlatmakta ve Facebook, Boeing ve Panama Belgeleri ile ilgili bilgi sızdırmalarını ileri sürmektedir. Basının özel kuruluşlardan bilgiler elde

¹Committing to Effective Whistleblower Protection, 16 March 2016.

etmesinin imkânsızlığı, *Media Defence* kuruluşuna göre, muhbirlerin kendisine iletebileceği unsurların önemini güçlendirmektedir.

102. Öte yandan, *Media Defence*, muhbirlerin hem açık, tutarlı hem de anlaşılır olan yasal bir koruma çerçevesine güvenebilmelerinin sağlanmasının önemi üzerinde durmaktadır. Söz konusu kuruluş, bu bağlamdaki her türlü belirsizliğin mutlaka caydırıcı bir etki yaratabileceğini ileri sürmektedir.

103. Son olarak, *Media Defence*, sadakat ve takdir yükümlülüğünün bilgi sızdırma durumlarının değerlendirilmesinde dikkate alınması gerektiğini kabul ederek, bilgi ifşasının özel sektörde çalışan bir kişi tarafından yapılması halinde daha az uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu kuruluş, Devletin kamu yararı için hareket etmesine veya hareket etmesinin gerekmesine rağmen, özel bir şirketin amacının kâr olarak kaldığını vurgulamaktadır.

3. *Whistleblower Netzwerk E.V. (WBN)*

104. WBN, “temel, yeni ve önceden bilinmeyen” bir bilgi kriterinin Mahkemenin içtihadıyla aynı şekilde muhbirlerin korunmasına ilişkin uluslararası standartlara aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Bu kriterin uygulanması, muhbirlerin yararlandıkları yasal korumayı kaybetmelerine neden olabilecek ve Mahkeme tarafından hâlihazırda kabul edilen açık görüşten ayrılmaya işaret edebilecektir. Bu durum, bir muhbirin *planlanan* (*ex ante*) bireysel bakış açısının dikkate alınmasının, durumun *sonradan* (*a posteriori*) incelenmesiyle değiştirilmesine neden olabilecektir ve bundan dolayı, her türlü muhbir için yasal bir belirsizlik kaynağı olabilecektir.

105. WBN’ye göre, “*Guja kriterlerinin*” bilgi sızdırma durumlarındaki sürekli artışın dikkate alınması ve buna uyum sağlanması için açıklanması gerekse de, bununla birlikte, söz konusu kriterler yıllar boyunca yasal güvenlik kaynağı, bir koruma çerçevesi teşkil etmişlerdir.

106. WBN ayrıca, Mahkemenin içtihadının Avrupa Direktifi ile çelişmesinin önlenmesi gerekliliğini vurgulamaktadır. Bu bağlamda, WBN, Mahkemenin içtihadı ile bu Direktif arasında var olabilecek farklılıkları belirtmekte ve özellikle Direktif bağlamında, dâhili bir bildirim öncelikli olarak başvurma yükümlülüğünün getirilmesinden imtina edildiğinin ve bir bilgiyi ifşa etmek için daha etkili olduğu anlaşılan, bildirim kanalının seçiminin muhbire bırakıldığının

altını çizmektedir. WBN ayrıca, muhbirin gerekçesine ilişkin olarak, Direktif'in ilgilinin iyi niyetine ilişkin herhangi bir koşul içermediğini vurgulamaktadır.

107. Son olarak, WBN, ilgili Dairenin kararına eklenen muhalefet şerhine atıfta bulunmakta ve yasal güvenliğin, yıllar boyunca ailelerinin ihtiyaçlarını karşılama ve hayatlarını doğru bir şekilde kazanmalarını engelleyerek, çok sert misilleme şekillerine maruz kalabilen muhbirlerin korunmasının etkinliğinin temel bir boyutunu oluşturduğunu vurgulamaktadır.

D. Mahkemenin Değerlendirmesi

108. Bu hususta uzlaşan taraflar gibi, Mahkeme, ihtilaf konusu mahkûmiyet kararının Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından korunan başvuranın ifade özgürlüğü hakkını kullanmasına yönelik bir müdahale teşkil ettiği kanaatine varmaktadır. Mahkeme ayrıca, -tarafların bu hususta tartışmadıklarını tespit ederek-, bu müdahalenin kanun tarafından öngörüldüğünü ve başkasının itibarı veya haklarının korunması, özellikle PwC'nin itibarı ve haklarının korunması yönünde, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında sıralanan meşru amaçlardan en azından birini izlediğini kabul etmektedir.

109. Geriye müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığı hususunun incelenmesi kalmaktadır.

1. Mahkemenin İçtihadından Doğan Genel İlkeler

110. Demokratik bir toplumda ifade özgürlüğünün kullanılmasına yönelik bir müdahalenin gerekliliğiyle ilgili temel ilkeler, Mahkemenin içtihadında ortaya konulmaktadır ve diğer kararlar arasında, *Hertel/İsviçre* (25 Ağustos 1998, § 46, *Karar ve Hükümlerin Derlemesi* 1998-VI), *Steel ve Morris* (yukarıda anılan karar, § 87) ve *Guja* (yukarıda anılan karar, § 69) davalarında aşağıdaki gibi özetlenmiştir:

“İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun başlıca temellerinden birini, toplumun ilerlemesinin ve her bireyin gelişmesinin temel koşullarından birini oluşturmaktadır. Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasına bağlı kalmak koşuluyla, ifade özgürlüğü yalnızca, olumlu karşılanan veya zararsız ya da önemsiz olarak görülen “bilgi” veya “fikirler” için değil, aynı zamanda inciten, şok eden, endişe uyandıran “bilgi” veya “fikirler” için de geçerlidir. Bu çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir ki, bunlar olmadan “demokratik bir toplum” olmaz. Sözleşme'nin 10. maddesinde yer aldığı şekliyle, ifade özgürlüğü bazı istisnalara tabi olsa da, bunlar dar bir yorumlamayı gerektirmektedir ve ifade özgürlüğünü sınırlandırma ihtiyacı, ikna edici bir şekilde ortaya konulmalıdır (...)

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası anlamında “gerekli” sıfatı, zorunlu bir sosyal ihtiyacı gerektirmektedir. Genel olarak, ifade özgürlüğünün kullanılmasına yönelik bir müdahalenin “gerekliliği” ikna edici bir şekilde ortaya konulmalıdır. Şüphesiz, bu müdahaleyi haklı gösterebilecek bu türden bir ihtiyacın bulunup bulunmadığını değerlendirme görevi öncelikle ulusal makamlara aittir ve bu amaçla, ulusal makamlar belirli bir takdir yetkisine sahiptirler. Bununla birlikte, söz konusu takdir yetkisi, Mahkemenin hem kanun hem de kanunu uygulayan kararlar üzerindeki denetimi ile birlikte yer almaktadır.

Mahkeme, kendi denetim yetkisini kullanması çerçevesinde, ihtilaf konusu sözlerin içeriği ve bunların yayımlandığı bağlam da dâhil olmak üzere, davanın tamamı ışığında müdahaleyi değerlendirmelidir. Özellikle, ihtilaf konusu tedbirin “izlenen meşru amaçlarla orantılı” olup olmadığını ve bu tedbiri haklı göstermek için ulusal makamlar tarafından ileri sürülen gerekçelerin “uygun ve yeterli” olup olmadığını belirleme görevi Mahkemeye aittir. Böylelikle Mahkeme, ulusal makamların, ayrıca ilgili olay ve olguların kabul edilebilir bir değerlendirmesine dayanarak, Sözleşme'nin 10. maddesinde yer verilen ilkelere uygun kuralları uyguladıkları konusunda ikna olmalıdır.”

a) Mesleki İlişkiler Kapsamında İfade Özgürlüğüne İlişkin Genel İlkeler

111. Mesleki ilişkiler kapsamında ifade özgürlüğüne saygı gösterilip gösterilmediğini sorgulayan davaları inceleyen Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesinin sunduğu korumanın genellikle mesleki alanı kapsayacak şekilde genişletilmesine karar verme fırsatı bulmuştur (*Koudechkina/Rusya*, no. 29492/05, § 85, 26 Şubat 2009 ve bu kararda belirtilen içtihadi atıflar). Mahkeme ayrıca, bu hükmün yalnızca kamu hukukuna tabi olması halinde işveren ile çalışan arasındaki ilişkilerde değil, aynı zamanda bu ilişkilerin özel hukuk kapsamına girmesi halinde de uygulanabileceğini hatırlatmıştır (diğer kararlar arasında, *Palomo Sánchez ve diğerleri/İspanya* [BD], no. 28955/06 ve diğer 3 başvuru, § 59, AİHM 2011). Nitekim ifade özgürlüğünün gerçekte ve etkin bir şekilde kullanılması, yalnızca Devletin her türlü müdahaleden kaçınma görevine bağlı değildir, aynı zamanda kişilerin birbirleriyle olan ilişkilerinde de pozitif koruma tedbirlerini gerektirebilmektedir ve bazı durumlarda, Devlet, özel kişilerden kaynaklanan zararlara karşı bile, ifade özgürlüğü hakkını koruma yönünde pozitif yükümlülüğe sahiptir (*ibidem*, § 59).

112. Böylelikle, iş yerinde ifade özgürlüğünün korunması böylelikle, kendileri hakkında uygulanabilir olan kuralları ihlal ederek, iş yerlerinde elde edilen

gizli bilgileri ifşa eden memur veya çalışanların bazı koşullarda yararlanabilmeleri gereken özel koruma gerekliliğini kademeli olarak belirleyen, Mahkemenin sürekli ve yerleşik bir içtihat çizgisini oluşturmaktadır. Böylelikle, Mahkeme tarafından bununla birlikte açıkça bu terminoloji kullanılmaksızın, “muhbirlere” yönelik koruyucu bir içtihat oluşturulmuştur. Mahkeme, *Guja* kararıyla (yukarıda anılan) birlikte, iş yerinde elde edilen gizli bilgiler hakkında ifşada bulunan kişinin (mevcut durumda, bir kamu görevlisi) Sözleşme’nin 10. maddesinin sağladığı korumayı ileri sürüp süremeyeceğinin ve hangi ölçüde ileri sürebileceğinin belirlenmesine imkân veren denetim tablosunu ilk defa tanımlamıştır. Mahkeme aynı zamanda, hangi koşullarda, bu türden ifşalara cevap olarak verilen cezaların ifade özgürlüğü hakkını ihlal edecek ve Sözleşme’nin 10. maddesine ihlal teşkil edecek nitelikte olduğunu belirlemiştir.

113. Mahkeme tarafından tanımlanan kriterler (yukarıda anılan *Guja* kararı, §§ 72-78) aşağıda belirtilmektedir:

“(…) Mahkeme, sözleşmeli ya da kadrolu olsun, kamu görevlilerine ilişkin olarak, bu kişilerin, görevlerini yerine getirirken, vatandaşların ifşa etme veya yayımlama konusunda büyük bir menfaate sahip oldukları, muhtemelen gizli nitelikteki dâhili bilgileri öğrenmelerinin sağlanabileceğini gözlemlemektedir. Mahkeme, bu koşullarda, iş yerlerinde tespit edilen yasa dışı davranış veya eylemlerin bu türden memurlar tarafından bildirilmesinin bazı koşullarda korunması gerektiği kanısına varmaktadır. Bu türden bir koruma, ilgili memurun iş yerinde neler yaşandığını bilen tek kişi -veya bunu yalnızca üyelerinin bildiği küçük bir gruba bağlı olması- ve dolayısıyla, işvereni veya kamuoyunu uyarak kamu yararı bağlamında hareket etmek için en iyi konumda bulunması halinde gerekli olabilmektedir.

(…)

Yukarıda belirtilen takdir yükümlülüğü bakımından, ilgili kişinin öncelikle kendi amiri veya bir başka makam ya da yetkili bir merci nezdinde ifşada bulunması önem taşımaktadır. Kamuoyuna yönelik ifşa yalnızca, başka bir şekilde hareket edilmesinin açıkça imkânsız olması durumunda son çare olarak öngörülmelidir (...). Dolayısıyla, mevcut davada başvuranın ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın orantılı olup olmadığına karar vermek için, Mahkeme, ilgilinin eleştirilebilir olarak gördüğü duruma çözüm getirmek için başka etkili araçlara sahip olup olmadığını incelemelidir. Mahkeme aynı zamanda, benzer durumdaki bir memurun ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin orantılılığını değerlendirmek için diğer faktörleri dikkate almalıdır. Öncelikle, Mahkeme, ifşa edilen bilginin sunduğu kamu yararına özel bir dikkat göstermelidir. Mahkeme, Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrasının, kamu yararına

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

ilişkin konularla ilgili alanda, ifade özgürlüğüne yönelik sınırlamalar için pek yer bırakmadığını hatırlatmaktadır (...).

Bu dengeleme uygulamasında dikkate alınması gereken ikinci faktör, ifşa edilen bilginin doğruluğudur (...). Ayrıca, ifade özgürlüğünün kullanılması görev ve sorumluluklar içermektedir ve bilgileri ifşa etmeyi seçen herhangi bir kişi, koşullar buna imkân verdiği ölçüde, bu bilgilerin doğru ve güvenilir olduğunu dikkatli bir şekilde doğrulamalıdır (...).

Mahkeme öte yandan, ihtilaf konusu ifşanın kamu makamı açısından neden olabileceği zararın ve kamuoyunun bu ifşayı elde etmede sahip olabileceği menfaatin karşılıklı önemini değerlendirmelidir (...). Bu bağlamda, Mahkeme, ifşanın konusunu ve ilgili idari makamın niteliğini göz önünde bulundurabilmektedir (...).

İfşada bulunan çalışanın gerekçesi, bu yöndeki girişimin bir korumadan yararlanmasının gerekip gerekmediği hususunun değerlendirilmesi için bir diğer belirleyici faktördür. Örnek olarak, kişisel bir şikâyet veya husumet ya da yine kişisel bir menfaat beklentisiyle, özellikle maddi bir kazanç ile gerekçelendirilen bir eylem, özellikle yüksek bir koruma düzeyini haklı göstermemektedir (...). Dolayısıyla, ilgili kişinin ifşada bulunarak, iyi niyetle ve bilginin doğru olduğu inancıyla hareket edip etmediğinin, ifşanın kamu yararı sunup sunmadığının ve ifşada bulunan kişinin söz konusu davranışları bildirmek için daha ihtiyatlı imkânlarla sahip olup olmadığının belirlenmesi önem taşımaktadır.

Son olarak, izlenen meşru amaca nazaran müdahalenin orantılılığının değerlendirilmesi, verilen cezanın ve sonuçlarının dikkatli bir şekilde incelenmesini gerektirmektedir.”

114. Böylelikle, *Guja* kararı tarafından tanımlanan altı kriter şunlardır:

- İfşada bulunmak için diğer imkânların mevcut olması ya da olmaması;
- İfşa edilen bilgiler tarafından sunulan kamu yararı;
- İfşa edilen bilgilerin gerçekliği;
- İşverenin uğradığı zarar;
- Muhbirin iyi niyeti;
- Cezanın ağırlığı.

115. Mahkeme, kamu sektöründeki çalışanlar tarafından gizli bilgilerin ifşa edilmesini içeren, Mahkemenin incelemesine sunulan daha sonraki davalarda, kendi değerlendirmesini bu kriterler dizisine dayandırmıştır (diğer kararlar arasında, yukarıda anılan *Bucur ve Toma* kararı, ve yukarıda anılan *Gawlik* kararı). Bu kriterler aynı zamanda, işverenin kurumsal bakım kapsamına giren yardımların

sağlanmasına yönelik faaliyette bulunan bir kamu şirketi olması nedeniyle, özel hukuka tabi bir iş ilişkisi kapsamında ortaya çıkan bir davada uygulanmıştır (yukarıda anılan *Heinisch* kararı, §§ 71-92).

116. Muhbirlerin ifade özgürlüğünü koruma rejimi, ilgili çalışanın veya memurun iş yerinde neler yaşandığını bilen tek kişi -veya bunu yalnızca üyelerinin bildiği küçük bir gruba bağlı olması- ve böylelikle işverenini veya kamuoyunu uyararak kamu yararı bağlamında hareket etmek için en iyi konumda bulunması halinde uygulanabilecek niteliktedir (yukarıda anılan *Guja* kararı, § 72 ve yukarıda anılan *Heinisch* kararı, § 63). Bununla birlikte, çalışanlar, işverenlerine karşı sadakat, ihtiyat ve takdir yükümlülüğüne sahiptirler (örnek olarak bk. yukarıda anılan *Heinisch* kararı, § 64) ve bu durum, adil dengenin incelenmesi çerçevesinde, ifade özgürlüğü hakkının sınırlarını ve iş sözleşmelerine ve mesleki ortama özgü karşılıklı hak ve yükümlülükleri dikkate alma zorunluluğuna yol açmaktadır (diğer kararlar arasında, yukarıda anılan *Palomo Sánchez ve diğerleri* kararı, § 74 ve *Rubins/Letonya*, no. 79040/12, § 78, 13 Ocak 2015).

117. Bir iş sözleşmesi kapsamında ağır basması gereken iyi niyet ve kişiler arasındaki güvenin, işverene karşı mutlak sadakat yükümlülüğü ya da çalışanın işverenin menfaatlerine boyun eğmesine neden olan bir ihtiyat yükümlülüğünü gerektirmediği açıktır. Bununla birlikte, sadakat, ihtiyat ve takdir yükümlülüğü, bu özel koruma rejiminin temel bir unsurunu oluşturmaktadır (yukarıda anılan *Heinisch* kararı, § 64). Sadakat, ihtiyat ve takdir yükümlülüğünün mevcut olmaması durumlarında, Mahkeme, muhbirlerle ilişkin içtihat bağlamında başlıca rol oynayan sorun türünü dikkate almamaktadır. Dolayısıyla Mahkeme, ilgililerin bildirmek istedikleri duruma çözüm getirilmesi amacıyla (yukarıda anılan *Medžlis Islamske Zajednice Brčko ve diğerleri* kararı, § 80), diğer kanallara veya başka etkili yöntemlere sahip olup olmadıklarını bu türden varsayımlarda araştırmak zorunda değildir (örnek olarak, amire veya bir diğer makama ya da bir başka yetkili organa bildirme).

118. Öte yandan, Mahkeme, bilgilere ayrıcalıklı veya münhasır bir erişimi olmayan, hizmetiyle ilgili olarak gizlilik veya takdir yükümlülüğüne sahip olduğu ve söz konusu ifşalardan dolayı iş yerinde bazı sonuçlara maruz kaldığı anlaşılmayan bir memur tarafından yapılan ifşaların bilgi sızdırmanın kapsamına

girmedigine karar vermiştir (*Wojczuk/Polonya*, no. 52969/13, §§ 85-88, 9 Aralık 2021).

119. Bakanlar Komitesinin muhbirlerin korunmasına ilişkin (2014)7 sayılı Tavsiye Kararı gibi (ilke 3 ve gerekçe, § 31, bk. yukarıda 57. paragraf), Mahkeme, belirleyici olan, muhbirin özel yasal statüsünden (örnek olarak çalışan) daha ziyade bilgi sızdırmanın *fili (de facto)* iş ilişkisi bağlamında gerçekleştiği kanısına varmaktadır. Sözleşme'nin 10. maddesi uyarınca muhbirlerin yararlandıkları koruma gerçekte, bir iş ilişkisinin varlığına özgü niteliklerin dikkate alınmasına dayanmaktadır: Bir yandan, hiyerarşi ilişkisine bağlı olan ve bundan doğan sadakat, ihtiyat ve takdir yükümlülüğü ve gerektiği takdirde, kanun tarafından öngörülen gizliliğe saygı gösterme yükümlülüğü; diğer yandan, özellikle işleri nedeniyle bağlı oldukları kişi, kamu kurumu veya şirket karşısında özellikle ekonomik hassasiyet durumu ve kişi tarafından misillemelere maruz kalma riski.

b) Guja Kriterleri ve Bu Kriterlerin Uygulanma Koşulları

120. Mahkeme, içtihadının tutarlılığına ve içtihadının öngörülebilirliğinin yasal güvenlik bakımından taşıdığı öneme bağlı olarak, *Guja* kararından itibaren, bir mesleki ilişki kapsamında elde edilen gizli bilgilere ilişkin ifşada bulunan kişinin Sözleşme'nin 10. maddesinin korumasından yararlanıp yararlanamayacağını ve gerektiği takdirde, hangi ölçüde yararlanabileceğini değerlendirmesini sağlayan kriterleri sürekli olarak uygulamıştır. Mahkeme bununla birlikte, *Guja* kararının 2008 yılında kabul edilmesinden itibaren meydana gelen gelişmelerden hareketle, muhbirlerin bundan böyle demokratik toplumlarda bir yere sahip olduklarının ve muhbirlerin kamu yararına veya muhbirlerin korunması konusunda Avrupa'daki ve uluslararası yasal çerçevenin geliştirilmesine ilişkin bilgileri ortaya koyarak, öncü bir rol oynayabileceklerinin tamamen farkındadır (yukarıda 54-58. paragraflar). Dolayısıyla Mahkeme, mevcut Avrupa bağlamı ve uluslararası bağlam ışığında, uygulanacak kriterleri sadeleştirerek, muhbirlerin korunması konusunda kendi içtihadından doğan ilkeleri doğrulamak ve sağlamlaştırmak için mevcut davanın Büyük Daireye gönderilmesinin kendisine sunduğu fırsatı değerlendirmesinin uygun olduğu kanısına varmaktadır.

i. İfşada Bulunmak İçin Kullanılan Yöntemler

121. Birinci kriter, bilgi sızdırılması için kullanılan bildirim kanalı veya kanallarıyla ilgilidir. Mahkeme, *Guja* kararından itibaren birçok defa, bir bilginin

bildirilmesine ilişkin dâhili kanallara ilke olarak ayrıcalık verilmesi gerektiğini vurgulama imkânına sahip olmuştur. Nitekim muhbirin öncelikle amiri veya bir başka makam ya da yetkili merci nezdinde mümkün olduğu ölçüde ifşada bulunması önem arz etmektedir. “Kamuoyuna yönelik ifşa yalnızca, başka türlü hareket edilmesinin açıkça imkânsız olması durumunda son çare olarak öngörülmelidir” (yukarıda anılan *Guja* kararı, § 73). Dâhili hiyerarşik kanal ilke olarak, çalışanların sadakat yükümlülüğünün ifşa edilen bilginin sunduğu kamu yararıyla en iyi şekilde bağdaştırılmasına imkân vermektedir. Böylelikle Mahkeme, başvuranın ifşaya ilişkin dâhili kanalların varlığını bilmesine rağmen amirine başvurmaması ya da bu hususta ikna edici açıklamalar sunmaması halinde, bilgi sızdırma durumunun söz konusu olduğu kanısına varmamıştır (bk. *Bathellier/Fransa* (k.k), no. 49001/07, 12 Ekim 2010 ve *Stanciulescu/Romanya* (no. 2) (k.k.), no. 14621/06, 22 Kasım 2011).

122. Ancak dâhili ve harici bildirim kanalları arasındaki bu öncelik sırası, Mahkemenin içtihadı çerçevesinde, mutlak bir nitelik taşımamaktadır. Yine dâhili bildirim mekanizmalarının mevcut ve uygun olması gerekmektedir (yukarıda anılan *Heinisch* kararı, § 73). Mahkeme, bazı koşulların “harici bildirim kanalına” doğrudan başvurulmasını haklı gösterebileceğini kabul etmektedir. Özellikle dâhili ifşa kanalının güvenilirlik veya etkinlikten yoksun olması (yukarıda anılan *Guja* kararı, §§ 82-83 ve yukarıda anılan *Heinisch* kararı, § 74), muhbirin misillemelere maruz kalma riski taşıması ya da muhbirin ifşa etmek istediği bilginin ilgili çalışanın faaliyetinin özülüyle ilgili olması halinde, aynı durum geçerli olmaktadır.

123. Mahkeme aynı zamanda, *Gawlik* kararında (yukarıda anılan karar, § 82), başvuranın, bunu yapmak için farklı bildirim ve ifşa kanalları arasındaki öncelik sırasını düzenlemeyen, (2014)7 sayılı Tavsiye Kararı’nın ekinde yer alan yol gösterici ilkelere atıfta bulunarak (yukarıda 57. paragraf), öncelikle bütün dâhili bildirim kanallarına başvurmakla yükümlü olup olmadığı hususunu açık bıraktığını hatırlatmaktadır. Bu bağlamda, Mahkeme, “her duruma ilişkin bireysel koşulların en uygun kanalın belirlenmesine imkân vermesi gerektiği” yönünde Tavsiye Kararı’nda belirtilen ifadelerle atıfta bulunmakta (yukarıda 57. paragraf) ve bildirim kanalına ilişkin kriterin her davanın koşulları açısından değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

124. İfşa edilen bilginin gerçekliği, bir muhbirin ifade özgürlüğü bağlamında bir müdahalenin gerekliliğinin değerlendirilmesi çerçevesinde temel bir unsur oluşturmaktadır. Nitekim ifade özgürlüğünün kullanılması, “yükümlülük ve sorumluluklar” içermektedir ve “bilgileri ifşa etmeyi seçen herhangi bir kişi, koşulların buna imkân verdiği ölçüde, bilgilerin doğru ve güvenilir olduğunu dikkatli bir şekilde doğrulamalıdır” (yukarıda anılan *Guja* kararı, § 75).

125. Bununla birlikte, bir muhbirden bildirimde bulunması sırasında, ifşa edilen bilgilerin gerçekliğini kanıtlaması istenemeyecektir. Bu bağlamda, Mahkeme, “bir kişinin ciddi olabilecek bir sorunun mevcut olduğunu düşündürecek nedenlerinin bulunması halinde bile, nadiren genel bir bakış açısına sahip olabileceği” yönünde, (2014)7 sayılı Tavsiye Kararı’nın gerekçesinde belirtilen ilkeye atıfta bulunmaktadır (yukarıda 57. paragraf). Dolayısıyla (...), bilgilerin bildirilmesi veya ifşasının ardından yürütülen soruşturmanın muhbirin yanılabilirliğini göstermesi kaçınılmazdır” (Gerekçe, ek, § 85). Aynı şekilde, Mahkeme, BM Özel Raportörü’nün ileri sürdüğü üzere, “yanlış bilgileri ifşa eden muhbirlerin, bunu yaptıkları sırada bilgilerin gerçekliğine inanılmasını sağlayacak makul nedenlere sahip olmalarına rağmen, bununla birlikte muhtemel misillemelere karşı korunmaları gerektiğini” kabul etmektedir (yukarıda 54. paragraf). Bu türden koşullarda, gerçekte ilgilinin böyle bir yararı ileri sürmek için gereken diğer şartlara uyulması koşuluyla, muhbirin yararlandığı korumanın yararını kaybetmemesi arzu edilir görünmektedir.

126. Bir muhbirin, ifşa ettiği ihtilaflı bilginin gerçekliğini mümkün olduğunca doğrulamak için özenle çalıştığı durumlarda, yalnızca daha sonra yanlış olduğu ortaya çıktığı için Sözleşme’nin 10. maddesinin sağladığı korumadan hariç tutulamaz. Nitekim bilginin gerçekliği sıklıkla iyi niyet kriteri ile birlikte değerlendirilirken (bk. aşağıda 129. paragraf), Mahkeme, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin 1729 (2010) sayılı Kararı’nda yer alan ilkeye atıfta bulunmaktadır (yukarıda 55. paragraf); bu ilkeye göre, “bir muhbirin, ifşa ettiği bilginin doğru olduğuna inanmak için makul gerekçelere sahip olması, daha sonra doğru olmadığı ortaya çıksa bile ve yasadışı veya etiğe aykırı bir amacı olmaması koşuluyla, iyi niyetle hareket ettiği kabul edilmelidir” (yukarıda anılan *Bucur ve Tomakararı*, § 107 ve yukarıda anılan *Gawlik* kararı, § 76).

127. Bu bağlamda Mahkeme, bazı durumlarda, muhbirler tarafından ifşa edilen bilgilerin, daha sonra yanlış olduğu ortaya çıksa veya doğruluğu kanıtlanamasa bile, ifade özgürlüğü hakkı kapsamında olabileceğini daha önce kabul ettiğini hatırlatmaktadır (yukarıda anılan *Gawlik* kararı, §§ 75-76 ve burada yapılan atıflar). Ancak bunun için, muhbirin, bilginin doğru ve güvenilir olduğunu dikkatlice doğrulamış olması gerekmektedir (bk. *aksi yönde bir karar için (a contrario)*, *ibid.* §§ 78 ve 85). Bu nedenle, Sözleşme'nin 10. maddesinin korumasından yararlanmak isteyen muhbirlerin, ifşa etmek istedikleri bilgileri kamuya açıklamadan önce mümkün olduğunca doğruluğunu teyit etmeye çalışarak sorumlu bir şekilde hareket etmeleri gerekmektedir.

iii. İyi niyet

128. Mahkeme, “ifşayı yapan çalışanın motivasyonunun, (...) yöntemin korumadan yararlanıp yararlanmayacağının değerlendirilmesinde belirleyici bir faktör olduğunu” hatırlatmaktadır (yukarıda anılan *Guja* kararı, § 77). Mahkeme, bir başvuranın iyi niyetini değerlendirirken incelemesine sunulan her davada, başvuranın, eyleminden maddi kazanç da dâhil olmak üzere kişisel bir menfaat elde etme arzusuyla hareket edip etmediğini, işverenine karşı kişisel bir şikâyeti olup olmadığını veya başka bir gizli niyetle hareket edip etmediğini inceler (b yukarıda anılan *Guja* kararı, §§ 77 ve 93 ve yukarıda anılan *Bucur ve Toma* kararı, § 117). Kanaatini oluşturmak için, ifşanın içeriğini dikkate alabilir ve böylece, muhbirin iyi niyetinin tanınmasını desteklemek amacıyla, “karşılıksız bir kişisel saldırının bulunmadığını” kaydedebilir (*Matúz/Macaristan*, no.73571/10, § 46, 21 Ekim 2014). Ifşanın muhatapları da iyi niyetin değerlendirilmesinde bir unsurdur. Bu nedenle Mahkeme, ilgili kişinin “kamuoyunda ilgiyi azami derecede uyandırmak için derhal medyayı işin içine katmadığı veya broşür dağıtmadığını” (yukarıda anılan *Heinisch* kararı, § 86 ve *aksi yönde bir karar için (a contrario)* *Balenović/Hırvatistan*, (k.k.), no. 28369/07, 30 Eylül 2010) veya şirket içinde şikâyet ettiği durumu düzeltmeye çalışmadığını (yukarıda anılan *Matúz* kararı, § 47) dikkate almıştır.

129. İyi niyet kriteri, ifşa edilen bilginin gerçekliği ile bağlantısız değildir. Bu bağlamda, Mahkeme, *Gawlik* kararında (yukarıda anılan, § 83), “başvuranın ihtilaflı ifşayı yaparken, bilginin doğru olduğu ve açıklanmasının kamu yararına

olduğu inancıyla hareket ettiğinden şüphe etmek için hiçbir neden bulunmadığını” belirttiğini hatırlatmaktadır.

130. Buna karşın, iddiaları sadece bir söylentiye dayanan ve bunları destekleyecek hiçbir kanıt olmayan bir başvuranın “iyi niyetle” hareket etmiş sayılamayacağına karar vermiştir (*Soares/Portekiz*, no. 79972/12, § 46, 21 Haziran 2016).

iv. *İfşa edilen bilgilerdeki kamu yararı*

131. İlk olarak, Mahkeme, genel bir kural olarak, Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrasının, kamu yararını ilgilendiren konularda ifade özgürlüğünün kısıtlanmasına çok az yer bıraktığını hatırlatmaktadır (diğer kararlar arasında, *Sürek/Türkiye* (no.1) [BD], no. 26682/95, § 61, AİHM 1999-IV ve *Stoll / İsviçre* [BD], no. 69698/01, § 106, AİHM 2007-V).

132. Mahkemenin içtihadına göre, ifade ve bilgi edinme özgürlüğüyle ilgili davaların genel bağlamında, halkı meşru olarak ilgilenebileceği ölçüde etkileyen, dikkatini çeken veya özellikle vatandaşların refahı veya toplumun yaşamıyla ilgili olduğu için onu önemli ölçüde ilgilendiren konular kamu yararı kapsamındadır. Bu durum, önemli tartışmalara yol açması muhtemel olan, önemli bir toplumsal meseleyi ilgilendiren veya kamuoyunun bilgi sahibi olmak isteyeceği bir sorunla ilgili olan konular bakımından da geçerlidir (*Couderc ve Hachette Filipacchi Associés / Fransa* [BD], no. 40454/07, §§ 97-103, AİHM 2015 (alıntılar)). Bazı durumlarda, belirli bilgiler için kamuoyunun yararı, yasal gizlilik yükümlülüğünden daha ağır basabilecek kadar büyük olabilir (*Fressoz ve Roire/Fransa* [BD], no.29183/95 AİHM 1999-I). Bu nedenle, vergi verileri de dâhil olmak üzere resmi belgelere kamunun erişimine izin verilmesinin, genel menfaati ilgilendiren konularda bir tartışma yapılmasını sağlamak amacıyla bilgilerin erişilebilirliğini sağlamayı amaçladığı kabul edilmiştir (*Satakunnan Markkinapörssi Oy ve Satamedia Oy/Finlandiya* [BD], no.931/13, § 172, 27 Haziran 2017). Bununla birlikte, kamu yararı, başkalarının özel hayatlarına ilişkin ayrıntılara meraklı bir kamuoyunun beklentilerine veya okuyucuların sansasyonel zevklerine ve hatta bazen röntgencilığe indirgenemez (yukarıda anılan *Couderc ve Hachette Filipacchi Associés* kararı, § 101).

133. Bir çalışan tarafından iş yerinde elde edilen gizli bilgilerin kendisine uygulanan kuralları ihlal ederek ifşa edilmesini içeren muhbir koruma davaları

bağlamında, Mahkeme ifşa edilen bilginin “kamu yararına” olup olmadığını değerlendirmektedir (yukarıda anılan *Guja* kararı, § 74). Bu bağlamda Mahkeme, kamu yararı kavramının hem açıklanan bilginin içeriği hem de açıklanma ilkesi açısından değerlendirilmesi gerektiğini hatırlatmaktadır. İçtihadına göre, bilgi sızdırma kapsamına girebilecek kamu yararına olan bilgilerin kapsamı geniş bir şekilde tanımlanmıştır.

134. Bir yandan Mahkeme, demokratik bir toplumda, kuvvetler ayrılığı, üst düzey siyasetçilerin görevlerini kötüye kullanmaları ve hükümetin polis şiddetine karşı tutumu gibi siyasi tartışma konularının kamu yararına olduğunu kabul etmiştir (yukarıda anılan *Guja* kararı, § 88). Benzer şekilde, gizli servisler tarafından yakın bir izleme politikasına maruz kalmış bir toplumda telefon görüşmelerinin dinlenmesine ilişkin bilgiler, üst düzey yetkililerin ve Devletin demokratik temellerinin sorgulanmasına neden olur (yukarıda anılan *Bucur ve Toma* kararı, § 101) veya bir devlet hastanesinde sağlanan tıbbi tedavinin ve bunun tekniğin durumuna uygunluğunun sorgulanmasına neden olan birkaç hastanın ötenazisi gibi ciddi suçların işlendiğine ilişkin şüpheler (yukarıda anılan *Gawlik* kararı, § 73), kamu yararına olduğu kabul edilmiştir. Bu davalarda, ihtilaf konusu bilgiler “görevi kötüye kullanma”, “uygunsuz davranış” ve “hukuka aykırı davranış veya eylemler” ile ilgilidir.

135. Öte yandan, Mahkeme, bir kamu şirketi tarafından yaşlıların kurumsal bakımını etkileyebilecek “aksaklıklara” ilişkin bilgilerin (yukarıda anılan *Heinisch* kararı, § 71, personel yetersizliğiyle ilgili bilgiler) veya silahlı kuvvetlerin “şüpheli” veya “tartışmalı” davranış veya uygulamalarını bildiren bilgilerin (*Görmüş ve Diğerleri /Türkiye*, no.49085/07, §§ 63 ve 76, 19 Ocak 2016, silahlı kuvvetler lehine olup olmadıklarına göre medyanın kaydının tutulduğu bir sistemle ilgili bilgiler) kamu yararına olduğunu kabul etmiştir.

136. Mahkeme, bir çalışanın iş yerinde gizlilik veya sır saklama yükümlülüğüne bağlı olarak erişebildiği bilgileri ifşa ettikten sonra bir muhbir için mevcut olan özel korumayı talep ettiği durumlarda, bu tür bir ifşanın gerekçesi olarak hizmet edebilecek kamu yararının, ihlal edilen gizlilik veya sır saklama yükümlülüğünden bağımsız olarak değerlendirilemeyeceğini vurgulamaktadır. Ayrıca, Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, gizli bilgilerin ifşa

edilmesinin engellenmesinin, ifade özgürlüğünün kullanılmasının kısıtlanması için açıkça öngörülen gerekçelerden biri olduğunu hatırlatmaktadır. Bu bağlamda, kanun tarafından öngörülen sırların birçoğunun, özellikle söz konusu maddede açıkça listelenen yararları korumayı amaçladığı belirtilmelidir. Bunlar arasında ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü veya kamu güvenliği, kamu düzeninin sağlanması veya suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın korunması, yargı erkinin yetki ve tarafsızlığı veya başkalarının şöhret veya haklarının korunması yer almaktadır. Bu tür yükümlülüklerin varlığı ve içeriği genellikle kanun kapsamında gizlilikle korunan hak veya menfaatin kapsamını ve önemini yansıtmaktadır. Buna göre, gizlilikle korunan bilgilerin ifşa edilmesindeki kamu yararının değerlendirilmesi, gizliliğin korumayı amaçladığı menfaatler ışığında yapılmalıdır. Bu durum özellikle, ifşanın sadece işverenin faaliyetleriyle değil, fakat aynı zamanda üçüncü taraflara ilişkin bilgilerle de ilgili olduğu hallerde geçerlidir.

137. Dolayısıyla, Mahkemenin içtihadından, 10. madde kapsamındaki bir bildirim hakkı kılabilen kamu yararına bilgilerin kapsamının, bir çalışan tarafından iş yerindeki hukuka aykırı eylem, uygulama veya davranışların ya da yanlış ancak hukuka uygun olanların bildirilmesini içerdiği açıktır (bk. yukarıda yapılan içtihat atıfları, 133-135. paragraflar).

138. Mahkeme ayrıca, demokratik bir toplumda kamu makamlarının işleyişiyle ilgili olan ve kamuoyunda tartışmalara yol açan bazı bilgilerin de, kamu yararının ihlal edilip edilmediğine dair bilinçli bir kanaat oluşturmak amacıyla, kamuoyunun bu bilgileri öğrenmekte meşru bir menfaati olabileceğinden, kapsama alınabileceğini düşünmektedir.

139. Bu bağlamda Mahkeme, demokratik bir sistemde Hükümetin eylem ve ihmallerinin sadece yasama ve yargının değil aynı zamanda kamuoyunun da yakın denetimine tabi olması gerektiğini hatırlatmaktadır (*Sürek ve Özdemir/Türkiye* [BD], no. 23927/94 ve 24277/94, § 60, 8 Temmuz 1999).

140. Ancak Mahkeme, ifşa edilen bilgilerdeki kamu yararının ağırlığının koşullara göre değiştiğini vurgulamanın faydalı olacağı kanaatindedir. Bu bağlamda, Mahkeme, bilgi sızdırma bağlamında, gizli bilgilerin ifşa edilmesindeki kamu yararının, ifşa edilen bilgilerin hukuka aykırı eylemler veya uygulamalarla,

kınanacak eylemler, uygulamalar veya davranışlarla veya kamu menfaatinin zarar görüp görmediği konusunda tartışmaya yol açan bir konuyla ilgili olup olmamasına göre azaldığını düşünmektedir (bk. yukarıda 137-138. paragraflar).

141. Nitekim Mahkemeye göre, hukuka aykırı eylemler veya uygulamalarla ilgili bilgiler inkâr edilemez bir şekilde özel kamu yararı taşımaktadır (bk. örneğin, yukarıda anılan *Gawlik* kararı, § 73, ifşa edilmesiyle potansiyel suçların tekrarlanmasının önlenmesi amaçlanan bilgilerde kabul edilen önemli kamu yararı hakkında). Kendi başlarına hukuka aykırı olmamakla birlikte, yine de kınanabilir veya tartışmalı olan eylemler, uygulamalar veya davranışlarla ilgili bilgiler özel bir öneme sahip olabilir (bk. örneğin, yukarıda anılan *Heinisch* kararı, § 71, savunmasız kişilerin bakımını etkileyebilecek aksaklıklarla ilgili ve ifşa edilmesi sağlık hizmetleri alanındaki suistimalleri önlemeye yönelik bilgilerin kabul edilen büyük önemi hakkında).

142. Bununla birlikte, kamu yararına olduğu kabul edilebilecek bilgiler ilke olarak kamu makamları veya mercileriyle ilgili olsa da, bazı durumlarda, kaçınılmaz olarak ve bilerek kendilerini, özellikle ticari uygulamalar, şirket yöneticilerinin hesap verebilirliği (*Petro Carbo Chem S.E. / Romanya*, no.21768/12, § 43, 30 Haziran 2020), vergi yükümlülüklerine uyulmaması (*Público - Comunicação Social, S.A. ve Diğerleri / Portekiz*, no.39324/07, § 47, 7 Aralık 2010) ve hatta geniş anlamda ekonomik mülkiyet (yukarıda anılan *Steel ve Morris* kararı, § 94 ve yukarıda anılan *Heinisch* kararı, § 89) ile ilgili eylemlerinin yakından incelenmesine maruz bırakan şirketler gibi özel aktörlerin davranışlarıyla da ilgili olabileceği göz ardı edilemez.

143. Ayrıca Mahkeme, bilginin kamu yararının sadece ulusal düzeyde değerlendirilemeyeceğinin altını çizmek istemektedir. Nitekim bazı bilgiler uluslararası - Avrupa veya uluslararası - düzeyde veya üçüncü Devletler ve vatandaşları için kamu yararına olabilir.

144. Sonuç olarak, kamunun çok çeşitli konularla ilgilenebileceği hususunda şüphe olmamakla birlikte, bu durum, bu konulara ilişkin gizli bilgilerin açıklanmasını haklı kılmak için tek başına yeterli değildir. Gizlilik yükümlülüğünü ihlal eden bir ifşanın, muhbirlerin Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında yararlanabilecekleri özel korumayı hak edecek şekilde kamu yararına hizmet edip

etmediği sorusu, soyut olarak değil, her bir davanın koşulları ve gerçekleştiği bağlam ışığında yapılan bir incelemeyi gerektirmektedir (bk. farklı bir alanda, yani bilgiye erişim hakkı, *Magyar Helsinki Bizottság / Macaristan* [BD], no.18030/11, § 162, 8 Kasım 2016).

v. Neden olunan zarar

145. Mahkemenin içtihadına göre, işverene verilen zarar, ifşa edilen bilginin gösterdiği kamu yararıyla dengelenmesi gereken yarardır. *Guja* kararında (yukarıda anılan, § 76), Mahkeme bu nedenle “ifşanın kamu otoritesine verebileceği zarar ile kamunun bu tür bir ifşanın elde edilmesinde sahip olabileceği yararın karşılıklı ağırlığının” değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda, Mahkeme, ifşanın savcılığa, bu kurumun bağımsızlığına olan kamu güvenini sarsarak zarar verebileceğini (*ibid.* § 90) veya istihbarat servislerinin, Devletin istihbarat servislerinin yasallığına olan kamu güveninin kaybolması sonucunda zarar görebileceğini (yukarıda anılan *Bucur ve Toma* kararı, § 115) kabul etmiştir.

146. Mahkeme ayrıca, ifşaların bir kamu şirketinin mesleki itibarına ve ticari çıkarlarına (yukarıda anılan *Heinisch* kararı, § 88), bir hastanenin itibarına ve ticari çıkarlarına ve tıbbi tedavi sağlanmasına yönelik kamu güvenine (yukarıda anılan *Gawlik* kararı, § 79) ve ayrıca bu hastane personelinin bir üyesinin kişisel ve mesleki itibarına zarar verebileceğini kabul etmiştir (*ibid.*).

147. Mahkeme, işverene zarar verme kriterinin başlangıçta kamu idareleri veya kuruluşları ile ilgili olarak belirlendiğini hatırlatmaktadır: Bu nedenle söz konusu zarar, bilginin ifşa edilmesindeki menfaat gibi kamusal nitelikteydi. Ancak, bir iş ilişkisi bağlamında elde edilen bilgilerin ifşa edilmesinin, özellikle bir kuruluşu veya özel bir işvereni faaliyetleri nedeniyle suçlayarak özel menfaatleri de etkileyebileceğini ve kendisine ve uygun olduğu durumlarda üçüncü taraflara mali ve/veya itibari zarar verebileceğini vurgulamaktadır. Bununla birlikte, Mahkeme, bu tür bir ifşanın, özellikle genel ekonomik fayda (yukarıda anılan *Steel ve Morris* kararı, § 94), mülkiyetin korunması, vergi gizliliği veya mesleki gizlilik gibi korunan bir sırrın korunması (yukarıda anılan *Fressoz ve Roire* kararı, § 53 ve *gerekli değişiklikler yapılmak koşuluyla (mutatis mutandis)* yukarıda anılan *Stoll* kararı, § 115) veya vatandaşların Devletlerin vergi politikalarının hakkaniyetine ve adaletine olan güveni gibi kamu yararlarını etkileyerek başka zararlı etkilere de

neden olabileceği ihtimalini göz ardı etmediğini eklemenin faydalı olacağı kanaatindedir

148. Bu koşullar altında Mahkeme, söz konusu çatışan menfaatler arasında gerçekleştirilecek dengeleme işleminin şartlarını yeniden belirlemenin gerekli olduğunu düşünmektedir: Muhbirlerin Sözleşme'nin 10. maddesi ile korunan ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahalenin orantılılığı hakkında karar vermek için, yalnızca işverene verilen zarara ek olarak, ihtilaf konusu ifşanın yol açması muhtemel zararlı etkilerin tamamı dikkate alınmalıdır.

vi. *Cezanın ağırlığı*

149. Mahkeme öncelikle, muhbirlerle yönelik cezaların mesleki, disiplin ve cezai olmak üzere çeşitli şekillerde olabileceğini kaydetmektedir. Bu bağlamda daha önce, bir başvuranın işten çıkarılmasının veya bildirimsiz fesih iş hukuku kapsamında mümkün olan en ağır yaptırım olduğunu kabul etme fırsatı bulmuştur (yukarıda anılan *Gawlik* kararı, § 84 ve burada yapılan içtihat atıfları). Ayrıca, bu tür bir cezanın yalnızca başvuranın kariyeri üzerinde çok olumsuz etkileri olmakla kalmayıp, aynı zamanda usulsüz davranışların bildirimi konusunda da caydırıcı olabileceğinin, bu tür bir caydırıcı etkinin belirli vakaların medyanın ilgisini çekmesiyle daha da artabileceğinin altını çizmiştir (yukarıda anılan *Guja* kararı, § 95 ve yukarıda anılan *Heinisch* kararı, § 91). Ayrıca, bu tür bir caydırıcı etkinin toplumun tamamının aleyhinde olduğunu vurgulamıştır (yukarıda anılan *Heinisch* kararı, § 91).

150. Aynı durum cezai yaptırımların uygulanması için de geçerlidir. Nitekim Mahkeme sık sık, Sözleşme'nin 10. maddesiyle ilgili davaların genel bağlamında, ceza mahkûmiyetine karar verilmesinin ifade özgürlüğü hakkına yönelik en ciddi müdahale biçimlerinden biri olduğunu defalarca vurgulama (bk. diğer kararlar arasında, *Rouillan / Fransa*, no.28000/19, § 74, 23 Haziran 2022, *Z.B. / Fransa*, no.46883/15, § 67, 2 Eylül 2021 ve *Reichman / Fransa*, no.50147/11, § 73, 12 Temmuz 2016) ve bu nedenle ulusal mahkemelerin ceza yolunu kullanırken itidalli davranmaları gerektiğini hatırlatma fırsatı bulmuştur.

151. Mahkûmiyet ilkesinin, verilen cezanın önemsizliğinden daha önemli olduğu durumlar da söz konusu olabilir (bk. örneğin, yukarıda anılan *Stoll* kararı, § 154 ve *Bédat/İsviçre* [BD], no.56925/08, § 81, 29 Mart 2016). Kuşkusuz, Mahkeme, ulusal mahkemelerin ceza yoluna başvurma olasılığını göz ardı

etmemektedir; ancak sonuçta ortaya çıkan müdahale tek başına Sözleşme'nin 10. maddesine aykırı olarak değerlendirilmeyebilir (diğer kararlar arasında, yukarıda anılan *Bédat* kararı, § 81).

152. Bilgi sızdırma özelinde, Mahkeme daha önce, gizli bilgilerin ifşa edilmesini cezalandırmak için ceza yolunun kullanılmasının, fail açısından - özellikle mesleki kariyeri bakımından - doğuracağı sonuçları ve diğer kişiler üzerindeki caydırıcı etkisini göz önünde bulundurarak, ifade özgürlüğünün kullanılmasıyla bağdaşmadığına karar verme fırsatı bulmuştur (bk. ertelenmiş hapis cezasına mahkûmiyetle ilgili olarak, yukarıda anılan *Bucur ve Toma* kararı, § 119 ve *Martchenko / Ukrayna*, no.4063/04, § 53, 19 Şubat 2009). Bunun yanı sıra, birçok durumda, ifşanın içeriğine ve ihlal ettiği gizlilik veya sır saklama yükümlülüğünün niteliğine bağlı olarak, bir muhbira sağlanan korumadan yararlanmak isteyen kişinin davranışının meşru olarak cezai bir suç teşkil edebileceği unutulmamalıdır.

153. Ayrıca, ne Sözleşme'nin 10. maddesinin lafzı ne de Mahkemenin içtiadı, aynı eylemin, gerektiği takdirde, mesleki, disiplin, hukuki veya cezai yaptırımların birikmesine yol açması veya birden fazla yansıması olması olasılığını engellememektedir. Örneğin, Mahkeme, belirli durumlarda, cezai bir mahkûmiyetin veya mali cezaların toplam tutarının kümülatif etkisinin, ifade özgürlüğünün kullanılması üzerinde caydırıcı bir etkiye sahip olduğunun kabul edilemeyeceğini zaten kabul etmiştir (bk. yukarıda anılan *Wojczuk* kararı, § 105).

154. Bununla birlikte, Mahkemenin içtiadından anlaşıldığı üzere, uygulanan cezaların niteliği ve ağırlığının, ifade özgürlüğü hakkının ihlalinin orantılılığı değerlendirilirken dikkate alınması gereken faktörler olduğu açıktır (bk. diğer birçok karar arasından, yukarıda anılan *Stoll* kararı, § 153 ve yukarıda anılan *Bédat* kararı, § 79). Aynı durum, bir başvurana uygulanan farklı cezaların kümülatif etkisi için de geçerlidir (*Lewandowska-Malec/Polonya*, no. 39660/07, § 70, 18 Eylül 2012).

2. Bu İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

a) Ön Değerlendirmeler

155. Mevcut dava, başvuranın, özel bir şirkette çalışırken, iş yerinde elde ettiği, çok uluslu şirketlere ait on dört vergi beyannamesi ve iki ek mektuptan oluşan, mesleki gizlilikle korunan gizli belgeleri ifşa etmesiyle ilgilidir (yukarıda

14 ve 23. paragraflar). Bu dava özellikle şu özelliklere sahiptir: Bir yandan, başvuranın işverenin özel bir kişi olması; diğer yandan, normalde bir çalışan ile işvereni arasındaki iş ilişkisini düzenleyen sadakat yükümlülüğüne, kanunla belirlenen mesleki gizliliğe uyma yükümlülüğünün eklenmiş olması ve son olarak, aynı işverenin faaliyetlerine ilişkin ihtilaf konusu ifşaatların, söz konusu ifşaatlardan önce üçüncü bir tarafça yapılmış olması. Dava, özel bağlamına rağmen, Mahkeme tarafından daha önce incelenmiş olanlara benzer konuları gündeme getirmektedir (bk. özellikle, yukarıda 113-117 ve 121-151 paragraflar). Bu koşullar altında, Büyük Daire, az önce yeniden ifade ettiği ve açıkça belirttiği genel kriter ve ilkelerin mevcut davada uygulanması gerektiği kanaatindedir (yukarıda 111-154 paragraflar).

156. Başvuran, Mahkemeyi “muhibir” kavramını tanımlamaya davet ederken (yukarıda 75 ve 76. paragraflar) Mahkeme, bu kavramın bugüne kadar kesin bir hukuki tanıma konu olmadığını (bk. uluslararası hukuk ve Avrupa hukuku, yukarıda 54-58. paragraflar) ve soyut ve genel bir tanım benimsemekten her zaman kaçındığını hatırlatmaktadır. Mevcut davada, Mahkeme bu yaklaşımı sürdürme niyetindedir. Ayrıca, yukarıdaki 144. paragrafta belirtildiği üzere, muhibir olduğunu iddia eden bir kişinin Sözleşme’nin 10. maddesinin sağladığı korumadan yararlanıp yararlanmadığı sorusu, soyut olarak değil, her bir davanın koşullarına ve gerçekleştiği bağlama göre yapılacak bir incelemeyi gerektirmektedir.

157. Bu nedenle, Mahkemenin yapması gereken tek şey, başvuranın mahkûmiyetinin, davanın koşullarında, Sözleşme’nin 10. maddesi ile güvence altına alınan ifade özgürlüğünü kullanma hakkına orantısız bir müdahale teşkil edip etmediğini ve ne ölçüde müdahale teşkil ettiğini değerlendirmektir.

158. Öte yandan, muhibirlerin korunmasına ilişkin spesifik sorunla ilgili olarak, Mahkeme, denetimini, görevini yerine getirmek için genellikle kullandığı yöntemlere uygun olarak gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır. Bu nedenle, mevcut davada, içtihadında tanımlanan genel ilkeler ışığında önüne getirilen her bir davanın koşullarını değerlendirmekten oluşan kazuistik bir yaklaşıma dayalı olağan yaklaşımını izleyecektir. Mevcut davada, Sözleşme’nin 10. maddesi ışığında tanımladığı denetim tablosunu ve *Guja* kriterlerini daha önce geliştirdiği şekliyle uygulayacaktır (yukarıda 113-154 paragraflar). Mevcut davanın

kendine has özelliklerinin dikkate alınması, Mahkemenin bazı ilave açıklamalar yapmasına yol açacaktır. Bu bağlamda, Mahkemeye düşen, ikincilik ilkesini göz önünde bulundurarak, ilk olarak, yerel mahkemelerin Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında muhbirlerle sağlanan korumayı nasıl uyguladıklarını değerlendirmek ve ikinci olarak, bunların Mahkemenin içtihadında belirtilen ilke ve kriterlerle uyumluluğuna karar vermek ve gerektiği takdirde bunları söz konusu davaya uygulamaktır.

b) İstinaf Mahkemesinin olay ve olgulara ilişkin değerlendirmesi hakkında

i. Mahkemenin ikincil incelemesi

159. Mahkeme, iç hukuku Sözleşme'ye tam etki sağlayacak şekilde yorumlama ve uygulama görevinin öncelikle yerel makamlara ve özellikle de mahkemelere ait olduğunu hatırlatmaktadır. Kendi nazarında, bu hukukun uygulanma şeklinin Sözleşme ilkelerine uygun sonuçlar doğurup doğurmadığını belirlemek nihai olarak Mahkemenin görevidir (bk. *Guðmundur Andri Ástráðsson / İzlanda* [BD], no. 26374/18, § 250, 1 Aralık 2020, ve buradaki içtihat atıfları).

160. Mahkeme ayrıca, içtihadında, ikincilik ilkesine tam olarak uyulmasını sağlamak üzere tasarlanmış denetim yöntemlerini aşamalı olarak geliştirdiğini hatırlatmaktadır. Bu bağlamda, ulusal mahkemelerin, kararlarının Sözleşme'yle tutarlı olması için, Sözleşme'nin içtihadıyla yorumlanan ilkelerini yeterince uygulayıp uygulamadıklarını kontrol etmek Mahkemenin görevidir (bk. diğer kararlar arasında, *Hatton ve Diğerleri / Birleşik Krallık* [BD] no. 36022/97, AİHM 2003-VIII, bu tür bir denetimin uygulanması için).

161. Bu bağlamda, Mahkeme, ulusal mahkemelerin kararlarını hazırlarken kendi içtihatlarını dikkate almalarını beklediğini vurgulamaktadır; özellikle de içtihatların, ihtilaflı konulara ilişkin hem önemli hem de istikrarlı olduğu ve kolayca uygulanabilecek nesnel ilkeler ve kriterler bütünü oluşturduğu görülmektedir. Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşme hükümlerinden biri veya diğeriyle ilgili olarak, ulusal mahkemelerin kararları için yeterince ayrıntılı gerekçeler sunmadıklarını veya önlerindeki uyuşmazlığı içtihatlarında tanımlanan ilkeler ışığında değerlendirmediklerini düşündüğünde Sözleşme'nin ihlal edildiğine karar vermiştir (bk. diğer kararlar arasında, *Makdoudi/Belçika*, no. 12848/15, §§ 94-98, 18 Şubat 2020 ve *Lashmankin ve Diğerleri / Rusya*, no. 57818/09 ve diğer 14 başvuru, § 454, 7 Şubat 2017, Sözleşme'nin 8 ve 11. maddeleri kapsamında "ilgili ve yeterli

gerekçelerin” eksikliğine ilişkin örnekler için). Öte yandan, yerel mahkemeler olay ve olguları dikkatli bir şekilde inceledikten, Sözleşme ve içtihat uyarınca insan haklarının korunmasına ilişkin uygulanabilir normları uyguladıktan ve söz konusu çeşitli menfaatler veya haklar arasında adil bir denge kurduktan sonra, yalnızca ciddi nedenler Mahkemenin kendi görüşünü yerel mahkemelerin görüşünün yerine koymasına neden olabilir (bk. Sözleşme’nin 8. maddesiyle ilgili olarak, *M.A./Danimarka* [BD], no. 6697/18, § 149, 9 Temmuz 2021).

162. Daha spesifik olarak Sözleşme’nin 10. maddesiyle ilgili olarak, Mahkeme, ulusal mahkemelerin gerekçelerindeki yetersizlik veya eksikliklerin, bu eksikliklerin etkisinin ulusal makamların içtihadında belirlenen normları doğru bir şekilde uygulayıp uygulamadıkları konusunda etkili bir denetim yapmasını engellemesi durumunda, bu hükmün ihlal edildiğine karar vermesine neden olabileceğini vurgulamaktadır (bk. örneğin, *Ergündoğan/Türkiye*, no.48979/10, § 33, 17 Nisan 2018 ve *Ibragim Ibragimov ve Diğerleri / Rusya*, no.1413/08 ve 28621/11, §§ 106-111, 28 Ağustos 2018). Mahkeme, yerel mahkemelerin söz konusu hak veya menfaatleri kendi tanımladığı şekilde ve belirlediği kriterler temelinde dengelemesini beklemektedir (bk. yukarıda anılan *Von Hannover* kararı, § 107 ve *MGN Limited/Birleşik Krallık*, no. 39401/04, §§ 150-155, 18 Ocak 2011).

ii. Sözleşme’nin doğrudan etkisinin İstinaf Mahkemesi tarafından tanınması

163. Mevcut davada Mahkeme, öncelikle, Başsavcılığın, İstinaf Mahkemesi önündeki beyanlarından (yukarıda 22-23. paragraflar) ve İstinaf Mahkemesi kararının (yukarıda 24 ve 31-37 paragraflar), Mahkemenin muhbirlerin korunmasına verdiği önemin tamamen farkında olan ulusal makamların, Sözleşme’nin 10. maddesine ilişkin içtihadında belirtilen ilkelere uymaya çalıştıklarını kaydetmektedir. Bu bağlamda, Mahkeme, başvuranın, ulusal makamların “*Guja* kriterlerini” fiilen uygulamadan sadece resmi olarak atıfta bulundukları veya en azından kısmen uyguladıkları yönündeki iddialarını destekleyecek hiçbir kanıt bulunmadığı kanaatindedir (yukarıda 70 ve 78. paragraflar).

164. Gerçekten de, İstinaf Mahkemesinin kararından, Sözleşme’nin iç hukuktaki doğrudan etkisini hatırlattıktan ve Lüksemburg hukukunda muhbir statüsü tanıyan yasal metinlerin söz konusu davaya uygulanamayacağı değerlendirilmesinde bulunduktan sonra (yukarıda 25. paragraf), Sözleşme’nin 10.

maddesi ve Mahkemenin konuyla ilgili içtihadı ışığında karar verdiği anlaşılmaktadır. Bu karara varırken, “ulusalüstü bir metinde yer alan temel bir özgürlük olan ifade özgürlüğünün iç hukuk kurallarıyla zayıflatılamayacağını” hatırlatmış ve kamu yararını ilgilendiren bir konudaki bir tartışma bağlamında, “muhbirin ifade özgürlüğünün, uygun olduğunda ve belirli koşullar altında, ulusal hukukun ihlalini haklı gösteren bir olgu olarak geçerli olabileceğini ve ileri sürülebileceğini” kabul etmiştir (yukarıda 25. paragraf).

165. Mahkeme daha sonra, İstinaf Mahkemesinin, ifşa edilen davranışın yanlışlığının “muhbirin koruyucu sıfatının uygulanması için bir kriter” olmadığı yönündeki içtihadını da dikkate aldığını ve bir ifşanın “ciddi bir aksaklık” ile ilgili olabileceğini (yukarıda 31. paragraf) ve “eylem, ihmal, uygulama, davranış veya eylemsizlik mutlaka bir suç teşkil etmeksizin” kamu yararını ilgilendirebileceğini (yukarıda 32. paragraf) belirttiğini kaydetmektedir .

166. Mahkeme tüm bunlardan, muhbirlerin ifade özgürlüğünün korunmasına ilişkin içtihadının, başvuranın ifade özgürlüğü hakkının içeriği ve kapsamının yorumlanmasında İstinaf Mahkemesine yol gösterici olduğu sonucuna varmaktadır. Bu bağlamda, Mahkeme, İstinaf Mahkemesinin, başvuranın cezai mahkûmiyetinin ifade özgürlüğüne saygı hakkına orantısız bir müdahale teşkil edip etmediğini belirlemek amacıyla, *Guja* kriterlerini, değerlendirilmek üzere kendisine sunulan olgusal koşullara teker teker uygularken gösterdiği özeni takdir etmektedir (yukarıda 31-37. paragraflar)). Mevcut davada, ulusal makamların ve özellikle de İstinaf Mahkemesinin, PwC’nin faaliyetleri ve Lüksemburg vergi makamlarının uygulamalarına ilişkin belgelerin gazeteci E.P.ye teslim edilmesi olayıyla ilgili olarak A.D.nin beraatine dayanak teşkil eden içtihadını sadakatle uygulamaya çalıştığına (yukarıda 38. paragraf) ve izledikleri muhakemenin çeşitli aşamalarını ayrıntılı olarak ortaya koymaya gayret ettiğine şüphe yoktur.

iii. *Guja kriterlerinin İstinaf Mahkemesi tarafından uygulanması*

167. Mahkeme, tarafların, başvuranın, Sözleşme’nin 10. maddesi kapsamında muhbirlerle sağlanan güçlendirilmiş korumaya hak kazanması için içtihadında belirtilen bazı koşulları yerine getirdiği konusunda hemfikir olduğunu kaydetmektedir. Bu koşullar, ifşanın yapılması için seçilen araçlar, ihtilaf konusu bilgilerin ifşa edilmesindeki kamu yararı, ifşa edilen belgelerin gerçekliği ve başvuranın iyi niyeti için geçerlidir. Hem olgusal koşullar hem de yerel mahkemeler

önünde yapılan değerlendirmelere ilişkin bu unsurlar, Büyük Daire önünde özel olarak tartışılmamıştır.

168. Hükümet görüşlerinde, ifşa edilen bilgilerdeki kamu yararı ile işverenin bunun sonucunda uğradığı zararın dengelenmesinin Büyük Dairenin önündeki tek mesele olduğunu ileri sürmektedir (yukarıda 85. paragraf). Ancak, Mahkemenin bundan böyle yerleşik içtihadına göre, Büyük Daireye havale edilen “dava”, Dairenin daha önce kararında incelediği başvurunun tüm yönlerini kapsamak zorundadır; zira davanın sadece kısmi olarak gönderilmesinin hiçbir dayanağı bulunmamaktadır (*Cumpănă ve Mazăre/Romanya* [BD], no.33348/96, § 66, AİHM 2004-XI). Açıklığa kavuşturma kaygısıyla, Mahkeme ayrıca Büyük Daireye gönderilen “davanın” kabul edilebilir ilan edilen başvuru olduğunu belirtmektedir (*K. ve T. / Finlandiya* [BD], no. 25702/94, § 141, AİHM 2001-VII ve *Ilias ve Ahmed/Macaristan* [BD], no.47287/15, §§ 171-177, 21 Kasım 2019).

169. Bu nedenle, Hükümetin davet ettiği gibi, Büyük Dairenin incelemesinin kapsamını davanın tek bir yönüyle sınırlandırmak için hiçbir gerekçe bulunmamaktadır. Ayrıca, başvuran, Büyük Daireyi, muhbir statüsüne bağlı korumadan yararlanmaya yol açan muhakeme aşamalarını açıklığa kavuşturmaya davet etmektedir. Büyük Daireye sunduğu görüşlerinde, *Guja* kriterlerinin uygulanmasında, çatışan menfaatlerin dengelenmesinin nasıl yapılacağına belirtilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

170. Bu bağlamda, başvuran, İstinaf Mahkemesini bu kriterleri tek başına uyguladığı için eleştirmektedir (yukarıda 65. paragraf). Mahkeme, muhbirlerin ifade özgürlüğüyle ilgili davalarda, farklı “*Guja* kriterlerine” uygunluğu, aralarında bir hiyerarşi kurmaksızın veya hangi sırayla incelendiklerine karar vermeksizin bağımsız olarak incelediğini hatırlatmakta fayda görmektedir. Bunun, önündeki davanın sonucu üzerinde herhangi bir etkisi olmaksızın, davadan davaya değişebildiği görülmektedir (örneğin, yukarıda anılan *Bucur ve Toma*, §§ 95-119, *Heinisch*, §§ 7192 ve *Gawlik*, §§ 73-84 davalarındaki kriterlerin incelenme sırasını karşılaştırınız). Ancak Mahkeme, bu kriterlerin birbirine bağlı olmalarını dikkate alarak (yukarıda 126 ve 129. paragraflar), tüm bu kriterlerin genel bir incelemesinden sonra bir müdahalenin orantılı olup olmadığına karar verdiğinin altını çizmektedir. Bu koşullar altında, mevcut davada, mevcut davanın özel

koşulları ışığında ve İstinaf Mahkemesi tarafından yapılan değerlendirmeyi dikkate alarak, bu kriterleri sırayla gözden geçirmeye karar vermektedir.

1) Diğer ifşa araçlarının varlığına ilişkin olarak

171. Mahkeme, büyük çok uluslu şirketlerin yararına vergi optimizasyonu uygulamalarının ve başvuranın işvereni tarafından müşterileri adına Lüksemburg vergi makamları için hazırlanan vergi beyannamelerinin - yasal bilgi edimleri (yukarıda 28. paragraf)- Lüksemburg’da yasal olduğunun altını çizmektedir. Bu nedenle, söz konusu belgeler, başvuranın, işverenin normal faaliyetini oluşturan eylemlere son verilmesi için amirini uyarma girişimini haklı çıkaracak, kanun anlamında kınanacak hiçbir şey ortaya koymamaktadır.

172. Mahkeme, bu gibi durumlarda, yalnızca harici bir ifşa kanalına doğrudan başvurmanın etkili bir uyarı aracı teşkil edebileceği kanısındadır. MLA’nın da belirttiği üzere, belirli durumlarda, medyanın kullanılması bilgi sızdırmanın etkinliği için bir koşul olabilir (yukarıda 97. paragraf). Bu koşullarda, söz konusu davranış veya uygulamaların işverenin normal faaliyetleriyle ilgili olduğu ve kendi başlarına hukuka aykırı olmadığı durumlarda, kamu yararına bilgi iletme hakkına etkili bir şekilde riayet edilmesi, medyaya başvurmayı da içerebilecek harici bir ifşa yoluna doğrudan başvurmayı gerektirmektedir. İstinaf Mahkemesi de mevcut davada bunu kabul etmiş olup başvuranın başka türlü hareket edemeyeceğine ve “medya aracılığıyla kamuoyunu bilgilendirmenin, davanın koşullarında, bilgi sızdırmak için tek gerçekçi alternatif olduğuna” karar vermiştir (yukarıda 34. paragraf). Mahkeme, böyle bir tespitin kendi içtihadıyla tutarlı olduğunu vurgulamak istemektedir.

2) Ifşa edilen bilgilerin gerçekliğine ilişkin olarak

173. Başvuran, gazeteci E.P.ye, İstinaf Mahkemesi tarafından “doğruluğu ve gerçekliği” tespit edilen ve hiçbir şekilde sorgulanmayan on dört vergi beyannamesi ve iki ek mektup göndermiştir (yukarıda 33. paragraf). Dolayısıyla, ifşa edilen bilgilerin gerçekliği kriteri de karşılanmaktadır ve Mahkemenin bu noktada İstinaf Mahkemesinin bulgularından ayrılması için bir neden yoktur.

3) Başvuranın iyi niyetine ilişkin olarak

174. İstinaf Mahkemesinin kararından, başvuranın “kâr amacıyla veya işverenine zarar vermek için” hareket etmediği (yukarıda 28. paragraf) ve iyi niyet kriterinin karşılandığını kabul ettiğini (yukarıda 37. paragraf) anlaşılmaktadır.

Mahkeme bu değerlendirmeden ayrılmak için herhangi bir neden görmemekte ve başvuranın söz konusu açıklamayı yaparken iyi niyet gerekliliğini yerine getirdiğini tespit etmektedir.

4) İfşanın zararlı etkilerine karşı ifşa edilen bilgilerdeki kamu yararının dengelenmesine ilişkin olarak

175. Mahkeme ilk olarak, içtihadından doğan genel ilkeler ışığında (yukarıda 111-119. paragraflar) mevcut davada ihtilaf konusu olan soruna, Hükümetin ileri sürdüğü gibi, hakların çatışması açısından yaklaşamayacağını (yukarıda 83. paragraf) belirtmenin yararlı olacağı kanaatindedir. Bu nedenle, davanın koşullarına ilişkin değerlendirmesi, yalnızca, ilk paragrafında, bilgi verme hakkını da içeren ifade özgürlüğü hakkını güvence altına alan ve ikinci paragrafında, başkalarının itibarının veya haklarının korunması ve gizli bilgilerin ifşa edilmesinin önlenmesi ihtiyacı da dâhil olmak üzere, Devletlerin bu hakkı kısıtlayabileceği gerekçeleri sıralayan Sözleşme'nin 10. maddesine dayanacaktır.

176. Büyük Daire, Dairenin, başvuranın da onaylamaya etmeye davet ettiği, “mevcut davanın, farklı menfaatler arasında kurulması gereken adil dengenin incelenmesini gerektirdiği” yönündeki tespitine (Daire kararının 95. paragrafı) katılmaktadır.

177. Mahkeme, kendi rolünün ilke olarak, yerel mahkemelerin, başvuranın Sözleşme'nin 10. maddesi uyarınca muhbirlerin sahip olduğu güçlendirilmiş korumaya hakkı olup olmadığına karar vermek için, ifşa edilen belgelerdeki kamu yararı ile bunların ifşa edilmesinin genel zararlı etkileri arasında adil bir denge kurup kurmadığını tespit etmekle sınırlı olduğunu belirtmektedir. Bu bağlamda, kendisine verilen denetim işlevini yerine getirebilmesini sağlamak amacıyla, yetkili ulusal makamların kararları için yeterince ayrıntılı gerekçeler sunmakla yükümlü olduğunu hatırlatmaktadır. İlgili menfaatlerin uygun bir şekilde dengelenmediğine ilişkin yetersiz bir gerekçe, Sözleşme'nin 10. maddesinin gerekliliklerini karşılamamaktadır (yukarıda anılan *Makdoudi* kararı, §§ 94-98 ve yukarıda anılan *Lashmankin ve Diğerleri* kararı, § 454).

178. Bununla birlikte, Mahkeme, muhbirlerin korunmasına ilişkin içtihadından doğan ilkeleri teyit edip pekiştirirken, mevcut davada, söz konusu çatışan menfaatler arasında gerçekleştirilecek dengeleme işleminin şartlarını sadeleştirdiğini hatırlatmaktadır (yukarıda 120 ve 131-148 paragraflar). Mahkeme,

incelemesi sırasında, yerel mahkemeler tarafından yürütülen dengeleme çalışmasının bu şekilde tanımladığı gereklilikleri karşılamadığını tespit etmesi halinde, ilgili çeşitli menfaatleri dengelemenin kendisine düşeceğini tespit etmektedir.

179. Bu bağlamda, ihtilaflı ifşanın gerçekleştiği bağlam, sunduğu kamu yararı ve neden olduğu zararlı etkiler sırayla incelenecektir.

– *İhtilaflı ifşanın bağlamına ilişkin olarak*

180. Mahkeme, bir ifşayı çevreleyen bağlamın, neden olduğu zararlı etkilerle ilişkili olarak bilginin ifşasındaki kamu yararının ağırlığının değerlendirilmesinde önemli bir rol oynayabileceğini ve bu ağırlığın ifşayı çevreleyen olgusal koşullar ışığında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

181. Mevcut davada Mahkeme, başvuranın, ihtilaf konusu on altı belgeyi, ATA'ların ve Lüksemburg vergi makamlarının uygulamalarını sorgulayan ilk *Cash soruşturma* programının yayınlanmasından birkaç ay sonra gazeteci E.P.ye verdiğini; ayrıca, muhbir statüsü verilen A.D. ve başvuran tarafından ifşa edilen belgelere atıfta bulunan iki yayın arasında bir yıl olduğunu kaydetmektedir (yukarıda 14. paragraf).

182. Bu teslim etmenin gerçekleştiği bağlamı değerlendiren İstinaf Mahkemesi, ihtilaflı vergi beyannamelerinin gazetecilik soruşturmasının sonucunu teyit ettiğinden E.P. için kesinlikle yararlı olduğunu, ancak tüm bunlara rağmen “vergi kaçakçılığı tartışmasını yeniden başlatabilecek veya körükleyebilecek temel ve önceden bilinmeyen herhangi bir bilgi” sağlamadığını tespit etmiştir. Mahkeme, açıklamaların “ATA'ların uygulamalarına ilişkin kamuoyu tartışmasına katkıda bulunmadığı, vergi kaçakçılığına ilişkin tartışmayı tetiklemediği veya önemli, yeni ve önceden bilinmeyen bilgiler sağlamadığı” sonucuna varmış ve başvuranın işverenine, söz konusu bilgilerin ifşa edilmesinde “kamu yararından daha ağır basan” bir zarar verdiği sonucuna varmıştır (yukarıda 35. paragraf).

183. Başvuran, özellikle, ifşa edilen bilginin “temel, yeni ve önceden bilinmeyen” olması şartına itiraz etmektedir (yukarıda 68. paragraf). Mahkeme ayrıca, üçüncü taraf müdahillerin, göreceli ve şarta bağlı olan böyle bir gerekliliğin, muhbirler açısından yasal belirsizliğe yol açabileceği yönündeki argümanlarını da dikkate almaktadır (yukarıda 98 ve 104. paragraflar).

184. Bu noktada Mahkeme, kamusal tartışmanın devam eden bir süreç olabileceğini ve ek bilgilerle beslenebileceğini yeniden teyit etmektedir (yukarıda anılan *Dammann* kararı, § 54 ve *Colaço Mestre ve SIC - Sociedade Independente de Comunicação, S.A. / Portekiz*, no. 11182/03 ve 11319/03, § 27, 26 Nisan 2007). Önceden var olan haberlere veya tartışmalara ilişkin ifşaatlar da kamu yararına hizmet edebilir (yukarıda anılan *Couderc ve Hachette Filipacchi Associé* kararı, § 114). Nitekim kamusal bir tartışma zaman içinde sabit değildir ve MLA'nın da belirttiği gibi, “vatandaşların kamu yararını ilgilendiren konulardaki tutumları evrim geçirmektedir” (yukarıda 98. paragraf). Bu nedenle, Mahkemenin görüşüne göre, başvuranın ihtilaf konusu bilgileri ifşa ettiği sırada Lüksemburg'daki vergi uygulamalarına ilişkin bir kamuoyu tartışmasının hâlihazırda devam ediyor olması, Avrupa'da ve özellikle Fransa'da kurumlar vergisi uygulamalarına ilişkin tartışmalara ve bu konuda bilgi sahibi olma hakkı meşru kamu yararına yol açan tartışmalar ışığında bu bilgilerin de kamu yararına olabileceği ihtimalini ortadan kaldıramaz (aşağıda 187 ila 192. paragraflar).

– *Ifşa edilen bilgilerin kamu yararına ilişkin olarak*

185. Mahkeme öncelikle kamu yararı kriterine ilişkin genel ilkelere atıfta bulunmaktadır (yukarıda 133-144 paragraflar). Ayrıca, genel anlamda, vergi sorununun tartışmasız bir şekilde toplumu ilgilendiren bir konu olduğunu hatırlatmaktadır (*Taffin ve Contribuables Associés / Fransa*, no. 42396/04, § 50, 18 Şubat 2010). Bu bağlamda, Mahkeme ayrıca, başka bir bağlamda, vergi verilerine ilişkin bilgilerin ulaşılabilirliğinin ve vergi ilanlarının yayınlanmasının, genel menfaate ilişkin konularda kamuoyu tartışması yapılmasına katkıda bulunabileceğini daha önce kabul ettiğini de hatırlatmaktadır (bk. sırasıyla, yukarıda anılan *Satakunnan Markkinapörssi Oy ve Satamedia Oy* kararı, § 172 ve yukarıda anılan *Fressoz ve Roire* kararı, § 50). Mevcut davada, İstinaf Mahkemesi, başvuranın ve A.D.nin ifşaatlarının kamu yararına olduğunu ve “Avrupa ve Lüksemburg'da çok uluslu şirketlerin vergilendirilmesi (...) vergi şeffaflığı, vergi özelgeleri uygulamaları ve genel olarak vergi adaleti konularında kamuoyu tartışmalarına olanak sağladığını” kabul etmiştir (yukarıda 32. paragraf). Başvuran tarafından açıklanan bilgilerin kamu yararı kapsamında olup olmadığı hususunda, Mahkeme, içtihadına uygun olarak, kamu yararı kriterine ilişkin olarak, başvuran tarafından vurgulanan uygulamaların endişe veya skandala neden olabileceğini

kabul eden İstinaf Mahkemesi tarafından yapılan tespitlerden ayrılmak için herhangi bir neden görmemektedir.

186. Mahkeme, başvuranın mevcut davada İstinaf Mahkemesinin ihtilaf konusu ifşaattaki kamu yararının kapsamını ve dolayısıyla bunun neden olunan zarar karşısındaki ağırlığını kısıtladığı yönündeki iddialarını kaydetmektedir (yukarıda 68. paragraf). Ayrıca, kamu yararı kavramının İstinaf Mahkemesi tarafından kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanmasına itiraz eden Hükümetin argümanlarını da kaydetmektedir (yukarıda 88. paragraf). Başvuran tarafından açıkladığı bilgilerin bazı şirketlerin vergi uygulamalarına ilişkin tartışmalara katkıda bulunduğunu inkâr etmeksizin, İstinaf Mahkemesinin yaptığı gibi, ifşa edilen belgelerin bu tartışmayla “sınırlı ilgisinin” dikkate alınması gerektiğini değerlendirmektedir.

187. Mahkeme, bu bağlamda, bilgi sızdırmanın sadece kamu yararına olan bilgileri gün ışığına çıkarmayı ve bunlara dikkat çekmeyi amaçlamadığını, aynı zamanda, uygun olduğu durumlarda, şirketler gibi yetkili kamu makamları veya ilgili özel kişiler tarafından düzeltici eylemler yoluyla şikâyet edilen fiiller için bir çözüm yolu elde ederek, bu bilgilerin ilgili olduğu durumu değiştirmeye çalıştığını vurgulamaktadır. Hâlbuki, MLA’nın da ileri sürdüğü gibi (yukarıda 97. paragraf), şikâyet edilen olay ve olguların yetkili kamu makamları tarafından etkin bir şekilde dikkate alınması veya toplumun bir bütün olarak harekete geçirilmesi ve daha dikkatli davranmasının sağlanması için bazen aynı konuda birden fazla uyarı yapılması gerekebilmektedir. Dolayısıyla, Mahkemeye göre, ihtilaf konusu belgeler ifşa edildiğinde Lüksemburg’da vergiden kaçınma ve vergi optimizasyonu uygulamalarına ilişkin bir tartışmanın hâlihazırda devam ediyor olması, bu belgelerin alaka düzeyini azaltmak için yeterli olamayacaktır.

188. Somut olayda, İstinaf Mahkemesinin de kabul ettiği gibi, ihtilaf konusu vergi beyannameleri ATA’ların veya Lüksemburg Vergi Dairesi uygulaması hakkında bilgi verecek nitelikte olmadığı varsayılsa dahi (yukarıda 35. paragraf), yine de bu beyannamelerin ilgili bilgi unsurlarını oluşturduğu doğrudur. Bir vergi beyannamesi, “vergi mükellefi tarafından yapılan vergi tercihleri hakkında idareyi” bilgilendirmekte ve “kanun tarafından öngörülen çeşitli vergi seçeneklerinin kullanılmasının yanı sıra indirim elde etmeye yönelik talepleri” ifade etmektedir

(yukarıda 28. paragraf). Dolayısıyla, ATA'ların ve vergi beyannamelerinin farklı vergi uygulamalarına atıfta bulunan iki tür belge olduğu doğru olması halinde, bu iki tür belgenin ifşa edilmesi, somut olayda, Lüksemburg'da yürürlükte olan vergi uygulamalarının, bunların Avrupa ölçeğindeki etkilerinin ve tanınmış çok uluslu şirketlerin kârlarını yapay bir şekilde düşük vergili ülkelere kaydırmak ve böylece diğer Devletlerin vergi tabanlarını aşındırmak için uyguladıkları vergi stratejilerinin düzenlenmesine katkıda bulunmuştur (yukarıda 32 ve 35. paragraflar).

189. Mahkeme, bu koşullar altında, ilgili çok uluslu şirketler tarafından bildirilen kârların tutarı, Lüksemburg'da kurumsal vergilendirme ile ilgili yapılan siyasi tercihleri ve bunların Avrupa düzeyinde (yukarıda 23 ve 32. paragraflar) ve özellikle de Fransa'da hakkaniyet ve vergi adaleti açısından etkileri hakkında bilgi vererek, İstinaf Mahkemesinin kabul ettiği gibi ihtilaf konusu bilgilerin sadece "endişe veya skandala neden olabilecek" nitelikte olmadığını, aynı zamanda "vergiden kaçınma, vergi muafiyeti ve vergi kaçakçılığı" (yukarıda 32. paragraf) ile ilgili bir tartışma bağlamında öneminin küçümsenmemesi gerektiğine yönelik yeni bir ışık tuttuğu kanaatine varmaktadır.

190. Mahkeme öte yandan, İstinaf Mahkemesinin, başvuranın, ifşa edilen vergi beyannamelerini gazetecinin elindeki ATA'ları tamamlamak için değil, yalnızca ilgili çok uluslu şirketlerin tanınması sebebiyle seçmiş olduğu koşulunu dikkate aldığını tespit etmektedir (yukarıda 35. paragraf). Hâlbuki İstinaf Mahkemesinin aksine, Mahkeme, söz konusu çok uluslu şirketlerin tanınması, ilk *Cash investigation* programının yayınlanmasından sonra meydana gelen tartışma bağlamında ilgisiz ve alakasız olmadığı kanaatine varmaktadır. Nitekim vergi optimizasyonu uygulamalarının dayandığı karmaşık hukuki ve mali yapıların, konuya vakıf olmayanlar ve daha genel olarak kamuoyu için anlaşılması zorken, İstinaf Mahkemesinin de belirttiği gibi, bir şirketin mali ve varlık durumu hakkında bilgi sunan vergi beyannamelerinin kapsamının (yukarıda 28. paragraf) anlaşılması çok daha kolaydır.

191. Vergi beyannameleri, kamuoyunun tanıdığı çok uluslu şirketleri de ilgilendirdiği için, bu beyannameler, Lüksemburg'da yürürlükte olan vergi uygulamalarını ve bu uygulamalardan yararlanan şirketlerin vergi seçimlerini gösterme gücüne sahipti. Vergiye tabi olan herhangi bir vergi mükellefi, bir vergi

beyannamesi gibi bir belgeyi gerçekten de anlayabilecek durumdadır. Başvuran tarafından ifşa edilen belgeler, vergilendirmenin en avantajlı olduğu kurumlardan yararlanmak isteyen çok uluslu şirketlerin vergi uygulamalarının şeffaflığına katkıda bulunmuştur ve bu anlamda, halkın kurumlar vergisi gibi teknik olarak büyük bir karmaşıklığa sahip bir konu hakkında, ancak önemli ekonomik ve sosyal konularla ilgili olarak bilgilendirilmiş bir görüş oluşturmaya yardımcı olabilmektedir.

192. Mahkeme ayrıca, ihtilaf konusu ifşaya bağlı kamu yararının ağırlığının, küresel boyutta çok uluslu şirketlerin hem ekonomik hem de sosyal planda işgal ettikleri yerden bağımsız olarak değerlendirilemeyeceği kanaatine varmaktadır. Vergi gelirlerinin ekonomi ve Devlet bütçeleri üzerindeki rolü ve bazı çok uluslu şirketlerin uygulayabilecekleri kâr transferi gibi vergi stratejilerinin hükümetler açısından doğurabilecekleri önemli sorunların da dikkate alınması gerekmektedir. Mahkeme, başvuran tarafından kamuoyuna yapılan beyannameler gibi çok uluslu şirketlerin vergi uygulamalarına ilişkin bilgilerin – A.D.nin ilk ifşalarıyla tetiklenen – vergi kaçakçılığı, vergi şeffaflığı, vergi hakkaniyeti ve vergi adaletine ilişkin süregelen tartışmayı inkâr edilemez bir şekilde teşvik etmeye imkân verdiği sonucuna varmıştır. Burada, ifşa edilmesi, hem vergi politikası doğrudan söz konusu olan Lüksemburg’da hem de vergi gelirleri ortaya çıkan uygulamalardan etkilenebilecek olan Avrupa’da ve diğer Devletlerde kamu yararına olan bilgilerin söz konusu olduğuna şüphe yoktur.

– *Zararlı Etkiler Hakkında*

16393. Mahkeme, işverene zarar verme kriterinden vazgeçmeye davet eden başvurana cevaben (yukarıda 73. paragraf), bu kriterin, bir muhbir tarafından kamu yararına olan bilgilerin ifşa edilmesini cezalandıran bir tedbirin orantılı olup olmadığının incelenmesinde ilgili olmaya devam ettiğini yinelemektedir. Bununla birlikte, terazinin diğer tarafı bağlamında, ihtilaf konusu ifşadan kaynaklanan tüm zararlı etkiler dikkate alınarak genişletilmesi gerekmektedir (yukarıda 148. paragraf).

194. Mahkeme, bu bağlamda, öncelikle İstinaf Mahkemesinin başvuranın işverenin (PwC) “kabul edilemez olarak tanımlanan vergi optimizasyonu olmasa da vergi kaçakçılığı uygulamasıyla ilişkili olduğuna”, “ceza gerektiren suçlardan mağdur olduğuna” ve “mecburen bir zarara maruz kaldığına” karar verdiğini

kaydetmektedir. Mahkemeye göre, başvuranın işverenin maruz kaldığı zarar, yalnızca ihtilaf konusu ifşanın olası mali etkileri bakımından değerlendirilemeyecektir. Dairede olduğu gibi (Daire kararı § 100), Büyük Daire de PwC'nin, ihtilaf konusu ifşanın kendisine verilen mali verilerin ve onlar adına yürütülen vergi faaliyetlerinin gizliliğini sağlama kabiliyeti ile ilgili sorulara sebep olabileceğinden, özellikle müşterileri nezdinde itibarının zedelendiğini kabul etmiştir. Ancak Mahkeme derhal, bu zararın gerçekliğinin uzun vadede ortaya çıkmamış gibi görüldüğünü vurgulamaktadır (yukarıda 15. paragraf).

195. İkinci olarak, Mahkeme, ihtilaf konusu ifşadan başka menfaatlerin etkilenip etkilenmediğini araştırmanın gerekli olduğu kanaatine varmaktadır (yukarıda 86. paragraf). Nitekim ifşanın özel bir işverenin sahip olduğu belgelere ilişkin olması, kamu menfaatleri de dâhil olmak üzere söz konusu işverenin menfaatleri dışındaki menfaatlerin de bu ifşadan etkilenmesi ihtimalini ortadan kaldırmamaktadır; zira değerlendirmenin ihtilaf konusu ifşadan kaynaklanan tüm zararlı etkileri kapsamı gerekmektedir (yukarıda 147-148. paragraflar).

196164. Bu bağlamda, Hükümet, özellikle bu ifşanın, başvuranın işverene vergi durumlarını ve mesleki gizliliğe uyulmasıyla bağlantılı kamu yararını optimize etme görevini vermiş olanların menfaatlerine zarar verdiğini ileri sürmektedir (yukarıda 86. paragraf). Mahkeme, PwC'nin müşterileri ile ilgili olarak, söz konusu vergi beyannamelerinin ifşa edilmesini izleyen medya ve siyasi etkiler göz önünde bulundurulduğunda, vergi beyannamelerinin ifşa edilmesinin, isimleri kamuoyuna açıklanan çok uluslu şirketlerin özel menfaatlerine ve itibarlarına en azından bir dereceye kadar zarar vermiş olabileceğini kabul etmektedir.

197. Ifşanın da zarar vereceği kamu yararına ilişkin olarak Mahkeme, somut olayda sadece başvuran tarafından bilgilerin ifşa edilmesinin değil, aynı zamanda dayanaklarının hileli bir şekilde ortadan kaldırılmasının da söz konusu olduğunu (yukarıda 27.paragraf) ve bu bağlamda, hırsızlığın önlenmesi ve cezalandırılmasındaki kamu yararının da dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Ayrıca Mahkeme, başvuranın sadece herhangi bir çalışanın işverene karşı sadakat ve takdir yükümlülüğü ile değil, aynı zamanda kanun uyarınca mesleki faaliyetini yerine getirirken PwC tarafından yürütülen faaliyetler

alanında geçerli olan mesleki gizlilikle de bağlı olduğunu hatırlatmaktadır (yukarıda 29. paragraf). Hâlbuki mesleki gizliliğe uyulması, bir profesyonel ile müşterisi arasında güven ilişkilerini teşvik ederek özellikle belirli mesleklerin güvenilirliğini sağlamayı amaçladığı ölçüde, inkâr edilemez bir şekilde kamu yararınadır. Aynı zamanda kamu düzeninin bir ilkesi söz konusudur ve bu ilkenin ihlali, ceza hukuku tarafından yaptırıma tabi tutulabilir.

198. Mahkeme, somut olayda, başvuranı bağlayan mesleki gizliliğin kapsamını değerlendirmeye gerek duymaksızın – ki bu değerlendirme öncelikle ulusal mahkemelerin görevidir – İstinaf Mahkemesinin, kanunla düzenlenen mesleki gizliliğinin kamu düzenine ilişkin olduğunu ve bir profesyonel ile temasa geçebilecek tüm kişileri güvence altına almayı amaçladığını kaydetmektedir. Mahkeme ayrıca, gizliliğin, genel olarak, başvuranın işverenin mesleğini icra etmesi için gerekli olduğunu tespit etmiştir (yukarıda 29. paragraf).

199. Ancak, terazinin diğer tarafında, İstinaf Mahkemesi sadece PwC'nin maruz kaldığı zarara yer vermekle yetinmiş ve sadece başvuranın işverenin “vergi optimizasyonu olmasa da vergi kaçakçılığı uygulamasıyla ilişkili” olduğunu, “ceza gerektiren suçlardan mağdur” olduğunu ve “mecburen bir zarara maruz kaldığını” dikkate almıştır (yukarıda 35. paragraf).

200. Şüphesiz Mahkemeye göre, PwC'nin maruz kaldığı zarar ile ilgili olarak İstinaf Mahkemesi tarafından benimsenen değerlendirme unsurları, yani “imajın zedelenmesi” ve “güven kaybı” (yukarıda 35. paragraf), tartışmasız bir şekilde konuyla ilgilidir. Bununla birlikte, İstinaf Mahkemesi, niteliği ve kapsamı ayrıntılı bir şekilde belirlenmemiş olan bu tür bir zararın, ihtilaf konusu bilgilerin ifşa edilmesindeki “genel menfaatten daha büyük” olduğuna neden kanaat getirdiğini anlamaya imkân verecek herhangi bir açıklama yapmaksızın, değerlendirme unsurlarını genel ifadelerle dile getirmekle yetinmiştir. Mahkeme, İstinaf Mahkemesinin dikkate alınması gereken tüm zararlı etkileri terazinin diğer tarafına yerleştirmede sonucuna varmıştır.

– *Dengeleme İşleminin Sonuçları Hakkında*

201. Yukarıda belirtilen değerlendirmeler ışığında, Mahkeme, ulusal mahkemeler tarafından yürütülen dengeleme işleminin, mevcut davada tanımladığı gereklilikleri karşılamadığı kanaatine varmaktadır (yukarıda 131-148. paragraflar). Bir yandan, İstinaf Mahkemesi, ifşa edilen bilgilerdeki kamu yararını çok kısıtlayıcı

bir şekilde yorumlamıştır (yukarıda 32 ve 35. paragraflar). Diğer yandan, Mahkeme, terazinin diğer tarafında, söz konusu ifşanın tüm zararlı etkilerini dâhil etmemiş, sadece PwC'nin maruz kaldığı zarara odaklanmıştır. İstinaf Mahkemesi, kapsamını faaliyeti veya itibarı bakımından ölçmediği bu zararın, tek başına, ifşa edilen bilgilerin teşkil ettiği kamu yararına üstün geldiğine karar verirken, PwC'nin müşterilerinin özel menfaatlerine verilen zararları ve hırsızlığın önlenmesi ve cezalandırılması ve mesleki gizliliğe uyulması hususundaki kamu menfaatini dikkate almaksızın, mevcut davanın kendine özgü özelliklerini, olması gerektiği gibi yeterince dikkate almamıştır.

202. Bu koşullarda, söz konusu menfaatler arasında denge kurmak Mahkemenin görevidir. Bu bağlamda, Mahkeme, başvuran tarafından açıklanan bilgilerin inkâr edilemez bir şekilde kamu yararına olduğunu kabul ettiğini hatırlatmaktadır (yukarıda 191-192. paragraflar). Aynı zamanda, Mahkeme, ihtilaf konusu ifşanın veri hırsızlığı ve başvuran için bağlayıcı olan mesleki gizliliğin ihlal edilmesi pahasına yapıldığı gerçeğini göz ardı edemez. Bununla birlikte, Mahkeme, ifşa edilen bilgilerin niteliği ve açıklanmasına bağlı riskin kapsamı göz önüne alındığında, söz konusu ifşa edilen bilgilerin nispi önemini tespit etmektedir. Başvuran tarafından ifşa edilen bilgilerin önemli bir katkı sağladığı çok uluslu şirketlerin vergi uygulamalarına ilişkin kamuoyu tartışmasının hem ulusal düzeyde hem de Avrupa düzeyindeki önemine ilişkin olarak yukarıda yapılan tespitler ışığında (yukarıda 191-192. paragraflar), Mahkeme, bu bilgilerin ifşa edilmesiyle ilgili kamu yararının tüm zararlı etkilerden daha ağır bastığı kanaatine varmaktadır.

203. İhtilaf konusu müdahalenin orantılı olup olmadığına ilişkin incelemeyi tamamlamak için, Mahkemenin son olarak başvurana verilen cezanın ağırlığını değerlendirmesi gerekmektedir.

5) Cezanın Ağırlığı

204165. Mahkeme, başvuran hakkında alınan tedbirin orantılılığının incelenmesi bağlamında, verilen cezanın hafif olup olmadığına bakılmaksızın, bir mahkûmiyet kararının bulunmasının önemli olduğunu hatırlatmaktadır (yukarıda anılan *Couderc ve Hachette Filipacchi Associés* kararı, § 151). Muhbirlerin esas rolü göz önünde bulundurulduğunda, ifade özgürlüklerine yaptırımlar yoluyla gereğinden fazla getirilmiş her türlü uygunsuz kısıtlama, muhbirleri usulsüz veya şüpheli davranışları bildirmekten caydırarak ifşa edilmesi kamu yararına olan

bilgilerin gelecekte açıklanmasını engelleme veya durdurma tehlikesi taşımaktadır (*ibidem* ve *bu davaya uygulanabildiği ölçüde (mutatis mutandis)*, yukarıda anılan *Görmüş* kararı, § 74). Sözleşme'nin 10. maddesi ile güvence altına alınan, halkın kamu yararına olan bilgileri alma hakkı tehlikeye girebilmektedir.

205. Somut olayda, işvereni tarafından şüphesiz bir bildirimle de olsa ihraç edilmesinin ardından, başvuran ayrıca cezai olarak yargılanmış ve güçlü bir medya etkisi olan bir ceza yargılaması sonunda 1.000 avro para cezasına mahkûm edilmiştir. Verilen cezaların niteliği ve birikiminin etkilerinin ağırlığı, özellikle de İstinaf Mahkemesi tarafından hiçbir şekilde dikkate alınmamış gibi görünen başvuranın veya başka herhangi bir muhbirin ifade özgürlüğü bağlamında caydırıcı etkisi göz önünde bulundurulduğunda ve bilhassa mevcut menfaatler arasında bir denge kurulmasının sonunda ulaştığı sonuç dikkate alındığında, Mahkeme, başvuranın cezaya mahkûm edilmesinin, izlenen meşru amaç bakımından orantılı olarak değerlendirilemeyeceği kanaatine varmaktadır.

c) Sonuç

206. Mahkeme, burada söz konusu olan farklı menfaatleri değerlendirdikten ve başvuranın cezaya mahkûm edilmesinin niteliğini, ağırlığını ve caydırıcı etkisini dikkate aldıktan sonra, ilgilinin ifade özgürlüğü hakkına, özellikle de bilgi verme hakkına yapılan müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığı sonucuna varmıştır.

207. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

II.SÖZLEŞME’NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

208. Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca,

“Eğer Mahkeme, işbu Sözleşme veya Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırıabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder. ”

A. Tazminat

209. Başvuran, maruz kaldığı kanaatine vardığı manevi zarar bağlamında 15.000 avro (EUR) talep etmektedir.

210. Hükümet, Büyük Daire önünde görüş bildirmemiştir.

211. Mahkeme, hakkaniyete uygun olarak, başvurana bu bağlamda talep ettiği meblağın tamamının, yani 15.000 avro ödenmesi gerektiği kanaatine varmaktadır.

B. Masraf ve Giderler

212. Başvuran aynı zamanda, ulusal mahkemeler önünde yapmış olduğu masraf ve giderler bağlamında 51.159 avro talep etmekte ve ilgili faturaları sunmaktadır. Başvuran ayrıca, Mahkeme önünde yapmış olduğu masraf ve giderler bağlamında 26.150 avro talep etmektedir. Söz konusu masraf ve giderlerin dağılımı şu şekildedir: Daire önünde yürütülen yargılama için 3.500 avro ve Büyük Daire önünde yürütülen yargılama için 22.650 avro. Başvuran, Mahkeme önünde yürütülen yargılamaya ilişkin avukatlık sözleşmesini ve ilgili faturaları sunmaktadır.

213. Hükümet, Büyük Daire önünde görüş bildirmemiştir.

214. Mahkeme içtihadına göre, bir başvurana yalnızca, masraf ve giderlerinin gerçekliğini, gerekliliğini ve miktarlarının makul niteliğini ispatlaması durumunda bu masraflar iade edilebilmektedir. Mahkeme, somut olayda, elinde bulunan belgeleri ve hatırlattığı kriterleri göz önünde bulundurarak, başvurana, bütün masraf ve giderleri bağlamında 40.000 avro tutarında bir meblağın ödenmesinin makul olduğunu değerlendirmekte ve bu meblağın başvurana ödenmesine karar vermektedir.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME,

1. Beşe karşı on iki oyla, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine,
2. Beşe karşı on iki oyla,
 - a) Davalı Devletin, başvurana, üç aylık bir süre içinde, aşağıdaki meblağları ödemekle yükümlü olduğuna:
 - i. Ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere, manevi tazminat olarak, 15.000 avro (on beş bin avro),
 - ii. Başvuran tarafından ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere, masraf ve giderler için 40.000 avro (kırk bin avro),
 - b) Söz konusu sürenin bittiği tarihten itibaren ödeme tarihine kadar, bu tutarlara Avrupa Merkez Bankasının o dönem için geçerli olan marjinal kredi faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına,

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

Oy birliğiyle, adil tazmine ilişkin kalan taleplerin reddine *karar vermiştir*.

İşbu karar Fransızca ve İngilizce dillerinde tanzim edilmiş olup, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77. maddesinin 2 ve 3. fıkraları uyarınca, 14 Şubat 2023 tarihinde Strazburg'da bulunan İnsan Hakları Mahkemesinde kamuya açık olarak gerçekleştirilen duruşmada açıklanmıştır.

Abel Campos
Yazı İşleri Müdür Yardımcısı

Robert Spano
Başkan

Mevcut kararın ekinde, Sözleşme'nin 45. maddesinin 2. fıkrası ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 74. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, aşağıda sunulan ayrık görüşler yer almaktadır:

- Hâkimler Ravarani, Mourou-Vikström, Chanturia, Sabato'nun müştereken sunduğu muhalefet şerhi;
- Hâkim Kjølbro'nun muhalefet beyanı.

R.S.

A.C.

HALET/LÜKSEMBURG KARARI
HÂKİMLER RAVARANI, MOUROU-VIKSTRÖM,
CHANTURIA VE SABATO’NUN MÜŞTEREK MUHALEFET
ŞERHİ

Ulusal mahkemelerin başvurana muhbir statüsü vermeyi reddetmesi ve böylece özellikle hırsızlık ve mesleki gizlilik açısından ceza kanunu ile öngörülen cezalardan kaçmasına izin vermesi sebebiyle Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varan çoğunluğa katılmamaya karar verdiğimizizi üzülmekle belirtmek isteriz.

Bununla birlikte, kararda belirtilen bütün hususlara katılmıyoruz. Anlaşmamız *Guja* kriterlerinin “yeniden gözden geçirilmesi” gereği ile ilgilidir ve bu kriterlerin geliştirilme şekline büyük ölçüde katılıyoruz.

Çekincelerimiz, belirlenen ilkelere ve bunların somut olaya uygulanmasına ilişkin yalnızca belirli bir hususla ilgilidir.

I. İlkeler

Guja İçtihadından Doğan İlkeler. Kararın 110 ila 154. paragraflarında, muhbir konusuyla ilgili içtihatlar anlatılmakta (bu kavramı tanımlamayı açıkça reddetmekle birlikte, bk. kararın 156. paragrafı) ve özellikle *Guja/Moldova* ([BD], no. 14277/04) davasındaki Büyük Daire kararında belirtilen kriterler, yani ifşada bulunmak için diğer imkânların mevcut olması ya da olmaması, bilgilerin ifşa edilmesindeki kamu yararı, ifşa edilen bilgilerin gerçekliği, işverene verilen zarar, muhbirin iyi niyeti ve cezanın ağırlığı hatırlatılmaktadır (114. paragraf).

Muhbir statüsü, söz konusu statüden yararlanan kişiyi ceza hukukunun uygulanmasından muaf tutması sebebiyle çok güçlü bir koruma sağlamaktadır. Bu nedenle, muhbir statüsünün tanınmasının büyük bir ihtiyatla çevrili olması ve kesin olarak tanımlanan kriterlere uyulması esastır. Ayrıca, muhbiri haklı gösteren üstün bir “sebebin” değerlendirilmesi, muhbirin statüsünü zayıflatma riskine rağmen, her türlü siyasi veya ideolojik mülahazalardan arındırılmış olması gerekmektedir. Bu bağlamda, Büyük Dairenin, *Medžlis Islamske Zajednice Brčko ve diğerleri/Bosna Hersek* ([BD], no. 17224/11, 27 Haziran 2017) davasında, iş yerinde işlenen ve ırkçı olduğu iddia edilen davranışları, hakaret içeren sözlerle

şikâyet eden kişileri, muhbir statüsünü koruma rejiminin dışında tutmaya dikkat ettiğini tespit etmek önemlidir.

“Kamu yararı” kavramının genişletilmesi. Kararda, Mahkeme içtihadının tutarlılığına ve içtihadının öngörülebilirliğinin hukuki güvenlik bakımından taşıdığı öneme bağlı olduğu belirtilmektedir. Çoğunluk, “muhbirlerin korunmasına ilişkin içtihattan doğan ilkeleri doğruladığını ve sağlamlaştırdığını” belirtirken, yine de bu ilkeleri “sadeleştirmenin” uygun olduğu kanaatine varmaktadır (kararın 148 ve 158. paragrafları). Böylece çoğunluk, özellikle, muhbirin korumadan yararlanabilmesi için ifşa edilen bilgiyle bağlantılı olması gereken kamu yararı kavramını önemli ölçüde genişletmektedir. İchtihadında, bir işverenin, muhbirin dokunulmazlığını haklı göstermek için gerekli olan kamu yararı ile karakterize edilen iki tür davranışı, yani bir yandan “bir çalışanın iş yerindeki yasa dışı eylemleri, uygulamaları veya davranışları bildirmesi” ve diğer yandan “yasal olmakla birlikte kınanabilir olanları” (kararın 137. paragrafı) tespit ettikten sonra, çoğunluk bilgi sızdırma hususunda tamamen yeni olan üçüncü bir kategori eklemektedir, yani “demokratik bir toplumda yetkili kamu makamlarının işleyişini etkileyen ve kamu yararına bir ihlal ortaya koyup koymadığına ilişkin sorun hakkında bilinçli bir görüş oluşturmak amacıyla kamuoyunun bu konuda bilgi sahibi olmasında meşru bir menfaat doğuracak nitelikte tartışmalara yol açan belirli bilgiler” (138. paragraf) olarak tanımlanırken, bu bilgilerin özel aktörlerin davranışlarıyla da ilgili olabileceği belirtilmektedir (142. paragraf).

Aşırı belirsiz bir kriter. Karara göre, bir muhbir tarafından ifşa edilmesi muhtemel üç bilgi kategorisi arasında - yasa dışı davranışlar, yasa dışı olmadan kınanabilir eylemler ve tartışma yaratan bilgiler - kararda, kişinin birinci, ikinci veya üçüncü kategoride bulunmasına bağlı olarak ifşa etmedeki yararın azaldığı vurgulanmaktadır (kararın 140. paragrafı). Ancak, bu üç kategoriye çevreleyen belirsizliğin arttığı itiraz edilemeyecektir. Bir davranışın hukuka aykırı olduğunu tespit etmek gerçekten kolay olsa da, yasal olurken neyin kınanabilir olduğunu belirlemek çok daha zordur. Ancak belirsizliğin zirvesine, tartışmalara yol açan bilgilerle ulaşılmaktadır. Aslında, her şey, yöneticilik görevinde bulunan bir kişinin sağlık durumu veya bir siyasi şahsiyetin banka varlıkları bile bu kategoriye girebilmektedir. Bu, mesleki gizlilik veya başka bir gizlilik biçimiyle uygun şekilde

korunan bilgilerdir. Bu yeni kriterle birlikte, söz konusu korumanın anlamsız olduğu ortaya çıkmaktadır. Ve hukuki güvenlik kâr ve zarar etmekten geçmektedir.

Şüpheli bir emsal içtihat... Bu üçüncü kategorinin girişini desteklemek amacıyla, kararda Mahkemenin ifade özgürlüğüne ilişkin içtihadına atıfta bulunulmakta ve özellikle *Fressoz ve Roire/Fransa* ([BD], no. 29183/95, AİHM 1999-I) davasına atıfta bulunularak, “bazı durumlarda, belirli bilgiler için kamu görüşünün yararı, kanun ile dayatılan bir gizlilik yükümlülüğünden daha ağır basabilecek kadar büyük olabileceği” vurgulanmaktadır (132. paragraf). Ancak söz konusu karar, büyük bir şirketin yöneticisinin vergi bildirimini yayınlayan ve böylece fahiş olarak değerlendirilen maaşını açıklayan gazeteciler hakkında verilmiştir. Mahkeme önünde ortaya çıkan sorun, söz konusu belgenin çalınması veya mesleki gizliliğin ihlal edilmesi (ki bunlar kesinlikle başkaları tarafından işlenmiştir) değil - aslında, savcılık bu konuda kovuşturma yapmaktan feragat etmişti - ancak bu belgenin gazeteciler tarafından alınmasıydı. Gündeme getirilen *gazetecilik kaynaklarının korunması* sorunuuydu. Mahkeme bu korumayı, özellikle genel bir menfaatin varlığı olmak üzere, belirli koşullar altında kabul etmiştir. Ancak söz konusu kararda, bir mesleki gizliliğin koruyucusu olan kişi, kamuya ulaştırmayı istediği bilginin kamu yararının kapsamına girdiği gerekçesiyle, bu mesleki gizliliğe saygı gösterme yükümlülüğünden kurtardığı hiçbir şekilde belirtilmemiştir. Yukarıda belirtilen örneklerle devam etmek gerekirse, gazeteci bir kişinin sağlık durumunu veya bankadaki varlıklarının tutarını açıklayabilir, ancak bilgiyi sızdıran doktorun veya banka çalışanının kimliği tespit edilirse cezai bir yaptırıma çarptırılacaktır.

...profesyonel gizliliği tehlikeye atan... *Halet* kararı böylece, yasaya aykırı ya da en azından kınanabilir bir uygulamayı ifşa etmeden “sadece” ilgi çekici olan bir bilgi vermesi gereken mesleki gizliliği satma kumarını kasıtlı olarak oynayarak bilinmeyen bir bölgeye girmektedir. Kararda, bu ifşanın gerekçesi olabilecek kamu yararının “gizlilik yükümlülüğünden veya ihlal edilen sırdan bağımsız olarak değerlendirilemeyeceği” hususunun kabul edildiği doğrudur (kararın 136. paragrafı). Ancak mesleki gizliliğin veya diğer gizlilik biçimlerinin önemine yönelik bu belirgin bedel, boşlukta askıya alınmış bir durumda kalmakta ve açıklama ile sır saklama yükümlülüğü arasındaki çatışma çözülmemektedir.

Çelişki, özellikle kararın 152. paragrafında açıkça görülmektedir; bu paragrafta bir yandan bilgi sızdırmanın özel bağlamında “gizli bilgilerin ifşa edilmesini cezalandırmak için ceza yolunun kullanılmasının ifade özgürlüğünün kullanılmasıyla bağdaşmadığı” hatırlatılmakta, ancak diğer yandan bir muhbirin yararlanabileceği korumayı talep eden kişinin davranışının birçok durumda “meşru olarak” bir suç teşkil edebileceği kabul edilmektedir.

Her halükarda karar, potansiyel muhbirlerle ve yetkili soruşturma makamlarına bir dava açmanın veya kovuşturma başlatmanın gerekli olup olmadığının belirlemesinin istenmesi için yol gösterici olabilecek az çok net kriterler belirlemek yerine kafa karışıklığı yaratmakta ve her iki tarafı da sonucu belirsiz zor tercihlerle karşı karşıya bırakmaktadır. Öte yandan, bu belirsizlik sadece yetkili soruşturma makamlarını etkilemekle kalmamakta, aynı zamanda her türlü özel hukuk ilişkisinin ve özellikle de bir iş sözleşmesinin temelini oluşturan güven ilişkilerine ciddi zarar verme riski taşımaktadır.

...ve davanın çözümü için gerekli olmayan. Tüm bunlar daha da içler acısıdır çünkü somut davaya bir çözüm bulmak için çoğunluğun ilkelerde bu kadar ileri gitmesine gerek yoktu, zira başvuran tarafından ileri sürülen olaylar ikinci kategoriye, kınanabilir eylemlerin kapsamına girmektedir ve bu kategorinin tespit edilmesi bile bir yenilik teşkil etmektedir.

Atıfta bulunulmayan bir emsal. Kararda, ifade özgürlüğü ve mesleki gizlilikle iç içe olan bir başka davaya atıfta bulunulmamıştır. Bu, 18 Mayıs 2004 tarihli *Éditions Plon/Fransa* davasıydı ve Mahkemeden, Fransız mahkemeleri tarafından önce geçici olarak, sonra da kesin olarak bir gazeteci ve Cumhurbaşkanı Mitterrand’ın özel doktoru tarafından ortaklaşa yazılmış bir kitabın dağıtımının yasaklandığı bir yayıncı tarafından iddia edilen Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edilmesi hususunda karar vermesi istenmiştir. Bu kitap, 1981 yılında, seçilmesinden kısa bir süre sonra Başkanda teşhis edilen kanser hastalığını kamuoyundan gizlemek için sarf edilen çabaları gözler önüne seriyordu. Mahkeme, kitabın geçici olarak yasaklanmasını güçlü duygular ve müteveffanın anısına ciddi zarar verilmesi bağlamında eleştirmemekle birlikte, yine de dağıtım yasağının devam etmesinin haklı gösterilmediği kanaatine varmıştır. Mahkeme, “zaman geçtikçe, yedi yıllık tamamlanan iki dönemin tarihiyle ilgili kamu yararı

tartışmasının da o kadar arttığını (...) tıbbi gizlilik bakımından koruma zorunluluklarından daha ağır bastığını” kabul etmiştir (yukarıda atıfta bulunulan *Éditions Plon*, § 53). Ancak, *Halet* davası bağlamında önemli olan da budur; kararda, “Mahkemenin, tarihsel tartışmanın gerekliliklerinin, bir doktoru, Fransız hukukunda, kanunun kendisi tarafından belirlenen katı istisnalar dışında, genel ve mutlak olan tıbbi gizlilikten kurtarabileceği kanısına varmasının kesinlikle söz konusu olmadığı” vurgulanmaktadır (*ibid*, § 53).

Dolayısıyla *Plon* kararında, hassas bilgilerin koruyucusu olan faille dayatılan mesleki gizlilik ile bu tür bir gizliliğe bağlı olmayanların, özellikle de gazetecilerin ve somut olaydaki davada bir yayıncının sahip olduğu bu bilgileri belirli koşullar altında iletme özgürlüğü arasında dikkatli bir ayırım yapılmaktadır.

II. İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

Mahkeme tarafından uygulanan denetime ilişkin olarak karardaki yaklaşım. Kararda, Mahkemenin ikincil rolüne uygun olarak, ulusal mahkemelerin “PwC’nin faaliyetleri ve Lüksemburg vergi idaresinin uygulamalarına ilişkin belgelerin gazeteci E.P.ye teslim edilmesi olaylarıyla ilgili olarak A.D.nin beraat etmesine dayanak teşkil eden içtihadını güvenilir şekilde uygulamaya (...) ve izledikleri gerekçenin farklı aşamalarını ayrıntılı olarak eski haline getirmeye çalıştıkları” kabul edilmektedir (kararın 166. paragrafı).

Bununla birlikte Mahkeme, *Guja* kararında tanımlanan denetim tablosunu somut olaydaki davaya uygulayacağını belirtmekte, söz konusu tabloyu “sadeleştirdiğini” ve mevcut davanın özelliklerini dikkate alarak bazı ek açıklamalar yapacağını vurgulamaktadır. Ardından Mahkeme, öncelikle, ulusal mahkemelerin muhirlere sağlanan korumayı nasıl uyguladıklarını değerlendirildikten sonra, içtihadında belirtilen ilke ve kriterlerle uyumluluklarına karar vermeyi ve gerektiği takdirde bunları somut olaydaki davaya uygulamayı amaçlamaktadır (kararın 158. paragraf).

Bir yöntem sorunu. *Guja* kriterlerini “sadeleştirerek”, çoğunluğun, bu kriterleri önemli ölçüde değiştirdiği bir gerçektir. Mahkeme, her şeyden önce, ifşa edilen bilginin sunduğu kamu yararının temel kavramına ve özellikle de neden olunan zarara tamamen yeni bir içerik vermekte, böylece yalnızca işverene değil, aynı zamanda kamu yararına verilen zararın yeni bir değerlendirmesini

benimsemektedir. Mahkeme geçmişte içtihadını birçok kez değiştirdiği ve eski içtihadı kapsamında ulusal mahkemeler önünde yürütülen olay ve olgulara yeni kriterleri uyguladığı için bu hususta bir sorun bulunmamaktadır. Dolayısıyla, örnek olarak *Sergueï Zolothoukine/Rusya* ([BD], no. 14939/03, AİHM 2009) davasında, Büyük Daire, *aynı suçtan iki defa yargılanmama (non bis in idem)* kuralına ilişkin yaklaşımını değiştirdikten sonra, yeni kriterleri doğrudan somut olayın olay ve olgularına uygulamıştır.

Mevcut davada çoğunluk, yeni kriterleri öncelikle somut olayın olay ve olgularına değil, İstinaf Mahkemesinin gerekçesine uygulamaktadır. Ancak, bu temel değişiklik göz önüne alındığında, ulusal mahkemelerin eski *Guja* kriterlerine göre dengeleme işlemlerinin sonunda, değiştirilmiş kriterlerin okuma tablosuna karşılık gelen bir sonuca varmaları neredeyse tesadüf olacaktır. Bu anlamda, Büyük Dairenin hemen kendi dengeleme işlemini gerçekleştirerek başlaması ve ardından bu işlem ışığında, ulusal mahkemelerin eski kriterleri uygulayarak ulaştığı sonucun hala haklı gösterip göstermediğini belirlemesi daha mantıklı olurdu.

Ancak kararda, ileri sürülen yeni kriterler – en azından kısmen – ulusal mahkemeler tarafından kullanılan denetim tablosuna uygulanmakta ve bu denetimin sonunda, ulusal mahkemeler tarafından karşılıklı menfaatlerin dengelenmesinin bu yeni gerekliliklere karşılık gelmediği sonucuna varılmakta ve ardından, gerek görülmeyen bu adım olmadan en başından itibaren yapılabilecek ve yapılması gereken kendi kendini dengelemeye çalışılmasıdır.

Olası bir çıkış yolu: Mahkeme kararlarının etkilerinin zaman içinde uyarlanması. Kararda, *Guja* içtihadından doğan ilkeleri “açıklamayı” ve “sadeleştirmeyi” amaçladığı belirtilse de, gerçekte içtihadın değişikliğinden bahsetmek abartılı görünmemektedir. Mahkemenin tespit edici nitelikte ve dolayısıyla geriye dönük bir etkiye sahip olan kararlarında, Mahkeme içtihadını, kararın verildiği andaki haliyle uygulayan ulusal mahkemelerin, kendilerini yeni kriterlerle çelişki içinde bulacak olmaları kaçınılmaz bir sonuçtur. Somut olayda bu durum, İstinaf Mahkemesinin Mahkemenin içtihadını güvenilir bir şekilde uygulamasına rağmen, Sözleşme’nin ihlal edildiği tespitine yol açmıştır.

Bu durumun istenmeyen sonuçlarından kaçınmak için Mahkeme, diğer uluslararası ve ulusal mahkemeler örneğini izleyerek (örneğin bk. Avrupa Birliği

Adalet Divanı ve bazı ulusal yüksek mahkemeler), kararlarının etkilerinin zaman içinde bir modülasyon öngörmeyi düşünebilmektedir.

Dengeleme işlemi. Yeni kriterler bakımından yapılan dengeleme işlemi ile ilgili olarak, çoğunluğun davanın somut olay ve olgularını yeterince dikkate alıp almadığı ve bu hususta yetkili ulusal makamlara tanıdığı takdir yetkisine saygı gösterip göstermediği sorgulanabilmektedir (bk. bu bağlamda, Mahkemenin içtihadına atıfta bulunan kararın 110. paragrafı).

Bağlam: üç sanık. Ulusal mahkemeler üç sanığı, yani A.D., E.P. ve başvuranı aynı anda yargılaması sebebiyle bu davanın olay ve olguları bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Gazeteci E.P. hemen beraat etmiştir. Ulusal mahkemeler, geniş bir şekilde yorumlanan altı *Guja* kriteri göz önünde bulundurulduğunda, muhbir statüsünün kabul edilmesi gerektiğini değerlendirerek, açıkça kötü niyetli olan A.D. bile (daha sonra gazeteciye iletilen özeldeleri çalıp bir yıl boyunca saklamış ve kendisine en iyi şekilde hizmet edebilecekleri anı beklemiştir) beraat etmiştir. İstinaf Mahkemesi, ihtilaf konusu açıklamaların, “Avrupa’da ve Lüksemburg’da çok uluslu şirketlerin vergilendirme (...), vergi şeffaflığı, vergiden kaçınma uygulamaları ve genel olarak vergi adaleti konularında kamuoyu tartışmasına imkân verdiği” ölçüde genel menfaatin kapsamına girdiğine karar vermiş ve *Luxleaks* açıklamaların ardından, Avrupa Komisyonunun vergi kaçakçılığına karşı bir önlem paketi ve Avrupa Birliğinde adil ve etkin kurumlar vergisi için bir eylem planı sunduğunu kaydetmiştir (kararın 32. paragrafı). Dolayısıyla ulusal mahkemeler, kararda da açıkça kabul edildiği üzere, muhbirleri yeterince korumak istemedikleri için hiçbir şekilde eleştirilememektedir (kararın 166. paragrafı).

Ulusal mahkemeler hakkında kararda belirtilen üç eleştiri. Ulusal mahkemeler tarafından eski *Guja* kriterlerine göre incelenen olay ve olgulara yeni kriterleri uygulayan kararda, esasen ulusal mahkemelere üç eleştiri yöneltilmektedir. Bu eleştiriler, ilk olarak, başvuran tarafından ifşa edilen bilginin önemli veya yeni olduğunu yanlış bir şekilde değerlendirmiş olması, ikinci olarak, kamu yararı olduğunu kabul ettiği bilginin ifşa edilmesi karşısında, “terazinin diğer tarafında, dikkate alınması gereken tüm zararlı etkileri” doğru bir şekilde yerleştirmemiş olması (kararın 200. paragrafı) ve son olarak, başvurana verilen

cezanın orantılı olup olmadığını yanlış değerlendirilmesidir (kararın 205. paragrafı).

Başvuran tarafından sunulan belgelerin değerinin ulusal mahkemeler tarafından değerlendirilmesi. A.D. ve E.P. ile aynı davada yargılanan başvuranla ilgili olarak, A.D. tarafından çalınan vergi özelgelerinin bir kısmının medya tarafından ifşa edilmesinin ardından, kendisinin de başka belgeler sunmak amacıyla gazeteciyle temasa geçtiğine dair olaylardan anlaşılmaktadır (bk. özellikle kararın 14. paragrafı). Sonunda, aralarında çok uluslu şirketlere ait on dört vergi beyannamesinin de bulunduğu on altı belge teslim edilmiştir. İlk derece mahkemesi kararından, başvuranın “*Cash investigation* programını görmüş olmasına ve mali düzenlemelerin yasa dışı olduğunu düşünmesine ve onu şoke etmesine rağmen, soruşturmasında kendisine yardımcı olmak için” gazeteciyle temasa geçtiğini belirttiği anlaşılmaktadır. Ayrıca, seçiminin yalnızca söz konusu şirketlerin itibarına göre yönlendirildiği anlaşılmaktadır. Başvuranın *Luxleaks* açıklamalarına katılmaya kesinlikle istekli olduğunu, ancak sunacak çok az şeyi olduğunu ve ulusal mahkemelerin nazarında “Lüksemburg’daki [vergi özelgeleri] uygulamasına ilişkin kamuoyu tartışmasına katkıda bulunmayan, vergi kaçakçılığına ilişkin tartışmayı tetiklemeyen veya önemli, yeni ve daha önce bilinmeyen bilgiler sağlamayan” vergi beyannamelerini isteyen gazeteciye sunmakla yetinmek zorunda kaldığını belirtmek abartı gibi görünmemektedir.

Önemli, yeni ve önceden bilinmeyen bilgi iddiasının eleştirisi. Ulusal mahkemelerin kendi takdir yetkileri kapsamında kalıp kalmadıkları hususuna ilişkin değerlendirme çerçevesinde, kararda “başvuranın ihtilaf konusu bilgileri ifşa ettiği sırada Lüksemburg’daki vergi uygulamalarına ilişkin bir kamuoyu tartışmasının hâlihazırda devam ediyor olması, Avrupa’da ve özellikle Fransa’da (...) kurumlar vergisi uygulamalarına ilişkin tartışmalara ve kamuoyunun bu konuda bilgi sahibi olma hakkı meşru menfaatine yol açan tartışmalar ışığında, bu bilgilerin de kamu yararına olabileceği ihtimalini tek başına ortadan kaldıramadığı” hususu ele alınmıştır (kararın 184. paragrafı).

Ancak, önemli, yeni ve önceden bilinmeyen bilgi kriteri, başvurana muhbir statüsü verilmesine imkân verecek yeterli ilgiyi reddetmek için kullanılan tek kriter değildi, ancak İstinaf Mahkemesine göre, vergi özelgeleri hususunda kamuoyu

tartışmasına sağlanan katkı ve vergi kaçakçılığı hakkında tartışmayı tetiklemesi gibi diğer kriterler de yerine getirilmemiştir. Bu anlamda karar, İstinaf Mahkemesinin gerekçesine ilişkin adaleti yerine getirmemektedir.

Söz konusu karşılıklı menfaatlerin değerlendirilmesi. Kararda, ulusal mahkemeler, ister geleneksel ister zenginleştirilmiş *Guja* okuma tablosu olsun (ki bu burada önemli değildir), başvuranın ifşaların neden olduğu tüm zararlı etkileri dikkate almadıkları için eleştirilmektedir. Kararda, bu bağlamda, PwC'nin işverenin maruz kaldığı itibar zedelenmesine ek olarak (kararın 194. paragrafı), ulusal mahkemelerin diğer iki zararı dikkate almadığı vurgulanmaktadır. Öncelikle, ifşalar PwC müşterilerinin durumlarıyla ilgili olduğundan ve kendi itibarlarını etkilemesi muhtemel olduğundan, PwC müşterilerine verilen zarar söz konusudur (kararın 196. paragrafı). Ardından, kararda, söz konusu kamu menfaatleri üzerinde, özellikle de “bir profesyonel ile müşterisi arasındaki güven ilişkilerini teşvik ederek belirli mesleklerin güvenilirliğini sağlamayı özellikle amaçlayan” mesleki gizliliği üzerinde oluşturulan zarar verici etki vurgulanmaktadır. Kararda, bunun “aynı zamanda, ihlal edilmesi ceza hukuku tarafından yaptırıma tabi tutulabilecek bir kamu düzeni ilkesi söz konusu olduğu” eklenmektedir (kararın 197. paragrafı). Dolayısıyla kararda, İstinaf Mahkemesi, sadece PwC tarafından maruz kalınan tek zararı ve “faaliyeti ya da itibarı bakımından ölçmediği” zararı dikkate aldığı sebebiyle eleştirilmekte ve “PwC müşterilerinin özel menfaatlerine verilen zararların yanı sıra hırsızlığın önlenmesi ve cezalandırılması ile mesleki gizliliğe saygı gösterilmesi yönündeki kamu yararını da dikkate almayan İstinaf Mahkemesinin bu nedenle mevcut davanın kendine has özelliklerini, yapması gerektiği gibi, yeterince dikkate almadığı” tespit edilmektedir (kararın 201. paragrafı).

Dengeleme işlemi hususunda şaşırtıcı sonuç. İfşanın neden olduğu zararları bir araya getiren “terazinin diğer tarafının” önemli ölçüde zenginleştiği göz önüne alındığında, kararda, söz konusu menfaatlerin dengelenmesinin sonunda, “başvuran tarafından ifşa edilen bilgilerin önemli bir katkı sağladığı çok uluslu şirketlerin vergi uygulamalarına ilişkin kamuoyu tartışmasının hem ulusal düzeyinde hem de Avrupa düzeyindeki önemi” ile karakterize edilen kamu yararının tüm zararlı etkilerden daha ağır bastığı sonucuna varıldığını tespit etmek çok daha şaşırtıcıdır.

Ardından, Mahkeme “ihtilaf konusu ifşanın veri hırsızlığı ve başvuranla ilgili mesleki gizliliğin ihlal edilmesi pahasına yapıldığı gerçeğini görmezden gelemeyeceğini” (kararın 202. paragrafı) defalarca vurgulamıştır. İfşa edilen belgelerin titiz bir incelemesinden sonra, ulusal mahkemelerin, A.D. tarafından ifşa edilen belgelerin çok uluslu şirketlerin vergi uygulamalarına ilişkin kamuoyu tartışmasına önemli bir katkı sağladığını, ancak başvuran tarafından ifşa edilen belgeler için durumun böyle olmadığı kanaatine vardıkları da eklenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, kişinin birinci, ikinci veya üçüncü kategoride yer almasına göre ifşa edilmedeki menfaatin azaldığı hatırlanabilir. Ancak burada birinci kategoride olmadığımız açıktır.

Cezanın ağırlığı. Cezanın ağırlığına ilişkin olarak, kararda, “verilen cezaların niteliği ve bunların birikiminin etkilerinin ciddiyeti, özellikle de İstinaf Mahkemesi tarafından hiçbir şekilde dikkate alınmamış gibi görünen başvuranın veya diğer herhangi bir muhbirin ifade özgürlüğü bakımından caydırıcı etkileri ve hepsinden de önemlisi, mevcut menfaatler dengelendikten sonra ulaştığı sonuç göz önüne alındığında, (...) başvuranın cezaya mahkûm edilmesi, izlenen meşru amaç bakımından orantılı olarak değerlendirilemeyeceği” kanısına varılmaktadır (kararın 205. paragrafı).

İşten Çıkarılma. Gerçekte uygulanan cezalar nelerdi? Öncelikle, başvuranın olay ve olguları kabul etmesinden ve mülklerine ilişkin on milyon avroluk bir ipoteğin tescil edilmesine yönelik anlaşmaya vardığını bildirdikten sonra, bildirim sonrası işten çıkarılmıştır. Bu bağlamda, bir yaptırımdan söz edebilir miyiz? Kesinlikle işten çıkarılma bildirimsiz olsaydı yaptırımdan söz edebilirdik. Burada daha çok “karşılıklı rızayla” bir boşanmaya benzeyen taraflar arasındaki bir güven kaybının işaretidir. On milyon avroluk bir ipotek tesciline izin verilmesi, aynı zamanda taraflarca tam o anda paylaşılan, PwC’ye verilen zararın çok önemli olduğu ve ancak daha sonra yanlış olduğu ortaya çıkan hissiyatın da bir göstergesidir.

Ceza. İstinaf Mahkemesinin, başvuran aleyhine kabul ettiği suçlar için, ilgili, 3 aydan 5 yıla kadar ihtiyari hapis cezasına ve 251 ila 5.000 avro arasında değişen zorunlu bir para cezasına çarptırılmıştır. İstinaf Mahkemesi aşağıdaki şekilde karar vermiştir: “David HALET, söz konusu menfaatlerin dengelenmesi kriterini

HALET/LÜKSEMBURG KARARI

karşılamamaktadır ve bu nedenle Sözleşme'nin 10. maddesinin tam korumasından yararlanamayacak, ancak Lüksemburg hukukunda hafifletici koşulların tanınmasıyla sonuçlanacak şekilde en küçük korumayı ileri sürebilecektir.” Sanığın iyi niyetini kabul eden İstinaf Mahkemesi, (sanık hakkında cezanın tamamının ertelenmesiyle birlikte 9 ay hapis cezasına çaptırılmasına karar veren ilk derece mahkemesinin aksine), 1.000 avro para cezasına çaptırılmasına karar vermekle yetinmiştir.

Bu türden bir ceza, özünde orantısız olarak değerlendirilemeyecektir. Ceza, ancak başvuranın hiçbir şekilde cezalandırılmaması gerektiği sonucuna varılması halinde ortaya çıkmaktadır. Kararda yapılan da budur (kararın 204. paragrafı ve devamı). Ancak, bunu yaparken kararda, ceza kriterinin özerk niteliğini ortadan kaldırıp kaldırmadığı ve bunu, ifşa edilen bilginin menfaati ile ifşa edilen bilginin zararlı etkileri arasındaki dengeleme kriterinin bir yönü haline getirip getirmediği sorgulanabilmektedir.

Sonuç. Ulusal mahkemelerin, muhbirin korunmasını talep eden birkaç kişiyi bir araya getiren olgusal bağlam da dâhil olmak üzere davanın tüm unsurlarını dikkate aldıkları, Mahkeme tarafından Guja içtihadında ortaya koyulan kriterleri özenle dikkate aldıkları ve tüm bu unsurları dengeledikleri tespiti göz önünde bulundurulduğunda, başvuranın muhbir olarak tam korumasını reddederek, ulusal mahkemeler kendi takdir yetkileri kapsamında kaldıkları ve Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal etmedikleri görüşündeyiz.

HALET/LÜKSEMBURG KARARI
HÂKİM KJØLBRO’NUN MUHALEFET BEYANI

(Çeviridir)

Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edildiğine dair tespitin aleyhinde oyumu sundum (hüküm kısmının 1. maddesi).

Mahkeme tarafından kararda belirtilen gerekçe ile ilgili iki hususta farklı bir görüşe sahibim.

İlk olarak, Mahkeme, muhbirlerle sağlanan korumayı sadece i) “yasa dışı davranışlar” (*Guja* kararında kullanılan ifade) veya “yasa dışı eylemler” (mevcut kararda kullanılan ifade) ve ii) “yasa dışı eylemler” (*Guja* kararında kullanılan ifade) veya “kınanabilir eylemleri” (mevcut kararda kullanılan ifade) değil, aynı zamanda iii) “kamu yararına ihlal teşkil edip etmediği konusunda tartışmaya yol açan her türlü konuyu” da kapsayacak şekilde genişlettiğinde, Mahkemenin “ikinci *Guja* kriteri” olarak adlandırılan, yani “ifşa edilen bilginin sunduğu kamu yararı” ile ilgili genel ilkeleri daha da geliştirdiğine katılmıyorum (bk. özellikle mevcut kararın 138 ve 140. paragraflar).

İkincisi ve sonuç olarak, bu yeni genel ilkenin mevcut davanın özel koşullarına uygulanması konusunda çoğunluk ile aynı fikirde olamam.

Prensipte aynı fikirde olmasam da, hukuki argümanlarımı daha fazla açıklamaktan kaçınacağım. Bu nedenle, bu “oy beyanı” ile sınırlı kaldım.