

**AVUKATIN ÇATIŞAN MENFAATLERİ
TEMSİL YASAĞI BAKIMINDAN
“AYNI İŞ” OLGUSU VE BU YASAĞIN AVUKATIN
MESLEKİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ İÇİNDEKİ YERİ**

*Yrd. Doç. Dr. Nejat ADAY**

ÖZET

Avukatın çatışan menfaatleri temsil yasağı avukatın hem yargı hem de iş sahibi karşısında bağımsızlığını sağlamayı hedefler. Kamuoyunda avukatlık mesleğine duyulan güvenin korunması da yasağın amaçlarından biridir. Bu nedenle hem avukatlar hem de meslek örgütleri tarafından titizlikle takip edilmesi gerekir. Ancak bu yapılırken yasağın meslek icrasına getirilen bir sınırlama olduğu unutulmamalı, yasakla izlenen amacı sağlamaya elverişli olmayan, orantısız yaptırımlar da önlenmelidir. Bu da yasağın soyut unsurlarının yanında somut olay bakımından gerçek bir çatışan menfaat olgusunun fiilen ortaya çıktığının teyit edilmesini gerektirir. Diğer yandan, farklı yargı mercilerinin aynı olgu karşısında yoğunluk bakımından değişen yaptırımlar uygulaması da önlenmesi gereken bir uygulamadır. İncelemede bu sorunlara temas edilerek, Alman uygulaması örneğinde çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Avukatın Çatışan Menfaatleri Temsil Yasağı, Çifte Temsil, Teklif Olunan İş Red Yükümlülüğü, Şekli Olgu Denetiminin Yetersizliği, Somut Olay Adaletinin Sağlanması, “Aynı İş” Olgusu.

ABSTRACT

A lawyer's prohibition of representing the conflict of interests, aims to maintain the independence of the lawyer before the court and the client. Protecting the public trust in advocacy is one of the purposes of the prohibition. For this reason, it should be followed fastidiously by lawyers and also by professional organizations. However, it should not be forgotten that the delimitation brought by the prohibition is for the practice. Thus, the sanctions that are disproportionate and unfavorable to maintain the purpose of the prohibition should be avoided. This requires a confirmation that an actual conflict of interest fact occurs virtually in the concrete case, besides the abstract factors of the prohibition. On the other hand, changing sanctions in terms of burden awarded by

* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

different judicial authorities on the same fact is a practice that should be avoided. In this study, the solution offers are presented in the example of German practice by pointing out these problems.

Keywords: A Lawyer's Prohibition of Representing the Conflict of Interests, Obligation to Reject the Offered Job, Insufficiency of the Formal Fact Inspection, Maintaining the Concrete Case Justice, the "Same Job" Fact.

I. GİRİŞ VE BAZI SORUNLARIN BELİRLENMESİ

Önceki bir çalışmamızda¹, avukatın çatışan menfaatleri temsil yasağının ihlaline bağlanan hukuksal sonuçları yargı kararları ışığında ele almıştık. Bu çalışmamızda AK m.38/b hükmünün “b) Aynı işte menfaati zıt olan bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalâa vermiş olursa,” şeklindeki düzenlemesinde geçen “aynı işte” deyiminin nasıl anlaşılması gerektiği üzerinde yoğunlaşacağız. Bunun için de, öncelikle söz konusu yasağın avukatın mesleki yükümlülükleri içindeki yerinin ne olduğu sorusuna cevap verilmesi gerekmektedir.

Hemen ifade edelim ki, AK m.38 hükmünde 5 bent halinde sıralanan olgulardan sadece birini oluşturan “aynı işte menfaati zıt olan bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalâa vermiş” olma durumunda avukat “teklifi reddetmek zorunluluğundadır.” İhlalin aynı zamanda suç da oluşturması mümkün olduğundan, disiplin yargılaması ile ceza yargılaması arasında bazı ilişkiler kurulması zorunlu olabilir. Bununla birlikte, zorunluluğa uymayan (menfaati zıt tarafın teklifini reddetmeyen) avukatın disiplin suçu işlediği söylenebilir de, “görevi kötüye kullanma” suçunu işleyip işlemediği ayrı bir konudur². Tıpe uygunluk, kusur gibi unsurlar yönünden yapılacak değerlendirmeler suçun oluşmadığını göstermek açısından yeterli olsa da, meslek hukuku bakımından farklı sonuçlara varılabilir. Örneğin meslek hukuku açısından yasağın ihmalî davranışla ihlali yeterli olup, kast gerekmez. Ceza için gerekli olan “zarar”³ şartı da meslek hukuku bakımından gerekli değildir. Aynı şekilde, meslek hukuku bakımından avukatın bizzat taraf olarak kendi menfaatlerini önceden vekâletini üstlendiği birine karşı takip etmesi yasak ihlali sayılmamakta, buna karşılık avukatın menfaati zıt tarafın hakkını temlik alarak kendi adına takip etmesi caiz görülmektedir⁴.

Avukatın menfaat çatışması doğuracak işi red yükümlülüğü öngörülmüş olmakla birlikte, bilerek veya bilmeyerek yasağı bir kez ihlal eden avukatın ne

¹ Nejat **Aday**, Avukatın Çatışan Menfaatleri Temsil Yasağının İhlali ve Hukuksal Sonuçları Üzerine Düşünceler, Ersin Çamoğlu’na Armağan, İstanbul 2013, s.249-265.

² 765 sayılı ETCK’nın 294. maddesi ile sadece avukat ve dava vekillerinin işleyebilecekleri bir suç olarak düzenlenen “hasımla uyuşarak veya başkaca hile ve desiselerle davasına zarar vermek” suçunun yerini artık “görevi kötüye kullanma” suçunun aldığı konusunda bkz. **Aday**, s 250-251, dph. 5.

³ Örneğin bkz. Y 4. CD, 2.5.200, 2961/3598: “Sanık avukatın vekil edeni Mehmet K’un hasmî durumunda bulunan Çağlayan soyadlı kişiler adına takip ettiği davaların 653 ada 35 parsel, Mehmet K. adına açtığı 1994/49 esas sayılı davanın ise 1670 ada 1 parsel ile ilişkin olduğu, ve 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 38/b ve TCY’nın 294/1. maddelerindeki dava kabul etme yasağının da ‘aynı işle’ sınırlı bulunduğu gözetilmeden ve yakınının davasına ne suretle zarar verdiği de açıklanıp gösterilmeden öğeleri oluşmayan suçtan hükümlülük kararı verilmesi, yasağa aykırı” bulunmuştur (Kazancı MİBB).

⁴ Wilhelm E. **Feuerich**/Anton **Braun**, Bundesrechtsanwaltsordnung, Recht für Anwälte aus dem Gebiet der Europäischen Union, Kommentar, 5. Aufl., München 2000, § 43 a, N 55, S 321.

yapması gerektiği Kanun'da düzenlenmemiştir. Bu konuda Avukatlık Meslek Kuralları'nda da bir açıklık bulunmamaktadır. Her ne kadar avukatın reddetmekle yükümlü olduğu işi bir kez üstlendikten sonra derhal istifa etmesi gerektiği söylenebilir de, istifanın sadece menfaat çatışmasına yol açan sonraki iş bakımından mı, yoksa her iki vekâlet görevi bakımından mı söz konusu olacağı sorusunun cevabı açıkça verilmelidir. Menfaat çatışması ortaya çıktıktan sonra avukatın sonraki vekâletten istifa edip ilkinde devam etmesinin yasakla korunan amaca aykırı olduğu söylenebilir. Bununla birlikte Yargıtay'ın değişik hukuk dairelerinin, önceki-sonraki vekâlet ayırımı yapmaksızın avukatın taraflardan birini tercih ederek dava veya takibe devam edebileceği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır⁵. Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu (TBBDK) da aynı görüştedir⁶.

Konunun ceza hukukunu ilgilendiren yönü inceleme alanımızın dışında kalsa da, her iki yaptırım arasındaki dengesizlik dikkat çekicidir ve üzerinde durulmaya değerdir. Her şeyden önce, ceza mahkemesinin suç saydığı bir eylemle karşılaşan hukuk mahkemesinin, en azından ilgili savcılığa suç duyurusunda bulunması gerektiğini düşünüyoruz. Diğer yandan, çatışan menfaatleri temsil eden avukatın taraflardan birini seçmekle⁷ sanki ihlal sona ermiş gibi davaya devam etmesinin olağan karşılanması yadırgatıcıdır. Birçok kararda isabetle tespit edildiği gibi, avukatın iş sahibi ile arasında oluşan güven ilişkisi nedeniyle vâkif olduğu sırları⁸, malvarlığına ilişkin bilgileri menfaati zıt tarafın

⁵ Y 8. HD, T. 6.6.2014, 11103/11731: "... Mahkemece davacılar vekiline davada çıkarları çatışan taraflardan sadece bir tarafı temsil edebileceği hatırlatılarak, kendisinden davacılarından hangisini temsil edeceğinin sorulması, temsil etmeyeceği davacı veya davacılar için vekillikten kanunen çekildiği kabul edilerek, bunların davayı kendilerinin veya atadıkları takdirde başka vekil aracılığıyla takip edebilecekleri dikkate alınmadan; bu şekilde vekillikle ilgili yasaya aykırılık giderilmeden, davanın esasına girilip yazılı şekilde karar verilmesi" bozma sebebidir (Kazancı MİBB).

⁶ "... Şikayetli avukat, makul bir süre içinde derhal iki vekillikten birine usulüne uygun olarak son vermeli, kamunun avukatlık mesleğine olan güven ve itibarını sarsmamalıdır." TBBDK 21.6.2003, 87/202 (M. Haşim Mısır, Avukatlık Disiplin Hukuku, Ankara 2008, s.535).

⁷ Yukarıda zikredilen örnek dışında bkz. Y 1. HD, T. 17.2.2011, 417/1711 (Özel Arşiv): "... Avukat İsmail Kahraman'a hangi tarafın vekili olduğunun sorulması ve alınacak yanıtı göre taraf teşkilinin sağlanması, ondan sonra bir karar verilmesi gerekirken..."; Y 10. HD, 1.11.2011, 3779/15177 (Kazancı MİBB): "Mahkemece, Avukatlık Yasasının 38'inci maddesi de gözetilerek öncelikle temsil durumuna dair noksanlık giderilip, tarafların bizzat ya da vekaleten ileri sürecekleri iddia ve savunmalarıyla bildirecekleri deliller tespit edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir."

⁸ Y 2. HD, 5.5.2003, 14808/16289: "Avukatlık Kanununun 38/b maddesinde avukat aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa, işi reddetmesi gerektiği hükmü yer almaktadır. Yasa ile izlenen amaç, avukatın aldığı vekalet sonucu vakıf olduğu sırları önceki müvekkilinin aleyhine kullanmayı önlemektir. Yasa maddesinde öngörülen husus kamu düzeni ile ilgili olup mahkemece resen gözetilir. / Somut olayda davalı vekili boşanma kararı verilen ilk davada kadının vekili olmuş, kadının sırlarını öğrenmiştir. Bu durumda davalı vekilleri Av. H. G. ve Av. S. G'nin huzuru ile davaya bakılması usul ve yasaya aykırıdır." (Kazancı MİBB). Aynı yönde bkz. Y 2. HD, 3.7.1995, 6891/7761 (Kazancı MİBB).

lehine kullanmasına izin vermemek de yasağın amaçlarından ise, avukatın davaya devam etmesine izin verilmesi düpedüz yasağı hiçe saymak anlamına gelir. Bu konuya önemi nedeniyle aşağıda yeniden değinilecektir.

Tüm bu açıklamalar, yasağın amacı ve nasıl uygulanması gerektiği konusunda uygulamada önemli eksiklikler bulunduğunu, öğretide de uygulamaya yol gösteren çalışmaların yapılmadığını göstermektedir. Bu çalışma ile karşılaşılan sorunlara bir nebze de olsa ışık tutmayı hedefliyoruz.

II. YASAĞIN AMACI

Çatışan menfaatleri temsil yasağı Avukatlık Kanunu'nun “Avukatın Hak ve Ödevleri” başlıklı 6. Kısmının başlarında, avukatın bazı hak ve yükümlülükleri arasında sayılmıştır. Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi avukatın genel özen ve doğruluk yükümlülüğünü; 35. maddesi avukatlık tekeline; 35/A hükmü avukatın uzlaşma sağlama yetkisini; 36. maddesi avukatın sır saklama yükümlülüğünü; 37. maddesi sebep göstermeksizin teklif edilen işi red hakkını ve reddin gecikmeksizin bildirilmesi yükümlülüğünü; 38. maddesi çatışan menfaatleri temsil yasağıyla birlikte yolsuz veya haksız işi red yükümlülüğünü; önceden hâkim, hakem, savcı, bilirkişi veya memur olarak çalıştığı işi avukat olarak red yükümlülüğünü; kendisinin düzenlediği bir senet veya sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürmesi gereken işi red yükümlülüğünü ve TBB tarafından tespit edilen mesleki dayanışma ve düzen gereklerine uygun olmayan işi red yükümlülüğünü düzenlemektedir.

Bu düzenleme şeklinden, yasa koyucunun genel ve soyut özen yükümlülüğünün içini, takip eden maddelerle somutlaştırmaya çalıştığı söylenebilir. Ancak haklarla birlikte yükümlülükleri iç içe düzenlemenin isabeti ile amaçlanan somutlaştırmanın ne derece sağlandığı sorunu bir yana bırakılacak olursa, özellikle çatışan menfaatleri temsil yasağına ilişkin olarak şu tespitler yapılabilir:

AK m.1/II hükmünde sözü edilen “bağımsız savunma”nın gerçekleştirilmesi açısından çatışan menfaatleri temsil yasağı özel bir önem taşır. Kanun'da baro başkanının görevleri arasında, “Meslek onuru ve bağımsızlığı ile ilgili işlerde kanunlar ve meslek kurullarının gereğini her türlü organlara karşı savunmak ve bu konuda doğrudan doğruya veya dolayısıyla kendisini göreve zorlayan hususları yapmak” (AK m.97/6) sayılmış, aynı hüküm birlik başkanın görevlerinin düzenlendiği AK m.123 hükmünün 6. bendinde de tekrarlanmıştır⁹.

⁹ Hemen ifade edelim ki, avukatlığı bir serbest meslek olarak düzenledikten sonra avukatların hak ve menfaatlerini korumak üzere baro ve birlikler oluşturulması her ne kadar zorunlu ve mesleğin olmazsa olmazı niteliğinde olsa da, bu koruma görevini sadece meslek kuruluşlarına bırakmak ve tekil avukatların ayrıca savunma ihtiyacı bulunmadığını düşünmek son derece sakıncalıdır. Çünkü mesleğin icrasına müdahale bakımından barolara verilen yetkiler çoğu kez birey olarak faaliyet gösteren avukatın aleyhine işleyebilmektedir. Bu husus çalışmanın ilerleyen bölümlerinde Alman uygulamasına yapılan atıflar çevresinde daha da aydınlanacak-

Alman Avukatlık Kanunu'nun (BRAO) benzer bir işlevi bulunan § 43 a hükmünde de avukatın 6 bent halinde sayılan yükümlülüklerinin başında “*avukatın mesleki bağımsızlığı tehlikeye atan hiçbir bağlantıya giremeyeceği*” düzenlenmiştir. Her ne kadar bu düzenleme soyutluğu ve içinin boşluğu ile itham edilmiş olsa da¹⁰, konunun “*avukatın bağımsızlığı*” bağlamında ele alınması gerektiğini ortaya koyması bakımından önemlidir. Nitekim konu İsviçre Hukukunda da bu şekilde değerlendirilmektedir¹¹. Alman Hukukunda da yasağın mesleki doğruluk ve bağımsızlığı güvence altına aldığı kabul edilmektedir¹². Esasen Anglo-Amerikan hukuk sisteminde bağımsızlık ve sır saklama yükümlülüğü ile birlikte çatışan menfaatleri temsil yasağı mesleğin “*çekirdek değerleri*”

tır kanısındayız. Her ne kadar avukatlar kendilerine uygulanan disiplin cezalarına karşı yargı yoluna gidebilmekte iseler de, uzman disiplin mahkemeleri ve aynı nitelikte başvuru yollarının bulunmaması yeknesak bir uygulamanın oluşmasına engel olmaktadır. Bütün disiplin cezalarına karşı TBB'ne itiraz edilmesi ve nihayetinde bu kararlara karşı, Adalet Bakanlığı'nın onayı da dikkate alınarak, Ankara İdare Mahkemesine başvurulması zorunluluğu (bkz. Semih Güner, Avukatlık Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2009, s.634) gibi tümüyle genel idari yargılamaya usulüne yapılan atıf gereği ortaya çıkan doğal sonuçların bile hiç düşünülmemiş olduğunu göstermektedir. Belki de avukatların meslek hukukuna ilişkin hukuki sorunların çözümü bakımından salt bu konularla ilgilenecek meslek mahkemelerinin kurulması ve istinaf mahkemeleri kurulurken meslek mahkemelerinde verilen kararların temyizen incelenmesi için uzman bir dairenin oluşturulması, nihayet kararlar arasındaki yeknesaklığın gözetilmesi için Yargıtay'da bir özel daire kurulması en uygun çözüm olacaktır.

¹⁰ Bu konuda diğer bütün eleştirilere kaynak olmuş bir çalışma için bkz. Michael **Kleine/Cosack**, Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, 3. Aufl., München 1997, § 43 a, Nr 1, S. 178 vd. Yazar, mesleği idealize etmek amaçlı bu düzenlemeyi duygusal yönünün ağırlığından dolayı bir tür “*Pathoskatalog*” olarak tanımlamış ve bu adlandırma birçok yazar tarafından benimsenmiştir. Okuyucu, mesleğin ve mesleki yükümlülüklerin tanımlanmasında duygusal yaklaşımların uygun düşmediğine bizim de eskiden beri yönelttiğimiz eleştirileri hatırlayacaktır. Kleine/Cosack'ın isabetle işaret ettiği gibi, bu tür içi boş formüller özellikle ihlal halinde avukata uygulanacak yaptırım belirlenirken, disiplin kurulları ve mahkemelerin temeli olmayan atıflar ve gerekçelerle hüküm vermesine yol açma riski taşımaktadır. Dolayısıyla, meslek onuru ve bağımsızlığını tehlikeye atacak olguların daha somut bir şekilde belirlenmesi mesleğin gerçek anlamda korunması bakımından daha isabetli bir tutum olacaktır.

¹¹ Örneğin bkz. Andreas **Baumann**, Interessenkonflikte des Rechtsanwaltes, Festschrift 100 Jahr Aargauischer Anwaltsverband, Zurich 2005, (S. 433-459), S. 433 vd.; Michael **Kull**, Die zivilrechtliche Haftung des Anwalts gegenüber dem Mandanten, der Gegenpartei und Dritten, Zurich 2000, S. 75. İsviçre Federal Mahkemesi de 30.4.2008 tarihli bir kararında, bu yükümlülüğün avukatın özen ve doğrulukla ifaya ilişkin genel yükümlülük hükmüyle yakın ilişkisine atıfta bulunmuştur. Bkz. BGE 134 II 108, 110.

¹² Frankfurt Baro Başkanı Prof. Dr. Lutz **Simon**, “*Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen nach deutschem Recht*” başlıklı konuşmasında yasağın sadece avukatın bağımsızlık ve doğruluğunu güvence altına almayı değil, kamunun mesleğin güvenilirliğine duyduğu inancı korumayı da hedeflediğini ifade etmektedir. Bkz. http://www.fbe.org/IMG/pdf/Report_Lutz_Simon-4.pdf. Ayrıca bkz. **Feuerich/Braun**, § 43 a, N 54, S. 320; Kurt **Jessnitzer/Hanno Blumberg**, Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, 9. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 2000, § 43 a, N 4, S. 137; Martin **Henssler/Hanns Prütting**, Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, 4. Aufl., München 2014, § 43 a, N 161, S. 315, 316.

(*core values*) olarak değerlendirilmektedir. Bu anlayışın giderek Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde de kabul gördüğü, hatta avukatlara tekel tanınmış olmasının gerekli kıldığı güvenin garantisi olarak kabul edildiği söylenebilir¹³.

Avukat, iş sahibinin menfaatlerini en üst sıraya koymak ve bunları özenle takip etmek konusunda özel hukuk kaynaklı bir yükümlülüğün öznesidir. Bu husus, vekâlete ilişkin BK m.506 hükmünün “*Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür*” şeklindeki 2. fıkrasından açıkça anlaşılacaktır. Buna göre vekil, takip edeceği menfaatler arasında ilk sırayı daima müvekkilin menfaatlerine vermek zorundadır¹⁴. Doğruluk yükümlülüğünün müvekkille ilk temasla (*sözleşme öncesinde*) doğduğunu ve bazen vekâlet ilişkisinin sona ermesinden sonra da devam ettiğini ifade eden Derendinger’e göre, özenle ifa yükümlülüğünü aşacak şekilde doğruluk yükümlülüğünün vekile, müvekkilin menfaati için gerekli her şeyi yapmayı ve bu menfaatlara zarar verecek hiçbir şeyi yapmamayı emreder¹⁵. Dolayısı ile bu yükümlülüğün çatışan menfaatleri temsil yasağını da kapsadığı, bu yönüyle avukatın iş sahibine karşı yükümlülükleri arasında sayılması gerektiği savunulabilir¹⁶. Ancak, avukatın bağımsızlığını sağlamayı hedef-

¹³ Martin **Henssler**, Die Zukunft des Rechtsberatungsgesetzes, AnwBl 10/2001, S. 527.

¹⁴ Walter **Fellmann**; Berner Kommentar, Bd. VI: Obligationenrecht, 2. Abt.: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilbd.: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, 1. Aufl., Bern 1992, Art 398, N 25, S. 377. Avukatın iş sahibine karşı sadakat yükümlülüğünün bulunmadığı yönünde bkz. **Mısır**, s.521. Bu görüşün yasal bir temeli bulunmadığı açıktır.

¹⁵ Peter **Derendinger**, Die nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, Freiburg 1988, N 151, 152, S. 66. Y 13. HD’nin 27.5.2014 tarih ve 29642/16539 sayılı kararında da şöyle denilmektedir: “*Davacı avukatın, vekil olarak borçları B.K.nun 389 ve devam maddelerinde gösterilmiş olup öncelikle vekilin B.K.nun 390 maddesine göre müvekkiline karşı vekaleti sadakat ve özen ile ifa etmekte yükümlüdür. Vekil-vekil eden arasında bulunan vekalet sözleşmesinin temel dayanağı güven ve saygı ilişkisidir. G. sarsıcı harekette bulunması sonucu ilişkinin sarsılması, buna da davacı tarafın tutum ve davranışının yol açması halinde azil haklıdır. Vekil sadakat borcu gereği olarak müvekkilinin yararına olacak davranışlarda bulunmak, ona zarar verecek davranışlardan kaçınmak zorunluluğundadır. Şayet vekillik görevini yerine getirirken gerekli özen ve dikkati göstermemiş sadakatle vekaleti ifa etmiş işe vekil edenin vekilini azli haklıdır. Avukatlık Kanununun işin reddi zorunluluğunu düzenleyen 38. maddesinin b bendinde ‘aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa’ teklifi reddetmek zorunda olduğu hükmü, 174. maddesinde. ‘Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir Şu kadar ki, avukat kusur veya ihmalden dolayı azledilmiş ise ücretin ödenmesi gerekmez.’ hükmü ve yine avukatlık meslek kurallarınının 36. maddesinde ‘Bir anlaşmazlıkta taraflardan birine hukuki yardımda bulunan avukat, yararı çatışan öbür tarafın vekaletini alamaz, hiçbir hukuki yardımda bulunamaz’ hükmü mevcut olup bu hükümlere göre azil işleminin haklı nedene dayandığının kanıtlanması halinde müvekkil avukata vekalet ücreti ödemekle yükümlü değildir. Dairemizin kökleşmiş içtihatlarına göre haklı azil halinde ancak azil tarihi itibarıyla sonuçlanıp, kesinleşen işlerden dolayı vekalet ücreti talep edilebilir.’” (Kazancı MİBB).*

¹⁶ Örneğin bkz. Meral **Sungurtekin-Özkan**; Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 3. Baskı, İzmir 2012, s 402 vd.

lediği, bu nedenle iş sahibinin rızasının bile yasağı ortadan kaldırmaya yeterli olmadığı düşünüldüğünde, salt “*vekil-müvekkil ilişkisinden kaynaklanan yükümlülükler*” kapsamında sayılamayacağı da açıktır.

Şu halde borçlar hukuku alanındaki vekilin yükümlülüklerinin avukat bakımından Avukatlık Kanunu’nda iş sahibi lehine daha özel koruma yükümlülükleri şeklinde yapılandırıldığı söylenebilir¹⁷. Böylece, inceleme konumuz olan çatışan menfaatleri temsil yasağı ile avukatın hem kendisinin hem de üçüncü kişilerin menfaatlerinden azade bir şekilde iş sahibinin verdiği vekâlet görevini en iyi surette yerine getirmesi hedeflenir.

Bu bağlamda çatışan menfaatleri temsil yasağının sır saklama yükümlülüğüyle bağlantısına da işaret edilmesi gerekir. Gerçekten, avukatın, menfaatleri çatışan iki tarafı temsil etmesi —*burada temsil ile sadece davaya vekâletin değil, geniş anlamda her türlü danışmanlık ve profesyonel iş ilişkisinin kastedildiği unutulmamalıdır*— halinde birinin sırrını diğerinden gizlemesi güçleşir. Avukatın özellikle önceki müvekkili aleyhine vekâlet üstlenmesi halinde, önceki ilişki dolayısıyla kendisine emanet edilen bilgileri kolaylıkla onun aleyhine kullanabilir. Yasak bu yönüyle sır saklama yükümlülüğünü de güvence altına almaktadır¹⁸. Nitekim Yargıtay da “*yasa ile izlenen amaç, avukatın aldığı vekâletin sonucu vakıf olduğu sırları önceki müvekkilinin aleyhine kullanmayı önlemektir. Bu husus kamu düzeni ile ilgili olduğundan mahkemece resen gözetilir*”¹⁹ demek suretiyle bu görüşte olduğunu açıklamıştır.

Avukat, bağımsızlığı sayesinde rekabet halinde olduğu danışmanlık hizmeti veren diğer meslek mensuplarından da ayrılır. Kamu kurumlarında memuriyet görevi gereği danışmanlık verenler, kurum ve mensuplarını bağlayan üst normlar çerçevesinde bu hizmeti verirler. Bir sendika veya işverenler birliği ya da kiracılar derneğinin danışmanlık hizmeti veren mevkilerinde çalışanların gerektiğinde kendi kurumları aleyhine olacak şekilde yurttaşlara danışmanlık hizmeti vermeleri beklenemez. Noter de kendisine başvuran kimselerin menfaatlerini temsil edemez; karşı tarafın menfaatlerini de dikkate almak, çatışan menfaatler arasındaki dengeyi gözetmek zorundadır. Buna karşılık avukat; kamunun, bir organizasyonun veya karşı tarafın üstün ya da eşdeğerdeki menfaatini değil, iş sahibinin çıkarını gerçekleştirmekle yükümlüdür. Bu nedenledir ki avukat, kendisini iş sahibinin menfaatlerini takipten alıkoyacak, bunları gerçekleştirme amacından saptıracak hiçbir bağlantıya giremez, anlaşma yapamaz²⁰.

¹⁷ Baumann, S. 437.

¹⁸ Baumann, S. 437.

¹⁹ Y 12. HD, 22.01.2007, 22501/669 (Özel Arşiv).

²⁰ Felix Busse, Freie Advokatur - Entwicklung, Bedeutung, Perspektiven für die Rechtspflege, AnwBl 3/2001 (S. 130-136), S. 135.

Bu açıklamalar dikkate alındığında, yasağı bir kez ihlal etmiş avukatla seçimini yaptıktan sonra davaya devam etmenin ne denli sakıncalı olduğu ortaya çıkmaktadır. Esasen Alman hukukunda bu sakınca dikkate alınmış ve meslek kurallarını düzenleyen BORA §3, Abs. 3'te yasağa aykırı hareket ettiğini anlayan avukatın gecikmeksizin müvekkillerini durumdan haberdar etmesi ve aynı hukuki meseledeki bütün vekâlet görevlerini sona erdirmesi emredilmiştir. Bizde MesK m.31, 35 ve 36 hükümleri ile yasağın kapsamı bir derece somutlaştırılmış olmakla birlikte, avukatın bütün vekâlet görevlerinden istifa etmesini öngören açık bir düzenleme bulunmamaktadır. MesK m.31/II, c. son'da "(Hasminin avukatı yok ise) avukatın hasımla teması zorunlu sınırlar içinde kalır. Hasım tarafla her temasından sonra avukat müvekkiline bilgi verir." denilmiş olmasından hareketle benzer bir bilgi verme yükümlülüğünün öngörüldüğü düşünülebilirse de, burada henüz yasak kapsamına girmeyen görüşmelerin kastedildiği açıktır. Şu halde, zıt anlam delili (*argumentum a contrario*) kullanılarak, Türk hukukunda böyle bir yükümlülüğün bulunmadığı söylenebilecek midir?

Kanımızca bu soruya olumsuz cevap verilmesi gerekir. AK m.38 hükmünün emredici nitelikte olduğu kuşkusuzdur²¹. Yasağı ihlal ederek yapılan (sonraki vekâlet görevine ilişkin) sözleşmenin TBK m.27 hükmü gereğince kesin hükümsüz olduğu da tartışmasızdır. Diğer yandan, Yargıtay, yasağın ihlalini AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen “*adil yargılanma hakkı*”nın ihlali niteliğinde saymaktadır²². Tüm bu açıklamalar göz önünde tutulduğunda, yasağı ihlal eden avukatın, üstlendiği vekâlet görevlerinden birini tercih ederek yargılamaya devam etmesine izin verilmemelidir. Kanımızca hâkimin bu yetkisi HMK m.32/1 hükmüne dayandırılabilir. Buna göre, “*Yargılamayı, hâkim sevk ve idare eder; yargılama düzeninin bozulmaması için gerekli her türlü tedbiri alır.*” Avukat iki taraftan birini tercih etmekle, vekâletini bıraktığı önceki müvekkilinden elde ettiği bilgileri yargılama sırasında aleyhine kullanabilecektir ki, bu durumun yargılama düzenini bozacağı ve bu yönüyle hâkimin müdahalesini haklı kılacağı açıktır. Diğer yandan, Yargıtay'ın bu uygulamasının, avukatlık mesleğinin kamuoyu nezdindeki güvenilirliğini ciddi ölçüde sarstığını da kabul etmek gerekir. Meslek Kuralları'na, dahası, şartları gerçekleştiğinde Türk Ceza Kanunu'na aykırı hareket eden bir avukatın, taraflardan birini seçmekle yargılamaya devam etmesine izin ver-

²¹ Y 8. HD, 6.6.2014, 11103/11731: “*Kamu düzeniyle ilgili ve resen dikkate alınması gereken bu hüküm uyarınca, davada menfaatleri çatışan tarafların aynı avukat tarafından temsil edilmeleri kanuna aykırıdır.*” (Kazancı MİBB).

²² “... Sanıklar Suat ve Bekir. . ile Adem ve Veysel'in aralarında menfaat çatışması bulunması ve ortak müdafinin hukuki yardımından yararlanmalarının sanıkların savunmalarında zafiyet oluşturması nedeniyle savunmalarının başka müdafiler tarafından üstlenilmesinin sağlanması gerektiği nazara alınmadan, yerel mahkemeye duruşmaya devam edilerek hüküm kurulması, hem yukarıda açıklanan kanun ve meslek kurallarına aykırı, hem de AİHS'nin 6. maddesinde asgari şartları belirtilen adil yargılama ilkesinin ihlali niteliğindedir.” (Y CGK, T. 29.4.2014, 1-214/212; Kazancı MİBB).

mek, hukuka aykırı yoldan elde ettiği avantajları kullanmasına meşruiyet kazandırmak anlamına gelir ki, bu sonucun kabul edilmesi mümkün değildir.

Dolayısı ile Avukatlık Meslek Kuralları'na veya doğrudan doğruya Avukatlık Kanunu'na, çatışan menfaatleri temsil yasağını ihlal eden avukatın aynı hukuki meselede üstlenmiş olduğu tüm vekâlet görevlerinden çekilmesini öngören bir hüküm eklenmesi uygun olacaktır. Ancak böyle bir hükmün bulunmayışı, HMK m.32/1 hükmünün uygulanarak avukatın davadan tümüyle çekilmeye zorlanmasına engel oluşturmamalıdır.

III. YASAĞIN UNSURLARI

AK m.38/I, b hükmünde yasak olgusu yeterince açık bir biçimde ifade edilmiştir. Aşağıda ayrıca inceleyeceğimiz “aynı iş” olgusu bir yana bırakılacak olursa, 1) en az iki tarafın avukatlık veya hukuki danışmanlığının yapılmış (mütalâa verilmiş) olması, 2) taraf menfaatlerinin zıt olması açıkça zikredilmiştir. “Mütalâa vermiş” olmak için avukatın dava üstlenmesi gerekmediğinden, yasağın sadece dava takibiyle sınırlı olmayıp hukuksal danışmanlığı da kapsadığı anlaşılmaktadır²³. Ancak yapılan danışmanlığın avukatlık tekeline dâhil bir konuya ilişkin olması da gerekir midir? Düzenlemede bu konuda bir açıklık bulunmuyor. Bu nedenle, yasağın unsurlarını daha yakından incelemek zorunluluğu bulunmaktadır.

1. Menfaat Çatışması

Yasağın söz konusu olması için menfaatlerin hukuksal değerlendirmesinden mi yoksa ekonomik açıdan farklılıklarından mı yola çıkılması gerektiği tartışmalıdır. Ekonomik menfaatlerin vekâlet ilişkisi içinde korunması kural olarak sır saklama yükümlülüğü aracılığıyla sağlanmaktadır²⁴. Bununla birlikte, somut olayın değerlendirilmesi çoğu kez ekonomik menfaatlerin hukuki menfaatlerle bir arada değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Her halde şekli açıdan menfaat çatışması olasılığının varlığı yeterli sayılmamalı, çatışmanın fiilen ortaya çıkması aranmalıdır. Gerçi yasak ihlaline hükmetmek için avukatın davranışından iş sahibinin zarar görmesi veya diğer tarafın bundan yararlanması şart değildir²⁵; ancak gelecekte ortaya çıkması muhtemel menfaat çatışması yasak ihlali için yeterli değildir.

Bir menfaat çatışması olup olmadığına karar verirken iş sahibinin objektif bir gözlemcinin bakış açısına göre belirlenecek menfaatinin mi yoksa subjektif menfaatinin mi dikkate alınacağı da önemlidir. Kuşkusuz bu ikisi çoğu zaman aynı olacak-

²³ “Dilekçe düzenlemek, savunmayı yazmak hukukî yardım olup, bir manada mütalâa vermektir.” TBBDK 2.2.1974, 37/5 (Faruk Erem, Meslek Kuralları (Şerh), 3. Bası, Ankara 1977, s.109). İsviçre bakımından aynı görüş için bkz. Kull, S. 75.

²⁴ Hensler/Prütting, § 43 a, N 170, S. 319.

²⁵ Kleine/Cosack, Art 43 a, N 36, S. 191. Susanne Offermann/Burckart, Interessenkollision – Es bleibt dabei: Jeder Fall ist anders, AnwBl 11/2011, S. 816.

tır, ancak avukatın meslek kurallarına ve hukuka aykırı olmadıkça iş sahibinin kişisel nedenlerle farklı bir şey istemesine saygı duyması gerekir. Sonuç itibarıyla takip edilecek menfaatin ne olduğuna vekâlet görevini yöneltten iş sahibi karar verecektir²⁶. Avukatın iş sahibinin talimatına uyma yükümlülüğü de bu görüşü desteklemektedir²⁷. Kuşkusuz iş sahibinin sübjektif menfaati dikkate alınsa bile avukatın temsil ettiği diğer menfaat ile çatışıp çatışmadığı tespit edilirken yapılacak değerlendirmenin objektif olması gerekir. Bu görüş, iş sahibinin rızasının yasak ihlalini ortadan kaldırmadığı yolundaki görüşümüzle çelişmez. Çünkü iş sahibi baştan itibaren menfaatinin nerede ve ne yönde bulunduğunu, avukatın aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde verdiği bilgilere dayanarak bizzat belirlemiş olmaktadır. Avukatın, iş sahibinin bu şekilde belirlenmiş menfaatiyle çatışmayan başka menfaatlerin temsilcisi olmasında esasen yasağa aykırı davranış da söz konusu değildir. Buna karşılık, iş sahibinin sübjektif açıdan belirlenen menfaatiyle çatışan bir başka menfaatin temsili halinde, iş sahibi buna rıza gösterse bile yasak ihlali gerçekleşmiş olur. Bu görüş, yasağın sadece özel çıkarları değil kamu yararını da gözettiği düşüncesine dayandırılmaktadır. Bu nedenle, yasak ihlalinin sadece özel menfaatleri tehlikeye attığı durumlarda, tarafların yeterince aydınlatılmış olmaları koşuluyla yasanın sağladığı korumadan vazgeçebilecekleri kabul edilmektedir²⁸. Diğer yandan, rızanın menfaat çatışmasını, dolayısıyla yükümlülük ihlalini ortadan kaldırmayacağı²⁹ de dikkate alınmalıdır. Örneğin, tarafların birlikte bir avukata başvurarak vekâletin amacını aynı şekilde belirledikleri durumlarda, sonraki bir tarihte somut bir menfaat çatışması olasılığı da bulunmuyorsa, menfaat çatışması, dolayısıyla yasağa aykırı bir davranış da söz konusu değildir³⁰.

Ceza yargılaması açısından CMK m.152’de “*Yararları birbirine uygun olan birden fazla şüpheli veya sanığın savunması aynı müdafie verilebilir*” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Hâlbuki Alman Ceza Kanunu’nda aynı eylemden sorumlu tutulan birden çok sanığın tek bir müdafî tarafından savunulması açıkça yasaklanmıştır (§ 146 StPO). Bu durumda menfaat çatışmasının varlığı bakımından çürütülemez bir karine olduğu kabul edilmektedir³¹. CMK’daki olumlu düzenleme-

²⁶ Alman Federal Mahkemesi’nin bu yöndeki yeni bir kararı için bkz. BGH, Beschluss vom 9. 2. 2012 – IX ZR 46/09; OLG Bremen (lexetius.com/2012,650).

²⁷ **Hensler/Prütting**, § 43 a, N 172, S. 320; **Baumann**, S. 44.

²⁸ **Kull**, S. 77.

²⁹ Bu konuda bkz. **Kleine/Cosack**, Art 43 a, N 36, S. 190-191 ve orada anılan Alman Federal Mahkemesi kararları. Aşağıda ayrıca Alman Federal Mahkemesi’nin 23.4.2012 tarih ve AnwZ (Brfg) 35/11 sayılı kararı incelenirken bu konuya temas edilecektir.

³⁰ Bu nedenle yukarıdaki örneği kitabından aldığımız Kull’un, bu durumu yasağın istisnası olarak görmesini isabetli bulmuyoruz. Bkz. **Kull**, S 76.

³¹ Ancak bu yasağın sadece tek bir avukata ilişkin olduğu, birlikte çalışan avukatlardan her birinin farklı sanıkların savunmasını üstlenebileceği kabul edilmektedir. **Hensler/Prütting**, § 43 a, N 174, S. 322.

ye karşın bizde de uygulamanın genelde yasak yönünde olduğu görülmektedir³². Yargıtay'ın burada esas aldığı ölçüt, taraflardan birinin savunmasının diğerinin savunmasını zafiyete uğratıp uğratmadığıdır³³. Ancak ceza yargılaması bakımından menfaatlerin çatışıp çatışmadığının tespitinde sanığın sübjektif menfaatinin dikkate alınamayacağı, gerekçe olarak dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesine tabi davalarda ikrarın hâkimi bağlamasına karşılık, ceza yargılamasında ikrarın hâkimi mahkûmiyet kararı vermeye zorlayamayacağı gösterilmektedir³⁴. Buna karşılık, müdafii tarafsız olmadığı, bir tarafın menfaatlerini temsil ettiği, buna da ancak iş sahibinin karar verebileceği ileri sürülmüştür³⁵. Kanımızca ceza yargılamasının amacı ve sanığın bu yargılamayı özgür iradesiyle yönlendiremeyeceği düşünüldüğünde, birinci görüşün daha isabetli olduğu kabul edilmelidir.

Diğer yandan, yasağın ceza yargılamasındaki uygulanışı açısından yargılamanın hangi aşamasında bulunulduğunun da dikkate alınması gerekir. Amacı itibarıyla birinci derecede iş sahibi korumak için getirilmiş bir düzenlemenin, sanığın temel haklarına zarar verecek şekilde yorumlanması, yasağın amacıyla bağdaşmaz. Bu bakımdan, henüz soruşturma aşamasında CMK m.152 hükmü gerekçe gösterilerek, aynı avukatın birden fazla şüpheli ile görüşmesinin engellenmesi isabetli değildir³⁶.

Menfaat çatışması ile menfaat yarışması arasında da ayırım yapılması gerekir. Avukatın menfaatleri birbiriyle aynı yönde olan birden fazla kişiyi aynı

³² “Aralarında menfaat çatışması bulunan sanık ile malen sorumlu şirketin ayrı avukatlar tarafından savunulması gerektiği halde, aynı avukatın hem sanık müdafii hem de malen sorumlu vekili olarak oturuma katılıp esas hakkında savunma yapması suretiyle 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun 38 ve 5271 Sayılı CMK.'nin 152. maddelerine aykırı davranılması... yasaya aykırı” sayılmıştır. Y 7. CD, 17.6.2015, 17282/17195 (Kazancı MİBB).

³³ Örneğin bkz. Y CGK, 19.11.2013, 8-114/463 (Kazancı MİBB). Yargıtay, savunmaların aynı yönde olması halinde menfaat çatışmasının bulunmadığına hükmetmektedir. Örneğin bkz: “Sanıkların, aşamalarda birbirlerini suçlayıcı ya da çıkar çatışması sonucunu doğurucu farklı savunmalarda bulunmadıkları ve aynı müdafinin hukuki yardımından yararlandıkları davada birisinin savunmasının öbürünün savunmasına zarar verebilecek nitelikte olmadığı gibi, ortak müdafileri tarafından da aynı doğrultuda savunma yapılmış olup, birisinin lehine, öbürünün aleyhine olacak biçimde savunmada zafiyete sebebiyet verilmediği dolayısıyla da sanıkların savunma haklarının kısıtlanmadığı anlaşılmaktadır.” Y CGK, 15.5.2012, 1-872/198 (Kazancı MİBB). Bu konuda iki tarafın savunmalarından birinin doğru olarak kabulünün diğerinin reddini gerektirmesi durumunda bağdaşmazlık bulunduğu sonucuna varılması gerektiği yolunda bkz. **Erem**, s.111.

³⁴ Adolf **Schönke**/Horst **Schröder**/Günter **Heine**, Strafgesetzbuch, Kommentar,28. Aufl., München 2010, § 356, N 18a.

³⁵ **Henssler/Prütting**, § 43 a, N 173, S. 322.

³⁶ Ersan **Şen**, Ceza Yargılaması Süreci, TBBD, 2011/97, s.272. Yazara göre, “CMK m.152, daha ifade verme aşamasında bulunmayan şüpheli ile avukatının görüşmesinin engellenmesinin dayanağı olamaz. Birden fazla şüpheli veya sanığın yararlarının birbirine uygun olup olmadığının tespit ve takdir yetkisi müdafie aittir. Savcılık makamı ve hakim ile mahkeme, bu konu ile ilgili olarak müdafii engelleyemez ve belki savunma sırasında sadece uyarabilir.”

anda temsil etmesi, iş sahipleri arasında menfaat çatışması bulunmaması nedeniyle ilke olarak caizdir³⁷. Bir icra takibinde aynı borçluya karşı birden çok alacaklıyı³⁸ veya babaya/kocaya karşı hem annenin hem de çocuğun nafaka taleplerini temsil eden avukat yasağa aykırı davranmış olmaz³⁹. Her ne kadar borçlunun malvarlığının yetersiz olması halinde birden çok alacaklının birbirinin tahsil imkânını azalttığı söylenebilir de, bu tür durumlarda yasal koşul olan “aynı iş”ten söz edilemeyeceği kabul edilmektedir⁴⁰. Kuşkusuz iş sahiplerinden birinin alacağını tahsil etmesine öncelik veren avukat, yasağı ihlal etmiş sayılmasa bile diğer iş sahiplerine karşı tazminat ödemekle karşı karşıya kalabilecektir⁴¹.

Nihayet, avukatın vekâlet görevinin icrasında karşı tarafla irtibata geçmesi mutlaka yasak ihlali şeklinde değerlendirilmemelidir. Özellikle sözleşme hazırlanması gibi vekâlet görevlerinin yerine getirilmesinde karşı tarafla bilgi alışverişinde bulunmak bilakis zorunlu görülebilir. Kuşkusuz bu tür durumlarda avukatın karşı tarafa da kimin menfaatlerini temsil ettiğini açıkça ifade etmesi gerekir⁴². Bu konuda MesK m.31’de yer alan “Avukat hasım tarafın ancak avukatı ile görüşebilir. / (Hasımın avukatı yok ise) avukatın hasımla teması zorunlu sınırlar içinde kalır. Hasım tarafla her temasından sonra avukat müvekkiline bilgi verir” şeklindeki düzenleme de göz önüne alınmalıdır.

2. Avukatlık Tekeli Dışındaki İşlerin Menfaat Çatışmasına Konu Olmaması

Mesleki yükümlülüklerin söz konusu olması için kural olarak avukatla iş sahibi arasında sözleşme ilişkisinin kurulmuş olması gerekmez. Sözgelimi avukatın sır saklama yükümlülüğü, yaptığı görüşme sonrasında vekâletini üstlenmediği kimseye karşı da söz konusu olacaktır. Ancak, çatışan menfaatleri temsil yasağının koruduğu menfaat açısından konu değerlendirildiğinde, henüz sözleşmenin kurulmadığı aşamada avukatın takip edeceği bir menfaat bulunmadığından, çatışan menfaatleri temsilden de söz edilemez. Dolayısıyla, henüz vekâlet görevi üstlenmemiş avukatın eylemleri AK m.38/I, b hükmü bakımından değer taşımaz. Avukatın, görüştüğü ancak sözleşme yapmadığı biriyle menfaat çatışması içinde olan bir başkasının vekâletini üstlenmesi engellenecek olursa, söz konusu avuka-

³⁷ Offermann/Burckart, S. 816.

³⁸ Henssler/Prütting, § 43 a, N 173, S. 322.

³⁹ Wolfgang, Hartung/Volker Römermann, Berufs- und Fachanwaltsordnung, Europäische Berufsregeln – CCBE, Bundesrechtsanwaltsordnung (§§ 43-59 m BRAO), Kommentar, 4. Aufl., München 2008, § 3 BerufsO, N 164, S. 108.

⁴⁰ Hartung/Römermann, § 3 BerufsO, N 165, S. 108. Ayrıca bkz. ve karşı Offermann/Burckart, S. 816.

⁴¹ Hartung/Römermann, § 3 BerufsO, N 166, S. 108.

⁴² Kull, S 76.

tın karşı tarafın vekili olmasını istemeyen kötü niyetli kimselerin girişimlerine prim verilmiş olur⁴³. Bu aşamada avukatın sır saklama yükümlülüğü görüşülen kişinin menfaatlerini korumak açısından yeterli olmalıdır. Buna karşılık sadakat yükümlülüğü ancak sözleşmenin yapılmasından sonra somutlaşır⁴⁴.

Bu açıdan bakıldığında, AK m.38/I, b hükmü anlamında “*zıt menfaatler*”den söz edilebilmesi için avukatın tekel kapsamında bir işte vekâlet görevi üstlenmiş olması gerekir. Nitekim Yargıtay 5. Ceza Dairesi oldukça yeni tarihli bir kararında, görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için avukatın, menfaatleri çatışan tarafların ikisinin de vekâletini üstlenmiş olmasını yeterli görmemiş, bunun için üstlenilen işlerin AK m.35/I gereğince avukatlık tekelinin kapsamına girmesini de zorunlu görmüştür⁴⁵. Her ne kadar suçun olgusu ile yasağın olgusu aynı olmasa da, tekele dâhil olmayan işler bakımından avukatlık kimliği önem taşımadığından bu yorumun meslek hukuku bakımından da geçerli olduğu kabul edilebilir. Alman hukukunda da gerek suçun oluşması gerekse mesleki yasağın ihlali bakımından avukatın

⁴³ Bu konuda bkz. **Henssler/Prütting**, § 43 a, N 190, S. 329.

⁴⁴ **Henssler/Prütting**, § 43 a, N 190, S. 329-330. İsviçre’de yasakla izlenen amacın gerçekleştirilmesi ve iş sahibi aleyhine menfaat uyumsuzluklarının başından itibaren bertaraf edilmesi için söz konusu yükümlülüğün sözleşme öncesi dönemi de kapsayacak şekilde yapılandırıldığı kabul edilmektedir. Bu nedenle, avukatın mesleki doğruluk yükümlülüğünün akdi doğruluk yükümlülüğüne oranla daha geniş ve kapsamlı olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Giovanni Andrea **Testa**, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der Aufsichtscommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zürich, Zürich 2001, S. 99; **Baumann**, S. 437.

⁴⁵ “*İstanbul Barosuna kayıtlı avukat olan sanığın, 13.09.1995 tarihli vekaletnameyle kardeşi İ. S.’nin vekilliğini üstlenerek işlerini takip etmekteyken 03/04/2003 tarihli vekaletnameyle mağdur N. (R.) Y.’nin vekilliğini de üstlenerek adına kayıtlı taşınmaz hisselerinin satışını yaptı, 04/10/2007 tarihinde ise İ. S. vekili olarak mağdur aleyhine icra takibinde bulunduğu, bu şekilde aynı işte menfaati zıt taraflara avukatlık ederek 1136 sayılı Kanununun 38. maddesine aykırı davranmak suretiyle görevi kötüye kullanma suçunu işlediği kabul edilerek mahkumiyetine karar verilmiş ise de; ceza yargılaması sonucunda mahkumiyet kararı verilebilmesi için suç oluşturan fiilin sanık tarafından işlendiğinin hiç bir kuşkuyla yer bırakmayacak, herkesi inandıracak biçimde kanıtlanması ve şüphenin masumiyet karinesinin gereği olarak sanık lehine değerlendirilmesi gerektiği (Anayasa m.38/4, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6/2, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi m.11, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m.14/2) ancak sanığın aşamalarda değişmeyen savunmaları, 04/06/2008 tarihli protokol ve taahhütname hükümleri, Beykoz 1. Noterliğince düzenlenen 03/04/2003 tarih ve 7609 yevmiye no.lu düzenleme şekilde vekaletnamenin mağdurun mirasçılardan intikal eden ve Beykoz ilçesi sınırları içerisinde bulunan taşınmaz mallara ilişkin intikal ve satış yetkileri yanında dava yetkilerini içermekte ise de, mağdurun hiç bir aşamada dava açması veya icra takibi yapması için de yetki verdiğine ilişkin iddiasının bulunmaması, vekaletnamenin hisse satışı dışında kullanılmamış olması, vekalet tarihi ile icra takibi arasında 4 yıl gibi bir sürenin geçmiş olması ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, sanığın atılı suçu işlediğine dair kesin, inandırıcı ve yeterli delil bulunmadığı, savunmasının aksine vekaletnamenin 1136 sayılı Kanununun 35/1. maddesinde yazılı münhasıran avukatlar tarafından yapılabilecek işler için verildiği hususunun şüpheli kaldığı, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince de beraatine karar verilmesi gerektiği...” Y 5. CD, T. 15.6.2015, 10197/12513 (Kazancı MİBB).*

avukatlık sıfatıyla hareket etmesi şart görülmektedir⁴⁶. “*Evvelce hâkim, hakem, Cumhuriyet savcısı, bilirkişi veya memur olarak o işte görev yapmış*” olmayı işin reddi sebebi sayan AK m.38/I, c hükmü de bu görüşü desteklemektedir. Kanun koyucu menfaati zıt taraflara verilecek avukatlık hizmetini tekele dâhil olan işlerle sınırlı tutmamış olsaydı böyle bir düzenlemeye gerek kalmazdı⁴⁷.

Yukarıdaki açıklamalardan, avukatın hatır için tavsiyede bulunduğu işler bakımından yasağın söz konusu olmayacağı sonucu çıkartılabilir⁴⁸. Ancak, avukatın ücret almaması her halde konuyla profesyonel olarak meşgul olmadığını göstermeyeceğinden, bu tür durumlarda görüş belirten avukatın hatır için tavsiyede bulunduğunu karşı tarafa açıkça bildirmesi, mesleki faaliyette bulunmadığını açıklaması tavsiye edilmektedir⁴⁹.

İçeriği itibarıyla ihtilafli konuya isabet etmeyen bilgilendirmeler de yasak ihlalinin dışında kalır. Yetkili mahkemenin hangisi olduğu, süreler, dava masrafları gibi konularda bir kimseye verilen bilgiler, sonradan bu kimsenin hasmının vekâletini üstlenmeye engel oluşturmaz. Aksi çözümün, karşı tarafın avukatı olması istenmeyen kimselere bu türden sorular sorularak devre dışı bırakılmasına yol açabileceği haklı olarak ileri sürülmüştür⁵⁰.

Yasada, menfaati zıt olan taraflardan birinin davasıyla önceden stajyerliği sırasında meşgul olan kimsenin avukat olduktan sonra diğer tarafın vekâletini üstlenip üstlenemeyeceği konusunda da Kanun’da bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla birlikte AK m.23/II hükmünde yer alan “*Stajyer, avukatla birlikte duruşmalara girmek, avukatın mahkemeler ve idari makamlardaki işlerini yapmak, dava dosyaları ve yazışmaları düzenlemek, baroca düzenlenen eğitim çalışmalarına katılmak, baro yönetim kurulunca verilen ve yönetmelikte gösterilecek diğer ödevleri yerine getirmekle yükümlüdür. Stajyerler, meslek kurallarına ve yönetmeliklerde belirlenen esaslara uymak zorundadırlar*” yolundaki düzenleme dikkate alındığında, avukatın menfaati zıt tarafın işiyle meşgul olduğu dönemde stajyer olmasının sonucu değiştirmeyeceği kabul edilmelidir⁵¹.

⁴⁶ **Feuerich/Braun**, § 43 a, N 55, S. 320, 321.

⁴⁷ TBBDK’nın 16.6.2001, 55/91 sayılı kararından (bkz. **Mısır**, s.523-524) ilke itibarıyla bu görüşün savunulduğu anlaşılmaktadır.

⁴⁸ **Kleine/Cosack**, Art 43 a, N 37, S. 191. İsviçre’de avukatın bir işle mesleki veya özel olarak ilgilenmesinin sonucu değiştirmeyeceği, her halde çatışan menfaatleri temsil etme yasağının söz konusu olduğu savunulmaktadır. Bkz. **Baumann**, S. 437, 439-440. Ancak yazar, kanımızca bu görüşüyle çelişkiye düşerek, sadece danışman sıfatıyla hizmet veren, tekel kapsamı dışında çalışan avukatların faaliyetlerini yasak kapsamında saymamaktadır. Bkz. **Baumann**, S. 439.

⁴⁹ **Henssler/Prütting**, § 43 a, N 197a, S. 331.

⁵⁰ **Henssler/Prütting**, § 43 a, N 198, S. 331.

⁵¹ Almanya’da bu durumda da yasağın geçerli olacağı savunulmaktadır. Bkz. **Offermann/Burckart**, S. 815; **Henssler/Prütting**, § 43 a, N 197, S. 331.

3. Avukatın Yanında Çalıştırdığı Avukatların da Yasak Kapsamında Bulunması

AK m.38/II’de “*Bu zorunluluk, avukatların ortaklarını ve yanlarında çalıştırdıkları avukatları kapsar*” denilmek suretiyle yasağın kapsamı genişletilmiştir. Kanun’da öngörülmemiş olmamasına karşılık, MesK m.36/II’de “*Ortak büroda çalışan avukatlar da, yararları çatışan kimseleri temsil etmemek kuralı ile bağlıdırlar*” hükmüyle yasağın kapsamı Kanun’a aykırı olarak bir kez daha genişletilmiştir. Kanımızca açık yasal düzenleme karşısında MesK m.36/II hükmünün uygulanması hukuka aykırıdır. Yasağın bu alanı da kapsayacak şekilde genişletilmesi elbette savunulabilir. Ancak bunun için yasa değişikliğinin zorunlu olduğu kanısındayız.

Gerçekten, yasanın hem amacı hem de sözü dikkatlice değerlendirildiğinde, yasağın ilke olarak iş ortaklığına ilişkin olduğu, çalışanların da ortaklık nam ve hesabına faaliyette bulunmaları nedeniyle yasak kapsamına dâhil edildikleri anlaşılmaktadır. AK m.44 A hükmü, avukatlık ortaklığı dışında “*aynı büroda birlikte çalışma*”yı ayrıca düzenlemiştir. Esasen bu düzenleme de günün şartlarına uygun hale getirilmeyi beklemektedir. Zamanla artan şekilde yeni büro ve çalışma imkânlarının yaygınlaştığı, bunlar arasında büroları ayrı olmakla birlikte ortak sekreter, karşılama servisi, toplantı odası gibi hizmetlerden yararlananların gelir ve giderlerin nasıl paylaşılacağına dair sözleşme yapıp büroya bildirmeleri halinde söz konusu olmamalıdır. Buna karşılık işleri birbirinden ayrı olan avukatların aynı büroyu kullansalar da aralarında sadece masraf ortaklığı bulunduğu, mesleğin icrası bakımından ortaklıklarının olmadığı gözden uzak tutulmamalıdır. Dolayısıyla bu şekilde ayrı ayrı çalışan avukatların birbirlerinin müvekkilleri aleyhine vekâlet görevi üstlenmelerinde sakınca olmadığı savunulabilir. Ancak bu şekilde çalışan avukatların özellikle sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmemesi bakımından titiz davranmaları, iş sahiplerine ilişkin özel bilgi ve belgelerin diğer avukatlarca görülmemesi için gerekli tedbirleri almış olmaları gerekir.

Buna karşılık, aynı büroda sadece masrafları değil gelirleri de paylaşan, dolayısıyla ortak müvekkilleri bulunan avukatların yasak kapsamında buldukları kuşkusuzdur. Avukatların yanlarında çalıştırdıkları avukatlar da onlar adına iş takip ettiklerinde bu yasağın kapsamında kalırlar. Ancak, özellikle büyük ölçekli bürolarda çalışan ve sık sık iş değiştiren avukatlara çatışan menfaatleri temsil yasağı bakımından daha müsamahalı davranılması gerektiği de açıktır. Ayrı bir incelemede ele alınması gereken bu konuda, avukatın önceki işinde fiilen menfaati çatışan tarafın işiyle ilgilenip ilgilenmediği araştırılmalıdır.

Bu konuda Alman uygulama ve öğretisinde yapılan tartışmalardan yararlanılması da mümkündür. Alman Anayasa Mahkemesi’nin 3.7.2003 tarihli kararı⁵²

⁵² Bkz. BVerfGE, 3.7.2003, 76, 171 (<http://www.bverfg.de>).

ile Anayasa’ya aykırı bulunan § 3 BORA, 1997’de sonlanan tüzük toplantıları sonucunda düzenlenmişti. Uzun ve ilginç bir tarihçesi olan bu toplantılar, Alman Anayasa Mahkemesi’nin 1987 tarihli bir iptal kararı üzerine başlamış ve 1997 yılına kadar sürmüştür. Bu toplantılar sırasında yasağın ortak büro çalışanlarını da içine alacak şekilde genişletilmesinin, özellikle personel, mekân ve dosyaların sıkı biçimde birbirinden ayrılmış olması halinde hiçbir nesnel gerekçesinin bulunmadığını savunanlar olduğu gibi, yasağın genişletilmemesi halinde ortak büroda çalışan her bir avukatın sır saklamasının tehlikeye atılacağını savunanlar da olmuştur. Sonuçta az bir farkla yasağın ortak büro çalışanlarını da kapsayacak şekilde genişletilmesine karar verilmiştir⁵³. 2003 tarihli Alman Anayasa Mahkemesi kararı bu düzenlemeyi Anayasa’ya aykırı bulmuş, bunun üzerine yasağın nasıl uygulanacağı konusunda tereddütler ortaya çıkmıştır. Uzun gelişmeler sonrasında Alman Meslek Kuralları, yasağı tüm ortaklık biçimlerini kapsayacak şekilde genişletmiştir⁵⁴. Ancak § 3, 2 BORA’nın 2. cümlesinde, iş sahiplerinin konuyla ilgili olarak ayrıntılı şekilde bilgilendirilmesi koşuluyla açıkça onay vermeleri halinde yasağın söz konusu olmayacağı öngörülmüştür. Ayrıca, hem bilgilendirme hem de onayın yazılı olması koşulu getirilmiştir.

Bu yeni düzenlemeye rağmen, avukatın ortak bürodan bir başka ortak büroya geçmesi halinde, yasak sadece işyerini değiştiren avukat için uygulanmakta, avukatın yeni iş yerindeki diğer avukatların yasaktan etkilenmeyeceği kabul edilmektedir⁵⁵. Bu durum karşısında, önceki büroda hiç meşgul olmadığı bir işle sonraki bürosunda vekâlet üstlenen avukatın yasaktan etkilenip etkilenmeyeceği tartışma konusu olmuştur. Alman Anayasa Mahkemesi’nin iki ayrı kararından sonra Meslek Kuralları’nda yapılan değişikliklerin Kanun’a uygunluğu çok tartışmalı olan Almanya’da hangi çözümün isabetli olduğuna karar vermek son derece güçleşmiştir. İstisnaen de olsa, özellikle ulusal ve uluslararası çapta faaliyet gösteren önceki bürosunda aynı ihtilafı hiç meşgul olmayan, sır saklama yükümlülüğü kapsamında hiçbir bilgi edinmeyen avukatın sonraki bürosunda bu işle ilgili vekâlet alabileceği savunulmaktadır⁵⁶.

Konunun Türk Hukuku bakımından şimdiye kadar tartışılmamış olması bir şans olarak da görülebilir. Gerçekten, sorunun tam bir arapsaçına döndüğü Almanya örneğini gözetmek suretiyle, ülkemizde de giderek yaygınlaşan ulusal ve uluslararası avukatlık bürosu ve ortaklıklarında çalışan avukatların yasak karşısındaki durumları etraflıca tartışılmalı ve bir çözüm oluşturulmalıdır. Çoğu kez iş sahibiyle yüz yüze gelmeyen, hatta telefonla bile görüşmeyen bir avukat,

⁵³ Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Hartung/Römermann**, § 3 BerufsO N 1 ff, S 69 vd.

⁵⁴ **Hartung/Römermann**, § 3 BerufsO N 99-105, S. 92-95.

⁵⁵ Örnek olarak bkz. Anwaltsgerichtshof München, Beschluss v. 24.04.2012 – AGH II-16/11 (<http://gesetz-bayern.de>).

⁵⁶ Bkz. **Hartung/Römermann**, § 3 BerufsO N 138, S 103.

belki de adını bile duymadığı bir iş sahibine karşı sonraki iş yerinde vekâlet üstlenilmeli midir? Kuşkusuz bu soruya verilecek kolay bir cevap bulunmamaktadır. Öncelikle, avukatın önceki bürosunda söz konusu dava veya işle hiç ilgilenmediğini nasıl kanıtlayacağı önemli bir sorundur. Diğer yandan, bu tür büroların sağladığı avantajların çokluğu karşısında bu tür kısıtlamaların bir bakıma “nimetler külfetlere göredir” ilkesinin bir sonucu olduğu da kabul edilebilir. Ancak her halde yasağın her türlü ortaklık çalışanına sınırsız uygulanması sonucunda azımsanamayacak sayıda avukatın iş yapma imkânlarının aşırı ölçüde kısıtlanacağı da bir gerçektir. Mümkün olduğunca bütün olasılıkları göz önüne alarak hem Kanun’da hem de Meslek Kuralları’nda sorunu açık ve adaletli bir şekilde çözüme kavuşturmak zorunluluğu bulunmaktadır.

IV. “AYNI İŞ” KAVRAMI

1. Aynı Bütüncül Hayat İlişkisine Ait Olma

AK m.38/I, b hükmüyle öngörülen yasağın söz konusu olması için, en az iki tarafın menfaatinin “aynı işte” “zıt” olması gerekir. Şu halde, “aynı iş” olgusunun kavramsal olarak ortaya konulması, yasağın uygulama alanını belirlemek açısından hayati öneme sahiptir.

Yargıtay’ın “aynı iş”i aynı dava veya aynı uyumsuzluk şeklinde değerlendirmedeği birçok kararından açıkça anlaşılrsa da, bu kararlarda “aynı iş”ten ne anlaşılacağı veya anlaşılmayacağı konusunda açık ve kapsayıcı bir tanım verildiğini söylemek mümkün değildir. Kuşkusuz somut ihlal olgularından yola çıkılarak bazı kavramsal tespitler yapılabilir. Alman hukukunda aynı iş olgusunu açıklamak için, doğal bir bakış açısıyla içeriği bakımından birbirine bağlı, bütüncül bir hayat ilişkisine indirgenebilecek nitelikteki maddi/hukuki ilişkiler ölçü alınmaktadır. Buna göre, avukata bir güven ilişkisi çerçevesinde emanet edilen işi oluşturan maddi ve hukuki olgularla içerik bakımından bütünlük arzeden bir hayat ilişkisi, birden çok talep veya davayı içeriyor olsa bile aynı iş sayılacaktır⁵⁷.

Şu halde, aynı tarihsel süreci oluşturan bir olay veya olgular bütününden türeyen karşılıklı, zıt menfaatler söz konusu olduğunda, birden çok dava veya takip bulunması ya da taraflarda değişiklik olması hayat ilişkisini değiştirmez. Hatta hukuki ilişkinin değişmesi, sözgelimi davadan sonra sulh sürecinin takibi de aynı hayat ilişkisine dâhil olduğundan, çatışan menfaatleri temsil yasağı burada da devam eder. Sürecin uzun sürmesi de sonucu değiştirmez⁵⁸.

⁵⁷ Örnek olarak bkz. EGH München, Urt. V. 17.7.1990 – BayEGH II – 5/90; zikreden **Kleine/Cosack**, Art 43 a, N 34, S. 190; **Offermann/Burckart**, S. 810. İsviçre’de de bu görüş kabul görmüştür. Bkz. **Baumann**, S. 442.

⁵⁸ **Henssler/Prütting**, § 43 a, N 200, S. 332; **Baumann**, S. 442; TBBDK 15.3.1997, 997/33 (TBBD 1996/4, s.541).

Bütüncül hayat ilişkisine örnek olarak evlilikle kurulan maddi ve hukuksal ilişki, aynı trafik kazası⁵⁹ veya kira ilişkisi gösterilebilir. Bu açıdan bakıldığında eşlerden birini boşanma ve mal rejiminin tasfiyesinde temsil eden avukatın, diğer eşe yönelttiği nafaka talebinde ergin çocuğu temsil etmesi “aynı iş” sayılmakta, yasakla karşılaşmaktadır. Burada her ne kadar boşanma ve mal rejimine ilişkin ihtilafın kaynağı evlilik, nafaka talebinin kaynağı ise hısımlık olsa da, ana babayla çocuğun hısımlığı aynı hayat ilişkisi olan evlilikten kaynaklanmaktadır⁶⁰. Bununla birlikte, somut olayın değerlendirilmesi farklı sonuçlara ulaşılmasını gerektirebilmektedir. Nitekim aşağıda bu konuyu Alman Federal Mahkemesi kararına konu olmuş bir olay bağlamında inceleme fırsatını bulacağız.

Hayat ilişkisinin özdeşliği unsuru eksik olduğu takdirde avukatın gerek aynı zamanda gerekse farklı zamanlarda birinin hem lehine hem de aleyhine vekâlet görevini üstlenebileceği kabul edilmektedir. Örnek olarak bir davada taşınmaz maliki A vekili olarak kiracı B’ye dava açan avukatın, kiracı C’nin vekili olarak taşınmaz maliki A’ya karşı vekâlet üstlenebileceği kabul edilmektedir⁶¹. Bizdeki uygulamanın daha katı olduğu ve “müvekkille eş zamanlı olarak hasım tarafın vekaletnamesinin üstlenilmesinde, bu vekaletname kime karşı kullanılırsa kullanılsın, meslek kuralına aykırılık kabul edilmelidir”⁶² görüşünün kabul gördüğü söylenebilir. TBB Disiplin Kurulu, itirazın iptali davasında temsilini üstlendiği iş sahibine karşı açılan boşanma davasında kocanın temsilinin aynı avukat tarafından üstlenmesini yasağa aykırı saymıştır⁶³. Hâlbuki bu durumda iki farklı dava arasında ne hukuki ne de maddi bir bağlantı bulunmadığı, davaların bütüncül bir hayat ilişkisinden kaynaklanmadığı açıktır. Buna karşılık eş zamanlılık ortadan kalktığında, avukatın önceki müvekkiline karşı başka bir davada vekâlet alabileceği kabul edilmektedir⁶⁴.

Türk uygulaması ile Alman uygulaması arasındaki farkı şu örnekle gösterebiliriz: Almanya’da bir ceza davasında avukat R, tehlikeli yaralama suçuyla yargılanan sanık A’yı savunmuştur. Davanın sonuçlanmasından üç yıl sonra A bu kez

⁵⁹ Y 17. HD, 13.5.2010, 3081/4539 (Özel Arşiv).

⁶⁰ **Henssler/Prütting**, § 43 a, N 200a, S. 332. Ancak somut olayda bu şekli koşulların varlığına rağmen menfaat çatışmasının bulunmadığına hükmedilebilir. Bu konuya aşağıda ayrıca değinilecektir. Aşağıda bkz: IV, 2.

⁶¹ **Henssler/Prütting**, § 43 a, N 201, S. 332-333.

⁶² TBBDK 15.11.2002, 201/335 (Mısır, s.529).

⁶³ TBBDK 7.2.2014, 102/67 (www.barobirlik.org.tr).

⁶⁴ “Taraf değiştirme (vekalet alamama) yasağı aynı uyumsuzluk veya aynı iş ile sınırlıdır. Yoksa taraflardan birinin boşanma davasına bakan avukat üstlendiği boşanma davası ile ilgili çalışması bittikten sonra aleyhine boşanma davası açtığı kişinin üçüncü bir kişideki alacağı tahsili için avukatlık yapmasında hiçbir sakınca yoktur. Aksi düşünce, avukatın çalışma alanını haksız bir biçimde daraltacak, onu serbestçe çalışmaktan alıkoyacak bir yükümlülük haline dönüşecektir.” **Güner**, s.420.

G'ye karşı şiddet uygulayarak sokak ortasında çantasını çalmıştır. A aleyhine açılan kamu davasına G'nin katılımcı olarak müdahil olmuş, temsilini de avukat R üstlenmiştir. Dikkat edileceği üzere her iki olayda da sanık aynı kişi olmakla birlikte eylemlerin bütüncül bir hayat ilişkisinden kaynaklanmadığı da açıktır. Avukatın bu durumda katılımcının avukatlığını üstlenebileceği kabul edilmekle birlikte, ilk davadan elde edilen sır niteliğindeki bilgilerin, söz gelimi sanığın şiddet kullanma eğiliminin avukat tarafından açığa vurulmaması gerektiğine dikkat çekilmektedir⁶⁵. Buna karşılık, CMK görevlisi olarak zimmet ve Kooperatifler Kanunu ile Vergi Usul Kanunu'na muhalefet suçlarından sanık olan kimselerin savunmasını yapan avukat, sonradan başka bir olay sebebiyle içlerinde evvelce savunmasını yaptığı kişilerin de bulunduğu sanıklar hakkında 53 kişinin vekâleti ile şikâyette bulunmuş, ayrıca sanıklar aleyhine hukuk mahkemesinde tazminat talepli bir dava açmıştır. Şikâyetli avukat her iki olayın farklı olduğunu, önceden savunmasını yaptığı sanıkların sonraki davada da sanık olmalarının mahkemenin verdiği birleştirme kararının sonucu olduğunu ifade etmişse de Disiplin Kurulu bu savunmalara itibar etmeyerek verilen disiplin cezasını onamıştır⁶⁶. Kuşkusuz kararın sonuç itibarıyla isabetli olup olmadığı ayrı bir sorundur. Ancak kararda iki olay arasındaki bağlantının yeterince incelenmediği, avukatın gerçekten de aynı sanıkları şikâyet edip etmediği bile tam olarak anlaşılmamaktadır. Esasen TBB Disiplin Kurulu'nun birçok kararında mesleki yükümlülüklerle ilişkin örnek bazı yargı kararlarına atıflar ve genel açıklamalar tekrarlanmakta, buna karşılık somut olayın verileri üzerinde yeterince durulmamaktadır. Hâlbuki çatışan menfaatlerin "aynı işte" söz konusu olması Kanun'un gereği olup, bu olgunun gerçekleştiği her defasında gerekçelendirilerek ortaya konulmalıdır.

TBB Disiplin Kurulu'nun 9.6.2013 tarih ve 52/668 sayılı kararında⁶⁷, somut olaya ilişkin olgularla işin özdeşliği koşulunun hiç irdelenmeksizin cezaya hükmedildiği görülmektedir. Halbuki karara konu olan olayda hem farklı zamanlarda üstlenilen vekâlet görevleri, hem de maddi ve hukuki içerikleri bakımından önemli farklılıklar içeren işlerin söz konusu olduğu anlaşılmaktadır: Şikâyet edilen avukatlar, Site yöneticisi H.A.'dan aldıkları vekâlet ile uzun süre site adına dava takip etmişlerdir. Site yönetiminin değişmesi üzerine taraflar arasında anlaşmazlık çıkmış, avukatlar istifa etmiş, yeni yönetim ise avukatları azletmiştir. Bu olaydan sonra eski yönetici H.A. aleyhine site yönetimi tarafından icra takibi yapılmış, şikâyetli avukatlar H.A.'yı temsilen takibe itiraz etmiş, itirazın iptali davasında da H.A.'yı savunmuşlardır. Karardan anlaşıldığı kadarıyla, açıklanan olgularda menfaat çatışmasının varlığını gerektirecek şekilde aynı bütüncül hayat ilişkisinden kaynaklanan davalar söz konusu değildir. Sa-

⁶⁵ Offermann/Burekart, S. 810.

⁶⁶ TBBDK 1.11.2013, 479/26 (www.barobirlik.org.tr).

⁶⁷ www.barobirlik.org.tr.

dece avukatların site yöneticiliğinin vekâlet görevini üstlendiği dönemde elde ettikleri bilgileri sonraki işlerinde sır saklama yükümlülüğüne aykırı olarak kullanabilecekleri akla gelebilir. Ancak, bu bilgilerin avukata eski yönetici sıfatıyla H.A. tarafından daha ayrıntılı olarak verilebileceği düşünüldüğünde, bu çekinceye de yer olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, yasakla elde edilmeye çalışılan kamu yararının karara konu olay bakımından sağlandığını kabul etmek mümkün değildir. Tersine, avukatların serbestçe mesleklerini icra etmeleri yeterli gerekçe bulunmaksızın engellenmiş olmaktadır.

Konunun daha iyi anlaşılması için Alman uygulamasından bir diğer örneği zikretmekte yarar görüyoruz: Bir davada anne M’yi sosyal sigorta kurumuna karşı temsil eden avukat, hastalık parasıyla emekli aylığının hesaplanarak M’ye ödenmesini talep etmiştir. Dava süresince ergin oğlu S, düzenli ödemelerle anne M’ye destek olmuştur. Emeklilik aylığının bağlanmasından sonra S, annesine yaptığı ödemelerin ödünç olduğu iddiasıyla iadesini talep etmiştir. M ise ödemelerin bağışlama sebebiyle yapıldığını iddia ederek iadeden kaçınmaktadır. S, annesinin önceki davada temsilini üstlenen avukatı bu davada kendisini temsil etmesi için görevlendirmiştir. Bu olayda annenin emeklilik taleplerinin ifasına yönelik dava ile S’nin annesine yaptığı kazandırmalar arasında fiili bir bağlantı bulunmakla birlikte hukuki bağlantının bulunmadığı kabul edilmiştir. Çünkü avukatın üstlendiği ilk görev, annenin oğlu tarafından desteklenmesine ilişkin değildir. Bununla birlikte, bu gibi durumlarda avukatın sır saklama yükümlülüğüne özel bir özen göstermesi, örneğin annenin mali durumuna ilişkin olarak S’ye bilgi vermemesi tavsiye edilmektedir⁶⁸.

Bu konuda verilebilecek çok sayıda örnek olduğu dikkate alındığında, Alman Hukuk öğretisi ve uygulamasının yasağa bakış açısının İsviçre ve Türkiye’ye oranla daha yumuşak olması ilgi çekicidir. Bu farklılık yukarıda, İsviçre’nin zıddına, Almanya’da avukatın ancak mesleki olarak faaliyet gösterdiği işler bakımından yasağın söz konusu olduğunu ifade ederken de ortaya çıkmıştı. Bu farklılık birçok farklı faktörün birlikte değerlendirilmesiyle açıklanabilir.

2. Şekli Değerlendirmenin Yetersizliği Karşısında Somut Olayda Menfaat Çatışmasının Fiilen Gerçekleştiğinin Belirlenmesinin Zorunlu Olması

Çatışan menfaatleri temsil yasağının olgularına ilişkin olarak yapılacak şekli denetimin çoğu kez yasağın ihlal edildiğine hükmetmekle sonuçlanması mu-kadderdir. Şekli denetimin yapılması her ne kadar gerekli ise de yeterli sayılmamalı, mutlaka somut olay bakımından menfaat çatışmasının fiilen gerçekleşip gerçekleşmediği incelenmelidir. Aksi takdirde adaletsiz sonuçlara varılması kaçınılmaz olur.

⁶⁸ Offermann/Burckart, S. 810.

Meslek hukukunun birçok alanında tatmin edici içtihatlarla ulaşan Alman Federal Mahkemesi'nin "aynı iş" kavramına da açıklık getiren bir karardan, somut olayın değerlendirilmesi ile nasıl farklı sonuçlara ulaşılabileceğini göstermesi açısından kısa da olsa bahsetmekte yarar görüyoruz. Yüksek Mahkemenin 23.4.2012 tarihli bu kararına⁶⁹ konu olan olayda; boşanma ve mal rejiminin tasfiyesi davalarında kocayı temsil eden avukat, bilahare boşanan eşlerin müşterek oğlunu anneye karşı açtığı nafaka davasında da temsil etmiştir. Koca/baba, avukata verdiği yazılı bir belge ile hem kendisini hem de oğlunu temsil edebileceğini açıkça beyan etmiştir. Daha sonraki bir tarihte oğul da kendisi açısından bir menfaat çatışmasının bulunmadığı, annesine karşı nafaka davası açmasını bizzat kendisinin arzu ettiği yolundaki yazılı beyanını avukata vermiştir.

Yapılan şikâyet üzerine çatışan menfaatleri temsil ettiği gerekçesiyle Hamm Barosu tarafından avukata verilen uyarma cezasında özetle;

Babayla oğulu ayrı davalarda anneye/karıya karşı aynı avukatın temsil etmesinin § 43a Abs. 4 BRAO hükmüne (Avukatlık Kanunu'nun "çatışan menfaatleri temsil yasağına ilişkin düzenlemesi) aykırılık oluşturduğu;

Zira kocanın karıya karşı açılan davadaki menfaatinin, kendi malvarlığının daha az takdir edilmesinde olduğu, ancak bu sayede hem mal rejiminin tasfiyesi hem de karının nafaka talebi karşısında davayı daha az kayıpla sonuçlandırabileceği, buna karşılık oğulun nafaka davasındaki menfaatinin ise, hem annenin hem de babanın malvarlığının daha yüksek takdir edilmesinde olduğu, çünkü ancak bu sayede alacağı nafaka miktarının artacağı, her ne kadar somut olayda babaya karşı nafaka davası açılmamışsa da, çocuğun bu yönde bir talebini kanunun tanıdığı,

Baba ve oğulun muvafakatlerinin de çatışan menfaatlerin varlığını ortadan kaldırmayacağı, çünkü Meslek Kurallarının 3. maddesinin 2. fıkrasına göre avukatın her iki vekâletten de çekilmekle yükümlü olduğu,

ifade edilmiştir. Avukat bu cezanın kaldırılması için Hamm Barosu aleyhine iptal davası açmış, Eyalet Yüksek Mahkemesinin⁷⁰ cezaı kaldırması üzerine, dava Baro tarafından temyizen Federal Mahkeme Avukatlık İşleri Dairesine taşınmıştır. Federal Mahkeme, "aynı iş" in söz konusu olması için avukatın üstlendiği işler arasındaki hukuki ve maddi içerik birliğinin önemli olduğunu, söz

⁶⁹ BGH, Urteil vom 23.4.2012–AnwZ (Brfg) 35/11; AGH Hamm (lexetius.com/2012, 3061).

⁷⁰ Almanya'da sadece avukatların disiplin işlerine bakan ve ilk derece idare mahkemesine eşdeğer sayılan avukatlık mahkemeleri, bunların bir üst başvuru mercii (istinaf) olan Avukatlık Yüksek Eyalet Mahkemesi (veya Bölge Avukatlık Mahkemesi), istisnai hallerde buranın verdiği kararları temyizen inceleyen ve Federal Mahkeme çatısı altında avukatlık işlerinde görevli bir Özel Daire yapılandırılmıştır. Aynı bir çalışmanın konusunu teşkil edecek nitelikteki bu yargılama usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Hensler/Prütting**, Vor § 92 ff, S. 999 vd.

konusu menfaatlerin farklı talep veya davalara konu olmasının önem taşımadığını, bu açıdan bakıldığında somut olayda değişik davalar arasında kısmen de olsa içerik açısından birlik bulunduğunu, bu nedenle “aynı iş” olgusunun gerçekleştiğini kabul etmiştir.

Karara göre mal rejiminin tasfiyesi evlilikten, nafaka talepleri ise hısımlıktan kaynaklanmış olup, hısımlılığın da aynı hukuki ilişki olan evlilikten kaynaklandığı açıktır. Çocuğun hem anaya hem de babaya karşı nafaka talebinin bulunduğu, bunların her ikisinin de bu talepten kazanç ve malvarlığı ilişkileri çerçevesinde müştereken sorumlu olduğu, bu ilişkilerin de boşanma davasının açıldığı tarih itibarıyla belirleneceğinden hareket eden Federal Mahkeme, buna rağmen olayda menfaat çatışmasının bulunmadığı sonucuna varmıştır. Kararın bizi ilgilendiren yönü, Federal Mahkemenin bu sonuca varırken yürüttüğü muhakeme ve gerekçelendirilmedir. Buna göre:

Yasağın temelinde avukatla iş sahibi arasındaki güven ilişkisinin yanında avukatın bağımsızlığının korunması ve yargının selameti açısından meslek icrasında doğruluk ve sadakatin sağlanması da bulunmaktadır. Bu gereklerin yerine getirilebilmesi için avukatın bağımsız, sır saklayan ve sadece müvekkilinin menfaatlerini takip eden bir meslek mensubu olması gerekir. Bu özellikler sadece müvekkilin arzusuna bağlı olmadığı için, iş hayatında avukata duyulan güvenin sarsılmaması, yurttaşlar arasında yargıda silah eşitliğinin bulunduğu yönündeki inancın korunması gerekir. Bu nedenle avukatın aynı işte menfaatleri çatışan eşlerden birini ve bunlara karşı talep hakkı bulunan ergin çocuğu ilke olarak temsil edememesi gerekir.

Avukatın, iş sahibinin talimatı ile bağlı olması da bu sonucu değiştirmez, çünkü avukat nafaka konusunda çocuğa danışmanlıkta bulunurken talebin her iki ebeveyne yöneltileceğini belirtmelidir. Diğer yandan, ebeveyne yöneltilecek nafaka talebinin miktarı, bunların gelirinin yüksekliğine bağlı olacağından, avukat vekâletini üstlendiği eşin gelirinin miktarını nafaka davasında bu eş aleyhine kanıtlamak durumunda kalacaktır. Dolayısı ile taraflar arasındaki menfaat çatışması açık olup, prensip olarak avukatın bu iki farklı menfaati temsil etmesi mümkün değildir. Ancak, Federal Mahkeme, bu soyut ilkelere dayanılarak, somut olayın şartları dikkate alınmaksızın çatışan menfaatlerin mevcut olup olmadığı ve bunların bir avukat tarafından temsil edilip edilemeyeceği konusunda bir sonuca varılmasını da doğru bulmamıştır⁷¹. Yüksek Mahkemenin bu konudaki temellendirmesi şöyle bir mantık silsilesi üzerine kurulmuştur:

⁷¹ Buna karşılık İsviçre’de yasağın ihlal edilmiş sayılması için somut bir menfaat çatışmasının ortaya çıkmasına gerek bulunmadığı, bu konuda soyut bir olasılığın bile yeterli olacağı savunulmaktadır. Bkz. **Kull**, S 77.

Kanunda tipik unsurları belirlenen yasak olgusunun somut olayda fiilen gerçekleştiğinin de sabit olması gerekir. Barolar ve Mahkemeler, yargının ve iş sahibinin menfaatinin ne yönde olduğunu saptarken bu karardan etkilenecek olan iş sahibinin somut olay bakımından durumunu dikkate almadan, soyut değerlendirmelerle bağlayıcı bir karar veremezler. Federal Mahkemenin bu noktada ifade ettiği bir husus, bizde de emsal alınması gereken can alıcı bir konuyu aydınlatması bakımından takdire şayandır. Buna göre, Anayasanın 12. maddesinin 1. paragrafı ile güvence altına alınan mesleğin serbestçe icrası hakkını sınırlayan § 43a Abs. 4 BRAO hükmü (*çatışan menfaatleri temsil yasağına ilişkin hüküm*) amaca uygun olarak yorumlanmalı ve mesleğin serbestçe icrasına yönelik her müdahale, bu müdahaleyi gerektiren ölçüde kamu yararının varlığı üzerine temellendirilmelidir. Dolayısı ile elde edilecek kamu yararının ağırlığı getirilecek sınırlamayı haklı kılmıyorsa mesleğin serbestçe icrasına müdahale edilememelidir. Müdahalenin amacı ile yoğunluğu arasında uygun bir oransallık ilişkisi bulunmalıdır. Anayasa'da öngörülen ve sınırlamayı yapacak olan yasa koyucuyu kayıtlayan ölçütler, mesleğin serbestçe icrasına getirilen sınırlamaya uyulmasını emretme yetkisine sahip olan mahkemeleri de bağlar.

Değerlendirmesini bu çerçeveye oturtan Federal Mahkeme'ye göre, yasağı düzenleyen kanunun amacı, sadece somut olaydaki çatışan menfaatleri engellemeye yöneliktir. Henüz fiili duruma dönüşmemiş bir menfaat çatışması olasılığına dayanılarak meslek icrasına kısıtlama getirilmesi, ölçülülük ilkesini ihlal edeceğinden Anayasa'ya aykırıdır. Somut olayda avukat, çocuğu temsilen sadece anneye karşı nafaka davası açmıştır. Avukata temsil yetkisi verilirken baba da hazır bulunmuştur. Çocuğun o zamana kadarki geçimini sağlayan baba, anlaşmazlıktan bağımsız olarak bundan sonrası için de aynı külfeti yüklenmeye hazırdır. Nafaka talebi için gerekli tüm belgeler baba tarafından verildiği için sır saklama yükümlülüğünün ihlali de söz konusu değildir⁷². Anneye karşı açılan nafaka davasının tüm maddi temelleri babanın verdiği bu belge ve bilgilerle oluşturulmuştur. Çocuk, boşanma ve mal rejiminin tasfiyesi davasında kendi avukatının babasını da temsil ettiğini bilmektedir. Somut olayın bu şartları dikkate alındığında, somut ve objektif bir bakış açısına göre menfaat uyumsuzluğunun varlığından söz etmek mümkün değildir.

Kanımızca Federal Mahkeme'nin bu anlayışı, verilen karar benimsensin benimsenmesin, tüm yasak ihlali olgularında dikkate alınması gereken bir adalet anlayışını yansıtmaktadır. Şekli denetimle yetinilmesi, çoğu kez tatmin edici olmayan sonuçlara ulaşılmasına neden olacaktır. Nitekim aynı olgu karşısında ceza mahkemesinin ceza takdir etmesine karşılık hukuk mahkemesinin avukatı taraflardan

⁷² Yüksek mahkemenin dolaylı olarak ifade ettiği ve bizde hiç dikkate alınmayan husus şudur: Başka bir avukata vekâlet verilmiş olsaydı bile bu bilgilerin saklanması mümkün olmayacaktı. Bu nedenle, yasakla korunan bir menfaatin (sır) varlığından söz edilemez.

birini seçmeye zorladıktan sonra yargılamaya devam etmekte bir sakınca görmemesi de şekli denetimle yetinmenin yol açtığı dengesizliği göstermeye kâfidir. Amaç hem iş sahibini hem de yargının ve kamunun avukatlık mesleğine duyduğu güvenin korunması olduğuna göre, bu amaca hizmet etmeyen yaptırımların sadece haksızlığa yol açacağı ve beraberinde hiçbir yarar getirmeyeceği de açıktır.

TBB Disiplin Kurulu'nun bir kararına⁷³ konu olan olayda, ipoteğin kaldırılması için vekâlet alan avukatın, şikâyetçi tarafla sözleşme ilişkisinin kurulmadığı, işin de sadece ipoteğin kaldırılmasına ilişkin olduğu yolundaki savunması kabul görmemiştir. Kararda, vekâletnamede ipoteğin kaldırılması yetkisinden başka “*leh ve aleyhine açılacak bilumum dava ve takipler*” için de yetki verilmiş olması gerekçe gösterilmiştir. Ayrıca, masraf ve ücret verilmediği için sözleşmenin kurulmadığı savunmasının yapılabilmesi için avukatın iş sahibini “*yazılı olarak uyarması, uygun bir süre tanınması ve bu süre içinde giderlerin ödenmemesi halinde vekâletten istifa edeceğini bildirmesi gerekirdi*” sonucuna varılmıştır. Somut olayın koşullarını bilmemiz mümkün olmadığından, varılan sonucun isabetini tartışma dışı bırakarak şu genel mülâhazalarda bulunabiliriz:

Avukatlara verilen temsil belgelerinde mümkün olan bütün yetkilerin yer almasına çalışıldığı bilinmektedir. Uygulamada artık büyük bir külfet ve ayıp haline gelen bu detaylı temsil yetkisi arama alışkanlığı, avukatların yetki alırken vekâletnameye tahmin edilebilir her olasılığı düşünerek onlarca yetki konulmasını istemelerine yol açmaktadır. Temsil belgesini teslim alan avukatın bu belgeyle iş görmeye başlaması, iş sahibiyle arasında örtülü bir avukatlık sözleşmesinin kurulduğunu gösterir. Ancak bu sözleşmenin temsil belgesinde yazılı yetkilerin tümünü kuşatacak şekilde yorumlanması ne yerinde ne de doğrudur. Bu konuda somut olayın bütün şartları titizlikle değerlendirilmelidir. Karardan, tarafların bir taşınmaz üzerindeki ipoteğin kaldırılması konusunda görüşmeler yaptığı, ancak avukatın bu işe teşebbüs bile etmediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, taraflar arasında avukatlık sözleşmesinin her halde kurulmuş olacağı görüşüne katılamıyoruz. Kuşkusuz işi reddeden avukatın AK m.37/I gereğince durumu gecikmeksizin iş sahibine bildirmesi zorunludur. Bunun yerine getirilmemesi bir başka yükümlülük ihlali oluştursa da, sözleşmenin kurulmuş sayılmasını gerektirmez⁷⁴. Diğer yandan, avukatın masraf taleplerine olumlu cevap vermeyen iş sahibinin somut olayın şartları çerçevesinde işin reddedildiğini bilmesi gerekip gerekmediği de tartışılmalıdır. Bu denetimler yapılmadan soyut ve şekli bir değerlendirme ile disiplin cezasına hükmedilmesini yerinde bulmuyoruz.

⁷³ TBBDK 16.6.2001, 55/91 (Mısır, s.523-524).

⁷⁴ Kanımızca TBK m.503 hükmüne dayanılarak da aksi sonuca ulaşılamaz. Söz konusu hükmün en azından avukatlar bakımından aksi çürütülemez bir varsayım oluşturduğu yönündeki görüşü gerçekçi bulmuyoruz. Aynı bir çalışmanın konusunu oluşturabilecek bu sorun hakkında şimdilik bu açıklamayla yetiniyoruz.

TBB Disiplin Kurulu'nun bir başka kararına⁷⁵ konu olan olayda, tapu kütüğünün düzeltilmesi davasında davacıların vekâletini üstlenen avukat, dava devam ederken bu kez davalılardan aldığı temsil belgesiyle davacı yararına satış vaadi sözleşmesi yapmıştır. TBB Disiplin Kurulu satış vaadi sözleşmesi düzenlenmesinin tekel kapsamında olmadığını dikkate almamış, avukatın çatışan menfaatleri temsil yasağını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Diğer yandan, satış vaadi sözleşmesinin davacılarla yapıldığı dikkate alındığında, olayda anlaşmazlığın sulhen giderilip giderilmediği konusunun araştırılmamış olması da bir eksikliktir. Kuşkusuz davacıların sayısının birden fazla olması ve satış vaadinin bunlardan sadece biri veya birkaçıyla yapılmış olması olasılığı da göz ardı edilmemelidir. Her halde kararda bu olguların değerlendirildiği yönünde bir açıklığın bulunmaması da bir eksiklik olarak değerlendirilmelidir. Bu çalışma kapsamında daha fazla örnek karar göstererek incelememiz mümkün olmadığından, somut olayın şartlarının çok daha ayrıntılı ve titiz bir şekilde incelemeden yasağın ihlal edildiği sonucuna ulaşmanın sakıncalarına dikkat çekmekle yetiniyoruz.

3. Uygulamada Suç Sayılacak Derecede Ağır Olguların Basit Bir Meslek Kuralı İhlali Olarak Görülmesinin Sakıncaları

Uygulamada bazen insanı hayrete düşürecek derecede açık, taraflarının pervasızca davrandığı çatışan menfaatleri temsil olgularına rastlanmaktadır. Bu üzücü duruma, yukarıda da değindiğimiz gibi, olayı sadece “*temsil durumuna ilişkin eksiklik*” olarak nitelendiren ve avukatın taraflardan birini tercih etmesiyle yargılamanın devam edebileceğine hükmeden Yargıtay kararları eşlik etmektedir. Durumun ne kadar vahim olduğunu anlamak için, aşağıya aldığımız örneğin okunması yeterlidir:

“Somut olayda, davacı tarafından, Avukat R.U.Ş. ve avukat H.E. 'in birlikte ve ayrı ayrı vekil tayin edildiği, dava dilekçesinde her iki avukatın da ismi olup imzanın avukat R.U.Ş. tarafından imzalandığı, 13.12.2004 tarihli birleştirme talepli dilekçe ile 03.02.2005 tarihli delil listesine ilişkin dilekçenin ise davacı adına hareket eden avukat H.E. tarafından bizzat imzalandığı, yine avukat H.E. tarafından davacı adına Avukat Y.B. 'e, Avukat D.D. 'ya, Avukat H.S. 'e yetki verildiği ve anılan avukatlar tarafından düzenlenen beyan dilekçelerinin de yine Avukat H.E. tarafından imzalandığı, öte yandan; davalı Saadet ile davalı şirket tarafından dahi birlikte ve ayrı ayrı olmak üzere avukat H.E., Avukat A.Ü., Avukat D.Ü. 'in vekil tayin edildiği, davaya cevap dilekçesinin Avukat H.E. ismiyle düzenlenip imzalanmakla birlikte anılan avukatın aynı zamanda davacı avukatı olarak da ismine yer verildiği, aynı şekilde 08.04.2005 ve 03.05.2006 tarihli delil ve tanık listesine ilişkin dilekçelerin avukat H.E. tarafından düzen-

⁷⁵ TBBDK 21.6.2003, 73/196 (Mısır, s.533).

lendiği, diğer taraftan, Avukat H.E. tarafından her iki davalı adına Avukat B.E.P.'e yetki verildiği anlaşılmaktadır. Mahkemece, Avukatlık Yasasının 38. maddesi de gözetilerek öncelikle temsil durumuna ilişkin noksanlık giderilip, tarafların bizzat ya da vekaleten ileri sürecekleri iddia ve savunmaları ile bildirecekleri deliller tespit edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. Mahkemece, yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir. Bozmanın niteliğine göre, şimdilik sair hususların incelenmesine gerek duyulmamıştır. Kuşkusuz, davaya vekalet dava şartı olup anılan noksanlığın hükmü temyiz etmemiş olan taraflar yönünden dahi sonuç doğurmaya çağının kabulü gerekir”⁷⁶.

Görüldüğü gibi, aynı davada hem davacı hem davalı adına çeşitli dilekçelerde bizzat imzası bulunan, bazılarında kendisinin tevkil ettiği avukatların imzası olan, böylece hem davacı hem de davalıyı aynı zamanda temsil eden, bunu yaparken de birçok meslektaşını işe ortak eden ve bu durumu temyiz aşamasına kadar sürdüren bir avukatın nasıl olup da bunları yapabildiği bir muamma olmakla birlikte, bu aşamaya gelinene kadar durumun farkına varılamaması, yargılamaya bu şekilde devam edilmesi de bir başka muammadır. Tarafların ve avukatların adlarını gizli tutmamız gerekse de, bir kopyası arşivimizde mevcut olan bu yayınlanmamış karardan, sigortalının geçmiş dönem sigortalarının kabulü için bir şirket aleyhine dava açıldığı ve SGK ile birlikte davalı olan şirketin, davaya cevap vermekle birlikte gerçekte davayı kabul etmek niyetinde olduğu da düşünülebilir. Bu durum, avukatların hiç değilse SGK dışındaki iki tarafın rızasıyla hareket ettiğini gösterebilir. Ancak bu durum bile avukatın davranışını mazur göstermez. Olsa olsa menfaat çatışmasının bulunmadığı kabul edilebilir. Ancak, muvazaalı işlere aracılık etmenin de meslek kurallarıyla bağdaşmadığı açıktır.

Her halde sorunun bu şekilde kestirilip bırakılmasında rahatsız edici bir yan bulunmaktadır. Kuşkusuz bu sonucun yargılama hukukuna ilişkin sebepleri mevcuttur ancak bu durum, sorunu tespit etmemize ve çözüm için çaba göstermemize engel olmamalıdır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, hâkimin en azından HMK m.32/1 hükmüne dayanarak yasağı ihlal eden avukatı duruşmalara kabul etmemesi düşünülebilir. Yargıtay bir başka kararında⁷⁷, aynı zamanda kooperatifin de vekili olan avukatın genel kurul kararının iptali için kooperatif aleyhine dava açmasında çatışan menfaatleri temsil yasağının ihlal edildiği gerekçesiyle “*davalı kooperatife kayyım tayin edilerek davaya devam edilmesi*” gerektiğine hükmetmiştir. Ancak daha aşırı örnekler söz konusu olduğunda, söz gelimi yasak ihlalinin tek başına veya diğer olgularla birlikte değerlendirilmesi

⁷⁶ Y. 10. HD, 1.11.2011, 3779/15177 (Özel Arşiv).

⁷⁷ Y 23. HD, 24.01.2013, 5710/381 (Özel Arşiv).

bir suç şüphesi uyandırdığında ne olacaktır? Bir diğer Yargıtay kararı örneğinde konuya daha yakından eğilmek gereğini duyuyoruz:

“... Davacı T.S.’nin K. Toprak San. ve Tic. Ltd. Şti’ni temsile yetkili müdürler Y.Y. ve İ.S.’den aldığı vekaletnameye istinaden aleyhine tapu iptali tescil davası açtığı davalı şirketin vekili olarak A.T.’yi vekil tayin ettiği ve bilahare kendisinin de bir başka avukata vekalet vererek davacı sıfatıyla dava açıp harici satış senedine istinaden tapu iptali ve tescil davası açtığı şirketi temsil için vekalet verdiği avukat A.T.’nin de açılan davayı kabul ettiği ve bu hale göre 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 38/b bendine göre davalı şirket vekili Av. A.T.’nin aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş durumuna düşmüş olması nedeniyle davalı şirketi ilzam edecek şekilde davayı kabul etmiş olmasının mümkün bulunmaması karşısında mahkemece davanın reddine karar verilmiş olmasında isabetsizlik bulunmadığından...”⁷⁸.

Karardan anlaşılan şudur: Davalı tarafın vekilini atayan bizzat davacıdır. Davacı bu yetkiyi, davalı şirketin yetkili müdürlerinden almıştır. Dolayısıyla bizzat davalının yetkili müdürleri kendi şirketleri aleyhine, şirketin bir taşınmazını kaybetmesi amacıyla dava açmasını ve bu davayı kazanmasını sağlamak amacıyla davacıya vekâlet vermiştir. Davacının, davasına karşı sözde savunma yapmak üzere atadığı avukat da bu davayı kabul etmiştir. Karardan anlaşıldığı kadarıyla, avukat sadece davalı şirketi temsil etmiştir (davacı, kendisine bir başka avukat tayin etmeyi akıl etmiştir) ve bu nedenle avukat bakımından şekli anlamda çatışan menfaatleri temsil olgusu gerçekleşmemiştir. Ancak daha vahim bir şey olmuştur. Şayet davalı şirketin müdürlerinin bizzat yönetim veya şirket paydaşları tarafından gizli bir amaçla görevlendirmeleri söz konusu değilse, yetkilerini kötüye kullanarak şirketlerini zarara sokmaya teşebbüs ettiklerini kabul etmek gerekir. Yargıtay’ın bozma kararıyla bu girişimin en azından o an için akamete uğradığı anlaşılıyor. Diğer yandan, avukat da, en azından böyle bir kurguya karışıp karışmadığının araştırılmasını gerektirecek ölçüde olayda bir rol üstlenmiştir. Bu durumda sadece “*temsile ilişkin bir eksiklik*”ten söz etmenin tatmin edici olmadığı açıktır⁷⁹.

Konunun ceza hukuku alanında uzmanlık gerektirdiği bilinciyle, sadece bir soru olarak TCK m.278 ve m.279 hükümlerinin uygulanmasının gündeme gelip gelmeyeceğini tartışmaya açmak isteriz. Bilindiği gibi TCK m.278 “*suçu bildirmeme*” suçunu, m.279 ise “*kamu görevlisinin suçu bildirmeme*” suçunu dü-

⁷⁸ Y 8. HD, 26.3.2009, 5905/1388 (Özel Arşiv).

⁷⁹ Aynı derecede vahim bir olaya konu teşkil eden ve iki tarafı da ya bizzat ya da yetki belgesi verdiği avukatlar aracılığıyla aynı davada temsil eden avukatın yasağı ihlal ettiğini tespit eden, ancak sadece bozma kararı vermekle yetinen bir diğer karar için bkz. Y 23. HD, 17.10.2012, 4837/6081 (Özel Arşiv). Ayrıca bkz. Y 11. HD, 03.05.2010, 5360/4854 (Özel Arşiv).

zenlemektedir. Yargılama sırasında bir suça tanıklık ettiğini düşünen hâkimin bu maddeler karşısındaki durumu ne olmalıdır? Ceza hukukçularının bu konuyu tartışması gerektiğine inanıyoruz.

4. Yargı ve TBB Disiplin Kurulu Kararları Işığında “Aynı İş” Olgusunun Değerlendirilmesi

Yukarıda da değindiğimiz üzere, yargı kararlarında derli toplu ve kuşatıcı bir “aynı iş” tanımı bulunmasa da, yargının konuya genel yaklaşımını tespit etmek mümkündür. Öncelikle Türk yargısının “bütüncül bir hayat ilişkisinin özdeşliği” ölçütüne hem terim hem de kavram olarak uzak olduğunu belirtmek gerekir. Ancak kararlarda böyle bir ölçüt anılmadan, bu anlama uygun tespitler yapıldığını görmek de mümkündür. Örneğin TBBDK, ticaret şirketinde temsil ettiği şirketin davasında, taraf olmayan ancak kambiyoyu senesinde imzası bulunan bir şahsın ağır ceza mahkemesindeki savunmasını üstlenen ve sahtecilik yapmadığını savunan avukatın yasağı ihlal ettiği sonucuna varmıştır⁸⁰. Kurul’a göre şirketin ticaret mahkemesindeki çıkarı, sanığın ceza mahkemesinde mahkûm olmasına bağlı olduğundan aynı iş olgusu gerçekleşmiş sayılmalıdır. Kuşkusuz bu durumda iki farklı dava arasında bütüncül bir hayat ilişkisi mevcuttur. Ancak, kararın isabeti konusunda küçük bir çekince ifade etmeden geçemeyeceğiz. Karardan anlaşılmamakla birlikte, şirket vekilinin, ağır cezada savunmasını üstlendiği kişinin ticaret mahkemesinde temsil yetkisinin bulunmadığını iddia etmesi, mutlak surette çatışan menfaatlerin varlığını göstermez. Çünkü ceza mahkemesinde alınacak mahkûmiyet, kişinin temsil yetkisi olup olmadığı konusunda etkili olmaz. Ticaret mahkemesinde imzanın bu şahsa ait olmadığını iddia etmek yerine imza yetkisinin bulunmadığını ileri sürmek davada başarılı olunması bakımından hem daha kolay hem de daha elverişlidir.

Yargıtay’ın aşağıya bir kısmını aldığımız 22.1.2007 tarihli bir kararından⁸¹ ise, somut olaydaki hayat ilişkisinden çok, belirli bir takip veya davada taraflardan birini temsil eden avukatın, diğer tarafın vekâletini de üstlenip üstlenmediğine önem verdiği anlaşılmaktadır. Karara göre, “somut olayda; şikayetçi Avukat Cemal Duygu iş bu davasını müvekkili Alaattin Özer'den almış olduğu 04.06.1999 tarihli vekaletnameye istinaden açmıştır. Oysaki şikayete konu senetler ile ilgili olarak alacaklı Semiha Özmen tarafından bu avukata 01.01.2005 tarihinde noterden düzenlenmiş vekaletname verilerek avukat müvekkil ilişkisinin kurulduğu ve bu vekaletten de herhangi bir şekilde çekilme ve azil olmadığı anlaşılmaktadır. Tarafları ve konusu (takibe konu senetler) aynı olan ve bu iş sebebi ile alacaklı Semiha Özmen'den vekalet alan vekilin eski müvekkili aley-

⁸⁰ TBBDK 3.3.2006, 6/78 (Güner, s.420, dnp 206).

⁸¹ Y 12. HD, 22.1.2007, 22501/669 (Özel Arşiv).

hine görev kabul etmesi ve vekil olarak alacaklı tarafından verilen bilgileri borçlu vekili olarak açmış olduğu bu davada delil olarak kullanması Avukatlık Yasasının 38/b maddesine aykırıdır.”

Kararın zıt anlamından, avukatın önceki iş sahibiyle ilişkisini vekâletten istifa veya başka bir suretle sona erdirmiş olması halinde yasağın söz konusu olmayacağı görüşünün savunulduğu çıkartılabilir⁸². Kararda ayrıca, isabetli bir şekilde, avukatın önceki iş sahibinden elde ettiği bilgileri bu davada kullanma imkânına sahip olmasının oluşturduğu sakıncalara da işaret edilmiştir. Ancak bu şekli denetimin somut olayda çatışan menfaatleri temsil yasağının fiilen gerçekleşip gerçekleşmediği sorununu göz ardı ettiği anlaşılmaktadır. Bu denetimin yapılabilmesi için, öncelikle avukatın önceki vekâleti ile sonraki vekâlet görevine konu teşkil eden olayların bütünsel bir yaşam ilişkisinden kaynaklanıp kaynaklanmadığını ele almak gerekir. Türkiye gerçeğinde, avukatların çok özel ve önemli bir sebep bulunmadıkça çok eski müvekkillerinin vekâletlerinden istifa etmediği, bunları muhafaza ettiği de gözden uzak tutulmamalıdır. Türk avukatların büyük bir çoğunluğunun “vekâletname klasörü”nde çok sayıda unutulmuş müvekkile ait temsil belgelerinin arşivlendiği bir gerçektir.

Diğer yandan, avukatın ilk vekâlet görevi, sonraki işinde kötüye kullanabileceği bilgileri edinmesine imkân verecek nitelikte olmayabilir. Yıllar önce boşanma davasında temsil ettiği birine karşı, avukat artık ömür boyu bir başka dava veya icra takibi üstlenemeyecek midir? Tüm bu sorulara cevap verilebilmesi için menfaatler durumunun gerçekçi bir şekilde tartılması gerekir. Bunun için de somut olayın koşullarının titiz bir şekilde incelenmesi gerektiği açıktır. Örneğin kocanın açtığı zina nedeniyle boşanma davasında kadını savunan avukatın, bu kez şiddetli geçimsizlik sebebine dayalı davada kocayı savunamayacağı kabul edilmektedir. Çünkü bu durumda maddi olgular farklı olsa da taraflar arasındaki bağlantının ortak olduğu kabul edilmektedir⁸³. Kast olunanın her iki davaya konu olguların aynı bütüncül hayat ilişkisinden kaynaklanması olduğu açıktır.

⁸² TBBDK da aynı dava veya takip söz konusu olmasa da farklı zamanlarda taraflardan ikisinin de avukatlığını yapmış olmayı yasak ihlali saymaktadır: “Disiplin kovuşturmasına konu olayda, Şikayetli avukatın aynı işte menfaat zıt taraflara avukatlık etmediği görülmekte ise de, bir avukatın aynı zaman dilimi içerisinde, ayrı işlerde de olsa bir kişinin hem yararına hem de zararına avukatlık yapması etik açıdan uygun olmadığı kadar TBB. Meslek Kurallarının 3 maddesinde kabul edildiği gibi kamunun inancı ve mesleğe güveni de sarsar niteliktedir. Aksi düşüncenin, maddenin açık ifadesi ve amacı yönünden kabulü mümkün değildir./Bu sebeplerle, aynı zaman dilimi içinde hem Şikayetçinin, hem de, Şikayetçi adına dava açıp, lehe sonuçlanan ve icra takibi başlatılan karşı şahsın vekili olarak başka bir işten dolayı vekilliğini devam ettiren Şikayetlinin eylemi disiplin suçu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulunun eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiştir.” TBBDK, 30.09.2005, 228/314 (barobirlik.org.tr).

⁸³ Güner, s.422.

Yargıtay’ın da “konuları ilintili” olan iki ayrı davada avukatın menfaat çatışması bulunan kişilerin vekâletini üstlenemeyeceği yolunda kararları bulunmaktadır. Bu kararlardan birine⁸⁴ konu olan olayda, bütüncül hayat ilişkisini aynı trafik kazası oluşturmaktadır. İki araç ve birden çok yayanın karıştığı kazada avukat önce çarpan aracın işleteninin, sonra da kırmızı ışıkta beklemekte iken kendisine çarpılan aracın sürücüsü ve sahibi olan kişinin vekâletini üstlenmiş, sigorta şirketi ve diğer çok sayıdaki kazazedenin taraf olduğu davalar sonradan birleşmiştir. Kuşkusuz bu olayda aynı bütüncül hayat ilişkisi ve taraflar arasındaki menfaat çatışmasının varlığı açıktır. Çünkü tarafların hak ve yükümlülüklerine neden olan olgu (haksız fiil) aynı olduğu gibi; tarafların kusur derecelerinin, bir tarafın alacağı diğer tarafın ise ödeyeceği tazminat miktarını belirleyecek olması menfaat çatışmasına yol açmaktadır.

Benzer biçimde, babalık davası bakımından anne ile çocuğunun menfaatlerinin zıt olduğu söylenebilir⁸⁵. Yüksek mahkemeye göre farklı icra takiplerinden birinde borçlunun diğerinde alacaklının vekâletini üstlenen avukat da yasağı ihlal etmektedir. Yargıtay böyle bir durumda menfaat çatışmasını, “*ihale konusu mahcuzun satışı halinde, haciz alacaklısı Avukat V. Ö. İstanbul Anadolu 2. İcra Müdürlüğü’nün 2011/978 sayılı dosyasındaki alacağına kavuşma imkanı*” bulacak olmasında görmüştür⁸⁶.

Yargıtay’a göre, yabancı mahkemeden alınan boşanma ilâmının tanınması davasında iki tarafın da vekili olan avukatın, tevkil yetkisine dayanarak bir başka avukatı karşı taraf avukatı olarak tayin etmiş olması halinde de yasağa aykırı davranılmış olur⁸⁷. Esasen yabancı mahkeme kararıyla artık sona ermiş bir evliliğin Türkiye’de tanınmasını istemekte iki tarafın da aynı doğrultuda menfaatleri bulunabilir. Bu konuda somut olayın koşulları değerlendirilerek bir karar varılması isabetli olur.

Bir başka kararında, Yargıtay, dava ve icra takiplerini üstlendiği şirketten hırsızlık yapan kimsenin savunmasını üstlenen avukatın yasağa aykırı hareket ettiğini kabul etmiştir⁸⁸. Kanımızca bu durumda da davalar arasında bütüncül bir hayat ilişkisinden kaynaklanan maddi ve hukuki olgular özdeş olmadığı-

⁸⁴ Y 17. HD, 13.5.2010, 3081/4539 (Özel Arşiv).

⁸⁵ Y 2. HD, 04.11.2008, 17906/14522 (Özel Arşiv). Karardan, menfaat zıtlığının önceden anlaşılması sebebiyle küçüğe kayyım tayin edildiği, buna rağmen avukatın hem anneyi hem de çocuğu temsil ettiği anlaşılmaktadır. Yargıtay bu davada da avukattan anne veya çocuktan birini tercih etmesinin istenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Tabii bu tercihten sonra avukatın tercih etmediği taraftan elde ettiği bilgileri onun aleyhine kullanmasının nasıl önleneyeceği sorusu açıkta kalmaktadır. Aynı yönde bkz. Y 2. HD, 2.3.2006, 1223/2652 (Kazancı MİBB).

⁸⁶ Y 12. HD, 24.02.2015, 1608/3647 (Kazancı MİBB).

⁸⁷ Y 2. HD, 20.9.2011, 23381/13559 (Kazancı MİBB).

⁸⁸ Y 13. HD, 27.05.2013, 29642/16539 (Özel Arşiv).

dan çatışan menfaatleri temsil olgusu söz konusu değildir. Kuşkusuz avukatın vekili olduğu şirkete karşı bir hırsızın davasını üstlenmesi her şeyden önce “*sadakatle ifa*” yükümlülüğünün ihlali anlamına gelir ve hem hukuki hem de disipliner sorumluluk gerektirir. Ancak bu durum olayda çatışan menfaatleri temsil yasağının gerçekleşmediği yolundaki düşüncemizi değiştirmeye yeterli değildir.

Bir başka kararda ise, Yargıtay, vasiyetnamenin iptali davasında iptalden çıkarı bulunan mirasçılar ile zararı bulunan mirasçı arasında menfaat çatışması bulunduğuna hükmetmiştir⁸⁹. Karara konu olan olayda, hem mirasçılıktan çıkarılan yasal mirasçı hem de ıskattan yararlanacak çocuğu ve torunu, diğer yasal mirasçılara karşı birlikte dava açarak vasiyetnamenin, dolayısıyla çıkarma işleminin iptalini talep etmişlerdir. Ancak ıskat edilenin çocuğu ve torunu, diğerinden farklı olarak davalarını terdit etmiş, vasiyetnamenin geçerli sayılması halinde kendilerinin mirasçılıklarının tespitine, en azından saklı paylarının kendilerine verilmesine hükmedilmesini talep etmişlerdir. Bu da, aynı avukat tarafından temsil edilen baba, oğul ve torun arasında gerçekte bir menfaat çatışmasının bulunmadığını, hepsinin ortak arzusunun öncelikli olarak vasiyetnamenin iptali olduğunu göstermektedir. Çocuk ile torunun terditli olarak kendi mirasçılıklarının tespitini talep etmeleri, ancak ilk taleplerinin reddi halinde gündeme geleceğinden, fiili bir menfaat çatışmasının varlığından da söz edilemez. Kararda bu özellikler gözden kaçırılmıştır.

Yargıtay bir diğer kararında, Özelleştirme İdaresine karşı biri davalı diğeri davacı olan iki şirketin temsilini üstlenen avukatın yasağa aykırı hareket ettiği sonucuna varmıştır⁹⁰. Yargıtay olayı değerlendirirken, her ne kadar şirketlerden birinin diğerinin %99 oranında sahibi olduğunu dikkate almış olsa da, “*her iki şirketin ayrı tüzel kişiliklerinin bulunduğu açıktır. Nitekim dosya kapsamına göre, somut uyumsuzluk itibariyle davacı kamu kurumuna olan borcun varlığı yönünden davalılar arasında menfaat çekişmesinin olduğu görülmektedir, bu husus davalılar vekili tarafından verilen temyiz dilekçesine de yansımış, dilekçede davalılardan D. A.Ş. hakkında husumet itirazına değinilmiş ve bu davalının sorumlu olmadığı bildirilmiştir*” gerekçesiyle menfaat çatışmasının varlığına hükmetmiştir. Karardan somut olayın şartları tam olarak anlaşılmasa da, kanımızca burada da menfaat çatışmasının fiilen gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilirken yeterince titiz davranılmamıştır. Her iki şirketin de vekâlet verirken avukatın diğer şirketi de temsil edeceğini bildiği, hatta bunu arzu ettiği anlaşılmaktadır. Her iki şirket de Özelleştirme İdaresi'nin varlığını iddia ettiği borcun mevcut olmadığını savunmaktadır. Dolayısıyla savunmalar arasında

⁸⁹ Y 8. HD, 06.06.2014, 11103/11731 (Özel Arşiv).

⁹⁰ Y 11. HD, 13.9.2013, 14850/15621 (Özel Arşiv).

birlik bulunmaktadır. Menfaatin ne olduğu değerlendirilirken, iş sahibinin isteklerine saygı duyulması gerektiği yolundaki görüşümüzü yukarıda açıklamıştık. Bu açıdan da çatışan menfaatlerden söz edilemeyeceği açıktır.

Yargıtay’ın bir başka kararına⁹¹ konu olan olayda, müvekkilinin borçlusu aleyhine yapılan icra takibinin semeresiz kalması üzerine (karardan, avukatın icra takibinde de vekâletinin olup olmadığı anlaşılmamaktadır) borçlunun eser sözleşmesi sebebiyle alacaklı olduğu üçüncü kişi aleyhine dava açılması için İİK m.94 gereğince yetki belgesi alan avukatın, dava devam ederken borçlunun iflâs etmesi üzerine davaya iflâs idaresi aleyhine devam edilmiştir. Karardan anlaşıldığına göre, aynı avukat bu kez iflâs idaresinin de avukatlığını yapmış, hatta bu dava dosyasına da vekâletini sunmuştur. Yargıtay olayda menfaat çatışmasının varlığına rağmen davaya devam edilmesini bozma sebebi saymıştır. Yukarıda yapılan eleştirilerin bu karar bağlamında da dikkate alınması gerektiği açıktır.

TBB Disiplin Kurulu’nun kararlarından da, avukatın farklı dava veya icra takipleri için iş sahibinin hasmından vekâlet görevi almasına sıklıkla rastlandığı anlaşılmaktadır. Bu tür olaylarda TBB Disiplin Kurulu “aynı iş” kavramını geniş yorumlamak eğilimindedir⁹². Buna karşılık, avukatın tüzel kişi ile arasındaki avukatlık sözleşmesinin sona ermesinden sonra tüzel kişiye karşı üstlenilen vekâlet görevinin, tüzel kişiden elde edilen bilgi ve belgelerin bu dava veya takipte kullanıldığı kesin şekilde ispat edilmemesi nedeniyle yasak kapsamında sayılmayacağına hükmedildiği de görülmektedir⁹³.

Verilen örnekler, çatışan menfaatleri temsil yasağı bakımından hem Yargıtay hem de TBB Disiplin Kurulu’nun kavramsal şemalara bağlı kalmayarak, yasağı biraz daha geniş yorumlamak eğiliminde olduğunu ifade edebiliriz. Bu eğilimin isabeti konusunda bir yargıda bulunmamakla birlikte, somut olayın şartları değerlendirilirken gerekli titizliğin gösterilmediğini kolaylıkla ifade edebiliriz. Bu eksikliğin giderilmesinde özellikle Alman uygulamasının dilimize aktarılması çok önemli bir rol oynayabilir. Elbette bu hukuk sisteminin bizimkiyle özdeş olmadığı, dolayısıyla birebir uygulama aktarmalarının mümkün olmadığı hususu hiçbir zaman gözden uzak tutulmamalıdır. Ancak kararların hangi gerekçelere dayandığı, mesleğin serbestçe icrasına yargı veya disiplin kurulu kararıyla yapılan müdahalenin hangi gerekçelerle mümkün olabileceği veya olamayacağı konusunda geliştirilen düşüncelerin bizim uygulamamıza da ışık tutacağı açıktır.

⁹¹ Y 23. HD, 27.4.2012, 692/3171 (Özel Arşiv).

⁹² Örneğin bkz. TBBDK 1.4.2002, 291/104; 15.11.2002, 201/335; 21.1.2007, 378/32 (Mısır, s.526-532). Ayrıca bkz. Güner, s.421.

⁹³ TBBDK 21.6.2003, 89/203 (TBBD 2004/50, s.258).

V. SONUÇ

Avukatlık mesleğinin en önemli niteliklerinden olan bağımsızlığın korunmasında çatışan menfaatleri temsil yasağı önemli bir rol oynamaktadır. Esasen yukarıda da belirttiğimiz gibi bu yükümlülük, bağımsızlık ve sır saklama yükümlülüğüyle birlikte mesleğin “çekirdek değerleri” arasında sayılmaktadır. Bu nedenle titizlikle korunması ve meslekte yaşanan değişim ve dönüşümlere uyarlanması gereken bir yükümlülüktür. Bu yapılmadığı takdirde hem mesleki gelişimin önü kapatılır hem de yasakla izlenen amaçtan uzaklaşılır. Dolayısıyla her defasında uygulanacak yaptırımla elde edilecek menfaatin tartılması, aralarındaki orantının gözetilmesi gerekir. Bunun yapılabilmesi için ise, mutlak surette somut olayın özellikleri en ince ayrıntısına kadar dikkate alınmalıdır.

Diğer yandan, yasağın katı bir şekilde avukatlık ortaklıkları ve ortak büroda çalışan avukatlar hakkında da uygulanması, bir yönüyle yasaya aykırı davranılması anlamına geldiği gibi, diğer yanı sıra günümüz koşullarında giderek yaygınlık kazanan bir çalışma şekline aşırı bir kısıtlama getirilmesi sonucunu da doğurabilmektedir. Halbuki yasağın uygulanmasında yasakla korunan amaç ve uygulanan yaptırım arasındaki orantının kurulması şarttır. Aksi takdirde büyük bürolara getirilmeye çalışılan bir kısıtlama buralarda çalışan ve kendi bürosunu açma imkânı sınırlı olan genç avukatların giderek çalışacak büro bulamamaları ile sonuçlanacaktır. Hiç kuşkusuz işlerini bu tür bürolara emanet eden iş sahiplerinin çıkarları da mutlak surette korunmalıdır. Tüm bu dengelerin gözetilmesi ve adil sonuçlara varılması bakımından konunun öncelikle barolar ve sivil toplum kuruluşlarının önderlik edeceği bilimsel toplantılarda tartışılması ve yapılan tartışmaların yaygınlaşması şarttır.

Yasağın amacına uygun ve etkili bir şekilde uygulanabilmesi için “aynı iş” deyimine tüm örnek olgulara uygulanabilir kavramsal bir içerik kazandırılması da ciddi bir zorunluluktur. Gerek yargı kararları gerekse TBB Disiplin Kurulu içtihatları böyle bir ölçütün bulunmamasından dolayı çelişkili ve tatmin edici olmayan karar verebilmektedir. Bu nedenle, özellikle Alman Hukuku’nun başvurduğu bir ölçüt olarak “bütüncül hayat ilişkisi”nden kaynaklanmış olma şartının kabulünü önermiş bulunuyoruz.

Bu incelemede çıkan bir diğer sonuç da, hukuk mahkemelerinin yasağın ihlali olgusu karşısında sadece avukatı taraflardan birini tercih etmeye zorlamakla yetinmelerinin isabetsiz olduğu hususudur. Bu önlem çoğu kez zevahiri bile kurtarmamakta, yasağın koruduğu menfaat ihlali yargılamanın sonuna kadar devam edebilmektedir. Bu durumu engellemek için, ihlale neden olmamak için öngörülen işin reddi yükümlülüğü yanında, ihlalden sonrası için de avukatın bütün tarafların vekâlet görevinden istifa etmesi yönünde bir yükümlülük getirilmesi, *de lege feranda* isabetli olur. Bununla birlikte HMK m.32/1 hükmüne dayanılarak da *de lege lata* bir çözüm üretilmesi mümkün görünmektedir.

KAYNAKÇA

- Aday**, Nejat, Avukatın Çatışan Menfaatleri Temsil Yasağının İhlali ve Hukuksal Sonuçları Üzerine Düşünceler, Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul 2013, (s. 249-265).
- Baumann**, Andreas, Interessenkonflikte des Rechtsanwaltes, Festschrift 100 Jahr Aargauischer Anwaltsverband, Zurich 2005, (S. 433-459).
- Busse**, Felix, Freie Advokatur - Entwicklung, Bedeutung, Perspektiven für die Rechtspflege, AnwBl 3/2001 (S. 130-136).
- Derendinger**, Peter, Die nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, Freiburg 1988.
- Erem, Faruk**; *Meslek Kuralları* (Şerh), 3. Bası, Ankara 1977.
- Fellmann**, Walter, Berner Kommentar, Bd. VI: Obligationenrecht, 2. Abt.: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilbd.: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, 1. Aufl., Bern 1992.
- Feuerich**, Wilhelm E. / Braun, **Anton**, Bundesrechtsanwaltsordnung, Recht für Anwälte aus dem Gebiet der Europäischen Union, Kommentar, 5. Aufl., München 2000.
- Güner**, Semih, Avukatlık Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2009.
- Hartung**, Wolfgang / **Römermann**, Volker, Berufs- und Fachanwaltsordnung, Europäische Berufsregeln – CCBE, Bundesrechtsanwaltsordnung (§§ 43-59 m BRAO), Kommentar, 4. Aufl., München 2008.
- Henssler**, Martin, Die Zukunft des Rechtsberatungsgesetzes, AnwBl 10/2001 (S. 525-533).
- Henssler**, Martin / **Prütting**, Hanns, Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, 4. Aufl., München 2014.
- Jessnitzer**, Kurt / **Blumberg**, Hanno, Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, 9. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 2000.
- Kleine-Cosack**, Michael, Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, 3. Aufl., München 1997.
- Kull**, Michael, Die zivilrechtliche Haftung des Anwalts gegenüber dem Mandanten, der Gegenpartei und Dritten, Zurich 2000.
- Mısır**, M. Haşim, Avukatlık Disiplin Hukuku, Ankara 2008.
- Offermann-Burckart**, Susanne, Interessenkollision – Es bleibt dabei: Jeder Fall ist anders, AnwBl 11/2011 (809-828).
- Schönke**, Adolf / **Schröder**, Horst / **Heine**, Günter, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., München 2010.
- Simon**, Lutz, Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen nach deutschem Recht, www.fbe.org/IMG/pdf/Report_Lutz_Simon-4.pdf.
- Sungurtekin-Özkan**, Meral, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 3. Baskı, İzmir 2012.
- Şen**, Ersan, Ceza Yargılaması Süreci, TBBD, 2011/97 (s. 269-300).
- Testa**, Giovanni Andrea, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zürich, Zürich 2001.