

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (HUKUK FELSEFESİ ve SOSYOLOJİSİ)
ANABİLİM DALI**

**DAVID LUBAN'IN AHLÂKİ AKTİVİZM YAKLAŞIMI KAPSAMINDA
AVUKAT VE
MÜVEKKİL ARASINDAKİ SIR TUTMA İLKESİNİN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

Yüksek Lisans Tezi

Nadire ÖZDEMİR

Ankara-2011

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (HUKUK FELSEFESİ ve SOSYOLOJİSİ)
ANABİLİM DALI**

**DAVID LUBAN'IN AHLÂKİ AKTİVİZM YAKLAŞIMI KAPSAMINDA
AVUKAT VE
MÜVEKKİL ARASINDAKİ SIR TUTMA İLKESİNİN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

Yüksek Lisans Tezi

Nadire ÖZDEMİR

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Gülriz UYGUR

Ankara-2011

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ)
ANABİLİM DALI

**DAVID LUBAN'IN AHLÂKİ AKTİVİZM YAKLAŞIMI KAPSAMINDA AVUKAT VE
MÜVEKKİL ARASINDAKİ SIR TUTMA İLKESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı : Doç. Dr. Gülriz UYGUR

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

Doç. Dr. Gülriz UYGUR

Prof. Dr. Harun TEPE

Yrd. Doç. Dr. Saim ÜYE

İmzası







Tez Sınavı Tarihi: 16.12.2011

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR CETVELİ.....	iii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

AVUKATLIK MESLEK ETİĞİ VE DAVID LUBAN'IN AVUKATLIK MESLEK ETİĞİ YAKLAŞIMI

I. AVUKATLIK MESLEK ETİĞİNİN ANLAMI.....	8
II. AHLÂKİ AKTİVİZM VE DAVID LUBAN'IN MESLEK ETİĞİ YAKLAŞIMI	
A. Ahlâki Aktivist Düşüncenin Gelişimi	16
B. David Luban'ın Ahlâki Aktivizmi	25
C. David Luban'da Ahlaki Aktivist Avukat	33
D. David Luban'ın Meslek Etiği Anlayışında Avukat ve Müvekkil Arasındaki İlişkinin Etik İlişki Olmasına Dair Temel Dayanaklar	37
1. İnsan Onurunun Koruyucuları Olarak Avukatlar ..	38
2. Rol Ahlâkının Dışına Çıkma	46

İKİNCİ BÖLÜM

DAVID LUBAN'IN YAKLAŞIMINDA SIR TUTMA İLKESİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ

I. SIR TUTMA İLKESİNİN GENEL OLARAK ANLAMI ve KAPSAMI.....	56
--	----

A. Sır Tutma İlkesinin Tarihçesi	58
B. Sır Tutma İlkesinin Amacı ve Gerekçeleri	62
II. SIR TUTMA İLKESİNİN ÇIKMAZLARI	67
III. DAVID LUBAN'IN AHLÂKİ AKTİVİZMİ ÇERÇEVESİNDE SIR TUTMA İLKESİ	
A. David Luban'da Sır Tutma İlkesinin Anlamı ve Amacı	78
B. Sır Tutma İlkesini Haklılaştıran Nedenler	82
C. David Luban'a Göre Sır Tutma ilkesinin Sınırları	84
1. Korumacı Tutum Kapsamında Suçlu Müvekkil ve Avukat	86
2. Sınırlandırıcı Tutum Kapsamında Şirket Avukatı ve Sır Tutma İlkesi	90
SONUÇ	96
KAYNAKÇA	101
ÖZET	109
SUMMARY	110

KISALTMALAR

AİHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Bkz.	:	Bakınız
çev.	:	Çeviren
der.	:	Derleyen
Ed.	:	Editor
Ibid	:	ibidem
loc. cit.	:	Lococitato
m.	:	madde
No.	:	Numara
Nr.	:	Number
s.	:	Sayfa
ss.	:	sayfalar
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
v.	:	versus
Vol.	:	Volume

GİRİŞ

Meslek kavramı, her meslek grubunun kendine özgü değerler dizisi çerçevesinde belirli bir uygulama alanında sunulan sosyal hizmetle ilgilidir¹. Her bir mesleğin gereklerinin ve iç dinamiklerinin farklı olması, kuşkusuz her bir meslek mensubunun söz konusu hizmeti sunarken farklı sorunlarla karşılaşmasıyla sonuçlanmaktadır. Ancak nihayetinde bu karşılaşmayı yaşayan hep kişilerdir. Bu sebeple etik sorunların meslekten mesleğe tamamen farklılık göstermesi beklenemez, mutlaka birçok durumda benzerlik taşıyacaklardır².

Hukuk uygulayıcılarının birçok etik sorunla karşı karşıya gelmesi ve hukukun genel olarak etik değerlerle ilgili olması hukuk-etik ilişkisinin yakınlığına işaret etmektedir. Hukuk ve etik arasındaki bu yakınlık hukukun tanımlanmasında, hukuka uyma nedenlerinin açıklanmasında ve insan hakları veya adalet gibi hukuki kavramların anlaşılmasında önem arz etmektedir³. Bu önemin farkında olunan kimi hukuk fakültelerinde öğrenciler, etik dersi aracılığıyla hukuk pratiğine yönelik bilinçlendirilmeye çalışılmakta ya da ceza hukuku gibi ayrı hukuk derslerinde

¹ Clifford D. Stromberg, “Key Legal Issues in Professional Ethics”, **National Student Speech Language Hearing Association Journal**, (Vol.19) 1991-1992, s.61.

² Harun Tepe, **Etik ve Meslek Etikleri**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2009, s.10.

³ Gülriz Uygur, “Hukuk Etiğine Giriş”, http://www.bahum.gov.tr/bahumetik/kose_yazileri/makale_bilimsel_yazi/1_makale.htm, (12 Haziran 2011).

karşılaşılan somut olaylardaki etik problemler özellikle tartışılmakta⁴ ve hatta bazı yerlerde potansiyel sorunları çözüme kavuşturmak için uygulamalı meslek etiği merkezleri kurulmaktadır⁵. Bunun da ötesinde, hukukçulardan başka, alternatif çözüm yöntemleri uygulayıcıları gibi hukuki sorunları çözüme kavuşturan kişilerin de birtakım etik kurallarla muhatap olmaları gerektiğinden bahsedilmektedir⁶. Tüm bunlar hukukun ilişkili olduğu etik değerlerin farkındalığıyla ilgilidir.

Hukuk başta adalet olmak üzere insan hakları, özgürlük gibi etik değerlerle yakından ilişkilidir. Hukukun temel amacının adaleti sağlamak olduğunu kabul ettiğimizde, hukukun yapısında yer alan her birimin, hukuku gerçekleştiren her kurumun ve kişinin bu amaç doğrultusunda hareket etmesi beklenir. Bu bağlamda, hukukun üzerine inşa edildiği değerlerin etikle, etiğin de hukukun uygulayıcılarını ilgilendiren meslek etiğiyle ilişkisi açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu ilişki, hukukçu ve hukuk teknisyeni farkını anlamamıza da ışık tutmaktadır. Hukuk kuralları, teknik uzmanlık normlarını değil, yöntemleri ve alışkanlıkları farklı öğreti sınırları arasında kolayca taşınabilen bir bütünü teşkil etmekte ve hukukçu bir teknisyen değil, bir alanda eğitim almış; fakat ilgili bütün disiplinlere hâkim bir joker özelliğine sahip olmaktadır⁷. Zira hukuk mesleğinin ve özelde avukatlığın, para karşılığı sunulan bir

⁴ Peter A. Joy, “Teaching Ethics in the Criminal Law Course”, **Saint Louis University Law Journal**, (Vol.48) 2003-2004, s.1240.

⁵ Joshua P.Davis, “Teaching Values –The Center for Applied Legal Ethics”, **University of San Francisco Law Review**, (Vol.36) 2001-2002, s.600.

⁶ Scott R.Peppet, “ADR Ethics”, **Journal of Legal Education**, (Vol.54) 2004, s.72.

⁷ Anthony T. Kronman, “The Law as a Profession”, Deborah L. Rhode (der.), **Ethics in Practice: Lawyers’ Roles, Responsibilities, and Regulation**, Oxford University Press, New York 2003, s.32.

hizmet olmanın ötesinde başka amaçları hedeflemesi gerekmektedir. Bu amaçlar, kanunu bire bir uygulamanın ötesinde bir anlam taşımakta ve hukukçuların mesleklerini icra ederken karşılaştıkları sorunlarla ilgili olarak birtakım etik değerler üzerinde düşünmelerini gerektirmektedir.

“Doğru eylem nedir?”, sorusunun “bu durumda ne yapmak doğru olur?”, sorusundan farklı olduğunu belirten **Ioanna Kuçuradi**, felsefenin bir alanı olarak etiğin soruları ve günlük yaşamda içinde bulunulan eşsiz duruma özgü soruların meslek etiği sorularından farklı olduğunu altını çizer⁸. Felsefedeki etik sorular her ne kadar diğer kişilerle ve kendimizle ilişkilerimize dair sorular olsa da epistemolojik ve ontolojik açıdan farklılık arz etmektedir⁹. Günlük yaşamda sorulan sorular ise belirli bir kişinin belirli bir durumu değerlendirmesi ya da belirli bir durumda nasıl eylemde bulunması gerektiğiyle ilgilidir¹⁰. Meslek etiği de meslek mensuplarının farklı meslek alanlarında karşılaştıkları tek ve eşsiz sorunlarla ilgili olmakla beraber, bugün daha çok, ilgili her bir mesleğin icrasında belirli bir tek durumda genel olarak yapılması öngörülen etik ve hukuksal ortak norm arayışı içinde bulunmaktadır¹¹.

Kimi görüşlere göre hukukilik fikri kapsamında ele alınması gereken meslek etiği, sadece mesleki sorumluluk ya da mesleki davranış kurallarından ibaretmiş gibi kabul

⁸ Ioanna Kuçuradi, “Felsefi Etik ve Meslek Etikleri”, Harun Tepe (der.), **Etik ve Meslek Etikleri**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2009, ss. 27-28.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid s.28, s.33.

edilmektedir¹². Hukukilik iddiası, meslek etiğini, ‘mesleki sorumluluk kuralları’ ya da ‘mesleki davranış kuralları’yla ilgili bir hukuk disiplini olarak kabul etme eğilimi içindedir¹³. Kesinlik, öngörülebilirlik ve uygulanabilirlik koşullarını sağlamak kaygısını ön planda tutan bu görüş, aslında etiği sübjektif ve görelî bir alanmış gibi kabul ederek bir yandan etik yaklaşımın özünü gölgede bırakmakta, bir yandan da etiği sadece kurallara indirgemektedir¹⁴. Oysa ki meslek kurallarının muhakemesini yapmak, etik açıdan değerlendirmek ve hatta hukuk mesleğinin amacı doğrultusunda kimi somut olaylarda, etik sebeplerden ötürü söz konusu meslek kurallarını ihlal etmek mümkün olabilmektedir. **Kuçuradi**’nin, insanların normlara uygun davranmaya zorlanabilecekleri; ama etik eylemde bulunmaya zorlanamayacakları¹⁵ görüşünün bu önemli hususun fark edilmesine ışık tutabileceği kanısındayız.

Avukatlık meslek etiği de yukarıda çizdiğimiz etik-meslek etiği ilişkisi içinde değerlendirilmelidir. Günümüzde ‘serbest meslek’ kategorisinde nitelendirilen avukatlık, kimilerince, hukuki yardım ve adaleti sağlama görevinden sapıp “iş yapma”ya dönüştürülmüştür¹⁶. Bu dönüşüm ise avukat ve müvekkil arasındaki ilişkinin etik ilişki olduğunun görmezden gelinmesine yol açmaktadır.

¹² Christine Parker, Adrian Evans, **Inside Lawyers’ Ethics**, Cambridge University Press, New York 2007, s.4.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ioanna Kuçuradi, 2009, s.43.

¹⁶ Haluk İnanıcı, **21. Yüzyılda Avukatlık ve Baro Eleştirel Bir Değerlendirme**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s.196. -Ayrıca, ”çıkâr” kavramı çerçevesinde avukatlığın “iş”ten ayrılıp bir meslek olarak tanımlanması hususunda daha ayrıntılı

Toplumsal ilişkiler, bir toplum yapısını meydana getiren ve her biri bir işlev ilişkisi gören ilişki türüdür. Bu ilişkinin iki ucunda toplumsal işlevlere sahip olan ve farklı rolleri gerçekleştiren iki farklı konum vardır. Örneğin devlet-vatandaş ilişkisi, öğretmen-öğrenci ilişkisi, avukat-müvekkil ilişkisi gibi. Bu konumlar, toplumun o çağdaki ihtiyaçlarına göre çeşitlenip yapılandırılır; ancak ne olursa olsun yalnızca ilişki olarak var olma özelliğine sahiptirler¹⁷. Hukukça belirlenen bu konumlardaki rolleri oynamak üzere girilen her bir ilişki, aynı zamanda bir bütünlüğe sahip belirli kişilerce yerine getirilir¹⁸. Avukat-müvekkil ilişkisi, toplumsal yapı içinde, yargı faaliyetinin yerine getirilmesi amacıyla konumlandırılmış olan ve nitelikleri - amaçları değil- zamandan zamana değişiklik gösteren bir toplumsal ilişki türüdür. Ancak en nihayetinde müvekkil rolünü ve avukat rolünü gerçekleştirenler birer kişidirler. Bu kişiler arasındaki ilişki de belirli bir bütünlüğü olan A kişisiyle B kişinin ilişkisi gibi bir etik ilişkidir.

Etik ilişki, değer sorunlarının söz konusu olduğu ilişki türüdür¹⁹. Değer sorunları ise tek tek olaylar ya da durumların değerlendirmesinde ortaya çıkar. Belirli bir bütünlükte olan bir kişinin (değer dünyasının bütünlüğü anlamında) belirli bir kişi ya da insan durumu ile ilişkisi etik ilişkidir²⁰. Toplumsal ilişkiler kavram ilişkileri

bilgi için bakınız: Michael Davis, **Profession, Code and Ethics**, Ashgate Publish, Aldershot 2002, ss.37-46.

¹⁷ Ioanna Kuçuradi, **Etik**, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2006, s.6.

¹⁸ Kuçuradi, 2006, s.7.

¹⁹ Ibid., s.3.

²⁰ Kuçuradi, loc.cit.

olduğu için değer dışıdır; ancak kuruluş biçimi ve gerçekleştirilme koşullarında ve bu ilişkiler içinde olan insanların eylemleriyle ilgili olarak değer sorunları gündeme gelebilir²¹. Kişinin söz konusu toplumsal ilişki içinde gerçekleştirdiği rolü ile ilgili her davranışının temelinde bir etik ilişki vardır. Zira kişi ister avukat olsun ister müvekkil olsun, her bir davranışı ve tutumu kendi bütünselliği içerisinde o kişiye ait birer eylemdir. İnsanın gerçekleştirdiği her eylemin ise doğrudan ya da dolaylı olarak değer sorunuyla ilgili olduğu bilgisi ışığında her türlü insan ilişkisinin (gerek insanın bir insanla ya da bir insan durumuyla ilişkisinin) temelinde bir etik ilişki olduğu unutulmamalıdır²².

Avukatın müvekkili ile ilişkisi, her ne kadar toplumsal türden bir ilişki yapısında olsa da, o rolleri gerçekleştiren kişiler arasında, -avukatın gerek müvekkilinin durumu karşısında, gerekse müvekkiliyle ilişkisinde- değer sorunlarının gündeme gelebileceği bir etik ilişki türü olduğu söylenebilir.

Avukat ve müvekkili arasındaki ilişkinin etik ilişki olduğunu göstermeye yeterli görüşler olarak avukatın ahlâki sorumluluğunu ileri sürenler söz konusudur. İsim babası **David Luban** olan ahlâki aktivizm yaklaşımı da bu görüşlerden filizlenmiştir. Bu yaklaşıma göre adaletin sağlanması açısından kendini sorumlu hisseden avukat, bu sorumluluğunu gerçekleştirmek için ilgili hukuk normunu bulmak, yorumlamak ve müvekkilini ikna etmek açısından aktif bir yaratıcılık içinde olmalıdır. Avukatları adalet savaşçıları olarak resmeden bu model, avukatlığın kamusal yanını ön plana

²¹ Kuçuradi, 2006, s.8.

²² Ibid., s.12.

çıkarmak eğilimindedir. Bu çalışmada avukat ve müvekkili arasındaki güveni oluşturmada büyük rolü olan sır tutma ilkesine dair etik problemlerin ahlâki aktivist bir yaklaşımla nasıl değerlendirileceği ortaya konacaktır. Güven ortamı sağlayarak bilgi aktarımını kolaylaştırmak ve dolayısıyla doğru değerlendirme yapabilmek için bir araç olan bu davranış ilkesinin **Luban**'ın görüşleri çerçevesinde nasıl yorumlanacağı ve bir etik ilişkideki yeri belirlenmeye çalışılacaktır.

Avukatlık meslek etiği ve **Luban**'ın avukatlık meslek etiğine yaklaşımını inceleyeceğimiz ilk bölümde meslek etiği kavramına dair farklı yaklaşımlar ortaya konacak ve ardından ahlâki aktivizmi daha detaylı incelemek üzere **Luban**'ın meslek etiği anlayışı üzerinde durulacaktır. Sır tutma ilkesini işleyeceğimiz bir sonraki bölümde ise genel olarak ilkenin anlamına, amacına, tarihçesine ve ilkenin uygulamada yarattığı problemlere değinilip, ahlâki aktivizm çerçevesinde bu problemlerin **Luban** tarafından nasıl ele alındığından bahsedilerek avukat ve müvekkil arasındaki etik ilişkide yeri ortaya konmaya çalışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

AVUKATLIK MESLEK ETİĞİ VE DAVID LUBAN'IN AVUKATLIK MESLEK ETİĞİ YAKLAŞIMI

I. AVUKATLIK MESLEK ETİĞİNİN ANLAMI

“Biz hukukçulara yüklenen en büyük güçlük, yaşam mesleğimize inanmak ve fakat aynı zamanda varlığımızın en derin bir katmanında yine de her zaman ondan kuşkulandırmaktır.”
(Radbruch)²³

Avukatlık mesleği kapsamındaki mesleki sorumluluk ve meslek ilkelerinin anlamını somutlaştırıp önemini belirginleştirmek mümkündür. Hukukun varlığı ve işlevi toplumun düzeni ve refahıyla, hukukun amacı ise adalet değeriyle ilgilidir. Bu bağlamda hukukun ihlali, gerek tek tek bireyler gerekse toplumun geneli açısından ciddi birtakım sonuçlara yol açabilecek bir otoriteyle yaptırıma bağlanmıştır. Bu otoritenin hukukun uygulayıcıları tarafından kötüye kullanılması her zaman için bir

²³ Güstav Radbruch, **Hukukta Bilgelik Dolu Özlü Sözler**, Vecdi Aral (çev.), Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Kocaeli 2002, s.117.

risk taşımaktadır. İşte bu riskin avukatlar açısından en aza indirgenme çabası meslek etiği disiplinine bir anlam kazandırmaktadır²⁴.

Etiğin, yaşamda karşılaştığımız eylem ve değerlendirmelere dair felsefi bakışla fark edilebilecek sorun ve sorularla ilgili olması²⁵, avukatlık meslek etiğinin anlamına da ışık tutmaktadır. Avukatlık meslek etiği, temel olarak, meslek yaşamının sadece kurallarla belirlenemeyen ahlâki boyutlarıyla ilgili olup, avukatların, mesleklerini icra ederken karşılaştıkları eylem ve değerlendirmelere dair etik sorunları konu etmektedir²⁶. Bu bağlamda meslek etiği ve avukatlık meslek etiği, uygulamalı etiğin (“*applied*” veya “*practical ethics*”) bir alt dalı olarak, kuralların içeriğine ya da kaynağına dair soyut değerlendirmeler yapmak yerine, söz konusu kuralların uygulamada yarattığı sorunları ahlâki açıdan tartışma konusu olarak ele almaktadır²⁷. Bu anlamdaki meslek etiği yaklaşımı, kimi yazarların ‘mesleki sorumluluk’ (*professional responsibility*)²⁸ kimilerininse ‘hukuk merkezli yaklaşım’ (*law-centered*)²⁹ ya da ‘hukuki yaklaşım’ (*legal approach*)³⁰ olarak belirttiği anlayışın

²⁴ Charles W. Wolfram, **Modern Legal Ethics**, West Publication, Minnesota 1986, ss.11-12.

²⁵ Harun Tepe, “Bir Felsefe Dalı Olarak Etik”, **Doğu Batı Düşünce Dergisi**, 1998, s.16.

²⁶ Andrew Boon ve Jennifer Levin, **The Ethics and Conduct of Lawyers in England and Wales**, Hart Publishing, Oregon 1999, s.7.

²⁷ Donald Nicolson ve Julian Webb, **Professional Legal Ethics Critical Interrogations**, Oxford University Press, New York 1999, s.5.

²⁸ Christine Parker, “A Critical Morality for Lawyers: Four Approaches to Lawyers’ Ethics”. **Monash University Law Review**, (Vol.30) 2004, s.53.

²⁹ David Luban, “Reason and Passion in Legal Ethics”, **Stanford Law Review**, (Vol.51) 1999, ss.873-876.

karşısındadır. Zira onlar hukuki yaklaşımın aksine meslek etiğinin anlamının ahlâk teorileriyle belirlenmesini, yani ‘ahlâk merkezli yaklaşım’ (*morality-centered*)³¹ veya ‘etik yaklaşımı’ (*ethical approach*)³² savunmaktadır.

Meslek etiğinin anlamını sadece hukuki bazda ortaya koyan hukuk merkezli yaklaşım, meslek etiği ibaresindeki etiği tanımlayıcı anlamda kullanmakta ve meslek etiği kurallarını diğer hukuki düzenlemeler gibi ele almaktadır³³. Bunun yanı sıra, ceza hukuku (cezai sorumluluk) veya tüketici hukuku (hukuki sorumluluk) alanlarıyla da ilişki kurarak, “hukuk kuralları sınırı içinde kalarak avukatlık mesleği nasıl icra edilebilir” sorusuna cevaben meslek etiği düzenlemelerine başvurmaktadır³⁴. Kimi yazarların oyununun kuralları olarak nitelendirdiği bu düzenlemelerin, hukuk pratiğinin gerek uygulayıcılar gerekse sıradan vatandaşlar için çizilmiş olan meşru oyun alanını sınırlandırmak gibi bir işlev gördüğü kabul edilmektedir³⁵. Genel ahlâk felsefesini hukuk alanından ayrı tutma anlayışına sahip olan bu görüşe göre meslek etiği disiplini, mesleki düzenleme ya da mesleki yapılageliş kurallarıyla ilgilidir³⁶. Bu yaklaşım, kesinlik, öngörülebilirlik ve uygulanabilirlik kıstaslarını ön planda tutarak, görelî ve sübjektif bir alan olarak

³⁰ Elliot D.Cohen, Michael David, Frederick A. Elliston (der.), **Ethics and the Legal Profession**, New York 2009, s.9.

³¹ David Luban, 1999, ss.873-876.

³² Cohen, s.9.

³³ Ibid., s.10.

³⁴ Cohen, ss.9-12.

³⁵ Jonathan S.Lynton ve Teri Mick Lyndall, **Legal Ethics and Professional Responsibility**, Albany 1994, s.9.

³⁶ Charles W. Wolfram, **Modern Legal Ethics**, Minnesota 1986, s.68.

kabul ettiği etiğin sınırlarını, kurallarla belirleme çabası içerisinde³⁷. Çağımızda gerek sayı gerekse içerik olarak genişlediği söylenen meslek etiği kurallarına³⁸ bire bir uyulması durumunda mesleğin gereği gibi yerine getirileceği ileri sürölmektedir. Bu göröş avukat ve müvekkil arasındaki ilişkinin etik bir ilişki olduğu iddiasının karşısında olup, sadece hukuki bir ilişki olarak niteler. Bu ilişkinin etik yanını görmezden geldiği için de değer harcanmasına neden olabilir.

Oysa etik merkezli yaklaşım avukat-müvekkil ilişkisinin etik yanını görmemize yardımcı olur. Zira meslek etiği ve genel etik arasındaki ilişki, avukatlık mesleğinin niteliği, avukatın ahlâki değerleri gibi hususlar bu yaklaşım çerçevesinde ele alınabilmektedir³⁹. Avukatın hem ahlâki anlamda iyi bir insan hem de iyi bir hukukçu olarak mesleğini nasıl icra edeceği sorusuna cevap arayan bu göröş, meslek kurallarını, ahlâki değerleri koruyarak mesleğini iyi bir şekilde icra etme amacının gerçekleştirilmesi için kabul edilmiş standartlar olarak görmektedir⁴⁰. Çalışmamıza konu olan **Luban**'ın meslek etiği yaklaşımı da yaklaşım içerisinde yer alır.

³⁷ Parker, s.53.

³⁸ Örneğin Amerikan Barolar Birliğinin 1909'da çıkardığı “The Canon of Legal Ethics”, birkaç nasihat verici açıklama içerirken aynı kurumun 1983'te çıkardığı “The Model Rules of Professional Conduct” birçok kuralı barındıran bir ‘kanun’ görünümündedir. (Anthony T.Kronman, “The Law as a Profession”, **Ethics in Practice: Lawyers' Roles, Responsibilities, and Regulation**, Deborah L.Rhode (der.), Oxford University Press, New York 2000, s.29).

³⁹ Cohen, s.13.

⁴⁰ Ibid., s.9.

Hukuk merkezli yaklaşım çerçevesinde avukat ve müvekkil arasındaki ilişki, taraf avukat ve sorumlu avukat modellerine göre incelenebilir. Taraf avukat rolünü üstlenmiş olan avukat, müvekkilinin menfaatini sıkı bir taraflılıkla ancak hukuk kuralları içinde kalarak savunacak, taraflılık (*partisanship*) ve hesap vermezlik (*non-accountability*) ilkelerine bağlı kalacaktır⁴¹. Avukat, müvekkilinin hukuk sistemi içindeki temsilcisi rolündedir⁴². Bu anlamda hukuk kurumlarının amacı ve adaletin gereği, müvekkilin menfaatleri karşısında gölgede kalmaktadır. Bu yaklaşım, doktrinde ileri sürülen ‘müvekkil merkezli’⁴³ avukat tanımıyla da benzerlik göstermektedir. Mücadele sistemini⁴⁴ (*adversarial system*) benimsemiş ülkelerdeki genel avukat rolüyle bağdaşan taraf avukat yaklaşımı doktrinde özellikle iki önemli meslek etikçisi **Luban** ve **William H. Simon** tarafından etik ilkelerin göz ardı edilebildiği ve adaletin gerçekleşmesini gölgelediği gerekçesiyle eleştirilmektedir⁴⁵.

⁴¹ Parker, Evans, s.14.

⁴² Ibid., s.24.

⁴³ “client centeredness” diye adlandırılan bu yaklaşım müvekkilin kendi yaşamını ve ilişkilerini kontrol etmekte geniş bir özerklik sunmaktadır (Paul Tremblay, “Critical Legal Ethics”, **The Georgetown Journal of Legal Ethics**, (Vol.20) 2006, s.19, (<http://ssrn.com/abstract=957711>’den aktarılmıştır).

⁴⁴ ‘*Adversarial System*’ teriminin özellikle ceza hukuku açısından ‘mücadele sistemi’, ‘karşılıklı mücadele sistemi’ veya ‘itham sistemi’ olarak çevrileri mevcuttur. Biz çalışmamızda davanın doğası gereği genelde bir davalı ve davacı tarafı gerektirmesinden ötürü ‘karşılıklılık’ esasını barındıracağını düşündüğümüz için sadece ‘mücadele sistemi’ demenin uygun olacağını düşündük.

⁴⁵ Rakesh K Anand, “Toward an Interpretive Theory of Legal Ethics”, **Rutgers Law Review**, (Vol.58) 2006, ss.665-675.

Müvekkilinin menfaatini temel alan taraf avukata nazaran sorumlu avukat modelindeki avukat, hukuk kurumlarını ve adaleti merkeze alarak, hukuk sisteminin koruyucusu ve mahkemenin bir görevlisi gibi davranmakta, hukuk pratiğini bir kamu görevi olarak nitelendirmektedir⁴⁶. Sorumlu avukat, hukuk kurumları ile müvekkili arasında bir tür uzlaştırıcı olarak davranarak menfaat dengesini dikkate alacaktır⁴⁷. Bu avukat modeli de müvekkillerinin menfaatini korumakla görevlidir; ancak bir yandan da müvekkillerine karşı hukuku temsil etmek ve müvekkil menfaatinin hukuka uygunluğunu gözetmek gibi sorumlulukları vardır⁴⁸.

Dikkat edilirse her iki modelde de avukat, hukuk kuralları sınırı içinde kalmaya özen göstermektedir. Bu benzerliğe karşın, ikinci modelin avukatı, hukukta boşluk olduğu zamanlarda daha farklı bir yaklaşım sergileyebilmektedir. Zira söz konusu avukat, bu boşlukları doldururken ilk etapta müvekkilinin menfaatine değil, hukuk kurallarına ve hukuk kurumlarının amacına önem verecektir. Kanımızca, bu yaklaşım doktrinde ‘toplumun avukatı’ olarak da tanımlanan, uzun dönem toplum amaçlarını kısa dönem müvekkil çıkarlarına tercih etmeyen⁴⁹ avukat tipine benzemektedir. Zira sorumlu avukat modeli, kamunun geneli için konuşmuş hukuk kurumlarını bir kamu görevlisi

⁴⁶ Parker, Evans, ss.24-25.

⁴⁷ Ibid., s.18.

⁴⁸ Ibid., s.25.

⁴⁹ Gerald Lopez’in ileri sürdüğü; fakat sonradan başka akademisyenlerce geliştirilen ‘baş kaldıran’ ya da ‘toplum avukatlığı’ (*rebellious/community lawyering*), sadece müvekkilin çıkarları doğrultusunda hareket eden avukat modelini reddederek, hukuki temsilin halka dayalı siyasi temellerle de tanımlanması gerektiğini ileri sürmektedir (Tremblay, 2006, s.24.).

sorumluluğuyla sıkı sıkıya koruma iddiası içinde olup ve dolayısıyla bu iddiayla çelişen müvekkil menfaatini korumaya yönelik çözümlerden uzak durabilir.

Bu iki modele karşı **Luban**'ın savunduğu ahlâki aktivist avukat modeli söz konusudur. Ahlâki aktivizmde avukat, müvekkilinin hukuk ya da adalet anlayışıyla ters düştüğünde, avukatlık ilişkisine (anlaşmasına) son vermek yerine, müvekkilini daha iyi olduğunu düşündüğü konuda etkilemeye ve ikna etmeye çalışmaktadır⁵⁰. Buradaki avukatın temel aldığı değer adalettir. Ancak, önceki diğer iki yaklaşımdan farklı olarak, hukuk kurallarıyla yetinmeyip, kuralların yetmediği ya da hukuk sisteminin genel olarak adil olmadığı durumlarda da avukat, adalet amacı doğrultusunda sorunları çözmeye çalışacaktır. Taraf avukatı modelinden farklı olarak çelişen durumlarda müvekkilinin menfaatini adaletin tecellisine tercih etmeyecek, sorumlu avukat modelinden farklı olarak da adil olmayan bir hukuk sistemindeki kuralları adalete uygun yorumlama ve uygulama yollarını bulmaya çalışacaktır. **Luban**'a göre ahlâki aktivist bir avukat, farklı biçimlerde kendini ifade edebilir. Örneğin sadece savunmaya değer gördüğü veya gerçekten haksızlığa uğramış kişilerin davalarını almak isteyebilir -ki hukuki yardım merkezlerindeki gönüllü avukatlar buna örnek olabilir- ya da müvekkilinin haksız taleplerini, adaletsiz yaklaşımlarını ikna yöntemiyle iyileştirebilir⁵¹.

Belirtilen avukat modelleri, benimsenen avukatlık meslek etiği anlayışına göre avukatın müvekkiliyle olan ilişkisini tanımlama bakımından farklılıklar

⁵⁰ David Luban, **Lawyers and Justice: An Ethical Study**, Princeton University Press, New Jersey 1988, s.160.

⁵¹ Parker, Evans, s.30.

göstermektedir. Bunlardan taraf avukat ve sorumlu avukat modelleri, avukatın müvekkiline veya hukuk sistemine karşı sorumluluğunu temel alan klasik rol üzerinde dururken, ahlâki aktivizm bu rolü daha farklı tanımlamaktadır. Diğer bir ifadeyle bu tanımlama biçimleri, avukatlık meslek etiği yaklaşımlarına göre farklılaşmaktadır. Bu yaklaşımlardan sadece ahlâki aktivizm avukat ve müvekkil arasındaki ilişkinin etik ilişki olduğuna işaret etmektedir.

Taraf avukat ve sorumlu avukat modellerindeki avukat-müvekkil ilişkisi toplumsal ilişki tanımlarına daha uygundur. Zira bu ilişki türlerinde, A kişisi ve B kişinin ilişkisinden ziyade, belirli hak ve yükümlülükleri taşıyan avukat ve müvekkil rolleri arasındaki ilişkiden bahsedilmektedir. Örneğin taraf avukat modelinde avukat, müvekkilini mutlak bir taraflılık ilkesiyle savunmak zorundadır. Yine, sorumlu avukat modelindeki avukatın hukuk kurumlarına dair sorumlulukları belirli işlevleri yerine getiren bir sistem içinde şekillenmiştir. Her iki avukat modelinde de avukat ve müvekkil konumları arasında kavram ilişkisi söz konusu olup, avukatın belirli kurallar ve ilkeler doğrultusunda müvekkiline karşı hukuk tarafından belirlenmiş yükümlülükleri yerine getirmesi beklenmektedir.

Ahlâki aktivizm yaklaşımında ise daha farklı bir avukat-müvekkil ilişkisi öngörülmektedir. Bu yaklaşım da avukatın müvekkiliyle olan diyaloguna önem verilmekte, bunların arasındaki ilişkiyi belirli bir rol ilişkisi olmasının ötesinde A kişisi ile B kişinin özel ilişkisi olarak görme eğilimi söz konusu olmaktadır. Ahlâki aktivizmde avukat, hukuk kurumları ve kurallarının yetersiz kaldığı noktada en adil sonuca ulaşmak için hukuk sistemi içinde yeni yollar arama ve müvekkilini bu

hususla ikna etmek adına aralarında farklı bir diyalog geliştirme imkânına sahiptir. Burada adalet, avukat ve müvekkil arasındaki ilişkiyi şekillendiren bir değer olarak gündeme gelmektedir. Ahlâki aktivizm, toplumsal bir ilişki olan avukat ve müvekkil rollerinin aynı zamanda belirli bir bütünlüğü olan A kişisi ve B kişinin etik ilişkisi olduğunu da ön plana çıkarmaktadır. Bu hususu yakından görmek için ahlâki aktivizm ve **Luban**'ın ahlâki aktivist avukat görüşünü incelemek gerekmektedir.

II. AHLÂKİ AKTİVİZM VE DAVID LUBAN'IN MESLEK ETİĞİ YAKLAŞIMI

A. Ahlâki Aktivist Düşüncenin Gelişimi

Avukatın, müvekkilinin davasını kazanmak uğruna müvekkili dışındaki kişilere karşı ahlâki sorumluluk hissetmeksizin mesleğini icra etmesi düşüncesi **Paul Trembley**'e göre 1970'lerin ortalarına doğru birçok eleştiri almaya başlamıştır⁵². Avukatın ahlâki sorumluluğu temeli üzerine kurulmuş olan ahlâki aktivizm düşüncesinin tohumları da bu eleştirilerin ürünü olarak ortaya çıkmış gözükmektedir.

Trembley, ilk kez 1975'te, **Richard Wasserstrom**'un, ahlâki olmayan kimi davranışları gerçekleştirmekten sıradan (avukat olmayan) insanlar gibi avukatların da rahatsız olması gerektiği polemikleriyle konuya dikkat çektiğini iddia etmektedir⁵³.

Wasserstrom, avukatların ahlâkla ilgisiz bir hale getirildiğini ve avukat ile

⁵²Tremblay, 2006, s.13.

⁵³ Ibid.

müvekkili arasındaki rol ayrışması/farklılaşması (*role-differentiated*) sonucu ahlâki kaygıların bir kenara bırakılarak, sadece o role uygun davranma kaygısı olduğundan bahsetmektedir⁵⁴. **Wasserstrom**, avukatın ahlâkla ilgisiz bir duruş (*amoral*) sergilemesinin ceza davaları açısından, herkesin savunma hakkı olduğunu garanti altına aldığına inanmaktadır. Ancak bu durumun tüm avukatlık hizmetleri için genelleştirilmesine katılmadığının da altını çizmektedir⁵⁵. Aslında **Wasserstrom**, eleştirilerini özellikle ve sadece birtakım hukuk davalarına yöneltmiştir⁵⁶.

Wasserstrom'a cevaben **Charles Fried**, "*Lawyer as a Friend*" makalesinde klasik avukat rolünü savunmuş ve böylece doktrinde bu tartışma başlamıştır⁵⁷. **Fried**, avukatın, müvekkilinin menfaatini kolektif menfaate üstün tutmasını hem hukuken hem de ahlâken doğru bulmaktadır⁵⁸. Avukatlığın, sınırlı-amaç doğrultusunda ve hukuk sınırları içinde yaşanan özel bir tür arkadaş ilişkisi olduğunu söyleyen **Fried**⁵⁹, arkadaşlıktaki seçme ve seçilme özgürlüğünün ahlâkın evrensel iddialarından dahi muaf tutulması gerektiğine inanmaktadır⁶⁰. Avukat, müvekkilinin

⁵⁴ Richard Wasserstrom, "Lawyers as Professionals: Some Moral Issues", **Human Rights** 1975-1976, ss.3-4.

⁵⁵ Wasserstrom, ss.10-12.

⁵⁶ Paul R. Tremblay, "Moral Activism Manqué", **South Texas Law Review**, (Vol. 44) 2002, s.139.

⁵⁷ Tremblay, 2002, s.143.

⁵⁸ Charles Fried, "The Lawyer as Friend", **Ethics and the Legal Profession**, Elliot D.Cohen, Michael David, Frederick A. Elliston (der.), New York 2009, s.116.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid., s.121.

hukuk sistemine karşı özerkliğini korumak ve ona yasal haklarını anlatıp kullanmasını sağlamak adına onu temsil ederek zaten ahlâki davranmış olmaktadır⁶¹. Bunun da ötesinde, bir tanığı küçük düşüren ya da onur kırıcı bir komploya katılan avukat, kanuna uygun davrandığı sürece herhangi bir sorumluluk hissetmemelidir⁶². **Fried**, kanun sınırları içinde hareket eden bir avukatın, müvekkilini tarafgir bir şekilde savunurken müvekkili dışındaki kişilere karşı bazı olumsuzluklara ve zararlara sebep olabileceğini kabul etmekle beraber bunları, son toplamda herkes için iyi olan bir sistemin istenmeyen yan sonuçları olarak görmektedir⁶³. Ahlâki tereddütler arasındaki farkların bilincinde olduğumuz sürece tartışmalı olan bu hususa dair bir yapı ve denge oluşacağı kanısında olan **Fried**, bu görüşünü açıklamak üzere bir asker örneğinden bahseder⁶⁴. Eğer bir asker, dış ilişkilere dair kararların demokratik biçimde alındığı adil bir devletin vatandaşı ise, katılacağı savaşın haklı savaş (*just war*) olup olmadığını sorgulamanın onun işi olmadığını bilincindedir⁶⁵. Ancak sivillere kasti olarak acı çektirmemek ya da esirlere tacizde bulunmamak gibi konularda kişisel sorumluluğa sahiptir⁶⁶. Buna kıyasen, avukat açısından, makul ve adil olan bir sistemin kanuni sınırları içinde ortaya çıkabilecek olan zararlar ile avukatın kendisinin kişisel olarak verdiği zararların ayırımına dikkat edilmelidir⁶⁷.

⁶¹ Ibid., s.125.

⁶² Ibid., s.134.

⁶³ Trembley, 2002, s.140.

⁶⁴ Fried, 2009, s.135.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid, s.136.

⁶⁷ Ibid.

Görüldüğü gibi doktrinde avukatın ahlâki sorumluluğu üzerine yapılan tartışmalarda meslek etikçileri, avukatın ahlâken sorumsuzluğunu savunan görüşe karşı ahlâki aktivizmin de içinden doğduğu, avukatın ahlâken sorumluluğunu savunan diğer görüş olmak üzere iki farklı gruba bölünmüştür. **Fried**'a ve avukatın ahlâki sorumsuzluğuna dair karşı çıkış **Gerald Postema**'dan gelmiştir. **Postema**'nın ardından ahlâki aktivizmin en önemli savunucularından olan **Simon** ve "rol ahlâki" modelini eleştiren **Luban** doktrindeki tartışmalara katılmışlardır⁶⁸. Ahlâki aktivizm de bu tartışmaların bir uzantısı olarak filizlenmiştir.

Postema, "*Moral Responsibility in Professional Ethics*" adlı makalesinde **Fried**'in, avukat ve müvekkili arasındaki ilişkiyi özel bir tür arkadaşlığa benzetmesini eleştirmektedir. Ona göre, klasik avukat rolüne uygun avukatın kişilik dışı temsiliyeti (*impersonalism*) ve ahlâken sorumsuz olması anlamında ahlâki renksizliği, arkadaşlık ilişkisinde söz konusu olabilecek nitelikte değildir⁶⁹. Ayrıca arkadaşlıktaki sadakatin, ahlâki kişilikte parçalanmaya veya çözülmeye yol açıp açmayacağı da kuşkuludur⁷⁰.

Postema, meslek etiğinin gereklerinin kişisel ya da genel ahlâkın kabullerinden uzaklaşmasını "ahlâki mesafe" (*moral distance*) kavramıyla ifade eder⁷¹. Mesleki bütünlüğün (*professional integrity*) kişisel bütünlüğün önemli bir parçası olması

⁶⁸ Trembley, s.144.

⁶⁹ Gerald J.Postema, "Moral Responsibility in Professional Ethics", **New York University Law Review**, (Vol.55) 1980, s.81.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Postema, s.65.

gerçeği kapsamında, çelişkilere ve çıkmazlara yol açabilen “ahlâki uzaklık”ın ciddiyeti avukatın kişisel bütünlüğü açısından da rahatsız edici olabilmektedir. **Postema** bu duruma çözüm olarak “*deprofessionalism*”, yani mesleki rollerin daha silik çizilip daha gevşek bırakılmasıyla bütün mesleki sorumlulukların, kişisel ahlâkın türleri olarak anlaşılabileceğini iddia etmektedir⁷². Böylece, sıradan bir vatandaşın benzer bir problemle karşılaştığında duyacağı ahlâki sorumluluk, avukatlar için de farklılık göstermeyecektir⁷³. **Postema**’nın bu görüşü, **Luban**’ın rol ahlâkına dair eleştirileriyle benzerlik göstermektedir.

Avukatın önceden belirlenmiş kurallar, kurumlar ve sorumlulukları doğrultusunda hareket etmesini “belirlenmiş rol” (*the fixed role*) olarak tanımlayan **Postema**, buna karşı “başvuru rolü”nü (*recourse role*) önermektedir⁷⁴. Belirlenmiş rolün aksine bu rolde avukatın görev ve sorumlulukları belirli olmayıp, hizmet etmeyi amaçladığı somut olayın durumuna göre ayarlanabilir ve uyarlanabilir niteliktedir⁷⁵. Bu rolü gerçekleştiren avukat eleştirel ve rasyonel yetilerinin yanı sıra, ahlâki sorumluluğunu da işin içine katmaktadır⁷⁶. Böylece avukat, sadece bir hukuk teknisyeni olduğu düşüncesi ve müvekkilinin ajanı veya sistemin aracı olmak bahanesiyle birtakım sorumluluklardan kaamayacaktır⁷⁷.

⁷² Postema, s.71.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Postema, s.82.

⁷⁵ Ibid., s.63.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Ibid.

Postema, önerdiği avukat rolüne karşı eleştirilere de cevap vermektedir. Bu eleştiriler söz konusu rolü oynayan avukatın fazlasıyla paternalist olacağı ve avukatın istediği davayı almaması veya bırakabilmesi hakkı dururken, ayrıca ona ahlâki sorumluluklar yüklemenin gereksiz olacağı yönündedir⁷⁸.

Paternalizmin başkalarının iyiliği adına başkaları yerine karar vermek ya da başkalarının kararına karışmak anlamına geldiğini söyleyen ve buna karşı çıkan **Postema**, avukatın ahlâki değerlerinin bizzat kendisi paternalist nitelikte olmadığı sürece ahlâki değerlere dayanılarak hukuk danışmanlığı yapılmasını paternalizm olarak nitelendirilemeyeceğini söylemektedir⁷⁹. Avukatın, müvekkilinin yararını hesaplayarak onun iradesinden bağımsız ya da iradesine karşı onun yerine kararlar alması, müvekkilinin yararını gözeterek onun hakkında ve fakat kendi adına kararlar almasından farklıdır. Bu husus, avukat ve müvekkilin birbirlerinin ahlâki durumunu fark edip saygı duymalarına imkân sağlamakta ve bu anlamda avukat-müvekkil ilişkisi arkadaşlar arasındaki ilişkiden daha paternalistik bir özellik taşımamaktadır⁸⁰.

Postema, ikinci eleştiriyle ilgili olarak da, mesleki kurallarda çizilen davayı almama ya da bırakma hakkının belirli koşullar çerçevesinde ve oldukça sınırlı olduğunu ve dolayısıyla “başvuru rolü”yle karşılaştırıldığında amaca tam anlamıyla hizmet edemeyeceğini iddia etmektedir⁸¹. **Postema**’nın görüşlerine getirilen bu eleştiriler,

⁷⁸ Ibid., s.84.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Postema, s.84.

⁸¹ Ibid., s.85.

ileriki bölümlerde yer vereceğimiz üzere ahlâki aktivizm düşüncesine yönelik de ortaya konmuştur.

Doktrinde, mevcut sistemi eleştiren ve klasik avukat rolüne karşı öneriler geliştiren önemli isimlerden biri de **Simon**'dır. **Simon**, “avukat gibi düşünme”nin sadece yazılı meslek kurallarını bire bir uygulamak anlamına gelmediğine dikkat çekmektedir. Hukuki muhakeme yeteneğinin bir hukuk problemine, hukuk felsefesi ve hukukun bütünü kapsamında yaklaşmakla ilgili olduğunu ve bunun mesleki sorumluluk doktrininde daha büyük bir role sahip olması gerektiğini savunmaktadır⁸².

Simon, “*Ethics, Professionalism and Meaningful Work*” isimli makalesinde modern çağın yarattığı ‘yabancılaşma’ olgusundan bahsetmektedir. Piyasa koşulları ve buna göre oluşan bürokrasi kurumları, bireyleri yalnızlaştırarak onları ahlâkla ilgisiz hale getirmektedir. Bu durum ise her bir meslek açısından ‘anamlı iş’ (*meaningful work*) ortaya koyma amacına bir tehdit oluşturmaktadır⁸³. Bu anlamda, avukatların da yaptıkları işlerin temelinde yatan ahlâki hususlara hassasiyetini yitirmesini eleştiren **Simon**, mesleki yozlaşmaya gönderme yapan edebiyat eserlerinden örnekler vermektedir⁸⁴. **Simon**'un bu yöndeki eleştirisi, **Luban**'ın bir önceki bölümde bahsettiğimiz bürokrasinin gerektirdiği profesyonel görev anlayışıyla benzerlik

⁸² William H. Simon, “Thinking Like a Lawyer, About Ethical Questions”, **Hofstra Law Review**, (Vol.27) 1988, ss.6-11.

⁸³ William Simon, “Ethics, Professionalism and Meaningful Work”, **Hofstra Law Review**, (Vol.26) 1997-1998, ss.447-451.

⁸⁴ Ibid., ss.451-463.

göstermektedir. Zira her iki yazar da mesleklerin icrasında ahlâki hassasiyetin yitirilmesinden şikâyet etmektedirler.

Simon, “*The Practice of Justice: A Theory of Lawyers’ Ethics*” isimli kitabında modern yaşamın getirdiği yabancılaşma olgusu sonucu ‘anamlı iş’ gerçekleştirme amacının aşındığını ileri sürmektedir. Bir işin ‘anamlı’ olması o işi gerçekleştiren kişinin söz konusu işi toplumla dayanışmada bir irtibat noktası olarak görmesi ve gerçekleştireceği işin toplumdaki etkisinin bilinciyle yapıyor olmasıdır⁸⁵.

Gerek **Simon** gerek **Luban** mevcut sistemdeki avukatlık rolünü eleştirmektedir. Ancak **Simon**’ın görüşlerini **Luban**’inkinden ayrılan önemli bir nokta **Simon**’ın meslek etiği teorisinin hukuk merkezli olmasıdır⁸⁶. **Simon**’a göre mevcut sistemde hukuk normları adalete uygun yorumlanmak yerine içerikleri göz ardı edilerek

⁸⁵ **Simon**, anlamlı iş tanımını yaparken özellikle lonca sistemi içinde çalışan zanaatkârları örnek vermektedir. Her bir zanaatkâr, toplumda önemli sayılabilecek bir iş üretmektedir. Her bir ürün, ürünü ortaya koyan zanaatkârın düşüncelerinin ifadesi olmakla beraber aynı zamanda belirli bir lonca tarafından paylaşılan ve toplumda belirli bir yer işgal eden bir kurumu pekiştirmektedir. Ortaya konan ürünler standart değil, çeşitlendirilmiştir. Zanaatkârın tekniğinin, belirlenmiş olan genel ilkeler ve genel amaçların farklı biçimlerde kullanılmaya elverişli olmasından ötürü yaratıcılığa açıktır⁸⁵. Buradan hukuk sistemiyle bir paralellik kurulduğunda avukatların üstlendiği her bir somut olaya ya da davaya yaklaşımının, bir zanaatkârın ortaya koyduğu iş gibi gerek biricik gerekse bağlı bulunduğu kurumun amacına ve ilkelerine uygun olması gerektiği söylenebilir (William Simon, “**The Practice of Justice, A Theory of Lawyers’ Ethics**”, Harward University Press 2000, s.112).

⁸⁶ Luban, 1999, s.874.

sadece şeklen uygulanmaktadır⁸⁷. Diğer hukuk merkezli görüşlerden daha farklı bir çizgide olan ve hukuki pozitivistlere alternatif olarak özcülük (*substantivism*)⁸⁸ görüşünü savunan **Simon**'a göre meslek etiği problemleri, ahlâki olmaktan ziyade, hangi normun uygulanacağına dair hukuki problemler olup ve durumun koşullarına göre adalete en uygun biçimde çözüme kavuşturulmalıdır. Ancak onun 'adalet' ile kast etmek istediği öznel ya da hukuk dışı bir kavram değildir. **Simon**'un adaletten kastı, hukukun temel değerleri olup birçok somut normu kapsamaktadır⁸⁹. Yargı kararları kişisel tercihlerin ifadesi ya da sıradan ahlakın uygulanması değil, meslek otoritesinin kendine özgü metodu ve kaynakları temel alınarak verilmiş hükümlerdir. Bu anlamda **Simon**, adalet (*justice*) kavramıyla hukuki dayanak (*legal merit*) kavramlarını birbirleriyle yer değiştirilebilir olarak kullanmaktadır⁹⁰. Kimi zaman hukuk normlarının bire bir uygulanması sonucu adaletsiz durumların ortaya çıkmasını eleştiren ve sadece normlara uygun davranarak meslek etiğine uyulmuş olacağını düşünen diğer hukuk merkezli yaklaşımlara da göndermede bulunan **Simon**, kanunların, adaletin gerçekleşmesine elverişli bir şekilde düzenlenmesi gerekliliğine dikkat çekmektedir⁹¹. Bu bağlamda mahkemelerin veya kanun-koyucu

⁸⁷ Anand, 2006, s.657.

⁸⁸ *Substantivism*'e göre hukuk, hukuki kıstaslardan değil, ahlâki içerikleri olan maddi ilkelere dayanmaktadır. Yani hukuk, ahlâki ilkelere bürünmüştür. Ahlâki değerler genellikle hukuki değerlerle örtüşmektedir ve dolayısıyla hukukla ahlâkın çatışması hukuk normlarının uyuşmazlığı biçiminde de ifade edilebilir (Luban, 1999, s.88).

⁸⁹ William Simon, 2000, s.138.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Simon, 1997-1998, ss.445-446.

kurumların adalet kavramını somutlaştırmadaki rollerinin altını da önemle çizmektedir⁹².

Simon'dan sonra **Luban** mevcut sistemdeki ahlâken sorumlu tutulmayan klasik avukat modelini ve rol ahlâkını eleştirmiş ve ahlâki aktivizm denen meslek etiği teorisini bu eleştiriler üzerine kurmuştur.

B. David Luban'ın Ahlâki Aktivizmi

Luban birçok makalesinde ve kitabında, mücadele sistemini ve bu sistemdeki tarafsızlık ve hesap vermezlik ilkelerinin anlayış ve uygulanış biçimlerini eleştirmekte ve söz konusu sistemin eksik ve hatalı bulunduğu noktalarına dair eleştirilerden hareketle kendi meslek etiği yaklaşımı olan ahlâki aktivizmi ortaya koymaktadır. Mücadele sisteminin adalete uygunluğunu sorgulayan **Luban'a** göre uygulamada çoğu avukat, hukuk normlarına şekli anlamda uyarak kanuna uygun davranıyor gözükmemekte, ancak çoğu kez hukukun içeriğini ve amacını göz ardı etmektedir.

Luban mücadele sisteminin özelliklerinden hareket ederek bu sistemi sorgulamaktadır. **Luban'a** göre mücadele sisteminin üç temel özelliği vardır: Yetkili bir mahkemede tarafsız bir duruşma, şekli usul hukuku hükümleri ve tarafların iddia ve karşı iddia sunabilmeleri⁹³. Bu sistem, avukatların bağlı olduğu tarafsızlık ve hesap vermezlik ilkeleri üzerine inşa olmuş bulunmaktadır. Eğer avukat, ahlâken doğru

⁹² Simon, 1988, s.6.

⁹³ Luban, 1988, s.57.

bulmadığı bir hususu müvekkili aleyhine bile olsa daha az tarafgirce savunursa, sistemin kendisini bağladığı tarafsızlık ilkesinden uzaklaşmış olacaktır⁹⁴. Bir diğer yandan avukatın, müvekkilini temsil ederken kullandığı araçlar veya vardığı sonuçlar açısından ahlâken sorumlu tutulması onu birtakım sınırlamalara zorlayacaktır⁹⁵. **Luban** bu nedenle, mücadele sisteminin, savunma hakkının doğası gereği avukatın tarafsızlığını ve ahlâki sorumsuzluğunu tanıdığını belirtmektedir⁹⁶.

Luban'a göre hesap vermezlik ilkesi, kurallara uygun davranan avukatın hukuki ya da ahlâki olarak davanın gidişinden ya da sonucundan sorumlu tutulamayacağıyla ilgilidir. Hesap vermezlik ilkesine dair **Murray Schwartz**'ın değindiği iki noktadan bahseden **Luban**, hukukun, gayri-ahlâki bir eylemi ahlâki kılma niteliğine sahip olamayacağının (ya da tam tersi) ve gayri-ahlâki bir hukuk sisteminin ahlâkiliğine dayanan bir avukatın bir tür aldaticılık içinde olacağının altını çizer⁹⁷.

Tarafsızlık ilkesi ise kanuni sınırlar içinde kalmak kaydıyla müvekkilin somut davaya ilişkin menfaatinin sonuna kadar savunulmasıyla ilgilidir⁹⁸. “Avukat, müvekkilini hukuk sınırları içinde tarafgir⁹⁹ bir şekilde temsil etmelidir”¹⁰⁰, kuralındaki ‘tarafgir

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Ibid, s.55.

⁹⁸ Luban, 1988, s.7.

⁹⁹ Birçok meslek etiği kurallarında geçen *zealous* ifadesini, ‘tarafgir’ olarak çevirmemizin sebebi, öğretilerde “*zealous witness*”ın ‘tarafgir şahit’ olarak terimleştirilmiş olmasıdır.

¹⁰⁰ American Bar Association Model Code, Önsöz.

avukat' anlayışını **Luban** tarafsızlık ilkesine bağlamaktadır¹⁰¹. Başkalarına verdiği zarar ne olursa olsun sadece müvekkilin menfaati doğrultusunda hareket edilmesi sonucu aslında davayı kazanmaması gereken (ve bunun bilincinde olan) bir tarafın tarafsız savunma sayesinde kazanmasının bir anlamda şekli adalet ve maddi adalet arasındaki mesafeyi arttırdığını söyler¹⁰². Kantçı teoriye aykırı bulduğu bu durumla ilgili olarak **Luban**, tarafsızlık ilkesinin adaletsizliklere yol açması anlamında amacın araca dönüştüğü uyarısını yapmaktadır¹⁰³.

Bir diğer yandan **Luban**, Anglo-Sakson hukukunun temeli olan mücadele sisteminin geçerliliğine dair bu sisteminin birtakım faydalı sonuçları elde etmede önemli bir yol olması (*consequentialist*) ve de söz konusu sistemin başlı başına, doğası gereği iyi

¹⁰¹ Luban, 1988, s.11.

¹⁰² Luban, 2008, ss.24-25.

¹⁰³ Luban, 1988, s.55. -Luban, ceza davası ile özel hukuk davaları paradigması arasında fark olduğunu belirterek, ceza davalarının mücadele sistemine daha uygun olduğunu söylemektedir. Hukuk davalarında hukuk normları çerçevesinde belirlenen hak ve yükümlülükler uygun olarak tarafların adil bir sonuç elde etmeleri amaçlanırken, ceza davalarında sadece adil bir sonuç elde etme değil, aynı zamanda tarafların hakları, başta devlet olmak üzere güçlü kurumlara karşı korunmaya çalışılmaktadır (Luban, 1988, s.66). Ayrıca Luban, özel hukuk davalarında her iki tarafta da kişi olması dolayısıyla yarışan iki insan onurunun karşı karşıya gelmesi sebebiyle böyle bir durumda tarafsızlık ve hesap vermezlik ilkelerinin gerekliliğine karşı çıkmaktadır. (Kay Wheat, "Lawyers, Confidentiality and Public and Private Interests", **Legal Ethics**, (Vol.1) 1998, s.199). Luban, tarafsız savunmayı devletin taraf olduğu ceza ve diğer kamu hukuku davaları için öngörmekte ve olumsuz eleştirilerini sadece özel hukuk davaları açısından ileri sürmektedir. (Wheat, s.199).

olması (*nonconsequentialist*) şeklinde öne sürülen gerekçeleri de tartışmaya açmaktadır¹⁰⁴.

Luban'a göre ilk gerekçede mücadele sisteminin gerçeğe ulaşmada, tarafların haklarını korumada ve frenler-dengeler kurarak karşılıklı aşırılıkları önlemede iyi bir düzen olduğu iddia edilmektedir. Gerçeği ortaya çıkarmada daha farklı sistemlerin (tahkik sistemi gibi) etkililiğinden bahseden **Luban**, davayı kazanmaya odaklanmış bir avukatın, sadece kendi müvekkilinin haklarını korumasının, sistemin genelinde tüm hakların korunduğu anlamına gelmediğini ve dengeler-frenler sisteminin de aksayarak işlediğini belirterek söz konusu iddiaya karşı çıkmaktadır¹⁰⁵.

Luban ikinci gerekçenin ise mücadele sisteminin kurduğu avukat-müvekkil ilişkisinin kendisinin değerli olduğu ve sistemin insan onurunu yüceltip taraflardan her birine yasal aşamada söz hakkı tanıyan bir sosyal fabrika¹⁰⁶ düzeni yarattığı iddiasına dayandığını belirtmektedir. Sistemin soyut kurallarla değil, insan ilişkileriyle yapılandırıldığı ve dolayısıyla bu yapılandırmayı sistemin kişilerinin gerçekleştirdiği söylenmektedir. **Luban** bu gerekçeye de karşı çıkarak insan onurunun korunmasının başka sistemlerle de sağlanabileceğini, sosyal fabrika

¹⁰⁴ Luban, 1988, s.67.

¹⁰⁵ Ibid., ss.67-81.

¹⁰⁶ Sosyal fabrika düşüncesine göre içinde yaşadığımız toplumun kurumları, kültürün bir tamamlayıcısı, bütünün ayrılmaz bir parçası olmasıyla gerekçelendirilmektedir. Bu düşüncenin bir kolu söz konusu gerekçeyi demokratik teorilere bağlarken bir diğer kolu geleneklere bağlılığı öne süren muhafazakâr tutum olarak ayrılmaktadır. (Luban, 1988, s.87)

düşüncesinin ise mücadele sistemine tamamen razı olunması durumunda söz konusu olabileceğini söylemektedir¹⁰⁷.

Meslek etiği yaklaşımını mücadele sisteminin belirtilen aksaklıkları üzerine geliştiren **Luban**, hukuk uygulayıcılarının, özellikle avukatların, kendi görüşlerini desteklemek amacıyla hukuki bir kuralı ya da kurumu işlerine geldiği şekilde anlama ve hatta yorumlama gayretinde olmalarını eleştirerek bu tutumu ‘araçsal ahlâkçılık’¹⁰⁸ olarak nitelendirmektedir¹⁰⁹. Hukukçuların hukuki gerekçeleri ve kuralları araç olarak kullanmalarının hukukun otoritesini zedelediğini söyleyen **Luban**, bu probleme bir çözüm olarak avukatların iyi niyetle hareket etmelerinin önerildiğini, ancak söz konusu belirsiz kavramın da kötüye kullanılmaya müsait olduğunu düşünmektedir¹¹⁰.

¹⁰⁷ Luban, 1988, ss.81-93. Luban, mücadele sistemini eleştirirken ve hatta Almanya’nın soruşturmacı sistemiyle artı ve eksikliklerini karşılaştırırken aslında söz konusu kurumu değiştirmenin zorluğunun bilincindedir. Zira bir kurumun yerine başka bir kurumu getirmenin bilânçosu yeni bilinmez olumsuzluklara ve aksaklıklara göz kırıyor ise, “ mevcut sorunun muhafazası kuralı” ya da “bilindik şeytan, bilinmedik şeytandan daha iyidir”e uyulması gerektiği düşünülür (Luban, 1988, ss.92-103).

¹⁰⁸ Araçsal ahlâkçılık, ahlâki bir duruma ya da olaya karşı her bir farklı kişinin kendi menfaatini gözetmesi sonucu birbirinden farklı bakış açısı geliştirmesiyle ilgilidir. Ahlâki bir durum içindeki kişilerin belirli bir genel ahlâk ilkesine bağlı kalmaksızın, tamamen pragmatik amaçlarla aynı durumu ayrı ayrı değerlendirmeleri söz konusudur (Robert Murray Thomas, **Moral Development Theories—secular and religious: A Comparative Study**, Greenwood Press, Westport 1997, s.59).

¹⁰⁹ Luban, 1988, ss.13-17.

¹¹⁰ Ibid., s.16.

Luban araçsal ahlâk yaklaşımını ve tarafsızlık ilkesine dair eleştirileri bertaraf etmek için birtakım görüşler ortaya atıldığını belirtmektedir. Bunlardan birine göre hukukun aslında sanıldığından daha esnek bir yapıda olduğu ve böylece ahlâki araçsalcıların hilelerinin kanuna riayet hudutları içerisinde mümkün olduğu ya da başka bir düşünceye göre araçsalcılığın esasında kanuna riayet olarak nitelendirilemeyeceği ileri sürülmektedir¹¹¹. Bu fikirleri ahlâki aktivist yaklaşımı doğrultusunda reddeden **Luban**, ilk olarak araçsalcılığın kanunun sınırları içinde kalarak hukuka uyması konusundaki iddiaları ele alır.

Bu iddiayla ilgili **Luban**, hukuk pratiğinin amacının, hukuka uygunluğun sınırını ve yöntemini şekillendirdiğini söyler. Hukuk fakültesinin ilk aylarından itibaren hukuk kurallarının yoruma açık olduğu ve pratikte şekilleneceği ileri sürülmektedir. **Luban**, yukarıdaki tartışmaları ve hukuk pratiğini göz önünde bulundurarak aslında her avukatın bir anlamda ‘hukuki realist’ olduğu ve hatta hukuki realizmin, avukatın hukuk felsefesi olduğunu söyler¹¹². Avukatlık pratiğinde her hukuki kavramın ve terimin aslında kendiliğinden şekillenmesine ve bu anlamda tarafsızlık ilkesinin hukuki realizmle tamamlanmasına karşı çıkan **Luban**, bu anlayışın hukuka riayetin önüne ‘davayı kazanma’ emelini getirmek olduğunu ve bunun da davaya ilişkin gerçekleri gölgelediğini iddia etmektedir¹¹³.

¹¹¹ Luban, 1988, s.17.

¹¹² Ibid., s.19.

¹¹³ Ibid., ss.19-21; Katherine R. Kruse , “The Human Dignity of Clients”, **Cornell Law Review**, (Vol.93) 2007-2008, ss.1349-1350.

İkinci iddiaya, yani ahlâki araçsallığın hukuka riayet kapsamında değerlendirilmesine de karşı çıkan **Luban**, hukuka itaatin sadece şekli olarak, ona uymak için uymak anlamında değil, vatandaşlık görevi olarak da bir anlam taşıdığını belirtir¹¹⁴. Bu bağlamda hukuka araçsal yaklaşımın dışına çıkarak hukuka uymayı değerlendirir. Hukuk-ahlâk ilişkisine dair bazı kuralların ahlâki içeriklerinin çok sınırlı olabileceği ve bazı durumlarda ahlâki sebeplerden ötürü kuralları çiğnemenin mümkün olabileceği, dolayısıyla bu anlamda kanuna uygun davranmanın ahlâki sayılmayabileceği durumlar söz konusu olabilmektedir. **Luban**, hukuka neden uymalıyız sorusunu, daha önce verilen klasik cevapların ötesinde bir mantıkla açıklamaktadır. Hukuk kuralı anlamsız derecede aptal, adaletsiz ya da kötü olmadığı sürece, hukuka uymamanın sosyal dayanışmayı reddederek diğer insanlara ahlâki açıdan saygısızlık etmek anlamına geleceğini düşünmektedir¹¹⁵. Hukuk kuralının adaletsiz ya da anlamsız olduğu bir durumda ise uyma zorunluluğu ortadan kalkmakta ve ihlal haklı bir gerekçeye bürünmektedir. Bu doğrultuda, her kurala değil, bazı kurallara uyulması gerekmektedir¹¹⁶.

Hukukun genelliği ilkesinin önemine işaret eden **Luban**, araçsal ahlâki avukatların söz konusu ilkeyi zayıflatarak hukukun ahlâki otoritesine zarar verdiklerini söyler¹¹⁷.

¹¹⁴ Luban, 1988, s.32.

¹¹⁵ Luban burada hukuk kurallarının genelliğine göndermede bulunmaktadır. Toplumdaki her bireyin iyiliği için konulmuş olan bu normlar, herkesin durumunu şekillendirmekte ve herkes için uygulanmaktadır. Dolayısıyla bu normları ihlal eden kimse, bu normlara uyanlara karşı bir saygısızlık sergilemiş olacaktır. (Anand, s.667.)

¹¹⁶ Luban, 1988, s.35.

¹¹⁷ Ibid., s.49.

Hukuku sırf cebre dayalı bir sistem olmaktan farklı kılan şey, onun ahlâkilik ve haklılık gücü olmaktadır. Bu anlamda da araçsalcılık hukukun genelliğini zedelemekle aslında onun meşruiyetine zarar vererek, onu sırf fiziksel cebir görünümüne itmektir. Bu nokta **Luban** için şu anlamda önemlidir: Avukatlar, duruşmada, gladyatörlerden farklı olarak, kazanmak için değil, adaleti gerçekleştirmek için mücadele vermelidirler¹¹⁸. **Luban**'ın, adalet değeri üzerine inşa ettiği meslek etiği yaklaşımı, mücadele sisteminin ahlâken sorumsuz kıldığı avukat modelinden daha farklı bir anlayış ortaya koymaktadır. Ahlâken sorumlu olmanın ne anlama geldiği ve bunun nasıl bir avukat modeli öngördüğü **Luban**'ın meslek etiği yaklaşımını anlamak için belirtilmesi gereken iki önemli iki husustur.

Mücadele sisteminin öngördüğü avukat modelinden biraz daha farklı olarak, avukatın savunmayı üstleneceği bir davayı seçerken, ilgili yasayı bulup argümanlarını inşa ederken ve müvekkilinin haklılığını değerlendirirken ahlâki bir sorumlulukla hareket etmesi gerekliliği, **Luban**'ın meslek etiği yaklaşımının temel noktasıdır. Ahlâki açıdan sorumlu kıldığı avukatların, mesleklerini icra ederken hem hukuki hem de ahlâki düşünceleri gerektiğinin altını çizmektedir.

Avukatın, bahsedildiği şekilde ahlâki sorumluluk hissederek hareket etmesi ve adalet amacı doğrultusunda eylemlerini gerçekleştirmesi, giriş kısmında kısaca açıkladığımız avukat yaklaşım tiplerinden ahlâki aktivist modelle örtüşmektedir.

¹¹⁸ Ibid.

C. David Luban'da Ahlâki Aktivist Avukat

Avukatın ahlâki sorumluluğunun günümüzde en önemli savunucularından biri olan **Luban**, avukatın yargısal rolünün hâkiminkinden daha önemli olduğunu iddia etmekte ve bunu birtakım gerekçelerle açıklamaktadır. Öncelikle kâğıt üzerindeki hukukun uygulamaya dökülmesi olan avukat-müvekkil müzakeresi, hukuk ve onun yönettiği vatandaşların kesişmesi anlamına gelmektedir¹¹⁹. Bu kesişmede avukatın rolü sadece savunma yapmak değil, aynı zamanda yasal danışmanlık olduğundan başka birtakım etik normları ve yargısal nitelikleri de bünyesinde taşıyacaktı¹²⁰. Mesleği gereği avukat-müvekkil ilişkisinin bir gizlilik perdesi arkasında sürmesi, hukuk danışmanı olan avukatın dürüstlüğünü yargısal bütünlük açısından zorunlu kılmakta ve bu anlamda “hâkimler nasıl karar vermeli” sorusu kadar, “avukatlar nasıl danışmanlık yapmalı” sorusu da önem kazanmaktadır¹²¹. Aslında bu yaklaşım, hukukun kâğıt üzerinde değil, uygulamada şekillendiğini savunan hukuki realistlerin görüşlerini ufak bir farkla sürdürmek anlamına gelmektedir¹²². Kişisel menfaat-kamu menfaati dengesini sağlamada, hukuk-birey ve devlet- vatandaş kesişmesini gerçekleştirmede oldukça aktif bir görev üstlenen avukatın yargısal rolü önemlidir.

¹¹⁹ Luban, 2008, s.131.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Ibid.

¹²² Ibid. Bu görüş, hukuki realistlerden, uygulamanın gerçekleştiği yer bakımından ayrılmaktadır. Hukuki realistler hukukun uygulamada, dava esnasında şekillendiğini savunurken, söz konusu görüş uygulamayı mahkeme dışına çıkararak –avukat-müvekkil müzakeresini de kapsayan- daha geniş bir uygulama alanı yaratmaktadırlar. Ancak Luban, hukuku, kâğıt üzerindeki normların yorumcu avukat toplumu tarafından uzlaştırılması olarak tanımlamaktadır (Luban, 2008, s.132).

Luban'ın ahlâki aktivizm (*moral activism*) dediği bu hukuk pratiğinde avukat, müvekkilinin amaçlarını ahlâka ya da adalete aykırı gördüğü zaman ilişkiye hemen son vermek yerine, müvekkilini bu konuda iyi yönde etkilemeye çalışacaktır¹²³. Bu çaba, kuşkusuz avukatın öncelikle sorunun ahlâki/etik yönünü kavraması ve üzerine düşünmesini gerekli kılar. Kimi yazarların hukuk bürosunun, hukuk pratiğinin adeta ahlâki bir diyaloga büründüğü bir mekâna dönüşmesinden bahsetmesi de aynı yaklaşımın bir sonucudur¹²⁴.

Luban'a göre ahlâki aktivizm, bir hukuk danışmanlığı ve aynı zamanda bir hukuk reformudur. Avukat, hukuku daha iyiye götürmek için bir oluşum ve oluşturma içindedir. Avukat, müvekkilinin planları, amaçları ve eğilimlerinin yanlışlığını veya doğruluğunu -tıpkı ücret üzerine anlaşmadaki gibi- müvekkiliyle tartışabiliyor ve uygun görmediği bir davayı üstlenmeyi reddedebiliyorsa, kendi ahlâki tutumunu müvekkili değil, kendisi ayarlayabiliyor demektir¹²⁵. Keza hiçbir şey bir avukatı, müvekkilinin amacının dürüst bir insanın hizmetiyle çelişip çelişmediğini sorgulamaktan ve de kendi özgür kararlarını almaktan alıkoyamaz¹²⁶.

Görüldüğü üzere **Luban**'ın, mücadele sisteminin aksaklıkları ve eksikliklerinden yola çıkarak oluşturduğu meslek etiği anlayışı, avukatı, müvekkili karşısında ahlâken

¹²³ Luban, 1988, s.160.

¹²⁴ Thomas L. Shaffer, "On Teaching Legal Ethics in the Law Office", **Notre Dame Law Review**, (Vol.71) 1995-1996, s.609.

¹²⁵ Luban, 1988, s.174.

¹²⁶ Ibid.

sorumlu (bu sorumluluk en başta ‘adalete karşı’) kılmakta ve bu sorumluluğun, müvekkilini iyi yönde ikna etmeye çalışarak gerçekleştirilmesi beklenmektedir.

Ahlâki aktivizm, etik ve adalet teorilerini hukuk pratiğine entegre etmeyi amaçlamıştır¹²⁷. Hukukun amacının adaleti sağlamak olmasından hareketle avukatların da pratikte adalet için mücadele vermeleri gerekliliği düşüncesini savunmaktadır. Avukatlar, her durumun koşullarını ve gereklerini bir değer süzgecinden geçirip menfaat ve hak dengesini ayarlayacak ve buna göre her somut olaya özgü adil olan çıkış yolunu kendileri bulacaktır. Bu çıkış yolu yasanın bire bir uygulanmasıyla sağlanamayabilir veya böyle bir çözüm yasa da hiç yer almayabilir. Kendini adaleti sağlama anlamında sorumlu hisseden avukat, bunu gerçekleştirmek için gerek ilgili yasayı bulmak gerekse mevcut yasaları yorumlamak anlamında aktif bir yaratıcılık içinde olacaktır¹²⁸.

Aslına bakılırsa ahlâki aktivizmin kamusal bir davası, bir amacı vardır. Ahlâki aktivistler, hukukçuların ve özelden avukatların, hukuk pratiğini kullanarak insanlara, zihniyetlere, kurumlara ve genel anlamda hukuk sistemine, sosyal ve politik anlamda adalete daha yakın bir anlayış benimsetmeyi hedeflemişlerdir¹²⁹. **Luban**’ın ‘hukukta bir fırsat’ deyimini yorumlarken belirttiği üzere, avukatlar, hukuk reformu eylemleriyle hukuku iyileştirme, hukuk danışmanlığı göreviyle ise danışmanlığını yaptıkları müvekkillere davalarının kamusal yönünü ve önemini göstererek

¹²⁷ Parker, Evans, s.28.

¹²⁸ Ibid., s.169.

¹²⁹ Ibid., s.29.

müvekkillerini iyileştirme fırsatına sahip olacaklardır¹³⁰. Avukat kostümü giymiş bu adalet savaşçıları, düzene hem içten hem de dıştan nüfuz etmek istemektedirler. Bu bağlamda ahlâki aktivist avukatın temel iddiası adaleti gerçekleştirmektir. Ahlâki aktivistler, adaletin kâğıt üzerindeki kurallarda değil, bu kuralların adalet anlayışıyla kavranıp pratiğe dökülerek yaşayacağına inanmaktadırlar. Bu anlamda ahlâki aktivistler zaman zaman kurallarla çelişen veya onlara adalete uygun farklı yorumlar geliştiren bir yaklaşım içinde olabilirler¹³¹. **Luban**'ın bu öngörüsü, gereken ahlâki koşullarda “rolü bozma” (*break role*) olarak nitelendirilmektedir¹³².

Ahlâki aktivist avukatlar, haksızlığına inandıkları bir davada, müvekkillerinin aleyhine olsa dahi müvekkillerini ikna etmeye çalışırlar. Kuşkusuz bu diyalog, müvekkilin haklılığına inandığı durumu avukata göstermek ve onu ikna etmek şeklinde sonuçlanmaya da açıktır¹³³. Zira diyalog kurmak doğası gereği karşılıklı bir fikir alışverişini gerektirir.

Avukat, elbette müvekkilini temsil etmekte ve onu mahkeme huzurunda sonuna dek savunmakla sorumlu olmaktadır. Bu husus avukatlık mesleğinin özünü ilişkilidir. Ancak avukatın görevi, müvekkilinin hukuka uygun istekleri ve gerekleriyle ilgilidir. Eğer müvekkilin istekleri hukuka uygun ancak haksız ya da ahlâk dışıysa bu durumda avukat, etik kaygılar doğrultusunda müvekkiline durumu açıklamalı ve gerekirse hukuka ve ahlâka uygun farklı bir yol üzerinde birlikte düşünmelidirler.

¹³⁰ Luban, 1988, s.171.

¹³¹ Parker, Evans, s.29.

¹³² Kruse, s.1348.

¹³³ Parker, Evans, s.30.

Luban'ın çalışmalarında sık sık alıntılanacağı **Abraham Lincoln** sözleri bu düşünceyi kısa ve öz bir şekilde ifade ederek bir ahlâki aktivist yaklaşım örneği sergilemektedir:

“...kuşkusuz, davanızı kazanırsınız; tüm semti sürüp giden bir anlaşmazlığa bırakabilir; dul bir anneyi ve onun babasız altı tane çocuğunu üzebiliriz ve böylece yasal olarak iddia ettiğiniz altı yüz doları size verebiliriz. Ancak bana göre o para, sizin kadar o kadın ve çocuklarına da haklı olarak ait olmaktadır. Bilmelisiniz ki hukuken doğru olan bazı şeyler ahlâken doğru değildir. Davanızı alamayız; ancak karşılığında hiçbir şey istemediğimiz ufak bir tavsiye verebiliriz: Hayat dolu enerjik bir adama benziyorsunuz, altı yüz dolar elde etmenin başka yollarını aramalısınız.”¹³⁴

D. David Luban'ın Meslek Etiği Anlayışında Avukat ve Müvekkil Arasındaki İlişkinin Etik İlişki Olmasına Dair Temel Dayanaklar

Luban, yargının görüş açısını anlamak bakımından hâkimlerden daha dikkate değer bulduğu avukatlık pratiğinin, bireyler ve hukuk kurumları arasında irtibat sağlamak gibi bir önem taşıdığını ileri sürer¹³⁵. Avukat merkezli yaklaşımı yargı (*lawyer-centered jurisprudence*) olarak nitelendirdiği yaklaşımının¹³⁶ müvekkil menfaati ile

¹³⁴ Luban, 1988, s.174.

¹³⁵ David Luban, **Legal Ethics and Human Dignity**, New York 2008, ss.131-142.

¹³⁶ Luban, hukuk fakültelerinde öğrencilerin yargı kararları ve özellikle Yüksek Yargı Mahkemesinin kararları doğrultusunda öğrenimlerini sürdürdüklerini söyler. Yargıçlığın idealize edildiği ve hukukun yargıç kararlarına indirgenildiği bu yaklaşımı

hukukun uzlaştırılması gibi nihai bir amacı mümkün kıldığını söyler¹³⁷. Hukuk devletinin asli aktörleri olarak tanımladığı avukatları, içinde buldukları hukuk sistemindeki konumlarına göre değerlendirir; ancak bağlı buldukları sistemden bağımsız olarak genel meslek etiği kurallarına ve uygulamalarına dair önermelerde bulunur. Bu anlamda, hukuk pratiğine bakarak genel senaryoyu, kurallar ve kurumlar bağlamında değerlendirip bu oyunda yer alan her bir aktöre biçilen rolün uygunluğunu adalet açısından tartışır. Adaletin hukuk devletiyle, hukuk devletinin insan haklarıyla, insan haklarının da insan onurunu koruma amacıyla birbirine sıkıca bağlanan zincirler olduğunu her fırsatta belirten **Luban**, avukatları en nihayetinde insan onurunun koruyucuları olarak kabul eder.

1. İnsan Onurunun Koruyucuları Olarak Avukatlar

Luban, hukuk devletinin, insan hakları ve insan onurunu korumak için gerekli bir koşul olduğunun altını çizmektedir. Hukuk devletini gerçekleştirmek ise hukuku bu değerler kapsamında yorumlamak ve uygulamaya dökmekle ilgilidir. Bu anlamda avukatlara düşen rol büyüktür.

Luban'a göre, hukuk etiği tartışmalarının altında yatan temel husus insan onurudur. Zira hukuk pratiğini anlamlı kılan şey insan onurunu koruması olup, insan onurunu korumak yerine ihlal eden avukat savunmaları yanlıştır¹³⁸.

yargıç merkezli yargı (*judge-centered jurisprudence*) olarak belirtmektedir (Luban, 2008, ss.132-145).

¹³⁷ Luban, 2008, s.132.

¹³⁸ Luban, 2008, s.66.

Luban, ‘insan onuru’ kavramını nasıl tanımlamaktadır? **Luban**, insan onurunu insanın metafiziksel bir özelliği olarak açıklayan ve insanı evrenin kralı olarak kabul eden teorilere karşı çıkmaktadır¹³⁹. Yine söz konusu kavramın prestij ya da sosyal sınıfla ilgi kurulmasına da katılmamaktadır. Zira böyle bir ilgi kurulduğu zaman insan onuru kavramı toplumdan topluma değişen anlamlara bürünebilir. Oysa ki insan onuru farklı kültürlere göre değişen bir kavram olmayıp, sadece insan olmakla; insanın daha alt bir türe –hayvana, eşyaya, insan altı bir varlığa- ait olmamasıyla ilgilidir. **Luban**’a göre insan onuru kavramı insanın başlı başına sahip olduğu soyut bir özellik olmayıp, insan ilişkileri çerçevesinde ele alınması gereken bir kavramdır¹⁴⁰. Bu ilişkiyel özelliği açıklamak için söz konusu kavrama dair kullanılan insan onurunu ‘yüceltmek’, ‘aşağılamak’, ‘ihlal etmek’, zedelemek’ veya insan onuruna ‘saygı duymak’ gibi deyimleri örnek verir¹⁴¹. Bu deyimlerden anlaşılacağı üzere insan onuru, onurlandıran (*dignifier*) ve onurlanan (*dignified*)¹⁴² iki insan arasındaki ilişkiden türetilmiştir¹⁴³.

¹³⁹ Ibid., s.88.

¹⁴⁰ Ibid., s.72.

¹⁴¹ David Luban, “The Inevitability Of Conscience: A Response To My Critics”, **Cornell Law Review**, (Vol.93) 2007-2008, s.1437.

¹⁴² Luban’ın insan onuru görüşünün bu şekilde olmasına rağmen doktrinde farklı görüşler de bulunmaktadır. Örneğin Kuçuradi, insanın yapıp ettiklerinden kendisinin sorumlu olduğu gerçeğiyle, başkasının bize yapıp ettiklerinden sorumlu tutulamayacağımızı ve dolayısıyla kendi onurumuza başkalarının bize yapıp ettikleriyle değil, bizim yapıp etmelerimizle zarar verdiğimizizi ya da onu yücelttiğimizi söyler (Ioanna Kuçuradi, **İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları**, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2007, s.73). Luban, insanın küçük düşürülmesiyle onurunun zedelendiğinden bahsederken aslında Kuçuradi’nin ‘şeref’ diye

Başta Birleşmiş Milletler Anlaşması olmak üzere Avrupa Birliği anlaşma metinlerinde de birçok kere insan onurunun altı çizilmiş ve hakların temellendirilmesi bu kavram üzerinden yapılmıştır. **Luban**, söz konusu metinlerde çok soyut ve retorik bulduğu bu kavramı, avukatla temsil edilme hakkı (*right to counsel*) ile ilişkilendirerek açıklamaktadır.

Luban'a göre “bir davanın tarafları neden bir avukata ihtiyaç duyarlar”, gibi basit bir soru aslında insan onuru ile hukuk pratiği ilişkisine ışık tutar. Eğer insan onurunu korumanın ilgili tarafların doğru anlaşılmasıyla mümkün olduğunu kabul edersek, avukatlık mesleğinin gerekliliği de açık bir şekilde ortaya konmuş olur¹⁴⁴:

“İnsanlar (sanıklar) topluluk önünde konuşamıyor olabilir, kendisini iyi ifade edemeyen, cahil, akli dengesi çok da yerinde olmayan ya da sadece aptal birileri olabilir. Hukuk hakkında hiçbir şey bilmiyor ve dolayısıyla kanununu yorumlamak şöyle

nitelendirdiği kavrama işaret etmektedir. Zira Kuçuradi'ye göre şeref, bir kişinin değerine ya da farz edilen değerine gösterilen saygıyla ilgilidir. (Kuçuradi, 2007, s.72). Yani Kuçuradi'ye göre yapıp ettiklerimizle kendi onurumuzu etkileyebiliriz; oysa ki şereflendirmek bir başkasına aittir. Dolayısıyla müvekkiline hak etmediği şekilde davranan bir avukat aslında kendi onurunu zedeleyici bir davranışta bulunmaktadır. Bu diğer tarafın, yani müvekkilinin şerefine zarar verici olabilir.

¹⁴³ Luban, 2008, s.66. Ayrıca Luban'ın insan onurunun temelinde yatan bu ‘ilişkisel ahlâk’ kavramının uygulamada yaratacağı sorunların eleştirisi için bkz.: Kruse, s.1346.

¹⁴⁴ Luban, 2008, s.69.

dursun, usul kurallarını bile doğru düzgün lehlerine kullanmayı beceremeyebilirler. Konuşmaları bozuk, şiveleri anlaşılmaz ve hatta dilsiz de olabilirler. Bunların hiçbiri fark etmez; çünkü insan onuru, o kişinin aptal ya da yetersiz olmasını önemsemez¹⁴⁵.”

Luban'ın kişilerin kendilerini anlaşılır kılmalarına bu derece vurgu yapması, insan onuru ve öznellik ile kurduğu ilişkiyle ilgilidir. Bir kimsenin mahkeme huzurunda insan onurunu korumak, ona karşı tüm güvensizlikleri bir kenara bırakarak onun anlatmak istediği kendine ait hikâyesini dinlemektir. **Luban**, hikâyelerin ilk ağızdan olmasını ve öznel karakterini vurgulamak için 'kendine ait' deyimini kullanmaktadır¹⁴⁶. Bu öznellik gerek kişinin, anlattığı hikâyenin merkezinde olması (yani onu deneyimlemiş olması) anlamında, gerekse söz konusu hikâyenin öznesi olması anlamındadır¹⁴⁷. Öznellik kavramı **Luban**'ın insan onuru yaklaşımında temeldir. Zira bir kimsenin öznelliğini reddetmek o kimsenin onurunu zedelemektir. Bir kimsenin insan onurunu yüceltmek ise onun anlattığı hikâyeyi dinlemeyi gerektirir; çünkü onun hikâyesini göz ardı etmek onun bakış açısına ve öznelliğine değer vermemek anlamına gelir.

Luban'ın insan onuru açıklarken bir yandan bunun ilişkiden türetilen bir kavram olduğuna dikkat çekmekte bir diğer yandan ise bu kavramın çekirdeğinde öznellik bulunduğunu belirtmektedir. Buna dayanılarak, temelde ilişkisel olarak tanımladığı

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Luban, 2008, s.70.

¹⁴⁷ Ibid.

insan onurunu kişisel boyuta indirmediği şeklinde yanlış bir anlama olmaması uyarısında bulunan **Luban**, bu iki hususun aslında birbirini destekleyici nitelikte olduğunun altını çizmektedir¹⁴⁸. Zira kişinin, kendi öznelliğinin bilincinde olması diğer insanların öznelliğini fark etmesini de beraberinde getirmektedir. Bu farkındalık ise diğer öznelerle ilişkimizden türetilen insan onuru kavramını daha belirgin ortaya çıkacaktır¹⁴⁹.

Luban'a göre insanlara belirli şekillerde davranmak onları aşağılamak veya küçük düşürmekle sonuçlanır ve bu durum da onların onurlarına zarar verir. Bu küçük düşürmelerden biri de bazı insanların dinlemeye veya ifade etmeye değer görüşlerinin olmadığını varsaymaktır. Bu anlamda kişinin mahkeme huzurunda anlatacaklarına ve yorumlarına önemsizmiş gibi davranmak **Luban**'a göre, o kişinin bir birey olduğunu (öznelliğini) göz ardı edip onu aşağılamak anlamına gelecektir¹⁵⁰. Bu noktada avukatın mahkemede müvekkilinin onurunu nasıl koruyabileceği daha net bir şekilde ortaya çıkmaktadır. İnsan onurunun korunabilmesi en başta, kişilerin anlaşılır kılınmasını gerektirmektedir; çünkü hakların korunması ve iyi bir savunma ancak kişilerin kendilerini doğru ifade edebilmeleriyle mümkün olmaktadır. Bu anlamda avukat, bir nevi 'sözcü' olarak müvekkilini hukuk kurumları karşısında anlaşılır kılmak ve onu gereği gibi savunmak görevine sahiptir. Kişilerin mahkemede farklı sebeplerden ötürü kendilerini yeterli savunamamaları ve doğru anlaşılammaktan ötürü adaletsiz sonuçlara muhatap kalmaları insan onuruyla

¹⁴⁸ Luban, 2007-2008, s.1437.

¹⁴⁹ Ibid., s.1438.

¹⁵⁰ Luban, 1988, s.72.

bağdaşan bir durum değildir¹⁵¹. Kısacası, savunma hakkının insan haklarıyla, insan haklarının da insan onurunu korumakla ilgisini kuran **Luban**, avukatların önemini bu ilişki bağlamında vurgulamaktadır. Avukatlar, hukuk kurumlarında müvekkillerine sözcü olarak onları onurlandırmaktadırlar¹⁵².

Luban gerçekliğin bununla pek örtüşmediğinin de farkındadır. Uygulamada avukat, müvekkilinin hikâyesini kafasındaki teoriye yerleştirerek etkili deliller ve ikna edicilik yöntemini gözetmek suretiyle sadece sonuçla ilgilenip, olayın doğru aktarımını göz ardı edebilmektedir¹⁵³. Oysa ki avukatlar, müvekkillerinin hikâyelerini hukuka uygun yorumlayarak mahkemede aktarmak anlamında sözcüseler, doğal olarak savunmanın sınırları çizilmiş bulunmaktadır. Zira avukatlar gerçekleşmemiş bir hikâyeyi anlatamaz ya da olayları çarpıtamazlar¹⁵⁴. Ancak **Luban**'a göre müvekkilin suçluluğunu kanıtlamaya yeterli delil bulunmadığı veya delillerin, müvekkilin masumiyetini kanıtlamaya yeterli olduğu bir durumda avukat, müvekkilinin hikâyesini masumiyet karinesine kapsamında yorumlamak suretiyle onun insan onurunu dolaylı olarak korumalıdır¹⁵⁵. Bu görüşünü daha önce **Simon**'un verdiği bir örnek olay üzerinden açmaktadır¹⁵⁶. Söz konusu olayda kişi, çalıntı bir televizyonu arabasına yerleştirirken yakalanmıştır. Televizyonu sokaktaki bir adamdan satın aldığını ve çalıntı olduğunu bilmediğini söyler; fakat bunu

¹⁵¹ Ibid., s.69.

¹⁵² Kruse, s.1347.

¹⁵³ Luban, 2008, s.69.

¹⁵⁴ Ibid., s.70.

¹⁵⁵ Ibid., s.73.

¹⁵⁶ Ibid., s.72.

kanıtlayamaz. Ancak avukatı, hikâyeyi şu şekilde aktarır: Eğer televizyon çalınmış olsaydı arabanın arka koltuğuna değil, gizlemek adına bagaja yerleştirilirdi. Bu husus sanığın masumiyetini göstermektedir. Buradaki düşündürücü husus, sanığın bagaj anahtarına sahip olmadığı gerçeğinin jüri ve hâkim tarafından bilinmezken avukat tarafından biliniyor olmasıdır. Ancak **Luban**'a göre avukatın bu yöndeki savunması insan onurunu korumakla ilgisiz değildir. Hikâyeye olduğu gibi aktarılmış olmasa da o kişiyi mahkûm etmek insan onurunu zedeleyecektir; çünkü makul bir şüphenin ötesine geçmiş bir delil yoktur ortada¹⁵⁷. Avukat, müvekkilinin hikâyesini olduğu gibi anlatarak doğrudan ya da iyi niyetli bir yaklaşımla delilleri kullanarak masumiyetini kanıtlamak suretiyle dolaylı olarak onun insan onurunu korumaktadır. Burada yine ceza mahkûmiyetinin kişinin prestij kaybına (*loss of stature*) yol açmasına ve bunun da o kişinin onurunu zedeleyeceğine göndermede bulunmaktadır **Luban**¹⁵⁸.

Peki, müvekkilin kendi hikâyesinin farklı anlatılmasını istediği; fakat avukatının müvekkilini korumak adına onun iradesine aykırı bir şekilde hikâyeyi aktardığı durumları nasıl değerlendirmektedir **Luban**? Bu hususa dair Theodore Kaczynski örneğini aktarmaktadır¹⁵⁹. Kaczynski, teknoloji toplumunun insanlığa zarar verdiğini düşünüyor ve bu hususla ilgili sorumlu tuttuğu teknoloji uzmanlarına, akademisyenlere ve iş adamlarına kendi ürettiği bombaları gönderiyor. Bu şekilde birçok kişiyi öldürdükten sonra eylemlerine ancak kendisinin kaleme aldığı 3500 kelimelik modernlik karşıtı manifestosunun ünlü gazetelerde yayımlanması şartıyla

¹⁵⁷ Ibid., s.73.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Ibid., s.76.

son vereceğini bildiriyor. Gazeteler bunu kabul ediyor. Ancak yayınlanan manifestodan Kaczynski'nin kardeşi, onun kim olduğunu çıkarıyor ve idam edilmeyeceği sözü verilmesi şartıyla (sonradan bu söz tutulmuyor) abisinin kimliğini yetkililere bildiriyor. Kaczynski'nin avukatları onu savunurken akıl hastalığına dayanmak istiyorlar; fakat kendisi psikiyatrla dahi görüşmeyi kabul etmiyor. Ancak yayınladığı manifestonun kimi cümlelerine dayanılarak onun hasta olduğu savunması yapılıyor. Kaczynski hasta olduğunu reddetmesine rağmen söz konusu hastalık iddiasının suçlama aşamasında değil, ceza aşamasında kullanılacağını söyleyerek avukatları onu ikna ediyor; fakat daha sonra sözlerinde durmuyorlar. Bunun üzerine Kaczynski, bu savunmanın kendisini milyonların gözü önünde küçük düşürdüğünü söyleyip intihara teşebbüs ediyor. **Luban**'a göre Kaczynski'nin yaşamının anlamı ve amacı (modernliğe karşı savaş vermek) milyonların gözü önünde akıl hastalığına dayandırılarak küçümseniyor ve onun onuruna zarar veriliyor. Elbette **Luban**, Kaczynski'nin suçunun (masum insanları öldürmek) büyük olduğunu ve onun belki de akıl hastası olduğunu farkındadır. Ancak bir diğer yandan, onun kaleme aldığı manifestonun mantıklı bir sosyal teori çalışması olduğunu düşünmektedir. **Luban**, Kaczynski'nin milyonların okuması için yazdığı ve yaşamının anlamı olarak gördüğü bu yazıdan sonra avukatlarının onun hikâyesini farklı şekilde anlatmasının onun onurunu incittiğini düşünüyor¹⁶⁰. **Luban**'a göre avukatlarının hatası Kaczynski'nin karşı çıkmasına rağmen onu mahkemede savunmuş olmaları değil; nasıl ve neye dayanarak savunmuş olduklarıdır. Yaptıkları bu savunma, onu o yapan ve yaşamının anlamı olarak ortaya koyduğu amacının içini boşalttığı ve öznesi olduğu hikâyesini

¹⁶⁰ Ibid.

farklı biçime soktuğu için onun onurunu zedelemiştir¹⁶¹. Zira **Luban**'a göre avukatlar, müvekkillerin öznesi olduğu hikâyeleri aktararak onların onurunu mahkeme huzurunda korurlar. Avukatlar, sadece müvekkillerinin susturulmalarını ya da göz ardı edilmelerini önlemek adına onların onurlarını koruyor değillerdir. İnsan onurunu yüceltmek, insanları küçük düşürmemekle de ilgilidir¹⁶².

Avukatların hukuk devletini gerçekleştirme ve insan onurunu korumadaki rollerini bu şekilde ortaya koyan **Luban** onların, ahlâki aktivist bir yaklaşımla sorumluluklarını yerine getirmelerini şart koşar. Bu beklentinin, bağlı bulunulan kurumun dayattığı roller çerçevesinde kimi zaman aksi yönde de gerçekleşebildiği hususu **Luban**'ın mücadele sitemindeki rol ahlâki yapısına dair eleştirilerinde tartışılmaktadır.

2. Rol Ahlâkının Dışına Çıkma

Luban'ın avukatlık meslek etiği yaklaşımındaki temel önermelerden biri şudur: Aynı zamanda avukat olan bir birey¹⁶³, diğer bireylerle aynı ahlaki yükümlülüklerle sahiptir. Mesleki kimlik, insan olmanın gerektirdiği ve herkes için ortak olan ahlâki yükümlülükleri avukatlar açısından azaltıcı ya da farklılaştırıcı bir etken değildir¹⁶⁴. Diğer sıfatlarının yanı sıra avukat olan bu ahlâk ajanları üstlendikleri davalarda kimi zaman müvekkilleri lehine olan ancak haksız ya da ahlâki olmayan adımlar atmak

¹⁶¹ Luban, 2008, s.79.

¹⁶² Ibid., s.88.

¹⁶³ Luban bu bireye 'ahlak ajanı' demektedir.

¹⁶⁴ Luban, 2007-2008, s.1438.

konusunda kararsız kalabilir. Bu durum, bir sosyal role ait (örneğimizde avukatlık) münhasır amaçlı ahlâkın (*special-purpose morality*) genel ahlâka baskın gelip gelmeyeceği hususuyla ilgilidir. Yani **Luban**'a göre böyle bir durumda avukat, rol ahlâkı problemiyle karşı karşıya kalmaktadır¹⁶⁵.

Kimi yazarlara göre rol ahlâkı kavramı, köklerini **Francis Herbert Bradley**'in 'bir kimsenin konumu ve o konumun görevleri' (*my station and its duties*) belirlemede bulmaktadır¹⁶⁶. **Bradley**, insanların kendilerini, konumlarına ait görevlerini yerine getirdikleri zaman gerçekleştirdiğini belirterek, bir vücudun organlarına benzettiği çeşitli konumlara ait görevlerin yerine getirilmesinin toplum denen sosyal organizmaya can verdiğini söylemektedir¹⁶⁷. Herkesin toplumdaki konumuyla ilgili olan rolüne uygun şekilde davrandığını ve ahlâkın da bu rollerin sınırları içerisinde oluştuğunu ileri sürmektedir. Rol teorisine göre ahlâki normlar sadece rolün gereklilikleri çerçevesinde şekillenir ve bu ahlâki normların oluşturduğu rol ahlâkı geçerli olan tek ahlâktır. Rol teorisinde ahlâki yükümlülükler, bir kimsenin konumundan kaynaklanan gereklilikler olarak tanımlanmaktadır¹⁶⁸. Bir başka deyişle kişinin rolü göz önünde bulundurularak belirlenen görevleri aynı zamanda kendisinin ahlâki yükümlülüklerini ortaya koymaktadır¹⁶⁹. Bu anlamda rol, kişinin kendi konumuyla ilişkili olarak sosyal senaryosuna uygun gerçekleştirdiği davranış

¹⁶⁵ Luban, 2007-2008, s.1439.

¹⁶⁶ Anand, 2006, s.665., Luban, 1988, s.106, s.116, s.120.

¹⁶⁷ Luban, 1988, s.120, dn. 31.

¹⁶⁸ Anand, s.665.

¹⁶⁹ Ibid.

kalıplarıdır¹⁷⁰. Rol ahlâkında, bir davranışa, başkalarına zarar verse bile, rolün gereklilikleri kapsamında izin verilebilmektedir¹⁷¹. Bu anlayışa göre insanlar çoğu zaman fark etmeden rollerine uygun olan ahlâki yükümlülükleri yerine getirirler. Öyle ki bazen mesleğinin gereklerini yerine getiren bir kimse, aslında belirli bir rol ahlâkına uygun davrandığının dahi bilincinde olmayabilir¹⁷².

Luban'a göre rol teorisyenleri, kişileri rollerinden bağımsız olarak ele almaktansa onları belirli bir role indirgeyerek yaşamdaki konumlarından veya farklı sosyal rollerden doğan yükümlülüklerini, tüm insanları bağlayan evrensel ahlâki yükümlülüklerin önüne koyma çabasındadırlar¹⁷³. **Luban** bu teori içine yerleştirilen avukatlık rolünü eleştirmektedir¹⁷⁴. Mücadele sistemindeki avukatların ahlâki sorumsuzluğunu rol teorisi kapsamında temellendiren hâkim görüşe, meslek etiğini role ve rolün gerekliliklerine indirgediği gerekçesiyle karşı çıkmaktadır¹⁷⁵. Avukatların bu rolün gereğiymiş gibi sunulan ahlâki yani rol ahlâkını sorgulamaları

¹⁷⁰ Luban, 1988, ss.105-106.

¹⁷¹ Robin R. Radtke, "Role Morality in the Accounting Profession –How Do we Compare to Physicians and Attorneys?", **Journal of Business Ethics**, (Vol.79) 2008, s.279.

¹⁷² Radtke, s.280.

¹⁷³ Luban, 1988, s.xx.

¹⁷⁴ Luban, 1988, s.56. -Ayrıca avukatlık rolüne uygun davranmak hususunda dar daha kapsamlı bir yaklaşım için bkz.: Applbaum, Arthur. **Ethics for Adversaries: The Morality of Roles in Public and Professional Life**. Princeton University Press, Princeton 2000, ss.82-89., Daniel Markovits, **Modern Legal Ethics, Adversary Advocacy in a Democratic Age**, Princeton University Press, Princeton 2008, ss.155-171.

¹⁷⁵ Anand, s.655.

ve buna alternatif olarak kişisel ahlâklarını işin içine katmalarını önermektedir¹⁷⁶. Bunun için de “rol ahlâkı” (*role morality*) ve “genel ahlâk” (*common morality*) çatışmasını ortaya koymaktadır. Zira **Luban**’ın görüşünde meslek etiği problemleri çoğu kez bu iki ahlâki yükümlülük arasındaki ikilemden kaynaklanır¹⁷⁷. Buradaki genel ahlâk, rastgele yaygınlık anlamında değil, insan olmanın önemine başvurduğu için evrensel bir gereklilik olup¹⁷⁸, ‘genel’ nitelendirmesi hem ‘sıradan’ veya ‘her zaman’ anlamında hem de ‘evrensellik’ anlamında kullanılmaktadır¹⁷⁹. **Luban**, genel ahlâkın karmaşık ve belirsiz olduğu eleştirilerini hayatın kendisinin karmaşık olmasıyla açıklamakta ve ahlâk teorilerinin ahlâki görüş ve tercihlerin nasıl oluştuğuna dair şematik bir yol çizebileceğini söylemektedir. Bununla ilgili olarak da aşağıda açıklayacağımız üzere, rol ahlâkı ile genel ahlâk arasında ikilem yaşayan bir kişinin nasıl karar vermesi gerektiğine dair ortaya koyduğu kendi yöntemini örnek vermektedir¹⁸⁰.

Luban’a göre avukatın rol ahlâkı ve genel ahlâk arasında ikilem yaşaması, mücadele sistemi içerisindeki avukatlık rolüyle yakından ilişkilidir. Mücadele sistemi, avukatların tarafsızlığını ve hesap vermezliğini öngörmektedir. Yani avukat, müvekkilini sonuna kadar tarafgir bir şekilde savunacak ve bu savunmayı

¹⁷⁶ David M.Tarovich, “Law’s Ambition and the Reconstruction of Role Morality in Canada”, **The Dalhousie Law Journal**, (Vol.28) 2005, s.275.

¹⁷⁷ Anand, s.657.

¹⁷⁸ Luban’ın *common morality* kavramının, kökeni Immanuel Kant’ın felsefesinde bulunan deontolojik etiğe dayandığı iddia edilmektedir (Anand, s.655, dn. 4).

¹⁷⁹ David Luban, “Professional Ethics”, R.G. Frey ve Christopher Heath Wellman (der.), **A Companion to Applied Ethics**, Blackwell Publishing, Malden 2003, s.585.

¹⁸⁰ Luban, 2007-2008, s.1443.

gerçekleştirirken ahlâken sorumlu tutulamayacaktır. Avukatın hesap vermezliği, müvekkilini sonuna kadar savunabilmesinin önünü açan bir husus olmakta ve bu anlamda bu iki ilke birbirini tamamlayıcı nitelik arz etmektedir. Bu ilkeler aynı zamanda mücadele sistemindeki avukatlık rolünün nitelikleri üzerinde de belirleyicidir. Bu sistem avukatın, rolünün gerektirdiği ahlâka uygun (ki bu ahlâk tarafsızlık ve hesap vermezlik ilkeleri kapsamında şekillenmiştir) biçimde davranmasını öngörmektedir. **Luban**, ise genel ahlâk ilkelerinin uygulanabilirliğini kısıtladığı için avukatın rol ahlâkını eleştirmekte ve bunun kurumsallaşarak ahlâki sorumsuzluğa (yani hesap vermezliğe) dönüşmesini tartışmaya açmaktadır¹⁸¹.

Rol ahlâkına uygun davranan kişiler, genellikle söz konusu rolü gerekli kılan kurumun arkasına saklanırlar. O davranışın gerçekleştirilmesi birtakım kurumların veya rollerin gerekliliği olarak doğduğu için davranışın ahlakiliği, rolün ya da kurumun ahlâkiliğinden bağımsız olarak değerlendirilmemektedir¹⁸². Kişi, eylemini rolün gerekliliğiyle, rolün gerekliliğini kurumsal göreviyle, kurumsal görevini de kurumun haklılığıyla açıklamaya çalışır¹⁸³. Bir kurumun dışındaki kişiler için kabul

¹⁸¹ Anand, s.655.

¹⁸² Luban, 1988, s.117., -Ayrıca kişilik, meslek ve avukatlık rolü ilişkilerine dair bkz.: Rand Jack ve Dana Crowley Jack, **Moral Vision and Professional Decisions, The Changing Values of Women and Men Lawyers**, Cambridge University Press, New York 1989, s.27-39.

¹⁸³ Luban, 2008, s.58. Luban, bu yapıyı sır tutma yükümlülüğüne dair şu şekilde örneklendirmektedir: Müvekkilin sırlarını açığa vurmamak eylemi sır tutma ilkesiyle; bu ilke, avukatlık rolüyle; avukatlık rolü hukuk sistemiyle (kendi örneği mücadele sistemiyle); hukuk sistemi de iyi ve yararlı sonuçlar üretmesiyle gerekçelendirilmektedir.(Luban, 2003, s.590)

edilmeyecek birtakım davranışların, kurumun amacı doğrultusunda hareket edenler açısından kabul edilir görülmesi söz konusu olabilir. Bir başka deyişle ‘kurumsal mazeret’ (*institutional excuses*) denilen durum gündeme gelmektedir. **Luban**, kurumsal mazeret durumunu analiz etmek üzere dört unsurlu bir yapıdan bahsetmektedir. Bu yapıda en üst çatıda bir kurum (*institution*); bu kuruma bağlı olan kurumsal görevler (*institutional tasks*); bu görevlerin gerektirdiği yükümlülükler (*role obligations*) ve bu yükümlülüklerin gerçekleştirilmesi (*role acts*) söz konusudur. Kurumsal mazeret ileri sürüldüğü zaman kurumun haklılığı ahlâki iyiliğiyle; kurum temsilcilerinin rolleri, kurumun ahlâkiliğiyle; bu rollerin gerektirdikleri, rolün yapısıyla ve nihayet role uygun eylemler de rolün kendisiyle gerekçelendirilmektedir¹⁸⁴. **Luban**’a göre kurumsal mazeret yapısında tüm sorumluluk kuruma veya kurumun öngördüğü rollere yüklenmektedir. Bunun sonucu olarak da rol ajanı rolünü gerçekleştirirken herhangi ahlâki bir sorumluluk hissetmemektedir¹⁸⁵. Ancak **Luban**’a göre aslında her birimiz, ait olduğumuz gruplardan ve içinde bulunduğumuz rollerden ayırt edilebilir niteliklere ve sorumluluklarımızın farkında olarak seçimlerimizi yapma kapasitesine sahip bulunmaktayız¹⁸⁶. **Hanna Arendt**’in Adolf Eichmann’ı anlattığı kitabından alıntılara yer veren **Luban**, tıpkı Nazi görev bilinciyle hareket eden birinin söz konusu kurumu sorgulamadıkça davranışlarının amacı ve sonucu üzerinde durup düşünmemesi gibi, rolünü körü körüne gerçekleştiren birinin genel ahlâkla ilişkisini göz ardı

¹⁸⁴ Robin R. Radtke, “Role Morality in the Accounting Profession –How Do we Compare to Physicians and Attorneys?”, **Journal of Business Ethics**, (Vol.16) 2008, s.283.

¹⁸⁵ Luban, 1988, s.117.

¹⁸⁶ Luban, 2007-2008, s.1441.

edilebilmesi arasındaki benzerliğe dikkat çeker. Şuna dikkat edilmelidir ki eğer rol ahlâken kötüyse, gerçekleştiren kişi de buna razı olduğu için sorumlu tutulacaktır¹⁸⁷. Rolden-türetilmiş davranışları soyut olarak değerlendirmektense, ahlâken iyi olduğuna inanılan kurumun gerekleri olarak baştan kabul edip yargılamamak farklı sonuçlara götürebilir¹⁸⁸. Örneğin, bir tecavüzcünün vekilliğini yapan avukatın aslında ‘deli bir tecavüzcüyü ortalığa salmaya çalıştığını’ değil; ‘usulüne uygun yargılanmış bir bireyi savunduğunu’ belirtmek, avukatın eyleminin değerini ortaya koymaktır¹⁸⁹.

Luban, çoğu zaman avukatların aynı duruma özgü ahlâki yükümlülüklerinin avukat olmayanlarıkiyle benzerlik göstereceğini ve meslek etiği ikilemiyle karşı karşıya kalan bir avukatın mücadele sisteminin arkasına saklanmaması gerektiğini belirtmektedir¹⁹⁰. Ona göre rol teorisyenleri açıklamalarını yaparken yanlış bir noktadan hareket etmişlerdir. Örneğin bir hukukçunun suç işlemesi veya bir yatırım bankasının banka soyması, mesleklerinin amaçları ya da rolleriyle birlikte değerlendirildiğinde sanki bir çelişki yaratmakta ve dolayısıyla ahlâken kötülenmektedir. Ancak **Luban**’a göre bu davranışların ahlâken kötü olmasının sebebi, onları gerçekleştirenlerin rolleri, meslekleri ya da kimliklerinden bağımsız olarak, sadece insan olmaları anlamında genel ahlâka aykırı olmalarındandır¹⁹¹. Ahlâki bir yükümlülüğün kimler üzerinde uygulandığı değil, hangi sebeplere

¹⁸⁷ Luban, 1988, s.117.

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ Luban, 2007-2008, s.1444.

¹⁹¹ Luban, 1988, ss.119-110. Benzer bir görüşü Radtke de savunmaktadır. Ancak “genel ahlâk” terimi yerine “evrensellik” argümanını kullanmıştır. Bkz. Radtke, ss.281-282.

dayanılarak uygulandığı önemlidir¹⁹². Bu anlamda rol ahlâkı, kişileri rollerinden bağımsız değerlendirmeyerek genel ahlâk anlayışının sadece bir formaliteden ibaret olduğunu düşünmekle, aslında eksik bir meslek ahlâkı anlayışının oluşmasına neden olmaktadır.

Luban, bütün ahlâkın rol ahlâkı olarak belirlendiği bir toplumun bile ancak tüm rollerin doğuştan verilmesi şartıyla mümkün olabileceğini söylemektedir¹⁹³. Rollerin seçilip terk edilebildiği bir toplumda ahlâkın sadece rol ahlâkı olduğunu düşünmek ahlâkların da seçilip terk edilebildiği anlamına gelebilir. Bu husus ise problemlidir; zira insanlar mesleklerinden ve dolayısıyla rollerinden vazgeçebilirler, ancak ahlâkları kalıcıdır¹⁹⁴. Diğer yandan, mesleğin gerekli kıldığı rol ahlâkı ve meslekten bağımsız kişisel değerlerin keskin bir ayrımını yapmanın, kişinin psikolojisi açısından parçalayıcı, ahlâki açıdan da zor bir durum yaratacağı ileri sürülebilir¹⁹⁵. Ancak **Luban**'a göre yaşamda karşılaşılan her duruma cevap verecek kadar incelmış bir rol ve dolayısıyla rol ahlâkı yoktur. Bu anlamda rol ahlâkı ve genel ahlâk çatışması kaçınılmazdır¹⁹⁶.

¹⁹² Luban, 1988, s.110.

¹⁹³ Ibid.

¹⁹⁴ Ibid., ss.110-111.

¹⁹⁵ Timothy W.Floyd ve John Gallagher, "Legal Ethics, Narrative, and Professional Identity: The Story of David Spaulding", **Mercer Law Review**, (Vol.58) 2006-2008, s.959.

¹⁹⁶ Luban, 1988, s.127.

“Oynadığımız rollerin arkasındaki biz kimiz?”¹⁹⁷, diye sorarken aslında **Luban**, rol ahlâkının dayatmalarıyla genel ahlâk arasında bir denge oluşturulmasından bahsetmektedir. Modern bürokrasinin ahlâki kaygıları unutturarak kafkavari kâbuslara yol açabileceği uyarısını yaparken de, herhangi bir rol kalıbının her duruma bir cevap oluşturup oluşturamayacağını düşünmek için rol ahlâkının yapısını sorgulamaktadır¹⁹⁸.

Luban, mesleki role dair kuralları ve görevleri üçe ayırmaktadır. Bunlardan ilki mesleğin gereği gibi yürütülebilmesi için belirlenmiş görevler, ikincisi mesleğin kötüye kullanımını önlemek için konulan kurallar ve sonuncusu gelenek ya da genel davranış kuralları denebilecek olan yapılageliş kurallarıdır. **Luban**, rol ahlâkını asıl şekillendiren kuralları da bunlardan ilki içerisine yerleştirir¹⁹⁹. Rol ahlâkı ile genel ahlâk kuralları arasında ikilem²⁰⁰ yaşayan bir kişinin birtakım aşamaları geçerek karar vermesi gerektiğini belirtir²⁰¹. Öncelikle kişi, söz konusu kurumu, rolü, rolün gerekliliklerini ve rol eylemini tanımlayacak, bu tanımladıklarının hangi amaca hizmet ettiğine dair bir değerlendirme yapıp, her birinin geçerlilikleri/haklılıkları üzerinde karar verecektir. Daha sonra somut şartlara göre başka eylem olanaklarını

¹⁹⁷ Ibid. s.126.

¹⁹⁸ Ibid.

¹⁹⁹ Ibid., s.128.

²⁰⁰ Luban, rol ahlâkı ve genel ahlâk arasında yaşanan ikilemi insanın benliğiyle yaşadığı bir ikilem; hatta kişinin içinde iki kendilik duygusu barındırması olarak açıklamaktadır. (David Luban, “Freedom and Constraint in Legal Ethics: Some Mid-Course Corrections to Lawyers and Justice”, **Maryland Law Review**, (Vol.49) 1990, s.443.)

²⁰¹ Luban, 1988, s.140.

düşünecek ve rol eyleminin ahlâken kötü sonuçlara yol açması durumunun haklılığını değerlendirerek eylemi gerçekleştirecektir²⁰². Kısacası, **Luban**'ın avukatların rol çatışmasına düştüklerinde kullanabilecekleri bir metot olarak önerdiği bu aşamaların her biri, diğeriyle bağlantılı olarak değerlendirilecek ve en sonunda genel ahlâkın gerekliliği karşısında eylemin haklılığı karşılaştırılarak ikileme son verilecektir²⁰³.

Bu aşamaları geçerek eyleyen avukatın başkası adına ahlâken kötü bir davranışta bulunması, avukat olmayan birinin aynı davranışta bulunmasından farklı değildir; zira avukatlık rolü özel olarak ahlâki bir muafiyet ve ayrıcalık getirmez²⁰⁴. Avukatlar, mesleki kimlikleri kişisel kimliklerine adeta dokunmuş olarak bir bütünlük ve safiyet içinde sorumluluklarını gerçekleştirmelidirler²⁰⁵. **Luban**'a göre ahlâki bir yükümlülük mesleki bir sorumlulukla ciddi bir ihtilaf içinde olursa, avukat meslek kurallarına karşı sivil itaatsizlik sergilemelidir²⁰⁶. **Luban**'ın meslek etiği anlayışında avukat ve müvekkil arasında etik bir ilişki söz konusudur. Avukatın sadece rol ahlâkıyla bağlı kalmayıp gerektiğinde genel ahlâkı da işin içine katması ve insan onuru koruyucusu olarak hareket etmesi bunun en temel dayanağıdır. Bir sonraki bölümde, bu ilişkinin etik bir ilişki olduğunu, rol ahlâkı ve genel ahlâkın birçok durumda çatışmasına yol açan sır tutma ilkesi örneği üzerinden sınayacağız.

²⁰² Ibid.

²⁰³ Anand, s.669.

²⁰⁴ Luban, 2008, s.63.

²⁰⁵ Floyd, Gallagher, s.959.

²⁰⁶ Luban, loc. cit.

İKİNCİ BÖLÜM

DAVID LUBAN'IN YAKLAŞIMINDA SIR TUTMA İLKESİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ

I. SIR TUTMA İLKESİNİN GENEL OLARAK ANLAMI ve KAPSAMI

Bir avukat, yazıhanesinde, müşterisinin gizlice birisini öldürmeye niyet ettiğini öğrense bile bunu dile getirmeye hakkı yoktur. Yalnız meslek ketumluğunu bozmaya kadar varmaksızın müşteriyi kandırabilir, teskin edebilir ve bir felaketin önüne geçmek için namuslu bir insanın yapabileceği her şeyi yapabilir ve yapmalıdır.”

Consultez Henri-Robert²⁰⁷

Avukat ve müvekkili arasındaki etik ilişkide bir takım değerler ön plana çıkmaktadır. Bu değerlerden en önemlisi ‘güven’dir. Güven, etik ilişki taraflarından birinin diğer tarafın birçok eylemini doğru değerlendirmesi sonucu o kişinin değersiz bir eylemde bulunmadığı bilgisine dayanarak onun değersiz bir eylemde bulunmayacağından

²⁰⁷ Haşim Mısır, **Avukatlık Disiplin Hukuku**, Ankara 2008, s.490.

emin olmasıyla ilgilidir²⁰⁸. Avukat ve müvekkil ilişkisi bakımından güven, avukatlığın özel yanıyla ve sır tutma ilkesiyle²⁰⁹ doğrudan ilişkilidir²¹⁰.

²⁰⁸ Ioanna Kuçuradi, **Etik**, Ankara 2006, ss.178-179.

²⁰⁹ ‘Sır tutma yükümlülüğü’, ‘sır saklama kuralı’, ‘sır tutma ilkesi’ ya da ‘gizlilik’ ifadelerinden üçünün de kullanılması söz konusudur. Biz bu çalışmada ‘sır tutma ilkesi’ terimini kullanacağız.

²¹⁰ Anglo-Sakson yargı kararlarında sır tutma ilkesine ilişkin farklı argümanlar geliştirilmiştir. Örneğin “İş ürünü doktrini”ne (*work product*) göre avukatın, birlikte çalışanlarının ya da stajyerinin müvekkili temsil etme sürecinde edindiği tüm bilgiler, gerek zihinsel gerekse kâğıda dökülmüş biçimde maddesel olsun ‘iş ürünü’ niteliğinde kabul edilip, koruma altına alınır. İlk kez 1947’de *Hickman* (*Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947)) davasında gündeme gelen bu yaklaşıma göre söz konusu bilgiler çoğu kez davaya hazırlık aşamasındaki materyaller olarak nitelendirilip koruma altına alınmaktadır (Jonathan S.Lynton ve Teri Mick Lyndall, **Legal Ethics and Professional Responsibility**, Delmar Cengage Learning Publishing, New York 1994, s.70.). ‘Dengeleme’ yaklaşımında ise gizlilik ilkesi ve altında yatan menfaat ile somut olaydaki çelişen bir başka menfaat karşılaştırılarak değerlendirme yapılır. Bu yaklaşımın en bilinen örneği *Tarasoff* davasında yaşanmıştır (*Tarasoff v. Regents of University of California*, 17 Cal.3d 425, 551 P.2d 334, 131 Cal. Rptr. 14 (1976)). Bu davada, hastasının bir cinayet işleyeceğini bilen bir psikoterapist, terapist ve hastası arasındaki sır tutma yükümlülüğüne dayanarak bu bilgiyi açığa vurmamıştır (Lynton, Lyndall, s.69.). California Yüksek Mahkemesi ise hasta tarafından öldürülen kişiyi korumanın, iletişimi korumaktan daha üstün bir nitelik arz ettiğini söylemiştir. Bu gerekçe avukat müvekkil arasındaki sır tutma ilkesinin yorumlanmasına da ışık tutmuştur. Başka bir dengeleme yaklaşımı, Pennsylvania İstinaf Mahkemesinin *Ferri* (*Pennsylvania v.Ferri*, 559A 2d 208 (1991)) davasında mahkemenin delillere ulaşmadaki aciliyeti ile avukatın sır tutma yükümlülüğü karşılaştırmasında kullanılmıştır.

Sır tutma ilkesi doktrinde ve kanunlarda farklı biçimlerde ifade edilmektedir. ‘Avukatlık sırrı’, ‘gizlilik ilkesi’, ‘mesleki sır yükümlülüğü’ veya ‘sır tutma yükümlülüğü’ bu ifadelerden bazılarıdır²¹¹. Bu ilke kimi zaman bir yükümlülük kimi zamansa bir hak olarak tanımlanmaktadır²¹². İfade ediliş biçimi ne olursa olsun, sır tutma ilkesi, avukatların mesleklerini icra ederken –gerek hukuki danışmanlık gerekse dava vekilliği yaparken- müvekkili hakkında ister doğrudan müvekkilin kendisinden isterse mesleki faaliyetler esnasında başka kişilerden veya resmi belgelerden ya da benzeri yerlerden öğrendiği hiçbir bilgiyi açığa vurmaması zorunluluğu anlamına gelmektedir. Bu kuralın kaynağı avukat ve müvekkil arasındaki güven ilişkisidir²¹³. Bu kural herhangi bir zamanla sınırlı olmayıp vekilliğini üstlendiği kişiyle yaptığı avukatlık sözleşmesi sona erdikten sonra dahi sözleşme tarafı olan avukat için geçerliliğini korumaktadır.

A. Sır Tutma İlkesinin Tarihçesi

Avukat ve müvekkil arasındaki sır tutma ilkesini daha iyi değerlendirebilmek için bu kurumun tarihçesine ışık tutmak faydalı olacaktır.

²¹¹ Bizim mevzuatımızda Avukatlık Kanununun 36.maddesinde “Sır Saklama” ibaresi geçerken Meslek Kurallarının 37.maddesinde “Avukat meslek sırrı ile bağlıdır”, denmektedir. Türk Ceza Kanununun 258.maddesi ise “Göreve İlişkin Sırrın Saklanması” başlığı altında ilgili hususu düzenlenmiş bulunmaktadır.

²¹² Bkz. Alman Meslek Kuralları Tüzüğü m.2 (Semih Güner, **Avukatlık Hukuku**, Ankara 2007, s.351).

²¹³ Geoff Monahan, **Essential Professional Conduct: Legal Ethics**, Sydney 2001, s.67.

Eski Roma’da kölelerin efendisine olan mutlak sadakati temel ve tartışmasız bir kuraldı. Bu kuralın doğal sonucu olarak da bir köle efendisine tanıklıkta bulunamazdı²¹⁴. Bu kural *testimonium domesticum* ilkesinin bir uzantısı olarak, köleyi de ailenin bir ferdi saymakta ve aile bireylerinin aile reisine itaatle yükümlü olmalarının sonucu olarak efendi, kölesi tarafından ihanete uğramama hakkına sahip olmaktaydı²¹⁵. Yine avukatlar da çok eski zamanlardan beri, savundukları kişiler için tanıklık yapmaya çağrılmazdı. Her ne kadar kuralın mantığı ailenin üzerine inşa edilmiş olan sadakat yükümlülüğüne dayansa da, bu doktrin avukatın savunduğu kişi lehine ya da aleyhine tanıklığının kabul edilmez olmasına kadar genişletilmiş bulunmaktadır²¹⁶. Zira her iki ilişkinin de doğası gereği yanlış beyanda bulunulma olasılığı yüksek olmaktadır²¹⁷. Roma’nın ilerleyen dönemlerinde de avukatın müvekkiliyle ilgili tanıklıkta bulunmaması hem bir ayrıcalık hem de bir görev olmuş, avukatın tanıklığı (eğer bir şekilde bulunmuşsa) geçersiz kılınp dava ihdas edilmemiş sayılmıştır²¹⁸.

Ortak hukukta (*common law*) ise avukat-müvekkil ayrıcalığına dair uygulamalar I.Elizabeth dönemine dek gitmektedir²¹⁹. Bu dönemin davalarından anlaşıldığı kadarıyla sır tutma ilkesi, müvekkilden çok avukatın ayrıcalığı olarak kabul

²¹⁴ Max Radin, “The Privilege of Confidential Communication Between Lawyer and Client”, **California Law Review**, (Vol.16) 1927-1928, s.488.

²¹⁵ Radin, s.488.

²¹⁶ Ibid.

²¹⁷ Ibid.

²¹⁸ Ibid., s. 439.

²¹⁹ Geoffrey C. Hazard, “An Historical Perspective on the Attorney-Client Privilege”, **California Law Review**, (Vol.66)1978, s.1069.

edilmekteydi²²⁰. Hukukçular o dönemde sosyal tabaka bakımından çoğunlukla üst kesimlerde yer almaktaydılar. Üst tabakadan bir seçkin, kendisine başka bir seçkin tarafından verilmiş sırları asla açığa vurmaya zorlanamazdı²²¹. Buradan anlaşıldığı kadarıyla 16.yy.da hukuken temsil edilen kesim genelde aristokratlar ve *landed gentry* yani ‘seçkinler’ olmaktadır²²². Örneğin 1632 yılındaki bir davada Lady Henrietta Berkeley isimli genç bir kadın kaçırılarak fuhuşa zorlanmıştır²²³. Lady Henrietta’ya onu kimlerin kaçırdığı sorulduğunda, kendisini kaçıran insanların ona çok kibar davrandığı için hiçbirinin ismini vermemekte direnmiştir²²⁴. Her ne kadar fuhuş şerefe aykırı bir davranış sayılsa da mahkeme Lady Henrietta’yı konuşmaya zorlamamıştır. Bu göstermektedir ki susma ayrıcalığı, üst sınıftan olmanın bir avantajı olarak görülmeyle beraber avukat müvekkil ilişkisinde korunmak istenen bu kişilerin, yani hukuki temsil hakkını kullanabilen seçkin müvekkillerin ve avukatların şerefleri anlamına gelmektedir. Ancak 17.yy.da bu kural avukatın şerefini korumaktan ziyade, müvekkilin ihtiyaçlarını gözetmek amacına hizmet etmeye başlamıştır²²⁵.

²²⁰ Ibid., s. 1070.

²²¹ Ibid.

²²² Lloyd B. Snyder, “Is Attorney-Client Confidentiality Necessary?”, **Georgetown Journal of Legal Ethics**, (Vol.15) 2001-2002, s.480.

²²³ Luban, 1988, s.188.

²²⁴ Ibid.

²²⁵ David A.Green, “Lawyers as ‘Tattletales’: A Challenge to the Broad Application of the Attorney-Client Privilege and Rule 1.6, Confidentiality of Information”, **Georgia State University Law Review**, (Vol.20) 2003, s.625.

Bugün olduğu gibi avukatlar arasında sınıf farkının bulunması, bu ilkenin uygulanışına farklı yorumlar getirmiştir. İngiltere’de müvekkille görüşme yapan, dilekçeleri yazan *attorneys* ve *solicitors*’lar ‘hukuk danışmanı’; müvekkilleri mahkeme önünde savunan *barristers*’lar ise ‘dava vekili’ olarak bilinirdi²²⁶. Müvekkille bire bir görüşüp danışmanlık yapanlar *attorneys* veya *solicitors*lar olmasına rağmen, müvekkil-avukat ayrıcalığıyla koruma altına alınanlar sadece *barristers*lar olmaktadır²²⁷. Bu durum, söz konusu ilkenin aslında avukatın bir ayrıcalığı olarak getirilmiş olmasına bir kanıt teşkil etmektedir²²⁸. Mahkemenin bir hizmetkârı değil, bir üyesi olarak görülen *barrister* (tıpkı modern bir yargıca kapalı oturumla ilgili soru sorulamayacağı gibi) müvekkilinin sırları hakkında konuşmaya zorlanamazdı²²⁹.

Daha sonradan, avukat ve müvekkil arasındaki bu ayrıcalık çeşitli davalarda şekillenerek yan kurallara ayrılmış ve farklı dönem ve sistemlerde kendi sınırlarını çizmiştir. Bir teoriye göre bu kural, avukatı hem savunan hem de tanıklık yapan zor bir pozisyona sokmamak amacıyla mahkemeler tarafından geliştirilmiştir²³⁰. Bir başka teori ise müvekkillerin avukatlarına bilgi aktarımının herhangi bir engele takılmadan gerçekleşmesi ve böylece tam bir savunma yapılabilmesi amacıyla bu kuralın sonradan geliştirilmiş olduğunu söylemektedir²³¹.

²²⁶ Snyder, s.1070.

²²⁷ Ibid., s.1071.

²²⁸ Ibid.

²²⁹ Ibid.

²³⁰ Snyder, s.481.

²³¹ Ibid.

Günümüzde sır tutma ilkesi sadece müvekkil ya da sadece avukat merkezli değerlendirilmemekte, bu ilkenin gerekleri ve getirdikleri daha geniş bir çerçevede ele alınmaktadır. Bu çerçeveyi elimizden geldiğince tanımlamak ve ahlâki aktivizm temsilcilerinden olan **Luban**'ın bu çerçeveye dair yaklaşımını ortaya koymak için sır tutma ilkesinin amacını ve sınırlarını tartışmakta yarar vardır.

B. Sır Tutma İlkesinin Amacı ve Gerektirdikleri

Sır tutma ilkesi hangi menfaatleri ilgilendirmektedir? Gerek kamunun yararına ya da zararına olacak bilgileri saklamadaki²³² hassasiyet, gerekse avukat müvekkil ilişkisinin sağlıklı yürümesi için gereken güven ortamının oluşması, bu kuralın yarattığı sonuçlara bağlanmaktadır. Çoğu zaman karmaşık olan bu husus, bir yandan bireylerin savunma hakkıyla bir yandan da açık ve adil olan yargı sistemi anlayışı ve insanların vatandaş olarak güvenliği ve düzenli bir toplumda yaşama istemiyle yakından ilgili olmaktadır²³³. Kısacası avukatlığın gerek kamusal yanı gerek özel yanını ilgilendiren çeşitli etik değerler bu kural ile doğrudan ilgilidir. Bu husus doktrinde etraflıca tartışılmış ve farklı hukuk sistemlerinde bu ilke yazılı bir meslek kuralı olarak kaleme alınırken çeşitli sınırlar ve istisnalar öngörülmüştür.

²³²Örneğin Zomax davasında kamu sağlığını tehdit eden bilgilerin avukatlar tarafından gizlenmesi tartışması gündeme gelmiştir. Davaya ilişkin bilgi için bkz.: http://www.citizen.org/congress/article_redirect.cfm?ID=571 (14 Mart 2011).

²³³ Gordon Tucker, "The Confidentiality Rule: A Philosophical Perspective with Reference to Jewish Law and Ethics", **Fordham Urban Law Journal**, (Vol.13) 1984-1985, s.99.

Avukatın sır tutma yükümlülüğünün yararlarına dair birçok husus öne sürülmektedir. Genel kabul ve kuralın en temel amacı olarak müvekkilin, avukatına, davaya ilişkin gerçekleri korkusuzca anlatabilmesi ve avukatın öğrendiği detaylı bilgiler ışığında doğru kanunu ve yöntemi seçerek başarılı bir savunma gerçekleştirmesinden bahsedilmektedir. Sınırlı bilgi, sınırlı seçimlere ve dolayısıyla eksik ya da hatalı danışmanlığa yol açabilir²³⁴. Bu anlamda sır tutma ilkesi müvekkile, avukatına güvenerek maddi olayı tereddüt etmeden anlatabilmesini sağlarken avukata da bu bilgileri yasak kapsamında amacına uygun olarak kullanması gerektiğini hatırlatmaktadır.

Sır tutma yükümlülüğünün ayrıca, avukatın bilgi alışverişi ve davaya hazırlanmadaki zihinsel sürecini koruduğundan bahsedilmektedir²³⁵. Bu zihinsel koruma, gerek avukatın davaya ilişkin ayrıntıları bilgi bütünselliği içinde elde edebilmesi bakımından, gerekse bu bilgileri öğrendikten sonraki aşamada dışarıdaki etkenlerden arınarak değerlendirmede bulunması bakımından önem arz etmektedir. Hatta sır tutma ilkesinin, avukatı, gizli tutulan bilginin üçüncü kişilere verdiği zararı açığa vurup vurmama hususundaki ahlâki yükten de koruduğunu ileri sürenler olmaktadır²³⁶.

²³⁴ Lee A. Pizzimenti, “The Lawyer’s Duty to Warn Clients About Limits on Confidentiality”, **Catholic University Law Review**, (Vol.39) 1990, s.478.

²³⁵ Heather Waldbeser ve Heather Degrave, “A Plaintiff’s Lawyer’s Dilemma: The Ethics of Entering a Confidential Settlement”, **Georgetown Journal of Legal Ethics**, (Vol.16) 2002-2003, s.816.

²³⁶ Snyder, s.506.

Bunun yanı sıra, avukatın sorumluluklarından birinin, müvekkilinin kendi kendini suçlamasını (*self-incrimination*) önlemek olduğu ve sır tutma ilkesinin bu amaca dolaylı da olsa hizmet ettiği söylenmektedir²³⁷.

Bunlardan başka, sır tutma ilkesiyle, müvekkillerin özel yaşamının gizliliği arasında ilgi kuranlar da olmaktadır²³⁸. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, önüne gelen davalarda, avukatlık meslek sırrıyla ilgili hususları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması”na dair 8.maddesi kapsamında değerlendirmekte ve yine bu hakkın sınırlandırılmasını maddenin ikinci paragrafında belirtilen suç işlenmesinin önlenmesi, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi sebepler altında ancak meşru saymaktadır²³⁹.

Sır tutma ilkesi ahlâki aktivizmin savunduğu danışmanlık biçimine elverişli bir ortam sağlamakta da önem arz etmektedir. Bir müvekkilin, avukatına her şeyi anlatamaması ya da anlatmamasının altında yatan farklı sebeplerden bahsedilmektedir. Müvekkil, aktardığı bilginin kendisine (*ego threat*) ya da davanın gidişatına (*case threat*) zarar vereceğini düşünebilir, anlatmak yerine avukatın lafi ağzından alması anlamında pasif kalmak isteyebilir (*role expectations*), anlatacaklarından utanç ya da rahatsızlık duyduğu için susabilir (*etiquette barriers*), anımsamamak için (*trauma*) ya da bilginin ilgisiz olduğunu sandığı için (*percieved irrelevancy*) olayın detaylarını anlatmayabilir²⁴⁰. Avukat, bunun gibi noktaları göz

²³⁷ Tucker, s.100.

²³⁸ Waldsbeser, Degrave, s.817.

²³⁹ Bkz. Foxley/İngiltere, no: 33274/96, Niemietz/Almanya, no: 13710/88.

²⁴⁰ Snyder, s.485.

önünde bulundurarak müvekkiliyle arasındaki güven ilişkisini incitmeyecek şekilde bilgi alış-verişini sağlamalıdır. Müvekkilin avukatına güven ortamı içinde bilgi aktarımını kolaylaştıran bu ilke sayesinde avukat, olayla ilgili detayları öğrenip duruma geniş bir çerçeveden bakma fırsatını yakalayacaktır. Somut durumun koşullarını öğrenme ve özelliklerini bilme fırsatı bulan avukat, gizli bilginin üçüncü şahıslara zarar verip vermeyeceğini de doğru bir şekilde değerlendirme şansına sahip olacaktır. Ahlâki aktivist **Simon**, ‘gizliliğin’ iyi ve elverişli bir hukuk danışmanlığına ortam hazırladığını, bunun da uzun vadede adalet hizmet ettiğini ileri sürmektedir²⁴¹.

Üzerinde durulması gereken bir başka husus ise gizliliğin, geçmişte işlenmiş suçlarla ilgili olarak da adalet açısından taşıdığı önemdir. Sır tutma yükümlülüğünün olmadığı bir durumda, müvekkilin, geçmişteki bir vakaya dair doğru bilgi vermeyip gerçeğin bulunmasının önünü tıkamasından ve uzun vadede adaletin gerçekleşmesine engel olmasından bahsedilmektedir²⁴².

Diğer yandan avukatın sır tutma ilkesi şemsiyesi altına girerek suçları önlemedeki pasif tutumu eleştirilmiş ve bu anlamda getirilen istisnalar bu kuralın sınırlarını belirlemiştir²⁴³. Bunlardan en önemlisi, mesleki diyalog esnasında avukata müvekkili

²⁴¹ William H.Simon, **The Practice of Justice, A Theory of Lawyers’ Ethics**, Massachusetts 2000, s.55.

²⁴² Simon, 2000, s.56.

²⁴³ Örneğin Amerika Birleşik Devletlerinde pek çok eyalette sır tutma ilkesinin çocuğun istismarını önleme, ölüm ya da ciddi yaralanmayı engelleme gibi durumlarda istisnai olarak ihlal edilebileceği öngörülmüştür. (John M. Burman,

tarafından işleneceği anlatılmış olan bir suçu önlemekle ilgilidir²⁴⁴. Örneğin müvekkilin, avukatına planladığı bir cinayeti anlatması ya da bunu ima etmesi durumunda avukatın sır tutma yükümlülüğünün renk değiştireceği ya da değiştirmesi gerektiğinden bahsedilmektedir. Bazı meslek kurallarında bu husus sır tutma ilkesinin istisnası olarak öngörülmektedir. Avukatın bu durumda nasıl davranması gerektiği konusu, ahlâki aktivist pratiğin savunucuları tarafından da öncelikle ele alınmaktadır.

Şu bir gerçektir ki avukat müvekkil arasındaki ilişkinin doğası gereği böyle bir ayrıcalığın (en genel anlamıyla gizliliğin) ortadan kaldırılması gerek savunma hakkı açısından gerekse gerçeklerin bilinmesi ve en nihayetinde adaletin gerçekleşmesi açısından aksaklıklara yol açabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin belirttiği üzere, avukatlık söz konusu olduğunda, mesleki sırta tecavüz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.maddesinde koruma altına alınmış olan ‘Adil Yargılanma Hakkına’ ve dolayısıyla adaletin gereği gibi yerine getirilmesine olumsuz etkide bulunabilir²⁴⁵. Bugün için bu kuralın gerekliliği konusunda aksi düşünülüyor değildir. Ancak sorun, bu kuralın sınırlarının çizilmesinde yaşanmaktadır.

“Lawyers and Domestic Violence: Raising the Standard of Practice”, **Michigan Journal of Gender and Law**, (Vol.9) 2003, s.246). Ayrıca çocuğun velayeti hususunda daha detaylı gizlilik tartışmaları için bkz. William Wesley Patton, **Legal Ethics in Child Custody and Dependency Proceedings, A Guide for Judges and Lawyers**, Cambridge University Press, New York 2006, ss.7-82.

²⁴⁴ Ibid.

²⁴⁵ AİHM, Niemietz/Almanya Kararı, 16 Aralık 1992, no:13710/88, AİHM, Foxley/Birleşmiş Milletler Kararı, 20 Haziran 2000, no: 33274/96.

II. SIR TUTMA İLKESİNİN ÇIKMAZLARI

Sır tutma ilkesine dair problemler özellikle gelecekte işlenecek olan suçlarla ilgili olarak tartışmalıdır. Suç işleyeceğini kendisine anlatan müvekkil karşısındaki avukat nasıl bir davranış ve tutum sergilemelidir? Müvekkilinin sırrını adaletin gerçekleşmesinde oynadığı rolü düşünerek açığa mı vurmalıdır yoksa müvekkilinin güvenini boşa çıkarmamak ve sır tutma ilkesine sıkı sıkıya bağlı kalmak adına öğrendiği bilgiyi ilgili kurum ve kişilerden saklamalı mıdır?

Avukatlara tanınan bu mesleki gizlilik kuralının adeta bir şemsiye gibi kapsayıcı nitelikte olduğundan bahsettik. Hukuki danışmanlık ve temsil kapsamında avukat ve müvekkili arasında geçen her türlü bilgi bu şemsiyenin koruması altında sayılmaktadır. Bu bilginin doğru ya da yanlış olması, başkalarınca biliniyor olması ya da 'sır' olduğunun altı çizilerek söylenip söylenmemesi fark etmez. Bilginin edinildiği kaynak da bu anlamda önemli değildir: Resmi belgelerden, doğrudan müvekkilin ağzından ya da bir tanıktan edinilmiş olabilir²⁴⁶. Örneğin, diyelim ki dava dosyasında resmi hastane kayıtlarından müvekkilinin bulaşıcı bir cinsel hastalığı olduğunu öğrenen avukat aynı zamanda müvekkilinden dinlediği anlatılardan, onun birçok kişiyle cinsel ilişkiye girdiğini öğrenmektedir. Avukatın öğrendiği bu bilgi doğrudan dava konusuna ilişkin olmayabilir; ancak hukuki danışmanlık ya da hukuki temsil kapsamında edinilmiş olduğu açıktır. Avukatın, birçok insana bulaşıcı hastalığını yayma riski taşıyan müvekkiline yaklaşımı nasıl olmalıdır? Sır tutma

²⁴⁶ Deborah K.Orlik, **Ethics for the Legal Professional**, Prentice Hall, New Jersey 2011, s.69.

ilkesine sığınıp tesadüfen öğrenmiş olduğu bilgiyi saklamalı ya da görmemezlikten mi gelmelidir, yoksa kendini kamuya ya da kendi vicdanına karşı sorumlu hissedip doğması muhtemel olan zararların önüne geçmek adına ilgili kurum ve kişileri uyarmalı mıdır?

Kurgusal örneklerin yanı sıra, yakın zamanlarda yaşanmış ve gizlilik mağdurları tüm dünyada tartışmalara yol açmış davalardan da söz edilebilir. Bunlardan en önemlisi Zomax ilacı davasıdır. Söz konusu ilaç firmasının avukatlarının karşı taraflar ile yaptığı gizlilik anlaşmaları (bir tür ihtiyati tedbir gibi) ve aldıkları birtakım önlemler sonucu ilacın zararları kamuoyunca zamanında anlaşılammıştır²⁴⁷. Bir bilim insanının potansiyel ölümcül alerjik reaksiyonundan şüphelenip araştırmaya karar vermesi üzerine kamuoyu bilinçlenmiş ve sonunda ilaç yasaklanmıştır. Ancak karşı tarafla yapılan gizlilik anlaşmaları ve bunun da ötesinde, şirket avukatlarının bu durumu kamuoyundan gizlemeleri sonucu (sır tutma yükümlülüklerine sığınarak) aslında ilacın önceden bilinen tehlikesinden ve mahkeme önüne götürülen şikâyetlerden kamuoyu zamanında haberdar olamamıştır. Bunun sonucunda zamanında önlenebilecek ya da durdurulabilecek birçok ölüm ve 400’ü aşkın şiddetli alerjik reaksiyon meydana gelmiştir²⁴⁸.

Yukarıda birkaç olay üzerinden örneklemeye çalıştığımız sır tutma ilkesinin yarattığı çıkmazlar, çeşitli etik teoriler kapsamında tartışma konusu olmuştur. Bunlardan

²⁴⁷ <http://americanfraud.com/zomax.aspx> (19 Mart 2011).

²⁴⁸ Richard A.Zitrin, “The Case Against Secret Settlements (Or, What You Don’t Know Can Hurt You)”, **Journal of the Institute for the Study of Legal Ethics**, (Vol.2) 1999, s.119.

faydacı yaklaşım ve deontolojik yaklaşım söz konusu ilkeyi farklı açılardan değerlendirmiştir.

Ahlâkın, yapılan tercihlerin doğurduğu sonuçlarla ilgili olduğunu savunan ‘sonuçsalcılık’ (*consequentialism*) teorisinin bir uzantısı sayılabilecek ‘faydacılık’ yaklaşımı, daha büyük bir çoğunluk için daha fazla yararlı sonuçlanacak davranışları öngören bir ahlâk anlayışını savunmaktadır²⁴⁹. Doğru (*right*) ve iyi (*good*) kavramlarını ayrı ayrı tanımlamaktansa doğru davranışın en büyük oranda iyi sonuçları doğuracağını²⁵⁰ öngörmek anlamında doğru’yu iyi’yle ilişkilendiren bu yaklaşım, çoğunluk için faydalı ve iyi sonuçların dengelenmesini, bireysel hakların korunmasından daha önemli görmektedir²⁵¹. Bu argümanın kurucusu **Jeremy Bentham**²⁵², faydacılık yaklaşımını kanun koyucuya yol göstermesi için öngörmüştür²⁵³.

²⁴⁹ Lawrence B. Solum, Legal Theory Lexicon, http://lsolum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2003/11/legal_theory_le_4.html (4 Mayıs 2011).

²⁵⁰ Donald Nicolson ve Julian Webb, **Professional Legal Ethics Critical Interrogations**, Oxford University Press, New York 1999, s.21.

²⁵¹ Nancy J.Moore, “Limits to Attorney-Client Confidentiality: A ‘Philosophically Informed’ and Comparative Approach to Legal and Medical Ethics”, **Case Western Reserve Law Review**, (Vol.36) 1985-1986, s.187.

²⁵² **Bentham**’a göre genel anlamda ahlâk, insanların davranışlarını, en fazla faydayı sağlayacak şekilde şekillendirmektir (bkz. “Bentham’s Theory of Legislation, <http://www.archive.org/stream/benthamstheoryof01bent#page/n11/mode/2up>. (20 Haziran 2011)). Hukuk teorisinde bu yaklaşım hukuk normlarının konmasında güdülen amaçla, yani toplumun daha fazlası için daha fazla fayda sağlama düşüncesiyle ilgili olmaktadır. Kanunlar yapılırken, bireylerin toplamından oluşan toplumun menfaatinin gözetilmesi aynı zamanda her bir bireyin menfaatini gözetmek

Bentham, Sır tutma ilkesini hedef alıp etraflıca tartışan ilk düşünür olmuştur²⁵⁴. Faydacılık yaklaşımı kapsamında sır tutma ilkesini topluma faydalı bulmayan **Bentham**, söz konusu kuralın gerçeğe ulaşmayı engelleyen bir kalkan işlevi gördüğünü söylemektedir²⁵⁵. **Bentham**'a göre, sır tutma ilkesi olmadığı takdirde, sanığın suçlu olduğu durumda avukat, müvekkilinin ifadesini doğrulamaya zorlanabilecektir. Bu da, müvekkilin, avukata her şeyi anlatmış olması durumunda, adaletin gerçekleşmesine yarar sağlayacaktır²⁵⁶. Eğer müvekkil avukatına her şeyi anlatmış değilse, avukat müvekkiline en iyi savunmayı sunmakta eksik kalabilir; ancak eğer müvekkil zaten suçluysa adaletsiz bir sonuç ortaya çıkmış sayılmaz²⁵⁷. Masumların saklayacak bir şeyi olmadığı için onların gizliliğe ihtiyacı olmayacaktır ve gizlilik ancak suçluları korumaktadır²⁵⁸. Bu doğrultuda suçluları ve suçlarını gizleyen avukatların kötü bir mesleki imaj çizdiğini gözlemleyen **Bentham**, sırrı gizlemenin sırrı açığa vurmaya göre daha olumsuz sonuçlar yaratması durumunda gizliliğin sürdürülmemesi gerektiğini söylemektedir²⁵⁹. Sır tutma ilkesi suçlu bir

anlamına gelmektedir ve bu doğrultuda kanun koyucunun amacı kamunun iyiliği ya da menfaatini korumak olmalıdır (Adam Morton, **Philosophy in Practice**, Oxford 2004, s.191).

²⁵³ Morton, s.191.

²⁵⁴ Ibid.

²⁵⁵ Gren, s.632.

²⁵⁶ Luban, 1988, s.189.

²⁵⁷ Ibid.

²⁵⁸ Gren, s.632.

²⁵⁹ Ibid., s.633.

müvekkile meşru bir yararda bulunmadığı gibi, bu ilkenin geçerli olmadığı bir düzende, masum bir müvekkile gayri meşru bir zarar verildiği de söylenemez²⁶⁰.

Bentham'a eleştiri olarak müvekkilin masum olsa dahi sır tutma ilkesinin yarattığı güven ortamında avukatına daha rahat açılabilmesine dair görüşler getirilmiştir. Özellikle **Charles Wolfram** sanıkları 'açıkça suçlu', 'açıkça masum' ve 'şüpheli koşulların kurbanı olan masum' olarak üçe ayırmakta ve sonuncuların sır tutma ilkesine daha çok ihtiyaç duyduklarını söylemektedir²⁶¹.

John Henry Wigmore ise **Bentham**'ın bu argümanına dair, daha sonra **Monroe Freedman**'ın daha net ve geniş bir şekilde ortaya koyacağı farklı bir noktaya ışık tutmuştur. **Wigmore, Bentham**'ın 'suçlu sanık' 'masum sanık' ayrımının özel hukuk davaları için pek geçerli olmayacağını; zira bu davalarda her iki tarafın da haklı veya haksız olduğu noktaların bulunabileceğini söylemektedir²⁶².

Freedman ise **Bentham**'ın argümanına, **Wigmore**'un söylediklerine ek ve fakat daha farklı bir karşı sav ortaya koymaktadır. **Freedman, Wigmore**'un özel hukuk davaları için belirttiği noktanın ceza hukuku davaları için de geçerli olabileceğini söylemektedir. Sanığın aleyhe delil olarak düşündüğü hususlar ve ayrıntılar aslında beraat sebebi ya da hafifletici sebep olarak öngörülmüş olabilir ve sanık bunu bilmiyor olabilir. Örneğin kocasını vurarak öldüren bir kadın bu suçu itiraf etmek istemeyebilir; ancak suçu itiraf etmekten korktuğu için aslında kocasının bıçakla ona

²⁶⁰ Luban, 1988, s.190.

²⁶¹ Gren, s.633.

²⁶² Luban, 1988, s.191.

saldırırken kocasını öldürmek zorunda kaldığı gerçeğini de saklayabilir²⁶³. Burada sanık, meşru müdafaaadan yararlanıp suçsuz bulunacağından habersizdir ve sır tutma ilkesinin olmadığı bir durumda suçu ve detaylarını anlatmaktan çekinecektir.

Bentham'a karşı çıkan bir başka düşünür **Kenneth Kipnis**'e göre ise eğer avukat-müvekkil ayrıcalığı ortadan kaldırılırsa müvekkiller avukatlarına doğruları anlatmayacaklar, doğru bilgileri elde edememiş olan avukatlar ise mahkemelere bu doğruları getiremeyecek ve buna dayalı olarak verilen hükümler gerçeğe yakın bir niteliğe sahip olmama riskini taşıyacaktır²⁶⁴. Ancak **Luban**'a göre bu görüş aslında **Bentham**'ın fikirlerindeki çıkmazlıkla benzerlik göstermektedir: Eğer suçlular, avukatlarına, olaya ilişkin gerçekleri anlatmaya korkarlarsa yeterli bir savunmanın önünü tıkamış ve dolayısıyla gerçeğe yakın bir bilgi ışığında verilecek bir mahkeme kararını engellemiş olurlar²⁶⁵. Ancak mahkemelerin isabetli karar vermeleri için gerçeklerin ortaya konması düşüncesi ve dolayısıyla adalete ulaşmanın bu yolu **Luban**'a göre tercih edilmemelidir. Suçluların davasının kendi koşulları ve maddi gerçekleri sebebiyle kaybedilmiş olmasından ziyade, yetersiz bir savunma yapılmış olması sebebiyle kaybedilmiş olması **Luban**'a göre oldukça haksız bir tablo çizmektedir²⁶⁶.

²⁶³ Ibid., s.190.

²⁶⁴ Luban, 1988, s.191.

²⁶⁵ Ibid.

²⁶⁶ Ibid., s.192.

Aslına bakılırsa, faydacı yaklaşımın savunucuları, sır tutma ilkesi hususunda destekleyenler ve karşı çıkanlar olarak ikiye ayrılmışlardır²⁶⁷. İlkenin geçerliliğini destekleyenler, hukukun olmadığı yerde anarşinin olacağını ve bu yüzden hukuk sisteminin toplum için faydasını ortaya koymakla başlarlar. Bu sistemin bir parçası olan avukatların doğru kanunları uygulamaları, iyi hukuki danışmanlık yapmaları için müvekkillerinden eksiksiz bilgi almaları şarttır. Müvekkillerin, sağlam bir avukatlık hizmeti almaları için zorunlu ve yeterli tüm bilgileri avukatlarıyla korkusuzca paylaşmaları gereklidir²⁶⁸. İşte avukat ve müvekkil arasındaki bilgi akışını kolaylaştıran bir araç olarak sır tutma ilkesi de hukuk sisteminin iyi işlemesini sağlamak ve genel olarak toplumu daha iyiye götürmek için gereklidir²⁶⁹.

İlkeye karşı çıkan faydacıların argümanı ise yukarıda açıkladığımız, **Bentham**'ın görüşleriyle örtüşmektedir. Sırları ve gerçekleri saklayarak suçluların bulunmasını engelleyen bu ilke aslında toplumu kötü etkilemektedir. Eğer bu ilke suçluların yararlıysa, o halde masumların zararına işlemektedir²⁷⁰. Masumlara zarar vermenin de ötesinde, sır tutma ilkesi müvekkile ya da hukuk sistemine yararlı olmak yerine daha çok avukatların lehine işlemektedir. Bu ilkenin koruması sayesinde herhangi bir ikileme düşmeden müvekkillerinin amaçları doğrultusunda hareket eden avukatlar aslında birçok meslek grubunun sahip olmadığı 'gizlilik' koşulunu da pazarlayarak

²⁶⁷ Susan R. Martyn, "In Defense of Client-Lawyer confidentiality and Its Exceptions", **Nebraska Law Review**, (Vol.81) 2002-2003, s.1323.

²⁶⁸ Pizzimenti, s.447.

²⁶⁹ Martyn, s.1324.

²⁷⁰ Ibid., s.1325.

hizmet sektöründe birbirleriyle yarışabilmekte ve bu durum toplumun geneline herhangi bir yarar sağlamamaktadır²⁷¹.

Sır tutma ilkesinin çıkmazlara yol açmaması için getirilmiş olan istisnaları da faydacılık yaklaşımı doğrultusunda gerekçelendirilebilmektedir. Örneğin sır niteliğindeki bilginin, bir üçüncü kişiye fiziksel zarar verici nitelikte olması durumunda bireyin kendi bağımsızlığını haklı bir sebeple kısıtlaması söz konusu olmakta ve daha faydalı bir sonuca ulaşmak pahasına avukat, müvekkilinin sırrını açığa vurabilmektedir²⁷². Yine aynı şekilde mali zararlarla sonuçlanabilecek sırların gizlenmesi de, toplumun geneline zarar verebileceği düşüncesiyle yasaklanabilmektedir²⁷³.

Faydacı yaklaşımın aksine, deontolojik yaklaşımda²⁷⁴ bir davranışın doğruluğu, o davranışın sonucundan bağımsız olarak değerlendirilmektedir²⁷⁵. Davranışın, ahlâki bir kural doğrultusunda yasaklanması, izin verilmesi ya da gerekli bulunmasına bağlı

²⁷¹ Ibid.

²⁷² Martyn, s.1335.

²⁷³ Ibid., s.1339.

²⁷⁴ Günümüz felsefe doktrininde deontolojik yaklaşım, hangi tercihlerin ahlâken izin verilmiş, yasaklanmış ya da gerekli olduğunu, tercih eyleminin kendisinin yarattığı sonuçtan veya tercihte bulunan kişinin bir insan olduğu ya da olması gerektiğinden bağımsız olarak tartışan normatif teorilerden biridir. (Stanford Encyclopedia of Philosophy, <http://plato.stanford.edu/entries/ethics-deontological/#DeoTheKan>) (17 Mayıs 2011).

²⁷⁵ Wheat, s.185.

olarak yapılan bir değerlendirme sonucu söz konusu davranışın haklılığından bahsedilebilir²⁷⁶.

Faydacılık yaklaşımına karşı çıkan bu argümanın temelinde haklar, ahlâki görev ve bireylerin özerkliği kavramları mevcuttur²⁷⁷. Deontolojik yaklaşımın savunucuları, hukuk sisteminin bireylerin irade özerkliğini (*the autonomy of the will*) veya bireysel haklarını koruma işlevi gördüğünü ileri sürerler²⁷⁸. Haklar açısından sır tutma ilkesinin yorumu, ilkeye uygun davranışın yarattığı sonuç bakımından faydacı bir yaklaşımla değil, haklar ve insan onuru temelli yaklaşımlar açısından yapılmaktadır.

Alan Donagan'ın daha önce bahsettiğimiz argümanları, bu yaklaşıma bir örnektir.

²⁷⁶Hukukun farklı dallarında deontolojik yaklaşımın yansımaları görülebilir. Ceza hukukundaki suç olarak nitelendirilen davranışların ahlâki bir ödevi ihlal ediyor olması; mülkiyet hukukunda mülkiyetin, kişilere özerk bir alan yarattığının savunulması; sözleşme hukukunda sözleşmenin esasının ahde vefa olduğunun ileri sürülmesi gibi fikirler bunlara örnek olarak verilmektedir.
[http://solum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2003/](http://solum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2003/11/legal_theory_le_2.html)

11/legal_theory_le_2.html (2.4.2011)

²⁷⁷ Sır tutma ilkesini deontolojik yaklaşım temelli değerlendirenler genel olarak üç kavram üzerinde durmaktadırlar: Özerklik (*autonomy*), gizlilik (*privacy*) ve söz verme (*promise*). Özerk alanını devletten ya da üçüncü kişilerden avukatı kanalıyla koruyan müvekkilin, yaşamına dair bilgileri gizli tutma hakkı vardır. Bu bilgileri daha iyi bir savunma gerçekleştirme amacıyla avukatına aktaran müvekkil, bunları açığa vurmamasını avukatından isteme hakkına da sahip olmaktadır. Gizliliğin yine özerk alanla ilgi kurulduğu bu yaklaşıma göre avukat, müvekkiline, aralarındaki güven ilişkisinin doğası gereği üstü kapalı ya da açık olarak bir söz vermektedir. İşte vermiş olduğu söz gereği, müvekkilinden kendisine aktarılmış olan sır niteliğindeki bilgileri açığa vurmamalı, müvekkilinin özel yaşamına ve gizli bilgilerine dokunmamak adına onun özerkliğini korumalıdır denmektedir. (Pizzimenti, s.446).

²⁷⁸ Martyn, s.1328.

Donagan'a göre savunma hakkının kullanılması onur sahibi bir varlık olan insan için önem arz etmektedir. Ancak bir hak olarak savunma eylemi her zaman kolay gerçekleşebilen bir olgu değildir: Hukuk karmaşık veya kendini savunan kişi aptal, cahil, dili-tutuk ya da kafası karışık olabilir. Kişinin savunmadaki beceriksizliği suçlu olup olmamasıyla ilgisiz olup, ortaya çıkabilecek anlaşmazlıklar ya da haksızlıkları önlemek adına avukatlar, müvekkillerinin hikâyelerini, müvekkillerin hukuk bilgisi ve becerisi olsaydı nasıl anlatacak idiyeler mahkeme huzurunda o şekilde aktarmaya çalışırlar²⁷⁹. Avukatlar bir nevi “sözcü” (*mouthpiece*) durumundadırlar. Kısacası insan onuru, doğru anlaşılmayı kolaylaştıracak yasa dili ifadelerini kullanarak müvekkilini daha anlaşılır kılacak bir avukatı gerektirmektedir. Avukat ve sanık arasındaki iletişimi kolaylaştıran araçlardan biri olarak da sır tutma ilkesi önem arz etmektedir. Bu açıdan bakıldığında sır tutma yükümlülüğünün temeli savunma hakkına ve onun koruduğu insan onuruna dayandırılmaktadır.

Ayrıca, sır tutma ilkesiyle korunmayan müvekkilin, suçunu avukatına itiraf etmesi ve avukatın bunu mahkemeye taşıması bir anlamda ‘kendi aleyhine tanıklık’ olacağı ve kendi aleyhine tanıklık da insan onuruna zarar vereceği yorumuyla sır tutma ilkesinin gerekliliğinden bahsedenler de bulunmaktadır²⁸⁰. Bu değerlendirme de faydacılıktan ziyade haklar ve insan onuru açısından yapılmış bulunmaktadır.

Sır tutma ilkesini deontolojik yaklaşımla değerlendiren bir başka yazar da **Alan Strudler**'dir. Bir sırrı açığa vurmakla ortaya çıkacak olan sonuçlar adilse sır tutma

²⁷⁹ Luban, 1988, s.193.

²⁸⁰ Ibid., s.194.

ilkesinin ihlalini öngören **Simon** ve **Luban**'ı eleştiren **Strudler**, sır tutma ilkesinin, müvekkilin özerklik hakkına (*right of autonomy*) saygıyla ilgili olduğunu belirtmektedir²⁸¹. **Kant**'ın özerklik kavramına atıfta bulunan **Strudler** özerklik kavramıyla sır tutma ilkesinin ilgisini ise iki aşamada kurmaktadır. Öncelikle bireysel özerkliğe saygı ve bireylerin hukuki temsili arasında bir bağlantı kurmakta daha sonra ise müvekkilin gizlilik hakkına saygı gösteren hukuki temsilciyle söz konusu ilkeyi ilişkilendirmektedir. Müvekkilin özerkliğine saygı, ona gizli bilgilerinin akıbetini kontrol altında tutmayı ve kendisini hukuken temsil edecek avukatı, bir sözcü edinme hakkını (*right to voice*) gerektirmektedir²⁸².

Sır tutma ilkesinin kimi istisnalarını da deontolojik yaklaşım kapsamında değerlendirenler mevcuttur. Örneğin müvekkilin izni olduğu takdirde sırrın açığa vurulabileceği, müvekkilin, kendi bilgileri üzerindeki özerk yetkisiyle açıklanmaktadır²⁸³. Yine aynı şekilde, müvekkili tarafından haksız bir suçlamayla karşı karşıya gelen avukatın, müvekkilin sırlarını kendi savunmasında kullanabileceği istisnası da avukatın hakları ve özerkliği esas alınarak gerekçelendirilmektedir²⁸⁴.

Luban'ın sır tutma ilkesi yorumunun da deontolojik yaklaşım kapsamında yer aldığı söylenebilir. Zira **Luban**, insan onurunu korumanın avukatlık pratiği açısından amaç

²⁸¹ Alan Strudler, "Belief and Betrayal: Confidentiality in Criminal Defense Practice", **University of Cincinnati Law Review**, (Vol.69) 2000-2001, s.245-248.

²⁸² Strudler, s.262.

²⁸³ Martyn, s.1332.

²⁸⁴ Ibid., s.1345.

edinilmesi ve sır tutma ilkesinin de bu amaç doğrultusunda uygulanması gerektiğinin altını çizmiştir. Örneğin işlenecek olan bir suçun avukatça bilinmesine rağmen gizli tutulması, en temel insan hakları ihlaline yol açabilecek bir gerçeğin aydınlatılmasında bilinen kilit noktaların söylenmemesi düşünülemez. **Luban**'a göre avukatın önleyebileceği zararlar karşısında bilinçli olarak pasif kalıyor olması ahlâki aktivist yaklaşımın öngördüğü meslek pratiğine ters düşmektedir. Peki avukat, sır tutma yükümlülüğüyle gerek yasal anlamda gerekse etik anlamda bağlıken bu kuralın ihlaline haklı gerekçeler öngören durumların muhakemesini nasıl yapacaktır? Bu muhakeme doğrultusunda pasif kalmayıp aktif bir rol gerçekleştirmek istediği takdirde, davranışlarının sınırı sır tutma ilkesi ve avukatlık mesleğinin amacı kapsamında nasıl çizilmelidir? Ahlâki aktivist savunucusu olan **Luban**'ın sır tutma ilkesine dair yaklaşımını inceleyeceğimiz bir sonraki kısımda bu ilkenin uygulanmasında ortaya çıkabilecek olan etik problemler karşısında avukatın ahlâki anlamda aktif bir rol gerçekleştirmesinin anlamını, koşullarını ve sınırlarını değerlendireceğiz.

III. DAVID LUBAN'IN AHLÂKİ AKTİVİZMİ ÇERÇEVESİNDE SIR TUTMA İLKESİ

A. David Luban'da Sır Tutma İlkesinin Anlamı ve Amacı

Lawyers and Justice adlı kitabında **Luban**, avukatın sır saklama yükümlülüğünü “*Client Confidences and Human Dignity*” başlığı altında tartışmaktadır. Sır saklama yükümlülüğü, doktorluk, psikolojik danışmanlık, rahiplik meslekleri gibi avukatlık

mesleğini de özel kılmaktadır. Diğer birçok meslek mensuplarından farklı olarak, bu yükümlülük, avukatların ağızlarını adeta mühürleyen bir tür ‘susma kuralı’ teşkil etmektedir²⁸⁵. **Luban**, meslek sırrının ve daha özelde avukatın sır tutma ilkesinin gerekliliği üzerinde genel bir kabulden bahsetmektedir. Bu gereklilik bir yandan özel hayatın gizliliği ve kişisel bilgilerin korunması kapsamında, bir yandan da hak arama ve savunmanın kurumsallaşması²⁸⁶ gibi kamusal amaçlarla gerekçelendirilmektedir. Söz konusu ilke sayesinde yaratılan güven ortamı içinde müvekkilin, avukatına gerçeği korkusuzca anlatabilmesi ve avukatın da bu doğrultuda müvekkilini en iyi şekilde savunabilmesi amaçlanmaktadır. Daha iyi bir savunma için gerekli olmasının ötesinde, **Luban**, sır saklama yükümlülüğünün sosyal fayda amacıyla kaldırıldığı bir hukuk düzeninin totalitarizme yol açacağını söylemekte ve Nazi dönemindeki avukatların rejim suçlularını ortaya çıkarmadaki zorunlu görevlerini hatırlatmaktadır²⁸⁷.

Luban, sır tutma ilkesinin tartışmalı etik problemlere yol açabileceğine dair çarpıcı bir örnek olan Hull/Celanese Corporation davasından²⁸⁸ söz etmektedir²⁸⁹. Söz konusu davaya konu olayda, 1973’te Celanese Şirketine cinsiyet ayrımcılığı yaptığı gerekçesiyle bir grup davası (*class-action*) açılmış ve savunma tarafında şirketin avukatı Donata Delulio yer almıştır. Delil toplama ve dava hazırlığı aşamasında

²⁸⁵ Luban, 1988, s.180.

²⁸⁶ İnanıcı, 2008, s.215.

²⁸⁷ Luban, 1988, s.182.

²⁸⁸ 513 F.2d 568, Hull v. Celanese Corporation, No. 579, Docket 74-212, http://openjurist.org/513/f2d/568/hull-v-celanese-corporation#fn1_ref (7 Haziran 2011).

²⁸⁹ Luban, 1988, s. 177.

Delulio, davacıların davasını sadece haklı görmeye başlamakla kalmayıp, kendisinin de şirket tarafından cinsiyet ayrımcılığına tabi tutulduğunu fark etmiştir²⁹⁰. Bunun üzerine Delulio, savunmakta olduğu davayı bırakıp davacıların grup davasına katılmaya karar verip karşı taraf avukatının kendisini temsil etmesini istemiş ve mahkemeden davaya katılma talebinde bulunmuştur²⁹¹. Celanese Şirketi, eski avukatlarının karşı tarafa davacı olarak katılmasına, karşı tarafın avukatının menfaat çatışması içinde bulunduğu gerekçesiyle itiraz etmiştir²⁹². Buna cevaben davacı tarafın avukatı Rabinowitz, Celanese Şirketiyle daha önce bir bağlantılarının olmadığından ötürü şirketin sırlarına doğrudan ulaşma gibi bir yollarının bulunmadığını belirtmiştir. Ayrıca, eskiden davalı avukatı olan Delilo'nun kendilerine avukat yardımcısı olarak değil, bir müvekkil olarak katıldığını ve kendilerinin Delilo'yu sır tutma ilkesine uyma hususunda defalarca ikaz ettiklerini söylemiştir. Yine bu doğrultuda Delilo'nun anlattıklarının sadece bir müvekkil olarak edindiği bilgiler sınırında kaldığı ve Celanese Şirketine avukatlık hizmeti verirken elde etmiş olduğu bilgileri aktarmadığını ileri sürmüştür²⁹³. Mahkeme ise 'appearance of impropriety' kuralına başvurmuş ve Delilo'nun davacı olduğu kişinin eski avukatı olması gerçeğinin sır tutma ilkesinin kötüye kullanılmış olduğuna dair "görünümde bir uygunsuzluk" yarattığını söylemiştir²⁹⁴.

²⁹⁰ Ibid.

²⁹¹ Hull v. Celanese Corporation, Nr. 6.

²⁹² Luban, 1988, s.178.

²⁹³ Hull v. Celanese Corporation, Nr. 19.

²⁹⁴ Hull v. Celanese Corporation, Nr. 11.

Luban ise mahkemenin, davayı ‘*appearance of impropriety*’ kuralı ve menfaat çatışmasından ziyade sır tutma ilkesi temelinde çözümlemesi gerektiğini iddia etmektedir. Menfaat çatışması, Delilo’nun avukatı kim olursa olsun, hatta Delilo kendi savunmasını üstlense bile yaşanacaktır²⁹⁵. **Luban** buradaki paradoksu şu şekilde belirtmektedir: Delilo, diğer davacılar gibi cinsiyet ayrımcılığına tabi tutulmuş, ancak diğer davacılarından farklı olarak bu iddiasını mahkeme önüne getirmesi bazı yasal sınırlara çarpmıştır. Kuşkusuz bu sınırlar her ne kadar müvekkil durumunda olsa da önceden savunduğu bir davanın avukatı olmaktan kaynaklanmaktadır. Bu gerçek savunma hakkını kullanmasında bir anlamda onu dezavantajlı bir pozisyona sokmaktadır. Bir başka açıdan ise, eğer Delilo sır tutma ilkesi kapsamında elde ettiği bilgileri kullanarak diğer davacılarından ayrı bir dava açıp tazminat talep ederse, delil toplamak hususunda onlardan daha avantajlı durumda olması haksızlıklara yol açacaktır²⁹⁶. **Luban**’ın işaret ettiği nokta, bir avukat olarak Delilo’nun sır tutma ilkesi temelli açıklamalar doğrultusunda her koşulda, diğer davacılar arasında sınırlı hak kullanımı yaşayacağıdır²⁹⁷.

Avukatın, avukatlık mesleği ve özelde sır tutma ilkesi gerekçesiyle kendi savunma hakkını kullanmasının sınırlarına dair bu çarpıcı örneğin yanı sıra **Luban**, ileride tartışacağımız üzere sır tutma ilkesinin avukat ve müvekkil dışındakilere etkisine de dikkat çekmektedir.

²⁹⁵ Luban, 1988, s. 178.

²⁹⁶ Ibid., s.180.

²⁹⁷ Ibid.

B. Sır Tutma İlkesini Haklılaştıran Nedenler

Açıkça tartışılması ve cevabının net bir şekilde ortaya konması gereken soru şudur: Sır tutma ilkesini haklı kılan nedir? **Luban**'a göre avukatın, müvekkili için iş görüyor olması argümanı savunulabilir. Ancak bu argüman iki sebepten ötürü yetersizdir. **Luban**, öncelikle bu argümanın, avukatı, müvekkilinin herhangi diğer bir iş göreninden ayırt etmediğini belirtmektedir²⁹⁸. Eğer ahlâk dışı veya yasal olmayan bir davranışın ihbarı (*whistleblowing*) hukukçu olmayan iş görenler bakımından haklı gösterilebiliyorsa, bu ilk sebep kuşkusuz yetersizdir. **Luban** ikinci olarak söz konusu gerekçenin temel problemi gölgelediğini ileri sürmektedir. Elbette müvekkil, vekiline bir ücret ödemektedir; ancak bu, vekilin ahlâki özerkliğinden (*moral autonomy*) müvekkili lehine yüzde yüz vazgeçtiği anlamına gelmemektedir. **Luban**, “parayı veren düdüğü çalar”, kuralının burada savunulabilir bir ahlâki argüman olmadığını belirtir²⁹⁹.

Luban, ‘Haklar Açısından Argüman’ (*The Argument From Rights*) başlığı altında savunma hakkı ile insan onuru ilişkisini **Alan Donagan**'ın görüşlerinden yararlanarak açıklamaktadır. İnsanın onurlu bir varlık oluşu savunma hakkını kullanması açısından bazı gereklilikleri beraberinde getirmektedir. Eğer bir kimse bir suçla itham ediliyor, fakat o suçunu inkâr ediyorsa, söz konusu inkâr aksi kanıtlanana kadar iyi niyetle yorumlanmalıdır. İyi niyetle yorumlanması demek, suçlanan kişinin anlatacak bir hikâyesi veya öne süreceği bir savı olduğunu kabul etmektir. Bu

²⁹⁸ Ibid., s.187.

²⁹⁹ Ibid.

sebepten ötürüdür ki sanığın kendisini yeterli bir biçimde savunmasına izin verilmelidir. Ancak savunma bir hak olarak var olsa da her zaman kolay gerçekleşebilen bir olgu değildir. Hukuk karışık olabilir, kendini savunan aptal, cahil, dili-tutuk ya da kafası karışık olabilir. Sanığın savunmadaki beceriksizliği suçlu olup olmamasıyla ilgisizdir ve avukatlar da bu sebeple vardılar. Avukatlar, müvekkillerinin hikâyelerini, müvekkillerin hukuk bilgisi ve becerisi olsaydı nasıl anlatacak idiyseler mahkeme huzurunda o şekilde aktarmaya çalışırlar³⁰⁰. Avukatlar bir nevi “sözcü” (*mouthpiece*) durumundadırlar. Kısacası insan onuru, doğru anlaşılmayı kolaylaştıracak yasa dili ifadelerini kullanarak müvekkilini daha anlaşılır kılacak bir avukatı gerektirmektedir. Avukat ve sanık arasındaki iletişimi kolaylaştıran araçlardan biri olarak da sır tutma ilkesi önem arz etmektedir.

Bentham'ın argümanına göndermede bulunan **Luban**, suçunu avukat aracılığıyla itiraf etmek zorunda kalmanın kendi aleyhine tanıklık etmemek ilkesine aykırı olduğunu belirtmektedir³⁰¹. Savunma hakkının kullanımı uğruna kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkının (*right against self-incrimination*) ihlal edilebilmesi ve sanıktan adeta bu iki hak arasında seçim yapması beklenemez³⁰². Kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkıyla insan onuru arasındaki ilişkiyi farklı noktalardan kuran **Luban**, özellikle savcıların veya karakolda sorgulama yapan memurların sanığın suçunu itiraf etmesi ve dolayısıyla kendi aleyhine tanıklık etmesi amacıyla işkence yapması tehlikesine işaret etmektedir³⁰³. Ayrıca yalan şahitlik de bu sayede ortadan

³⁰⁰ Luban, 1988, s.193.

³⁰¹ Ibid.

³⁰² Ibid.

³⁰³ Ibid., s.194.

kaldırılmak istenmektedir³⁰⁴. İşte **Luban**, ceza davalarına ilişkin olarak sır tutma ilkesinin haklılığını bu iki ahlâki temel üzerinden tartışmaktadır: Savunma hakkı ve kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı. **Luban**, her iki hakkı da insan onuruyla kurduğu bağlantı içinde son derece önemli olduğunu belirterek birinin diğerine karşı tercih etmek zorunda bırakılmasının kabul edilmez olduğunu söylemektedir³⁰⁵.

C. David Luban'a Göre Sır Tutma İlkesinin Sınırları

Sır tutma ilkesinin amacı müvekkilin gizlilik çerçevesinde yasal haklarını kullanması ve bu sebeple daha iyi bir savunma elde edebilmesidir. Ancak görünen odur ki bu ilke, üçüncü kişileri, müvekkilin gizlilik içinde gerçekleştirdiği haksızlıklardan korumak açısından yetersiz kalmaktadır³⁰⁶. Bir diğer yandan, bu ilkenin kimi zaman mutlak şekilde uygulanması kamunun zararına olabileceği için aslında dolaylı olarak

³⁰⁴ Luban, Monroe Freedman'ın eğer bir avukat, müvekkilini yalan şahitlik etmekten vazgeçemiyorsa ifadesi sanki doğruymuşçasına sunmalı dediğini belirtir. Freedman, avukata, yalan şahitliği ortaya çıkarma ödevi yüklemenin, onu bir üçleme iteceğini söylemektedir. Avukat, bir yandan en iyi savunmayı yapabilmek için olayın tüm gerçeklerini müvekkilinden öğrenmeli, bir yandan müvekkilinin sırlarını tutmalı, bir yandan da mahkemeye, müvekkilinin yalan tanıklık ettiğini söylemeli (bu gerçeği de olayın tüm detaylarını araştırırken müvekkilinden öğrenmektedir...) Bunlardan herhangi bir ikisi yerine getirilecekse üçüncüsü mümkün olmamaktadır. Ancak Luban'a göre, her ne kadar gerek kendi aleyhine tanıklık yapmama hakkı gerekse yalan tanıklık etme yasağı, kovuşturmaya karşı direniş olarak nitelendirilebilirse de ikisi arasında önemli bir fark vardır: Kendi aleyhine tanıklık etmemek bir tür susma hakkıdır; yalan söyleme hakkı değildir. Kısacası, gizlilik kuralı, yalan şahitliği koruyacak kadar genişletilemez (Luban, 1988, s.198).

³⁰⁵ Luban, 1988, s.197.

³⁰⁶ Ibid., s.182.

müvekkilin haklarını da tehlikeye sokmaktadır³⁰⁷. Bu farklı görüşleri gruplayan **Luban**, sır tutma yükümlülüğüne dair iki ayrı paradigmadan bahsetmektedir: Müvekkilin gizliliğini azami düzeyde korumayı amaçlayan “korumacı” tutum (*protectionist*) ve sır tutma ilkesini sınırlandıran “sınırlandırıcı” tutum (*restrictionist*)³⁰⁸. **Luban**, kendi ülkesinde meslek etiği kurallarının oluşum aşamasında sır tutma ilkesine dair yaşanan tartışmaları ve doktrinde öne sürülen iddiaları göz önünde tutarak söz konusu gruplandırmayı yapmaktadır.

Sınırlandırıcı tutumda, herhangi bir ölüme ya da ciddi yaralanmaya yol açacak durumları ortaya çıkarmak gibi gerekçelerle avukatın, müvekkilinin sırrını açığa vurması söz konusu olmaktadır. Bunun da ötesinde müvekkilin kanuna aykırı kasti fiillerini önlemek veya bu fiillerin yol açtığı durumları ıslah etmek amacıyla gizliliğin ihlaline izin verilmesi istenmektedir³⁰⁹.

Korumacı tutum ise avukatın, müvekkilinin sırlarını açığa vurmasına çok sıkı istisnalar hariç karşı çıkmaktadır. Sır tutma yükümlülüğünün avukatlık mesleğinin icrasında önemli işlemlere sahip olduğu gerçeği karşısında bu kuralın ihlali de ancak sıkı şartlarda söz konusu olmalıdır düşüncesi hakimdir.

Luban, bu iki paradigmaya dair iki farklı etik sorunu gündeme getirmektedir. İlk olarak korumacı tutum kapsamında bir ceza avukatının, müvekkilinin geçmişte işlediği suçları açığa vurup vurmeyeceği sorununu ortaya koyan örnek bir davayı

³⁰⁷ Ibid.

³⁰⁸ Ibid.

³⁰⁹ Ibid.

tartışmaktadır. İkinci olarak ise, sınırlandırıcı tutum kapsamında şirketin hukuk danışmanının müvekkilinin geçmişteki ve daha da özelde gelecekteki kanuna aykırı uygulamalarını açığa vurabilir mi sorusunu ele almaktadır.

1. Korumacı Tutum Kapsamında Suçlu Müvekkil ve Avukat

Luban, avukatlığın özel yanıyla ilgili olan müvekkile karşı sorumluluklara dikkat çekmektedir. Müvekkiller avukatlarına güvenir ve avukatlar da o güveni hak etmek isterler. Olağan koşullarda, bir avukat, müvekkilinin sırlarını nezaket kuralları çerçevesinde dahi gizli tutmalıdır. Avukatın sır tutma yükümlülüğüne dair yazılı kurallar meselenin ancak yarısını anlatmaktadır, diğer yarısı ise hukuk mesleğinin yazısız ahlâki değerleriyle (*ethos*) ilgilidir³¹⁰. **Luban**, bununla ilgili olarak *Lake Pleasant Bodies* davasını örnek verir³¹¹. Söz konusu davada, avukatlar, müvekkillerinin öldürdüğü kadının cesetlerini fotoğraflayarak saklamışlardır. Dolayısıyla kadınların ailesi uzun süre kızlarının öldüğünü bilememiştir. Avukatlar, sır tutma ilkesine dayanarak kendilerini savunmuşlardır. Ancak avukatın ketumluğunun sınırları bu davayla birlikte tartışma konusu olmuştur³¹².

Korumacı tutum, sır tutma ilkesinin kapsamını olabildiğince geniş tutup, bu ilkeye getirilecek sınırlamaları en aza indirgeme çabası içersindedir. **Luban**'a göre, korumacı tutum paradigmasını esas almanın ön koşulu sır tutma ilkesini haklılaştıran

³¹⁰ Luban, 1988, s.185.

³¹¹ Ibid.

³¹² Ibid., s.186.

sebepleri ortaya koymaktır³¹³. **Luban**, temelde insan onurunu korumak olan bu sebepleri farklı hususlarla ilgili olarak açıklamaktadır. Önceden belirttiğimiz üzere, avukatlar, mahkeme huzurunda müvekkillerine sözcü olarak onları onurlandırmaktadırlar. Savunma hakkı ve insan onurunun korunması arasında kuvvetli bir ilişki olduğunu söyleyen **Luban**'a göre iyi bir savunmanın ön şartı müvekkilin, avukatına gerçekleri korkusuzca anlatabilmesidir. Sır tutma yükümlülüğü olmayan bir avukatın, müvekkilinin geçmişte işlediği suçlarını açığa vurması aslında müvekkilin kendi kendisini suçlamasından başka bir şey değildir. Bu husus ise savunma hakkıyla kendi kendini suçlamama hakkı arasında bir tercihi gerektirmektedir³¹⁴. Savunma hakkı gibi bir kimsenin kendini suçlayıcı beyanda bulunmama hakkı da yukarıda açıkladığımız üzere insan onurunu korumakla yakından ilişkilidir. Dolayısıyla **Luban** bu açıklamalar ışığında bir ceza avukatının, müvekkilinin geçmişte işlediği suçları açığa vurmamasını haklı bulmaktadır³¹⁵.

Luban, tüm bu tartışmaları, korumacı tutum kapsamında bir ceza avukatının, müvekkilinin geçmişte işlediği suçları açığa vurup vurmayacağı konusuna dair ortaya koymaktadır. Peki, **Luban**'ın, müvekkilinin gelecekte bir suç işleyeceğini öğrenmiş bulunan bir ceza avukatı açısından sır tutma ilkesine yaklaşımı nasıl olmaktadır? Örneğin üçüncü kişilere zarar vereceğini (bu zarar kanuna uygun olsun olmasın) kendisine anlatmış bir müvekkil karşısında avukat sır tutma kuralına sonuna dek sadık kalmalı mıdır? Veya **Luban**'ın, özel hukuk davaları açısından avukatların geçmişteki haksızlıkları gizlemeleri hususuna yaklaşımı nasıldır? Örneğin bir

³¹³ Luban, 1988, s.187.

³¹⁴ Ibid., s.193.

³¹⁵ Ibid., s.202.

tazminat davasında avukat, müvekkilinin insan onurunu koruma adına geçmişe ait haksızlıklarını gizli tutmalı mıdır?

Ceza avukatlarının, müvekkillerinin gelecekteki muhtemel suçlarını gizleyip gizlememeleri gerektiği konusundaki zor soruya **Luban**'ın cevabı olumludur. Eğer işlenecek olan suçu önlemenin tek yolu o sırrı açığa vurmaktan geçiyorsa avukatın aksi şekilde davranması düşünülemez³¹⁶. Ancak **Luban**, burada bir hususun önemle altını çizmektedir: Avukatın her zaman ve her koşulda işlenecek olan bir suçu ya da kabahati önleme gibi bir ahlâki sorumluluğu olduğu kabul edilemez. Buradaki kıstas, müvekkilin işleyeceğini söylediği suçun ya da kabahatin ciddiyeti ve niteliği olmalıdır. Örneğin kendisine hız limitini aşacak bir şekilde araba kullanacağını söyleyen müvekkil karşısında avukatın polisi arayarak bunu ihbar etmesini beklemek aşırıya kaçmak olur. Ancak bir kimseyi, hızla sürdüğü arabayla ezerek öldürme planını anlatan müvekkilin ciddiyetini sezen avukatın sır tutma ilkesine bağlı kalarak susması kuşkusuz büyük hata olacaktır³¹⁷.

Özel hukuk davalarında müvekkilin geçmişe dair haksızlıkları açığa vurup vurmaması hususunda ise **Luban** ceza davaları ile özel hukuk davalarının niteliğine dair bir ayırım yapmaktadır. Ceza mahkûmiyetinin amacı geçmişteki suçları cezalandırmak iken özel hukuk davalarında amaç mağdurun zararının giderilmesidir³¹⁸. Zarar görmüş olan bir mağdurun varlığı insan onuru hususunu bir kişiden (ceza davasındaki sanıktan) iki kişiye (özel hukuktaki davalı ve zarara

³¹⁶ Luban, 1988, s.205.

³¹⁷ Ibid.

³¹⁸ Ibid., s.203.

uğramış davacıya) genişletmektedir. **Luban**'a göre davalının yalan söylemek veya tazminatla yükümlü olduğunu ortaya çıkaracak gerçekleri söylemesi arasında bir tercihe itilmesi onun onurunu zedelemektedir. Davalının kendi onuruna bu şekilde verdiği zarar, adil bir yargılamayı önleyerek mağdurun onuruna verdiği zarardan daha fazladır. Bu önerme ise mağdurun zararının, zarar verenin onurundan daha önemsiz olduğunu anlamına gelmektedir³¹⁹. Oysaki özel hukuk davalarının amacı mağdurun zararının tazmin edilmesidir. Dolayısıyla davalının böyle bir tercihe itilmesi **Luban**'a göre anlamsızdır³²⁰. Ayrıca, özel hukuktaki ispat kurallarının, karşı tarafın iddiasında veya savunmasında kullandığı araçlara ulaşmaya izin verdiğini göz önünde tuttuğumuzda, özel hukuk davalarında adil bir sonuca ulaşmanın sır tutma ilkesinden ve taraf gizliliğinden daha önemli olduğu söylenebilir³²¹.

Ceza davaları ile özel hukuk davaları arasındaki farklardan bir diğeri de ceza hukuku davalarında davacı tarafta devletin yer alıyor olması ve devletin karşısında güçsüz durumda olan bireyin insan onurunun tarafgir bir şekilde savunulmasının haklılığıdır. Bu tarafgir savunmanın araçlarından biri de sır tutma ilkesinin varlığıdır. Ancak elbette bu saptama, özel hukuk davalarında sır tutma ilkesinin önemini görmezden gelmek anlamına gelmemelidir. Sadece, sırrı açığa vurmanın ahlaki sebepleri daha kuvvetli ise avukat için sır tutma ilkesinin bağlayıcılığı o derece az olacaktır³²².

³¹⁹ Ibid., s.204.

³²⁰ Ibid.

³²¹ Ibid., s.203.

³²² Ibid., s.202. Luban'ın, ahlaki sebepler olarak belirttiği hususun insan onurunu korumakla ilgili olduğunu düşünmekteyiz. Ceza hukuku davalarında daha ciddi insan

2. Sınırlandırıcı Tutum Kapsamında Şirket Avukatı ve Sır Tutma İlkesi

Sınırlandırıcı tutum, sır tutma ilkesine birtakım istisnalar getirme yanlısıdır. Örneğin müvekkilin davranışının bir kimsenin ölümü veya ağır yaralanmasıyla sonuçlanacağını bilen avukata, bu sonuçları önlemek amacıyla bir sırrı açığa vurmasına izin veren meslek etiği kuralları bu kapsamda değerlendirilebilir³²³. Yine, bir şirket avukatının, en üst yetkililerle görüşüp sonuç alamaması koşuluyla, şirketin zararlı eylemlerini önlemek amacıyla sır tutma ilkesinin ihlaline izin veren istisna hükümleri de sınırlandırıcı tutum kapsamında ele alınabilmektedir³²⁴.

Luban, şirketin hukuk danışmanının müvekkilinin geçmişteki ve daha özelde gelecekteki kanuna aykırı uygulamalarını açığa vurup vuramayacağı konusunu sınırlandırıcı tutum kapsamında tartışmaktadır. Bu konuya ilişkin, 1970'lerde gerçekleşmiş olan örnek bir davayı aktarmaktadır. Ford araba şirketinin 'Pinto' türü arabalarındaki tasarım hatası yüzünden ölenlerin durumu gazetelerin manşetleriyle birlikte şiddetli tartışmalara yol açmıştır. Veriler göstermektedir ki Ford'un mühendisleri ve yöneticileri Pinto'nun tasarım problemlerinden haberdardır ve bu problemi gidermek yerine finansal çıkarlar yüzünden bu sorunun üstünü kapatmışlardır³²⁵. Bunun üzerine, Ford'un yetkililerinin bu bilgiyi kamuya sızdırarak

onuru ihlalleri olabileceği kaygısıyla özel hukuk davalarında ahlaki sebeplerin daha nadiren görülebileceği saptamasında bulunmuştur.

³²³ Luban, 1988, s.183.

³²⁴ Ibid.

³²⁵ Ibid., s.207.

önleyici bir ‘*whistleblowing*’³²⁶ yapmaları gerektiği hususu büyük bir tartışma yaratmıştır. Yetkililer dışında, Ford firmasının avukatlarından da böyle bir davranış sergilemesi beklenip beklenemeyeceği sorusu tartışmaları alevlendirmiştir. **Luban**’a göre müvekkile –burada şirket yöneticilerine- verdikleri ya da verecekleri zararın kısa ve uzun vadede etkilerini üstüne basa basa hatırlatmak bir tür ahlâki aktivist yaklaşımı örneği sergilemektir. Ford’un avukatları bu ihbarı firmanın mühendislerinin yapmasını, mühendisler ise bunun yöneticilerin düşünmesi gerektiğini ileri sürebilir³²⁷. Ancak burada bizi ilgilendiren, Ford’un avukatlarının meslek etiği açısından böyle bir yükümlülüklerinin olup olmadığı hususudur.

Gizli belgeler ve takibinde yapılan araştırmalar açıkça göstermektedir ki Ford firması, birtakım finansal hesaplar yüzünden kamu sağlığını ve hatta yaşamını tehlikeye sokmayı engelleyen bazı önlemleri almakta yetersiz kalmıştır³²⁸. Birçok meslek kuralı ve **Luban**’ın da temel aldığı o dönemki Amerikan Barolar Birliği kurallarına göre sır tutma ilkesinin ihlaline sınırlandırıcı tutum sergileyerek sadece belirli durumlarda izin verilmektedir. Bu durumlardan biri de geleceğe yönelik suç

³²⁶ *Whistleblowing* kavramının tam olarak Türkçeye çevirisi olmamakla beraber, kavram “bir çalışanın, çalıştığı kurumdaki yolsuzlukları ya da suçları kamuoyuna duyurması’ olarak tanımlanabilir. Kimi yazarlara göre ileride işlenecek olan suçların engellenmesi amacıyla *whistleblowing* yapılması ‘önleyici *whistleblowing*’; geçmişte işlenmiş suçların mağdurlarına yardım etmek amacıyla geçmişte yapılanların kamuoyuna duyurulması ‘telafi edici *whistleblowing*’ ve geçmişte gerçekleştirilmiş suçların cezasını çektirmek amacıyla suçluların kamuoyuna duyurulması ise ‘cezalandırıcı *whistleblowing*’ olarak değerlendirilmektedir (Luban, 1988, s.209).

³²⁷ Luban, 1988, s.110.

³²⁸ Ibid., s.212.

işlenmesidir. Buradaki problem, şirketler veya tüzel kişiler açısından önleyici *whistleblowing*'e, yasada suç olarak tanımlanmamış olsa bile kamu sağlığını tehdit edebilecek olan hususlar açısından izin verilip verilmeyeceğidir. **Luban**'ın bu soruya cevabı olumludur. Avukat, somut olayın koşullarını ve özelliklerini geniş bir çerçevede etik açıdan değerlendirmelidir. Değerlendirmesine temel alacağı davranış, şirketin gerçekleştirmiş olduğu eylemin yasada nasıl tanımlanmış olduğu değil, söz konusu somut eylemin kendisidir³²⁹. Aksi halde, mesela örneğimizde, Ford'un avukatı, insanların yaşamını tehlikeye sokan tasarım hatasına dair bilgiyi ancak yasada bir suç tanımı bulduğu zaman açığa vurmalıdır. Herhangi bir suç tanımıyla örtüşmediği hallerde yüzlerce kişinin zarar görmesine göz yummalıdır yorumu yapılabilir ki bu da kabul edilemez sonuçlara yol açar³³⁰.

Luban'ın sır tutma ilkesinin insan onuru merkezli argümanı, tüzel kişiler ve şirket avukatı arasındaki ilişki açısından bazı zorluklarla karşılaşmaktadır. Tüzel kişi olan şirket ile gerçek kişi olan avukatın iletişimi arasındaki farklılık sır tutma ilkesinin yorumunda bazı değişiklikler gerektirmektedir.

Sır tutma ilkesi avukatın müvekkiliyle arasındaki bilgi aktarımını kolaylaştırmaktadır. Bu kolaylığın tüzel kişiler açısından farklı etkileri söz konusudur. **Luban**, şirket avukatlarının bu ayrıcalıktan yararlanamaması durumunun onları adeta açık bırakılmış bir musluk gibi öğrendikleri şeyleri açığa vurmaları ve

³²⁹ Ibid., s.216.

³³⁰ Ibid., s.217.

Big Brother kılma riski taşıdığını ve bunun da ahlâki olmayacağını söylemektedir³³¹. Diğer yandan, tüzel kişiliğin kendisi olmasa bile onun yöneticileri ya da avukatla iletişime geçen yetkili diğer kişilerinin –özellikle bu kişilerin kişisel sorumlulukları düşünüldüğünde- insan onuru merkezli savunma hakkı argümanı gündeme gelebilir. Ancak **Luban**'a göre bu görüş kayda değer olsa da şirketin kurum olarak mevcudiyeti ile o şirket çalışanları arasındaki ayrımı bulanıklaştırmakta ve insana ait kişilik kavramını sonuncusundan ilkinde kaydırma hatasına yol açmaktadır³³². Şirketin soyut varlığı, bireysel çalışanı ve de avukatı arasındaki karışık ilişki dikkatle incelenmeye değerdir.

Bu ilişkinin değerlendirmesinde Amerikan mahkemelerin kullandığı farklı yaklaşımlar olmaktadır. ‘Yöneticilik esası’na (*control group test*) göre müvekkillik, şirketi idare edenlerin (*control group*) bünyesinde tezahür etmektedir ve dolayısıyla avukat müvekkil ayrıcalığından sadece söz konusu kişiler yararlanabilmektedir³³³. ‘İletişim esası’na (*subject matter test*) göre ise şirket adına avukatla iletişime geçen çalışanlar korunmaya çalışılmaktadır³³⁴.

Luban, sır tutma ilkesi kapsamında, avukat, şirket ve çalışanı arasındaki ilişkiye dair üç farklı hipotez sunmaktadır. İlk hipotez şirketi değil şirket çalışanını sorumluluk altında bırakırken ikinci hipotez şirket tüzel kişisini, üçüncü hipotez ise her ikisini de sorumlu tutmaktadır. Soyut kişilik olan tüzel kişilik ile onların çalışanları arasındaki

³³¹ Luban, 1988, s.219.

³³² Ibid., s.220.

³³³ Luban, 1988, s.221.

³³⁴ Ibid., s.222.

gerçek ayrımı ortaya koyduğumuz zaman insan onuru yaklaşımı çözümlenip yok olmaktadır³³⁵. Sır tutma ilkesinin alışlagelmiş gerekçesi tüzel kişiler açısından pek uygun düşmemektedir; çünkü burada sır tutma ilkesinin avukat ve müvekkil olan tüzel kişilik arasında iletişim kolaylığı gerektirdiği söylenemez. Sır tutma ilkesinin insan onuru temelli açıklaması şirketler için geçerliliğini yitirmektedir; çünkü tüzel kişiler insan değildirler. Avukatla iletişime geçen şirket çalışanlarının insan onuruna sahip olması argümanı da burada geçerli değildir; zira avukatın gerçek müvekkili bu çalışanlar olmadığı için ilkenin korumasından yasal olarak bunlar yararlanamazlar³³⁶. Hem şirketin hem şirket çalışanlarının müvekkil olarak nitelendirilmesi argümanı ise aynı anda iki farklı temsil olmasının yaratacağı menfaat uyumsuzluğu sebebiyle geçerli olamamaktadır³³⁷.

Ancak sır tutma ilkesinin insan onuru temelli açıklaması dışındaki diğer gerekçeler şirketler için geçerliliğini hala korumaktadır. Avukatın, müvekkili olduğu şirket için çalışıyor olması, sır tutma ilkesi sayesinde şirket bilgilerini şirketin lehine kullanabilmesi ve iyi bir savunma yapabilmesi adına önemlidir. Ancak burada da **Luban**'ın genel ahlâk ve rol ahlâkı çatışmasına yaklaşımı geçerlidir. Şirket avukatı, böyle bir çatışma karşısında, avukat olmayan biri gibi sonuçları karşılaştırarak kuralı ihlal edip etmemeye karar verecektir. Özellikle yukarıda bahsettiğimiz Pinto davası gibi felaket sonuçlara yol açabilecek durumlarda ahlâki yükümlülüğünü göz ardı etmeyecektir³³⁸.

³³⁵ Luban, 1988, s.232.

³³⁶ Ibid.

³³⁷ Ibid.

³³⁸ Ibid., s.233.

Sonuç olarak **Luban**'ın tüzel kişi avukatlarının sır tutma ilkesine dair görüşleri ahlâki aktivist çizgisinden çok farklı değildir. Söz konusu avukatlara, avukat olmayan kişilere nazaran daha fazla ahlâki sorumluluk yüklenmesi beklenemeyeceğini söyleyen **Luban**, ahlâki aktivist tutumu şirket avukatları açısından da savunulabilir bir yaklaşım olarak kabul etmektedir.

SONUÇ

Avukatlık ve müvekkililik rollerine dayanılarak kurulan ve bu anlamda toplumsal bir ilişki yapısındaymiş gibi görünen avukat ve müvekkil arasındaki ilişki, aslında etik bir ilişkidir. Zira herhangi bir rol kapsamında sergilenen her davranış, belirli bir bütünlüğe sahip olan kişi tarafından gerçekleştirilmektedir. Etik ilişki ise, her biri belirli bir bütünlüğe sahip olan iki kişi arasındaki değer sorunlarının söz konusu olduğu bir ilişki türü olarak karşımıza çıkmaktadır³³⁹.

Avukat ve müvekkil arasındaki ilişkide değer sorunlarının gündeme geleceğini ve bu anlamda avukatın, müvekkilini adalete ve ahlâka uygun davranma hususunda ikna etmesi gerektiğini savunan **Luban**, avukatın ahlâken sorumluluğunu öngören ve ‘ahlaki aktivizm’ olarak tanımladığı bir avukatlık modeli sunmaktadır. Bu modeldeki avukat, ahlâki bir sorumluluk hissetmeksizin sadece müvekkil menfaati doğrultusunda hareket etmemeli, adalete veya ahlâka uygun davranmak için müvekkilini ikna etmek amacıyla onunla ahlâki bir diyaloga girmelidir.

Luban’ın ahlâki aktivizm yaklaşımında temel aldığı iki dayanaktan bahsedilebilir. Birincisi **Luban**’ın avukatlık pratiğinin anlamını insan onuru üzerinden kurmasıdır. **Luban**’a göre insan onurunun korunabilmesi, kişilerin anlaşılmasıyla mümkündür; zira etkili bir savunmanın temel şartı kişilerin kendilerini doğru ifade edebilmeleriyle ilgilidir. Avukatlar, mahkeme huzurunda müvekkillerine sözcülük yaparak onları

³³⁹ Kuçuradi, 2006, ss.5-10.

anlaşılır kırlarlar. **Luban**'ın, avukatları insan onurunun koruyucuları olarak kabul etmesi de en başta bu hususla ilgilidir. Avukatlar, müvekkillerinin hikâyelerini hukuki bir dille aktararak onlara hukuki bir kişilik (*legal personality*) kazandırırılar ve bu sayede onların onurunu yüceltmiş olurlar³⁴⁰.

İkinci olarak **Luban**, avukatın ahlâken sorumsuzluğunu öngören klasik avukat rolüne uygun sadece müvekkilin menfaatiyle bağlı avukat modelini eleştirir ve avukatların bu rol ahlâkının dışına çıkması gerektiğini söyler. Avukatlık mesleğinin avukatlara özel olarak ahlâki bir muafiyet veya ayrıcalık getirmedeğinin altını çizerken aslında kişinin belirli bir değer dünyasına sahip olması anlamında 'bütünsellik' kavramına göndermede bulunmaktadır. Avukatın bütünselliği, onun da ahlâki sınırlara sahip olmasını gerekli kılar³⁴¹. Zira bütünlüğümüzü bir birey olarak sürdürmekte, korumakta ya da koruyamamaktayızdır³⁴². **Luban**, avukatlık pratiğinde karşılaşılan etik problemlerin sadece rol ahlâkına dayandırılarak değil, kendisinin 'genel ahlâk' olarak nitelendirdiği evrensel değerlere de başvurularak çözüme kavuşturulmasını savunur. Zaten **Luban**'a göre meslek etiği problemlerinin çoğu genel ahlâk ve rol ahlâkının çatışması şeklinde ortaya çıkmaktadır³⁴³.

³⁴⁰ Luban, 2008, s.67.

³⁴¹ Thomas L. Shaffer, "Brendan F. Brown Lecture and Response: Legal Ethics and the Good Client", **Catholic University Law Review** 1987, s.329.

³⁴² Abraham O. Ordovery, "The Lawyer as Liar", **American Journal of Trial Advocacy**, (Vol.2)1979, s.306.

³⁴³ Anand, s.156.

Uygulamada, genel ahlâk ve rol ahlâkı arasında ikileme yol açan en önemli meslek kurallarından biri sır tutma ilkesidir. Bu ilke, avukat ve müvekkil arasındaki bilgi aktarımını kolaylaştıran ve güveni pekiştiren bir susma kuralı teşkil etmektedir. Ancak, müvekkilinin özellikle geleceğe dönük olarak zararlı eylemlerde bulunacağını öğrenen bir avukat açısından bu yükümlülük kimi zaman bir yüke dönüşmektedir. Böyle bir durumda, müvekkilinin menfaatine uygun davranmak adına sır tutma ilkesine sadık kalmak veya genel ahlâka aykırı davranışları önlemek uğruna bu ilkeyi ihlal etmek arasında kalan avukat, ciddi bir etik problemle karşı karşıyadır. Bu problemin çözümü ise **Luban**'a göre avukat ve müvekkil arasındaki ahlâki diyalog çerçevesinde aranmalıdır. Ahlâki aktivizm, avukatın, müvekkiliyle ahlâki bir diyaloga girmesini ve onu, başta insan onuru ve adalet olmak üzere etik değerlere uygun davranmak hususunda ikna etmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Avukat, müvekkil sırrının ne tür sonuçları doğurabileceğini öngörmeli ve ahlâki bir sorumluluk hissederek bu sonuçları önlemek adına müvekkilini uarmalıdır. Avukat, müvekkilini ikna edemediği bir durumda bile adaletsiz veya ahlâki olmayan sonuçlara göz yummamalıdır. Avukatın, sır tutma ilkesi gibi kuralları da en nihayetinde adalet ve insan onurunu koruma amaçlı uygulaması gerektiğini savunan **Luban**'ın ahlâki aktivizm yaklaşımı için mutlak bir sır tutma ilkesinden bahsedilemez. Dolayısıyla mesleki sorumluluk, yani sır tutma ilkesi ve ahlâki bir yükümlülüğün çatıştığı bir durumda avukat, meslek kurallarına karşı sivil itaatsizlik göstermelidir.

Luban'ın insan onuru bağlamında ele aldığı hukuka genel ahlâk yaklaşımı hukuku adeta ahlâkın içinde çözümlenmektedir³⁴⁴. **Luban**'a yönelik eleştirilerin büyük bir kısmı da bu noktada toplanmaktadır³⁴⁵. **Luban**'ın rol ahlâkına alternatif olarak sunduğu genel ahlâk kavramının belirsiz bir kavram olduğu ve bu sebeple meslek etiği kurallarının yasallık niteliğini zedelediği söylenmektedir³⁴⁶. **Luban** ise söz konusu kavramın o kadar da belirsiz olmadığını ve avukatların, hukuk sisteminin onlara sunduğu araçları ne amaçla kullanacağını bilincinde olan profesyoneller olduğunu belirtmektedir³⁴⁷. 'Adil olanı gerçekleştirme' istemiyle düşünen ve hareket eden avukat, mesleğinin ve mesleğini icra ettiği hukuk sisteminin sınırlarında kalarak doğru araçları bulup gerektiği gibi kullanmasını bilmelidir. Zira hukuk becerisinin özü, uyuşmazlıkları çözmeye mekanik bir şekilde kanunu uygulamak yerine daha karmaşık çözümler sunabilen yargı aktörlerini gerekli kılmaktadır³⁴⁸. **Luban**, avukatın kimi durumlarda hukuk sınırları içerisinde bir çözüm bulamayıp meslek

³⁴⁴ Ibid.

³⁴⁵ Anand, s.663; Luban, 1999, s.876; Luban, 2007-2008, s.1439. Ahlak merkezli yaklaşımların genel bir eleştirisi için bkz.: William Simon, "Ethical Discretion in Lawyering", Harvard Law Review, (Vol.101) 1988, s.1137-1138; Ahlaki aktivist avukatların daha az müvekkil yanlısı görülüp avukatlar arasında yaratacağı eşitsizlik için bkz.: Stephen L.Pepper, "The Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, A Problem, and Some Possibilities", **American Bar Foundation Research Journal** 1986, ss.630-633. Ahlaki aktivizm pratiğinin öğretilmesine dair problemler için bkz.: Paul Tremblay, "Practiced Moral Activism", **St.Thomas Law Review** (Vol.8) 1995-1996, s.54.

³⁴⁶ Anand, s.663; Luban, 2007-2008, s.1439.

³⁴⁷ Luban, 2007-2008, s.1439-1440.

³⁴⁸ William Simon, "The Trouble With Legal Ethics", **Journal of Legal Education** 1991, s.66.

kurallarına karşı sivil itaatsizlik sergilemesi hususunu ise hukuk pratiğinin ve avukatlık hizmetinin özü olarak gördüğü insan onurunu korumak amacıyla açıklamaktadır. Müvekkiliyle arasındaki ilişkide insan onuru gibi ahlâki değerleri gözetmek durumunda olan avukat, bu değerleri ihlal eden meslek kurallarına karşı sorgulayıcı bir tutum sergilemelidir. Bu anlamda **Luban**, sır tutma ilkesinin de en temelde ‘insan onuru’ gibi bir etik değeri koruma amacıyla konulmuş olduğunu hatırlatmaktadır. Avukat-müvekkil ilişkisinin etik bir ilişki olarak ahlâki aktivizmde nasıl ortaya çıktığı hususu da işte bu noktayla ilgilidir. Avukat ve müvekkil arasındaki ilişkinin etik bir ilişki olması, bu değer sorunlarının tartışılmasını gerektirmektedir. **Luban**’ın avukatlık pratiğini insan onuru temelinde ele alması ve meslek etiği kurallarını da bu değer çerçevesinde yorumlayıp uygulamaya dökülmesini öngörmesi, avukat-müvekkil ilişkisinin hukuki bir ilişki olmadığını, etik bir ilişki olduğunu göstermesi bakımından önemlidir. Ancak elbette **Luban**’ın bu ilişkiye yaklaşımına ilişkin kullandığı temel dayanaklar tartışılabilir. Örneğin **Luban**’ın insan onuru kavramının bazı durumlarda yetersiz kaldığı, daha önce belirtilen **Kuçuradi**’nin insan onuruyla gösterilebilir. Bu bağlamda **Luban**’ın onur ve şeref kavramlarının ayrımını gözden kaçırdığı söylenebilir. Zira **Luban**’a göre bir kimseyi küçük düşürmek, aşağılamak ya da önemsememek, o kişinin insan onurunu zedelemektedir. Oysa **Kuçuradi**’nin yaklaşımına göre bu tür davranışlar, davranışların muhatabı kişinin ancak şerefi üzerinde etkide bulunabilirken, bu şekilde davranan kişinin kendi onuruna zarar verebilir. Tüm bunlar göz önüne alındığında **Luban**’ın avukatlık pratiğinin çekirdeğine yerleştirdiği insan onuru kavramına daha dikkatli yaklaşılması gerektiği belirtilebilir.

KAYNAKÇA

- Anand, Rakesh K. "Toward an Interpretive Theory of Legal Ethics", **Rutgers Law Review** 2005-2006, Vol.58, ss.653-701.
- Appelbaum, Arthur. **Ethics for Adversaries: The Morality of Roles in Public and Professional Life**. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- Boon, Andrew ve Jennifer Levin. **The Ethics and Conduct of Lawyers in England and Wales**. Oregon: Hart Publishing, 1999.
- Burman, John M. "Lawyers and Domestic Violence: Raising the Standard of Practice", **Michigan Journal of Gender and Law** 2003, Vol.9, ss.207-260.
- Davis, Joshua P. "Teaching Values –The Center for Applied Legal Ethics", **University of San Francisco Law Review** 2001-2002, Vol.36, ss.593-602.
- Davis, Michael. **Profession, Code and Ethics**, Aldershot: Ashgate Publish, 2002.
- Elkins, James R. "The Reconstruction of Legal Ethics as Ethics", **Journal of Legal Education** 1986, Vol.36, ss.274-283.
- Floyd, Timothy W. ve John Gallagher. "Legal Ethics, Narrative, and Professional Identity: The Story of David Spaulding", **Mercer Law Review** 2006-2008, Vol.58, ss.941-961.

- Fried, Charles. “The Lawyer as Friend”, **Ethics and the Legal Profession.** (der.) Elliot D.Cohen, Davis Michael ve Frederick A. Elliston, New York: Prometheus Books, 2009, s.111-142.
- Green, David A. “Lawyers as ‘Tattletales’: A Challenge to the Broad Application of the Attorney-Client Privilege and Rule 1.6, Confidentiality of Information”, **Georgia State University Law Review** , Vol.20, ss. 617- 658.
- Güner, Semih. **Avukatlık Hukuku.** Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.
- Hazard, Geoffrey C. “An Historical Perspective on the Attorney-Client Privilege”, **California Law Review** 1978, Vol.66, ss.1061-1091.
- İnanıcı, Haluk. **21. Yüzyılda Avukatlık ve Baro Eleştirel Bir Değerlendirme.** İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008.
- Jack, Rand ve Dana Crowley Jack. **Moral Vision and Professional Decisions, The Changing Values of Women and Men Lawyers.** New York: Cambridge University Press, 1989.
- Joy, Peter A. “Teaching Ethics in the Criminal Law Course”, **Saint Louis University Law Journal** 2003-2004, Vol 48, ss.1239-1248.
- Kronman, Anthony T. “The Law as a Profession”, **Ethics in Practice: Lawyers’ Roles, Responsibilities, and Regulation.** (der.) Deborah L. Rhode. New York: Oxford University Press, 2003, ss.29-41.
- Kruse, Katherine R. “The Human Dignity of Clients” ,**Cornell Law Review** 2008, Vol.93, ss.101-121.
- Kuçuradi, Ioanna. **Etik.** Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2006.

- Kuçuradi, Ioanna. **İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları**. Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2007.
- Kuçuradi, Ioanna. “Felsefi Etik ve Meslek Etikleri”, **Etik ve Meslek Etikleri**. (der). Harun Tepe. Ankara: Türkiye Felsefe kurumu Yayınları, 2009. ss.27-43.
- Luban, David. **Lawyers and Justice: An Ethical Study**. NJ, Princeton: Princeton University Press, 1988.
- Luban, David. **Legal Ethics and Human Dignity**. New York: Cambridge University Press, 2008.
- Luban, David “Freedom and Constraint in Legal Ethics: Some Mid-Course Corrections to Lawyers and Justice”, **Maryland Law Review** 1990, Vol.49, s.424-462.
- Luban, David. “Reason and Passion in Legal Ethics”, **Stanford Law Review** 1999, Vol.51,ss. 873-901.
- Luban, David. “Professional Ethics”, **A Companion to Applied Ethics** , (der.) R.G. Frey ve Christopher Heath Wellman, Malden: Blackwell Publishing, 2003, ss.583-596.
- Luban, David. “The Inevitability Of Conscience: A Response To My Critics”, **Cornell Law Review** 2007-2008, Vol.93, s.1437-1465.
- Lynton, Jonathan S. ve Teri Mick Lyndall. **Legal Ethics and Professional Responsibility**. New York: Delmar Cengage Learning Publishing, 1994.
- Markovits, Daniel. **Modern Legal Ethics, Adversary Advocacy in a Democratic Age**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

- Martyn, Susan R. "In Defense of Client-Lawyer Confidentiality and Its Exceptions", **Nebraska Law Review** 2002-2003, Vol 81, ss.1320-1350.
- Mısır, Haşim. **Avukatlık Disiplin Hukuku**. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008.
- Monahan, Geoff. **Essential Professional Conduct: Legal Ethics**. London: Cavendish Publishing, 2001.
- Moore, Nancy J. "Limits to Attorney-Client Confidentiality: A 'Philosophically Informed' and Comparative Approach to Legal and Medical Ethics", **Case Western Reserve Law Review** 1985-1986, Vol.36, s. 177-.247.
- Morton, Adam. **Philosophy in Practice**. Oxford: Blackwell Publishing, 2004.
- Nicolson, Donald ve Julian Webb. **Professional Legal Ethics Critical Interrogations**. New York: Oxford University Press, 1999.
- Ordovery, Abraham O. "The Lawyer as Liar", **American Journal of Trial Advocacy** 1979, Vol.2, ss.305-322.
- Orlik, Deborah K. **Ethics for the Legal Professional**. New Jersey: Prentice Hall, 2011.
- Parker, Christine ve Adrian Evans. **Inside Lawyers' Ethics**. New York: Cambridge University Press, 2007.
- Parker, Christine "A Critical Morality for Lawyers: Four Approaches to Lawyers' Ethics". **Monash University Law Review** 2004, Vol 30, ss.49-74.

- Patton, William Wesley. **Legal Ethics in Child Custody and Dependency Proceedings, A Guide for Judges and Lawyers**. New York: Cambridge University Press, 2006.
- Pepper, Stephen L. "The Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, A Problem, and Some Possibilities", **American Bar Foundation Research Journal** 1986, Vol.11, ss.613-635.
- Peppet, Scott R. "ADR Ethics", **Journal of Legal Education** 2004, Vol 54, ss.72-78
- Pizzimenti, Lee A. "The Lawyer's Duty to Warn Clients About Limits on Confidentiality", **Catholic University Law Review** 1990, Vol.39, ss.441-490.
- Postema, Gerald J. "Moral Responsibility in Professional Ethics", **New York University Law Review** 1980, Vol.55, ss. 63- 89.
- Radbruch, Güstav. **Hukukta Bilgelik Dolu Özlü Sözler**. (çev.) Vecdi Aral. Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2002.
- Radin, Max. "The Privilege of Confidential Communication Between Lawyer and Client", **California Law Review** 1927-1928, Vol.16, ss. 487-497.
- Radtke, Robin R. "Morality in the Accounting Profession –How Do we Compare to Physicians and Attorneys?", **Journal of Business Ethics** 2008, Vol 73, ss.279-297.
- Shaffer, Thomas L. "On Teaching Legal Ethics in the Law Office", **Notre Dame Law Review** 1996, Vol.71, ss.605-618.
- Shaffer, Thomas L. "Brendan F. Brown Lecture and Response: Legal Ethics and the Good Client", **Catholic University Law Review** 1986-1987, s.319-330.

- Simon, William. **The Practice of Justice, A Theory of Lawyers' Ethics**.
Massachusetts: Harward University Press, 2000.
- Simon, William. "Ethics, Professionalism and Meaningful Work", **Hofstra Law Review** 1997-1998, Vol.26, ss. 445-476.
- Simon, William H. "Thinking Like a Lawyer, About Ethical Questions", **Hofstra Law Review** 1988, Vol.27 ,ss.1-12.
- Simon, William "Ethical Discretion in Lawyering", *Harvard Law Review* 1988,
Vol.101, s.1083-1145.
- Simon, William. "The Trouble With Legal Ethics", **Journal of Legal Education**
1991, Vol.41, ss.65- 70.
- Snyder, Lloyd B. "Is Attorney-Client Confidentiality Necessary?", **Georgetown Journal of Legal Ethics** 2001-2002, Vol.15, ss. 477-526.
- Solum, Lawrence B. "Legal Theory Lexicon",
(http://lsolum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2003/11/legal_theory_le_4.html
) (erişim tarihi: 4 Mayıs 2011)
- Stromberg, Clifford D. "Key Legal Issues in Professional Ethics", **National Student Speech Language Hearing Association Journal** 1991-1992, Vol.19, 61-72.
- Strudler, Alan. "Belief and Betrayal: Confidentiality in Criminal Defense Practice",
University of Cincinnati Law Review 2000-2001, Vol.69, ss. 245-272.
- Tarovich, David M. "Law's Ambition and the Reconstruction of Role Morality in
Canada", **The Dalhousie Law Journal** 2005, Vol.28, ss.267-310.

Tepe, Harun. “Giriş: Bir Felsefe Disiplini Olarak Etik ve Etikler”, **Etik ve Meslek Etikleri**. (der.). Harun Tepe Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2009. ss.9-27.

Tepe, Harun. “Bir Felsefe Dalı Olarak Etik”, **Doğu Batı Düşünce Dergisi** 1998, Yıl 1, Sayı 4, ss. 10-28.

Thomas, Robert Murray. **Moral Development Theories—secular and religious: A Comparative Study**, Westport: Greenwood Press, 1997.

Tremblay, Paul. “Practiced Moral Activism”, **St.Thomas Law Review** 1995-1996, Vol.8, ss. 9-68.

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

Tremblay, Paul. “Critical Legal Ethics”, **The Georgetown Journal of Legal Ethics**, (Vol.20) 2006, s.19, (<http://ssrn.com/abstract=957711>’den aktarılmıştır)

Tucker, Gordon. “The Confidentiality Rule: A Philosophical Perspective with Reference to Jewish Law and Ethics”, **Fordham Urban Law Journal** 1984-1985, Vol.13, ss. 99-112.

Uygur, Gülriz. “Hukuk Etiğine Giriş”, http://www.bahum.gov.tr/bahumetik/kose_yazileri/makale_bilimsel_yazi/1_makale.htm, (12 Haziran 2011).

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

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

Wheat, Kay Lawyers. “Confidentiality and Public and Private Interests”, **Legal Ethics** 1998, Vol.1, ss.184-200.

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

Zittrn, Richard A. “The Case Against Secret Settlements (Or, What You Don’t Know Can Hurt You)”, **Journal of the Institute for the Study of Legal Ethics** 1999, Vol.2, ss.115-124.

Stanford Encyclopedia of Philosophy, <http://plato.stanford.edu/entries/ethics-deontological/#DeoTheKan>) (erişim tarihi: 17 Mayıs 2011).

http://lsolum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2003/11/legal_theory_le_2.html (erişim tarihi: 2.4.2011).

http://openjurist.org/513/f2d/568/hull-v-celanese-corporation#fn1_ref (erişim tarihi: 7 Haziran 2011).

http://www.citizen.org/congress/article_redirect.cfm?ID=571 (erişim tarihi: 14 Mart 2011)

<http://americanfraud.com/zomax.aspx> (erişim tarihi: 19 Mart 2011).

<http://www.archive.org/stream/benthamstheoryof01bent#page/n11/mode/2up>. (erişim tarihi: 20 Haziran 2011).

ÖZET

Meslek etiği disiplini kimi yazarlarca mesleki sorumluluk veya mesleki davranış kuralları kapsamında değerlendirilmekte ve sadece yazılı kurallara indirgenmek anlamında hukuk merkezli bir yaklaşım sergilenmektedirler. Ancak kimi yazarlar meslek etiğinin genel etik teorilerinden ayrı ele alınamayacağını savunan ahlâk merkezli bir yaklaşım ortaya koymaktadırlar. Meslek etiğine bu farklı yaklaşımlar, avukat ve müvekkil arasındaki ilişkinin türüne bakış açısıyla da ilgilidir. Toplumsal bir ilişki görünümünde olsa da avukat ve müvekkil arasında değer sorunlarının gündeme geldiği etik bir ilişki vardır. Meslek etiğine ahlak merkezli yaklaşımlardan biri olan David Luban'ın ahlaki aktivizm görüşü de avukat ve müvekkil arasındaki ilişkinin etik ilişki olduğuna dair birtakım dayanaklara sahiptir. Avukatlık pratiğinin asıl amacının adaleti sağlamak ve en önemlisi müvekkilinin insan onurunu korumak olduğunu söyleyen Luban'a göre avukat, müvekkiliyle ahlaki bir diyaloga girmekten kaçınmamalıdır. Özellikle etik sorunlarla karşı karşıya gelindiğinde avukat, müvekkilini adalete uygun davranmaya ikna etmelidir. Ahlaki aktivistlerin, etik sorunların sıkça yaşanabileceği bir meslek kuralı olan sır tutma ilkesine yaklaşımı da bu çerçevededir. Ahlaki aktivist yaklaşımın asıl amacı insan onurunu korumak ve adaleti sağlamaktır. Dolayısıyla sır tutma ilkesinin uygulamada yarattığı etik problemleri çözümlerken bu kuralın asıl konuluş amacı olan insan onuru ve adalet değerleri doğrultusunda somut olaya göre söz konusu kuralı ihlal mümkün olabilmektedir.

SUMMARY

Legal ethics, for some scholars, is considered from a law-centered perspective only as written rules similar to professional conduct or commitment. On the other hand, some other scholars with moral-centered view think that legal ethics cannot be understood without addressing the general theories of ethics. In fact, those views differ in stating the quality of the relationship between a lawyer and her client. Within this relationship value problems can come into question. In this respect, it can be considered as an ethical relationship although it has an outlook of a social relationship. In an ethical relationship, parties act as caring each others' dignity. David Luban's view on legal ethics, which can be considered as moral-centered, has some grounds justifying said relationship as an ethical one. For Luban, lawyers should not hesitate to have a moral dialogue with their clients as the core of their job is to administer justice while protecting human dignity. Particularly when they face some ethical problems, they should try to encourage their clients in accordance with justice. Moral activists' approach to the rule of confidentiality can also be discussed in this perspective. Instead of obeying to the rule of confidentiality strictly, it should be possible to break this rule for the sake of justice and human dignity which is also the purpose of regulating such professional rules.