

Makale Bilgisi/Article Info

Geliş/Received: 03.02.2022 Kabul/Accepted: 19.05.2022

Araştırma Makalesi/Research Article, s./pp. 441-452.

## KAMU GÖREVLİLERİNİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ ve YASA DIŞI EYLEMLERİN BİLDİRİLMESİ ZORUNLULUĞU İKİLEMİ: BİR ÖRNEK OLAYDA AVUKATIN TANIKLIĞI

Cengiz SARI<sup>i</sup>

### Öz

Kamu görevlilerinin, görevlerinin niteliğine göre tabi oldukları bazı meslek etiği kuralları vardır. Kamu görevinin sağlıklı bir şekilde yerine getirilmesi ve hizmet alanların tatmin edilmesi için bu kurallara özenle uyulması beklenir. Kamu görevlileri etik kuralların uygulanmasında bazen çıkar çatışmalarına ve etik ikilemlere maruz kalabilirler. Böyle bir durumda kamu görevlisi kendi çıkarları ile bir etik kural arasında tercih yapmak veya iki etik kuraldan birisini seçmek zorunda kalabilmektedir.

Hiç şüphesiz her mesleğin kendine özgü etik ikilemleri vardır. Örneğin, sağlık çalışanlarının, muhasebecilerin, güvenlik görevlilerinin ve hukukçuların kendilerine mahsus etik kuralları ve bu kuralların uygulanmasında karşılaştıkları etik ikilemler vardır. Ancak bazı mesleklerde her olaya özgü açık ve net etik kuralların oluşturulması daha zordur. Bu belirsizlik takdir yetkisinin sıklıkla kullanıldığı mesleklerde daha yoğun bir şekilde yaşanabilir. Etik ikilem ve menfaat çatışmaları etik alanında üzerinde önemle durulan konular olmakla birlikte kamu görevlisinin gönüllü olarak bu ikilem veya çatışmaya düşmesi konusunun da etik açıdan incelenmesi gerekmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Kamu Görevlisi, Etik İkilem, Menfaat Çatışması, Sırrın Korunması, İhbarcılık.

### *The Dilemma of Public Official's Obligation to Protect Privacy and Obligation to Report Illegal Acts: The Lawyer's Testimony in A Case Study*

### Abstract

There are some rules of professional ethics that public officials are subject to according to the nature of their duties. These rules are expected to be followed carefully in order to fulfill the public duty well and to satisfy the service users. Public officials may sometimes be subject to conflicts of interest and ethical dilemmas in the implementation of the code of ethics. In such a situation, the public officer may have to choose between her/his own interests and a code of ethics or choose one of the two ethical rules.

Undoubtedly, every profession has its own ethical dilemmas. For example, healthcare professionals, accountants, security guards and lawyers have their own codes of ethics and the ethical dilemmas they face in applying these codes. However, in some professions it is more difficult to establish clear and concrete ethical rules specific to each event. This uncertainty can be experienced more intensely in professions where discretionary power is frequently used. Although ethical dilemmas and conflicts of interest are important issues in the field of ethics, the issue of the public official's own willingness to enter into this dilemma or conflict should be examined in terms of ethics.

**Keywords:** Public Servant, Ethical Dilemma, Conflict of Interest, Right of Privacy, Whistleblowing.

<sup>i</sup> Dr., Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi, e-posta: cengizsari1975@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-5676-9888.

## Structured Abstract

There are some rules of professional ethics that public officials are subject to according to the nature of their duties. These rules are expected to be followed carefully in order to fulfill the public duty well and to satisfy the service users. Public officials may sometimes be subject to conflicts of interest and ethical dilemmas in the implementation of the code of ethics. In such a situation, the public officer may have to choose between her/his own interests and a code of ethics or choose one of the two ethical rules.

Undoubtedly, every profession has its own ethical dilemmas. For example, healthcare professionals, accountants, security guards and lawyers have their own codes of ethics and the ethical dilemmas they face in applying these codes. However, in some professions it is more difficult to establish clear and concrete ethical rules specific to each event. This uncertainty can be experienced more intensely in professions where discretionary power is frequently used. Although ethical dilemmas and conflicts of interest are important issues in the field of ethics, the issue of the public official's own willingness to enter into this dilemma or conflict should be examined in terms of ethics.

An ethical dilemma is the clash of two or more ethical values. If one of these values is respected, the other is violated, or in order to protect one or more, it is necessary to violate the others. Although public officials have common ethical codes of conduct, they also have separate ethical rules that they must comply with according to the occupational group they belong to. In addition to the general ethical rules of public officials, the introduction of ethical rules specific to a particular profession can increase ethical dilemmas.

Ethical dilemmas can manifest themselves very differently in different occupational groups. For example, being a witness in a case in which one is a lawyer can lead to the ethical dilemma unique to such a profession. These dilemmas arise when the rules such as the fact that there is a paid service contract between the lawyer and his client, the lawyer's obligation to protect the interests of his client, the lawyer's obligation to keep secrets, and the fact that he swears before the judge that he will answer the questions asked correctly before testifying. In order to avoid these dilemmas, in some countries, it is prohibited from the very beginning for the lawyer to testify in the case in which she/he is acting.

Although the practice of hearing a lawyer as a witness in a case of her/his client is prohibited in some countries, there is no clear rule in this regard in Turkey. In a divorce case in Ankara, the court of first instance and the Supreme Court disagreed on the right of the lawyer to testify in her own case. Both courts gave reasons why the lawyer may or may not testify in her/his own case.

The decision and opinion of the local court that the lawyer could not testify in her own case as it would lead to an ethical dilemma was not adopted by the Court of Cassation. Despite the reversal decision, the local court did not change its decision, and persisted in its previous decision on the grounds that the lawyers could not bear this dilemma even with their consent, and their statements could not be respected due to this dilemma.

According to the legal practice processes in Turkey, in this case, the Supreme Court of Appeals General Assembly has to make a decision. According to the legal practice processes in Turkey, in this case, the Supreme Court of Appeals General Assembly has to make a decision. After the decision to resist, the Supreme Court of Appeals General Assembly (HGK) reversed the decision of the first instance court with its decision numbered 2017/2-2209 and numbered 2020/475 dated 24.06.2020. Thus, the HGK Supreme Court decided that the opinion of the Court of Cassation was correct and that the lawyer could testify in her/his own case.

## Giriş

**H**iç şüphesiz etik ilkeler, kamu görevlilerine, yaptıkları eylem ve işlemlerinde neyin iyi ve doğru olduğuna dair rehberlik etmektedir. Kamu görevinin sağlıklı bir şekilde yerine getirilmesi ve hizmet alanların tatmin edilmesi için bu kurallara özenle uyulması beklenir. Kamu görevlilerinin etik kurallara uymaları her zaman sadece kağıt üzerinde yazılı kurallara itibar etmek şeklinde kolaylıkla yerine getirilemez. Gerçekten kamu görevlileri bir davranışta bulunurken sıklıkla çıkar çatışmalarına ve etik ikilemlere maruz kalabilirler. Böyle bir durumda kamu görevlisi kendi çıkarları ile bir etik kural arasında tercih yapmak veya iki etik kuraldan birisini seçmek zorunda kalabilmektedir.

Etik ikilem, iki veya daha fazla etik değer çatışmasıdır. Eğer, bu değerlerden birisi korunursa, diğeri korunamamaktadır ya da bir veya daha fazlasını koruyabilmek için, diğersini ihlal etmek gerekmektedir. Kamu görevlilerinin ortak etik davranış kuralları var ise de onların mensup oldukları meslek grubuna göre de uymaları gereken ayrı etik kuralları vardır. Kamu görevlilerinin genel etik kuralları yanında belirli bir mesleğe özgü etik kuralların da devreye girmesi etik ikilemleri artırabilmektedir. Böyle durumlarda yetkilerin ve kaynakların adil, tarafsız, dürüst ve tutarlı bir biçimde nasıl kullanılacağı ciddi bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Kamu görevlileri için en önemli etik kurallardan birisi de mahremiyetin korunmasıdır. Bu etik kural tüm kamu görevlileri için geçerli olsa da belirli bir mesleğe özgü olarak da farklı bir yapıya kavuşur. Örneğin bir bankacının sır saklama zorunluluğu ile bir avukat veya hekimin sır saklama zorunluluğu kendi içerisinde birçok farklı alt kuralı barındırır. Bu durum belirli bir mesleğe özgü olarak etik ikilemlerin yaşanması ihtimalini artırdığı gibi çözümünü de zorlaştırır. Kısacası böyle bir durumda hangi etik kurala değer verileceği hangisinin göz ardı edileceği kararının alınması kolay bir iş değildir.

### 1. Avukatlık Mesleğinin Kamu Hizmeti Niteliği

Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesine göre, avukat, hukuki münasabetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamakla görevlidir. Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder. Yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür.

Avukatlar serbest bir şekilde çalışabilecekleri gibi bir şirket bünyesinde veya bir kamu kurumu bünyesinde kamu görevlisi statüsü ile de çalışabilirler. Avukatların iki temel görevi bulunmaktadır. Bunlardan birincisi temsilcisi olduğu müvekkilinin hak ve menfaatlerini

korumak ikincisi ise adaletin tesis edilmesini sağlamaktır (Pekcanıtez, Aktalay ve Özkes, 2013, s. 248). Geçmişte ABD Başkanlığı'na aday olan avukat *John W. Davis*, 16 Mart 1946'da New York Barosu'nun 75. Kuruluş Etkinlikleri kapsamında yaptığı konuşmada avukatlık mesleğini şu şekilde ifade etmiştir: *"Biz hukukçular, avukatlar köprüler kurmuyoruz, kule dikmiyoruz, motor yapmıyoruz, resim boyamıyoruz...Yaptığımız bütün işlerde insan gözünün görebileceği pek az şey var. Ama sorunları çözüyoruz; gerginliği gideriyoruz; hataları düzeltiyoruz; insanların yükünü üstleniyoruz; çabalarımızla barışçıl bir devlette insanların huzurlu ve adil bir yaşam sürmelerini mümkün kılıyoruz."* (Coşar, 2018, s. 240). Davis'in bu ifadesinde avukatlık mesleğinin bir kamu hizmeti olduğu hususu önemle vurgulanmıştır. Gerçekten sadece kamu görevlisi olan ve 657 sayılı kanuna tabi bir şekilde çalışan avukatlar değil, serbest meslek mensubu avukatların da yaptıkları işin önemli bir kısmı kamu hizmeti niteliğindedir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinde de avukatlık, "kamu hizmeti ve serbest bir meslektir." şeklinde ifade edilmiştir. Bir kısım yazarlar kamu hizmeti kavramı ile serbest meslek mensubu olmanın bir arada bulunamayacağı, kamu hizmetinin memurlar tarafından yerine getirilebileceği savı ile bu görüşe karşı çıkmış hatta bu düzenlemenin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi, 21.01.1971 tarihli 1969/33 esas, 1971/7 karar sayılı kararı ile "Türkiye Barolar Birliğinin gözetim ve denetimleri altında hak arama hürriyetinin işleyişine destek olan; hukuki ilişkilerin düzenlenmesinde, her türlü hukuki sorun ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözülmesinde ve genellikle hukuk kurallarının eksiksiz uygulanmasında yargı organlarına, hakemlere resmi ve özel kurul ve kurumlara yardım etme ereğini güden hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmalarına adanmış, görevlerinin yerine getirilmesinde adli mercilerin ve öteki resmi dairelerin kendilerine yardımcı olmakla yükümlü tutulduğu bir meslek topluluğunun, avukatlığın faaliyetlerinin kamu yararı ile olan sıkı ilgisi, bu ilginin de işe bir kamu hizmeti niteliği kazandırdığı ve bunun serbest meslek kavramıyla bağdaşabilir ve o kavramı, 1136 sayılı Kanunun hükümlerinde görüldüğü üzere sınırlar bir nitelikte olduğu ortadadır." denilmek suretiyle avukatlığın kamu hizmeti ve serbest meslek niteliklerinin idare hukuku ilkeleri ve Anayasa kuralları karşısında çelişir nitelikte olmadığı ve avukatlık mesleği mensuplarının kamu hizmeti yürüttükleri kabul edilmiştir (Sav, 2010, s. 137).

## 2. Kamu Görevlilerinin Yasa Dışı Uygulamaları Bildirme Yükümlülüğü

Bireyler gerek çalıştıkları örgütlerdeki faaliyetleri sırasında gerekse bu örgütlerden hizmet alırken etik dışı veya yasa dışı uygulamaları görebilir hatta bu uygulamalarla mağdur edilebilirler. Bu gayri ahlaki uygulamaların rutin denetimlerle ortaya çıkarılabilmesi çoğu kez mümkün olmamakta böylece yanlış işler yapma alışkanlığı ve yozlaşma artarak devam edebilmektedir. Kanunlara ve etik kurallara aykırı uygulamaların daha fazla derinleşip yayılmasının önlenmesi için bir an evvel açığa çıkarılması önem arz etmektedir. Buna karşılık birçok kültürde yanlış giden işleri ihbar edenlere kurum içerisinde iyi gözle bakılmamaktadır. Onlar başka çalışanlar tarafından satıcı, gammazcı, ispiyoncu veya oyunbozan olarak görülebilir. Öte yandan iddialar ispat edilemezse ihbarcının iftira atmak suçundan cezalandırılması ve manevi tazminat davasına muhatap olması da olasıdır. İhbarcı kişilerin ihbarı sonucunda örgütte bir değişimin yaşanmaması ve ihbarcının örgütte dışlanması da

sıklıkla rastlanan bir durumdur (Smith ve Brown, 2008, s. 134). Bunun da ötesinde yapılan bir araştırmada ihbarcılarının yüzde 18'inin üst yöneticilerinin kötü muamelesine maruz kaldığı anlaşılmıştır (Brown ve Olsen, 2008, s. 149). Kısacası ihbarcı olmak kolay bir iş değildir. Bu sebeple tüm dünyada gayri ahlaki uygulamaların ihbar edilmesi için çalışanlar cesaretlendirilmeye çalışılmaktadır.

Türkiye'de yasadışı uygulamaların bildirilmesi bağlamında ihbarcılık, ifşa, bilgi ifşası, bilgi uçurma, etik olmayan durumları raporlama, ihbar etmek, ıslığı çalmak gibi ibarelerle aynı anlamı ifade edecek şekilde literatürde yer almıştır. Görüldüğü üzere Türkçede herkesçe kabul edilen ortak bir karşılığı bulunmayan "whistleblowing" kavramı, İngiliz polislerinin suç işleme eğiliminde olan birini gördüğünde meslektaşlarını ve halkı haberdar etmek amacıyla düdükle çalmasından türetilmiştir (Pitt, 1996). İhbarcılık ne şekilde adlandırılırsa adlandırılırsa burada en önemli husus öncelikle gerçekten yasadışı veya etiğe aykırı bir davranışın bulunup bulunmadığıdır.

Hiç şüphesiz bireyler ihbarda bulunmadan önce söz konusu davranışın gerçekten etik dışı olup olmadığını kesin olarak anlamak isteyeceklerdir. Bu sebeple hangi davranışların yasalara ve etik kurallara aykırı olduğunun belirlenmesi önem taşımaktadır. Etik dışı davranışları sınıflandırmaya yönelik bazı çalışmalar bulunmaktadır. De Graaf (2010) ihbara konu olabilecek örgüt içi yolsuzluklar ve görevi kötüye kullanmayı; rüşvet, zimmet, adam kayırma, hırsızlık, kişisel ve kurumsal çıkarların çatışması, kurumsal gücün uygunsuz şekilde kullanılması, bilginin bilinçli olarak yanlış kullanılması, ayrımcılık veya cinsel taciz ve kaynak israfı ve mesai dışı yapılan yolsuzluklar olarak sınıflandırmıştır (Ayda ve Kaya, 2018, s. 4). Bu sınıflandırma sorunun anlaşılması ve gereksiz ihbarların yapılmasının engellenmesi açısından önemlidir.

Kamu görevlilerinin gayri ahlaki uygulamaları bildirmeleri konusunda zorlayıcı düzenlemeler de bulunmaktadır. Kamu görevlilerinin görevleri sırasında öğrendikleri suçları bildirmemeleri Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi başlıklı 279. maddesinde "(1) Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun, adli kolluk görevini yapan kişi tarafından işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır." şeklinde düzenleme yapılmıştır. TCK'nın 280. maddesinde ise sağlık mensuplarının suçu bildirmemesi ayrı bir başlık altında düzenlenmiş ve cezai yaptırıma bağlanmıştır. Bunun yanında 25.5.2004 gün ve 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde gerçek kişilerin bu Kanunun 1. maddesinin 2. fıkrasında sayılan kamu kurum ve kuruluşlarında etik davranış ilkelerine aykırı uygulamalar bulunduğu iddiasıyla, en az genel müdür veya eşiti seviyedeki kamu görevlileri hakkında Etik Kurula başvurulabileceği öngörülmüştür.

### 3. Avukatların Sır Saklama Zorunluluğu

Sır, sadece sahibi veya belirli kişiler tarafından bilinen ve saklı tutulması gereken bilgilerdir. Meslek sırrı kavramı kişilerin mesleklerini yürüttükleri sırada, meslekleri gereği öğrendikleri sırlar olarak açıklanabilecektir (Donay, 1978, s. 7).

Sır saklama yükümlülüğü tarihsel süreç içerisinde ilk olarak hekimlik mesleğinde gündeme gelmiştir (Kurt, 2019, s. 19). Bu konunun öteden beri sıklıkla gündeme geldiği bir diğer meslek grubu ise avukatlıktır. Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarınının 37. maddesinde "Avukat meslek sırrı ile bağlıdır." şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesinde bu konudaki yükümlülük daha açık bir şekilde vurgulanmıştır. Buna göre, "Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi gerekse Türkiye Barolar Birliği ve baroların organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır. Avukatların birinci fıkrada yazılı hususlar hakkında tanıklık edebilmeleri, iş sahibinin muvafakatini almış olmalarına bağlıdır. Ancak, bu halde dahi avukat tanıklık etmekten çekinebilir. Çekinme hakkının kullanılması hukuki ve cezai sorumluluk doğurmaz." Açıklanması müvekkili için maddi ve manevi zarar tehlikesi taşıyan, hakkında cezai işlem uygulanmasına, olumsuz yargıların oluşmasına veya başkaları tarafından kınanmasına neden olacak tüm bilgi ve belgeler mesleki sır olarak kabul edilmelidir. (Özkaya, 2013, s. 498)

Sır saklama yükümlülüğü açısından avukat müvekkil ilişkisi ile doktor hasta ilişkisi benzerlikler göstermektedir. Bu sebeple korunan değer (mahremiyet) aynı olduğundan doktor ile hasta arasındaki sırrın korunması hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının avukatlara yönelik uygulamalara ışık tutması olağandır. Bununla birlikte AİHM'nin doktor hasta ilişkisinde sırrın korunması konusundaki kararlarında tam bir tutarlılık bulunduğunu söylemek zordur.

Sağlık durumları ile ilgili verilerinin kişilerin rızaları olmaksızın açıklanması kural olarak özel hayatın gizliliğini ihlal edecektir. Örneğin AİHM bir kararında AIDS hastası olan bir kişinin bu durumunu onun rızası dışında öğrenen ve bu sebeple onu işe almayı reddeden işverenin fiilinin özel hayatın gizliliğini ihlal ettiğine hükmedilmiştir (Akyürek, 2013, s. 66). Benzer bir şekilde Anayasa Mahkemesi, 01.12.2017 tarihli bir bireysel başvuru kararında AIDS hastası olması nedeniyle işten çıkarılan işçinin, açtığı davada duruşmanın gizli yapılması talebinin mahkemece reddinde kişisel verilerin ve özel hayatın gizliliğinin korunması hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Zira AYM, bu hastaların önyargıya muhatap olduğu ve ayrımcılığa maruz kalabileceğinden gizlilik talebinin makul ve savunulabilir olduğuna ve ilk derece mahkemesinin duruşmanın gizliliği talebini ret kararının gerekçeli olması gerektiği yorumunda bulunmuştur (Can, 2020, s. 207). Buna karşılık AİHM 25 Şubat 1997 tarihli *Z. v. Finlandiya*, 9/1996/627/811 davasında bir suç nedeniyle soruşturulan şüphelinin HIV taşıyıp taşımadığını tespit için eşinin sağlık kayıtlarına dayanması ve bu kayıtların mahkeme tutanaklarına geçmesini soruşturma konusu suçun ehemmiyetini gözeterek ihlal niteliğinde görmemiştir. Bu kararlara bakıldığında AİHM'nin her bir somut olayın niteliğini gözeterek mahremiyet hakkının ihlal edilip edilmediğine karar verdiği görülmektedir.

Avukat müvekkil ilişkisinde de insan hakları mahkemesinin tutumu benzerdir. Örneğin 6 Aralık 2012 tarihli Michaud Fransa kararında, avukat-müvekkil ilişkilerinin gizliliğinin önemini vurgulamakla birlikte, para aklama ve ilgili suçlarla mücadele amaçlanmış olduğu ve bu amacın yerine getirilmesi açısından gerekli görüldüğü için, suçun bildirilmesi yükümlülüğünün kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi meşru amacına uygun olduğu belirtilmiştir. Mahkeme, avukatlar müvekkilini savunurken yukarıdaki gerekliliğe tabi olmadığı ve mevzuatta mesleki gizliliği korumak amacıyla bir filtreleme bulunduğu için ve böylece avukatların raporlarını doğrudan makamlara değil de Baro Başkanlarına sunmaları sağlandığından, Fransa’da uygulanan haliyle şüphelerin rapor edilmesi yükümlülüğünün avukat-müvekkil gizliliği açısından sözleşmenin 8. maddesini ihlal etmediğine karar vermiştir.

24 Mayıs 2018 tarihli Laurent Fransa kararında ise, avukat olan başvurusunun polis eskortunda bulunan müvekkillerine mahkeme binasının girişinde verdiği kâğıtların polis memuru tarafından denetlenmesi ve engellenmesi ile ilgilidir. Başvurucu, müvekkillerine verdiği kâğıtların polis memuru tarafından denetlenmesinin ve engellenmesinin, yazışmalarına saygı hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Mahkeme, başvurusunun, avukat sıfatı ile müvekkiliyle olan yazışmalarının denetlenmesini sözleşmenin 8. maddesinin ihlali olarak kabul etmiştir. Görüldüğü üzere AİHM aynen doktor hasta ilişkilerinde olduğu gibi avukat müvekkil ilişkilerinde de somut durumun özelliklerine göre sırrın korunması hakkının ihlal edilip edilmediğine karar vermektedir.

#### 4. Etik İkilem

Kamu Görevlileri Etik Kurulu’nun 2017 tarihli etik rehberine göre etik ikilem, iki veya daha fazla değer çatışma halidir. Eğer, bu değerlerden birisi korunursa, diğeri korunamamaktadır ya da bir veya daha fazlasını koruyabilmek için, diğerlerini göz ardı etmek zorunluluğu bulunmaktadır. Etik ikilemde kalan kişi bir etik ilkeye uygun davrandığında diğer etik ilkeyi ihlal etmek zorunda kalmaktadır. Bu gerçek bir etik paradox halidir. Etik ikilem, bir konunun birbiriyle çatışan iki tarafının bulunması ve bu iki tarafın doğruluğunun tartışılabilir yanlarının bulunması şeklinde açıklanmaktadır (Kutlu, 2011, s. 118).

Etik ikilem, karar verilmesi gereken belirli bir durumda iki değer arasındaki karmaşadan kaynaklanmaktadır (Fry 1991). Kişiler iki değer çatıştığında bir seçim yapmak zorunda kalmaktadır. Etik ikilemde kişi, hangi seçeneğin daha iyi olduğuna karar verme gücü yaşamaktadır. En azından bu kararı verme gücü yaşayan kişi açısından ortada tam bir belirsizlik vardır. Kutlu’ya göre bu durum kişilerin mesleki yargılarını kullanırken içine düştükleri kararsızlıktan kaynaklanır (Kutlu, 2011, s. 118). Hangi etik değer diğerine tercih edileceği konusunda da kesin kurallar bulunmamaktadır. Gerçekten her bir somut olay için somut kural ortaya koymak mümkün değildir. Bu sebeple etik konusunda eğitimler verilmesi ve etik ile ilgili karşılaşılan sorunların çözümünde rehberlik yapacak kurumların oluşturulması önemlidir. Denig ve Quinn (2001, 2-3), etik ikilemin çözümünü değer sistemine ve ahlaki kararlara karşı yaklaşıma bağlamakta, bu ahlaki kararsızlıkların çözümünü karar

vericinin yararcılık prensibi ve kişisel çıkarlar arasındaki dengeyi sağlayabilmede yeteneğine bağlıdır. Strike, Haller ve Soltis (2005), etik ikilemden kurtulmak için her iki durumun da net bir şekilde ortaya konulması ve gerekçesi düşünülerek, öncelikleri belirlendikten sonra karar verilmesi gerektiğini belirtmişlerdir.

Her mesleğin kendine özgü etik ikilemleri olsa da bazı mesleklerde her bir somut olaya özgü açık ve net etik kuralların oluşturulması daha zordur. Bu belirsizlik takdir yetkisinin sıklıkla kullanıldığı mesleklerde daha fazla yaşanabilir. Bu yüzden sürekli karar verme zorunluluğunda bulunan ve verdikleri kararlar bireyler ve toplum üzerinde önemli etkiler gösteren mesleklerde etik kuralların standartlaşması ve ayrıntılı düzenlemeleri içermesi önem taşımaktadır.

## 5. Bir Örnek Olayda Etik Yönden Avukatların Tanıklığının Değerlendirilmesi

Avukatların bir tarafın vekili oldukları davalarda tanıklık yapıp yapamayacakları hususu öteden beri tartışma konusu olmuştur. Türk Ceza Kanunu açısından bakıldığında doktrinde tartışmalı olmasına rağmen sanık müdafinin o davada **tanıklık** yapmasına engel kanuni bir düzenleme yoktur. Hukuk Muhakemeleri Kanununda ise bu konuda bazı kısıtlamalar getirilmiştir. HMK'nın 249. maddesine göre kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgilere sahip olan kişilerin tanıklıktan çekinebileceği düzenlenmiştir. Ancak, sır sahibi sırrın açıklanmasına izin verdiği takdirde bu kişiler tanıklıktan çekinemezler (Pekantez vd., 2013, 769). Avukatlar ise bu hükümden istisna tutulmuştur. Avukatlık Kanunu'nun 36/1. maddesine göre avukatlar müvekkilinin izni ile tanıklık yapabilir ise de bu izin gerçekleşse dahi avukatın tanıklıktan çekinmesi mümkündür. Avukatları diğer bazı kamu görevlilerinden ayrı tutan bu hüküm avukatların karşılaşacakları etik ikilemi en nihayetinde kendi değerlendirmeleri ve kanaatleri ile aşmaları için öngörülmüştür. Türk Hukukunda böyle bir takdir yetkisi tanınmasına rağmen bazı ülkelerde bu konuda çok katı uygulamalar bulunmakta, avukat vekalet aldığı dosya ile ilgili "mahkemeye çağrılmaz ve sorgulanamaz" şeklinde hükümler yer almaktadır (Erdem ve Düzgün, 2020, s. 209.).

Avukatların vekili oldukları davalarda tanıklık yapıp yapamayacakları hususu etik açıdan incelenmesi gereken önemli bir husustur. Kamu Etik Kurulu'nun bu konuda görüş ve tavsiye verememesi ve yüksek yargı organlarının da bu konuda tereddüde meydan bırakmayacak kararlarının bulunmaması bu konunun tartışılmasını daha önemli bir hale getirmektedir. Ankara'da görülen bir boşanma davasında ilk derece mahkemesi ile Yargıtay'ın görüş ayrılığı ve gerekçeli kararlarındaki fikri tartışma konunun daha somut bir şekilde değerlendirilmesine imkan tanımaktadır.

Ankara 8. aile mahkemesinde görülen boşanma davasında (26.03.2013 tarihli 2013/420 esas 2014/903 karar), davanın en başından beri davalı avukatı olan kişi, kendisini davalı tanığı olarak göstermiştir. Mahkeme hakimi tarafından bu talep tanık olmak isteyen davanın başından beri davalı vekili olmasından dolayı reddedilmiştir. Sonuç olarak bu yargılamada tarafların boşanmalarına ve yoksulluk nafakasına hükmedilmiştir. Davalı vekili bu hükmü



temyiz etmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 23.06.2015 tarihli 2014/25272 esas 2015/13375 karar sayılı kararı ile taraf vekillerinin üçüncü kişi olduklarından tanık olarak dinlenmelerinde yasal engel bulunmadığından ve bu şahsın tanık olarak dinlenmesi gerektiği belirtilerek ilk derece mahkemesinin kararı bozulmuştur. 8. Aile Mahkemesi 30.12.2015 tarihli 2015/1654 esas 2015/2014 karar sayılı kararı ile Yargıtay'ın bu hükmüne direnmiş, önceki kararında ısrar etmiştir. Ancak mahkeme bu direnme kararında ceza mahkemeleri ile hukuk mahkemeleri arasında bir ayırım yapmış, ceza mahkemelerinde görev yapan avukatların dava üzerinde tasarruf yetkileri oldukça sınırlı olduğundan, dava açma, delillerden vazgeçme, talep sonunu değiştirme veya sonuçtan vazgeçme gibi yetkileri bulunmadığından tanık olarak dinlenmelerinde sakınca olmadığı vurgulanmıştır. İlk derece mahkemesi hakimi, hukuk mahkemelerinde ise tarafların avukatının dava üzerinde daha geniş yetkileri bulunduğundan tanık olarak dinlenmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Ayrıca direnme kararında avukatın kendi davasında tanık olarak dinlenmesinin davayı aydınlatmada yarar sağlamayacağı görüşünde bulunulmuştur.

Direnme kararı sonrası Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK) 24.06.2020 tarihli 2017/2-2209 esas 2020/475 karar sayılı kararı ile *"Davalı-karşı davacı vekilinin delil listesinde yer alan aynı zamanda vekili olan tanığın yasal olarak dinlenilmesinin mümkün olduğu, bu tanığın da diğer tanıklar gibi HMK'nin 240. ve devamı maddeleri gereğince dinlenilmesi gerektiği, aksi durumda esasen hukuki dinlenilme ve buna bağlı olarak adil yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet verilmiş olunacağı, savunma hakkının kısıtlanacağı aşikârdır."* görüşü ile ilk derece mahkemesinin direnme kararını bozmuştur.

Yargıtay HGK aksi düşüncede olmakla birlikte avukatın vekili olduğu davada tanık olarak dinlenilmesi Hukuk Muhakemeleri Usulü açısından da sorunludur. Çünkü tanık dinleme usulünde her tanık ayrı ayrı dinlenir ve biri dinlenirken henüz dinlenmemiş olanlar salonda bulunmazlar (HMK 261/1). Diğer tanıkların dinlenmesi sırasında hazır olan taraf avukatının dinlenmesi bu hükme aykırıdır. Bu hükmün taraflardan birisi yönünden ihlal edilmesi eşitlik ilkesine de aykırıdır. Ancak asıl sorun etikle ilgilidir. Kişinin avukat olarak yer aldığı davada tanık olması ciddi anlamda etik ikilemlere yol açabilir. Avukat ile müvekkili arasında ücretli bir hizmet alım ilişkisi olması, avukatın müvekkilinin menfaatlerini koruma zorunluluğu, avukatın sır saklama yükümlülüğü, tanıklık yapmadan önce sorulan sorulara doğru cevap vereceğine dair hakim huzurunda yemin etmesi gibi kuralların bir arada uygulanması bu ikilemlerin doğmasına yol açmaktadır. İşte bu ikilemlerin hiç yaşanmaması için bazı ülkelerde avukatın vekilliğini üstlendiği davada tanıklık yapması en baştan yasaklanmıştır.

Avukatlık mesleğinde bazı etik ikilemlerin diğer mesleklere göre daha fazla yaşanmasının bir sebebi ise avukat müvekkil ilişkilerinin diğer mesleklere göre çok daha farklı boyutlarda gerçekleşmesidir. Bu ilişki kendisini öyle yoğun gösterir ki bazı ülkelerde avukatlar fiilen temsil ettikleri müvekkil kitesine göre sınıflandırılır. Örneğin Perdomo, Venezuela'da avukatlık mesleğini incelediği bir çalışmada, avukatlık mesleği içerisindeki tabakalaşmanın, hitap ettikleri müvekkil kitesine göre seçkinlerin avukatları düşük

gelirlilerin avukatları şeklinde olduğu belirtilmiş, onların da kendi içinde müvekkil türlerine göre sınıflandırıldığı ortaya konulmuştur (Perdomo, 1995, s. 209-211; Akbaş, 2011, s. 162). Müvekkillerinin mensup oldukları ekonomik ve sosyal sınıflarına göre fiili bir tabakalaşma içerisine girecek ölçüde müvekkilleri ile karşılıklı bağımlılık ilişkisi bulunan avukatların müvekkilleri yönünden tanık olabilmeleri bu araştırmaya göre de oldukça sorunlu görülmektedir. Öte yandan ABD, Almanya, Yunanistan, İspanya ve Türkiye gibi birçok ülkede görülen kişi başına düşen avukat sayısındaki aşırı artış avukatların ekonomik olarak daha fazla zayıf düşmelerine ve müvekkillerine (bu bir gerçek kişi veya bir kurum olabilir) bu yönden daha bağımlı olmalarına yol açmıştır. Avukat sayısındaki bu aşırı artışa yeni açılan hukuk fakülteleri yol açmıştır. 1991 yılında Türkiye’de 7 Hukuk Fakültesi bulunduğu halde 2019 yılı itibari ile hukuk fakültesi sayısı 132’dir. Blankenburg ve Schultz’un yapmış oldukları bir çalışmaya göre Almanya’da 1954 yılında ortalama olarak bir dış doktoru ve muhasebeciden daha yüksek yıllık gelir elde eden avukatlar 1986 yılına gelindiğinde sözü geçen meslek mensuplarının ancak yarısı kadar gelir elde edebilmişlerdir (Akbaş, 2011, s. 182). Avukatların sabit giderleri ve serbest bir meslek olarak ayakta kalabilme zorunluluğu, onları müvekkiline daha bağımlı bir hale getirmekte ve onların müvekkili hakkındaki tanıklığını daha da sorgulanabilir hale getirmektedir.

## Sonuç

450

Gerek mesleklerin saygınlığının ve sürdürülebilirliğinin temini, gerekse kişilerin daha iyi hizmet alabilmelerinin sağlanması için meslek etiği kurallarının oluşturulması gereklidir. Aslında mesleki ahlakın korunması yeni ortaya çıkmış bir düşünce de değildir. Anadolu Selçuklu Devleti’nin hüküm sürdüğü dönemlerde bile başta esnaflık alanında olmak üzere birçok meslek türü için meslek ahlakı ile ilgili kurallar oluşturulmuş ve bunlara uyulmasına büyük özen gösterilmiştir. Kısacası geçmişten günümüze mesleklerin belirli etik kurallarına göre yürütülmesi konusunda genel bir kanaat yerleşmiştir. Ancak son yıllarda meslek etiği kurallarının her meslek için daha belirgin ilkeler, kurallar ve standartlar içermesi için çalışmalar yapılmış, bu ilke ve kurallar yazılı hale getirilmiştir.

Mesleki etik kurallarının belirli ilke ve kurallar olarak standartlaşması ve mesleklerle özgü bir etik mevzuatın oluşması etik kuralların bilinmesi ve tanınması açısından faydalı olmuştur. Ayrıca bu kurallara uyulması açısından da muhatabına kolaylaştırıcılık sağlamıştır. Ancak etik kurallarında standartların ve katı kuralların oluşması kaçınılmaz olarak bazı sorunların doğmasına da yol açmıştır. Bu sorunların en önemlilerinden birisi etik ikilemdir. Belirli bir meslek mensubu bazen bir olayla karşılaştığında hangi etik kuralı uygulayacağı konusunda çıkmaza girebilmektedir. Bu durumda bir etik kurala uyduğunda diğer etik kuralı ihlal edebilmektedir. Etik ikilemde kalan meslek mensubunun hangi etik kurala üstünlük sağlayacağına dair önceden kurallar koymak mümkün değildir. Bu durumda kamu görevlisi üstlerinden veya yetkili kuruluşlardan tavsiye almalı, yarar-zarar dengesini de gözeterek somut durum için hangi kurala uyulması daha önemli ise bu kurala itibar etmelidir.

Kamu görevlileri ve diğer meslek mensupları mümkün olduğunca menfaat çatışmasından ve kendilerini etik ikileme sokacak davranışlardan uzak durmalıdır. Gönüllü olarak menfaat çatışmasına düşülmesi veya etik ikileme yaşanması da etik açıdan sorgulanabilir bir durumdur. "Sırrın korunması" etik ilkesi birçok meslek için vazgeçilmez bir etik kuraldır. Bu ilke içeriğinde bazı farklılıklar taşımakla birlikte bankacılar, sağlık çalışanları, maliyeciler ve yargı mensupları gibi hemen hemen tüm meslekler için geçerlidir. Yasal zorunluluklarla meslek mensupları için bu ilkenin göz ardı edilmesi veya bazı tavizler verilmesi mümkün olabilmektedir. Ancak meslek mensuplarının kendi istekleri ile "sırrın korunması ilkesi"ni ihlal etmelerine yol açabilecek ve başka mesleki kurallar ile bu ilkenin çelişmesi sonucunu doğuracak durumlara gönüllü olarak girmeleri etik açıdan sakıncalıdır.

Bir yönüyle kamu hizmeti yürüten avukatların müvekkillerinin sırlarını korumaları en temel etik ilkelerindendir. Ancak onların tam da sırrını korumak zorunda oldukları alanlarda sorulan tüm sorulara doğru cevap vereceğine dair yemin ederek açıklamalarda bulunmaları gönüllü olarak etik ikileme girmelerine neden olmaktadır. Bu sorun bir boşanma davasında kendisini gösterebileceği gibi bir kamu kurumunun sözleşmeli veya kadrolu avukatının kurumu hakkında tanık olmak istemesi şeklinde de kendisini gösterebilir. Şu an bunu yasaklayıcı bir hüküm bulunmamakla birlikte gönüllü olarak bu etik ikileme girilmesinin mesleki etik kuralları açısından kabul edilmesi mümkün görülmemektedir. Özellikle onların kurumları lehine yapacakları tanıklığın güvenilirliği de başlı başına sorgulanabilir durumdur. Elbette tüm kamu görevlileri için geçerli olan ve kendi kurumlarının yetkilileri aleyhine sonuç doğuran suçu ve suçluyu bildirme yükümlülüğü bu durumun kapsamı dışında yer alan ve cezai yaptırımını bulunan bir kuraldır.

## Kaynakça

- Akbaş, K. (2011). *Avukatlık Mesleğinin Ekonomi Politikası*. Ankara: NotaBene Yayınları.
- Akyürek, G. (2013). *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Aydan, S. ve Kaya, S. (2018). *Sağlık Sektöründe İhbarcılık: Bir Üniversite Hastanesinde Çalışan Hemşire ve Sekreterler Üzerine Bir Uygulama*. Ankara. Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, 2018; 21(1): 1-29.
- Brown A. J. ve Olsen J (2008). *Whistleblower mistreatment: identifying the risks, Whistleblowing in the Australian Public Sector*, Edited by A. J. Brown, Published by ANU E Press The Australian National University Canberra ACT 0200, Australia.
- Can, N. (2020). *Hasta Mahremiyeti Hakkı*. TBB Dergisi, 2020 (147), s. 183-219.
- Coşar, V. A. (2018). *Avukatlık Mesleğinin ve Baroların Tarihsel Gelişimi*. Ankara Barosu Dergisi 2018/4., s. 222-242.
- De Graaf, G. (2010). *A Report On Reporting: Why Peers Report Integrity and Law Violations in Public Organizations*. Public Administration Review 70(5): 767-779.
- Denig, S. J. ve Quinn T. (2001). *Ethical Dilemmas For School Administrators*. High School Journal. S. 43-49, Volume 84, number 4, Maryland, USA.
- Donay, S. (1978). *Meslek Sırrının Açıklanması Suçu*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti.
- E. Murat ve Ü. Aslan Düzgün (2020). *Kırgız Cumhuriyeti Yargı Sistemi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, sayı: 15, 195-227.
- Erdem, M. R. (2009). *Suçtu Bildirmeme Suçu*, TBB Dergisi, Sayı 80, 2009, 104-120.
- Fry, T. S (1991). *Conceptual Themes Basic To Cancer Nursing, Cancer Nursing, A Comprehensive Textbook*. Bird, S (Ed.), W.B. Saunders Company, Philadelphia, 31-37
- Kurt, S. (2019). *Ticari Sır Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi ve Belgelerin Açıklanması Suçu*. Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi.
- Kutlu, H. A. (2011). *Meslek Etiği*. Ankara: Nobel Yayınları.
- Özkaya, E. (2013). *Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Pekcanitez H., Atalay O. ve Özekes M. (2013). *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Pitt G. (1996). *Rights and Employee Rights, The Case of Free Speech*. In C. Gearty and A. Tomkins Understanding Human Rights, Pinter Publishing, London.
- Rodney S., A. J. Brown (2008). *The good, the bad and the ugly: whistleblowing outcomes, Whistleblowing in the Australian Public Sector*, Edited by A. J. Brown, Published by ANU E Press The Australian National University Canberra ACT 0200, Australia
- Sav, A. (2010). *Savunma Mesleği Bir Kamu Hizmetidir*, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı: 2010/1. 133-143.
- Srtike, K. A., Emil J. H. ve Jonas F. S. (2005). *The Ethics of School Administration* (Kitap Özeti:Paul Kelleher). Newyork:Teachers College Pres. USA.