

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DİSİPLİN KURULU KARARLARI IŞIĞINDA AHLAKİ AKTİVİST AVUKAT YAKLAŞIMI

## MORAL ACTIVISM APPROACH IN THE LIGHT OF THE DECISIONS OF THE UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS DISCIPLINARY BOARD

Nadire ÖZDEMİR\*

**Özet:** Avukatlık meslek etiğinin tanımı, meslek kurallarına etik değerlerin dâhil edilip edilmeyeceğine göre hukuk merkezli veya ahlak merkezli yapılabilir. Ahlaki aktivizm yaklaşımı, avukatın müvekkilinden çok adalete karşı sorumlu olduğunun altını çizen ahlak merkezli yaklaşımlardan biridir. Bu makalede Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu kararları ışığında ahlaki aktivist avukat pratiğinin uygulamada nasıl yorumlanabileceğini tartışacağım.

**Anahtar Kelimeler:** Avukatlık Meslek Etiği, Ahlaki Aktivizm, Disiplin Kurulu Kararları

**Abstract:** Legal ethics can be law-centered or moral-centered, depending on including ethics in its definition. Moral activism, as a moral-centered approach, claims that a lawyer should have primary responsibility for justice prior to her client. This article aims to explain more about this approach in the light of the disciplinary decisions of the Union of Turkish Bar Associations.

**Keywords:** Legal Ethics, Moral Activism, Disciplinary Board Decisions

## I. Giriş

Avukatlık meslek etiğine, avukatın temel sorumluluğunun neye veya kime karşı olduğu sorusu doğrultusunda farklı tanımlar getirmek mümkün. Avukatın en temelde ve öncelikli olarak müvekkilinin

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Öğretim Elemanı

menfaati doğrultusunda hareket etmesi gerektiğini savunan avukatlık modelleri karşısında avukatın adaleti ve hakkaniyeti temel alarak hareket etmesi gerektiğini savunan görüşler vardır. İlişkisel avukatlık (*relational lawyering*) ve ahlaki aktivizm (*moral activism*) avukatlık pratiğine, genel etik kurallarını dâhil etmeyi öngören ve bu anlamda avukatın müvekkilinin menfaati dışında başka hususları da dikkate alması gerektiğini belirten yaklaşımlardan en temel ikisidir.<sup>1</sup> Bu makalede, bu temel görüşlerden ahlaki aktivizm yaklaşımı bağlamında Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun internet sitesinde yer alan 2013-2016 tarihlerinde verdiği bazı kararları tartışacağım.<sup>2</sup> Söz konusu kararları, ahlaki aktivizm yaklaşımının temel prensipleri doğrultusunda ele alarak ahlaki aktivist pratiğin uygulamada nasıl yorumlanabileceğini göstermeye çalışacağım.

## I. Ahlaken Sorumlu Avukat Yaklaşımından Doğan Ahlaki Aktivizm

Avukatın, müvekkilinin menfaati doğrultusunda hareket etmekle yükümlü olması ve bu anlamda "taraf" konumunda bulunması, meslek etiği açısından pek çok soruyu gündeme getirmiştir. Bu anlamda avukatın, müvekkili dışındaki kişilere karşı herhangi bir ahlaki<sup>3</sup> sorumluluk hissetmeden davranması eleştiri konusu olmaya başlamıştır.<sup>4</sup> 1975'te **Richard Wasserstrom**, avukatların mesleklerini icra ederken müvekkil çıkarlarını ne pahasına olursa olsun korumak adına ahlaka aykırı davranabildikleri noktasına dikkat çeker. Müvekkili karşısında avukatın, kendisine biçilen bu taraf konuma uygun olarak

<sup>1</sup> Christine Parker ve Adrian Evans, *Inside Lawyers' Ethics*, New York: Cambridge University Press, 2006, s. 18, s. 23.

<sup>2</sup> Makalede atıf yapılan bütün kararlara <http://www.barobirlik.org.tr/dkk> adresinden erişilebilir.

<sup>3</sup> Bu makale kapsamında "ahlak" ve "etik" birbiri yerine geçerli kavramlar olarak kullanılmıştır. Her iki kavramla da kast edilmek istenen değer yargıları değil; evrensel değerlerdir. Ahlak kavramının farklı anlamları için bkz. Ioanna Kuçuradi, *Uludağ Konuşmaları: Özgürlük, Ahlak, Kültür Kavramları*, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu, 2014, ss. 23-42.

<sup>4</sup> Paul R. Tremblay, "Moral Activism Manqué", *South Texas Law Review* 2002, Vol. 44, s. 128; Tremblay, Paul. "Critical Legal Ethics", *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, 2006, Vol. 20, s.13.

ahlaki kaygıları bir kenara bırakıp, sadece o role uygun davranma kaygısı taşıdığını belirtir.<sup>5</sup> **Wasserstrom**'a cevaben **Charles Fried** avukatın müvekkili dışındaki kişilere karşı sorumlu olmayacağını benimseyen klasik rolü savunur.<sup>6</sup> Ona göre müvekkilini hukuk sınırları içerisinde korumak başlı başına ahlaki bir davranıştır ve avukat bu sınırlar dâhilinde ister istemez üçüncü kişilere zarar vermişse herhangi bir sorumluluk hissetmemelidir.<sup>7</sup> **Fried**'in bu görüşlerini eleştiren **Gerald Postema** da tartışmaya katılır. **Postema** mesleki rollerin kişisel ahlaki değerlerden bağımsız olmaması gerektiğinin, bu anlamda aynı olayda sıradan bir vatandaşın etik açıdan duyacağı sorumluluğu avukatların da duyması gerektiğinin altını çizer.<sup>8</sup>

Avukatın ahlaken sorumluluğunu savunan bir diğer yazar da **William Simon**'dur. **Simon**, mesleki sorumluluğun, hukuku gözeterek davranmakla ilgili olduğuna ve bu anlamda avukat gibi düşünmenin/eylemenin yazılı meslek kurallarını uygulamanın ötesinde bir pratik olduğuna dikkat çeker.<sup>9</sup> **Simon**'dan sonra tartışmaya avukatın ahlaken sorumluluğunu savunan, ve "ahlaki aktivizm" kavramının isim babası olan **David Luban** da katılır.

**Luban**'a göre ahlaki aktivist avukat, hukuk devleti karşısında ahlaki bir sorumluluk hisseder ve bu sorumluluğunu, müvekkilini adil davranmaya ikna etmeye çalışarak gerçekleştirme beklenir. Kâğıt üzerindeki hukukun pratikte anlama büründüğünü savunan **Luban**'a göre avukatların adil bir hukuku oluşturmada ve sürdürmede rolü büyüktür. **Luban**, aslında her avukatın bir anlamda 'hukuki realist'<sup>10</sup> olduğunu ve hatta hukuki realizmin, avukatın hukuk felsefesi olduğunu

<sup>5</sup> Richard Wasserstrom, "Lawyers as Professionals: Some Moral Issues", *Human Rights* 1975-1976, Vol. 5 ss. 3-7.

<sup>6</sup> Charles Fried, "The Lawyer as Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation", *The Yale Law Journal* 1976, Vol. 85, s. 1066.

<sup>7</sup> *Ibid*, s. 134.

<sup>8</sup> Gerald J. Postema, "Moral Responsibility in Professional Ethics", *New York University Law Review* 1980, Vol. 55, s. 71.

<sup>9</sup> William H. Simon, "Thinking Like a Lawyer, About Ethical Questions", *Hofstra Law Review* 1988, Vol. 27, ss. 6-11.

<sup>10</sup> Hukuki realizm akımına dair daha ayrıntılı bilgi için bkz. Ülker Gürkan, *Hukuki Realizm Akımı*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1967, ss. 106-111.

söyler.<sup>11</sup> Zira “hâkimlerin nasıl karar verdiği” meselesi gibi, “avukatların nasıl danışmanlık yaptığı” da hukuku şekillendirmek bakımından önemlidir ve bu yaklaşım, hukukun kâğıt üzerinde değil, uygulamada şekillendiğini savunan hukuki realistlerin görüşlerini ufak bir farkla sürdürmek anlamına gelir.<sup>12</sup> **Luban**’ın görüşünü, hukuki realistlerden ayıran, uygulamanın gerçekleştiği yerdir. Hukuki realistler hukukun uygulamada, dava esnasında şekillendiğini savunurken, ahlaki aktivist avukat pratiği mahkeme dışına çıkarak -avukat-müvekkil görüşmelerini de kapsayan- daha geniş bir uygulama alanına yayılmaktadır. Bu anlamda **Luban**, avukatlığın savunma hizmetinden çok danışmanlık hizmeti özelliğine vurgu yapar.<sup>13</sup>

**Luban**’ın kavramsallaştırdığı ahlaki aktivizm görüşü aktivist bir avukatı öngörür. Bu aktivizm, adaletin gerçekleşmesi adına çaba sarf etmesi anlamındadır. Ahlaki aktivizm insanları, kurumları ve hukuku adalete uygun şekilde değişime zorlayan bir avukatlık modelidir.<sup>14</sup> Tüm bunların pratikte karşılığı da avukatlık mesleğinin sunduğu araçlar kullanılarak gerçekleşebilir. Örneğin avukat, müvekkilini adil olmayan taleplerinden vazgeçirme hususunda ikna etmeye çalışacak veya hukuk kurallarını yorumlarken formalist bir yaklaşımdan ziyade, adalet ve eşitlik değerini temele alan yorumlayıcı bir yaklaşımda davranacaktır.

Elbette, farklı ülkelerdeki hukuk sistemlerinin değişik özelliklerinden ve avukatlara sunulan araçların farklılığından kaynaklanan çeşitli ahlaki aktivist avukat pratiklerinden bahsetmek mümkündür. Teorinin orijinali Amerikan tipi avukatlığı temel alarak geliştirildiği için, avukatın müvekkiliyle olan ilişkisi veya avukatın en başta adaletin yanında yer aldığı gösteren örnekler de Amerikan hukukunu temel almaktadır. Ancak teori “avukatın ne pahasına olursa olsun müvekkilinin çıkarlarını savunması gerekir” önermesini eleştirerek

<sup>11</sup> David Luban, *Lawyers and Justice: An Ethical Study*, New Jersey: Princeton University Press, 1988, s. 19.

<sup>12</sup> David Luban, *Legal Ethics and Human Dignity*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, s. 131.

<sup>13</sup> *Ibid*, s. 131-132.

<sup>14</sup> Parkers ve Evans, ss. 28-29.

geliştirildiği için eleştiri noktası avukatlık mesleğinin özüne ve avukatlık pratiğinin amacının ne olduğuna dikkat çeker. Yukarıda temelini ortaya koymaya çalıştığım ahlaki aktivizm yaklaşımını Türkiye Barolar Birliği'nin çeşitli disiplin kararları kapsamında daha ayrıntılı değerlendirmek istiyorum. Böylece hem teorik bir meslek etiği yaklaşımının pratikteki bir olayı yorumlamada nasıl kullanılabileceğini göstermiş olmayı hem de anlatımda soyut kalan noktaları somut olay çerçevesinde daha iyi betimlemiş olmayı amaçlıyorum.

## **II. Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararlarında Ahlaki Aktivist Avukatlık Pratiğinin İzleri**

Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu kararlarından kimi örnekleri ahlaki aktivizm yaklaşımı kapsamında yorumlamak mümkün. Ayrıca, söz konusu Disiplin Kurulu kararlarının gerekçelerinde ahlaki aktivizm teorisinin izlerine rastlamak da mümkün. Bu başlık altında, yukarıda kısaca tarihsel gelişimini ve temel özelliklerini anlattığım teoriyi somut olaylar kapsamında yorumlayarak daha iyi ortaya koymayı amaçlıyorum. Öncelikle Disiplin Kurulu'nun kimi kararlarında belirgin olarak çizdiği avukatlık pratiğinin hangi meslek etiği anlayışı ve avukat modeliyle uyduğunu tartışacağım. Sonra da temel bir meslek kuralı olan sır tutma ilkesi kapsamındaki bir olayı ahlaki aktivist yaklaşımla ele alacağım.

### **A. Ahlak Merkezli Bir Meslek Etiği Yaklaşımında Avukatlık Pratiği**

Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu kararlarının çoğunda sadece yazılı kurallara şeklen uymanın mesleki özeni ve güveni göstermekte yeterli olmadığını belirten bir meslek etiği yaklaşımının sergilendiğini söyleyebiliriz. Özellikle Avukatlık Kanununda ve Meslek Kurallarında geçen "özen", "doğruluk" veya "meslek onuru" gibi kavramların içini doldururken etik değerlere ister istemez atıf yapılmaktadır. Bu tutum, meslek etiğine hukuk merkezli bir tanım getirmekten ziyade ahlak merkezli yaklaşıldığının bir göstergesi olarak yorumlanabilir.

Hukuk merkezli yaklaşım, genel ahlak felsefesini hukuk alanından ayrı tutma çabasıdır ve meslek etiği disiplinini mesleki düzenleme ya da mesleki teamül kurallarıyla bir tutar.<sup>15</sup> Bu yaklaşım, kesinlik, öngörülebilirlik ve uygulanabilirlik ölçütlerini ön planda tutarak, görelî ve sübjektif bir alan olarak kabul ettiği etiğin sınırlarını, kurallarla belirleme çabası içerisindedir.<sup>16</sup> Etik merkezli yaklaşım ise kurallarda bulunmasa dahi etik değerleri mesleki pratiğe kazandırmayı amaçlar. Avukatın hem ahlaki anlamda iyi bir insan hem de iyi bir hukukçu olarak mesleğini nasıl icra edeceği sorusuna cevap arayan bu görüş, meslek kurallarını, ahlaki değerleri koruyarak mesleğini iyi bir şekilde icra etme amacının gerçekleştirilmesi için kabul edilmiş standartlar olarak görür.<sup>17</sup> Ahlaki aktivist yaklaşım da bu ikinci görüşten beslenmektedir.

Disiplin Kurulu'nun ahlak merkezli yaklaşımı sergilediğini düşündüğüm kararlarından birinde şikâyetli avukatın eylemi sadece hukuka (kanunilik anlamında) uygunluğu bakımından değil; hakkaniyete uygunluğu açısından da değerlendirilmiştir.<sup>18</sup> "Hakkaniyet" değerine atıf, meslek etiğine hukuk merkezli olmaktan ziyade ahlak merkezli yaklaşıldığının bir göstergesi olarak yorumlanabilir. Zira yukarıda da bahsedildiği üzere, ahlaki aktivist pratik, hukuk kurallarını yorumlarken formalist bir yaklaşımdan ziyade, adalet ve eşitlik değerini temele alan yorumlayıcı bir yaklaşım içerisindedir.

Yine, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun 2013 tarihli bir kararına<sup>19</sup>, konu olmuş disiplin soruşturmasında şikâyetli avukat savunmasında hukuk merkezli bir yaklaşımın temel alınması gerektiğini ve hukuka (kanuna) uygun olduğu müddetçe ahlaki değerlere atıfta bulunamayacağını belirterek "(...) hukuka uygun işlemin etik olup

<sup>15</sup> Charles W. Wolfram, *Modern Legal Ethics*, Minnesota 1986, s. 68.

<sup>16</sup> Parker ve Evans, s. 53.

<sup>17</sup> Elliot D. Cohen, Michael David, Frederick A. Elliston (der.), *Ethics and the Legal Profession*, New York: Prometheus Books, 2009., s. 9.

<sup>18</sup> "(...) tarihli sözleşmeler şeklen hukuka uygun kabul edilse dahi, bu sözleşmelerin hakkaniyete uygun olmadığı açık ve bu sözleşmenin uygulanmasında ısrarcı olmak avukatlık mesleğinin güven ilkesi ile bağdaşmaz." Bkz. Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararı T. 24.1.2014, E. 2013/608, K. 2014/38.

<sup>19</sup> T. 26.07.2013, Esas No. 2013/139, Karar No. 2013/565.

*olmadığının ve meslek ahlakına uygun olup olmadığının tartışılmayacağını, olayda kasti bir durum olmadığını, masraf ve avukatlık ücretinin ayrı ayrı istenebileceğine dair içtihatlar ve örnekler bulunduğunu, suçsuz olduğunu”, söylemiştir. Ancak Barolar Birliği Disiplin Kurulu kararını hukuk merkezli yaklaşımdan ziyade ahlak merkezli bir yaklaşıma dayandırarak avukatın rolünün adaleti ve güveni sağlayıcı şekilde davranmak olduğunu ileri sürmüştür:*

*“Eylem, şeklen hukuka uygun olsa bile, ilamda yazılı aynı mahiyetteki iki alacak için iki ayrı takip yapılarak iki ayrı icra vekâlet ücreti tahsili meslek kurallarının ruhu ve kabul ettiği ilkelerle bağdaşmamaktadır. Avukat, yargı kararlarına uygun ise de toplumun önem verdiği moral değerlere ters ve avukatların kamudaki itibarını doğrudan ilgilendiren hususlarda daha dikkatli ve özenli olmak “avukatlar paradan başka hiçbir şey düşünmez gibi olumsuz bir imajın yaratılmasına” eylemleriyle katkıda bulunamazlar.*

*Çünkü avukatlık her şeyden önce bir kamu hizmetidir ve “avukat kamununun avukatlık mesleğine güveni” nin sarsılmamasını sağlayacak biçimde çalışmak zorundadır. (Avukatlık Yasası madde 34 ve TBB Meslek Kuralları madde 3)*

*Bazı davranışların yasalara uygunluğu yeterli mazeret sayılamaz. Avukat aynı zamanda “hukuka uygunluk” ölçüsüne de bağlıdır. (Av. Faruk Erem, Meslek Kuralları Şerhi, s. 46).”*

Disiplin Kurulu, adalet, eşitlik ve insan hakları gibi değerleri gözeten ve meslek itibarını bu değerleri korumakla bir tutan bir avukat profili öngörmektedir. Öyle ki zorunlu müdafilikte dahi avukatın elinden geleni yapmamasını eleştirerek, “makul ölçüde inceleme ve savunma” gibi bir ölçütün olmayacağını belirtmektedir.<sup>20</sup>

*“Zorunlu müdafilikte, makul ölçüde inceleme ve savunma yapmak gibi bir ölçü asla kabul edilemez.*

*Avukatlık görev ve sorumluluğunu “savunma avukatlığı” (vekâletli avukatlık), “CMK avukatlığı”, (zorunlu avukatlık) olarak iki-*

<sup>20</sup> Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararı, T. 25.07.2015, E. 2015/336, K. 2015/578.

ye ayırıp, “avukat her iki halde farklı görev ve sorumluluk yönelik” demek Avukatlık Yasası ve TBB Meslek İlkelerini bir kenara itip, alınan ücrete göre savunma yapılabilir anlayışını doğurur. Böyle bir anlayış ne avukatlığın kutsallığı, ne de bağımsızlığı ilkeleri ile bağdaşır, sonuç olarak da “savunma hakkının kısıtlanması”na, “adil yargılanma hakkı” ilkelerinin ihlalline neden olur.

AİHM’nin Artico/İtalya davası ve birçok kararda bildirdiği üzere “...Sözleşme hakları, teorik veya sanal olarak değil, ancak pratik ve etkili bir biçimde güvence altına almayı amaçlamıştır. Bu durum, demokratik bir toplumda öncelikli olarak yer verilen adil yargılanma hakkının kapsamındaki savunma hakları bakımından özellikle geçerlidir. Sözleşmenin 6. maddesinin 3/c bendi “atama”dan değil, “yardım”dan söz etmektedir. Yalnızca avukat atanması yardımı etkili kılmaya yeterli değildir” gerekçesi ile atanan müdafiinin görevini eksiksiz yerine getirerek savunma hakkının kısıtlanmasına neden olunmaması için görevin etkinlikle yerine getirilmesi gerektiğini özellikle vurgulamaktadır.

Avukat “takdir mahkemenin” diyor, görev gereklerini yerine getirmiyorsa sadece atanmış, asıl olan yardım görevi yapılmamış olur. Avukatın öncelikli görevi Mahkemelerin işini “takdir mahkemenin” diyerek kolaylaştırmak değil, adil yargılanma hakkının tüm kurum ve kurallarla işlerlik kazanmasını sağlamak, yaşama geçirmek olmalıdır.

Avukatlar özen ve doğruluk kurallarına göre hareket etmek, özellikle insan haklarının yaşama geçirilmesinde duyarlı, ısrarcı olmak, kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde sadakatle davranmak mesleğin itibarını sarsacak her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır.”

Yukarıdaki karar, avukatın görevinin müvekkilini korumanın ötesinde; hukuk devleti açısından adil yargılanma hakkının işlerlik kazanması bakımından da önemli olduğunun altını çiziyor. Bu yorum, avukatlığın sadece tarafgir bir biçimde müvekkilin menfaatini korumak için değil; ahlaki aktivist bir pratiğe uygunluk doğrultusunda insan hakları ve adaletin harekete geçirilmesi adına yürütülmesi gerek-



tiği şeklinde de anlaşılabilir. Benzer yorumlara Disiplin Kurulu'nun birçok kararında rastlamaktayız.<sup>21</sup>

## B. Mesleki Kurallar ve Etik İhlal

Ahlaki aktivist pratiğe ilişkin tartışmalar en çok meslek kurallarının yorumunda ve avukatların bu kurallara şeklen uyduğu halde birtakım etik ilkeleri ihlal ettiğinde kendini göstermektedir. Özellikle temel bir meslek kuralı olan sır tutma ilkesine sıkı sıkıya bağlılık kimi zaman pratikte üçüncü şahıslara zarar vermekle sonuçlanabilmektedir.

Avukatlığın 'güven' ilişkisi temelinde yürütülen bir meslek olmasının en güçlü temeli olan sır tutma ilkesi, müvekkilin, avukatına davaya ilişkin gerçekleri çekinmeden anlatabilmesi ve avukatın öğrendiği bilgiler kapsamında savunma yapabilmesi açısından önemlidir. Zira yanlış veya sınırlı bilgi eksik veya hatalı bir danışmanlığa veya savunmaya yol açabilir.<sup>22</sup> Bu anlamda gizlilik, avukatın davaya hazırlanmadaki zihinsel sürecini de korur.<sup>23</sup> Hatta avukatın bu kural sayesinde, gizli tutulan bilginin üçüncü şahıslara zarar verip vermeyeceği muhasebesini yapmaktan da muaf tutulduğunu ileri sürenler vardır.<sup>24</sup> Ancak sır tutma ilkesinin böyle bir koruma sağladığı gerçekten savunulabilir mi? Özellikle ahlaki aktivist pratik kapsamında bu ilke nasıl ele alınabilir?

<sup>21</sup> Bkz. Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları T. 16.01.2016, E. 2015/890, K. 2016/53; T. 30.01.2016, E. 2015/907, K. 2016/86; T. 28.03.2015, E. 2015/47, K. 2015/252; T. 08.02.2014, E. 2013/664, K. 2014/79; T. 23.03.2014, E. 2013/759, K. 2014/194; T. 03.05.2014, E. 2014/124, K. 2014/304; T. 29.08.2014 E. 2014/386 K. 2014/546; T. 13.09.2014, E. 2014/322, K. 2014/573; T. 28.09.2014, E. 2014/667, K. 2014/660; T. 26.10.2014, E. 2014/513, K. 2014/709; T. 22.11.2014, E. 2014/572, K. 2014/770.

<sup>22</sup> Lee A. Pizzimenti, "The Lawyer's Duty to Warn Clients About Limits on Confidentiality", *Catholic University Law Review*1990, Vol. 39, s. 447.

<sup>23</sup> Heather Waldbeser ve Heather Degrave, "A Plaintiff's Lawyer's Dilemma: The Ethics of Entering a Confidential Settlement", *Georgetown Journal of Legal Ethics* 2002-2003, Vol. 16, s. 816.

<sup>24</sup> Lloyd B. Snyder, "Is Attorney-Client Confidentiality Necessary?", *Georgetown Journal of Legal Ethics* 2001-2002, Vol. 15, s. 506.

Kuşkusuz gizlilik, ahlaki aktivizm pratiği için gerekli olan ortamı sağlamada da en temel ilkelere birisidir. Müvekkilin bilgi aktarımını kolaylaştıran bu ilke, avukatın somut olayı tüm ayrıntılarıyla öğrenmesine ve yapacağı danışmanlık ve savunmanın üçüncü şahıslara zarar verip vermeyeceğini değerlendirmesine yardımcı olur. Gizlilik, en verimli ve elverişli bir hukuk danışmanlığına ortam hazırlar ve bu da uzun vadede adalete hizmet eder.<sup>25</sup> Ancak avukatın müvekkilin hukuka aykırı sırlarını öğrenmesi durumunda nasıl hareket edeceği sorusu ahlaki aktivistlerin geleneksel avukat rolüyle çatışan çözüm önerileriyle birlikte doktrinde tartışmaya açılmıştır. Bu tartışmayı somut bir olay üzerinden aktarmak için sır tutma ilkesiyle ilgili 18.09.2015 tarihli Disiplin Kurulu kararını<sup>26</sup> değerlendireceğim.

Karara konu olayda şikâyet edilen avukat, müvekkili olan 1985 doğumlu sanığın gerçek kimliği yerine 1989 doğumlu kardeşinin kimliğini kullandığını, dolayısıyla müvekkili yerine, müvekkilin kardeşinin suçu işlemiş gibi gösterildiğini bilmektedir. Ancak şikâyetli avukat savunmasında sır tutma kuralına sığınarak şöyle demiştir:

“Bana o tarihte haber geldi gittiğimde şahsın çocuk büroya gönderildiği söylendi şüpheli ile görüşmemizde gerçek adı Y.Ş. olduğu halde küçük kardeşi olan M.Ş. in ismini verdiğini bana söyledi, ifade alınırken de bu şekilde ifade alındı, ancak ifade alınmadan önce ben kendisine bunun suç olduğunu ortaya çıkarsa iftiradan dolayı ceza alacağını söyledim daha sonra ifade tutanağı düzenlendi. M.Ş. olarak ifadesi alındı tutanaklar buna göre düzenlendi. Saat 16.00,19.00 ve 19.30’da M.Ş. olarak kimlik bilgileri tutanağı geçirilmiş ben saat 20.00 de kimlik tespitinde hazır bulundum sanığın gerçek ismini biliyordum ancak sır saklama yükümlülüğüm olduğu için gerçek kimliğini orada açıklayamadım açıklasa idim bu kez ben riske girecektim ve baroda hakkımda soruşturma açılacak ve görevi ihmal ile suçlanacaktım”

Doktrinde, sır tutma ilkesine dair etik problemlere, hangi tür avukatlık modelini temel aldığınıza göre farklı çözümler önerilmektedir.

<sup>25</sup> William H.Simon, The Practice of Justice, A Theory of Lawyers’ Ethics, Massachusetts: Harvard University Press, 2000, s. 55.

<sup>26</sup> Esas No. 2015/514 Karar No. 2015/760.

Ne pahasına olursa olsun müvekkili koruyucu davranmayı öngören ve üçüncü şahıslara vereceği olası zararları hesaba katmayı önemsiz bulan tarafgir avukatlığı savunuyorsanız yukarıdaki avukatın savunmasını haklı ve yeterli bulabilirsiniz. Ancak ahlaki aktivizm yaklaşımı avukatın bu savunmasını kabul etmez. Zira işlenen bir hukuka aykırılığın avukatça bilinmesine rağmen gizli tutulması, hele de somut örnekteki gibi gizliliğe dayanarak üçüncü bir şahsın insan hakkını ihlale yol açmasının önlenmemesi ahlaki aktivist pratiğe ters düşer. Özellikle eğer işlenecek olan suç önlemenin tek yolu o sırrı açığa vurmaktan geçiyorsa avukatın aksi şekilde davranması düşünülemez.<sup>27</sup> Dolayısıyla eğer sır olası bir suç işlenmesine ilişkinse avukatın suçu önlemeye çalışmaması ve sır tutma ilkesine sadık kalarak susması gerektiği ileri sürülemez.

Ancak **Luban**, avukatın işlenecek olan bir suç ya da kabahati her zaman ve her koşulda önleme gibi bir ahlaki sorumluluğunun elbette olmadığını altını çizer. Buradaki kıstas, müvekkilin işleyeceğini söylediği suçun ya da kabahatin ciddiyeti ve niteliğidir.<sup>28</sup> Yukarıdaki olayda, sanığın kendi kimliğini gizleyerek kendinden daha küçük olan kardeşini suçu işlemiş gibi göstermesi kuşkusuz ciddi bir husustur. Avukat, savunmasında müvekkilinin eyleminin suç olduğu ve ortaya çıkarsa iftiradan ceza alacağı hususunda uyardığını belirtiyor. Ancak ahlaki aktivist yaklaşım kapsamında avukatın bu çabasını yetersiz olarak yorumlayabiliriz. Zira ahlaki aktivizm, avukatın, müvekkiliyle ahlaki bir diyaloga girmesini ve onu, başta adalet olmak üzere etik değerlere uygun davranmak hususunda ikna etmesi gerektiğini savunur. Avukat, müvekkil sırrının ne tür sonuçları doğurabileceğini öngörmeli ve ahlaki bir sorumluluk hissederek bu sonuçları önlemek adına müvekkilini ısrarla uymalıdır. Avukat, müvekkilini ikna edemediği bir durumda bile adaletsiz olan sonuca göz yummamalıdır. Avukatın, sır tutma ilkesi gibi kuralları da en nihayetinde adaleti

<sup>27</sup> Luban, 1988, s. 205.

<sup>28</sup> Örneğin kendisine hız limitini aşarak araba süreceğini anlatan müvekkil karşısında avukatın polisi arayıp ihbar etmesi aşırıya kaçmak olabilir. Ancak bir kimseyi, hızla sürdüğü arabayla ezerek öldürme planını anlatan müvekkilin ciddiyetini sezen avukatın sır tutma ilkesi altında susması kabul edilemez (Luban, 1988, s. 205).

koruma amaçlı uygulaması gerektiğini savunan ahlaki aktivizm yaklaşımı için mutlak bir sır tutma ilkesinden bahsedilemez. Dolayısıyla gerekirse söz konusu kurala uyulmayabilir. Zira avukatlık mesleğinin özü insan haklarını ve adil bir düzeni gözetmektir. Somut olayın koşulları bu hususu ihlal etmesine yol açıyorsa ilgili meslek kurallarına karşı sorgulayıcı bir tavır içerisinde olunmalıdır. Keza sır tutma ilkesi de en temelde insan onuru ve adalet gibi hukukun temel aldığı etik değerleri koruma amacıyla konulmuştur.

Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu da Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları m. 3 ve m. 4<sup>29</sup> ile Avukatlık Kanunu m. 34, 38/a ve m. 134'e<sup>30</sup> atıfta bulunarak şikâyet edilen avukatın meslek sırrı kuralı altında kendini savunamayacağını belirtmiştir. Yine de Disiplin Kurulu'nun "Avukatlar özen ve doğruluk kurallarına göre hareket etmek, kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde sadakatle davranmak, koşullar ne olursa olsun gerçekçi olmak, müvekkil ısrarcı ise işi reddetmek zorundadır." şeklindeki gerekçesi ahlaki aktivizm açısından eleştirilebilir. Yukarıda belirttiğim üzere, ahlaki aktivist pratik avukatın işi reddetmekten ziyade müvekkilini ikna konusunda çaba göstermesi ve eğer çabaları sonuç vermezse ağır derecede adaletsiz sonucu önlemenin tek yolunun sırrı açığa vurmak olması durumunda bunu yapması gerektiğini savunur. Zira ilkelere bağlılık, korumayı amaçladıkları değerlerin zarar görmesiyle sonuçlanıyorsa ilkenin asıl amacına uygun bir eylemde bulunulmalıdır.

<sup>29</sup> Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları m. 3: "Avukat mesleki çalışmasını ve kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür".

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları m. 4: "Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır."

<sup>30</sup> Avukatlık Yasası m. 34: "Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler".

Avukatlık Yasası m. 38/a: "Avukat; Kendisine yapılan teklifi yolsuz veya haksız görür yahut sonradan yolsuz veya haksız olduğu kanısına varırsa (...) teklifi reddetmek zorunluluğundadır."

Avukatlık Yasası m. 134: "Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, mesleki çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu kanunda yazılı disiplin cezaları uygulanır."

#### IV. Sonuç

Avukatlık meslek kurallarının nasıl yorumlanacağı nasıl bir avukatlık profili öngörülmesiyle yakından ilişkilidir. Ahlaki aktivist pratiğin de beslendiği ahlak merkezli bir meslek etiği yaklaşımında etik değerler mesleki pratiğe kazandırılmaya çalışılır. Özellikle adalet ve insan hakları, ahlaki aktivist avukatların mesleklerini icra ederken müvekkil çıkarlarının dahi üstünde tuttıkları değerlerdir. Ahlak merkezli yaklaşım, meslek etiği kurallarının konma amacının da bu değerleri korumak olduğu varsayımını taşır. Dolayısıyla, adaletsiz bir sonuca yol açması durumunda kuralın ihlalini, örneğin yukarıda sırt tutma kuralı kapsamında tartıştığım gibi meslek sırrının açığa vurulmasını kabul edebilir. Bu anlamda ahlaki aktivist pratik, soyut normlara bağlılığın, somut olaylarda yol açacağı olası adaletsiz sonuçların farkında olmayı ve bu anlamda her tek durum için ayrı bir değerlendirme yapmayı öngörür.

#### Kaynakça

- Cohen Elliot D., Michael David, Frederick A. Elliston (der.), *Ethics and the Legal Profession*, New York: Prometheus Books, 2009.
- Fried Charles, "The Lawyer as Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation", *The Yale Law Journal* 1976, Vol. 85, ss. 1060-1089.
- Gürkan Ülker, *Hukuki Realizm Akımı*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1967.
- Kuçuradi Ioanna, *Uludağ Konuşmaları: Özgürlük, Ahlak, Kültür Kavramları*, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu, 2014.
- Luban David, *Lawyers and Justice: An Ethical Study*, New Jersey: Princeton University Press, 1988.
- Luban David, *Legal Ethics and Human Dignity*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- Parker Christine; Adrian Evans, *Inside Lawyers' Ethics*, New York: Cambridge University Press, 2006.
- Pizzimenti Lee A., "The Lawyer's Duty to Warn Clients About Limits on Confidentiality", *Catholic University Law Review* 1990, Vol. 39, ss. 441-490.
- Postema Gerald J., "Moral Responsibility in Professional Ethics", *New York University Law Review* 1980, Vol. 55, ss. 63-89.
- Simon William H., "Thinking Like a Lawyer, About Ethical Questions", *Hofstra Law Review* 1988, Vol. 27, ss. 1-12.
- Simon William H., *The Practice of Justice, A Theory of Lawyers' Ethics*, Massachusetts: Harvard University Press, 2000.

Snyder Lloyd B., "Is Attorney-Client Confidentiality Necessary?", *Georgetown Journal of Legal Ethics* 2001-2002, Vol. 15, ss. 477-526.

Tremblay Paul R., "Moral Activism Manqué", *South Texas Law Review* 2002, Vol. 44, ss. 127-183.

Tremblay Paul. R., "Critical Legal Ethics", *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, 2006, Vol. 20, ss. 1-33.

Waldbeser Heather; Heather Degrave, "A Plaintiff's Lawyer's Dilemma: The Ethics of Entering a Confidential Settlement", *Georgetown Journal of Legal Ethics* 2002-2003, Vol. 16, ss. 815-826.

Wasserstrom Richard, "Lawyers as Professionals: Some Moral Issues", *Human Rights* 1975-1976, Vol. 5, ss. 1-24.

Wolfram Charles W., *Modern Legal Ethics*, Minnesota: West Publication, 1986.