

BERLİN İSTİNAF MAHKEMESİ'NİN “AVUKATIN REKLAM YAPMA HAKKI”NA İLİŞKİN KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ*

Stefan Rapp LL. M.

Uta Kuchkelkorn

Çev. Av. D. Derya Yeşiladalı **

Bu makale, Berlin İstinaf Mahkemesi'nin avukatların reklam yapmalarına ilişkin olarak vermiş olduğu karar üzerine yazılmış olup, ABD yargılamasından alınmış ilginç örneklerin Almanya adli sisteminde verilmiş kararların bir karşılaştırılması anlamındadır. Diğer bir ifade ile iki sistem arasındaki farklılıklar ile Almanya'da avukatlık mesleğinin içinde bulunduğu ve avukatların karşılaştıkları güçlüklerle işaret edilmektedir. Makale ayrıca, avukatların reklam hakkına ilişkin yargısal bakış açısındaki zafiyetlere ışık tutmaktadır.

Berlin, Almanya: Ele alınan dava, bir avukatlık firmasının hasımlarını gösterir bir listeyi web-sitesinde yayımlamasından kaynaklanmaktadır. Söz konusu listede bankalar ve finansal hizmet sunan kurumlar yer almaktadır. Bu bağlamda avukatlık firmasının amacı ve gerekçesi; bünyesinde bulunan avukatların iştigal alanlarını göstermekti. Söz konusu listede yer alan ve ticari itibarının zedelenmesi bakımından kaygı duyan bir hasım, ismini/unvanını önceden izin almadan yayımlayan hukuk firması aleyhine dava açmıştır. Davaya ilişkin karar veren Berlin İstinaf Mahkemesi (Berlin Kammergericht) de kararında; temyiz edenin (hukuk firması) yeni müşteriler edinmek için, karşı tarafın unvanını haksız olarak ifşa ettiğine ve bu davranışın temyiz eden hukuk firmasının ticari iş hürriyetinin korunması sınırlarını aşmaktadır.

Ticari iş yapma serbestisi/hürriyetinin yasal dayanağını Alman Anayasa'sının 2. maddesinin ikinci fıkrası oluşturmaktadır. Söz konusu madde; pek çok diğer haklar yanında, bir kişinin kişisel bilgilerinin

* Journal of Academic Legal Studies 39-41 (2006).

** TBB, CCBE Temsilcisi.

ne ölçüde kamuya açıklanabileceğine kendisi tarafından karar verilebileceğine ilişkin temel hürriyete ilişkin düzenleme getirmektedir.

Hemen belirtelim ki Amerikalı bir avukat yukarıda değinilen kararı hayretle karşılayacaktır. Bir kıyaslama yapmak ve aradaki farkları tespit etmek adına ABD’de avukatların reklam yapmasına ilişkin iki örnek verilecektir. Ayrıca, vereceğimiz bu örnekler Alman hukuk bürolarının ABD’de ambulans kovalayan avukatların öyküsünden ne kadar etkilendiğini ve aynı zamanda ne kadar rahatsızlık duyduğunu da açıklar niteliktedir.

İlk örnek Alabama eyaletinde görülen bir davaya dayanmaktadır.

Söyle ki; bir avukat anaokulunda meydana gelen bir kazada ölen çocuğun ebeveynine çiçek göndermiştir. Bu haliyle olay duygusal bir jest görünümündedir. Ancak çiçeğe iliştirilmiş mektup tüm dikkatleri çekmiştir. Zira söz konusu mektupta avukat taziyetleri ile birlikte eğer aile isterse anaokulu aleyhine dava açarak hukuki hizmet verebileceğini de ifade etmektedir. Bu davranış; kendi içinde hem sosyal olarak hem de profesyonel açıdan sorgulanabilir nitelikte iken “*Rahibe Mary*” adlı bir kişi ortaya çıkarak, Tanrı’nın kendisini aileye bir mesaj iletmekle görevlendirdiğini; buna göre ana babanın adı geçen avukatı aramaları gerektiğini bildirmiştir.

Diğer taraftan, Maryland eyaleti mevzuatı benzer olaylarda limitler öngörmektedir. Buna göre; avukatlar 30 günlük bir tecil (moratorium) süresi içinde haksız fiil sonucu maddi zarara uğrayan veya ölen kişiler veya yakınları ile; diğer bir deyişle “*muhtemel müvekkiller*”le temas geçemezler. Bu süre doğrudan posta göndererek reklam yapmayı da kapsamaktadır.

Avukat Robin Ficker ve bir reklam şirketi sahibi olan Natalie Boehm bu mevzuatın; avukatların reklam yapmalarının ABD Anayasası’nın birinci değişikliği kapsamında güvence altında (korunduğu) olduğunu ileri sürerek, ilgili bölümlerinin iptali için dava açmıştır. Mahkeme bu iddiayı kabul etmiştir.

Tekrar incelediğimiz karara dönecek olursak; hemen belirtelim ki Berlin İstinaf Mahkemesi hukuk bürosunun reklam yapmasının Alman Anayasası’nın 5/1 maddesi (söz öyleme/ifade hürriyeti) kapsamında değerlendirilebilme ihtimalini göz önüne almıştır. Diğer taraftan konuya muhtemel müvekkillerin, hukuk bürosunun bu tür ihtilafları halletme deneyimi hakkında bilgi sahibi olma hakları yönünden yaklaşmıştır. Ancak Mahkeme reklam yapmanın birincil amacının

ekonomik olduğuna karar vermiştir. Diğer bir ifade ile Mahkeme hukuk bürosunun amacının, ne kamu menfaati nede müvekkil menfaati olmadığına; amacın dikkatleri hukukun belli bir alanındaki beceriye çekmek olduğu, dolayısıyla kendi finansal hedeflerini yükseltmek olduğuna karar vermiştir. Bu bağlamda; hukuk bürosunun ticari iş yapma/faaliyeti hürriyeti hakkı kapsamında korunamayacağına karar verilmiştir. Diğer bir ifade ile karşı tarafın kamuoyunun gözleri önüne konulmasına kendisinin karar verebileceği hususu hukuk bürosunun konuşma/ifade hürriyetine üstün tutulmuştur.

Bir an için söz konusu davayı; Kammergericht'in göz önüne almadığı, kamu menfaati yönünden değerlendirelim.

Bilindiği gibi, hukuk hizmeti geniş bir faaliyeti kapsamaktadır. Şöyle ki; sunulan hizmetlerin niteliği değişmektedir. Bunun sonucu olarak tüketici, doğrudan kişisel deneyimi olmadıkça hizmetin niteliğini değerlendiremez. Bu perspektiften bakıldığında hukuki reklamın, kamu menfaati oluşturması bakımından, hiçbir ekonomik işleve hizmet etmediği tartışılabilir. Bir müvekkil hukuki hizmetin kalitesini önceden tahmin edemediği sürece reklamın müvekkilin seçimi üzerinde olumlu bir etkisi olmayacaktır ve hatta müşteriyi yanıltacaktır. Tamamen faydasız olmasının yanında avukatların reklam yapması avukatlık ücretlerine yansyarak hukuki yardım talep eden müşteriden fazladan masraf talep edilmesine yol açacaktır.

Ancak, incelediğimiz olayda bu söylediklerimizin uygulanabilirliği bulunmamaktadır: Öncelikle, hukuk bürosunun olayın karşı tarafını oluşturanlara dava açmış olduğu bir gerçektir. Bu gerçek ise büronun ihtilaf konusu hukuk alanında deneyim, uzman olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla, potansiyel müvekkillere sunacakları muhtemel hizmetlerin kalitesi konusunda önemli bir bilgi sunulduğu tartışmasızdır. İkinci olarak; bu bilginin açıklanması ne hukuk bürosuna nede muhtemel müşterilere herhangi bir masraf yüklememiştir. Bu bilgi bedava olduğu gibi müşteriler yönünden hukuk bürosunun geçmişteki performanslarıyla ve sorumlu avukatlar ve tercih edilecek avukatla ilgili önemli ipuçları veren bir bilgi niteliği taşımaktadır.

Yukarıdaki tartışmayı bir yana bırakacak olursak artık, Almanya'da avukatlar için sağlıklı bir iş piyasası olmadığını ifade edebiliriz. Bunun sebeplerinden birisi de profesyonel piyasanın yeni mezunlarla dolu olmasından kaynaklanmaktadır. Hukuk fakültelerinde eğitim gören ortalama 100.000 hukuk öğrencisinden her yıl 6.000 kişi avukat olarak piyasaya girmektedir. 1954 ila 1974 yılları arasında serbest avukatların

oranı %44, 1970 ila 1986 arası %113, 2002 yılına kadar %142,7 oranında artarak avukatların sayısı bugün 140.000 ulaşmıştır.

Kammergericht'in Kararına geri dönersek: eğer hukuk bürosu, müvekkili ve davanın karşı tarafı arasında bir muhakeme söz konusu ise kanımızca bu mahkeme bilgilerine ulaşılabilir. Bu ise yasal dayanağını Alman Anayasası'nın 5/1 maddesinde bulmaktadır. Kammergericht'in Kararı'nda belirtildiği gibi bir davada davalı veya davacı olmanın aşağılayıcı (hakaretamiz) bir yanı bulunmamaktadır.

Bu itibarla; liste halinde ifşa edile şirketler açısından durum pek hoş olmamakla beraber söz konusu liste ne bir hakaret nede alay etmek anlamında yorumlanamaz.

Sonuç olarak; bir iletişimin kanuniliğini, o iletişimin saikini inceleyerek değerlendirmek ifade hürriyetinin iki tarafı değil kamuoyunu da ilgilendirdiği gerçeğini gözardı etmektir.