

AVUKATIN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Dr. Özcan GÜNERGÖK

I- Genel Olarak

Avukat ile müvekkili arasındaki sözleşme ilişkisinin temeli karşılıklı güvendir¹. Müvekkil avukatına çekinmeksizin güvenemediği ve önemli tüm vakıalar hakkında bir bakış sunmadığı takdirde avukatın ona gereği gibi danışmanlık yapması ve onu etkili biçimde temsil etmesi zorlaşır. Bundan dolayı diğer mesleklerin pek azında görülebilecek şekilde bir çok kanun, sözleşme ve etik kurallarıyla sırrın saklanması güvence altına alınmıştır².

İşte bu özel güven ilişkisine binaen vekaletin devam ettiği sırada müvekkiline ilişkin olarak öğrendiği vakıaları avukat gizli tutmak zorundadır³.

¹ GULDENER, M., Berufsgeheimnis und Honorarforderung des Rechtsanwalts, SJZ, 1948 (44), Heft 11, s. 173; WEBER, Rolf, Kommentar zu Art. 394-406 (OR-WEBER), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2. Aufl., Basel 1996, Art. 398 N. 11.

² Müvekkilin sırrının açıklanacağından korkmaksızın avukata başvurmasında kamu yararı bulunmaktadır (EREM, Faruk, Avukatlık Sırrı, ABD/1969/5, s. 838; ADAY, Nejat, Türk Hukukunda Avukatın Mesleki Yükümlülükleri, İBD, 1993/7-8-9, s.495). FRIDOLIN, M.R. Walther, Das Anwaltsgeheimnis im Email Zeitalter-eine Problemskizze, SJZ 96 (2000) Nr. 15, s.357. Müvekkil ile haberleşmede E-Posta gibi teknolojik gelişmelerden yararlanmak faydalı olmakla birlikte, meslek sırrının korunması bakımından, yazışmaların içeriğinden üçüncü kişilerin haberdar olmamalarını temin için gerekli tedbirlerin alınması tavsiye edilmelidir. Teknolojik gelişmelerin avukatlık bürolarında kullanımı ve avukatın sorumluluğu konusunda bkz. LAGHZAQI, Ralf, Anwaltshaftung bei Verwendung von Internet und Telefaks, AnwBl 1999/5, s. 253 vd. Serbest meslek tarzında icra edilen vekalet sözleşmelerinde vekil sır saklama ile yükümlüdür. (HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 417).

³ BORGMANN/HAUG, Anwaltshaftung, 3. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 1994, § 24, N. 153; KULL, Michael, Die Zivilrechtliche Haftung des Anwalts gegenüber dem Mandanten, der Gegenpartei und Dritten, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2000, s. 80. Müvekkilin sırrını saklama yükümü, avukatın yardımcı şahısları hakkında da geçerlidir (GAUTSCHI, G., Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. IV, Das Obligationenrecht, 2. Abt, Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, 3. Aufl., Bern 1971, Art. 398, 13a; HOFSTETTER, Josef, der Auftrag und die Geschaeftsführung ohne Auftrag, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, Basel und Stuttgart 1979, s. 86).

“Sır, sahibinin açıklanmamasında yarar gördüğü ve başkaları tarafından daha önce bilinmeyen hususlar” olarak tanımlanmaktadır⁴. Özellikle müvekkilin kişisel ilişkileri, üçüncü kişiler hakkındaki değer yargıları olabileceği gibi, örneğin proje ve buluşları da sır olarak düşünülebilir⁵. Prensipten bir müvekkilin avukata gitmiş olduğu vakıası, müvekkilin ikametgahı vs. gibi hususlar sır kavramına dahildir⁶. Buna karşın sınırlı olmayan kişi çevresince, genel olarak ulaşılabılır olan gazete, kitap, aleni sicil gibi belgelere binaen bilinen şeyler sır olarak kabul edilmemektedir⁷. Gizli tutulması gereken şey belirli bir önemi haiz olmalıdır⁸. Başkalarınca bilinmesi kişinin itibarını, şerefini ya da aile ilişkilerini etkileyebilecek olan şeyler daima önemli sayılmalı ve bundan dolayı meslek sırrı kapsamında korunmalıdır⁹. Önemlilik hususu daima sır sahibi cephesinden değerlendirilmelidir¹⁰. Gene bu değerlendirme yapılırken somut olaya göre değerlendirme yapmak gerekir. Bir hadisede önemsiz görünen şey, bir başka hadisede önemli olarak değerlendirilebilir. Burada kişinin adı, yaşı, cinsi ve kökeni prensipten sır teşkil etmez¹¹.

4 DONAY, S., Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul 1978, s.4. TANDOĞAN, gizli tutulmasında müvekkilin menfaati olan ve açıklanması onun için maddi veya manevi zarar tehlikesi (ceza takibi, vergi cezası, vasiyetin iptali) veyahut diğer kimselerin kınamasını doğuracak (örneğin müvekkilin karakteri ve zihniyeti hakkındaki değer yargılarını etkileyecek) olaylar vekil tarafından gizli tutulmalıdır demek suretiyle sır kavramını açıklamaktadır (TANDOĞAN, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, Ankara 1987, s. 452. Bkz. Aynı yönde YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s. 595). “Sır, başkalarınca bilinmeyen ve sır sahibinin gizli kalmasını istediği şeydir” (TESTA, Giovanni Andrea, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der Aufsichtscommission über die Rechtsanwalte des Kantons Zürich, Zürcher Studien zum Vervahrensrecht, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2001, s. 142).

5 TESTA, s. 142; RENNEFAHRT, H., Das Anwaltsgeheimnis, SJZ 19 (1922/23), 62.

6 Daha geniş örnekleri için bkz. WEGMANN, Paul, Die Berufspflichten des Rechtsanwaltes unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts, diss., Zürich 1969, s. 164 vd.

7 RENNEFAHRT, s. 62. Medyada vuku bulan bir yayından sonra da, müvekkilin ifşa edilen vakıanın bir başka bağlamda tekrar zikredilmemesinde menfaati olabileceğine işaret edilmektedir (ERNI, Lorenz, Anwaltsgeheimnis und Strafverfahren, Zürich 1997, s.9).

8 RENNEFAHRT, s. 63.

9 RENNEFAHRT, s. 63.

10 TESTA, s. 143; RENNEFAHRT, s. 63.

11 TESTA, s. 143. Yazar kimliğinin açıklanmasını istemeyen politik nedenlerle iltica etmiş kişiye ilişkin olarak bu hususun sır kapsamında görülebileceğini ifade etmektedir (s. 143).

Avukatlık Kanununun avukatın sır saklama yükümüne ilişkin düzenlemesi şöyledir: “Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi gereği, gerekse Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki, görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır.

Avukatların birinci fıkrada yazılı hususlar hakkında tanıklık edebilmele-ri, iş sahibinin muvafakatini almış olmalarına bağlıdır. Ancak, bu halde dahi avukat tanıklık etmekten çekinebilir. Çekinme hakkının kullanılması hukuki ve cezai sorumluluk doğurmaz” (AK.m.36).

Avukatın sır saklama yükümünün ne kadar önemli olduğunu vurgulamak için, bu yükümü ihlalin ceza hukuku bakımından suç teşkil ettiğine (TCK m.198) ve tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğu (HUMK.m.245 b.4; CMUK.m.48; AK.m.36/II¹²) işaret edilmek gerekir¹³.

Avukatın sır saklama yükümü sadece kendi müvekkiline karşıdır. Üçün-cü kişiye karşı sır saklama yükümü mevcut değildir¹⁴. Avukat bir meselede birden fazla kişiye danışmanlık yapmış olduğu takdirde, bunların tümüne karşı sır saklamakla yükümlü olacaktır¹⁵.

Müvekkilin her sırrı bu korumadan yararlanmaz. Avukatın saklamakla yü-kümlü olduğu ve tanıklık etmekten çekinme hakkı bulunduğu sırlar, sadece kendisine mesleğinin icrasına ilişkin olarak açıklanmış sırlardır¹⁶. Avukatın müvekkili ile yakın arkadaş olması halinde, mesleğinin gereği olmayıp da, sıkı ilişkilerinden dolayı öğrendiği sırların açıklanmasından dolayı avukatın mes-leki sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Bu halde sırrı açıklanan kişi genel hükümlere göre, kişilik haklarına saldırı sebebiyle avukatı sorumlu tutabile-

¹² HUMK ve CMUK hükümlerine göre sır sahibinin rızası olması halinde ilgili kişi avukat tanıklık etmek zorunda iken, AK.m.36/II hükmü müvekkilin rızasının bulunması halinde dahi avukata tanıklıktan çekinme hakkı sunmaktadır.

¹³ Avukatın sır saklama yükümünün yanında, tanıklıktan çekinme hakkı da getirilmiş olma-sı mesleğin icrası bakımından çok yerinde bir düzenlemedir. Çünkü sadece avukatın bu yükümü ve hakkı ile kendisine açıklanan sırlar gizli kalabilir ve bu suretle de müvekkilin avukata güvenmesi sağlanabilir (KULL, s. 80; WOLFFERS, Felix, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, Seine Funktion und öffentlich-rechtliche Stellung, Diss. Bern, Zürich 1986, s. 133).

¹⁴ BORGMANN/HAUG, § 24 N. 154; HENSSLER, M., Das anwaltliche Berufsgeheimnis, NJW 1994, 1817/1824.

¹⁵ BORGMANN/HAUG, § 24 N. 154.

¹⁶ KULL, s. 81.

cektir¹⁷. Çünkü kişinin gizlilik alanının korunması da onun kişilik haklarından ve bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadıkça kamuya sunulamaz.

İsviçre Federal Mahkemesine göre bir anonim ortaklığın yönetim kurulu üyesi olarak avukatın yaptığı çalışma mesleki faaliyet alanına dahil değildir¹⁸. Türk hukuku açısından da aynı sonuç geçerli olmalıdır. Çünkü avukatın yönetim kurulu üyeliğinden dolayı öğrendiği sırlar avukatlık mesleği gereği öğrendiği sırlar değildir. Bu durumda şirket sırlarının ihlali halinde, avukat ile şirket arasındaki hukuki ilişki bu ihlale uygulanacak hukuki sonuçları belirleyecektir¹⁹.

II-Sır Saklama Borcunun Konu Bakımından Kapsamı

Avukat mesleğini icra ederken müvekkiline ilişkin olarak öğrendiği ve başkaları tarafından bilinmeyen yaşam alanına dair hususları saklamak zorundadır²⁰. Sırrın öğrenilmesi ile meslek arasında nedensellik bağı bulunması gerekir²¹. AK.m.36'da yasaklanan sırrın açıklanması, toplum içinde mü-

¹⁷ MK.m. 24/I hükmüne göre, hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. İkinci fıkraya göre, kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır. MK.m. 25/I'e göre, davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir. İkinci fıkraya göre, davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir. Üçüncü fıkra hükmü ise davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkının saklı olduğunu belirtmektedir.

¹⁸ BGE 115 Ia 97; 114 III 105; 101 Ib 245. İsviçre Hukukunda avukatın yönetim kurulu üyeliği hakkında geniş bilgi için bkz. KRNETA, G., Rechtsanwalt als Verwaltungsrat, SJZ 97 (2001) Nr. 13, s. 289 vd. Avukatlıkla birleşebilen işler kenar başlıklı AK.m.12 f bendine göre, avukatlar anonim, limited, kooperatif şirketlerin ortaklığı, yönetim kurulu başkanlığı, üyeliği ve denetçiliği avukatın yapabileceği işler arasındadır.

¹⁹ Hukukumuzda yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki ilişki somut olaya göre, vekalet ya da hizmet sözleşmesi olabilir. Somut olayda vekaletin varlığı halinde de adi vekaletteki vekilin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

²⁰ BLASS, H. W., Berufsgeheimhaltungspflicht der Aerzte, Apotheker und Rechtsanwaelte, Zürich 1944, s. 66. Herkesçe zaten bilinen hususlar sır kavramına girmez (TANDOĞAN, C. II, s. 453; GAUTSCHI, Art. 398, N. 14, a; EREM, s. 256).

²¹ SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral, Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, Bariş Yayınları, Genişletilmiş 2. Baskı, İzmir 1999, s. 390.

vekkilin kişisel veya maddi menfaatlerini halele uğratabilecek veya uğrattırmayacak bile olsa müvekkilin özenle sır saydığı konu olarak tanımlanmaktadır²².

Avukat-müvekkil ilişkisi vasıtasıyla öğrenilmiş bulunan ve fakat belirli bir şahısla ilgisi anlaşılabilir olmayan bilgilerin ifşa edilmesi halinde, mesleki sır saklama yükümü ihlal edilmiş olmaz²³. Buna göre avukat müvekkiline karşı sadakat yükümünü ihlal etmeksizin, tarafların ismini zikretmemek kaydıyla bir olayı üçüncü bir kişiyle tartışabilir. Burada ölçü üçüncü kişinin belirli bir maddi durumu ya da belirli bir tarafı kestiremeyecek (çıkarmada bulunamayacak) olmasıdır²⁴.

Buna karşın nisbeten bilinen bir vakıanın avukat tarafından teyit edilmesinin, avukatın teyidinin şayialara belli bir ağırlık kazandıracak olması sebebiyle, sır saklama yükümünü ihlal edeceği ifade edilmektedir²⁵.

Sır saklama yükümü müvekkilin avukattan gerçek olmayan şeyleri mahkemede savunma veya bunu herhangi bir şekilde yaymasını talep hakkı vermez²⁶. Avukat sadece gerçek olan sır mahiyetindeki bilgileri saklamak zorundadır.

Avukatın sır olarak saklaması gereken şeyler sadece özel şeylerden ibaret değildir. Müvekkilin işletmesi, iş ilişkileri ve politik görüşleri ve vergiyle ilgili hususlar da meslek sırrı kapsamındadır²⁷.

III-Sır Saklama Borcunun Kişiler Bakımından Kapsamı

Sır saklama yükümü kural olarak mutlak geçerliğe sahiptir. Hatta müvekkilin yakınlarına, mirasçılara, diğer avukatlara, mahkeme ve idari makamlara karşı müvekkil sırrı saklanmalıdır²⁸.

²² MÜDERRİSOĞLU, F., Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi ve İctihatlar, Ayyıldız Matbaası AŞ., Ankara 1974, s.64. SUNGURTEKİN ÖZKAN bu tanımın sadece müvekkil ile avukat arasındaki ilişkileri kapsadığını, AK.m.36'nın meslek kuruluşlarında görev dolayısıyla öğrenilen sırları da düzenlediğini belirtmektedir. Yazar çalışmasında bir bütün olarak meslek hukukunu incelediği için, bu tanıma eksik bulmakla birlikte, özel hukuk sorumluluğu açısından bakıldığında MÜDERRİSOĞLU'nun getirdiği tanımlamanın yerinde olduğu görülecektir.

²³ KELLERHALS, Otto, Die Zivillrechtliche Haftung des Rechtsanwalts aus Auftrag, Diss., Bern 1953, s. 127.

²⁴ KULL, s. 83. Avukatın benzer bir hukuksal problem için kendisine gelen bir başka müvekkile daha sağlıklı bilgi vermek için tarafların ismini zikretmeksizin elindeki başka bir dosyayı örnek göstermesi buna örnek verilebilir.

²⁵ KELLERHALS, s. 127.

²⁶ FELLMANN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 2. Abt., 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, 4. Auflage, Bern 1992, Art. 398 N. 85.

²⁷ BORGMANN/HAUG, § 24 N. 156.

²⁸ FELLMANN, Art. 398, N. 73 vd.

Avukatın kural olarak üçüncü kişilere karşı sır saklama yükümü bulunmamakla birlikte, MK.m.24, BK.m.49 çerçevesinde avukatın üçüncü kişiye karşı sorumluluğu söz konusu olabilir²⁹.

Üçüncü kişilerin –örneğin ileride tanıklık yapması muhtemel olan kişinin- avukata, onun sır saklama yükümünü dikkate alarak yaptığı açıklamalar da, avukat tarafından saklanması gereken sıklardandır³⁰.

Avukatın karşı tarafa sadakat yükümü yoktur. Çünkü burada vakıaların ifşası özel bir güven ilişkisine dayanmamakta, aksine zorunlu olarak, kendi iddialarının ispat edilebilmesi için gerekli olup, sadece ispat aracı amacı arz etmektedir. Karşı taraf avukata güven duyan üçüncü kişi gibi değildir³¹.

Ancak şu da unutulmamalıdır ki, avukatın sır saklama yükümü müvekkilin aleyhine olmamalıdır. Avukat kendisine verilen sırları davada müvekkili lehine mahkeme ve karşı taraf karşısında ifşa etmek zorundadır³². Doktrinde avukatın müvekkilin çıkarları için sırrı ifşasının müvekkilin farazi rızasıyla meşrulaştırılacağı ifade edilmektedir³³. Hatta müvekkilin rızası olmamasına rağmen suçsuzluğunun ispatı için avukatın sırrı ıztırar hali nedeniyle açıklayabileceği savunulmaktadır³⁴. Buna karşın kişinin savunmasının tamamen kendisine kalmış bir husus olduğu görüşüne de rastlanmaktadır³⁵.

IV- Meslek Sırrı ile Bağlılıktan Kurtulma

1- Genel Olarak

Avukatın sır saklama yükümünden kurtulması sebebi olarak müvekkilin rızası ve ıztırar hali gösterilmektedir.

Avukatlık sözleşmesinin sona ermesi avukatı sır saklama yükümünden kurtarmaz³⁶. TCK.m.488'in mirasçılara mirasbırakanın şerefini savunma hakkı tanınmış olması sebebiyle sır saklama yükümüne ilişkin olarak tasarruf haklarının mirasçılara geçtiği belirtilmektedir³⁷. Gene avukatın sır saklama

29 SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 397.

30 FELLMANN, Walter/SIDLER, Oliver, Standesregeln des Luzerner Anwaltsverbandes, Bern 1996 s. 48.

31 FELLMANN/SIDLER, s. 49.

32 KELLERHALS, s. 127.

33 GAUTSCHI, Art. 398 N 15c.

34 TOSUN, Ö., Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C.1, Genel Kısım İstanbul 1981, s. 515.

35 DONAY, Meslek Sırrı, s. 157.

36 BORGMANN/HAUG, § 24 N. 160.

37 EREM, Avukatlık Sırrı, s. 6.

yükümlütün sadece müvekkiline karşı olan sadakat yükümlünün bir görünümü olmadığı, kamusal menfaatleri esas aldığı gerekçesiyle müvekkilin ölümünün, avukatı onun sırlarını saklamakla yükümlü olmaktan çıkarmayacağı da ifade edilmektedir^{38 39}.

Mesleki sırrın ifşasının vekaletin ifası için zaruri olduğu hallerde sır saklama yükümü kalkar. Sırrın ifşası sır sahibinin bazı özel menfaatlerini temin edecek ise sırrın ifşama izin verilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁰.

2-Müvekkilin Rızası

Müvekkilin rızası halinde sırrın avukat tarafından açıklanabileceği genel kabul görmektedir⁴¹. Müvekkilin sırrının açıklanması hususundaki rızası onun bir talimatı olarak görülmeli ve vekili açıklamada bulunmaya yetkili kılmalıdır⁴². Müvekkil sırrı açıklanmaya kadar (talimat yerine getirilinceye kadar) rızasını geri alabilecektir⁴³. Rızanın geçerli olması için müvekkilin hür iradesi ile karar vermiş olması gerekir⁴⁴.

38 SUGURTEKİN ÖZKAN, s. 402. Yazar avukatın sadece üstün bir kamusal menfaatin varlığı halinde müteveffa müvekkilinin sırrını saklamaktan kurtulabileceğini belirtmektedir (s. 402). Vekalet müvekkilin ölümü ile son bulduğu hallerde, artık mirasçılarının vekili sır saklama yükümlülüğünden kurtulamayacakları; müvekkilin ölümüne rağmen vekalet akdinin devam ettiği ve mirasçılarının müvekkilin yerini aldığı durumlarda mirasçılarının rızalarıyla vekili sır saklama yükümlülüğünden kurtarabilecekleri doktrinde ifade edilmektedir (TANDOĞAN, C. II, s. 454; GAUTSCHI, Art. 398, N. 16, d). Rıza gösterme hakkının miras yoluyla geçmediği, bundan dolayı müvekkilin ölümüyle birlikte rıza suretiyle sırrın açıklanması imkanının ortadan kalktığı ifade edilmektedir (VIELI, Lelio, Der Anwalt als Partei im Zivilrecht, Zürich 1994, s. 59).

39 Doktrinde müvekkilin ölümünden önce sır saklama yükümünü kaldırmış olabileceğine de işaret edilmektedir (BORGSMANN/HAUG, § 24 N 163).

40 DONAY, Vekilin Talimata Uyman ve Dürüstlikle Hareket Etme Borcu, BATİDER, Ankara 1978, s. 741. Müvekkilinin akıl hastalığı sebebiyle servetini israf etmekte olduğunu tespit eden avukatın, onun hacir altına alınabilmesi için sırrı ifşa edebileceği yazar tarafından örnek olarak verilmektedir (s. 741).

41 SCHUMANN, Ekkehard, Der Name als Geheimnis, Festschrift für HENCKEL, Wolfram, Walter de Gruyter Berlin-New York 1995, s. 789.

42 GAUTSCHI, Art. 398, N. 16, d; TANDOĞAN, C. II, s. 454.; EREM, s. 257.

43 Müvekkil bu halde talimatını geri almış sayılacaktır (TANDOĞAN, C. II, s. 454). Rızanın geri alınması geçmişe etkili olmayacaktır Bundan dolayı rızanın geri alınmasından önce sırrın açıklanmış olması halinde, bu hukuka aykırılık söz konusu olmayacaktır (VIELI, s. 49).

44 TESTA, s. 148. Ayrıca duruma göre avukat rızanın kapsamı ve kendisinin vakıf olduğu bilgiler hususunda müvekkili aydınlatmalıdır (KULL, s. 85 vd.).

Rızanın mutlak surette sarîh olması şart değildir. Müvekkilin rızasını zımnen ortaya koyması da yeterlidir⁴⁵. Müvekkilin rızası sadece açıklanmasına muvafakat ettiği hususlara ilişkindir. Geçmişte bir davaya ilişkin olarak sırrın açıklanmasına gösterilen rıza, avukatın bütünüyle sır saklama yükümlülüğünden kurtarıldığı anlamına gelmeyecektir. Avukat daha sonra açılan bir davaya ilişkin olarak da sır saklama yükümünden kurtarıldığını ileri süremez⁴⁶.

Hukukumuzda AK.m.46/II avukatın meslek sırrı sayılan hususlarda müvekkilin muvafakatiyle tanıklık edebileceğini düzenlemektedir. Kanun bu halde dahi avukatın tanıklıktan çekinebileceğini bildirmektedir. Bu fıkraya 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı yasa ile eklenen cümleye göre, çekinme hakkının kullanılması hukuki ve cezai sorumluluk doğurmayacaktır.

Kanun sadece tanıklıktan çekinme ifadesini kullanmış olmasına rağmen, müvekkilin rızasının sırrın açıklanmasını da mümkün kıldığı, avukatın müvekkilin rızası olmasına rağmen dilediği takdirde sırrı açıklamama hakkının da bulunduğu kanaatindeyiz⁴⁷.

Müvekkilin tam ehliyetli olması halinde rızada bir sorun yoktur. Ancak müvekkilin tam ehliyetli olmaması halinde durum ne olacaktır? Örneğin müvekkilin sezgin küçük veya kısıtlı olması durumunda sırrın açıklanmasına rızayı kim gösterecektir? Yasal temsilcinin rızası yeterli midir yoksa müvekkil küçük rızasını bizzat mı verecektir?

Sırrın korunması bir insan hakkı olması, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan sayılmasından dolayı yasal temsilcinin rızası geçerli olmayacaktır⁴⁸. Yasal temsilcinin rızasının sadece malvarlığına ilişkin sorunlar söz konusu olduğunda mümkün olduğu da ifade edilmektedir⁴⁹.

3- Avukatın Kendisini Sorumluluktan Kurtarma veya Hakkını İspat Amacıyla Müvekkilin Sırrını İfşa Etmesi Hali

Avukatın özel hukuka ilişkin tazminat taleplerine maruz kalması, meslek hukukuna özgü disiplin cezası veya ceza hukukuna ilişkin bir ceza tehdidi altında bulunması hali ile, ücret konusundaki uyuşmazlıklarda⁵⁰, mevcut maddi ve

45 TESTA, s. 148.

46 TESTA, s. 149.

47 SUNGURTEKİN ÖZKAN kanunun sır saklama hakkını da düzenlediği kanaatindeyiz (SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 400).

48 SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 401.

49 BORGMANN/HAUG, § 24 N 162.

50 Avukatlık ücretinin dava konusu olması durumunda avukat hakkını ispat edebilmek için zorunlu olarak bazı hususları açıklamak durumunda kalacaktır. Avukat burada sadece hakkını elde edebilmesi için gerekli olan şeyleri açıklayabilir. Örneğin avukat yapılan i-

hukuki durum çerçevesinde kendisinin kişisel menfaatlerini koruma yetkisine sahip olduğunun kabul edilmesi gerektiğine işaret edilmekte ve bu gibi hallerde müvekkilin sır avukatın saklamakla yükümlü olduğunda ısrar etmesinin hileli davranış teşkil ettiği⁵¹ ve bu çerçevede avukatın sır saklama yükümünden kurtulmuş kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁵²

Avukat, sözleşmedeki yükümlülüklerini iyi ifa etmediği yollu bir iddiaya karşı kendisini savunmak için, gördüğü işle ilgili bazı hususları mahkemede açıklamak zorunda kaldığı takdirde, sırrın açıklanması haklı nedene dayanmış sayılmalıdır⁵³.

BGH 18.12.1985 tarihli kararında vergi danışmanına yüküm ihlali sebebiyle tazminat davası açan müvekkilin, bu davasıyla ihtilafa temel olan tüm vakıaların mahkemede tartışılmasına razı olduğunu ifade etmiş olacağını belirtmiştir⁵⁴. 15.05.1956 tarihli bir kararında da, avukatın sadece kendisine bu özelliği sebebiyle verilen sırların izinsiz ifşasının yasak olduğunu, avukatın kendi istemini, ancak kendisine verilen ya da kendisince bilinen sırların açıklanması ile gereği gibi savunabileceği durumlarda izinsiz ifşa söz konusu olmayacağı kabul edilmiştir⁵⁵. Federal Mahkemenin bu görüşüne katılmamak mümkün değildir. Ancak burada dikkatli davranmak gerekir. Avukatın ifşa ettiği sırlar, sadece avukatın hakkını ispat amacına yönelik olmalıdır. Müvekkilin sırlarının açıklanmasında bu amaca sadık kalınmalıdır.

şin kapsamını, ihtilafın değerini, harcanan mesaiyi açıklayacaktır. Örneğin müvekkilin karakteri gibi -hakkın elde edilmesi için gerekli olmayan- hususların açıklanması caiz değildir (VIELI, s. 59; BGE 97 I 838). Avukatın sır saklama yükümünden kurtulması sadece müvekkiline karşı açtığı ücret davası ile sınırlı olmamak gerekir. Müvekkil ile yaşanan problemlerden dolayı, müvekkiline karşı manevi tazminat davası açmış olan avukat da, davasını haklı kılabilmesi için gerekli olduğu ölçüde, müvekkilin sırlarını açıklayabilecektir (TESTA, s. 162).

- 51 "Hileli davranış" deyimini ile hakkın kötüye kullanılması kastedilmiş olsa gerekir.
- 52 SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 407; BORGMANN/HAUG, § 24 N 165; TESTA, s.156-157.
- 53 TANDOĞAN, C. II, s. 454. "Vekilin görevini savsadiğı veya kusurlu davranış sergilediği nedeniyle hakkında hukuk veya ceza davası açılması halinde ve hiçbir merciden izin almadan ve savunma sınırını aşmadan özen içinde müvekkile ait sırları açıklanabilir. Bunun sebebi de Anayasada kaynağını bulan savunma hakkının kısıtlanamayacağı gereksidir." (UÇAR, Salter, Açıklamalı-İçtihatlı Avukatın Hak ve Ödevleri, İstanbul 1998, s. 32).
- 54 WM 1986, 426/429.
- 55 MDR 1956, 625/626.

Avukatın faili olmadığı bir suçla ilgili olarak kovuşturulması halinde, artık avukat müvekkilin sırrıyla bağlı kalmamalıdır. Ancak avukat bu durumda da savunma sınırlarını aşmamalıdır⁵⁶.

4- İztırar Hali-Üstün Menfaatlerin Çatışması Halinde Avukatın Durumu

Öyle bazı haller olabilir ki, avukat meslek sırrı ile üstün menfaatler arasında bir tercih yapmak zorunda kalabilir. Bu durumlarda avukatın tutumu ne olmalıdır? Züriç kantonu Avukatlık Kanunu § 14/II'de açıkça bir üstün menfaatin sırrı açıklamayı zorunlu göstermesi halinde, avukatın sırrı açıklamasının mümkün olduğunu düzenlemekle birlikte, böyle bir durumun varlığının takdiri zor olacağından, riske girmemek açısından avukatın imkanlar ölçüsünde mesleğe ilişkin denetim makamlarından izin talep etmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁷.

Üstün menfaatlerde kastedilen sadece kamu yararı değildir. Bir üst başlıkta bahsedilen, avukatın kendisini savunma amacıyla sırrın ifşası da bu kavram altında ele alınmaktadır.

Alman Hukukunda planlanmış bazı ağır suçların öğrenilmesi halinde avukatın iztırar hali gerekçesiyle ihbarla yükümlü olduğu, ihbar yükümünün sır saklama yükümünün önüne geçtiğinden bahsedilmektedir. Yüksek ahlaki vecibe olarak kamu yararının sır saklama yükümünü ortadan kaldırdığının kolaylıkla söylenemeyeceği savunulmaktadır⁵⁸. Buna karşın masum bir kişinin ceza tehdidinden kurtarılması için avukatın sırrı açıklayabileceğini savunan görüş de mevcuttur⁵⁹.

Hukukumuz açısından bakılacak olursa: Bir görüşe göre ya bir suç faili ya da işlenmiş veya işlenecek bir suç ihbarın konusu olabilir. Genel ihbar yükümlülüğü bulunan hallerin mevcut olduğu, avukatın bu durumlarda ken-

⁵⁶ MÜDERRİSOĞLU, s. 66-67.

⁵⁷ KULL, s. 85. Züriç Avukatlık Yasası 14. maddesi: "Avukat, mesleği dolayısıyla kendisine verilen veya mesleğinin icrası sırasında öğrendiği sırları korur. O bu yükümü çalışanlarında da yükler ve bunun yerine getirilmesini gözetir.

Hak sahibinin rıza göstermesi veya bir üstün menfaatin avukata gerekli görünmesi halinde, bu sırları açıklamaya yetkilidir.

Aynı şartlar altında avukat, çalışanlarını sır saklama yükümünden kurtarabilir".

⁵⁸ BORGMANN/HAUG, § 24 N. 164.

⁵⁹ HENNSLERR, Berufsgeheimnis, s. 1817/1824.

disine başvuran kişinin bahse konu bir eylem içinde bulunduğunu öğrenmesi durumunda ihbar etmesi gerektiği savunulmaktadır⁶⁰.

TCK.m.151 gereğince, TCK.m.146-150 arasında düzenlenen suçlardan birinin işlendiğini öğrenen her kişi ihbarla mükellef olmasına rağmen avukat bakımından farklı sonuca varılmasının gerekli olduğu aksi görüş olarak savunulmaktadır⁶¹. Ancak bu görüş, organize suçlulukla mücadelenin zorunluluk ve ivedilik gerektirmesi, bu suçlarla mücadelede rasyonel yaklaşımın zorunlu olması sebebiyle, bu alanlardaki suçlarda meslek sırrı ile bağlı kalınmadığının savunabileceğini düşünmektedir⁶². Avukata genel ihbar yükümlülüğü getirilmesine karşı çıkan ve sadece organize suçluluk durumunda avukatın meslek sırrı ile bağlı olmayacağını kabul eden bu görüşün savunulabilir olduğu kanaatindeyiz.

V- Sır Saklama Yükümlülüğüne Aykırı Davranmanın Hukuki Sonuçları

Avukatın, müvekkilin sırrını –sırrın açıklanmasını haklı kılacak nedenler bulunmamasına rağmen- açıkladığı takdirde, avukatlık sözleşmesini ihlal etmiş olur. Avukatın baro nezdinde disiplin soruşturmasına maruz kalması dışında, özel hukuk bakımından da müvekkiline karşı belli koşullarda sorumlu olacaktır.

İlk olarak avukatın müvekkilin sırrını saklama yükümlülüğünü ihlal eden avukat müvekkil tarafından azledilebilecektir. Avukatlık sözleşmesi güven ilişkisine dayanmaktadır. Taraflar arasında güven ilişkisinin ortadan kalkması halinde sözleşme ilişkisinin devamı düşünülemez.

AK.m.174'e göre, üzerine aldığı işi haklı bir sebep olmaksızın takipten vazgeçen avukat hiçbir ücret isteyemez ve peşin aldığı ücreti geri vermek zorundadır. Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir. Şu kadar ki, avukat kusur veya ihmalden dolayı azledilmiş ise ücretin ödenmesi gerekmez.. Yani Avukatlık Kanununa göre, avukat kusur veya ihmalden dolayı azle-

⁶⁰ DONAY, Meslek Sırrı, s.118. Yazar TCK.m.146, 147, 148, 149 ve 150'yi örnek olarak göstermekte ve bu suçların özel bir ağırlığı olduğunu, devletin ortadan kaldırılmasına ilişkin suçlar olması sebebiyle, meslek sırrı kuralına dayanarak Anayasa ile korunan düzeni yıkmak hakkı bulunmadığını gerekçe olarak göstermektedir (s. 118-119).

⁶¹ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 405. Yazar kanundaki "her kişi" kavramına, müdafiliğini üstlenmiş olduğu sanığın bir sırrını mesleği dolayısıyla öğrenmiş olan avukatı da dahil etmenin, hukuk devletinin üzerine inşa olduğu üç temelden biri olan savunma hakkını zedeleyeceğini, bu durumun avukatlık meslek ahlakı ile de bağdaştırılmayacağını beyanla, avukatlığın özel nitelikte güvene dayanan bir meslek olmasını gerekçe olarak göstermektedir (s.405-406).

⁶² SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 406. Organize suçlarla mücadelede amaç yaşama, sağlık ve mülkiyet haklarının korunması olduğundan, bu üstün değerler karşısında avukatlık meslek sırrının geri planda kalması gerektiği ifade edilmektedir (HENNSSLER, Berufsgeheimnis, s. 1820).

dildiği takdirde, müvekkil avukatı azledebilir ve bu azil karşısında avukat müvekkilden ücret talep edemez.

Somut olayın şartları değerlendirildiğinde taraflar arasında güven ilişkisinin zedelendiğinin kabul edilebileceği hallerde, azil veya istifanın haklı olduğu söylenebilecektir⁶³. Avukatın müvekkile ait sırları –hukuka uygunluk nedenleri mevcut olmamasına rağmen- ifşa etmesi bu anlamda güven ilişkisini ortadan kaldıracığından, bu halde avukatın azli haklı görülebilecektir. Bu halde müvekkili tarafından haklı olarak azledilmiş bulunan avukat müvekkilden ücret talep edemeyecektir⁶⁴.

Avukatın azli dışında, onun tazminat talebi ile de karşı karşıya kalması da mümkündür. Avukatlık sözleşmesi çerçevesinde faaliyet gösteren avukatın müvekkili karşısında sorumluluğunu gerektiren hallerde, avukata karşı özel hukuka dayalı tazminat talebinde bulunabilmek için, avukatın sözleşme ile borçlandığı yükümlülüklerini ihlal etmesi tek başına yeterli değildir. Müvekkilin ayrıca avukatın sözleşme ihlalinden dolayı bir zarara uğramış olması gerekir⁶⁵. Müvekkilin uğradığı zarar maddi zarar olabileceği gibi, manevi

63 Avukatın uzunca bir süre davayı takipsiz bırakması (Yarg. 4. HD. 18.12.1970 gün E. 8436-K.9466; KAÇAK, s. 52), tarafların birbirlerine hakaret etmesi, müvekkilin avukata gerekli masrafları vermemesi, gerekli ispat araçlarını teslim etmemesi vs. gibi hususlar haklı neden oluşturabilecektir.

64 Haklı olarak azledildiği halde, kötünietli olmayan ve azle neden olan davranışı ile iş sahibine hiçbir zarar vermeyen avukat konusunda yasada bir hüküm bulunmadığı, böyle bir durumda hiçbir zarar görmeyen müvekkilin avukatın azil anına kadar sarf ettiği mesaisinden ve bilgisinden karşılıksız yararlanmış olacağı, bundan dolayı ortada müvekkili zarara sokmaya yönelik bir kötünietli davranış bulunmadığına göre, müvekkilin yararlanmış olduğu avukatın mesaisine karşılık, adil bir karşılık ödemesi gerektiği fikri savunulmaktadır (SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 213). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir kararında avukatın azle yol açan davranışının davalı müvekkili aleyhine herhangi bir sonuç doğurmadığını, bundan dolayı diğer davalar için sonuçlanmamış olsa dahi, azil tarihine kadar davacı avukatın sarf ettiği mesai dikkate alınarak adalete uygun bir avukatlık ücretinin takdir edilmesinin hakkaniyete uygun düşeceğini belirtmiştir (Yarg. HGK., 23.09.1987, 3-186/657, YKD 1988/2, s. 156-159). Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun müvekkilin avukatı azletmesine neden olan dava dışındaki, davalar için hakkaniyete uygun bir ücret takdir düşüncesi tarafımızdan da kabul edilebilir görülmektedir. Ancak azle neden olan davaya ilişkin olarak avukatın hiçbir şekilde ücret talep edemeyeceği kanunun ifadesinden net bir şekilde anlaşılabilir. Bundan dolayı, bir ayırım yapmaksızın haklı azle rağmen, avukatın kötünietli olmaması halinde, avukatın azil anına kadarki mesaisi ve bilgisinden yararlandığı gerekçesiyle, adil bir ücret takdir edilmesi düşüncesinin yerinde olmayacağı kanaatindeyiz. Meseleye madalyonun öteki yüzünden bakıldığında da, kötünietli olmayan müvekkil, azlin haklı olmaması halinde, avukata tam ücret ödemekte, avukatın tasarruf ettiği mesaisi bir indirim sebebi olarak kabul edilmemektedir.

65 BOERGEN, Rüdiger, Die vertragliche Haftung des Rechtsanwalts, Duckker&Humbiot, Berlin 1968, s. 40; SHNEIDER, Egon, Problemfalle aus der Prozesspraxis, MDR 1988,

zarar da olabilir⁶⁶. Sorumluluğun diğer koşulları da oluştuğu takdirde, bu her iki zarar türü tazmin edilmek gerekir.

Avukatlık sözleşmesine dayalı olarak avukatın tazminat sorumluluğuna gidebilmek için ortada bir sözleşme ihlali ve zararın bulunması yeterli değildir. Ayrıca sözleşme ihlali ile zarar arasında illiyet (nedensellik) bağının bulunması zorunludur⁶⁷.

Avukatlık sözleşmesinden dolayı avukatın sorumluluğuna gidilebilmesi için avukatın fiili ile zarar arasında illiyet bağının varlığı yeterli değildir. Avukatın kusuru bulunması gerekir⁶⁸. Avukatın avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğu akdi sorumluluk olduğundan dolayı, müvekkil avukatın kusurlu olduğunu ispat etmek zorunda değildir. O sadece avukatın fiilini, uğradığı zararı ve zarar ile avukatın fiili arasındaki illiyet bağını ispat etmek zorundadır. Kusursuzluğunu ispat yükü akdi sorumluluğun genel esaslarına göre avukata düşmektedir⁶⁹.

Tüm bu koşullar gerçekleştiği takdirde, müvekkilin sırrını saklama yükümlülüğünü ihlal eden avukat tazminat ile yükümlü tutulabilecektir.

s. 283; ÖZKAYA Eraslan, Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997, s.761; Yarg. 13. HD. 09.05.1996 gün E.3956-K.4329 (KAÇAK, Nazif, Yargı Kararlarıyla Avukatlık Kanunu ve İlgili Mevzuat, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001, s.53).

66 TESTA, s. 135.

67 HEINEMANN, Klaus, Baustein anwaltlicher Berufshaftung: Die Beweislast, NJW 1990, s. 2346.

68 HENSSLER, Haftungsrisiken, s. 182. Avukatın profesyonel bir meslek icra ettiği gerçeği gözden kaçırılmamalı ve avukatın sorumluluğunun belirlenmesinde daha dikkatli olunmalıdır. Prensip olarak avukat her türlü kusurundan dolayı müvekkiline karşı sorumludur. Kusur kasit veya ihmale dayanabilir. Avukatın ihmali halinde de ağır ihmal ve hafif ihmal ayırımı yapılabilir. Ancak avukatın hukuki sorumluluğunun gerçekleşmesi bakımından bu ayırımın pek de önemi yoktur. Çünkü bir serbest meslek mensubu olan avukat prensip olarak her türlü kusurundan sorumludur. Ancak bu ayırım hepten de önemsiz değildir. Avukatın tazminat sorumluluğunun kapsamını tayinde ihmalinin derecesi önem kazanmaktadır (BK.m.43/1). Çünkü yasakoyucu hakim “hal ve mevkiin icabına ve hataın ağırlığına göre tazminatın suretini ve şümlünün derecesini tayin” etmesi gerektiğini düzenlemektedir.

69 KULL, s. 126. Avukat müvekkilin sırrını sırta vakıf olmayan üçüncü kişilere kasıtlı olarak açıklayabileceği gibi, sır saklama yükümlüğünün ihlali gayri iradi surette de gerçekleşebilir. Müvekkile ait belgelerin açık bırakılması ya da dikkatsizlikten dolayı kaybedilmesi halinde de avukatın sorumluluğu söz konusu olabilecektir (TESTA, s. 145).

