

T.C.
BAŐKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK BÖLÜMÜ

**AVUKATLIK
MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN

SERHAL NUR MAHMUTOĞULLARI

TEZ DANIŐMANI

YRD.DOÇ.DR.MÜRSEL BAŐGÜL

ANKARA 2007

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	1
GİRİŞ	2

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI

I- SORUMLULUK SİGORTASININ NİTELİĞİ	5
--	----------

II- SORUMLULUK SİGORTASININ ÖZELLİKLERİ	8
--	----------

1-1- Sorumluluk sigortası bir zarar sigortasıdır	8
---	----------

A-Zarar Sigortasının Kapsamı	9
-------------------------------------	----------

B-Zarar Sigortasında Korunan Kişi	10
--	-----------

C-Zarar Sigortasında Yer Alan Önemli İlkeler	10
---	-----------

2- Sorumluluk sigortası bir malvarlığı sigortasıdır	14
--	-----------

3- Sorumluluk sigortası bir pasif sigortasıdır	15
---	-----------

III-MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI	18
---	-----------

1-Mesleki Sorumluluk Sigortası Sözleşmesinin Özellikleri	18
A-Türk Ticaret Kanunu ve Sigortacılık Kanunu Açısından Sigorta Sözleşmesi	18
B-Borçlar Kanunu Açısından Sigorta Sözleşmesi	21
2- Sözleşme Serbestisinin İlişkin Sınırlamalar	23
3-Mesleki Sorumluluk Sigortasında Riziko Düzenlemesi	24
A- Rizikonun Gerçekleştiği Anın Tespitine İlişkin Teoriler	25
a-Sebep Olayı Teorisi	26
b-Zarar Olayı Teorisi	27
c-Zararın Tespiti Teorisi	27
d-Tazminat Talebinin İleri Sürülmesi Teorisi	28
e-Zararın mahkeme önünde veya dışında yapılan işlemlerle kesin olarak tespiti	28
B- Türk Hukuku'nda Rizikonun Gerçekleşme Anı	29
C- Mukayeseli Hukukta Rizikonun Gerçekleşme Anı	31
aa-Alman Hukuku	31
bb-İsviçre Hukuku	32
cc-Amerikan Hukuku	32

İKİNCİ BÖLÜM

AVUKATIN MESLEKİ SORUMLULUĞU

I-AVUKATLIK MESLEĞİ	33
II- AVUKATLIK MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASININ KONUSU	36
III- AVUKATIN HUKUKİ SORUMLULUĞU	37
1- Avukatlık Sözleşmesinden Kaynaklanan Sorumluluğu	
A-Sözleşmenin Varlığı	37
B-Avukatın Sözleşmeye Dayanan Sorumluluğunun Kaynağı	39
C-Avukatın Yükümlülükleri	40
a-Avukatın Aydınlatma Yükümlülüğü	40
b-Sadakat Yükümlülüğü	43
c-Avukatın İşi Özenle Yerine Getirme Yükümlülüğü	46
d-Avukatın Edimi Şahsen Yerine Getirme Yükümlülüğü	51
e-Vekillikten Haksız Çekilmeme Yükümlülüğü	52
f-Müvekkilin Talimatına Uygun Davranma Yükümlülüğü	53
g-Konuyu Hukuki Yönden Değerlendirme Yükümlülüğü	55
h-Avukatın Dosya Tutma ve Müvekkiline Hesap Verme İlgili Yükümlülüğü	58

2-Avukatın Sözleşme Dışı (Haksız Fiil) Sorumluluğu	61
3- Avukatın Teminat Altına Alınan Zararları	65
4-Mukayeseli Hukuktaki Durum	67
A-Almanya	67
B-İngiltere	68
C-Avrupa Birliği	68
D-Amerika Birleşik Devletleri	69

IV-ÖRNEK MODEL OLARAK NOTERLİK MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI

1.Noterlik Mesleği	71
2-Noterlerin Hukuki Sorumluluğu Ve Rizikonun Kapsamı	72
3-Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası Yaptırma Koşulları	73

Ü Ç Ü N C Ü B Ö L Ü M

AVUKATLIK MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASININ KONUSU VE TARAFLARIN HUKUKİ STATÜSÜ

1-SORUMLULUK SİGORTASINDA SİGORTA HİMAYESİ	76
1-Sigorta Himayesinin Kapsamı	76
2- Sigorta Himayesinin Kapsamı Dışında Kalan Hususlar	79
3-Sorumsuzluk Anlaşması ve Uygulanabilirliği	81

4-Aksine Şart Sözleşmede Yoksa Teminat Dışında Kalan Haller	82
5-Sigorta Himayesi Talebinin Zamanaşımına Uğraması	85
II-AVUKAT ORTAKLIĞINDA MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI	86
1-Genel Olarak Avukatlık Ortaklığı	86
2-Avukatlık Ortaklığında Hukuki Sorumluluk	88
III- SİGORTA ETTİRENİN KÜLFETLERİ	94
1-Sözleşmenin Kuruluşu Anındaki İhbar Külfeti	96
2-Rizikoyu Ağırlandırmama Külfeti	101
3-Rizikonun Gerçekleştiğini İhbar Külfeti	104
4-Sigorta Ettirenin Bilgi Verme ve Sigortacıya Yardım Külfeti	105
5-Koruma Tedbirlerini Alma Külfeti	106
V-SİGORTA ETTİRENİN PRİM ÖDEME BORCU	108
1-Primin Tanımı ve Konusu	108
2-Primin Ödenmemesi ve Sonuçları	110
VI- MESLEKÎ SORUMLULUK SİGORTASI DAVALARINDA YETKİ ve GÖREV	112

SONUÇ	113
KAYNAKÇA	117
EKLER	122

KISALTMALAR

AB	:Avrupa Birliği
Av.K	:Avukatlık Kanunu
AvMK	:Avukatlık Meslek Kuralları
BK	:Borçlar Kanunu
E	:Esas
EEC	:European Economic Community
HD	:Hukuk Dairesi
K	:Karar
KTK	:Karayolları Trafik Kanunu
MSSGŞ	: Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları
md.	:madde
s.	:sayfa
Sig.K	:Sigortacılık Kanunu
TBB	:Türkiye Barolar Birliği
TCK	:Türk Ceza Kanunu
TTK	:Türk Ticaret Kanunu

GİRİŞ

Meslekî sorumluluk riskinin paylaşımı, 13 üncü yüzyıldan 19 uncu yüzyıla kadar Dünya ticaretinin gelişmesine paralel olarak denizcilik rizikoları başta olmak üzere bazı meslek gruplarında değişik yöntemlerle uygulanmıştır. 19 uncu yüzyılın başından itibaren Avrupa'da meslekî sorumluluk kavramı kanun metinlerinde yer almış, önce kaza ve kasko sigortası şeklinde uygulanmış daha sonra hızlı bir gelişme göstererek farklı meslek gruplarının rizikolarını karşılayan sistemleri öngören yasalar, tüzükler, genel şartlar yürürlüğe konmuştur.

Ülkemizde de 15 inci yüzyıldan itibaren sigorta benzeri uygulamalar, özellikle meslek birlikleri ve loncaların kendi bünyelerinde oluşturduğu organizasyonlarla bugünkü meslekî sorumluluk sigortaları benzeri faaliyetlerde bulunmuşlardır. Ülkemizde modern anlamda sigortacılık 19.yüzyılın ikinci yarısında başlamıştır. Mevzuatımızda sorumluluk sigortası 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 6085 sayılı Trafik Kanunu ile bu kanunun yerini alan 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ile uygulama alanı bulmuştur. Meslekî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları, meslekî sorumluluk sigortası alanında duyulan ihtiyaçlara cevap verebilmek amacıyla 16.10.2006 tarih ve 26110 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir .

Bir meslek sahibi, meslekî uygulama sırasındaki dikkatsizliği, ihmali, tecrübesizliği, yasal düzenlemeler hakkındaki bilgi eksikliği gibi nedenlerle işini üstlendiği kimselere zarar verebilir. Özellikle modern yaşamın getirdiği yenilikler, teknolojik gelişmeler sonucu ortaya çıkan ihtiyaçlar sonucunda hukuk kurallarının da yeniden yapılandırılması gerekliliği doğmaktadır. Sorumluluk sigortasının tam olarak bu ihtiyaçları karşılamayı amaçladığı söylenebilir.

Kişiler arzu etmedikleri halde karşılaştıkları ve ekonomik durumlarına etki eden her tür duruma karşı korunma ihtiyacı hissederek önlemler alma yoluna gitmişlerdir. Bir mali havuz oluşturularak, mali yönden kendilerini etkileyebilecek ve gerçekleşecek riskin sebep olduğu zararları ortadan kaldırmak amacıyla sigorta müessesesi kurulmuştur. Zira oluşan bir zarar nedeniyle hukuki prosedüre başvurmak kişilere karışık ve masraflı gelmekte, ayrıca açılacak davalarda adalete kısa sürede erişimlerini gerçekleştirmek için gerek usul bilgilerinin eksikliği gerek iş yoğunluğu gibi sebeplerle sonuca ulaşmaları gecikmektedir.

Meslekî sorumluluk sigortasında amaç, bir meslek sahibinin mesleğini icra ederken verdiği zararın giderilmesi için istenen tazminat talepleri karşısında kendisini hukuki himaye ile güvence altına almaktır. Doktor, avukat, mimar gibi serbest meslek sahipleri kendi hataları veya ihmallerinden kaynaklanan üçüncü şahıslara verecekleri zararları, sorumluluk sigortası yaptırarak teminat altına almaktadır. Sorumluluk sigortalarına örnek olarak, motorlu taşıtlar sigortası, işveren sorumluluk sigortası, asansör kazalarında üçüncü kişilere karşı sorumluluk, tehlikeli maddeler zorunlu sorumluluk sigortası, tüpgaz zorunlu sorumluluk sigortası, doktor, avukat , mimar, muhasebeci ve noterlerin sorumluluk sigortası sayılabilir.

Sorumluluk sigortası aleyhinde sorumluluk sigortası yaptıran meslek sahiplerinin görevlerini yerine getirirken özenli davranmayabilecekleri, rizikoyu sigorta şirketini himayesine bıraktıkları için ihmali davranışlar ortaya koyabilecekleri gibi eleştiriler yapılmaktadır. Sigorta sözleşmesine yasalar kapsamında sigorta ettirenin ihmali en aza indirecek koşullar getirilerek tamamıyla kontrolsüz davranışlara izin verilmeyecektir. Sorumluluk sigortası, sigorta ettiren kimsenin karşılaşılabileceği sorumluluk riskinin güvence olarak bir yerde toplumsal faydalarda getiren bir korunma sağlamaktadır.

Avukatlık mesleğinin adalet sistemi içerisinde yeri, mesleğin taşıdığı sorumluluklar, toplum içindeki saygınlığı ve önemi yadsınamaz bir gerçektir. Avukatın bu önemli görevi ifa ederken gerek kendi müvekkiline gerek üçüncü şahıslara bilerek ya da bilmeyerek zarar vermesi sözkonusu olabilmektedir. Avukat üzerine aldığı hukuki ihtilafta müvekkilinin menfaatini koruma görevini yerine getirirken bir de tazminat ödeme yükümlülüğü altına girdiğinde işine yeterince yönelemeyecektir.

Hukuki konuların karışıklığı karşısında kişiler kendi başlarına bu meselelerle başa çıkamayacaklar için hukukçulardan profesyonel yardıma almaya ihtiyaç duyar. Ülkemizde yargılama sürecinde kişiler, özgürlüklerine ya da malvarlıklarına ait haklarını elde etmek için oldukça uzun süren bir hukuk mücadelesine girişmekte bu duruma bir de avukatın kusurlu davranışları eklendiğinde adalete erişim gerçekleşmemektedir.

Avukatlık mesleğinde uzmanlaşmaya duyulan ihtiyaç, yeni hukuk alanlarının açılması, uluslararası konularda mesleki faaliyet yürütülmeye başlanması, bu çalışma alanlarında masrafların yalnız başına çalışan avukat tarafından karşılanmasının mümkün olmaması ve

vergilendirmede avantajlardan yararlanmak gibi ihtiyaçlar neticesinde Avukatlık Kanununda yapılan değişiklikle “Avukat Ortaklığı” sistemi hukukumuzda kazandırılarak şirketleşme olgusu önem kazanmıştır. Avukat ortaklığının yapısı konusunda birçok sorun mevcuttur. Özellikle avukat ortaklığının kendine özgü yapısı, ortakların da tüzel kişilikle birlikte sorumlu olması mesleki sorumluluk sigortasının önemini artırmaktadır. Meslekî sorumluluk sigortası arzettiği öneme rağmen ülkemizde zorunlu olmaması bir yana isteğe bağlı olarak dahi çok yaygın değildir. Avukatlar için mesleki sorumluluk sigortasının zorunlu hale getirilmesi doğrudan yasa ile ya da noterlik mesleki sorumluluk sigortasında olduğu gibi meslek örgütlerinin sigortayı avukatlar adına yaptırması ile gerçekleştirilebilir.

Yüksek lisans tezinde, oldukça geniş bir uygulama alanına sahip olan sorumluluk sigortası içinde yer alan “**Avukatlık Meslekî Sorumluluk Sigortası**” konusu incelenmiştir.

Çalışmanın birinci bölümünde, genel olarak meslekî sorumluluk sigortası incelenmiş, sorumluluk sigortasının sigorta sistemi içerisindeki yeri, Türk Ticaret Kanununda ve Borçlar Kanununda yer alan hükümlerin uygulaması ele alınmıştır. Bu sayede konunun ilerleyen bölümlerde daha iyi anlaşılmasını sağlamak amaçlanmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, avukatlık mesleği sorumluluk sigortasının, avukatın sorumluluğunun hangi hukuki sebeplerden kaynaklandığı, avukatın yükümlölükleri ve riziko açısından bu yükümlölüklerin değerlendirilmesi yapılarak, yükümlölüklerin sözleşmeye aykırılığa etkileri ele alınmıştır.

Son bölümde avukatlık meslekî sorumluluk sigortasının konusu, sigortacının himaye yükümlölüğünün kapsamı ve tarafların hukuki statüsü ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI

I- SORUMLULUK SİGORTASININ NİTELİĞİ

Sorumluluk sigortası, sigorta ettirenin veya sigortalının malvarlığının, sigortacı tarafından belli bir prim karşılığında sorumluluğun ekonomik sonuçlarına karşı sigorta güvencesi altına alınmasını öngören bir sözleşmedir¹. Günümüzde mesuliyet sigortaları, sigortacılık alanında büyük ihtiyaçları karşılamakta ve önemli bir yer tutmaktadır.

Sorumluluk sigortası ile, sigorta ettirenin sorumluluğu bertaraf edilmemekte sigorta ettirenin sorumluluğu kabul edilmekte, sigorta ettiren malvarlığının azaltıcı sonuçlarına karşı korunmaktadır². Sorumluluk sigortası ile ana ilke olarak sigorta ettirenin üçüncü kişilere verebileceği zararlardan ötürü bu zararın giderilmesi için sigorta ettirenin malvarlığındaki azalmayı önlemek amaçlanmaktadır³. Sigorta ettiren, malvarlığında meydana gelmesi muhtemel bir eksilmeye karşı kendisini güvence altına alır⁴. Örneğin, bir mimarın hazırladığı bir projede meslekî bilgisizliği ya da dikkatsizliği nedeniyle hata yapması ve neticede o projeye dayanılarak yapılan inşaatta zarara yol açması hali; avukatın bir davaya davalı taraf adına katılması durumunda zamanaşımı def'inin davada ilk itiraz olarak ileri sürmemesi nedeniyle müvekkilinin davada zarara uğramasına sebep olması gibi hallerde ortaya çıkabilecek zararları bertaraf için yapılan bir sigorta türüdür.

Sorumluluk sigortasına ilişkin hükümler dağınık bir biçimde Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) serpiştirilmiştir ve ihtiyaca cevap vermekten uzaktır⁵. TTK'da mesuliyet sigortasına özel bir kısım ayrılmış değildir⁶. Türk Ticaret Kanunumuzda; yangın sigortası başlıklı bölümde md.1309-1310, hırsızlığa karşı sigorta md.1320, kaza sigortaları md.1335-

¹ Ünan, S.: İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, İstanbul 1998, s.8.

² Bozer, A.: Sigorta Hukuku, Ankara 1965,s.255(Sigorta Hukuku); Bozer,A.:Sigorta Hukuku-Genel Hükümler-Bazı Sigorta Türleri, Ankara 1981, s.173(Sigorta Türleri).

³ Ulaş,I.: Uygulamalı Sigorta Hukuku-Mal ve Sorumluluk Sigortaları, Ankara 2006, s.636.

⁴ Bozer, Sigorta Türleri, s.174.

⁵ Bozer, Sigorta Türleri,s.173.

⁶ Bozer A.:Sigorta Hukuku-Genel Hükümler-Bazı Sigorta Türleri,Ders Kitapları Serisi , Ankara 2004, s.117 (Sigorta Hukuku Ders Kitabı).

1336 ile yer almıştır. Rizikonun gerçekleşmesi halinde ihbar külfetini düzenleyen TTKmd.1292 de mesuliyet sigortasının türüne göre ihbar mükellefiyetinin başlangıç tarihi belirlenmiştir⁷.

Sorumluluk sigortaları arasında ilk başta sayılabilecek olan 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun md.91 ve devamında düzenlenen motorlu taşıt mali sorumluluk sigortasıdır. 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanununun⁸, “Sigorta Yükümlülüğü” başlıklı 134.maddesinde yurt içi veya yurt dışı yolcu, yük ve posta taşımaları yapmaya yetkili kılınan taşıyıcılar, taşıma sözleşmelerinden doğabilecek zararlardan dolayı tazminat taleplerinin teminatı olmak üzere, asgari 124 üncü madde esaslarına göre saptanan sorumluluk sınırları içerisinde mali mesuliyet sigortaları yapmakla yükümlü oldukları düzenlenmiş ve sigorta yükümlülüğü yerine getirilmeyen hava araçlarının Ulaştırma Bakanlığınca uçuştan men edileceği hüküm altına alınmıştır. Mezkur Kanun md.138 ise Türk hava sahasında uçuş yapacak Türk ve yabancı sivil hava araçları için üçüncü şahıslara verilecek zararın teminatı olarak işleten tarafından mali mesuliyet sigortası yaptırılması zorunluluğu getirilmiştir. 2872 sayılı Çevre Kanunu⁹ md.13 ile tehlikeli kimyasalların satışı, depolanması, kullanılması ve taşınması gibi meslekî faaliyette bulunan kimselerin üçüncü kişilere verebilecekleri zararlar nedeniyle “tehlikeli atık maddeler mali sorumluluk sigortası” yaptırımları meslekî faaliyete başlayabilmelerinin ön koşuludur.

Diğer sorumluluk sigortaları ise; işveren sorumluluk sigortası, karayolları taşımacılık sorumluluk sigortası, üçüncü kişilere karşı mali mesuliyet sigortası, asansör kazalarında üçüncü kişilere karşı sorumluluk sigortası, tüpgaz zorunlu sorumluluk sigortası ve yapı denetim kuruluşları zorunlu mali sorumluluk sigortası yer almış ve bu sigorta türleri genel şartlar ile düzenlenmiştir¹⁰.

Akdi ilişkileri kuran sözleşmelerin tabi olacağı esasları tayin etmek üzere âkitlerden biri tarafından hazırlanan yeknesak kurallar olarak adlandırılan genel işlem şartları, sigorta sözleşmeleri bakımından sigorta poliçesi genel şartları adını almaktadır¹¹. Sigorta poliçesi genel şartları, sigortacının karşısındaki âkit sigorta ettireni aydınlatma fonksiyonu bulunan ve

⁷ Bozer, Sigorta Hukuku Ders Kitabı,s.117.

⁸ Kanunun kabul tarihi 14/10/1983- Yayımlandığı R.Gazete Tarihi:19/10/1983 Sayı:18196.

⁹ Kanunun kabul tarihi 9/8/1983 -Yayımlandığı R.Gazete Tarihi : 11/8/1983 Sayı : 18132.

¹⁰ <http://www.tsrbsb.org.tr/tsrbsb/Mevzuat/Yururlukteki+Mevzuat/Genel+Sartlar>.

¹¹ Can, M.:Meslekî Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına Genel Bir Bakış,Ankara 2007, s.1.

bu arada taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tabi olacağı esasları da belirlemektedir¹². Hukukumuzda, “Meslekî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları” adı altındaki düzenleme 16.03.2006 Tarih ve 26110 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir¹³.

Sorumluluk sigortası ile ortaya çıkabilecekler riskler nedeniyle kendisini güvence altına alan sigortalıların daha dikkatsiz davranabilecekleri, bu yönde bir güvencenin gayri ahlaki¹⁴ olabileceği, hiçbir kayıt ve koşula bağlanmadan uygulanmasının sakıncalı sonuçlara neden olabileceği gibi düşünceler, bazı önlemleri de beraberinde getirmiştir¹⁵. Örneğin, sigorta ettirenin üzerinde zararın bir kısmının bırakılması ve sigortacının zararın tümünü karşılamaması; otomobil yarışlarına katılan araçların sigorta kapsamına alınması için daha çok prim istenmesi; motorlu taşıt aracı sürücüsünün ehliyete sahip olma koşulu gibi şartlarda sigorta yapılması¹⁶. Mesuliyet sigortası her ne kadar sigorta ettireni korumak amacıyla için tesis edilmiş ise de, bu sosyal anlamda zarar görenin de korunmasını sağlamak ve böylece topluma büyük hizmette bulunmaktadır¹⁷. Sigorta ettirenin zarar verdiği şahıs, sigorta akdinin tarafı değildir¹⁸.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında¹⁹, “Sorumluluk Sigortaları” başlığı altında 1473-1486 maddeleri ile düzenlenme getirilmiştir. Sigortacı sorumluluk sigortası ile sigortalının sözleşmede öngörülen ve zarar daha sonra doğsa bile sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle zarar görene, sigorta sözleşmesinden öngörülen miktara kadar tazminat ödeyecektir²⁰. Sorumluluk sigortasının tanımı yapılarak, hukuki himayenin kapsamı, tarafların hak ve yükümlülükleri düzenlenmiştir

¹² Can, s.2.

¹³ <http://www.tsrbsb.org.tr/tsrbsb/Mevzuat/Genel+Sartlar/MeslekîSorumlulukSigortasıGenelSartları.htm> adresinde tam metin yer almaktadır.

¹⁴ Kender, R.:Mesuliyet Sigortasının Mahiyet ve Türleri, Mesuliyet Sigortaları Semineri Tebliği III, Ankara 1977, s.4 (Mesuliyet Sigortaları Semineri).

¹⁵ Vural,G.:Trafik Sigortası,Ankara 1981, s.3.

¹⁶ Vural, s.4.

¹⁷ Kender, Mesuliyet Sigortaları Semineri, s.5.

¹⁸ Bozer , Sigorta Hukuku, s.255.

¹⁹ Adalet Bakanlığı nezdinde, 8.12.1999 tarihli Bakanlık oluruyla çalışmaya başlayan birçok üniversiteye bağlı akademisyenler,meslek kuruluşları temsilcileri,kamu kuruluşu ve yargı temsilcilerinden oluşturulan komisyon tarafından 1514 maddeden oluşan “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı” hazırlanmıştır. T.C.Adalet Bakanlığı, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Ankara 2005(Tasarı),s.314.

²⁰ Metezade Z.:Sigorta Hukukunda Yeni Düzenlemeler, Birlik’ten Dergisi, Ocak-Mart 2005, Sayı 1, s.23.

II- SORUMLULUK SİGORTASININ ÖZELLİKLERİ

Sorumluluk sigortasının asıl amacı, kişinin malvarlığını hukuki sorumluluktan doğan taleplerin ekonomik sonuçlarına karşı güvence altına alınmaktır. Zarar gören üçüncü kişilerin tazminat istemleri karşısında; kişinin haklı ise, yargılama için yaptığı giderleri karşı taraftan alamaması riskine, haksız ise, hem mahkeme giderleri hem de hükmolunan tazminatı ve varsa faizini ödeme riskine karşı malvarlığında oluşabilecek azalmaları güvence altına almak, sorumluluk sigortasının konusu ve amacıdır²¹. Diğer sigorta dallarında, sigorta poliçesi yapılırken rizikonun gerçekleşmesi olasılığı bulunan kişi veya eşya bilinmekte veya zararın türü buna göre belirlenmektedir. Örneğin, can sigortası, yangın, kasko sigortası vs. Sorumluluk sigortasında ise, sigorta ettirenin sorumlu olabileceği pek çok zarar olasılığı vardır. Bunları önceden tamamen saptamak olanaksızdır. Diğer sigorta dallarında sigorta himayesinin sınırı belli bir meblağ olarak tespit edilmekte iken sorumluluk sigortalarında bir sigorta değeri sözkonusu değildir²².

Sorumluluk sigortasında riziko, sigorta ettirenin bütün malvarlığına yöneliktir²³. Diğer sigorta dallarında, sigortacının rizikonun giderlerinin gerçekleşmesinden sonra tazminat miktarını saptayabilmesi için bazı belgeleri ve sigorta konusu ile ilgili kayıt ve dokümanları sigorta ettirenden isteme hakkı olmasına karşın, sorumluluk sigortasında sigortacının zarar gören üçüncü kişiden sözleşmeye taraf olmadığı için böyle bir talep hakkı yoktur²⁴. Mesuliyete esas olacak zararı doğuran olay baştan bellidir, bu olaydan ne gibi zararın doğabileceği bilinmediği gibi sigorta ettirenin sıfatına bağlı faaliyetleri dolayısıyla mesul olduğu çok çeşitli zarar durumlarıyla karşılaşabilir²⁵.

1- Sorumluluk sigortası bir zarar sigortasıdır

Zarar sigortaları, sigorta ettirenin sigortalanan rizikonun (sigorta himayesi) gerçekleşmesiyle uğradığı mali zararlarının, sigortacı tarafından sözleşmede yer alan kayıtlar çerçevesinde tazmininin borçlanıldığı sigortalardır²⁶. Bunun doğal sonucu olarak rizikonun gerçekleşmesi halinde bu rizikodan zarar gören üçüncü kişilerin gerçek zararları sigorta limiti

²¹ Vural,s.4.

²² Kender,Mesuliyet Sigortaları Semineri, s.3.

²³ Vural, s.5.

²⁴ Vural, s.5.

²⁵ Kender, Mesuliyet Sigortaları Semineri, s.4.

²⁶ Şenocak,K.: Meslekî Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000, s.18

dahilinde karşılanır²⁷. Fertlerin maruz buldukları rizikoların gerçekleşmeleri sonucunda uğrayacakları zararlar somut olarak karşılanır yani meydana gelen zarar tazmin edilir²⁸.

A-Zarar Sigortasının Kapsamı

Sigortacı, sigorta ettirenle yaptığı sigorta sözleşmesi kapsamında yer alan riskin gerçekleşmesi halinde ortaya çıkan zarar kadar sorumlu olacaktır. Sigortacının edimi sözleşmede yer alan çerçevede zararın giderilmesini sağlamaktır²⁹. Sigortacının edim şekline göre sigorta, zarar ve meblağ sigortası olarak ayrılmaktadır. Meblağ sigortalarında sigortacı, rizikonun gerçekleşmesi ile sigorta poliçesinde gösterilen ve önceden saptanmış olan belirli meblağı sigorta ettirene veya lehara öder. Can sigortaları (hayat ve kaza sigortaları) meblağ sigortasına girer³⁰. Zarar sigortasında, sigortacının sigorta sözleşmesi ile üstlendiği riskin gerçekleşmesi halinde, sigortalıya ödeyeceği tazminatın miktarının, sigortalının somut olarak uğradığı zarara göre tayin edilmesi, bu sigorta türünün onu meblağ sigortalarından ayıran en önemli özelliğidir³¹.

Sorumluluk sigortasında sigortacının ana görevi, üçüncü kişilerin tazminat girişimlerini önleyerek sigorta ettirenin tazminat yükümlüğünden kurtulmasını sağlamaktır³².

Sorumluluk sigortasında sigorta ettirenin menfaat ilgisi esas alınmıştır ve sigorta ettiren malvarlığının pasif kısmı güvence altına alınmıştır. Bu sebeptendir ki mesuliyet sigortası bir tür tazminat sigortasıdır³³. Bu sigorta türü ile hem sigorta ettirenin sorumluluğu kabul edilmekte ve sigorta ettiren, kendi fiilinin malvarlığını azaltıcı sonuçlarına karşı korunmakta, hem üçüncü şahsın zararlarının giderilmesi suretiyle korunması amaçlanmaktadır³⁴.

²⁷ Ulaş, s.636.

²⁸ Kender, Mesuliyet Sigortaları Semineri, s.7.

²⁹ Şenocak, s.18.

³⁰ Vural, s.7.

³¹ Can,M.:Sigorta Hukuku Ders Kitabı,Ankara 2005, s.24(Ders Kitabı).

³² Şenocak, s.31.

³³ Bozer, Sigorta Türleri, s.174.

³⁴ Bozer, Sigorta Hukuku Ders Kitabı, s.118.

Sorumluluğa esas olacak zararı doğuran olay baştan bellidir. Ancak bu olaydan ne gibi zararlar doğacağı sigortacı tarafından önceden bilinmemektedir, sigortacı mesul olduğu çok çeşitli zarar durumlarıyla karşılaşabilir³⁵.

Sorumluluk sigortasında sigorta edilen menfaatin konusunun belli bir şahıs ya da eşya olmaması, sigortalı menfaatinin değerinin tespitindeki imkansızlığa varan güçlük, sigorta ettirenin doğrudan doğruya uğradığı gerçek zararların değil de üçüncü kişinin maruz kaldığı zararın ve bu surette sigorta ettirenin malvarlığında zarar ve ziyan talebi dolayısıyla vuku bulabilecek eksilmelerin denkleştirilmesi gibi özellikler taşımaktadır³⁶.

B-Zarar Sigortasında Korunan Kişi

Zarar sigortalarının diğer türlerinin aksine sorumluluk sigortalarında zarar veren üçüncü kişi değil, bizzat sigorta ettirendir³⁷. Mesuliyet sigortası ile sigorta ettirenin sorumluluğu bertaraf edilememekte ve sigorta ettiren, kendi fiilinin malvarlığını azaltıcı sonuçlarına karşı korunmaktadır. Zarar gören şahsın tazminat talebi ortaya çıkmadıkça sigortacının herhangi bir mükellefiyeti doğmayacaktır³⁸.

Sigortacının edimi, sadece sigorta bedeli ve menfaat değeriyle değil, aynı zamanda meydana gelen zararın miktarıyla da sınırlandırılmıştır³⁹. Sigorta himayesinden istifade eden kişiye, risk gerçekleştiğinde sigorta sözleşmesinde öngörülen sigorta bedelinin değil de; sigorta bedeli sınırları içerisinde kalmak şartıyla sadece onun somut olarak uğramış olduğu zarara tekabül eden miktarın tazminat olarak ödenmektedir⁴⁰. Zarar sigortası ile teminat altına alınan zararlar, sigortalının malvarlığının aktif kısmında azalma veya artışın engellenmesi ya da pasif kısmının artması şeklinde ortaya çıkar⁴¹.

C-Zarar Sigortasının Dayandığı Önemli İlkeler

Sigortacının edim yükümlüğünün sınırını, sigorta ettirenin gerçekten maruz kaldığı zarar miktarının yanında, sigorta mukavelesinde kararlaştırılan sigorta bedeli teşkil

³⁵ Kender, Mesuliyet Sigortaları Semineri,s.4.

³⁶ Şenocak, s.35.

³⁷ Şenocak,s.37.

³⁸ Kender, Mesuliyet Sigortaları Semineri,s.9.

³⁹ Şenocak,s.18.

⁴⁰ Can, s.8.

⁴¹ Can, s.8.

etmektedir. Sigorta sözleşmesinde sigorta bedelinin gösterilmesi şarttır ve rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortacının ödeyeceği azami miktarı ifade eder⁴². Sorumluluk sigortalarında sigorta bedeli hiçbir değere bağlı kalınmaksızın herhangi bir miktar olarak kararlaştırılabilir⁴³. Sigortacının edim yükümlülüğünün sınırını, uğranılan gerçek zararın miktarını oluşturduğu esası sorumluluk sigortaları içinde geçerlidir⁴⁴.

Zarar sigortalarında, “zenginleşme yasağı ilkesi” geçerlidir. İlkenin zarar sigortası bakımından önem kazanmasının en önemli nedeni sigorta değerinin sigorta sözleşmesi ile kararlaştırılmamasıdır. Bu kavram meblağ sigortaları için geçerli değildir. Sigorta zararı yalnız zarar sigortalarında sigortacının edimini sınırlar⁴⁵.

Sigorta zararının tespitinde, mağdur üçüncü kişinin davranışı, sigorta ettirenin davranışından daha önemlidir. Zenginleşme yasağı ilkesi üçüncü kişi tarafından daha çok istismar edilebilir. Çünkü mağdur tazminat talebinin en elverişli şekilde tatmin edilmesi için daha fazla çaba harcayacak kişi iken kendi malvarlığını muhafaza etmek amacını güden sigorta ettiren böyle bir aktif tutum içinde değildir⁴⁶.

TTK md. 1283 ile düzenlenen aşkın sigorta başlığı altından yer alan sigorta ettiren ya da sigortadan faydalanan kimsenin gerçekten uğradığı zararın tazmin edilebileceği, sigorta bedelinin zenginleşme sayılmayacak sınırın altına çekilmesi gerektiği kuralı ile ifade olunmaktadır. Mezkur hüküm aşkın sigorta başlığı altında düzenlenmiş ve sigortadan yararlanan kimsenin sadece gerçek zararının tazmin edilebileceğini ifade ederek sigortanın zenginleşme yasağını düzenlemiştir. TTK md.1264 ile de emredici hükümler arasında sayılan TTK md.1283, fiilen meydana gelen zararın sigortacının ediminin sınırını oluşturduğu; sigortacının ediminin sigorta ettiren veya sigortalının zenginleşmesini sağlayacak şekilde düzenlenemeyeceği açıkça vurgulanmıştır⁴⁷.

Sigorta sözleşmesinde, tarafların talepleri doğrultusunda kararlaştırılan ve aynı zamanda riskin gerçekleşmesi halinde sigortacının ödeyeceği tazminat tutarını gösteren sigorta bedeli eğer sigorta edilen menfaatin değerini geçiyorsa TTK md.1283 hükmüncü

⁴² Kender R.:Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku I,İstanbul 2005, s.212(Hususi Sigorta Hukuku).

⁴³ Şenocak, s.37.

⁴⁴ Şenocak, s.36.

⁴⁵ Kender,Hususi Sigorta Hukuku, s.212.

⁴⁶ Şenocak, s.36.

⁴⁷ Şenocak, s.22.

değeri aşan kısım bătıldır. Sigorta değeri ile sigorta bedeli birbirine eşitlendikten sonra sigorta primleri de sigorta bedeline uygun hale getirilir⁴⁸.

TTK md.1301 ile düzenlenen halefiyet ilkesi, sigortacının sigorta tazminatını ödedikten sonra sigorta ettirenin haklarına halef olmasını ifade eder. Sigorta ettiren rizikonun gerçekleşmesi sebebiyle meydana gelen zararlar için üçüncü bir şahsa karşı herhangi bir hukuki sebebe binaen tazminat talebi hakkına sahip ise, bu hak, aynen ödenen sigorta tazminatı nispetinde sigortacıya geçer. Halefiyet ilkesi, zenginleşme yasağı ilkesinin sonucudur. Böylece zarar uğrayan şahsın zararı sigortacı tarafından giderilecek, sigortacı da ödediği meblağı kanuni halefiyet hakkına dayanarak zarar verenden tahsil edebilmektedir. Sigorta ettirenin gerçekleşen bir riziko nedeniyle oluşan zararlar için üçüncü bir şahsa karşı herhangi bir hukuki sebebe dayanarak sahip olduğu tazminat talebi hakkı ödenen sigorta tazminatı nispetinde sigortacıya geçecektir. Sorumluluk sigortasında zarar veren bizzat sigorta ettirenin kendisidir⁴⁹. TTK md.1301 sigortalının mağdur olması halinde sigortacının zarar verene rücu edebilmesi imkanını tanımaktadır. Sorumlu sigortalarında TTKmd 1301 anlamında sigortacının sigortalın haklarına halef olması ve zarar verene rücu etmesi mümkün değildir.

ŞENOCAK, sigorta edimini yerine getiren sorumluluk sigortacısı TTK md.1301 hükmüne kıyasen sigorta ettirenin, zararın müştereken ve müteselsilen sorumluların karşı sahip olduğu talep hakkını kullanmak üzere kendisine halef olabileceğini ileri sürmektedir⁵⁰.

BOZER, sorumluluk sigortalarında halefiyetin sözkonusu olamayacağını, sigortacının halefiyeti değil sigorta ettirene rücunun sözkonusu olabileceğini savunmaktadır⁵¹.

OMAĞ, sorumluluk sigortası ile teminat altına alınan kişinin yanı sıra zarardan başka kişilerinde müşterek ve müteselsilen sorumlu olması halinde TTK md.1301'in uygulanacağı görüşü sözkonusudur⁵².

Kanaatimizce, avukatlık mesleki sorumluluk sigortasında sigortacının halefiyet ilkesi gereğince sigorta ettiren avukata veya onunla birlikte müşterek ve müteselsilen sorumlu olan

⁴⁸ Can, Ders Kitabı, s.29.

⁴⁹ Şenocak, s.37.

⁵⁰ Şenocak, s.40.

⁵¹ Bozer, Sigorta Hukuku, s.7.

⁵² Omağ M.Kemal, Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti, İstanbul 1983, s.95.

kişilere rücu imkanı yoktur. Zira, avukatlık mesleğinin özelliği gereğince avukatın mesleğini yerine getirirken özenli, bilgisini yenileyerek hareket etme zorunluluğu taşımaktadır. Tevkil yetkisi ile sorumluluğu paylaştığı kişiler yanında kendi sorumluluğu da devam etmektedir. Üçüncü bir kişi nedeniyle kendisini ihmali bir davranışta bulunduğunu savunamaz.

Sigortacının sigortalının yerine geçerek zarar sorumlusu üçüncü şahıs aleyhine sigortalının talep ve dava haklarına sahip olabilmesi için bazı şartların bir araya gelmesi gerekmektedir. Hukuken geçerli bir sigorta sözleşmesinin varlığı, riziko gerçekleşince bu sözleşmeden doğan bir borç olarak sigorta tazminatının sigortalıya ödenmesi, sigortalının zarar sorumlusu üçüncü şahsa karşı herhangi bir hukuki sebepten (haksız fiil, sözleşme, kanun) ötürü bir talep ve dava hakkına sahip olması şartlarının mevcut olması gerekmektedir.

Sorumluluk sigortacısı ile sigorta ettirenin mağdura karşı sorumluluğu müteselsil değil, arka arkaya sorumluluktur ki, sigorta ettiren, haksız fiil, sözleşme veya kanundan dolayı mağdura karşı, sigortacı ise, sigorta mukavelesinden dolayı sigorta ettirene karşı borçlu durumdadır⁵³.

Sigorta hukukun temel ilkesi olan TTK md.1278 ile ifade bulan sigorta ettirenin kastından kaynaklanan rizikolar sebebiyle oluşan zararlar hiçbir şekilde sigorta güvencesi altında olmadığından bu kural sorumluluk sigortalarına da uygulanacaktır.

Sorumluluk sigortası, üçüncü kişilerin maruz kaldıkları gerçek zararın giderilmesi amaçlamaktadır. Sigorta poliçelerinde gösterilen meblağlar sigortacının sorumlu olduğu azami meblağları gösterir. Örneğin, cismani zararlarda uzuv tatili veya işten kalma hallerinde üçüncü kişinin gerçekten uğradığı zararlar hastane, doktor, bakım, ilaç giderleri gibi giderler hesaplanmakta ve sorumluluk sigortası yapan sigortacı poliçede gösterilen azami limit dahilinde bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Sigortacı, mesuliyetle ilgili her türlü talep, dava masraflarını da ödemekle mükelleftir ve bu masraflar sigorta bedeline dahil değildir⁵⁴. Üçüncü kişinin hakkının kaynağı kanundur ve bu hak sosyal amaç sebebiyle himaye edilmiştir⁵⁵. Üçüncü kişinin doğrudan doğruya talep ve dava hakkını düzenleyen KTK.md.97 ile zarar gören, zorunlu mali sorumluluk sigortasında

⁵³ Şenocak, s.41.

⁵⁴ Kender, Mesuliyet Sigortaları Semineri, s.5.

⁵⁵ Bozer, Sigorta Hukuku,s.174.

öngörülen sınırlar içinde doğrudan doğruya sigortacıya karşı talepte bulunabileceği gibi dava da açabilir. Sigortalı aracın, trafik kazasından ötürü üçüncü kişilere zarar vermesi durumunda, zarar görenlerin iki yola dava açmaları sözkonusudur. Zarar gören, araç sahibi (işleten) sigorta ettirene yada kanundan doğan hakkını kullanarak, doğrudan doğruya zorunlu trafik sigortası yapan sigortacıya karşı dava açabilir⁵⁶.

2- Sorumluluk sigortası bir malvarlığı sigortasıdır

Sigortalanan menfaatin ilgili olduğu konuya göre, mal ve malvarlığı sigortası olarak ikili bir ayırım mevcuttur. Mal sigortalı sigortalının bir mal üzerindeki menfaatinin sigorta edildiği sigortalardır⁵⁷. Mal sigortalılarında malın gerçek değeri, sigorta bedelinin veya zararın hesaplanmasında sigortanın tespitinde hareket noktasıdır⁵⁸.

Malvarlığı sigortasında ise, sigortalının malvarlığı, belli bazı tehlikelerin mali sonuçlarına karşı korunmaktadır. Malvarlığı sigortası, sigortalının malvarlığını ekstra harcama ve gelir kayıplarına karşı temin eden sigortalardır⁵⁹. Bu sigorta türünde, malvarlığının tamamında bir koruma sözkonusudur.

Malvarlığı sigortasında, kendisine karşı sigortalının malvarlığının borçlar yüklenmesiyle ilgilidir⁶⁰. Sorumluluk sigortası sigortalının malvarlığını, onun üçüncü kişiye verdiği zarardan kanunen sorumlu olması dolayısıyla ortaya çıkan mali yüklerle karşı, bir bütün olarak himaye etmektedir⁶¹. Malvarlığı sigortasında, sigorta konusu malvarlığının belirli bir bölümü değil, tamamıdır. Aşkın sigorta, menfaat değerinin altında sigorta çifte sigorta gibi hususlar sözkonusu olmaz ve oranlılık kuralı da uygulanmaz⁶². Mal sigortalılarında, malın gerçek değeri, sigorta bedelinin veya zararının hesaplanmasında, aşkın ve menfaat değeri altında sigortanın tespitinde hareket noktasını teşkil eder⁶³.

Sorumluluk sigortasının malvarlığı sigortası olma niteliği TTK md.1303 ile düzenlenen sigortalı malın sahibinin değişmesi ile ilgili hükmün nasıl uygulanması gerektiği

⁵⁶ Vural, s.64.

⁵⁷ Şenocak, s.43.

⁵⁸ Şenocak, s.44.

⁵⁹ Şenocak,s.45.

⁶⁰ Şenocak, s.46.

⁶¹ Şenocak, s.47.

⁶² Vural, s.7.

⁶³ Şenocak, s.44.

konusu önemlidir. Maddede geçen “sigortalı mal” tabiri “kendisi dolayısıyla sigorta yapılan mal” olarak anlaşılmalıdır.TTK md.1269 ile mal sigortalarında, sigortalının mal üzerindeki menfaatinin sigortalandığı ifade edilmiştir.

Sorumluluk sigortasında sigorta ettirenin otomobil işleten, bina maliki, noter, doktor, avukat, mimar gibi birtakım sıfat ve hususiyetler taşıması ve bunlar dolayısıyla sorumlu tutulabilme tehlikesine maruz kalması gerekir⁶⁴. Sigorta ettiren kişi de zaten sahip olduğu bu sorumluluğun kendi malvarlığına getirebileceği zararlar ve tazminat ödeme riskine karşın bu sigorta türüne başvurmaktadır. Risk sigorta ettiren kişinin hususiyetine bağlı olduğundan bu hususiyeti devredemeyecektir.

3-Sorumluluk sigortası bir pasif sigortasıdır

Sorumluluk sigortası bir yönüyle kanuni borçlara karşı sigorta diğer yönüyle somut kayıp ihtimaline karşı bir sigortadır. Zarar verici hadisenin gerçekleşmesiyle birlikte üçüncü kişi bir zarara maruz kaldığından, onun şahsında, uğradığı zararın eski hale getirilmesine ilişkin tazminat alacağı hakkı tahakkuk eder. Bu talepte sigortalıya yönelik olacağından zarar verici hadisenin gerçekleşmesiyle birlikte sigortalı nezdinde tazminat borcu doğar⁶⁵. Öte yandan sorumluluk sigortası bir aktif değer sigortası olmayıp, bir pasif sigortasıdır. Bu tür sigorta ile sigorta ettirenin ileride ortaya çıkması muhtemel zararları sigorta teminatı altına alınır⁶⁶. Bir zarar sigortası eğer mal varlığındaki bir aktifin azalmasını karşılıyorsa aktif sigortası, bir pasifin ortaya çıkmasını veya artmasını karşılıyorsa pasif sigortası adını alır⁶⁷.

Malvarlığındaki bir aktife gelecek herhangi bir zarar sözkonusu olmayıp sonradan ortaya çıkacak veya baştan mevcut olup da sonradan artacak olan pasifler sigorta ettirilir⁶⁸. Çünkü, bu tür sigortada malvarlığındaki aktife gelecek herhangi bir zarar değil, sigorta ettirenin üçüncü kişilere verebileceği zararlardan ötürü tazminat borcunun doğmasıyla malvarlığında iradesi dışında bir azalma söz konusu olacaktır⁶⁹.

⁶⁴ Şenocak,s.53.

⁶⁵ Şenocak,s.66.

⁶⁶ Ulaş, s.636.

⁶⁷ Kender, Mesuliyet Sigortaları Semineri ,s.8.

⁶⁸ Kender, Mesuliyet Sigortaları Semineri, s.10.

⁶⁹ Vural, s.8.

Sorumluluk sigortasının pasif sigortası niteliğine bağlı olarak sorumluluk sigortasında sigorta değerinin bulunup bulunmayacağı, aşkın ve çifte sigortaya ilişkin TTK hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı meseleleri ortaya çıkmaktadır. Sigorta bedeli, taraflarca kararlaştırılan ve sigorta poliçesinde gösterilen ve rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortacının ödeyeceği azami miktarı ifade etmektedir⁷⁰. Sigorta değeri sigorta edilen menfaatin değeridir⁷¹.

BOZER, sigorta ettirenin menfaat değerinin bazı sorumluluk sigortalarında tespit etmenin mümkün olduğunu (oturduğu evi ev sahibinin tazminat taleplerine karşı sigortalamak), bazı sorumluluk sigortalarında maruz kalınan zararın önceden tayin etmeye imkan olmadığı (yangın); bu nedenle sigorta ettiren kişinin menfaatinin sınırsız şekilde veya belli miktarda teminat altına alındığı görüşündedir⁷².

BOZER, sorumluluk sigortasından doğacak mesuliyetin azami haddinin bu eşyanın değeri olması nedeniyle aşkın sigorta ve menfaat değeri altında sigorta olabileceğini ileri sürmektedir⁷³. KENDER ise bu görüşe karşı çıkarak, mesuliyet sigortasında mal sigortasından farklı olarak eşyaya gelen zararın değil fakat bu zarar dolayısıyla ortaya çıkan zararın sigorta himayesine dahil olduğu, savunulan görüşün belki mesuliyetin sınırlı bir sorumluluk olması halinde uygulanacağı ileri sürülmektedir⁷⁴. Bu halde de mesuliyetin sınırı, aslında sigorta değerini değil, sigorta zararının azami haddini göstereceği aynı görüş tarafından ifade edilmektedir.

KARAYALÇIN, malvarlığı sigortasında sigorta olayı malvarlığının muayyen bir unsuru üzerinde değil, bütünü üzerindedir. Malvarlığının aktifini azaltır ya da pasifini artırır. Malvarlığı sigortasında menfaat değerinin olmadığını ifade etmektedir⁷⁵.

ŞENOCAK ise, sigortalanan menfaati “bir şahsın tehlikeye maruz kalan malvarlığı veya malvarlığının zarar tehlikesiyle tehdit edilen kısmı ile olan ilişki” şeklinde açıklamaktadır⁷⁶. Böyle bir tarif sayesinde, sadece aktif değerle değil, pasif değerle de ilişkiye girilmesi halinde bir menfaatin varlığından bahsedilmesi mümkün hale gelmektedir. Sigorta

⁷⁰ Kender, s.212.

⁷¹ Kender, s.212.

⁷² Bozer, Sigorta Hukuku, s.257.

⁷³ Bozer, Sigorta Hukuku, s.257.

⁷⁴ Kender, Mesuliyet Sigortaları Semineri, s.11.

⁷⁵ Karayalçın Y.: Mesuliyet ve Sigorta Hukuku Bakımından Başlıca İşletme Kazaları, Ankara 1960, s.54.

⁷⁶ Şenocak, s.67.

menfaatinin bu şekilde kapsamlı bir tarifi yapılmayacak olursa, sigorta ettirenin malvarlığının borca batık olması yani negatif bir durum arzemesi halinde sorumluluk sigortası akdetmesi imkansız olacaktır⁷⁷. Sigorta değerinin mevcut olduğunu, sorumluluk sigortasında sigorta değeri ve ikame değerinin miktarının rakam olarak açık ve seçik tespit edilmeyecek olmasının başka bir şey, rakam olarak ifade edilemeyecek olmasının ise başka bir şey olduğunu değerinin sonsuz büyüklük olduğunu ileri süren görüşü mevcuttur⁷⁸.

Doktrinde sigorta değeri konusunda tartışmalarda, sigorta değerinin mevcut olmadığı görüşüne katılmaktayız. Zira, taraflar arasında akdedilen sigorta sözleşmesi hak ve yükümlülükleri belirlemekte, sigorta sözleşmesinin akdi sırasında özellikle malvarlığının pasif kısmının artışının ne kadar olduğunu öngörmenin sözleşmenin taraflarına zarar verebileceği rizikonun gerçekleşmesinden sonra meydana gelecek zarardan daha az bir tespitinin sigortalıya, daha fazla tespitinde üzerine riski alan sigortacıyı zarara uğratabilecektir.

Sorumluluk sigortasında, sigorta değeri, sigorta ettirenin kendisine cebri icra yoluyla müracaat edilen serbest malvarlığı göz önüne alınarak tespit edilebilir bu sayede sigorta ettirenin malvarlığın tehlikeye maruz kalınan bu kısmı güvence altına alınır⁷⁹. Sorumluluk sigortasında sigorta değerinin varlığından bahsedilse bile, onun miktar olarak tam ifadesi mümkün değildir.

Sorumluluk sigortalarında zararın birden fazla müstakil sigorta mukavelesinin yapılmasıyla meydana gelmiş gerçek miktarlarından fazla karşılanma ihtimalinin objektif olarak tespiti mümkündür. Tehlikeye maruz kalan malvarlığıyla ilişkisinin değeri üçüncü kişiler tarafından ileri sürülen tazminat taleplerinin tutarına bağlıdır. Üçüncü kişinin ileri sürdüğü tazminat talebi kesinleşmiş ve bu miktar da sigorta ile karşılanacak zarara tekabül ediyorsa, ortada sorumluluk sigortalarında çifte sigorta anlamında aşkın sigortayı ifade eden objektif bir büyüklük var demektir⁸⁰.

⁷⁷ Şenocak, s.67.

⁷⁸ Şenocak, s.483.

⁷⁹ Şenocak, s.67.

⁸⁰ Şenocak, s.69, s.71.

III-MESLEKÎ SORUMLULUK SİGORTASI

Sigorta sözleşmesi, bir taraftan sigorta konusu edimi yerine getirme yükümlülüğüne sahip sigortacı, diğer taraftan söz konusu sigorta için prim ödeme borcu bulunan sigortalı arasında imzalanan ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan sigorta sözleşmesinde, sigorta ettirenin ödediği belli prim karşılığında sigortacı sigorta süresi boyunca rizikoyu taşıma ve riziko gerçekleştiğinde de sigorta tazminatını ödeme borcu altına girmektedir⁸¹. TTK md.1264/I hükmü gereğince Ticaret Kanunu'nda sigorta sözleşmesinde hüküm bulunmaması halinde sigorta sözleşmelerine Borçlar Kanununun uygulanacağı ifade edilmiştir.

Meslekî sorumluluk sigortasında, sigorta ettirenin prim ödeme yükümlülüğü karşılığını teşkil eden sigortacının edimi, sigorta ettireni üçüncü kişinin haklı ve haksız tazminat taleplerinden kurtarmaktan ibarettir. Meslekî sorumluluk sigortasında avukat, doktor, mimar gibi meslekî bir faaliyet yerine getiren meslek erbabı meslekî faaliyetleri nedeniyle karşılaşılabilecekleri taleplere karşı güvence altına alınmaktadır.

1-Meslekî Sorumluluk Sigortası Sözleşmesinin Özellikleri

A-Türk Ticaret Kanunu ve Sigortacılık Kanunu Açısından Sigorta Sözleşmesi

Sigorta sözleşmesi TTK md.1263/1 ile bir kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatinin zarara uğraması halinde sigortacının bu kişiden alacağı belli bir prim karşılığında tazminat ödemek ya da başka bir şekilde zararı gidermeyi yüklediği sözleşme olarak tanımlanmaktadır.

Kanunda yer alan tarif sigorta sözleşmesine dayanarak sigortacının ifa edeceği bir borcun doğması için mutlaka belli bir olayın meydana gelmesi sonucu rizikonun gerçekleşmesinin beklenmesi Türk hukukunda eleştirilmiş ve bu şekilde bir mukavelenin sigortanın mahiyetine aykırı olacağı ifade edilmiştir⁸². Sigortacının mükellefiyetlerinin rizikonun gerçekleşmesinden sonra değil, sigorta mukavelesi akdinden itibaren doğacağı da aynı görüş tarafından ifade edilmektedir. Diğer bir görüş ise, sigortacının sigorta tazminatını ödeme borcu tehlikenin gerçekleşmesine yani şarta bağlıdır ki bu durum sigorta sözleşmesi

⁸¹ Kabukçuoğlu F.:Borçlar Hukuku Yönünden Sigorta Sözleşmeleri, Ankara 1993, s.10.

⁸² Kender, Mesuliyet Sigortası Hukuku, s.104.

karşılıklı edimleri havi bir sözleşme olmasına engel olmadığını ileri sürmektedir⁸³. Sigorta sözleşmesi sigorta şirketinin acentası aracılığıyla da akdedilebilir⁸⁴.

Sigorta sözleşmesi, Türk Ticaret Kanunu'nda herhangi bir şekle tabi tutulmamıştır⁸⁵. TTK' nın 1265 inci maddesi ile sigortacının sigorta sözleşmesi akdedildikten sonra, sigorta ettirene kendisi tarafından imzalanan bir senet(poliçe) vermekle yükümlü tutmuştur ki poliçe her iki tarafın haiz olduğu hak ve borçları gösteren bir belgedir⁸⁶. Poliçede yer alması gereken bilgiler TTK md.1266 ile düzenlenmiştir. Poliçede, sigortanın konusu, rizikonun başlayacağı ve biteceği an, sigorta bedeli, prim tutarları ve ödeme zamanları, sigortacının üstlendiği rizikonun mahiyetini tespiti yarayacak haller ve tanzim tarihi bulunmalıdır. TTK 1266/2 de ise poliçenin, zahmetsizce okunacak tarzda basılmış şekilde genel şartlara uygun olarak hazırlanarak Hazine Müsteşarlığı tarafından tasdik edilmiş olmasını aramaktadır.

Poliçenin, sigortacı sözleşme doğrudan doğruya sigorta ettiren kimse veya onun temsilcisi veya vekili ile yapılmışsa mukavele tarihinden itibaren yirmi dört saat içinde ve mukavele bir tellâl aracılığı ile yapılmış ise en geç on gün içinde sigorta ettiren kimseye verilmesi zorunludur. Aksi takdirde sigorta ettiren kimse sigortacı ile sigortaya aracılık yapan tellâlden tazminat isteyebilir. Bu noktada poliçenin teslim edilmemesi neticesinde hangi zararın tazmin edileceği konusunda açık bir düzenleme olmadığı görülmektedir. Sigorta ettirenin, taraflar arasında yapılmış olan bir sözleşmenin varlığını ispat etmesi zor bir hal alabilecektir.

Poliçe, taraflar arasındaki sigorta ilişkisinin ispatına sağlamak açısından önemlidir ancak taraflar arasındaki ilişki başka delillerle de ispatlanabilecektir. Yargıtay'ın konu hakkında iki kararını incelediğimizde; Bu kararların ilkinde, nakliye sigorta poliçesi ile sigortalı bulunan yirmidört adet buzdolabının davalıya ait vasıta ile taşınırken hasara uğradığını, davalının tamamen kusurlu olduğunu, zararın ilgisine ödendiğini ileri sürerek zararın davalıdan tahsilini talep etmiştir. Yerel mahkeme, poliçe kapsamında rizikonun gerçekleştiği günden bir gün sonra sigorta poliçesinin düzenlendiği ve zarar doğduktan sonra sigorta sözleşmesinin yapılamayacağı kabul edildiğinden davanın reddine karar verilmiştir. Yargıtay ise, sigorta sözleşmesi yapılması, hiçbir şekil şartına bağlanmadığını, sigorta poliçesi

⁸³ Bozer, Sigorta Hukuku, s.22

⁸⁴ Kender, Mesuliyet Sigortası Hukuku, s.111.

⁸⁵ Şenocak, s.74.

⁸⁶ Şenocak, s.74.

veya geçici sigorta ilmuhaberi, geçerlik şartı olmayıp, sadece bir ispat belgesi olduğunu belirterek sigorta ile ilgili uyuşmazlığın çözümünde sigorta poliçesinin düzenlenme tarihi değil, sigorta sözleşmesinin vücut bulduğu tarihin esas alınmasının önem arzettiğini, Yerel Mahkemenin bu hususlar hakkında inceleme yapması gerektiğini ifade etmiştir.⁸⁷

Yüksek Mahkemenin diğer bir kararında ise, davacı vekili, davalının maliki olduğu aracın müvekkili şirkete trafik poliçesi ile sigortalı olduğunu, davalıya ait aracın neden olduğu trafik kazası sonucu karşı araçta meydana gelen hasar için aracın sigorta şirketine poliçe teminatı tutarının ödendiğini, ödeme yapıldıktan sonra davalıya ait aracın kaza tarihini kapsayan trafik sigorta poliçesinin bulunmadığının anlaşıldığını, müvekkilinin sigortanın başlangıç tarihinden önce meydana gelen bir kaza nedeniyle ödeme yaptığını ileri sürerek ödenen rakamın davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı, kaza saatinde aracının sigortalı olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkeme davanın kabulüne karar vermiştir. Sigorta poliçesi, sigorta sözleşmesinin esaslı unsuru olmayıp taraflar arasındaki ilişkiyi ispatlamayı sağladığı Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarıyla benimsendiği gibi, TTK md. 1263'de, sigorta sözleşmesi hiçbir şekilde tabi tutulmadığı ifade edilmiştir. Ayrıca sigortacının sorumluluğu da aksine bir anlaşma yoksa primin tamamının veya ilk taksitinin ödenmesiyle başlamakta olup, bun göre davacının ibraz ettiği poliçenin sonradan tanzim edilmesi ve tanzim saatinin 19:02 olmasının sigortacının sorumluluğuna etkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, sigorta akdi 11.12.1999 tarihinde kurularak, prim de aynı tarihte ödenmiş olduğundan poliçenin bu tarihten itibaren yürürlüğe girdiği anlaşılmıştır. Poliçede başlama saati yazılı olmadığına göre, Trafik Sigortası Genel Şartları'nın 5 nci maddesi uyarınca öğleyin saat 12:00'de başlayacağını ve dolayısı ile kaza da 11.12.1999 tarihinde saat 16:30'da meydana geldiğinden kazanın sigorta teminatı kapsamında olduğunu tespitiyle kararın bu nedenle bozulmasına karar vermiştir⁸⁸.

Sigortacılık Kanunu'nda⁸⁹(Sig.K) yer alan düzenlemeyi incelediğimizde, "Sigorta Sözleşmeleri" başlıklı md.11/1 ile sigorta sözleşmelerinin ana muhtevasının, Müsteşarlık tarafından onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenleneceği ifade edilmiş işin özelliğine uygun olarak özel şartlar eklenebileceği hüküm altına alınmıştır. Mezkur madde ile sigorta sözleşmelerinin tanımı konusunda yeterli açıklığın olmadığı anlaşılmaktadır. Zira TTK md.1263/1 de yer alan tanım

⁸⁷ Yargıtay 11.Hukuk Dairesi, E. 1980/5894-K. 1981/3, 13.1.1981 tarihli kararı (Kazancı Veritabanı).

⁸⁸ Yargıtay 11.Hukuk Dairesi, E.2003/3749-K.2003/10792, 11.12.2003 tarihli kararı (Kazancı Veritabanı).

⁸⁹ Kanunun kabul tarihi 3.6.2007 -Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi :14.6.2007 - Sayı :2655

içinde para ile ölçülebilir bir menfaatin sigorta ettirilmesinden bahsedildiğinden pasif sigortasında bu tanımlama açısından bir menfaatin bulunmamasının eksikliğinin Sigortacılık Kanunu ile giderilmesi faydalı olabilirdi.

Sig.K. md.11/3 ile sözleşmenin kurulması ve devamı sırasında sigortacının sigortalı, sigorta ettiren ve lehdarı bilgilendirmesine ilişkin bir yönetmelik⁹⁰ düzenleneceği, 3. bendinde risklerin sözleşme kapsamında açıkça belirtilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları(MSSGŞ) açısından sözleşmenin kuruluşu, poliçe ve sözleşme ile ilgili hususları içeren bir hükmün olmadığı görülmektedir. MSSGŞ md.C.1 sigortacının sorumluluğunun, primin tamamı ya da taraflar arasında taksitle ödeme kararlaştırılmışsa ilk taksitin poliçenin tesliminde ödenmesi ile başlayacağı düzenlenmiştir. İşbu maddede yer alan bir düzenleme dikkat çekmektedir. Primin tamamı veya ilk taksidinin ödenmemesi halinde poliçe teslim edilmiş dahi olsa sigortacının sorumluluğunun başlamayacağı ve bu uygulamanın poliçeye yazılacağı, tarafların aksini kararlaştırma hakkının bulunduğu düzenlenmiştir.Primin ödenmemesi durumunda TTK md.1267 gereğince temerrüde ilişkin hükümlerin uygulanacağı, usulü hakkında BK sistemi uygulanarak, tarafların hakları ve borçları konusunda netice elde edilecektir.

B-Borçlar Kanunu Açısından Sigorta Sözleşmesi

Sigorta ilişkisinin kuruluşu ile ilgili olarak Türk Ticaret Kanunu'nun md.1264/I gereğince, Ticaret Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacaktır.

Borçlar Kanunu md.1/1'e göre bir akdin kurulması ve hukuki sonuçlarını doğurabilmesi için sözleşmenin taraflarının birbirine uygun ve karşılıklı irade açıklamalarının mevcut olması gerekmektedir⁹¹.

Sözleşmenin yapılması teklifini kapsayan ve bu amaçla zaman itibariyle daha önce yapılan, karşı tarafa varması gerekli, tek taraflı bağlayıcı ve kesin bir nitelik taşıyan, muhatabın kabulü ile sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran irade açıklamasına icap adı

⁹⁰ Sigortacılık Kanununda sözü edilen Yönetmelik, "Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik" adıyla 28.11.2007 tarih ve 26684 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Yürürlük tarihi 1.3.2008 olarak kabul edilmiştir.

⁹¹ Eren F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006, s.203.

verilir⁹². İcabin etkili olması için muhataba ulaşması gerekir ancak kanunumuz muhatabın belli bir kişi olmasına lüzum görmemiştir⁹³. İcabin, icaba davetten ayırdedilmesi gerekir ki icaba davette icapta bulunma iradesi değil, başkasının kendisine icapta bulunmasını sağlama amacı mevcuttur⁹⁴.

İcap sözleşmenin esaslı noktalarını içermelidir⁹⁵. Sigorta ettiren ve sigortacının irade beyanlarının öncelikle sigorta sözleşmesinin esaslı noktaları üzerinde uyuşması gerekir⁹⁶. Bu noktalar, sigortalının kim olduğu, sigorta menfaati ve bedeli, rizikonun kapsamı, prim borcunun ne kadar olduğu, akdin ne kadar bir süre için yapıldığıdır.

İcapçı, icapla ilgili olarak bir süre tayin etmişse sürenin sonuna kadar icabıyla bağlı olacaktır⁹⁷. İcapta bulunan bağlılık süresi belirtmemişse ve hazırlar arasında gerçekleşen bir icap var ise derhal kabul edilmediği takdirde icapta bulunan kimsenin bağlılığı sona erer⁹⁸. Borçlar Kanunu 4/2 maddesinde telefonla yapılan görüşmelerinde yüzyüze yapılmış kabul edileceği düzenlenmiştir. Türk hukukunda bir görüş, internet ile yapılan görüşmelerin, elektronik posta ile karşılıklı yazışmaların icap olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁹⁹. İcap süresiz olarak hazır olmayanlar arasında yapılırsa(mektup, telgraf vs.), icapta bulunan normal bir süre beklemek zorundadır¹⁰⁰. Normal süre, icabin muhataba ulaşması, muhatabın işin önemine binaen düşünmesi ve kabul cevabının icapçıya ulaşmasına kadar geçecek zamanın toplamından ibarettir¹⁰¹. Kullanımı yaygınlaşan elektronik imza, Elektronik İmza Kanunu¹⁰² md.5 hükmünce elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurmakta ve normal bir imza ile uygulama, amaç ve işlerlik açısından hiçbir farkı bulunmamaktadır. Fark sadece, biri kağıda atılırken, diğeri elektronik ortamda kript edilmiş dijital bir şifre ile gerçekleşmesidir. İcap ya da icaba davet süreci sonucunda tarafların tüm hususlarda anlaşması neticesinde taraflar arasında tüm bu hususları ihtiva eden sözleşmeye sigortalının elektronik imza ile onaylaması sözleşmenin geçerliliğini sağlayacaktır.

⁹² Eren, s.219.

⁹³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s.84.

⁹⁴ Kılıçoğlu A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, s.42.

⁹⁵ Eren, s.220.

⁹⁶ Kabukçuoğlu, s.29.

⁹⁷ Kılıçoğlu, s.45.

⁹⁸ Eren, s.226.

⁹⁹ Kılıçoğlu, s.46.

¹⁰⁰ Eren, s.227.

¹⁰¹ Tekinay, s.89.

¹⁰² 5070 sayılı 23.1.2004 tarih ve 25355 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Yayımlından altı ay sonra yürürlüğe girmiştir.

Meslekî sorumluluk sigortasında genellikle meslekî sorumluluk tehlikesi altında bulunan kişiler icapta bulunur¹⁰³. Sigortacı tarafından, sigorta akdi yapmaya teşvik amacıyla kişilere prospekt, talep formu gönderilmesi icap olarak nitelendirilmez. Sigortacının bu hareketi, hukuki açıdan potansiyel müşterilere karşı yapılan icaba davet olarak kabul edilir¹⁰⁴. Zira icaba davette beyan sahibi, sözleşme kurma iradesini kesin olarak bildirmemekte, beyanın içeriğini tam olarak belirlememekte sadece böyle bir sözleşme kurmaya ilke olarak hazır olduğunu açıklamaktadır¹⁰⁵. Örneğin, internette hukukçulara yönelik web sayfası hazırlayan birçok sitede avukatlar için meslekî sorumluluk sigortası yapılabileceği, meslekî sorumluluk sigortasının amacının ne olduğu ilan edilmektedir. İlanlarda, sözleşme metni yer almamakta, hangi şartlarda sözleşme yapılacağı konusunda bildirim bulunmamaktadır.

Sigorta mukavelesi, kabul beyanının muhatabın hakimiyet alanına ulaşmasıyla kurulur. Sigorta sözleşmesinin kurulma anı, sigortanın şekli başlangıç tarihini ifade eder. Sigorta himayesinin başlangıç anı, sigortacının sigorta riziko taşıma yükümlüğünün başladığı tarihtir¹⁰⁶.

2- Sözleşme Serbestisine İlişkin Sınırlamalar

Sigorta sözleşmelerinde, sigorta ilişkisinin özelliği gereği sözleşme serbestisi ilkesinin uygulama alanı oldukça daraltılmıştır¹⁰⁷. Türk Ticaret Kanunu'nun 1266. maddesiyle sigorta sözleşmelerinin içeriği önceden hazırlanmış ve tasdik edilmiş genel şartların oluşturduğu hüküm altına alınmıştır. Sigortacılık Kanunu'nun 11.maddesine göre, sigorta genel şartları Bakanlık onayından geçerek hüküm ifade edecektir. Sigorta sözleşmesi yapma mecburiyetine ilişkin düzenlemelerde sözleşme yapma özgürlüğüne sınırlama getirmektedir. Sigortacılık Kanunu'nun 13. maddesinde kamu yararının gerektirdiği hallerde Bakanlar Kurulu tarafından zorunlu sigortalar hakkında düzenleme yapılabilecektir. Sigorta şirketleri, kanunlar tarafından düzenlenen zorunlu sigortalarla ilgili sözleşme yapma yükümlülüklerinden kaçınamazlar.

Zorunlu sözleşmeler arasında, kıyı tesisleri deniz kirliliği zorunlu mali sorumluluk sigortası, karayolları motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk sigortası(trafik sigortası), karayolu yolcu taşımacılığı zorunlu koltuk ferdi kaza sigortası, zorunlu deprem sigortası,

¹⁰³ Şenocak, s.74.

¹⁰⁴ Şenocak, s.74.

¹⁰⁵ Eren, s.222.

¹⁰⁶ Şenocak, s.77.

¹⁰⁷ Çeker M.:Sigorta Hukuku, Adana 2004, s.39

zorunlu karayolu taşımacılık mali sorumluluk sigortası, zorunlu sertifika mali sorumluluk sigortası sayılabilir. Zorunlu sigortalar, sigortanın toplumsal yararları, kişilerde güven duygusu sağlama, ekonomik olarak koruma gibi sebeplerle ortaya çıkmıştır.

TTK'nın md.1264'e göre Ticaret Kanunu'nda hüküm bulunmayan konularda Borçlar Kanunu'na başvurulacağı düzenlenmesi sözleşme içeriğinin Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20 maddeleri gereğince hukuka aykırı olmaması gerekmektedir. Bir sözleşme, içerdiği hak ve borçlar itibarıyla hukuk düzeninin emredici normlarıyla çatıştığı takdirde hukuka aykırılık sözkonusu olacaktır¹⁰⁸.

Türk Ticaret Kanunu'nun md.1277 ile sigortadan faydalanan veya sigorta ettiren kimsenin kanunla yasak edilmiş ve ahlâka (adaba) aykırı olan fiilinden doğabilecek bir zarara karşı sigorta yapılamayacağı düzenlenmiştir. Hukuk düzeninin bizzat sözleşme yapılmasını yasaklaması, sözleşme içeriğinin ahlaka aykırı olması, sözleşme içeriğinin imkansız olması gibi haller sözkonusu olabilir.

3-Meslekî Sorumluluk Sigortasında Riziko Düzenlemesi

Sigortacılığın temel konusu ekonomik yönden sorumluluğa neden olan tehlikeler ve bu tehlikelere karşı güven sağlanmasıdır¹⁰⁹. Tazminat talebine maruz kalmanın ekonomik sonuçlarına karşı korunmak isteyen kimse mesuliyet sigortası yapmaktadır¹¹⁰.

Sorumluluk sigortalarında rizikodan bahsedebilmek için her şeyden önce sigorta ettirenin malvarlığında bir kötüleşmenin meydana gelmesi veya en azından böyle bir kötüleşme olasılığının ortaya çıkmış bulunması zorunludur¹¹¹. Riziko veya tehlike taşıma, sigorta ettirenin iradesine bağlı olmayan ve sigortacının sigorta sözleşmesinden doğan ana edimini teşkil eden olaydır.¹¹².

¹⁰⁸ Eren, s.286.

¹⁰⁹ Karayalçın Y.:Risk-Sigorta- Risk Yönetimi, Ankara 1984, s.2(Risk).

¹¹⁰ Karayalçın, s.50.

¹¹¹ Ünan, s.29.

¹¹² Kender, Hususi Sigorta Hukuku, s.202.

Sorumluluk sigortasının bütün sorumluluk olasılıklarına karşı veya süresiz olarak korunma sağlaması mümkün olmadığından riziko üstlenme yükümlülüğü sınırlandırılabilir¹¹³. Meslekî sorumluluk sigortasında sigorta edilen tehlike, üçüncü kişilere verilen zararın giderilmesinden sorumlu tutulma olasılığıdır¹¹⁴.

Sigorta korunması sigorta ettireni belirli sıfat, hukuki ilişki veya faaliyetlerden kaynaklanan zararlarla ilgili tazminat taleplerine karşı korunmayı yer ve zaman itibariyle sınırlayabilir¹¹⁵. İkinci riziko sınırlaması ise genel şartlarda yer alan hükümlerden kaynaklanabilir.

Sigorta korunmasının hangi süre boyunca hüküm ifade edeceği tarafların anlaşmasına bağlı olarak, sigorta ettirenin gereksinimleri göz önünde tutularak kararlaştırılabilir¹¹⁶. Rizikonun, sorumluluğa yol açan davranış veya zarar olgusu esasına dayanan sigortalarda belli bir coğrafi alanda meydana gelmiş olması şart koşulabilir¹¹⁷.

A-Rizikonun Gerçekleştiği Anın Tespitine İlişkin Teoriler

Sigortacının sigorta sözleşmesi gereğince sigorta ettirenin tazminat talebinde bulunması halinde bu talebin gerçekleştirilmesi yani yükümlülüğünün doğduğu anı tespit edebilmek için rizikonun gerçekleştiği anın belirlenmesi önemlidir. Rizikonun gerçekleştiği anın, tazminat ödenmesine kadar geçen zaman aralığı içerisindeki yerinin belirlenmesi, sigorta himayesinin zaman yönünden sınırının tespiti ve sigortacının garanti yükümünün kapsamının belli olması açısından önem arz eder¹¹⁸.

Sigortalanan rizikonun gerçekleştiği anı sorumluluk sigortalarında tanımlamaya çalışmak diğer zarar sigortası türlerine oranla daha zordur. Zarar sigortalarının olağan türlerinde, sigortalanan rizikonun gerçekleşmesi, genellikle hasara uğrama veya zıya zamanıdır. Oysa sorumluluk sigortasında eşyanın hasara uğraması veya zıya, sigortalının sigorta himayesinin sağlanmasına yönelik talebinin oluşması için gerekli olan şartlardan

¹¹³ Ünan, s.65.

¹¹⁴ Deschenaux H./Tercier P.(Çeviren:Özdemir S.):Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983, s.256.

¹¹⁵ Ünan, s.65.

¹¹⁶ Ünan, s.99.

¹¹⁷ Ünan, s.102.

¹¹⁸ Şenocak, s.78.

yalnızca biridir. Sigortalanan rizikonun gerçekleştiği anın tespiti doğrultusunda çeşitli görüşler vardır.¹¹⁹

a-Sebeup Olayı Teorisi

Sigortacının edim yükümlülüğünü doğuran sigortalı riziko, sigorta ettirenin sorumluluğunu doğuran bir harekette bulunduğu anda gerçekleşir. Bu teoriye göre, sigortacının edim yükümlülüğünün doğabilmesi için, sigorta ettirenin sorumluluğunu doğuran hareketinin, örneğin özen yükümlülüğünün ihlalinin sigorta ilişkisinin mer'î olduğu süre zarfında meydana gelmiş olması gerekir¹²⁰.

Nasıl ki bir sanayici işletmesini yok edecek yangın tehlikesinden korkarak sigorta akdi yaptırıyorsa, eczacı da kendi malvarlığından tazminat ödemek suretiyle zarara uğraması sonucu meydana gelebilecek hatalı ve dikkatsiz davranış, yani müşteriye zarar verebilecek ve dolayısıyla kendi sorumluluğunu doğurabilecek bir hizmet sunma tehlikesinden korkarak sigorta sözleşmesi akdetmektedir¹²¹. Bu teori sayesinde, sigorta ilişkisinin bitiminden sonra meydana gelecek hadiseleri de, sorumluluğun sebebi olan davranışın, örneğin özen yükümlülüğünün ihlalinin sigorta ilişkisinin yürürlükte olduğu süreye tesadüf etmesi şartıyla sigorta garantisinden yararlanabilecektir¹²².

Teori aleyhine ilk ileri sürülen görüş, sigorta sözleşmesinin başlangıcından önce meydana gelen olayların sigorta kapsamında olmayacağıdır. Diğer bir eleştiride, sonradan ortaya çıkan zararların karşılanması halinde, sigortacının para değerindeki düşme rizikosunu taşıyacağı hususudur¹²³. Alman hukukunda, avukatlık meslekî sorumluluk sigortasında bu teori kabul edilir ve sigortalanan riziko, avukatın sorumluluğunu tesis eden ilk kusurlu davranışını işlediği anda gerçekleşir¹²⁴.

¹¹⁹ Şenocak, s.78.

¹²⁰ Şenocak, s.79.

¹²¹ Şenocak, s.80.

¹²² Şenocak, s.81.

¹²³ Şenocak, s.85.

¹²⁴ Leininger, age, s.12; Şenocak, s.139,dpn.237'den naklen.

b-Zarar Olayı Teorisi

Sigorta ettirenin sorumluluğu, üçüncü kişinin sigorta ettirenden tazminat talebinde bulunmasıyla değil, zarar olayının ortaya çıkması ile doğacaktır¹²⁵. Üçüncü kişiler tarafından tazminat talebinin ileri sürülmesi, malvarlığı zararının doğrudan doğruya sebebi değildir¹²⁶. Önemli olan, sebep olayının sonucu olan zarar olayının sigorta ilişkisinin geçerli olduğu süreye tesadüf etmesidir¹²⁷. Zarar olayının, sebep olayı teorisine oranla tespiti daha kolaydır¹²⁸.

Teori aleyhine ileri sürülen görüşler ise, sigortalana karşı zarar nedeniyle bir başvuru yapılması gerekmekte ancak mağdurun eksik hukuki bilgisi, ihmalkarlığa varan hoşgörüsü, zarar vereni tespit edememesi gibi sebeplerle tazminat talebini faile karşı yöneltmeye bilecektir¹²⁹. İleti sigorta süresi içinde gerçekleşmiş olmakla birlikte, mesleğini bir daha icra etmemek üzere terk etmesi, emekliye ayrılması ya da ticari işletmesini kapatması sebebiyle sigorta ilişkisinin nihayet bulmasından sonra hasıl olan zarar olayları için artık sigorta himayesi elde edilemeyecektir¹³⁰.

c-Zararın Tespiti Teorisi

Sigortanın geçerli olduğu süre zarfında zararın ilk olarak tespit edildiği an, sigortacının edim yükümlüğünün doğduğu kabul edilir¹³¹. Sigortacının sorumlu olduğu zarar somut, gerçekleşmiş, ortaya çıkmış ve talep edilen bir zarar olmalıdır. Teori lehine ileri sürülen görüşlerde, rizikonun gerçekleşme anının tespiti, sigortacının karşı karşıya kalabileceği sonradan ortaya çıkan zarar riski azalır ve güncel sigorta akdi ile zarar tesviye edilir¹³². Teori aleyhine ileri sürülen görüş ise, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce meydana gelen riskin ortaya çıkardığı zararın sözleşme kapsamında tazmin edilmesi zorunluluğudur.

¹²⁵ Şenocak, s.88.

¹²⁶ Şenocak, s.89.

¹²⁷ Şenocak, s.89.

¹²⁸ Şenocak, s.93.

¹²⁹ Şenocak, s.95.

¹³⁰ Şenocak, s.96.

¹³¹ Şenocak, s.98.

¹³² Şenocak, s.100.

d-Tazminat Talebinin İleri Sürülmesi Teorisi

Sigorta ettirene karşı ileri sürülen talep (claims made-talep esasına dayalı), zarar gören alacaklının tazminat elde etmek için bütün hukuki olanakları kullanma niyetinde olduğunu göstermektedir¹³³. Bu teoriye göre, zarar gören üçüncü şahsın uğradığı zarar nedeniyle tazmin için sigorta ettiren kişiye başvurusu ile riziko gerçekleşmiş olur. Sigorta süresi içinde sigorta ettirene karşı ileri sürülen tazminat talepler temin edilmekte, sigorta sözleşmesinin bitiminden sonra diğer teorilerde olduğu gibi sigortanın etkisi devam etmeyecektir.

Günümüzde, talep esasına dayalı sorumluluk sigortası poliçeleri özellikle anglo-amerikan hukukunda uygulanmaktadır¹³⁴. Teori aleyhine ileri sürülen görüşlere bakıldığında, teorinin sorumluluğu doğuran davranışın veya zarar olayının gerçekleştiğinin farkında olan sigorta ettirenin, mağdur tarafından tazminat talebi ileri sürülmeden önce sigortacıya bildirmeden sözleşme akdetmesidir¹³⁵. Diğer bir eleştiride sigortalanan rizikonun gerçekleşmesinin, tamamen üçüncü kişinin keyfiyetine ve takdirine bırakılmasıdır.

Talebe uygulanacak zamanaşımı ya da hak düşürücü süre dolmuş olmadıkça, sigortalının ödeme yükümlülüğü engellenemeyecek ya da ortadan kalmayacak, sonuçta sigortacı zararı karşılamak zorunda kalacaktır¹³⁶.

e-Zararın mahkeme önünde veya dışında yapılan işlemlerle kesin olarak tespiti

Sorumluluk sigortasında temin edilen zarar, kaza hadisesinin doğumuyla veya mağdurun tazminat talebini dermeyan etmesiyle gerçekleşmez, sigorta ettirenin himaye talebi ancak mağdurun bir tazminat talep etme hakkının varlığı ve miktarının kesinleştiği an doğar¹³⁷.

¹³³ Ünan, s.31.

¹³⁴ Şenocak, s.103.

¹³⁵ Şenocak, s.106.

¹³⁶ Ünan, s.31.

¹³⁷ Şenocak, s.110.

B- Türk Hukuku'nda Rizikonun Gerçekleşme Anı

TTK md.1265'e göre sigorta ettiren ve sigortacı arasında akdedilen sigorta sözleşmesinde yer alan hak ve yükümlülükleri gösteren ve taraflarca akdedilen bir sigorta poliçesi veya onun yerine geçmek üzere bir muvakkat sigorta il muhaberini sigortacı sigorta ettirene vermek zorundadır. Türk Hukuku'nda rizikonun gerçekleşme anı hakkında çeşitli görüşler mevcuttur.

KENDER, sorumluluk sigortalarında riziko üçüncü kişinin sigorta ettirenden tazminat talep edilmesiyle gerçekleşeceğini savunmaktadır¹³⁸. Mesuliyet sigortasının bir zarar sigortası olması, zarar gören şahsın tazminat talep etmesiyle birlikte bir kimsenin malvarlığında iradesi ve rızası dışında azalma yaşaması anlamına geleceğini ifade etmektedir. KENDER tarafından ileri sürülen görüş, "tazminat talebinin ileri sürülmesi" teorisine katıldığı anlamına gelmektedir.

BOZER, rizikonun gerçekleştiği zamanın bütün sorumluluk sigortaları için aynı şekilde hükme bağlanması gerektiğini ifade etmektedir¹³⁹. Rizikonun gerçekleştiği zamanın açıkça belirtilmediğini ancak bu konuda riziko gerçekleştikten sonraki ihbar yükümlülüğünün başlangıcını tayin eden TTK md.1292'den yararlanılabileceğini belirtmiştir. Riziko gerçekleştikten sonra ihbar yükümlülüğü ve zamanaşımının başlangıç tarihinin bütün sorumluluk sigortalarına şamil olmak üzere genel hükümlere bağlanması gerektiğini söylemektedir.

VURAL, TTK ile rizikonun gerçekleştiği zamanın açıkça hükme bağlanmadığını, riziko konusunda meselenin yeni yapılacak düzenleme ile ele alınması gerektiğini ifade etmektedir¹⁴⁰.

Sigorta sözleşmesi, sigortacıyı sigorta ettirenin savunmasına yardım etmeye mecbur tutuyorsa süre, sigorta ettirenin tebligatı alarak davayı öğrenmesi üzerine başlayacaktır. Eğer sigorta ettirenin üçüncü kişiye ödeyeceği tazminatın sigortacı tarafından karşılanacağı öngörülmekte ise süre mahkeme kararının kesinleştiğini öğrendiği tarihten ya da dava olmaksızın veya dava sonucunu beklemeksizin sigorta ettirenin tazminat ödemesi halinde

¹³⁸ Kender, Mesuliyet Sigortası Semineri, s.50.

¹³⁹ Bozer, Sigorta Hukuku, s. 264.

¹⁴⁰ Vural, s.79.

ödemenin yapıldığı tarihten başlayacaktır. Rizikonun taraflarca sözleşmede kararlaştırılan hususlara bağlı olarak değişik zamanlarda gerçekleşebileceği benimsenmiştir¹⁴¹.

Söz konusu TTK hükmüne riziko teorileri açısından baktığımızda, “talep teorisinin” sigorta ettirenin sigortacıya yardım etme borcu altında olduğu sorumluluk sigortaları açısından sözkonusudur. Sigorta ettirenin henüz kendisine ulaşan bir dava olmadığı halde zarar gören kişinin başkaca hukuki yollarla müracaatı üzerine tazminat ödemesi mümkündür. Rizikonun böyle bir durumda ödemenin yapılmasıyla gerçekleştiği ve “zarar olayı teorisinin” bu duruma uyduğu açıktır. Zarar olayı teorisine dayanan bir sigortada, bir zararın koruma kapsamında sayılması için sigorta süresi dahilinde meydana gelmiş olması yeterlidir¹⁴².

Sigorta ettirenin, rizikonun gerçekleştiğini TTK md 1292/I hükmünün düzenlemesine göre öğrenme anından başlayarak beş gün içinde sigortacıya bildirim yükümlülüğü vardır.

Rizikonun doğduğu anın tespiti hakkındaki MSSGŞ hükümlerini incelediğimizde, meslekî faaliyet yerine getirilirken, sözleşme süresi içinde meydana gelen olay sonucu doğan ve sorumluluk hükümleri uyarınca zararın tazmini sözleşme süresi içinde ya da sonrasında talep edilen zararlar hukuki himaye altında olacaktır(A.1/a). Bu şekilde tazminat taleplerinin sözleşme dönemi içinde veya sözleşmenin bitiminden itibaren iki yıl içerisinde üçüncü kişilerin zarar uğraması halinde, talep edilen zarar riziko kapsamında yer alacaktır(B.1/I). Zira, riziko doğuracak bir olayın etkileri ve sonucu olayın gerçekleştiği andan çok daha sonra ortaya çıkabilecek ve sigorta ettirenin malvarlığı üzerinde tehdit oluşturabilecektir.

Sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen bir olay nedeniyle sözleşme süresi içinde sigortalıya yöneltilen talepler için MSSGŞ md. A.1/b ile genel şartlarda düzenleme yapılmıştır. Bir yıldan az olmamak kaydıyla sözleşme yapılmasından önce meydana gelen olay nedeniyle tazminat ödeme için aranan riziko MSSGŞ mdB.1/2 ‘ye göre kabul edilecek ve tazminat talebi sigortacı tarafından karşılanacaktır.

Riziko, sigortalı tarafından sigortacının bilgisi ve yazılı muvaffakatıyla ödeme yapılması, sigortacının tebligat ile davayı veya hukuki takibin varlığını öğrenmesi veya sigortalının sebep olduğu zararda sorumluluğunun mahkeme tarafından karar altına alınması hallerinin birinin mevcudiyetinde gerçekleşmiş kabul edilecektir(B.1).Rizikonun gerçekleştiği

¹⁴¹ Ünan, s.55.

¹⁴² Ünan, s.59

hallerin oldukça açık ve sınırlı bir biçimde düzenlendiği MSSGŞ'na bakıldığında amacın hem sigortacının hem sigorta ettirenin hak ve yükümlülüklerinin istismar edilmeden ve tereddüte yol açmadan uygulama kolaylığı sağlanması amaçlandığı açıktır. Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarında TTK sisteminden farklı olarak sadece davadan sonuç alınması beklenmeksizin hukuki herhangi bir yolla sigorta ettirene zararın varlığı bilgisinin ulaşması rizikonun gerçekleştiğinin öğrenilmesini sağlayacaktır.

Sözleşmenin sona ermesinden sonraki iki yıl içerisinde sigorta ettirene ulaşacak tazminat başvurularında sigortacının sorumluluğunun devam etmesi talep teorisi esasına dayanıldığını göstermektedir.

Doktrinde bir görüş¹⁴³, geçmişe dönük bir yıl süre ile sigorta himayesi sağlanmasının ve bu sürenin bir yıldan kısa olarak düzenlenmesinin mümkün olmamasının, sigortacıların riziko hesabı yapmakta sıkıntılarla karşı karşıya bırakabileceği, bu kadar uzun bir süre için sigortacının reasürör bulmakta zorlanacağı ve muhtemelen bir çok sigortacının “tazminat talebinin ileri sürüldüğü anı esas alan poliçe” uygulamasını tercih edeceği ifade edilmektedir.

C-Mukayeseli Hukukta Rizikonun Gerçekleşme Anı

aa-Alman Hukuku

Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun da sorumluluk sigortasına ilişkin özel hükümlerde rizikonun tanımı mevcut değildir¹⁴⁴. Alman genel şartlarından ihtiyaçlara göre riziko kavramı benimsenmiştir¹⁴⁵. Sigortacı sigorta süresi içinde gerçekleşmiş sorumluluğu doğuran davranışlardan(sebep olayı) veya zarar olaylarından kaynaklan ve aynı süre zarfından sigorta ettirene karşı ileri sürülen taleplere karşı himaye sağlamaktadır¹⁴⁶.

Sigorta ilişkisinin de ettiği dönem içerisinde tazminat talebinin sözleşme sona ermeden önce sigorta ettirene karşı ileri sürülmesi gerekmektedir. Geçmişe etkili sigortayı düzenleyen

¹⁴³ Can, s.19.

¹⁴⁴ Ünan, s.38.

¹⁴⁵ Ünan, s.38.

¹⁴⁶ Şenocak, s.105.

Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanununda, sigorta ettiren rizikonun gerçekleştiğini bilerek geçmişe etkili sigorta yaptırmışsa sigortacı borcundan kurtulacaktır¹⁴⁷.

bb-İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda riziko kavramının taraflarca sözleşme özgürlüğü ilkesine uygun olarak serbestçe kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir¹⁴⁸. İsviçre hukukunda sorumluluk sigortalarında riziko kavramı tartışmalara yol açmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi, “sorumluluğa yol açan davranış” ilkesini benimsemiştir.

cc-Amerikan Hukuku

Amerikan Hukuku’nda “talep esasına” ve “zarar esasına” dayalı poliçeler uygulanmakta, hadise esasına dayalı poliçelerde sigortacının edim yükümlülüğünün doğması için zararın meydana gelmesi neden olan sebeplerin sigorta akdi yürürlükteyken meydana gelmesi aranmaktadır¹⁴⁹. Talep esasına dayalı poliçelerde, sigortalıya karşı sigorta süresi içinde bir talebin ileri sürülmesi yeterli olup , tazimata sebep olan eylemin ne zaman vuku bulduğu önemli değildir¹⁵⁰. Sigorta himaye süresi içerisinde sorumluluğa neden olacak davranışlarda bulunulmuşsa, bu davranışlara, istinaden sigorta ilişkisinin bitiminden sonra ileri sürülen talepler “uzatılmış bildirim süresi klozu”nu havi poliçelerde ek prim yatırılmışsa güvenceden yararlanır¹⁵¹.

¹⁴⁷ Ünan, s.39.

¹⁴⁸ Ünan, s.41.

¹⁴⁹ Şenocak, s.103.

¹⁵⁰ Şenocak, s.104.

¹⁵¹ Şenocak, s.105.

İKİNCİ BÖLÜM

AVUKATIN MESLEKİ SORUMLULUĞU

I-AVUKATLIK MESLEĞİ

Avukatlık, gerçek ve tüzel kişilere hukuki ihtilaflarda, dava açılması, danışmanlık hizmeti sağlanması, hukuki yardım gerektiren konularda hukuki bilgisi ve tecrübesiyle hizmet sağlayan yargılamanın önemli fonksiyonlarından olan bir meslektir. Ortaya çıkan bir ihtilafta konunun ilgililerine yaptığı bir sözleşme veya danışmanlıkla yardımcı olabileceği gibi, bu taraflardan birisine dava açmak suretiyle tüm yargılama safhalarında hukuki bir hizmet verebilir. Anayasa md.35/1 ile herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğu hükmü düzenlenmiştir. Ayrıca günümüzde çok önemli bir kavram olan adil yargılanma hakkı, ancak bağımsız ve özgür savunma imkanları ile ortaya konulabilecektir.

Nitekim, Avukatlık Kanunu(AvK)¹⁵² md.2 ile mesleğin amacının hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar gerçekleştirmek olduğu düzenlenmiştir.

Yargıtay bir kararında¹⁵³, AvK 1, 2, 34 ve 35. maddelerinin birlikte incelenmesiyle avukatlığın, kamu hizmeti niteliğinde bir serbest meslek olduğu ve bu mesleğin amacının, avukatların hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine bağlama, tarafların hukuki ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların, hakka uygun olarak çözümlenmesinde ve genel olarak mahkemelerle diğer resmi mercilerde yasaların tam olarak uygulanması konusunda yardımda bulunmaktır. Çünkü, avukat, sözleşme ile üzerine aldığı işin yapılmasında müvekkilinin emri altında olmadığı gibi müvekkilinin çıkarları ve yararları peşinde olmak da avukatın yükümlülüğü değildir. Kısaca hukukun üstün tutulmasında yargı organlarına, hakemlere, resmi ve özel kurumlara yardımcı olmak ve dolayısıyla müvekkilini bu doğrultuda yararlandırmak olduğu ifade edilmiştir. Avukatın temsil yetkisinin kaynağı, kural olarak

¹⁵² 1136 sayılı 19.3.1969 tarihli kanun.

¹⁵³ Yargıtay 4.Hukuk Dairesi-E.1975/1160 K.1975/5782 ve 2.5.1975 tarihli kararı(Kazancı Veritabanı).

müvekkiliyle yapmış olduğu avukatlık sözleşmesi iken; yasal temsilcinin temsil yetkisinin kaynağı yasa olmaktadır¹⁵⁴. Avukatlık mesleği gerekli şartları haiz olan ve baroya kayıtlı kişilerce yürütülebileceği Av.K md.35 ile açıkça ifade edilmiştir.

Av.K md. 1 ile avukatlık mesleğinin kamu hizmeti ve serbest bir meslek olduğu ifade edilmiştir.

Maddî açıdan kamu hizmeti, giderilmesinde toplum yararı olan ve toplumsal bir gereksinimi karşılayan eylem ve girişimlerdir. Anayasa'nın 47. maddesinde yer alan "Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler... devletleştirilebilir." hükmündeki kamu hizmeti deyiminin faaliyet anlamında kullanıldığı açıktır. Şekli açıdan kamu hizmeti ise, belli bir usulü, belli bir hukuki rejimi ifade etmektedir. Buna göre, bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için kamu hizmetleri hukukî rejimine, yani kamusal yönetim usullerine tâbi tutulmuş olması gerekir. Zira, bugünün hukuk anlayışında, her insanî faaliyet, niteliği ne olursa olsun kamu hizmeti olmaya elverişlidir; yeter ki, başta yasama organı olmak üzere, siyasal organlar, o faaliyeti kamu hizmeti olarak kabul etsinler¹⁵⁵.

Kamu hizmeti ortaya çıkan ihtiyaçlara göre değişim ve çeşitlilik gösterebilecektir. Kamu ile ilgili olması dolayısıyla bir kişi tarafından ihtiyaç duyulduğunda bu hizmetin alınması sağlanmalıdır. Kamu hizmetini, devletin sağlaması gibi bir zorunluluk olma halinde artan ve değişen ihtiyaçların da etkisiyle çıktığından bu hizmet özel kişiler ve kuruluşlarca da yerine getirilmektedir.

Avukatlık Kanunu'nda da anayasal hak arama özgürlüğünün yaşama geçirilebilmesi bakımından avukatlık faaliyeti bir kamu hizmeti olarak değerlendirilmiştir¹⁵⁶.

Mesleğin arzettiği önem dolayısıyla gerek mesleğe kabul şartları gerek mesleği yürütürken uyulması aranan kurallar, mesleğe başlayabilmenin ön koşulu sayılabilecek stajın hangi koşullarda ve nasıl yürütüleceği gerekse hak ve yükümlülükleri kanunla düzenlenmiştir. Diğer taraftan avukatın müvekkiline hizmet verirken görüşme şartları, kendisinden hukuki bilgi ve yardım talep eden kişilerle yaşanacak hukuki süreçte nasıl bir yol izlemesi gerektiği yani hak ve yükümlülükleri de yer almıştır. Diğer taraftan avukatlık bir kamu hizmeti olduğu

¹⁵⁴ Özkan, M.:Avukatlık Hukuku, İzmir 2006, s.2.

¹⁵⁵ Tuncil V.: Kamu Hizmeti, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_199.htm.

¹⁵⁶ Özkan, s.3.

içindir ki avukatlar mesleklerini yerine getirirken özen, doğruluk içinde hareket etmeli, unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun bir biçimde davranmalı ve meslek kurallarına uymalıdır(AvK md.34).Avukat bağlı bulunduğu baronun gözetim ve denetiminde görevini yerine getirir.

Kamu hizmeti niteliği avukatlık faaliyetine gereksinim duyan herkesin yararlanabilmesini sağlamayı amaçladığından, adli yardım ve CMK.md.150, AvK md.176-181, HUMK.md.456 ile düzenlenen zorunlu müdafilik kurumları bu amaçlarla düzenlenmiştir¹⁵⁷.

Avukatın kendisinden hukuki yardım talep eden iş sahibi ile anlaşması halinde aralarında hazırlanan sözleşme sonucunda bu kişiye karşı yükümlülüklerini ortaya çıkarmaktadır. Yüklenilen bu sorumlulukların gereğini yapmak, işle ilgili gerekli hukuki yardımı konusuna göre yerine getirmek amacıyla harekete geçmek, sonuçlandırmak için hızla, aksaklık yaşatmadan neticelendirmelidir.

Avukat, hukuk alanındaki problemleri zamanında görebilmek ve doğru çözebilmek ve kararları uygulayabilmek yeteneği kazanmalı, entelektüel olabilmeli, insan ve toplumu tanımalı, meseleler üzerine bizzat düşünerek doğru hüküm verecek olgunluğa varabilmelidir¹⁵⁸.

Serbest meslek nitelemesi, mesleğin özel nitelikli bir özgürlük içinde yürütülmesini gerektirir ki Av.K md.1/I,II ile avukatın serbest meslek faaliyetindeki bağımsızlığını, gerek karar verme gerek ekonomik bağımsızlığı ile gerçekleşmektedir¹⁵⁹. Avukatlığın serbest meslek oluşu, avukatın müvekkilinin serbest bireysel yararlarını savunabilmesi bunun için mücadele eden kişi olarak görevini eksiksiz gerçekleştirebilmesinin de bir gereğidir¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Özkan, s.5.

¹⁵⁸ Eyüboğlu N.: Meslekler, Kişilik Özellikleri ve Avukatlar ile Muhasebecilerin Özelliklerine İlişkin Bir Araştırma, İstanbul 1993, s.73.

¹⁵⁹ Özkan, s.16.

¹⁶⁰ Özkan, s.17.

II-AVUKATLIK MESLEKÎ SORUMLULUK SİGORTASININ KONUSU

Hukuki meselelerin karışık olması nedeniyle kişiler kendileri bizzat bu meselelerle başa çıkamayacakları için hukukçu bir kimseden profesyonel yardım almak isterler¹⁶¹. Avukat, aldığı hukuk eğitimi, mesleğine başlamadan önce bilgilerinin somut olaylarda görme fırsatı edindiği staj eğitimi ile meselelere karşı hareket kabiliyeti kazanarak değerlendirmeyi profesyonel olarak yapabilecektir.

Avukat işlevi bakımından öncelikle taraflardan birinin menfaatlerini korumaya vekillik etmektedir. Bir avukat tazminat tehdidi altında kendisinden talep edilen tazminatı ödemek için bir an önce ulaşılabilir kaynaklara erişmek için meslekî işlevini yerine getiremeyecektir¹⁶². Avukatlara yönelik meslekî sorumluluk sigortasının yaşama geçirilmesinde, avukatlarla iş sahiplerinin karşılıklı menfaatleri bulunmaktadır¹⁶³.

Avukatlık mesleğinin adil yargılamanın bir parçası olan savunmayı temsil etmesi, kişilerin Anayasa tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklerini kullanmada aracı olması, mesleğin kamu hizmeti yönünü ön plana çıkarmakta ve mesleğe toplum nezdinde diğer serbest meslek türlerinden farklılık yüklemektedir¹⁶⁴.

Meslekî sorumluluk sigortası, korunmayı talep eden avukatın meslekî olarak denetimi ve yeterliliği konularında da bir disiplin sağlayabilecektir. Niteliği gereği aynı zamanda bir kamu hizmeti olması dolayısıyla avukatlık mesleğinde hukuki yardım talep eden kişiler açısından da sigortanın varlığı korunma ve güvence sağlayacaktır.

Avukatın hukuki sorumluluğunu, temelde avukat ile iş sahibi arasındaki hukuki ilişki biçimlendirmekte her şeyden önce bu sözleşmesel ilişkisinden doğan borcuna aykırı davranması durumunda sorumlu olmaktadır¹⁶⁵. Kanun koyucu, tarafların sözleşme ilişkisi içerisinde kendi iradesi ile belirlediği sorumluluklarla yetinmemiş, avukatın yükümlülüklerini kanunlarla da belirlemiştir.

¹⁶¹ Eberhard E.: Avukat İş Sahibi İlişkisinde Sigorta, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara 2004, s.418.

¹⁶² Eberhard, s.418.

¹⁶³ Şehirli F., Avukat-İş sahibi İlişkisinde Sigorta, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara 2004, s.426.

¹⁶⁴ Şehirli, s.427.

¹⁶⁵ Aday N.:Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1994, s.157.

Sigortacı, rizikonun gerçekleşmesi olasılığına karşın haklı taleplere karşı ödemede bulunmak ve sigorta ettireni haksız taleplere karşı korumak yükümlülüklerini taşımaktadır¹⁶⁶.

Uygulamada avukatların mesleğe başlarken sorumluluk sigortası yaptırma zorunlulukları yoktur.

III-AVUKATIN HUKUKİ SORUMLULUĞU

1- Avukatlık Sözleşmesinden Kaynaklanan Sorumluluğu

A-Sözleşmenin Varlığı

BK md 390 vd. maddelerinde düzenlenen vekalet sözleşmesi, vekilin sözleşme ile yükümlendiği işi yönetmeyi ya da hizmetin ifasını borçlandığı ve bu iş görmenin kanun hükümleriyle düzenlenen sözleşmelerden herhangi birinin konusuna girmediği buna karşılık ücrete hak kazanılan ve iş görme borcu doğuran sözleşmedir¹⁶⁷. Vekil ile müvekkil arasında, iş görme borcunu konu edinen anlaşma sebebiyle, vekaletin bir sözleşme olduğu sonucuna varılmaktadır¹⁶⁸. Vekalet sözleşmesinde tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun iradelerini açıklamaları yani, vekalet verenin vekalet verdiği, vekilinde işi aldığı vekaletle göre yapacağını belirtmeleri gerekmektedir¹⁶⁹.

Avukatlık Kanunu md.163 de yapılan değişiklikten sonra avukat ve iş sahibi arasındaki ilişki avukatlık sözleşmesi olarak nitelendirilmiş ve böylece bu sözleşmenin BK da düzenlenen sözleşmelerden farklı ayrı bir tür sözleşme olduğu vurgulanmıştır¹⁷⁰.

Avukatlık sözleşmesi, hukuki bir çözüme ihtiyaç duyan kimsenin çözüm aradığı konuda belli bir ücret karşılığında avukattan hukuki hizmet aldığı karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir. Avukatlık Kanunu md.163¹⁷¹ ile de avukatlık sözleşmesinin belli bir hukuki yardım karşılığında alınan ücretle kurulan tarafların serbestçe hazırladıkları ifade edilmiştir. Avukatlık sözleşmeleri, bir avukatın müşterisiyle yaptığı sözleşmeler olup büyük

¹⁶⁶ Şehirali, s.428.

¹⁶⁷ Yavuz C.: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2007, s.566.

¹⁶⁸ Yavuz, s.574.

¹⁶⁹ Zevkliler A.:Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2004, s.361.

¹⁷⁰ Şehirali, s.429.

¹⁷¹ Avukatlık sözleşmesi ifadesi, AvK 11. kısım başlığı altında yer alan md. 163'e, 4667sayılı ve 2.5.2001 tarihli kanunla eklenmiştir.

çoğunluğuyla vekalet hükümlerine tabidir¹⁷².AvK md.163 de yapılan değişiklikten sonra avukat ve iş sahibi arasındaki ilişki avukatlık sözleşmesi olarak nitelendirilmiş ve böylece bu sözleşmenin BK.'nda düzenlenen sözleşmelerden farklı ayrı bir tür sözleşme olduğu vurgulanmıştır

Avukatın, yanlış hukuki görüş bildirme veya sadakat ve özen yükümlülüğünün ihlali gibi akdi ilişkinin ihlali iddiası neticesinde hukuki sorumluluğu ortaya çıkmaktadır¹⁷³. Sözleşme, iş sahibi olan müvekkil adına ya da aleyhine açılacak bir dava da temsil için yapılabileceği gibi, bir gayrimenkul alıp satımı için resmi işlemlerin yapılması, vasiyetname hazırlanması, kira sözleşmesi, ariyet sözleşmesi gibi işlemler, müvekkilin iş ortaklığı kurması gibi anlaşmalarda görüş bildirmesi gibi bir çok konuda yapılabilecektir.

Sözleşme kapsamında avukat tarafından üstlenilen işin yapılabilmesinin anlamı örneğin mutlaka bir davanın sonucunun kesinlikle kazanılması olmayacaktır. Zira, avukatın yükümlülükleri bölümünde de inceleneceği gibi avukat iş kendisine geldiğinde müvekkilini aydınlatma, bilgilendirme ve işin başarısı hakkında bilgi vermek yükümlülüklerini de taşımaktadır.

Avukatın sözleşmesel yükümlülüklerine aykırılık nedeniyle, iş sahibini zarara uğratan davranışlarının her biri, sigorta hukuku açısından güvence altına alınan bir rizikoyu oluşturur¹⁷⁴.

Sözleşme ilişkisi tazminat taleplerinin temelini teşkil etmektedir ve taraflar arasındaki sözleşmenin kurulmasıyla sözleşmesel ilişkiye dayalı tazminat sorumluluğu söz konusu olur¹⁷⁵.

Avukat yalnızca müvekkili ile arasındaki sözleşme kapsamında başarılı sonuca ulaşması için özenli bir biçimde çaba sarf etmek yükümlüdür¹⁷⁶. Vekaletin konusu, müvekkilin vekalet sözleşmesi ile ulaşmak istediği sonuç değil, bizzat bu sonuca yönelik göstereceği faaliyetlerdir.

¹⁷² Yavuz, s.591.

¹⁷³ Şenocak, s.331.

¹⁷⁴ Şehirali, s.430.

¹⁷⁵ Aday, s.158.

¹⁷⁶ Yalçınduran T.:Vekalet Sözleşmesinde Ücret,Ankara 2007, s.40.

Avukatlık sözleşmesi kapsamında arzu edilen bir sonucun gerçekleşmesi için işi üstlenen avukat sonuç istenildiği gibi gerçekleşmediği için sorumlu tutulamayacaktır ki bir davanın kazanılmasında hakimin takdir hakkı, müvekkil tarafından bilinmeden imzalanan bir belgenin karşı tarafça davaya sunulması, bu durumdan vekilin bilgisi olmaması gibi avukatın dışındaki faktörler neticesinde de sonuç istenildiği gibi elde edilememiş olabilir.

B-Avukatın Sözleşmeye Dayanan Sorumluluğunun Kaynağı

Sorumluluk, bir kişinin hukuk düzeni tarafından genel hukuk kuralı ya da hukuki bir ilişkiden örneğin sözleşmeden doğan özel yükümlülüklerine uygun davranmasını gerektirmektedir¹⁷⁷. Sorumluluk sigortasında başlıca amaçlarından birisi, öncelikle zarar göreni ele almak ve onun uğradığı zararı imkanlar ölçüsünde gidermektir¹⁷⁸. Sözleşmesel sorumluluk kişilerin yararına ve ancak kendisine düşen bir yükümlülüğün ihlali durumunu içerir¹⁷⁹. Sorumluluk taraflar arasında kurulmuş bulunan özel hukuki bir ilişkinin ihlali halinde ortaya çıkmaktadır.

Sözleşmeden doğan sorumluluğun şartları; borca aykırı davranış yani sözleşmenin ihlali, zarar, ihlal ile zarar arasında uygun illiyet bağı ve kusurdur. Borca aykırılıkta, borçlu edimini hiç yerine getirmez ya da gereği gibi yerine getirmez. Sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle sözleşmenin diğer tarafında yer alan kişinin maddi veya manevi bir zarara uğramış olması gerekir¹⁸⁰. Borçlar Kanunu'nun 96. maddesinde yer alan sorumluluğun doğması için kusur şartı öngörülmüş olmakla birlikte kusurun tanımı yapılmış değildir¹⁸¹. Sözleşmede vekil borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin ihmal edildiğini bilir ya da bilmesi gerekirse, kusurludur¹⁸². İş sahibi, avukat aleyhine açtığı sorumluluk davasında avukatın sözleşmesel ve mesleki yükümlülüğüne aykırı davranışı ile zarara uğradığını ispatlamakla kendisine düşen ispat yükünü yerine getirmiş olur¹⁸³.

Sözleşmeden kaynaklanan davaların tümünde olduğu gibi hukuki sorumluluğun sonucu olarak açılacak tazminat davasında avukatın sözleşmeye veya yükümlülüklerine aykırı veya kusurlu sayılan eylem veya işlemi ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağının

¹⁷⁷ Eren, s.444.

¹⁷⁸ Eren, s.464.

¹⁷⁹ Deschenaux, s.3.

¹⁸⁰ Eren, s.1016.

¹⁸¹ Eren, s.1017.

¹⁸² Tekinay, s.875.

¹⁸³ Aday, s.166.

bulunması zorunludur¹⁸⁴. Sözleşmesel yükümlülüklerin ihlali, olayların akışına, genel yaşam deneyimlerine göre gerçekleşen türden bir zarar meydana getirmeye elverişli olmalıdır¹⁸⁵. Uygun illiyet bağımlı kanıtlanma yükümlülüğü iş sahibine aittir ve aksi kanıtlanmadığı sürece avukatın kendisine düşen yükümlülükleri gereği gibi yerine getirdiği kabul edilmelidir¹⁸⁶.

TTK md.1278 gereğince sigortacı sigorta ettiren veya sigortadan faydalanan kimsenin kastından doğan zararları tazmine mecbur olmayacaktır. Dolayısıyla akde aykırılıkta kasıt değil avukatın ihmali hareketi kusur olarak incelenmelidir.

İhmal, borçlunun sözleşmenin ihmalini istememekle birlikte bunu önlemek için kendisiyle aynı meslek çevresinde bulunan kişilerden aynı şartlar altında göstermesi istenilen dikkat ve özeni göstermemesi sözleşmesel ihmalini oluşturur¹⁸⁷. Avukat mesleğini ifa ederken vekalet görevinin kendisine yüklediği iş görme borcunu, gerekli tedbirleri alarak ifa etmelidir. Avukatın ihmali hareketi yapmama biçiminde ortaya çıktığında sözgelimi açması gereken davayı hiç veya zamanında açmamış olabilir. Bu durumda iş sahibinin zararı ile ihmali davranış arasında illiyet bağımlı kurulması için, davanın zamanında açılmış olması halinde iş sahibinin bu zarara uğramayacak olması gerekir¹⁸⁸.

C-Avukatın Yükümlülükleri

Avukatın mesleki yükümlülükleri taraflar arasında kararlaştırılsın ya da kararlaştırılmasın, avukatlık sözleşmesinin içeriğinde yer alır; dolayısıyla bunların ihlali, diğer şartlarında varlığı halinde avukatın tazminat sorumluluğunu gerektirir¹⁸⁹.

a-Avukatın Aydınlatma Yükümlülüğü

Avukat, kendisinden hukuki yardım ve hizmet almak amacıyla görüşme yaptığı kimseyle sözleşme ilişkisi kurulmadan önce konu hakkındaki hukuki görüşünü, uzlaşma ile çözüm bulup bulamayacağını bildirmek, dava açılması için delil ve dayanakların

¹⁸⁴ Güner, s.559.

¹⁸⁵ Güner, s.560.

¹⁸⁶ Güner, s.561.

¹⁸⁷ Eren, s.1018.

¹⁸⁸ Aday, s.164.

¹⁸⁹ Aday, s.158.

gerekliliklerini açıklamak ve tüm olası sonuçlar hakkında bilgi vermek, kendisine konu hakkında yöneltilen sorulara tüm yönleriyle cevaplamalıdır.

Sözkonusu yükümlülüğün yerine getirilebilmesi için, avukat müvekkiline yeterli zamanı ayırmalı, görüşmeleri mümkün olduğunca açık, detaylı ve iş talebi olan kişileri tatmin edici şekilde yerine getirerek konuyu aydınlatmalıdır.

Avukatın müvekkilini aydınlatma yükümlülüğü müvekkilin kendisine verdiği bilgilerle işlerlik kazanmakla birlikte, müvekkil tarafından verilen bilginin doğruluğunu dikkatle değerlendirmeli, müvekkilin içinde bulunduğu psikoloji ile kendini haklı görerek hareket ettiği gerçeğine karşın hassas hareket etmelidir.

Avukatın müvekkiline sorular yöneltme konusunda sıradan ve faydasız olanla yetinmesi mümkün değildir, aksine noksan şekilde bilgilendirmenin dava bakımından ortaya çıkabileceği sonuçlar tüm açıklığıyla müvekkilin gözleri önüne serilmelidir¹⁹⁰.

Diğer bir önemli noktada müvekkilden alınan bilgilerin doğruluğunun avukat tarafından ne kadar araştırılması gerektiğidir. Müvekkil tarafından verilen bilgilerin doğruluğu konusunda yapılacak araştırmada sınırın ne olması gerektiği önemli bir husustur. Örneğin, husumet yöneltilecek bir şirketin tam unvanının araştırılması, davanın bu sıfatın yanlışlığı nedeniyle reddine sebep olabilir. Bu sebeple avukat şirketin bulunduğu ticaret odasından bu konu ile ilgili gerekli yazışmayı yaparak dava açabilecektir.

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu¹⁹¹(Bilgi Kanunu), kurum ve kuruluşlara başvurarak kurum nezdinde mevcut belgelerden onaylı bir suret alma hakkı olduğunu (md.10), kopya çıkarılmasının mümkün olmamasının belgeye zarar verilebileceği gibi hallerde belgeyi ilgisine inceletme, ses veya görüntülü bir örneği verilmesini düzenlemiştir. Kurum ve kuruluşlardan yapılan bu taleplerle ilgili cevapların onbeş işgünü içerisinde cevaplanması, kurumun bu bilgiyi başka bir yerden temin etmesi gereken hallerde ise bu sürenin otuz gün olabileceği ancak ilgisine her halde onbeş gün içerisinde bilgi verme külfeti yüklenmiştir. Bilgi Kanunu'nun, md 12 ile araştırma kapsamında bilgi talebinin reddi halinde reddin gerekçesinin de ilgisine yazılı olarak bildirileceği düzenlenmiştir.

¹⁹⁰ Özkan, s.156.

¹⁹¹ Bilgi Edinme Hakkı Kanunu 4982 sayı ve 24.10.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak 24.4.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Ayrıca AvK. md.2/III'de benzer bir düzenleme içermektedir. Yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekaletname ibrazına bağlıdır.

Avukatlara sunulan ve avukatın yapacağı araştırmaları bu hukuki düzenlemelerle çalışma ve araştırma kolaylığı sağlanması karşısında avukatın bu yollara başvurmamış olması kusur durumunu etkileyebilecektir. Diğer taraftan avukatın müvekkili ile yaptığı görüşmelerde müvekkilini iş konusu ile ilgili araştırma yapılmasında yönlendirmesi de bir yoldur. Eğer müvekkilin bilgi ve becerisi, kültür düzeyi bu araştırmayı yapmasına engelse bu işi avukat üstlenecektir. Avukat dava konusu hakkında çalışması için gerekli belgeleri teminini müvekkilden isteyebilir.

Avukatın tanıklarla görüşme, keşfe gitme ve diğer delilleri elde etme gibi yükümlülükleri bulunmamaktadır. Avukatın aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmede somut olayın şartları ve özellikleri önem taşımaktadır¹⁹². Örneğin, avukatın kendisine icra takibi yoluyla tahsil için bir senet verildiğinde avukat bu senette yer alan imzanın borçluya ait olup olmadığını araştırmak zorunda değildir. Senet vasfını haiz olma yönünden inceleme yapması yeterlidir.

Avukatın, iş sahibi ile yaptığı görüşme ve içerik hakkında bir tutanak düzenlemesi, müvekkil tarafından verilen bilgileri bu tutanağa yazması, her iki tarafın tutanağı imza altına alması avukatın kusur sorumluluğunu azaltması bakımından da önemlidir. AvK.md.53 ile de bu hususta bir düzenleme mevcut olup, iş için yapılan görüşmelerden avukatın gerekli gördüklerini tutanakla tespit edebileceği ve görüşmede bulunan taraflarca bu tutanağın imzalanacağı ifade edilmiştir. Avukatın bu yükümlülüğünü yerine getirmesi, sorumluluk davasında savunması için önemli bir delil olacaktır.

Bir müvekkil ile görüşen, onun isteğini dinleyen veya dosyayı alan avukat, o belgeler üzerinde çalışır ve bilahare vekalet görevini kabul edip etmeyeceğine karar verir¹⁹³. Avukatın

¹⁹² Özkan, s.158.

¹⁹³ Sungurtekin M.,Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, Ankara 1994, s.344.

özellikle en iyi bildiği sahalarla ilgili olarak vekalet alması daha doğrudur ancak eğer diğer bir konuda vekaletin ifasını geciktirmeyecek bir süre zarfında bu gerekli bir bilgileri edinebilecek olabilir¹⁹⁴.

Aydınlatma yükümlülüğünün belirlenmesinde üslenilen işin kapsamı belirleyici olmakla birlikte, avukat vekaletin sadece sınırlı bir konuda olduğunu ve bu sınırlı konuda aydınlatma görevini yerine getirdiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz¹⁹⁵. Örneğin, kıdem ve ihbar tazminatı talepleri hakkında kısmi dava açacak avukatın dava açılmayan kısmın zamanaşımına uğrayabileceği konusunda müvekkilini aydınlatması gerekir.

Avukat, müvekkiliyle sözleşme öncesinde ya da sözleşme süresince aydınlatma yükümlülüklerinin gereğini yerine getirmemişse, ilgileneceği hukuki konu hakkında yeterince bilgilenmemişse, kendisi hakkında yanıltıcı bir görünüm sunmuşsa, bilgi edinme sürecinde ihmalleri olmuşsa kusurlu sayılacaktır. Tüm bu eylemler neticesinde müvekkilinin haklarıyla ilgili olarak bir tehlike altında kalması halinde riziko gerçekleşmiş kabul edilecektir.

b-Sadakat Yükümlülüğü

Türkiye Barolar Birliği tarafından düzenlenen Avukatlık Meslek Kuralları'nda (md.3)¹⁹⁶(Av.MK.), avukatın meslekî çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve tam bir sadakatle yürüteceği ifade edilmiştir. Sadakat yükümlülüğü, hukuki yardıma ve çözüme ihtiyaç duyarak bu amaçla çözüm bulma gayesi güden bir meslekte hizmet veren bir avukata başvuran ve o avukatla sözleşme yapan avukatın üzerine aldığı ihtilafın çözümü, davası söz konusu olduğunda o davanın yürütümü gibi konularda iş sahibinin avukata güven duyması anlamına gelmektedir.

Avukatlık Kanunu ve Meslek Kuralları, bu yükümlülüğü “sadakat yükümlülüğü” adı altında açıkça düzenlemiş olmakla beraber, içerdikleri çeşitli hükümlerde, avukatın müvekkiliyle arasındaki güven ilişkisine uygun hareket etmesini gerektiren davranış kurallarını da içermektedir.

¹⁹⁴ Şenocak, s.335,dpn 252'den naklen.

¹⁹⁵ Aday, s.161.

¹⁹⁶ Meslek Kuralları, 26 Ocak 1971 tarih ve 5 sayılı TBB Bülteninde yayınlanmıştır (http://www.ankarabarusu.org.tr/Pg_html.aspx?Table=Duyuru&DataField=detailhtml&DataID=98)

Vekilin menfaat çatışmalarını derhal müvekkiline bildirmesi, müvekkil yararına hareket etmesi, düzenli olarak gelişmeleri bildirmesi sadakat borcu kapsamındadır¹⁹⁷.

Özen yükümlülüğü işin görülmesi sona erince ortadan kalktığı halde; sadakat yükümlülüğü ve yükümlülükten doğan sır saklama borcu iş bittikten sonra da devam eder¹⁹⁸.

Sadakat yükümlülüğü vekalet görevinin yerine getirilmesi sırasında ya da bu görev bittikten sonra avukatın kendisine duyulan güvene uygun olarak müvekkilin menfaatlerini koruması ve kendi menfaatini müvekkiline tabi kılmasıdır¹⁹⁹. AvK.md.38 ile getirilen işin reddi zorunluluğu, avukatın vekili olduğu kimsenin menfaati ile zıt olan üçüncü bir kişinin vekilliğini üstlenmemesi anlamına gelmekte ve öncelikle vekalet vereni yani müvekkili koruma amacı taşımaktadır²⁰⁰. Avukatın tarafların açık rızası olmaksızın çift tarafı temsil yasağın aykırı davranması durumunda iki taraf açısından temsil görevi ortadan kalkar, avukatın yaptığı işlemler yetkisiz temsilci işlemleri olur²⁰¹.

Müvekkilin sırlarını saklanması da bu yükümlülük kapsamında düşünülebilir ve müvekkilin avukatına kayıtsız şartsız güvenmesi, avukata bazı mesleklere mensup olanlardan bekleneni aşan birtakım yükümlülükler ve özel ağırlıklı sorumluluklar yükler²⁰². Avukat mesleği dolayısıyla müvekkilinden öğrendiği ve sırrın saklanması müvekkilin lehine olduğu durumlarda öğrendiği bu bilgileri saklamalıdır. Sır konusuna giren bilgiler müvekkilin şahsı ile ilgili olabileceği gibi ticari işletmesi, iş portföyü, siyasi ilişkileri gibi birçok konuda olabilir. Önemli olan husus müvekkilin avukata olan güveni nedeniyle ve meslekî faaliyetin icrası sırasında konunun paylaşılmış olmasıdır. Yükümlülüğün ihlali neticesinde eğer müvekkil nezdinde maddi veya manevi bir zarar ortaya çıkarsa ve bu ihlal avukatın mesleği nedeniyle öğrenilen bir bilgi ise avukatın hukuki sorumluluğu doğacaktır.

Sır saklama yükümlülüğü hakkındaki yasal düzenleme AvK.md.36 ve Meslek Kuralları md.37 ile düzenlenmiştir. Sır saklama yükümlülüğünün ihlali avukatın hukuki sorumluluğunu gerektireceği gibi Türk Ceza Kanunu md.258 ile düzenlenen görevi nedeniyle sır saklama ihlali suçunu da oluşturur. Sır saklamayı subjektif unsuru, iş sahibinin daha

¹⁹⁷ Yavuz, s.608.

¹⁹⁸ Yavuz, 68.

¹⁹⁹ Tandoğan H.:Borçlar Hukuku –Özel Borç İlişkileri, Ankara 1987, s.412(Borçlar Hukuku).

²⁰⁰ Sungurtekin, s.349.

²⁰¹ Şenocak, s.358.

²⁰² Özkan, s.162.

önceden bilinmeyen bir hususun açıklanmamasından gördüğü yarar iradesi; objektif unsur ise başkaları tarafından konunun bilinmemesidir²⁰³.

Avukatı hukuki sorumluluktan kurtarabilecek ve rizikonun gerçekleşmesini engelleyebilecek durumlara bakıldığında; kamuya ait yüksek bir menfaat varlığı, müvekkilin rızası, taammüden işlenen ağır suçlarla ilgili bilgi sahibi olması, organize suçlarla ilgili durumların engellenmesi ihtimali olabilir. Avukatın bürosunda yapılan arama neticesinde el konulmasına karar verilen şeyler bakımından avukatın bürosunda bulunan ve avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olan belgeler avukatın temsilcisi tarafından ayrılır ve ancak mahkeme kararı sözkonusu ise teslim edilir²⁰⁴.

Sadakat yükümlülüğü kapsamında gerek Avukatlık Kanunu ve gerek meslek kurallarında çeşitli düzenlemeler sözkonusudur. AvK.md.38/b, AvK.md.35-36 ile menfaati çatışan taraflara hukuki mütalaa verilmesi, aynı işte menfaatleri çatışan kişilerin temsil edilmesi durumunda işi reddetmekle yükümlüdür. Burada yer alan bu red yükümlülüğü sözleşmenin kurulmasından önceki bir dönemi kapsamak ve sözleşme öncesi sorumluluk kapsamında yer almaktadır.

Avukatın daha öncesinde kendisine hukuki danışmanlık veya dava yoluyla gelen bir iş hakkında sahip olduğu bilgilerle menfaat çatışması olan bir başka kimsenin kendisine bir başvurusu sözkonusu olduğunda menfaat çatışması olduğu çok açıktır. İlk iş sahibi olan kişi eğer avukat tarafından aynı konuda gelen iş reddedilmediği için zarar görürse avukat açısından tazminat sorumluluğu doğabilir. Yargıtay bir kararında, hırsızlık suçundan yargılanan her iki sanığın vekili olan avukatın sanıklardan birinin suçlamayı kabul edip, nasıl hırsızlığı yaptıklarını anlattığı diğer sanığın ise suçlamayı reddettiği ifade olarak vermiştir. Avukat ise, suçu kabul eden müvekkilinin diğer müvekkili aleyhine verdiği ifadeyi kabul etmediği şeklinde savunma yapmış, Daire ise her iki sanığa ayrı müdafii tayini gerektiğinden yerel mahkeme kararını bozmuştur²⁰⁵. Ayrıca avukatın bir sanığın müdafiliğini yürütürken bu görevinden ayrılıp, diğer bir sanığı savunarak davaya vekil olarak başka bir sanık vekili olması “görevi kötüye kullanma suçu”(TCK.md.257-258) işlemesi anlamına gelecektir. Önemli olan nokta, birden fazla kişinin yer aldığı hukuki ihtilaf içinde menfaatleri arasında

²⁰³ Özkan, s.241.

²⁰⁴ Özkan, s.251.

²⁰⁵ Yargıtay 11.Ceza Dairesi - 2003/3538 Esas-2004/6268 Karar sayılı 9.7.2004 tarihli karar(Kazancı Veritabanı).

bir çatışmanın varlığıdır. AvK.md.44 ile düzenlenen avukatlık ortaklığı olarak ifade edilen ve birden çok avukatın, meslekî faaliyetlerini birlikte yürütmek amacıyla oluşturdukları tüzel kişiliği mevcut bürolarda faaliyet gösteren avukatların her biri açısından da bu kural geçerlidir.

Avukatın, AvK.md.38/b maddesi gereğince diğer bir yasaklı halde mevcut bir ihtilafta taraflardan birinin vekilliğini sürdürmekte iken aynı ihtilaf içinde sözkonusu kişiyi bırakıp menfaatin çatıştığı diğer bir kişinin temsilini üstlenmesi halidir. Aynı ihtilafın taraflarından biri, avukatın diğer taraf için olan vekalet görevini ifasından sonra kendisini temsil etmesini isterse, avukat bunu kabul etmemekle yükümlüdür²⁰⁶.

Avukatın sadakat borcuna aykırı davranışının her somut olayda değerlendirilmesi, akte aykırı davranışı neticesinde müvekkilinin bu eylem nedeniyle oluşan bir zararı olduğunun anlaşılması halinde risk gerçekleşecektir.

Borçlar Kanunu md.394/1 gereğince vekilin iş görme borcunu “usulü dairesince ifa için” müvekkilinden avans ve masraf isteme hakkı, vekalet görevinin tam ve gereği gibi ifa edilmesi anlamındadır²⁰⁷.

Vekil, müvekkilin yararını kendi çıkarından önce tutmuyorsa, müvekkilin yararı ile bağdaşmayan üçüncü kişilerin işlerini öncelik veriyorsa, değişen koşullara göre vekalet görevini en uygun biçimde yerine getirmiyorsa, bu davranışları neticesinde müvekkilin zarara uğramasına sebep oluyorsa riziko gerçekleşmiştir²⁰⁸.

c-Avukatın İş Özenle Yerine Getirme Yükümlülüğü

BK.md.390/2 de geçen vekilin görevini “iyi bir surette ifa” etmesi sadakat ve özenle ifa etmesi anlamındadır²⁰⁹. Özen borcu, vekilin iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca erişmek için yaptığı faaliyetin özenle görülmesi sorumluluğudur²¹⁰.

²⁰⁶ Özkan, 174.

²⁰⁷ Yavuz, s.617.

²⁰⁸ Özkaya E.: Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara 2005, s.358.

²⁰⁹ Yavuz, s.598.

²¹⁰ Yavuz, s.598.

AvK. md.34 ile getirilen düzenlemeye baktığımızda, avukatların yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmeleri ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmaları gerektiği ifade edilmiştir. Avukatlar için AvK.md.34’de öngörülen özen borcu, BK.md 390’da düzenlenen vekilin özen borcuna göre özel bir düzenleme niteliğinde olduğundan avukatın özen borcuna aykırı davranması halinde öncelikle uygulama imkanına sahiptir²¹¹. Avukatın işi vekalet ücreti almadan yerine getirmesi halinde dahi mezkur madde gereğince özen borcu devam etmektedir.

Avukatın özen borcunu ihlaline örnek olarak, bürosunu yeterince örgütlememiş olması, meslek dergilerinde çıkan yeni kararları izlememesi, dava süresini korumak için başvurduğu yolun yeterli olmadığını kestirmeyip boşuna vakit kaybetmesi sonucu yasal süreleri kaçırmaması verilebilir²¹².

Özen yükümlülüğünü konusu, vekilin iş görme ile amaçlanan sonuca ulaşması bakımından yaşam deneyimleri ve işlerin normal akışına göre gerekli davranış ve girişimlerde bulunması ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınılması oluşturmaktadır²¹³.

Yargıtay’ın konu hakkındaki bir kararında BK.md.390/f.II’ye göre vekilin, müvekkile karşı vekaleti, sadakat ve özen ile ifa etmekle yükümlü olduğu vekilin sadakat borcu gereği olarak, müvekkilinin yararına olacak davranışlarda bulunmak ve ona zarar verecek davranışlardan kaçınmak zorunda olduğu ifade edilmiştir.Vekilin üstlendiği işte sonucun başarılı olması için hayat deneylerine ve işlerin normal akışına göre gerekli görüşünü ortaya koyması, başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınması özen borcunun konusuna girdiği ifade edilen kararda, vekiller tapu iptali ve tescili davasında müvekkillerinin vefatından sonra vekalet ücreti için mirasçılara karşı alacak davası açmışlardır. Mirasçılardan davaya dahil edilmesi için çaba gösterdiklerinden bahsetmemişler, davanın müracaata bırakılmasını sağlamak yerine davanın müvekkillerinin ölümü nedeniyle reddini talep edip, temyiz de etmemiş olmaları özen yükümlülüğünün açık ihlali olarak nitelendirilmiştir²¹⁴.

²¹¹ Başpınar V.:Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004, s.129.

²¹² Tandoğan ,Borçlar Hukuku, s.412.

²¹³ Özkan, s.178.

²¹⁴ Yargıtay 13.Hukuk Dairesi 1992/3412-3899 sayılı ve27.4.1992 tarihli karar(Kazancı Veritabanı). Benzer bir karar;Yargıtay 13. Hukuk Dairesi -E. 2002/11911-K. 2003/3910-T. 3.4.2003(Kazancı Veritabanı)

Vekilin özen yükümlülüğünü düzenleyen BK.md.390 da genel olarak işçinin özen yükümlülüğünü düzenleyen hükümlere yollama yapmakta ve ikinci fıkrada vekilin müvekkile karşı vekaleti iyi bir surette ifa ile yükümlü olduğunu ifade etmektedir²¹⁵. İşçinin özen yükümlülüğünü düzenleyen BK. md.321/1 işçinin üstlendiği şeyi özenle yerine getirmek zorunda olduğunu ifade etmekte, ikinci fıkrada ise kasıt veya ihmalin veya dikkatsizlik nedeniyle iş sahibine verdiği zarardan sorumlu olduğu, işçisinin özen derecesinin belirlenmesinde meslekî bilgisi, eğitimi, sözleşme ilişkisinin şartlarının etkili olduğu ifade edilmiştir²¹⁶. Mezkur maddelere göre özenin tespitinde subjektif kriter, avukatlar için, meslekî olarak konuya ilişkin daha özel bir düzenleme yapılmış olması, vekaletteki güven unsuru, vekilin kişiliğinin taşıdığı önem, resmi bir sınav sonucu alınan belgelere dayanılarak icra edilen ve uzmanlığı gerektiren işlerin görülmesinde bu kıstasa dayanılması olanağı hemen hemen ortadan kalkmış olur²¹⁷.

Borçlar Kanunu 321/2 maddesi özen borcunun kapsamın belirlemek için iki kıstas getirmiştir. Subjektif kıstasa göre, vekilin müvekkil tarafından bilinen ve bilinmesi gereken bilgi derecesi, yetenekleri ve diğer nitelikleri hesaba katılır²¹⁸. Ancak güven unsuru, vekilin kimliğinin taşıdığı önem, özellikle resmi bir sınav sonucu alınan belgelere dayanılarak icra edilen ve uzmanlığı gerektiren işlerin görülmesinde, bu kıstasa dayanma imkanını hemen hemen ortadan kaldırmıştır²¹⁹. Objektif kıstas ise, akde uygun olarak görülecek işin çeşidini, güçlüğünü ve gerektirdiği öğrenim ve meslekî bilgi derecesi göz önünde tutulur²²⁰. AvK md.34'de “mesleğin kutsallığı, doğruluk, onur, saygı” gibi kavramlar avukatın özen borcu açısından subjektif ölçünün kullanılmayacağını göstermektedir²²¹.

Avukatın, kendisine mesleği nedeniyle verilen bir işte tecrübesizliği, işin konusu hakkında bilgi eksikliği bulunduğu gibi gerekçelerle sorumluktan kurtulma imkanına sahip değildir. Özen yükümlülüğü, her somut olayda değerlendirilecektir. Özen yükümlülüğü ilkesinin görünümü ilk olarak avukatın kendisine yapılan başvuru nedeniyle önüne gelen hukuki olayın incelemeye başlaması, hangi hukuki alan içinde yer alan bir menfaate konu olduğunun belirlenmesi, hak sahibi olan ya da aleyhine başvuru sözkonusu olan kişi hakkında

²¹⁵ Şehirli, s.431.

²¹⁶ Şehirli, s.431.

²¹⁷ Şehirli, s.432.

²¹⁸ Yavuz, s.599.

²¹⁹ Yavuz, s.599.

²²⁰ Yavuz s.599.

²²¹ Başpınar, s.131.

kanuni sürelerin, ilk itiraz gibi hakların sözkonusu olup olmadığının incelenip değerlendirilmesiyle başlayacaktır. Avukatın Av.K md.52 gereğince dosya tutma yükümlüğü de özen yükümlüğünü sonucudur. Esasında avukatın, değişen hukuki mevzuatın güncel olarak takip edilmesi, yargı uygulamalarının bu değişikliklerle paralel incelenmesi şeklinde kendisini mesleği anlamında sürekli yenileyip geliştirmesi anlamına da gelmektedir. AvK md.171/3 hükmüne göre avukat bir alt vekil atayarak işi görülmesini bir başak vekile bırakmış olsa dahi alt vekille birlikte müvekkiline karşı sorumluluğu devam edecektir.

Avukatın özen yükümlülüğü kapsamında, bürosunu müvekkilinin menfaatlerini en iyi şekilde koruyabilecek tarzda organize etmesi, kendisi büroda bulunmadığında dava ile ilgili sürelerin kaçırılmaması için gerekli organizasyonları kurmalı, işlemlerin yapılmasını tamamen tesadüflere bırakmamalıdır²²². Meslek, düzen ve geleneklerine uymayan tutumlardan kaçınmaya, görevin gerektirdiği dürüstlüğe ve doğruluk kurallarına uygun şekilde hareket etmeye mecburdur²²³.

Avukatın özen yükümlülüğüne ilişkin örneklere baktığımızda; davaların objektif veya subjektif bakımından birleşmesi mümkün iken bunu yapmayarak çok sayıda dava açması²²⁴, doğru olmayan yargı kolunda veya görevli mahkemede dava açması, bir haktan vazgeçme anlamındaki işlerde müvekkilin onayını almaması²²⁵, avukatın açtığı bir davanın duruşmalarına girmeyerek davanın açılmamış olmasına neden olması²²⁶, avukatın müvekkilinin hak kaybına neden olmayacak şekilde doğru nitelendirmeyele dava açması yükümlülüğü²²⁷, ceza yargılamasında verilen bir kararın temyiz edilmesinde hukuki yarar bulunmasına rağmen temyiz edilmemesi ve bu işlem için müvekkilin yazılı onayının alınmaması²²⁸ gösterilebilir. Yargı kararlarındaki çözüm tarzından farklı bir yolu izlemeyi deneyeceğini ve başarı şansının zayıf olduğunu bildirmelidir²²⁹.Avukatlık Meslek Kuralları md.38/2 gereğince avukatın zamanının ve yeteneklerinin erişmediği bir işi kabul edemeyeceği

²²² Şenocak, s.355.

²²³ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s.415.

²²⁴ Özkan, s.181.

²²⁵ TBB Disiplin Kurulu Kararı, 2006/154 E.-2006/227 K.16.06.2006 (http://www.barobirlik.org.tr/calisma/disiplin_kararlari/index.aspx?yil=2006).

²²⁶ TBB Disiplin Kurulu Kararı, 2005/233E.-2005/319K.30.9.2005 tarihli kararı (http://www.barobirlik.org.tr/calisma/disiplin_kararlari/index.aspx?yil=2005).

²²⁷ TBB Disiplin Kurulu Kararı, 2005/284 E.-2005/373 K.11.11.2005 tarihli kararı(http://www.barobirlik.org.tr/calisma/disiplin_kararlari/index.aspx?yil=2005)

²²⁸ TBB Disiplin Kurulu Kararı, 2003/371 E.-2004/38 K.21.02.2004 tarihli kararı(http://www.barobirlik.org.tr/calisma/disiplin_kararlari/index.aspx?yil=2004)

²²⁹ Özkan, s.186.

hüküm altına alınmıştır²³⁰. Dava açmadan önce temerrüt ihtar, ayıp ihbarı gibi kanun hükümleri gereğince yerine getirmesi gerekli olan işlemleri tamamlamalıdır.

Avukat müvekkiliyle ilişkisi çerçevesinde üstlendiği vekalet işini yürütmesi, onu temel hukuk prensiplerine hakim olmasını ve hukuk bilgisini geliştirmesi, konuyla ilgili öğreti ve uygulamadaki gelişmeleri dikkatle izlemeli bu sayede müvekkilini sorumluluğunu taşımaları ve müvekkile ait menfaatlerde rizikoyu en aza indirmelidir²³¹. Diğer taraftan vekalet sözleşmesinde avukatın üstlendiği işin açıkça gösterilmesi sorumluluğun kapsamının belirlenmesi açısından önemlidir. Vekalet sınırları aşılabılır ve iş görmenin sözleşme ile ilgisini ortadan kaldırıyorsa müvekkilin iradesine aykırı hareket ediyordur ve vekil artık vekaletsiz iş gören durumuna girmektedir²³².

Avukatın özen borcu hukuki ilişki kapsamında, özensiz davranarak üstlendiği edimi tam ve doğru biçimde yerine getirmemiş sayılacaktır. Özen yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemesi avukatı hem meslekî sorumluluğu ve disiplin yönünden soruşturma geçirmesine neden olur hem de müvekkilin zarar gören menfaatlerinin karşılanmasını gerektirir.

Özen yükümlülüğünün ihlali sebebiyle sorumluluğun sözkonusu olabilmesi için müvekkilin zarara uğramış olması, zararlar yükümlülük arasında nedensellik bağının bulunması gerekir. Müvekkilin malvarlığında zarar verici fiilin meydana gelmesi ile azalma gerçekleştiğinde zarar da doğmuş olmaktadır. Örneğin, avukatın özen borcuna aykırılık sebebiyle zararın doğduğu an olarak, yargılamaya devam edilmesinin mümkün olmayacağını kesin olarak anlaşılması gereklidir²³³. Müvekkil tarafından özen yükümlülüğünün ihlal edildiğinin ispat edilmesi halinde avukatın sorumluluktan kurtulmasını sağlayacak örneğin müvekkilin yazılı bir talimatı gibi kanıtlar sunmalıdır²³⁴. Müvekkil, yalnızca başarılı sonucun elde edilmediği ileri sürmeyecek aynı zamanda özen borcunun yerine getirilmediğini, mesleğin kurallarına uygun olmayan davranışlarda bulunmasının hayatın olağan akışına göre sonucun meydana gelmemesinde etken olduğunu ispat etmelidir²³⁵.

²³⁰ Başpınar, s.132.

²³¹ Özkan, s.189.

²³² Başpınar, s.202.

²³³ Başpınar, s.208.

²³⁴ Özkan, s.192.

²³⁵ Yavuz, s.599;Özkaya, s.360.

d-Avukatın Edimi Şahsen Yerine Getirme Yükümlülüğü

Avukatını güven ilişkisine dayanarak tercih eden müvekkil, yine bu güvenle doğru orantılı olarak verdiği vekaletnamede avukatına tevkil yetkisini de tanıyabilir. Tevkil yetkisi hukuki bir olay nedeniyle kendisine başvurduğu avukatın sözkonusu işe bir başka avukatı da konuya dahil edebilme hakkı tanınmasıdır. Nitekim AvKmd.171 avukat ve müvekkil arasından yapılacak yazılı sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça ve bu durumu gösteren bir hüküm bulunmadıkça avukatın işi bir başka avukatla birlikte takibi sözkonusudur.

Tevkil edilen avukat, işi şahsen yerine getirmekle bir alt vekil olarak yükümlü olur, alt vekil bağımsız olarak hareket eden ve vekalet işini yürütürken tevkil eden avukattan emir ve talimat almayan kişidir²³⁶.

AvK md.171/3 ile bu konuda yapılan düzenlemeye göre birlikte takip ettiği veya işi tamamen devrettiği avukatların kusurlarından ve meydana getirdikleri zarardan dolayı müvekkile karşı hem şahsen hem de diğer avukatla birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaktır ve tevkil edilen avukatın kusuru nedeniyle ortaya çıkan bir zarardan dolayı muaf olamayacaktır.

Avukatlık Kanunu md.171/3 ile getirilen düzenleme BK.md.391 ile getirilen vekilin tevkil yetkisinden farklıdır. Zira, BK.'ya göre vekil olan kişi tevkil yetkisini kullanırken ve talimat verirken özen gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulmakta iken AvK avukatın tevkil olunanın kusurlarından meydana getirdiği zararlardan dolayı hem şahsen hem de diğer avukatla birlikte müşterek müteselsilen sorumlu olacak ve bu sorumluluktan kurtulma imkanı yoktur²³⁷. Bu düzenleme esasında avukatlık mesleğinin güven ilişkisi temeline dayanması ve bir yerde mesleğin itibarının korunması amaçlarını taşımaktadır. Tevkil yetkisiyle işi yerine getiren tevkil edilen avukatın ile müvekkile verebileceği zararlardan Borçlar Kanunu md.100 nedeniyle asıl avukatın sorumluluğunu getirecektir. Vekalet sözleşmesinde vekilin yerine geçen vekilde ilke olarak yardımcı kişidir²³⁸. Avukatlık Kanunu'nda bulunan özel düzenleme nedeniyle asıl avukatın sorumluluktan BK md.100 kapsamında sorumluluktan kurtuluşu sözkonusu olamayacaktır.

²³⁶ Özkan, s.194.

²³⁷ Özkan, s.197.

²³⁸ Eren, s.1033.

Tevkil olunan avukatında işi özenle, kusursuz biçimde görme yükümlülüğü vardır ve bu durum kanundan doğan tam teselsül halidir²³⁹. Tevkil olunan avukat kendisi aleyhine tazminat talebi sözkonusu olduğundan bu talebe karşı alt vekil olduğunu gerekçe gösteremeyecek ve o da tazminat ödemek zorunda kalabilecektir.

Her iki vekil de iş görme ile amaçlanan sonuca ulaşılması bakımından, yaşam deneyimleri ve işlerin normal akışına göre gerekli davranış ve girişimlerde bulunduğu ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçındığı, işi özenle yerine getirdiği ispat olunarak kurtulabilir²⁴⁰.

e-Vekillikten Haksız Çekilmeme Yükümlülüğü

Avukatın sorumluluğunu aldığı bir işin amacına uygun olan hukuki çalışmayı yapması ve beklenen sonucu gerçekleştirmek için hareket ederek, neticelendirmesi gereklidir.

Avukatın kendisine gelen bir işi sebep göstermeden reddetme hakkı vardır(AvKmd.37). Avukata tanınan bu hak sözkonusu iken avukatın takip ettiği bir davada eğer geçerli bir sebebi yoksa çekilemez. Sözkonusu hüküm ile avukata işini getiren kişiyle, yapılan görüşmede konunun değerlendirilmesi, belgelerin incelenmesinden sonra avukat hukuki bir açıklama yapmak zorunda dahi olmadan işi reddedebilecektir. Ancak işi aldıktan sonra tüm bu süreçleri geçiren avukat iş konusunda kendi bilgi birikimi ışığında konuyu inceleyerek, belli bir düşünme süreci de geçirerek işi üstlenmeyi kabul etmiştir. Müvekkilde avukatın yaptığı inceleme sonucunda davayı almaya karar vererek belli bir hukuki süreci başlatması neticesinde, avukatına güven duymaya başlamıştır. Haklı bir sebebin varlığı olmadan, işi prosedür başladıktan sonra bırakmak isteyen avukat müvekkilini zor durumda bırakacak, müvekkilin çözüme ilişkin inancını etkileyecek ve tüm süreci yeniden yaşamasına neden olacaktır.

AvKmd.174 ile avukatın haklı bir sebep olmadan işi takipten vazgeçmesi halinde ücret isteyemeyeceğini düzenlemiştir. Avukatın müvekkili ile yaptığı sözleşme gereğince vekalet ücretini peşin vermesi kararlaştırılmış ancak gereken ücret ödenmemiş olması halinde avukat işe başlamakla zorunlu değildir. Bu sebeple doğabilecek her türlü sorumluluk iş sahibine ait olacaktır.

²³⁹ Sungurtekin, s.389.

²⁴⁰ Sungurtekin s.390.

İstifayı haklı kılan bir sebebin bir müvekkil davranışı veya isteminin sözkonusu olması halinde haklı sebep sözkonusu olacaktır²⁴¹. Avukatın belli bir işi takipten veya savunmadan isteği ile çekilmesi halinde o işe ait vekalet görevi, durumu müvekkiline tebliğinden itibaren onbeş gün süre ile devam eder. Vekillik görevinden ayrılan avukat davanın mevcudiyeti halinde durumu mahkemeye bildirir bu sayede mahkemenin yaptığı usul işlemlerinde temsil sorumluluğu ve bu görevden doğan işlem sorumlulukları ortadan kalkar. Vekil istifasını bildirmek için mahkemeye katılmalı ya da yazılı bildirim yapmış ise müvekkilini haberdar ederek duruşmada bulunmasını sağlamalıdır aksi halde davanın karşı tarafça takip edilmemesi sözkonusu olacaktır. Vekil kendisine istifasını bildirme ve onbeş günlük sürede devam eden sorumluluğu döneminde kendisine ulaşan işlemlerle ilgili olarak hala sorumluluk taşıdığından bu dönemde süreli işlemleri yapmakla mükellef olacaktır.

f-Müvekkilin Talimatına Uygun Davranma Yükümlülüğü

Avukatlık sözleşmesi, müvekkile, avukatın iş görme borcu nasıl yerine getireceği konusunda talimat verme hakkı sunar²⁴². Avukatın talimata uyma yükümlülüğü avukatın müvekkilini aydınlatma yükümlülüğü ile çok yakından ilgilidir zira müvekkilin hukuk bilgisinin hiç ya da çok az olduğu gerçeği göz önünde bulundurularak avukatın müvekkilini talimat verdiği konularda bilgilendirip aydınlatması gerekir²⁴³.

Müvekkilin uymakla yükümlü olduğu iradesi, açık ya da muhtemel irade olarak kendini gösterir ki şartların değişmesi ve müvekkilden talimat alma olanağı bulunmaması halinde muhtemel iradeden sözedilir²⁴⁴. Bu yükümlülük Avukatlık Kanunu'nda açıkça düzenlenmekle birlikte öğretide hakim görüş ve uygulamaya göre, BK. vekilin talimatlarına uyma yükümlülüğünü düzenleyen md.389'un avukat- müvekkil ilişkisine uygulanacağı kabul edilmektedir²⁴⁵. Ancak, avukatlık mesleği gibi bilimsel esaslarla göre yürütülen ve meslek mensuplarının ağırlaştırılmış özen yükümlülüklerinin ve üst düzeyde sorumluluklarının sözkonusu olduğu faaliyet alanlarında, müvekkilin talimatları sınırlı bir çerçevede olacaktır²⁴⁶. Avukatın, AvKmd 1 ile ifade bulan bağımsızlığı avukat bir vekalet sözleşmesi gereğince bir işin yapılmasını üzerine almakla müvekkilin emri altına girmesi anlamına gelmeyecektir.

²⁴¹ Özkan, s.203.

²⁴² Özkan, s.208.

²⁴³ Şehirali, s.438.

²⁴⁴ Şenocak, s.351.

²⁴⁵ Şehirali, s.438.

²⁴⁶ Özkan, s.209.

Avukatın dava konusu işle ilgili fikirlerini ve kanaatlerini her koşulda ifade etme özgürlüğüne sahiptir. Avukat, hukuki ilişkilerin düzenlenmesinde ve uyuşmazlıkların çözümünde hukuk kurallarının tam ve doğru olarak uygulanması için AvKmd.2 gereğince yetkili mercilere yardım etme görevlidir²⁴⁷.

Başarı ve masraf rizikosunu yüklenen müvekkil olmakla birlikte avukatın talimat almasının da istisnaları mevcuttur²⁴⁸. Örneğin, haksız, dürüstlük ya da hukuka aykırı talimatlara uyulması avukattan beklenemez. Müvekkilin menfaatlerine zarar tehlikesi taşımaması şartıyla avukat kendi kararını müvekkilinin kararı yerine geçirebilmektedir²⁴⁹. Avukat müvekkili tarafından kendisine verilen talimatı, olayın şartları bakımından değerlendirecek, talimatın açıkça hukuka aykırı ve yolsuz (AvKmd38/a) olması, müvekkile fazlasıyla zarar vermesi, anlamsız ve hiçbir sonuç doğurmayacak²⁵⁰ bir talimat olması gibi ihtimallerin varlığı halinde müvekkilin talimatına uyması kendisinden beklenemeyecek, bu durumda teklifi ve talimatı reddederek vekalet görevinden çekilecektir.

Talimata uyma yükümlülüğünün görülebileceği haller, müvekkilini iş konusunda aydınlatmış ve netice de bir davanın açılması ya da başka bir yolun izlenmesi gibi bir konuda müvekkilin dava açılması talimatına uyması, devam etmekte olan bir dava da hasım tarafla görüşmeler yapılması ya da uzlaşma yoluna başvurarak davanın sulh yoluyla sonuçlandırılması gibi talimatı gibi olabilecektir. Müvekkili bu gibi durumlarda aldığı kararlar ilgili iradesinin oluşmasında hata veya hile gibi unsurun varlığı anlayan avukat talimata uymayacağı gibi sadakat yükümlülüğü gereği müvekkilini de uyarmalı ve mevcut durumu tüm açıklığı ile ortaya koymalıdır.

Avukata verilen talimat açık değil veya eksik ise açık olmayan talimatı açıklığa kavuşturma ya da eksikliği gidermek için müvekkile bir daha sormalı ancak tekrar başvuru müvekkile zarar verebilecek gecikmelere sebep olabileceksen bu durumda kendi görüşü ve bilgisi doğrultusunda hareket etmek zorunda olacaktır²⁵¹. Özel uzmanlığından ötürü iş

²⁴⁷ Kayhan F.: Hukuk Davalarında Avukatlık Sanatı, Ankara 1994, s.22.

²⁴⁸ Özkan, 209.

²⁴⁹ Özkan, s.209.

²⁵⁰ Şenocak, s.352.

²⁵¹ Şenocak, s.352.

kendisine verilmiş olan avukat, müvekkilin kendisine vermiş olduğu talimattan endişe ve tereddüt duyuyorsa müvekkilini bu konuda ikaz etmelidir²⁵².

Avukat, müvekkilinden gelen bir talimatın etki ve sonuçları hakkında müvekkiline yeterli ve detaylı bir açıklama yapmış, sonuçların müvekkile zarar vereceği konusunda onu uyardığı halde müvekkil halen ısrarcı bir tutumla talimat vermeye devam ederse, avukata düşen bu durumu kayıt altına alarak talimat uyma olacaktır ki, bu durumda avukatın sorumluluğundan bahsetmek söz konusu olmayacaktır.

Talimatı gerektiren bir başka halde, problemlili veya dava ile ilgili ve önceden bilinmesi olanaksız yeni durumların ortaya çıkabileceğini öngördüğü hallerde, kendisini sorumluluktan kurtarmak için alternatif nitelikli talimatlar alma yoluna gitmelidir²⁵³.Avukatlık sözleşmesinden doğan talimat verme hakkını müvekkilin en ince ayrıntısına kadar talimat vermek suretiyle kullanmak zorunda değildir, aksine yönlendirici genel talimatlar verecek avukat bilgisi ile talimatı en doğru biçimde kullanacaktır²⁵⁴.

Müvekkil tarafından verilen talimatın içeriğinin hukuki sonuçları bakımından müvekkiline zarar verici olduğunu tespit eden avukatın, bu talimata uymayarak, müvekkilini talimata neden uymadığı konusunda bilgilendirmesi halinde sorumluluğu sözkonusu olmayacaktır. Riziko doğması halinde avukat oluşan zararın meslekî faaliyeti nedeniyle doğmadığını ileri sürebilecektir.

g-Konuyu Hukuki Yönden Değerlendirme Yükümlülüğü

Hukuki düşüncelerin çeşitliliği ve hukuki ve fiili belirsizlikler, davanın başarı şansı hakkında kesin bir tahminde bulunmayı ve davanın kazanılmasıyla ilgili olarak garanti vermeyi imkansız kılmaktadır²⁵⁵. Örneğin, ihalenin feshi davasını kaybeden kişi temyiz yolunu denemiş ve istediği sonucu elde edememiş halde avukata başvurarak karar düzeltme yolunu talep ettiğinde avukat ihalenin feshinin kanunda belirlenmiş ölçütlerinin ne olduğunu bilmeli ve bu yolun müvekkile sonuç getiremeyebileceğini açıklamalıdır.

²⁵² Özkan, s.212.

²⁵³ Özkan, s.211.

²⁵⁴ Özkan, s.211.

²⁵⁵ Şenocak, s.346.

Kaynağını Alman hukukunda bulan ve Türk hukukunda da geçerli kabul edilen “en güvenilir yolun seçilmesi ilkesine göre avukat dava takip ederken veya belli bir somut olayla ilgili görüş bildirdikten sonra, sorunun çözümü için birden fazla hukuki yolun bulunması halinde müvekkilin menfaatine en uygun yolu seçmekle yükümlüdür²⁵⁶. Avukatın bu yükümlülüğü, ona vekalet aktinde olduğu gibi bir sonuç sorumluluğunu yüklediği anlamına gelmez, müvekkilini bilgilendirerek amaçlanan hedefe ulaşmayı sağlayacak rizikosunu en düşük avantajı en yüksek yolu tavsiye etmelidir²⁵⁷. En güvenilir yolun seçilmesi ilkesinin uygulanması, bir hukuki uyuşmazlığın çözümü sırasında karşılaşılabilecek riskleri en aza indirme amacına hizmet eder²⁵⁸. Örneğin, evinde bulunan kiracıyı tahliye için kendisine başvuran müvekkile avukatın mevcut ihtarnameleri inceleyerek iki ihtarın mevcudiyetini görüp, ilk ihtardan sonra ödeme olduğu bilgisini aldığı anda davayı temerrüt nedeniyle tahliye değil iki haklı ihtar yoluyla tahliyeyi önermesi gibi.

Avukat, yasa değişikliklerini düzenli olarak takip etmeli, kendisine değişime açık tutmalı, Yargıtay’ın ve mahkemelerin güncel kararlarını incelemeli bu çalışmaların sağlanması için internet imkanının sağlanması, konu ile ilgili hizmet veren dergi gibi aboneliklere başvurmalı, hukuki seminer ve konferansları takip etmelidir. Yapılacak çalışma ve araştırmalarda tercih edeceği konu ve harcayacağı zaman avukatın önüne gelen konunun aciliyet gerektirip gerektirmediğine göre değişecektir.

Rizikoyu açıklama yükümlülüğü, dolaylı olarak Meslek Kuralları md. 34 de yer alan avukat müvekkiline davanın sonucu ile ilgili hukuki görüşünü açıklayabileceği fakat bunun bir teminat olmadığını müvekkiline ifade etmesi gerektiği kuralıyla ilişkilendirilebilir.

Avukat, kendisine başvuru bir konu hakkında müvekkilinden aldığı bilgilerle yetinmeyecek, konu ile ilgili belgelerin teminini isteyecek, kendisine sunulan bilgileri yeterli görmemesi halinde konu hakkında araştırma yapmalı, gerek yargı kararları gerek doktrinde konu hakkında incelemelerde bulunmalı ve nihayet bu bilgiler ve değerlendirmeler ışığında uygulanacak hukuki yolun başarı şansını tahmin edebilmelidir. Bu tahminin anlamı davanın veya işin yüzde yüz müvekkili lehine sonuçlanacağından emin olması anlamına gelmeyecektir. Yapılacak nitelendirme müvekkilinin beklediği sonucu getirmeye ne kadar yakın olduğu noktasında toplanacaktır. Zira hukuki meselelerde birçok konuda delillerin

²⁵⁶ Şehirli, s.436.

²⁵⁷ Şenocak, s.349.

²⁵⁸ Şehirli, s.436.

değerlendirilmesi, kanun maddelerinin yorumunun yapılması, hakimin takdir hakkının kullanılması sözkonusu olacaktır. Avukat incelemesi neticesinde işin kesin olarak olumsuz olarak sonuçlanabileceğini belirlemişse bu durumda müvekkilin hukuki yolu deneme talebine rağmen işlem yapması sorumluluğuna neden olabilecektir. Bağımsız ve özel bilgi gerektiren bir meslek olan avukatlığın gereği, avukatın öncelikle bilgi ve becerisini bu noktada göstermesi önem arzeder ve göz göre göre aleyhe bir durum çıkacağını bilmesi kendisinden beklenecektir.

Önüne gelen bir meseleye tıpatıp benzeyen bir mesele hakkında yüksek mahkeme kararı bulunsa bile avukatın, davanın başarı şansı hakkında garanti vermesi hatalı olur, zira yerleşik kararlardan bile dönülerek başka kararlar verilebilir²⁵⁹. Uygulamada, verilen bir kararın ya da izlenen bir usulün her zaman hukuk ilminde açıklandığı şekilde olması beklenemez. Örneğin, bir eczacının bir kurumla askıya alınan sözleşmesi hakkında açılan dava da ihtiyati tedbir talebi başvurusu yapıldığında, ihtiyati tedbirde zarar doğması müvekkil için çok büyük anlam ifade ederken, talebin hakimi bu konuda işin esasını ilgilendirdiği gerekçesiyle tedbir kararı vermeyebilir. Avukat hiçbir zaman müvekkiline işin istedikleri gibi olacağı garantisini veremez.

Avukat, özenle gerçekleştirdiği bir değerlendirme sonucunda, masraf rizikosunu taşımakla birlikte başarı umudunu haiz bazı tedbirler aldığı anda, yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır²⁶⁰. Avukat açılacak dava, icra takibi ya da başvurulacak kanun yoluna müvekkilin kültür düzeyi, maddi durumu gibi hususları da dikkate alarak ne miktarda masraf yapılabileceği konusunda da müvekkilini bilgilendirmeli, davanın kaybı halinde ödenebilecek harçlar ve karşı taraf vekalet ücretinin neler olabileceğini müvekkiline açıklamalı ve sözleşmesinde bu yönde bilgi verildiğini açıklamalıdır²⁶¹.

Hukuki alanda bilgisi olmayan müvekkilin, avukatı yapılan değerlendirme sonucunda ortaya çıkan dava hakkındaki görüşüyle ilgili konuyu anlamasını sağlayacak şekilde bilgilendirilmeli, rizikonun neler olabileceği konusunda tereddüt duymayacağı bir konuyu anlaması sağlanmalıdır. Müvekkil içinde bulunduğu beklenti ile yanlış anlama ve konunun kendi beklentisi yönünde gelişmesi ve yol almasını isteyecektir. Örneğin, bir hakaret

²⁵⁹ Şenocak, s.347.

²⁶⁰ Özkan, s.221.

²⁶¹ Özkan, s.222-223.

davasının sanığı ise sarfettiği sözlerin hakaret olarak nitelendirilemeyeceğine inanmakta ancak o kelime hukuki olarak hakaret olarak kabul edilebilir.

Bu yükümlülükte sorumluluktan kurtulmasının yolu, müvekkilin seçilen yolun riskleri konusunda müvekkilin yeterince aydınlatılması durumudur. Müvekkil hiçbir şans görmüyorsa derhal işi reddetmeli, izlenebilecek ihtimaller konusunda seçenekleri iyice araştırmalı, konuyu müvekkile aktarmalı ve konu ile ilgili kendi görüş ve tavsiyelerini müvekkile paylaşarak, sonuca gitmelidir. Müvekkilin amaçladığı hedefe ulaştırabilecek daha az emin başka yollarda bulunabilir ki bu durumda avukat hukuki güvenceden yoksun ama amaca uygun yolu seçebilir bilahare kesinleşecek olan mahkeme kararının müvekkilinin daha lehine olduğunu olacağını düşünerek dava sürmekte iken teklif edilen sulh teklifini kabul etmemeyi müvekkiline öğütleyebilir²⁶².

Avukat, sözleşmenin kurulmasından önce iş reddetmişse ya da davayı almaktan vazgeçmişse, bu durumu iş sahibine gecikmeden bildirmesi zorunludur(AvK md.37). Aksi halde “sözleşme öncesi” yükümlülüğü kapsamında müvekkilin koşulları varsa tazminat isteme talebi sözkonusu olabilecektir.

Davanın çözümü bir matematik problemi olarak görülemeyeceğinden, avukattan beklenen davanın sonucu hakkında kesin bir bilgi vermesi değil, sadece davanın görülmesi sırasında ortaya çıkabilecek olasılıklarla ilgili müvekkilini aydınlatması, bu edimi bilgi birikimi, yargı kararları gibi araçlarla yapmasıdır²⁶³.

Başarı şansı olmayan bir dava açılmışsa, avukat müvekkilinin davanın kazanılması şansı hakkında hiç veya gereği gibi aydınlatmadığı farzedilir, avukat bir gereği yerine getirdiğini yeterli ve açık seçik olarak müvekkili aydınlattığını, dava açılmasını haklı kılan sebeplerin olduğunu ispat etmedikçe tazminat yükümlülüğünden kurtulamaz²⁶⁴.

h-Avukatın Dosya Tutma ve Müvekkiline Hesap Verme İlgili Yükümlülüğü

Avukatın üzerine aldığı işle ilgili olarak her iş ve mütalaa için dosya tutmakla yükümlülüğü AvK md.52 ile düzenlenmiştir. Zira avukatın görüşmelere ilişkin ispat kolaylığı

²⁶² Özkan, s.216.

²⁶³ Şehirali, s.435.

²⁶⁴ Şenocak, s.349.

sağlaması açısından tutanak düzenleme hakkı mezkur kanunda düzenlenmiştir. Avukatın dosya tutması, kendisine gelen işin ilk andan itibaren hangi yönde işlediği, yapılan işlemlerin avukatın sorumluluğunu ortadan kaldıracak şekilde kanun ve meslek kurallarına uygun yapıldığını, takip edilen dava ve işler hakkında sürelere uyulduğu, işin her safhada özenle yapıldığını ispat açısından oldukça önemlidir.

Diğer taraftan, düzenli bir dosyanın tutulması, meslekî sorumluluk sigortası yaptıran bir avukata yöneltilen tazminat talebinde sigorta şirketinin riziko konusunda inceleme yapmasını sağlamak ve haksız tazminat taleplerinin önlenmesini sağlamak bakımından da önemli bir delil niteliği teşkil etmektedir.

Avukatın dosyasında, dava dilekçesi, duruşma tutanakları, celselerden sonra kendisine sorumluluk yükleyen ara kararların yapıldığının ispatında, çekilen fakslara ilişkin raporlar, bilgi için gönderilen e-maillerin dosya içerisinde bulunması, alınan özel notlar ve tutanaklarda avukatın özenli edimine ispat aracıdır.

Hesap verme yükümlülüğü, AvK md.34 ve Meslek Kuralları md.43 ve vekalet sözleşmesi ile ilgili BK md.392 çerçevesinde ele alınmalıdır. BK'da yer alan düzenleme hesap verme yükümlülüğünün yanısıra vekilin üstlendiği vekalet görevini ifa için veya ifa dolayısıyla aldığı şeyleri müvekkile verme yükümlülüğünü de düzenler²⁶⁵. Avukatın müvekkili adına dava neticesi, bir senet veya çekin tahsili ile elde ettiği paraları veya diğer şeyleri gecikmeksizin müvekkiline bilgi verir ve en kısa zamanda teslim eder.

Müvekkilin, güvenerek vekalet verdiği avukatın işi nasıl yürüttüğü ve sonuçlandığını bilme konusunda hakkı mevcuttur ve hesap verme yükümlülüğüne vekalet alınıp işe başlandıktan sonra işin yürütümü hakkında müvekkili bilgilendirmesi dahildir²⁶⁶.

Dar anlamda hesap verme yükümlülüğü hem vekil hem müvekkil yararına; geniş anlamda hesap verme yükümlülüğü ise vekilin sadakat ve özen yükümlülüğünün bir parçasıdır²⁶⁷.

²⁶⁵ Özkan, s.233.

²⁶⁶ Özkan, s.235.

²⁶⁷ Özkan, s.236.

Vekilin yerine getirdiği iş dolayısıyla tahsilini ve ifasını sağladığı para, mal, kıymetli eşya üzerinde AvKmd.161/1 gereğince avukatlık ücreti ile yaptığı masraflar sözkonusu ise bu değerler üzerinde alacağı kadar hapis hakkı mevcuttur.

Avukatın hesap verme yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, müvekkil sadece bu edimin yerine getirilmemesi değil, aynı zamanda vekilin vekalet işi dolayısıyla aldığı ve kendisine geri vermesi gereken para ve diğer kıymetlerin getirisi ile birlikte iadesini ve vekaletin gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan tüm zararının tazminini isteyebilecektir²⁶⁸. Avukatın tahsil ettiği paraları müvekkiline bildirmeyerek kendi özel harcamalarında kullanması da aynı biçimde sorumluluğuna neden olacaktır.

Diğer bir yükümlülükte, avukatın elinde bulundurduğu evrakları saklama ve talebi halinde iade yükümlülüğüdür. Avukat işi tasfiye ettiğinde gelinen aşamayla ilgili belgeleri müvekkiline vermekle yükümlüdür.

Avukatın üzerine aldığı vekalet görevi sebebiyle müvekkilinden aldığı ve müvekkili için almış olduğu belgeler, elde bulunan evrak kavramında düşünülebilir²⁶⁹. Müvekkili ile arasındaki ilişkide söz konusu olan mektuplar ve belgelerin aslı veya sureti müvekkilde bulunmakta ise iadesi gerekmez²⁷⁰. Avukatın hazırladığı masraf makbuzları, kendisi tarafından gerçekleşen ödeme belgeleri, dava hakkında tuttuğu özel notlar, görüşmeler ilişkin notları avukata aittir.

Dava devam ederken avukat azledilirse, azlolunun vekil davanın devamının müvekkilin menfaati için önem arzemesi nedeniyle tüm belgeleri iade etmelidir.

Avukat, AvK md.39'a göre, kendisine tevdi olunan evrakı, vekâletin sona ermesinden itibaren üç yıl süre ile saklamakla yükümlüdür. Eğer evrakın, geri alınması müvekkile yazı ile bildirilmiş olduğu hallerde saklama yükümlülüğü, bildirme tarihinden itibaren üç ayın sonunda sona erecektir.

²⁶⁸ Özkan, s.238.

²⁶⁹ Sungurtekin, s.435.

²⁷⁰ Özkan, s.230.

Özellikle sorumluluk ve tazminat açısından, avukat iade yükümlülüğünü yerine getirirse de kendisi için birer örnek bulundurmalı, gerekli olduğu durumlarda bu belgeleri kullanabileceğini göz ardı etmemelidir.

2-Avukatın Sözleşme Dışı (Haksız Fiil) Sorumluluğu

Taraflar arasında bilgi aktarımını konu edinen bir sözleşmenin varlığı halinde aktarılan bilginin hatalı olması nedeniyle uğranılan zararın tazmini için doğrudan doğruya sözleşme ilkeleri uygulanacaktır²⁷¹. Avukatın aralarında sözleşme ilişkisi bulunmayan bir kişiye hukuki bilgi vermesi sonucunda kişinin zarara uğramasına yol açıyorsa avukatın hukuki sorumluluğu BK. md.41/1 ile düzenlenen haksız fiili hükümleri uyarınca söz konusu olacaktır. Haksız fiil, hukuka aykırı bir davranış sonucunda meydana gelen zararı tazmin etme borcunun doğmasına neden olan kişinin sorumluluğunu gerektirmektedir²⁷². Avukat, hukuki ilişki içinde olmadığı bir kişiyle sözleşme ilişkisi kurmayı sağlamak amacı ile bilgi aktarabilir.

Avukatın, müvekkiline ya da vekalet ilişkisine dayalı bir ilişkisi olmayan üçüncü bir kişiye karşı hukuki sorumluluğunu gerektiren ve sorumluluk sigortasına konu olan diğer sorumluluk hali de haksız fiil sorumluluğudur. Avukatın kendisinden hiçbir talebi olmadığı halde hukuki sorunu bulunan bir kişiye vermiş olduğu yanlış bilgi ve tavsiyelerinden doğan sorumluluğu md.41 ve devamı maddelerine dahildir²⁷³. Avukatın herhangi bir ücret almadan ya da yükümlülük altına girmeden bir kimseye bilgi veya tavsiye vermesi halinde de haksız fiil sorumluluğu sözkonusudur.

Yanlış bilgi veya öğüt verme ya da tavsiyede bulunması halinde hallerinde, doğrudan ya da dolaylı bilgi alıcısı durumundaki kişiler zarar görebilir²⁷⁴. Dolaylı bilgi aktarımında bilgi alan ve bilgiyi veren arasında doğrudan bir ilişki yoktur. Bilgi alıcısı, bilgiyi doğrudan kaynağından almakta ancak bilgiyi verenle doğrudan teması olmamaktadır. Televizyon ya da radyo programlarında bir hukukçunun konuk olarak katılması, bireysel olarak program yaparak katımcıların hukuki problemlerine çözüm için bilgi verilmesi, gazetelerde yer alan hukuk bölümlerinde mektup ya da elektronik posta aracılığıyla sorulan soruların cevaplandırılması, internet sitelerinde hukuki danışmanlık hizmetlerinde bulunulması gibi

²⁷¹ Gürpınar, D.:Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, İzmir 2006, s.73.

²⁷² Tandoğan H.:Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s.27(Mesuliyet Hukuku).

²⁷³ Şenocak, s.365.

²⁷⁴ Gürpınar, s.49.

hallerde dolaylı bilgi aktarımı gerçekleşmektedir. Bilgiyi verenle bilginin alıcısı olarak zarar gören arasında kanal sahipleri, gazete sahipleri, internet sunucuları gibi başka bir kişiler bulunur²⁷⁵. Aracı kişiler ile bilgiyi veren avukat arasında ya da aracı ile zarar gören kişi arasında sözleşme ilişkisi bulunabilir. Sözleşmelerin varlığı hatalı bilgi aktarımı nedeniyle zarar görenin, sözleşme sorumluluğuna göre tazminat istenmesi için yeterli değildir; zarar gören ve bilgi alan arasında sözleşmenin varlığı koşulu sağlanamamıştır²⁷⁶. Zarar görenin, verdiği hukuki bilgi nedeniyle zararı için avukata başvurmasını sağlayabilecek yol haksız fiil hükümleri olacaktır. Haksız fiile konu eylem ve oluşan zarar, avukatın mesleki faaliyetine konu olan bir işin ifası sırasında gerçekleştiği için mesleki sorumluluk sigortasına konu olabilecek ve zarar sigortacı tarafından karşılanacaktır.

Kusur sorumluluğu, sözleşme dışı hukuka aykırı, kusurlu bir davranışla bir kimseye verilen zararın giderilmesini düzenler²⁷⁷. Haksız fiilden doğan borç, sözleşmeden veya daha geniş bir ifadeyle hukuki işleminden doğan borçtan farklı olarak bir tazminat borcudur, bir sorumluluk halini ifade etmektedir²⁷⁸.

Haksız fiilin unsurları arasında yer alan davranış, olumlu ya da olumsuz(yapmama) bir hareketten kaynaklanabilecektir²⁷⁹. BK.md.41/1 de yer alan düzenleme de hangi haksız fiillerin hukuka aykırı sayılacağı açıkça belirtilmemiştir²⁸⁰. Bir şahıs hareketsiz kalacağı yerde, belirli bir harekette bulunarak hukukun kendisine sorumluluk yüklediği bir sonucun meydana gelmesine sebep olabilir. Avukatın bilgiyi yanlış ya da eksik vermesi, hukuki konu hakkında bilgiyi ihmali hareketiyle susarak vermemesi, bir dava sonucunda hükmedilen alacak tutarını tahsil ettiğini müvekkiline gerekli özeni göstermeyerek bildirmemesi gibi hallerde haksız fiilin davranış unsuru gerçekleşmiş olur. Mesleki sorumluluk sigortası kapsamında bir haksız fiil sorumluluğunun doğması için, avukatın bilgiyi verirken gerekli özeni göstermeyerek ihmali hareketi sonucunda bir kişinin zararına neden olması gerekmektedir. Avukat, sözleşme ilişkisi bulunmayan bir kişiye verdiği hukuki bir görüşün ya da kendisinde temyiz aşamasına gelen bir dosyada yazılı mütalaanın bu kişilerin yanlış bir kanaat edindiklerini anlamasına rağmen bu yanlışlığı gidermez ise haksız fiilden sorumlu olacaktır.

²⁷⁵ Gürpınar, s.74.

²⁷⁶ Gürpınar, s.74.

²⁷⁷ Eren, s.468.

²⁷⁸ Tekinay, s.474.

²⁷⁹ Tekinay, s.484.

²⁸⁰ Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s.17.

Mesleki sorumluluk açısından eksik bilgi verilmesinin başka bir yönden incelenmesi de önemlidir. Avukat sözleşme ilişkisi ile hukuki danışmanlık verdiği bir televizyon kanalının canlı yayına telefonla katılarak kendisine yöneltilen sorulara yeterli bilgisi olmadığı halde cevap verebilir. Uzmanlık alanını öncelikle belirtmiş ve kendisine yöneltilen sorunun bu uzmanlık alanına girmediğini bildiği halde ya da mesleki prestiji için bilgisinin eksik olduğunu söyleyerek kendisine danışan kişiyi yanlış yönlendirmesi neticesi zararlı bir sonuca yol açılabileceğini bilerek bilgi veren avukatın bu davranışı kasıtlı bir davranış olacaktır. Kasıt içeren bir davranış ise sigorta korunmasında olmayacaktır. Diğer taraftan avukat bilginin eksik olabileceğini ifade ederek, danışılan konu hakkındaki belgelerin incelenmesi ve bir hukukçu ile yüz yüze konuşulması gerektiğini aktardığı bilgiye ek olarak ifade ederse bu durumda sorumluluğu sözkonusu olmayacaktır.

Zarar, sorumluluğun ve tazminat borcunun en önemli unsuru olarak, haksız fiil sonucu kişinin malvarlığının uğradığı iradesi dışındaki azalmadır. Zarar yani malvarlığında meydana gelen eksilme, aslında zarar görenin zarar verici olaydan sonra malvarlığının gösterdiği iki durum arasındaki fark için haksız fiil nedeniyle tazminat istenebilmesi Ceza Kanunu ya da diğer kanunlarda yer alan normlara dayanmaktadır²⁸¹. Haksız fiilin bir diğer unsuru da uygun nedensellik bağının mevcut olmasıdır. Avukatın fiili ile zarar gören kişinin zararı arasında uygun bir bağ olmalıdır. Olay, bir zararı gerçekleştirmeye elverişli ya da zararın gerçekleşme ihtimalinin önemli ölçüde artmış olması gerekir²⁸². Olayların olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine göre ortaya çıkan zararı doğurmaya elverişli olan sebebin hukuken önemli görülerek sorumluluğun bu şekilde sınırlandırılmasına imkan vermektir²⁸³. Avukatın verdiği hukuki görüş nedeniyle bilgiyi alan bir kişi avukatın yanlış bilgi ermesi sonucunda zarara uğradığını ispatlamalıdır.

Meslekî sorumluluk sigortasının devreye girmesi, ancak avukata karşı haksız fiile dayalı bir tazminat davası açılması halinde mümkündür²⁸⁴.

Avukatın müvekkiline ait parayı iade etme yükümlülüğü ya da çifte temsil yasağı Avukatlık Kanununda düzenlenmiştir. Bu gibi hallerde iş sahibinin, avukata karşı sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesine dayalı tazminat talebi ile haksız fiile dayalı tazminat

²⁸¹ Şenocak, s.365.

²⁸² Eren F.:Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s.143(Uygun İlliyet Bağı).

²⁸³ Eren, Uygun İlliyet Bağı, s.54.

²⁸⁴ Şehirli, s.440.

talebi arasında hakların yarışması sözkonusu olmakta ancak sözleşmeye dayanan tazminat sorumlulukta iş sahibinin avukatın kusurunu kanıtlama zorunluluğu kalmayacaktır²⁸⁵. Avukatın haksız fiili sorumluluğuna örnek olarak, müvekkiline ait olan ve yapılan hukuki işler neticesinde kendisine tavsiye edilen paraları teslim etmemesi sonucu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nu md.257 ile düzenlenen emniyeti suistimal suçunu işlemesi sayılabilir. Görevin kötüye kullanılması, görevin gereklerine aykırı surette hareket etmesi sonucu kişilere zarar vermesine neden olmaktadır.Türk Ceza Kanunu'nun 204 .maddesinde düzenlenen resmi bir belgenin kullanılması hali de haksız fiili sözkonusu olabilecektir.

Tazminat sorumluluğuna neden olan bir diğer haksız fiil sorumluluğu ise BK.md.41/2 ile düzenlenen ve ahlaka aykırı bir fiil ile başkasına bilerek zarar veren kişinin bu davranışı nedeniyle ortaya çıkan zararı tazmin etme borcudur. BK.md.41/1'e göre yazılı olmayan bir davranış kuralını ihmal olarak ihlal eden fail tazminat borcunu öderken, BK.md.41/2'ye göre zarar doğurucu davranışın kasıtlı yapılması aranmaktadır²⁸⁶.Genel ahlaka aykırı bir davranışla başkasına zarar veren kişinin davranışı haksız fiile konu olacağından karşı tarafın zararını tazmin etmek zorundadır²⁸⁷. Sorumluluk hukukunda genel ahlak kurallarına aykırılık, sözleşme geçerlilik şartlarına aykırılıkta olduğu gibi kabul edilmektedir²⁸⁸. Ahlaka aykırılığın varlığını tespit hakimin mevcut hukuk kuralları, somut olayın koşulları ile zarar verenin hukuka uygun davranışındaki çıkar ile zarar görenin uğradığı kayıp arasındaki oransızlıkla belirlenecektir²⁸⁹.

TTK md.1278 ile getirilen düzenlemeye göre sigortacı sigorta ettirenin veya sigortalının kasten verdiği zararlardan hiçbir şekilde sorumlu tutulamaz. MSSGŞ A.3.(b)'de yer alan düzenlemeye göre de meslekî faaliyetin yerine getirilmesi sırasında sigortalı tarafından kasten sebep olunan her türlü olay ile davranışları sigorta teminatı dışıdır. Sözkonusu hükümler karşısında BK.md.41/2'e göre ahlaka aykırı olarak kasıtlı olarak ahlaka aykırı bir davranışla bir kimseye zarar veren avukat bir zarara nedeniyle tazminatla karşılaştığında sigorta korunmasından yararlanmayacaktır.

Avukat ile bilgi alma amacıyla başvuruda bulunan kişi arasında henüz bir sözleşme ilişkisi bulunmasa da sözleşmenin kurulması için hazırlık görüşmeleri yapılabilir. Avukat ile

²⁸⁵ Şehirli, s.441.

²⁸⁶ Eren, s.561.

²⁸⁷ Ateş D.:Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara 2007, s.187.

²⁸⁸ Ateş, s.193.

²⁸⁹ Gürpınar, s.122.

bilgi isteyen kişi arasında vekalet veya danışmanlık sözleşmesi varsa, yanlış bilgi verenin sorumluluğu BK.md 390 ve md.96 hükümleri çerçevesinde çözülecektir²⁹⁰. Avukat tarafından verilen bilgilerin hatalı olması halinde, doğan zararın tazmini, sözleşme görüşmeleri sırasında işlenen kusur sorumluluğu(culpa in contrahendo) çerçevesinde değerlendirilir²⁹¹. Hukukumuzda genel bir sorumluluk sebebi olarak düzenlenmemiş olsa da avukatın kendisiyle hukuki bir bağ kurmadan önce, bilgi alan kişi ile arasında görüşmeler yapılmasının işin doğası gereği olması ve tarafların birlikte çalışıp çalışmayacaklarına karar vermeleri açısından böyle bir sürecin yaşanması kaçınılmazdır. Taraflar arasında güven ilişkisine dayanarak gerçekleşen sözleşme öncesi görüşmelerinde de mesleki sorumluluğa neden olan tazminat yükümlülüğü doğabilecektir. Sorumluluğun doğması için sözleşme görüşmelerinin varlığı ve kusur unsurları mevcut olmalıdır.

Sözleşme görüşmelerinde taraflar arasındaki ilişki, haksız fiil tarafları arasındaki tesadüfi ilişkiden de, sözleşme tarafları arasındaki bilinçli olarak kurulmuş borç ilişkisinden de farklı bir özellik gösterir²⁹². Avukat bu süreçte, görüşmeleri ciddiyete yürütmeli,sözleşme kurma niyetinin ortadan kalktığı hallerde görüşmeleri sürdürmemeli, öğüt verirken ve tavsiyelerde bulunurken özenli davranma yükümlülüğüne uymalı, muhatabın iradesi üzerinde etkili olabilecek önemli hukuki ve fiili konularda onu aydınlatmalı, gerçekleşmesi imkansız edimler taahhüt etmemelidir²⁹³.

Avukatın mesleki sorumluluğuna sebep olabilecek her somut olayda, haksız fiil ya da sözleşme öncesi sorumluluktan hangisinin uygulanacağı konusunda değerlendirme yapılması gerekmektedir.

3- Avukatın Teminat Altına Alınan Zararları

Zarar, malvarlığı ile ilgili bir kavramdır. Malvarlığı, ekonomik değer arzeden, para ile ölçülebilen hukuki değerlerin meydana getirdiği bir bütündür²⁹⁴. Zarar, malvarlığının aktifini azaltmak veya aktifin çoğalmasına engel olmak suretiyle ortaya çıkabileceği gibi, pasifini çoğaltmak veya pasifin azalmasına engel olmak suretiyle gerçekleşebilir²⁹⁵. Geniş anlamda

²⁹⁰ Eren, s.1090.

²⁹¹ Gürpınar, s.140.

²⁹² Gürpınar, s.154.

²⁹³ Gürpınar, s.157.

²⁹⁴ Eren, s.473.

²⁹⁵ Tekinay, s.561.

zara, hukuken himaye edilen maddi veya manevi varlıkları, bunlara yapılan tecavüzün vukuundan önce ve sonraki halleri arasındaki fark olarak tarif edilmektedir²⁹⁶. Malvarlığında meydana gelen eksilme, aslında zarar görenin malvarlığının gösterdiği durum ile bu olay meydana gelmeseydi göstereceği durum arasındaki farkın bulunması ile zarar tespit edilebilecektir²⁹⁷. Mesuliyet malvarlığının pasifi ile ilgilidir; bir kimse sözleşme veya haksız fiil dolayısıyla başka bir şahsa karşı sorumlu duruma düşebilir ve mesuliyet rizikosu gerçekleştiğinde malvarlığında bir azalma ortaya çıkar²⁹⁸.

Meslekî sorumluluk sigortasını yapan sigortacı, genel şartnamelerde yer alan hükümler uyarınca belirlenen zararlardan sigorta bedeli kapsamında sorumlu olacaktır. Eşyaya ilişkin zarar kapsamında avukatın bürosunda meydana gelen bir yangın da müvekkilinin kendisine emanet ettiği kıymetli evrak, vasiyetname gibi belgeler sigorta kapsamına alınabilecektir. Mesuliyet sigortalarının amacı, diğer zarar sigortaları farklı olarak, münferit eşyalar ile malları zarara ve imhaya karşı korunması değil, bilakis zarar verici olayın sonucu olarak, üçüncü kişilere karşı sigortalının sorumluluğun doğması halinde, böyle bir sigortanın konusu olarak malvarlığının üçüncü kişiler tarafından yöneltilen taleple karşı korunmasıdır²⁹⁹.

Avukatın müvekkiline meslekî faaliyeti dolayısıyla verdiği zararın tespiti her somut olayda değerlendirilmelidir. Zira, bir hukuki ihtilafın, izlediği yasal sürecin değerlendirilmesi ve avukatın ihmali hareketi neticesinde zarar verici eylemin olup olmadığı tespit edilmelidir. Müvekkilin lehine sonuçlamayan her hukuki süreçte avukatın eylemi nedeniyle sorumlu olması beklenemez. Örneğin, avukatın karşı tarafın açtığı alacak davasında zamanaşımı definde bulunmayı unutmaması nedeniyle müvekkilin ödemek zorunda olduğu zarar, müvekkil adına açtığı davada faiz talep etmesi unutmaması neticesi müvekkilinin zarar ile dava masrafları³⁰⁰.

Meslekî sorumluluk sigortasının da içinde bulunduğu pasif sigortalarda, sigorta sözleşmesinde bulunması gereken sigorta bedeli, rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortacının ödeyeceği “azami tazminat miktarını” ifade eder³⁰¹. Zira, pasif sigortalarda sigortalanan

²⁹⁶ Tandoğan, s.63.

²⁹⁷ Eren, s.474.

²⁹⁸ Karayalçın, Risk, s.6.

²⁹⁹ Karahan S.: Üçüncü Şahıslara Karşı Mali Mesuliyet Sigortasında Sigorta Himayesinin Kapsamı, Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995, s.369.

³⁰⁰ Şenocak, s.438.

³⁰¹ Can, s.21.

konunun değerini tespit etmek kolay değildir. Pasif sigortalarda sigorta değerinin olmamasının en önemli sonucu, sigorta bakımından aşkın sigorta, eksik sigorta ve birden çok sigorta hükümlerinin uygulanmamasıdır³⁰².

Sözleşme hiç ihlal edilmemiş ya da gereği gibi ifa edilmemiş olsaydı hangi durumda bulunacak idiyse o durum sağlanmalıdır³⁰³. Hukuki görevin ihlali sadece belli bir şahısa karşı yerine getirilmesi gereken görevin ihlali değil, herkese karşı uyulması zorunlu olan hukuki görevin ihlalidir³⁰⁴.

4-Mukayeseli Hukuktaki Durum

A-Almanya

Almanya'da 1895 yılında avukat ve noterler için sorumluluk sigortası güvencesi getirilmiştir. Alman Federal Avukatlık Tüzüğü'nün 51 inci paragrafına göre Almanya'da 9 Eylül 1994 tarihinden itibaren avukatlık faaliyetini icra etme ruhsatını alan her avukat, meslek faaliyetinin icrası nedeniyle sebebiyet vereceği salt mal varlığı zararları için meslekî sorumluluk sigortası akdetmek ve avukatlık faaliyetine devam ettiği sürece bu sigortayı muhafaza etmek zorundadır³⁰⁵.

Avukatın Özel Sorumluluk Sigortası Özel Şartlarının 1 inci paragrafına göre, özel hukuk içerikli yasal sorumluluk hükümlerine istinaden ileri sürülen tazminat taleplerine karşı sigorta himayesi sağlanmakta ve mal varlığı zararlarına örnek olarak avukatın açtığı davada zamanaşımı definde bulunmayı unutmaması, temyiz süresini kaçırmak suretiyle müvekkilin davayı kaybetmesine neden olması, avukatın müvekkilini iyi savunmaması nedeniyle haksız yere hürriyetinden yoksun kalması sebebiyle ileri sürülecek tazminat talepleri sayılabilir³⁰⁶.

Alman Hukukunda, rizikonun gerçekleşme anını sebep olayı teorisine göre kabul edilmiştir ki bu teoriye göre rizikonun avukatın sorumluluk tesis eden ilk kusurlu davranışı işlediği anda gerçekleşmesi esastır³⁰⁷. İsviçre Hukukunda ise avukatın meslekî sorumluluk

³⁰² Can, s.21.

³⁰³ Şenocak, s.363.

³⁰⁴ Karahan, s.372.

³⁰⁵ Şenocak K.: Alman ve İsviçre Hukukunda Meslekî Sorumluluk Sigortası Düzenlemeleri, TSRSB II.Ulusal Sigorta Sempozyumu, İstanbul 2006, s.204(Sempozyum).

³⁰⁶ Şenocak, Alman ve İsviçre Düzenlemeleri ,s.205.

³⁰⁷ Şenocak, Alman ve İsviçre Düzenlemeleri,s.205.

sigortasında “Claims made” yani talep esaslı benimsenmiştir. Ayrıca İsviçre’de avukatın mali işlere ilişkin verdiği mütalaalardan doğan tazminat talepleri, para, kıymetli evrak ve diğer şeylerin zarar görmesi veya kaybindan dolayı ileri sürülen tazminat talepleri himaye dışında kalmaktadır³⁰⁸.

B-İngiltere

İngiltere’de avukatlar, muhasebeciler, doktorlar, brokerlar gibi meslek sahiplerinin, mesleklerini icrası dolayısıyla başkalarına verdikleri zararlara karşı sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur³⁰⁹. 1974 tarihli Avukatlık Kanunu, avukatların belli bir miktarda sigorta yaptırmalarını zorunlu kılmıştır³¹⁰.

C-Avrupa Birliği

Avrupa Birliğinde sigorta uygulamalarını öncelikle yönerge açısından inceleyeceğiz³¹¹. Hayat dışı sigortacılık faaliyetlerine başlama ve yürütme ile ilgili kanun, tüzük ve idari düzenlemelerin koordinasyonu hakkında 24 Temmuz 1973 tarih ve 73/239/EEC sayılı Birinci Konsey Direktifi (Avrupa Birliği Resmi Gazetesi L 228, 16.08.1973 s. 3–19.)

Bu sigorta branşları arasında genel sorumluluk sigortası, hukuksal koruma sigortası da yer almaktadır. Yükümlülük karşılama yeterliliği marjını hesaplamakta kullanılan miktar ve oranlar daha sonra 2002/13/EC sayılı Direktifle değişikliğe uğramıştır³¹².

Sorumluluk sigortaları ve zorunlu sigortalar Avrupa Birliği’nde gelişmiş ve yaygın durumdadır. 73/239/EEC sayılı direktifle belirlenen sigorta branşları konusunda, sigorta genel şartlarının düzenlenmesi ve onaylanması konusunda tam bir serbestiye geçilmiş, hatta şirketler kendi genel şartlarını çıkarma olanağı sahiptirler³¹³.

³⁰⁸ Şenocak, Alman ve İsviçre Düzenlemeleri ,s.206.

³⁰⁹ Genç A.:İngiliz Sigortacılık Sistemi, Ankara s.4.

³¹⁰ Genç, s.8.

³¹¹ Özşar B.:Avrupa Birliği Sigorta Müktesebat Rehberi, <http://www.tsrsb.org.tr/NR/rdonlyres/E0F51A35-B9F2-4572-9046-318A1A6E327B/1200/MuktsebatRehberi.pdf>, s.36.

³¹² Özşar, s.47.

³¹³ Taşdelen, s.50.

Avrupa Birliği'nde mesleki sorumluluk sigortası, Avrupa Barolar Konseyi tarafından kabul edilen Avrupa Birliği Avukatlık Meslek Kuralları'nın³¹⁴ 3.9 uncu maddesinde yer almaktadır³¹⁵. Avukatlık Meslek Kurallarının 1.3 ve 1.2. maddeleri gereğince, meslek kuralları hangi baroya ya da hukukçular örgütüne bağlı olursa olsun Avrupa Birliği sınırları içinde faaliyet gösteren bir avukatın uyması zorunlu kurallardır.

Avukatların mesleki kusurlarından kaynaklanan tazminat taleplerine karşı, md.3.9.1 gereğince mesleğin icrasında karşılaşılabilecekleri risklerin niteliğine göre daima makul ölçülerde sigorta yaptırmaları zorunludur. Bir avukat yabancı bir üye devlette hizmet verdiği veya meslek icra ettiğinde mesleki kusur risklerine karşı sigortalanma yükümlülüğü konusunda kendi üye devletinde yürürlükte olan bütün kurallara uymak zorundadır. Kendi üye devletinde sigortalanmak zorunda olan ve herhangi bir yabancı üye devlette hizmet veren veya meslek icra eden bir avukat, yabancı üye devlette verdiği hizmetleri veya mesleki icraatını da kendi üye devletinde zorunlu tutulan esaslara göre ek sigorta kapsamına aldirmek için gerekli özeni göstermelidir(md.3.9.2).

Sigortayı yaptırmayan veya kendi üye devletinde sigortalanmak zorunda olmayıp yabancı bir üye devlette hizmet veren veya meslek icra eden bir avukat, söz konusu yabancı üye devletteki müvekkilleri namına hareket ederken maruz kalabileceği mesleki kusur risklerine karşı en az o yabancı üye devletin avukatları için zorunlu tutulana eşdeğer bir meblağ üzerinden mümkün olduğunca sigorta yaptıracaktır(3.9.2.3.). Sigortayı yaptırmayan bir avukat durumdan zarar görebilecek müvekkiline bu yönde bilgi vermek zorundadır. Yabancı bir üye devlette meslek icra eden veya hizmet veren bir avukat, kendi üye devletinin ve söz konusu yabancı üye devletin yetkili makamlarının izniyle kendi üye devletinin koyduğu sigorta şartlarının dışında kalıp yabancı üye devletin sigorta şartlarına tabi olabilir.

D-Amerika Birleşik Devletleri

Amerika'da avukatların, sorumluluk sigortaları olmadan davalara girmelerine izin verilmemektedir. Dava sürecinde yapılabilecek hatalara karşı avukatları garanti altına alan

³¹⁴ www.ccbe.org

³¹⁵ Avrupa Barolar Konseyi'nin 28.11.1988 tarihinde yapılan genel kurul toplantısında kabul edilmiş ve daha sonra Konsey'in 28 Kasım 1998 ve 6 Aralık 2002 tarihlerinde yapılan Genel Kurul Toplantılarında üzerinde değişiklik yapılmıştır.

meslekî sorumluluk sigortaları, ABD’de zorunlu tutulmaktadır³¹⁶. Amerika’da eyaletlerin kendi kurallarını belirlemeleri sözkonusudur.

Amerikan hukukunda bir mimar ya da mühendis karşısında haklarını arayan bir davacı iddiaları için dava hakkının veren yasal dayanağı “Haksız Fiil” ve “Sözleşme”den almaktadır. Bu yollardan biriyle, bir kişi haklarının takibi için gerekli yollara başvurabilmektedir. Bu konuyla ilgili tüm davaların özünde davalı bir şekilde tam olarak yerine getirilmemiş bir hizmet yüzünden davacıya borçludur ve davacı da ihlal edilen hakkının tanzimi için çabalar³¹⁷. Meslekî bir işte ihmalkarlık iddia edilince, karşılaştırma ölçütü olarak kullanılacak mantıklı ve tedbirli kişi iddia edilen meslekten biri olmalıdır. Özel durumların dışında, meslek sahibi bir kişi mükemmeliyeti ya da hoşnut edici sonuçları garanti vermez ancak makul seviyedeki bakım ve hizmet eksikliğinden sorumlu tutulabilir³¹⁸.

İhmal bir hizmetin yerine getirilmesinde yeterli özenin bulunmamasıdır. Bir mimar ya da mühendisin çalışmasındaki noksan, muhakeme hatasından ya da dürüst bir gözden kaçırılmadan kaynaklanabilir lakin meydana gelen ihmalkarlığa rağmen gerekli bakım standardı uygulanmış olabilir. Birçok davada bulunan önemli bir savunma ise, davalı mimar ya da mühendisin inşaat sahasında yaralananlara karşı hiçbir sorumluluğunun olmadığına ilişkin sözleşmelerinde bulunan koşullardır. Sözleşmede bulunan “Meslek sahibinin sorumlulukları” maddesi inşaat sahasındaki koşullar ile ilgili her türlü otoriteyi ya da kontrolü dışarıda bırakmaktadır³¹⁹.

³¹⁶ Abel R.:American Lawyers, NY 1989, S.143.

³¹⁷ Streeter H.:Professional Liability of Architect and Engineers, Illinois 1988, s.7.

³¹⁸ Streeter, s.8.

³¹⁹ Streeter, s.9.

IV-ÖRNEK MODEL OLARAK NOTERLİK MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI

1.Noterlik Mesleği

Noterlik Kanunu md.1'e göre noterler; hukuksal güvenliği sağlamak ve uyuşmazlıkları önlemek için yaptıkları işlemleri belgeleyen kamu görevlileridir.

Noterlik, adalet hizmetleri bütünü içinde yer alan ve hukuki güvenliği sağlamak ve hukuki anlaşmazlıkların doğumunu önceden önlemeye yönelik işlevleri itibariyle “hukuk mühendisi” olarak nitelendirilirler³²⁰. Noterlerin yaptıkları hukuki işlemlere resmiyet kazandırarak doğacak uyuşmazlıkların önlenmesinin yanında doğmuş olan uyuşmazlıklarında çözümünü kolaylaştırmayı(resmi senetlerin ispat gücü ve kesin delil olması) amaçlanmıştır³²¹. Noterler genel olarak, kişiler arasındaki ilişkilerde Noterlik Kanunu'nda sayılan ve diğer kanunlarda gösterilen iş ve işlemleri, mercii gösterilmemiş olan sair işlemleri yapmakla, belgelere resmiyet kazandırmakla, kişilerin hukuki güvenliklerini sağlamakla görevlidirler ve yine vergi kanunlarına göre harç, damga vergisi, değerli kağıt bedellerinin bizzat tahsille, taşıt alım vergisi, dışarıda yapılmış işlemlerin eksik olan vergilerini tamamlamak ve ilgili yerlere yatırılmasını sağlamakla görevlendirilmiştir³²².

Noterler devletin idari yapısı içerisinde yer almamakla birlikte Ceza Kanunu bakımından sürekli, ücret karşılığı zorunlu olarak adli hizmetlerin görülmesini sağladıkları için memur sayılırlar³²³.

2-Noterlerin Hukuki Sorumluluğu Ve Rizikonun Kapsamı

Noterlik Kanunu'nda, ilgili kişilerin hukuki güvenliklerinin sağlanması ve çıkabilecek ihtilafları en aza indirebilmek için genel ve özel işlemleri göstermiş ve yapılan tüm işlemlere kullandıkları resmi mühürle devlet güvencesi vermektedirler³²⁴.

³²⁰ Tanrıver S., Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağının Getirdikleri, Baki Kuru'ya Armağan, Ankara 2004, s.577.

³²¹ Kuru B., Hukuk Usulü Muhakemeleri Usulü, C.II, İstanbul 2001, s.2158.

³²² Bozkurt H., Noterlik Mesleğinde Karşılaşılan Sorunlar, Noterlerin Hukuk Düzenimizdeki Yeri ve Noterlerin Sorumlulukları Sempozyumu, Ankara 1997, s.30.

³²³ Kıcalıoğlu M., Noterleri Hukuki Sorumluluğu, Terazi Hukuk Dergisi(Temmuz 2007, sayı 11), s.131.

³²⁴ Bozkurt, s.31.

Hukuki bir sonuç doğuracak işlemlerin yapılmasında kişilerin işlem yapmaya yetkili olup olmadıkları, Türkçe bilip bilmedikleri, oku-yazar olup olmadıklarına bakılmakta; uygulamada pasaport, ehliyet gibi dayanak belgelerin sahte olabilmesi gibi sorunlarla karşılaşmaktadır³²⁵.

Noterlerin, işlemlerinden sorumlu olduğu kişilere karşı Borçlar Kanununu md. 55 ile düzenlenen kurtuluş beyyinesi ileri sürme olanakları yoktur³²⁶. Noterlik mesleğinin önemi, mesleğe duyulan güvenin korunması için bu şekilde ağır bir müeyyide getirilmiştir. Uygulamada tüm işlemleri katipler hazırlamakta, noterlerde mühür ve imza ile işlemi tasdiklemektedir. Notere vekaleten iş yapacak sorumlu kişilerin noterle aynı eğitim düzeyinde bulunması gerekmektedir³²⁷.

Noterlerin hukuki sorumluluğunun niteliğine bakarken işlemlerin niteliği önemlidir. Zarar bir emanetin saklanması doğmuşsa vedia sözleşmesi hükümleri yardımıyla akdi sorumluluk, buna karşın zarar bir resmi senet düzenlenmesinden doğmuşsa haksız fiil sorumluluğu kabul edilebilir³²⁸. Noterlik Kanunu md.162 ise herhangi bir hukuki tasnif yapmadan, noterlerin stajyer, kâtip ve kâtip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumlu olduklarını düzenlemiştir.

Noterin hukuki sorumluluğunun sözkonusu olabilmesi için; bir işin yapılmamasından veya eksik yapılmasına neden olan bir eylem nedeniyle zarar oluşmalıdır. İşlemin kanunen gerekli olan şekle uygun yapılmaması(vasiyetnamenin düzenleme şeklinde senet olarak yapılmamış olması), aranan şekil şartlarına uyulmaması(vasiyetnamede iki tanık hazır edilmemesi), ilgilinin kimlik tespitinde gerekli özenin gösterilmemesi, yetki şartına uyulmaması, yapması yasak olduğu halde işlemi gerçekleştirme gibi haller sayılabilir³²⁹.

Noterin sorumluluğunun sözkonusu olabilmesi için zarar ile hukuka aykırı eylem arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Örneğin, noter tarafından sahte bir vekaletname düzenlenmiş

³²⁵ Bozkurt, s.32.

³²⁶ Kıcalıoğlu, s.137.

³²⁷ Bozkurt, s.34.

³²⁸ Ulukapı, s.70.

³²⁹ Ulukapı, s.73.

ve düzenlenen bu vekaletname ile tapuda işlem yapılmış ve bu işlem zarara neden olmuşsa illiyet bağı sözkonusudur³³⁰.

Noter tarafından verilen zararın tespit edilebilmesi için zarar verici işlemden önceki durumla zarar verici olayın yapılmasından sonraki durumun karşılaştırılması gerekir ve bu kapsama noter harç ve ücretleri, vergi ve resimler ile yargılama harç ve giderleri de dahil olacaktır.

3-Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası Yaptırma Koşulları

Türk Hukuk düzeninde, noterliklerin örgütlenmesinde en altta noterlikler, onun üstünde bölgesel organlar sıfatıyla noter odaları ve tepede kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu yani özerk bir kamu tüzel kişisi olan Türkiye Noterler Birliği bulunmaktadır³³¹.5 Mayıs 1972 tarihinde yürürlüğe giren 1512 sayılı Noterlik Kanunu hükümleri gereğince; Noterlik mesleğinin amaçlarına uygun bir şekilde görülmesini, mesleğin gelişmesini ve meslektaşlar arasında birlik ve yardımlaşmayı sağlamak üzere, kamu kurumu niteliğinde ve tüzel kişiliğe sahip Türkiye Noterler Birliği kurulmuştur.

Noterler açıklanan bu yasal düzenlemelerden de açıkça görülebileceği gibi oldukça yüksek bir riskle karşı karşıya kalmakta ve her somut olayın içeriğine göre bu sorumluluk belki de bir noterin meslek hayatında edindiği birikimlerini çok kolayca kaybetmesine neden olabilecektir.

Noter açısından güvencenin önemi, ödemek zorunda kalacağı tazminat miktarını şahsi malvarlığından karşılayamaması veya ekonomik yönden çok zor durumda kalmak suretiyle durumunda ortaya çıkmakta zarar gören şahıs yönünden de noterin şahıs varlığının ortaya çıkan zararı karşılamaya yetmemesi, klan tutar için dava açarak uzun zaman ve emek harcamak zorunda kalabilecektir³³².

Hem noterler hem de noterler tarafından yapılan işlemlerden zarar gören kişileri güvence altına alarak her iki tarafı ekonomik olarak beklentileri yönünde koruyan imkan

³³⁰ Ulukapı, s.75.

³³¹ Tanrıver, s.593.

³³² Ulukapı, s.80.

mesleki sorumluluk sigortası olmuştur. Noterler Birliği tarafından ilk defa 1.1.1983 tarihinde mesleki sorumluluk sigortası imzalanmıştır.

Noterler Birliği tarafından noterle adına yapılan mesleki sigorta sözleşmesinde prim ödeme sisteminde noterlerin sınıflarına göre bir düzenleme yapılmıştır. Bu nedenle öncelikle noterlerin sınıflandırmasına Noterlik Kanunu md. 4 ile düzenlenmiştir. Noterlikler dört sınıfa ayrılmaktadır. Birinci, ikinci ve üçüncü sınıf noterlikler, Türkiye Noterler Birliğinin mütalaası alınarak Adalet Bakanlığınca sınıflandırılır. Bu sınıflandırmada, her noterliğin yetki çevresi içindeki nüfus, iş yoğunluğu ve noterlik geliri esas tutulur. Genellikle, aynı mahkemeye bağlı noterlikler aynı sınıftan sayılır. Adalet Bakanlığı, her dört yılda bir noterliklerin durumunu inceleyerek, yeniden yapacağı sınıflandırmayı Resmî Gazete ile iln eder.

Noterlerin zorunlu birinci kademe primleri için bir önceki yılın gayri safi gelirlerine göre avans primi ödenmekte, cari yılın gayri safi geliri kesinleştiğinde (her yıl mart ayı sonu) ise fark prim alınmaktadır. Birinci, ikinci ve üçüncü sınıf her noter için zorunlu birinci kademe ile üçüncü sınıf noterlerin isteğe bağlı ikinci kademe primleri Noterler Birliği tarafından ödenmektedir. İsteğe bağlı sigortada beşinci kademeye kadar sigorta yapılabilmektedir. Her kademe başlangıcının ne kadar bir tutarı kapsadığı yıllık dönemler halinde belirlenmektedir.

Sigorta kapsamı, noterlik görevinin ifası nedeniyle kendilerinin veya yanlarında çalışan stajyer, katip ve diğer personelin gayri kasti ya da ihmali fiillerinden dolayı zarar gören kişilere karşı doğacak hukuki sorumluluk kapsamında zararların tazminini sağlamaktır.

Sigortacı, açılmış bir dava söz konusu ise gerekli görmesi halinde davaya başvuruda bulunabilecek, davada yapılan savunma giderlerini, avukat masraflarını da ödeyecektir. Noterler Birliği yada Kamu Kuruluşları tarafından verilen disiplin cezaları veya ödenmesi gereken harçların geç yatırılmasından dolayı sorumlu olacakları gecikme zamları teminat kapsamı dışında bırakılmaktadır.

Emeklilik, vefat, istifa gibi sebeplerle noter görevi sona erdiğinde isteğe bağlı ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci kademe sigortaları sona erer ve bu süre içinde hesap edilen sigorta primi avanstan mahsup edilir. Fazla çıkarsa iade edilir, eksik kalırsa noter veya varisleri tarafından tamamlanır.

Noterler Birliği, sigorta şirketi tarafından poliçe düzenlenmesi, primlerin ödeme şekli, gerekli olan işlemlerin yapılabilmesi için noterlerin isim listeleri, üyelik bilgileri, gayri safi gelirleri ve benzeri bilgilerini sağlar.

Uygulamada, sigortalının kendisine tazminat talebini içeren dava dilekçesinin tebliğinden itibaren bir ay içerisinde durumu yazılı olarak sigortacının bölge müdürlüğüne ya da Noterler Birliği'ne bildirmesi talep edilmektedir.

Noterlerin mesleki faaliyetlerini yürütürken eylemleri ile bir kimsenin uğradığı zarar nedeniyle tazminatla karşılaştıklarında kendileri adına Noterler Birliği tarafından 1983 yılından beri yapılan ve koruma sağlayan “Mesleki Sorumluluk Sigortası'nın” sistemsel olarak işlerlik kazandığı ve güvence sağladığı açıktır.

Ü Ç Ü N C Ü B Ö L Ü M

AVUKATLIK MESLEKÎ SORUMLULUK SİGORTASININ KONUSU VE TARAFLARIN HUKUKİ STATÜSÜ

I-SORUMLULUK SİGORTASINDA SİGORTA HİMAYESİ

1-Sigorta Himayesinin Kapsamı

TTK md.1292 ile üçüncü kişinin sigortalıya dava açması halinde sigortacının sigortalının müdafaasına yardım etmek zorunda olduğu düzenlemesi yer almaktadır³³³. Sigorta sözleşmesinde sigorta konusu menfaatin ne olduğu ve hangi rizikolara karşı teminat altına alındığı gösterilmelidir³³⁴. Meslekî sorumluluk sigortasında sigortacı, tazminat talebinde bulunan üçüncü kişilerin haklı tazminat taleplerini ödemeyi ve haksız tazminat taleplerinin bertaraf edilmesi işini üstlenmiştir³³⁵. Mesuliyet sigortalarında malvarlığının pasifi bir bütün halinde mesuliyet riskine maruz kalır³³⁶. Sorumluluk sigortasıyla sigortacı bir malvarlığı durumunu veya bir şahsı, sigorta edilen rizikonun gerçekleşmesi sonucunun ortaya çıkacak aleyhte değişiklik halini himaye eder³³⁷.

Avukatlık mesleki sorumluluk sigortası, avukatın mesleğinin gereği olan faaliyetlerinden doğan zararlardan doğan tazminat taleplerine karşı sigorta himayesi sağlar. Avukatın, meslekî sorumluluk sigortası kapsamında himaye göreceği faaliyetleri, onun avukat sıfatıyla ve avukatlık sözleşmesine istinaden yaptığı hizmetleridir³³⁸. Sorumluluk gerektiren davranış gerçekleştikten sonra sigortacı avukatın malvarlığında sorumluluktan doğan tazminat talebini karşılamayı üzerine alır. Avukat bir davada birden fazla hukuki yola başvurma imkandan yanlışı olanı tercih ederek davanın başarısızlıkla sonuçlanmasına hatalı tavsiye vererek neden olduğunda müvekkilin tazminat talebiyle karşılaşacaktır.

Sigortacının yükümlülüğü, sigorta ettireni mağdurun tazminat taleplerinden kurtarma yükümlülüğü şeklinde olduğundan, sigortacı bu yükümlüğünü kural olarak tazminatı sigorta

³³³ Şenocak, s.141.

³³⁴ Çeker, s.53.

³³⁵ Şenocak, s.161.

³³⁶ Karayalçın, s.53.

³³⁷ Kender, s.209.

³³⁸ Şenocak, s.203.

ettirene ödemek suretiyle yerine getiremez, sigorta ettirenin tazminat borcunu üstlenmek suretiyle kurtarma edimini ifa edebilir³³⁹. Sorumluluk sigortasında, malvarlığının tüm pasifi değil meslekî faaliyet nedeniyle oluşan pasifin giderilmesi amaçlanmaktadır. Ödeme talebi olarak kabul edildiğinde üçüncü kişilerin tazminata el koyma tehlikesi sözkonusu olabileceğinden sorumluluk sigortası yaptırmakla hedeflenen sorumluluk zararı giderilmemiş olacaktır³⁴⁰.

TTK md.1264/4 gereği sigorta poliçesinde bulunması zorunlu sigorta bedeli rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortacının ödeyeceği azami ödeme miktarını ifade etmektedir³⁴¹. Pasif sigorta başlığında yer alan sorumluluk sigortalarında malvarlığının pasif kısmında artışın ne kadar olacağı sözleşmenin kuruluşunda bilinemediğinden sigorta değeri poliçede yer almaz. Sigortacının mağdura ödeme yapması, tazminat alacağına kesin hükümle veya sigortacının alacağı kabul etmesi veya tazminat alacağıyla ilgili olarak sulh yapmasından sonra mümkündür³⁴². Sigortacı meslekî sorumluluk sigortası sözleşmesi ile sigorta olayının gerçekleşmesi halinde tazminat tutarını, yargılama masraflarını ve faizi ödemelidir³⁴³. Mağdurun sigortacıya karşı doğrudan doğruya başvuru hakkını düzenleyen bir hüküm Türk Ticaret Kanunu'nda bulunmamaktadır.

Meslekî sorumluluk sigortası, sigortalının meslekî faaliyeti sonucu gerçekleşen zararlarına ilişkin koruma sağladığından MSSGŞ md.A.1 hükmünce, sigortalının hangi faaliyetlerinin mesleği gereği olduğunun taraflarca mesleki faaliyetlerin sınırlarının sigorta poliçesinde belirlenmesi gerekir. Sigortacı tarafından verilecek teminat MSSGŞ md.A.2 hükmünce Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde yürütülen mesleki faaliyet için teminat sağlamaktadır. Sözleşmenin tarafları kişinin mesleki faaliyetini yurtdışında sürdürmesi halinin de sigorta kapsamına alınacağını kararlaştırabilirler.

SigK.md.11/4 ile getirilen düzenlemenin sigorta himayesinin kapsamının tayininde değerlendirilmesi gereklidir. Sigorta sözleşmelerinde kapsam dahiline alınmış olan riskler haricinde, kapsam dışı bırakılmış riskler açıkça belirtileceği düzenlenmiştir. Madde ile getirilen en dikkat çekici düzenleme sigorta sözleşmesinde belirtilmemiş olan risklerin teminat kapsamında sayılır. Sözleşmede hangi risklerin kapsam dışı bırakıldığına tek tek

³³⁹ Şenocak, s.162.

³⁴⁰ Şenocak, s.144.

³⁴¹ Can, s.21.

³⁴² Şenocak, s.160.

³⁴³ Karayalçın, s.51.

belirtilmemesi halinde taraflarca öngörülemeyen riskler sigorta himayesi kapsamına girecektir. Düzenleme sigorta şirketleri açısından oldukça ağır bir yükümlülük getirmiştir. Sigorta sözleşmesinde tarafların her rizikoyu önceden tespit ederek, ayrıntılı biçimde yazması şirketler için güçlük arzeder. Ancak uygulamada poliçelerde gerek riziko gerek sigorta himayesinin kapsamının açıkça sınırlarının belirlenmediği, daha ziyade belirsiz ve yoruma açık şekilde hazırlandığı görülmektedir. Sigortacılık kanunu ile getirilen düzenlemenin sigortalı ve sigorta ettirene yönelik oldukça önemli bir koruma sağladığı açıktır.

Avukat sorumluluk sigortası yaptırmadan önce mesleğini icra etmeye başlamış ise sigortalı sıfatını taşımadığı dönemde meydana gelen olaylardan kaynaklanan tazminat talepleri ile karşılaşabilir³⁴⁴. MSSGŞ md.A.1/b ile sözleşme yapılmadan önce meydana gelen bir olay nedeniyle avukata yöneltilecek tazminatın sözleşme süresi içinde talep edilmesi halinde sigorta kapsamına alınacağı taraflarca sözleşme ile kararlaştırılabilir. MSSGŞ md.B.1 ile de sigorta himayesi geçmişe etkili olarak bir yıl asgari süre ile sigorta ettirene koruma sağlayacağı da tarafların anlaşması ile himaye kapsamına alınabilir. Geçmişe dönük riskler için getirilen bu himayede süre bir yıldan daha kısa olarak kararlaştırılmaz. Ancak bu durumda sigortacının riziko hesabı yapmasında sıkıntıya neden olacaktır. Ayrıca, taraflar arasında akdedilen sözleşmenin sona ermesinden sonra iki yıl veya tarafların daha uzun süre kararlaştırmaları ile hukuki himayenin süresi uzatılabilir. Sigortalı avukat, sigorta sözleşmesi sona erdikten sonra iki yıl içinde kendisine ileri sürülen tazminat taleplerini, bu talebin ilişkin olduğu zararı doğuran olayın sigorta sözleşmesinin devam ettiği süre içerisinde gerçekleşmesi şartıyla sigortacısının karşılamasını isteyebilir³⁴⁵. Mesela, avukatın aldığı bir davada müvekkilinin sahip olduğu bir ticari işletmesiyle ilgili bir sırrını, sözkonusu dava sonuçlandıktan sonra işletmeyle aleyhine aldığı bir davada kullanırsa, bu durumda müvekkilinin kendisine sadakat yükümlülüğünün ihlali nedeniyle açacağı tazminat davasının açılması halinde sözleşmesi sona ermiş olsa dahi sigorta himayesinden yararlanacaktır.

Meslekî Sorumluluk Genel Şartlarının, “tazminat ve ödenmesi” başlıklı B.3 maddesinde, sigortacının talep edilen tazminat ve giderleri, hak sahibinin tazminata konu olay ve zarara ilişkin tespit tutanağını veya bilirkişi raporunu ve poliçe ekinde de yer alan diğer gerekli belgeleri eksiksiz olarak şirketin merkez veya kuruluşlarına iletmediği tarihten itibaren on

³⁴⁴ Can, s.18.

³⁴⁵ Can, s.20.

beş iş günü içinde gerekli incelemeleri tamamlayıp sözleşmeye aykırı olmayan zararlara ilişkin tazminatı ödeyeceği düzenlenmiştir.

2- Sigorta Himayesinin Kapsamı Dışında Kalan Hususlar

Bir sorumluluk sigortasının bütün sorumluluk olasılıklarına karşı veya süresiz olarak koruma sağlaması sigorta tekniği açısından mümkün değildir³⁴⁶. Sigortacının sorumluluğu, kanun tarafından yapılan bir düzenlemeyle ya da tarafların sözleşme ile aralarında kararlaştırabilecekleri koşullarda sigorta himayesinin geçerli olacağı halleri sınırlayabilir.

Sorumluluk sigortaları günümüzde sigorta ettirenin belirli sıfat, hukuki ilişki veya faaliyetlerinden kaynaklanan zararlara ilgili “tazminat taleplerine” karşı koruma sağlamaktadır³⁴⁷. Avukat, bir sözleşme ile üstlendiği bir işte tabi olduğu yükümlülükleri hiç veya gereği gibi yerine getirmez veyahut haksız bir fiili neticesinde bir kimsenin zarara uğramasına neden olacak bir eylemde bulunursa meslekî sorumluluğu sözkonusu olacaktır.

Sigorta ettirenin, sigorta himayesinden mutlak olarak yaralanamayacağı ve sigortacının sorumlu olmadığı haller, zarar meydana getiren olayın sigorta ettirenin veya sigortalının fiillerinden sorumlu kişilerin kastı (TTK md 1278-1264/3-MSSGŞ md.A.3/b) nedeniyle meydana gelmesi ile şuur etkileyen maddelerin tesiri altındayken sebep olunan zararlar nedeniyle gelen tazminat talepleridir(TTK md.1278 ve Meslek Sorumluluk Genel Şartları A.3.c).

Kastın söz konusu olduğu durumlarda fail fiilinin neticesini bilir ve bu sonucu gerçekleştirmek için fiili işler ki bu durumun varlığı halinde TTK md.1278’e göre sigortacı sigorta ettirenin veya sigortalının kasten verdiği zararlardan hiçbir şekilde sorumlu tutulamaz ve bu durumun aksi kararlaştırılmaz³⁴⁸. Sigortacı, sigorta ettirenin ve sigortalının kast dışındaki diğer kusurlu davranışları mesela ihmalinden veya tedbirsizliğinden yahut dikkatsizliğinden kaynaklanan davranışları sonucunda ortaya çıkan zararları tazmin edecektir³⁴⁹.

³⁴⁶ Ünan, s.64.

³⁴⁷ Ünan, s.65.

³⁴⁸ Can, s.22.

³⁴⁹ Can, s.22.

KARAYALÇIN, kanunla yasak edilmiş olsun veya olmasın, sigortalının kasdı dışında kalan bütün fiilleri dolayısıyla mesuliyet sigortasının yapılabileceğini ileri sürmektedir³⁵⁰.

TTK md.1278 gereğince sigortacının sigorta ettiren ile sigortalının ve bunların fiillerinde sorumlu olduğu kişilerin bazı kusurlu davranışlarından sorumlu olmamasına rağmen Kanun Koyucunun verdiği imkanla genel şartları aksine tarafların sözleşmede düzenleme yapabileceğini ileri süren bir görüş doktrinde mevcuttur³⁵¹. Ancak Ticaret Kanununda ilk cümlede tarafların sözleşme ile tarafların kusurlu davranışların sorumlu olmayacaklarının sözleşme ile kararlaştırılabileceği ifade edilmişse de devam eden cümleden bu kapsama sigortalının veya sigorta ettirenin kastından kaynaklanan davranışların dahil olmayacağı açıkça belirtilmiştir.

Sigortalı veya çalıştırdığı kişilerin, poliçede belirtilen meslekî faaliyeti ifa ederken alkol, uyuşturucu ya da narkotik maddelerin tesiri altında bulunması sonucunda meydana gelen olaylar nedeniyle ortaya çıkacak tazminat taleplerinin teminat dışında kalması sözkonusu olacaktır.

Bir avukatın, meslekî sorumluluğundan kaçınmak amacıyla sigorta yaptırması, bu sigortanın varlığı nedeniyle işini özenle yapmaması gibi durumları engellemek amacıyla en başta kastın varlığının teminat kapsamında olmadığı düzenlenmesi önemlidir. Meslekî faaliyetlerin sınırlarının taraflar arasında akdedilecek sözleşmede düzenlenmesi, rizikonun tespitini kolaylaştıracak, her somut olayda değerlendirme yapma imkanı sağlayacaktır

Tazminat talepleri poliçe ile belirlenmiş ve sınırları hukuk kuralları ve etik kuralları ile tespit edilen meslekî faaliyet dışındaki faaliyetlerden kaynaklanıyorsa sigortacı tarafından karşılanacaktır. Sigorta ettirenin, kanunda öngörülenden fazla ya da kanunda öngörülmeyen bir yükümlülüğü üstlenmiş olması halinde kanun kapsamı aşan talepler karşılanmayacaktır³⁵². Sigortalının hangi meslekî faaliyetlerinin onun mesleğinin icabı olduğu konusunda yaşanabilecek tereddütlerin ve ihtilafların bertaraf edilmesini teminen genel şartların A.1 maddesinde, poliçede sigortalının mesleğinin sadece ismen değil, onun hangi faaliyetlerinin

³⁵⁰ Karayalçın, s.58.

³⁵¹ Can, s.23.

³⁵² Şenocak, s.441.

bu mesleğin icrası dolayısıyla yapılmış sayılacağını ortaya koyacak surette tespitini bu nedenle aramıştır³⁵³.

TTK md. 1277 gereğince sigortadan faydalanan kimsenin kanunla yasak edilmiş ahlaka aykırı olan fiilinden doğabilecek bir zarara karşı sigorta yapamayacakları hükme bağlanmıştır. Oysa ki MSSGŞ md.A.4.3. ile hukuka aykırı bir fiilden doğan sorumluluğun sigortalandığı sorumluluk sigortalarının, kanun koyucunun müsaade etmediği ve hakkında maddi bir müeyyide öngördüğü bir fiilinden doğan zarar dolayısıyla ödeme zorunda kalacağı tazminat sigortacı tarafından karşılanması sözkonusudur³⁵⁴. MSSGŞ md.A.3/b'de yer alan düzenlemeye göre meslekî faaliyetin yerine getirilmesi sırasında sigortalı tarafından kasten sebep olunan her türlü olay ile davranışları sigorta teminatı dışında kalmaktadır. Genel Şartlarda sigortacının sorumluluğunu ortadan kaldıran diğer bir durumda sigortalının mesleğini ifası sırasında kasden sebep olduğu her tür olay ve davranış teminat kapsamı dışında kalacaktır. Borçlunun sözleşmeye aykırı sonucu sözleşmenin ihlalini tasavvur edip istenmesi halinde doğrudan kasıt; böyle bir sonucu doğrudan doğruya istememekle birlikte onu göze alması halinde ise dolaylı kasıt sözkonusudur³⁵⁵.

3-Sorumsuzluk Anlaşması ve Uygulanabilirliği

Avukat ve iş sahibi arasında, Borçlar Kanunu md.99 ile düzenlenen sorumsuzluk anlaşması yapılmasının sigorta sorumluluğunu etkileyebilecektir. Sorumsuzluk anlaşması, zarar verici sözleşmeye aykırı hareketten ve zararın doğumundan önce, alacaklı ile borçlu arasında açık veya örtülü olarak yapılan ve ileride alacaklı yararına ortaya çıkma ihtimali bulunan tazminat isteminin oluşmasına tamamen engel olan hukuki işlemdir³⁵⁶. Taraflar sözleşme ile sorumluluğu teyit edebilirler miktar ve kapsamını, doğuracağı sonuçlara açıklık getirebilirler³⁵⁷. Borçlunun kasıtlı hukuka aykırı davranışı ya da ağır ihmalinden doğacak zarardan sorumlu olmayacağı hakkında yapılan anlaşmalar maddeye göre geçersiz olacaktır.

BK.md.99/II gereğince hafif ihmal halinde kural olarak sorumsuzluk anlaşması geçerli sayılmış alacaklının anlaşma yapıldığı zaman borçlunun hizmetinde bulunması ya da borçlunun sorumluluğunun hükümet tarafından imtiyaz verilen bir işletmeden doğması, icrası

³⁵³ Can, s.15.

³⁵⁴ Can, s.30.

³⁵⁵ Eren, s.1018.

³⁵⁶ Tekinay, s.879.

³⁵⁷ Eren, s.1042.

resmi bir ruhsat veya izne bağılı meslek ve faaliyetin yürütülmesine dayanıyorsa bu durumda hakim takdir hakkına dayanarak sorumsuzluk sözleşmesini batıl sayabilir.

Avukat bakımından sorumsuzluk anlaşmasının vekalet ilişkisinde yerini incelediğimizde, avukat ve müvekkil ilişkisinin güven duygusuna dayanması, mesleğin kamusal yönünün bulunması, avukatın müvekkiline karşı yükümlülüklerinin yasalarla düzenlenmiş olması ile mesleğin özelliği dolayısıyla hukuki bilgisi olan avukat karşısında müvekkilin korunmasını gerekli kılar. Avukat hukukun sağladığı imkanları kendi lehine kullanırken, bu avantajın müvekkile zarar verebileceği ve müvekkilin işini emanet ettiği avukata duyduğu güven nedeniyle sözleşme imzalarken belki de içeriğini anlamadığı bir şart sonucu zarara uğraması ve korunma ihtiyacı duyması mümkündür. Örneğin avukatlık sözleşmesinde avukatın devam eden dava hakkında müvekkiline 6 ayda bir bilgi vermesi şartı konulması, avukatın sulh teklifinde müvekkilin talimatını almadan durumu kendisinin değerlendireceğinin yazılması gibi hallerde, konunun arzettiği önem ve avukatın hukuku iyi bilen taraf olarak her zaman kendisi için sorumluluğu azaltıcı şart koyması mümkün iken bu hükmün vekalet sözleşmesine uygulanmaması daha doğru olacaktır.

4- Aksine Şart Sözleşmede Yoksa Teminat Dışında Kalan Haller

Kanun koyucu tarafından belirlenen emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla sigorta sözleşmesi kapsamı taraflarca belirlenebilir. MSSGŞ'nda teminat dışı kalan haller belirtilmiş ancak tarafların sözleşmede aksini kararlaştırabilecekleri ve sigortacının sorumluluğunu kapsamı tarafların tercihlerine göre belirleyeceklerdir.

Taraflar aralarındaki sözleşme ile sigortacının, herhangi bir bilgisayar esaslı veya elektronik ortamda saklanabilir, yazılı, basılmış veya herhangi bir yöntem ile (veya benzer bir şekilde) tekrar çoğaltılmış olsun veya olmasın her tür belge kaybı veya sigortalının bakım, gözetim ve kontrolüne verilmiş bilgi ve malzemenin kaybı veya imha edilmesi gibi durumlar nedeniyle doğan zararlardan sorumlu olmayacağı MSSGŞ md.A.4/1 ile düzenlenmiştir. Avukatların sigortacı ile yapacakları sözleşmede himaye kapsamına A.4/1 kapsamında yer alan istisnayı poliçelerine dahil etmeleri menfaatleri açısından yararlıdır. Zira, avukatın yükümlülükler arasında müvekkilinin davasına ait evrakların dosyalanması, belgelerin muhafaza edilmesi de vardır.

Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri haricinde bir mahkemede açılan davalar ile tahkim yolu ile görülen tazminat talepleri de genel şartları kapsamında tazminat dışında bırakılabilir. Sigortacının sigortalıya karşı hukukunu çok iyi bilmediği bir yabancı devlet ülkesinde açılan davayı veya takibi izlemesi; gerektiğinde ona iştirak etmesi kolay olmayabilir³⁵⁸.

Her türlü haksız rekabet, patent, telif hakkı ile ticaret unvanı, marka ve benzeri fikrî mülkiyet hak ihlallerinden kaynaklanan tazminat talepleri MSSGŞ md.A.4.2/a hükmünce sözleşmede aksine bir düzenleme yoksa sigorta himayesi dışındadır. Haksız rekabet, TTK md.56 ile haksız rekabetin aldatıcı hareket ve hüsnüniyet kurallarına aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suistimal olarak ifade edilmiştir. Haksız rekabetin yasaklanmış olmasının anlamı, rakipleri ezilmesi ve iktisadi rekabet sahasından uzaklaşmasına engel olmak, rakibin müşterilerini kendi tarafına çekmeye engel olarak hem rakibi hem de meslekî menfaatleri korumayı amaçlamaktadır³⁵⁹. BK.'nun 48.maddesi ile bir kimsenin yanlış ilanlar ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışlar sonucu müşterilerini kaybetmesi korkusuyla bu eylemin faili aleyhine dava açabilir.

TTK düzenlemesinde haksız rekabet başkalarının işini, faaliyetini kötölemek, gerçeğe aykırı, yanlış ve yanıltıcı bilgi vermek şeklinde gerçekleştirilebilir. Haksız rekabet halinde hukuk ve ceza davaları açılabilir. Hukuk davaları tespit, men eski hale iade ve tazminat davalarıdır. Avukat, mesleki sorumluluk sigorta sözleşmesine, bir meslektaşısı ile bu yönde yaşabileceği bir hukuki ihtilafı, bu konu nedeniyle tazminat rizikosunu ekletebilir. Marka ve patent vekilliği yapmak amacıyla Türk Patent Enstitüsünün tarafından düzenlenen sınavda başarılı olan kişilerin marka-patent vekilliği görevini yerine getirebilme koşullarından arasında meslekî sorumluluk sigortasını yapma mecburiyeti vardır.

Sigortalının meslekî faaliyeti ifası sırasında anne, baba, kardeş, eş ve çocuklarına karşı sorumluluğundan doğan tazminat talepleri MSSGŞ md.A.4.2/b hükmünce taraflarca sigorta sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa sigorta himayesi dışında bırakılabilecektir. Sigortalı meslek mensubunun, meslekî faaliyetlerini icra ederken yakın çevresindeki kişilere vereceği zararlar nedeniyle tazminat taleplerinde suiistimaller yaşanabilecektir³⁶⁰. Sigortacının kendisine bu kişiler tarafından yöneltilen tazminat talebinin olması durumunda

³⁵⁸ Can, s.18.

³⁵⁹ Kale S.:Haksız Rekabet Hukukunda Eski Hale Getirme Davası, İstanbul 2003, s.12.

³⁶⁰ Can, s.26.

konunun titizlikle incelenmesi, vukuu bulan olayın incelenerek tazminat koşullarını değerlendirmesi gerekmektedir.

Her türlü çevre kirliliğinden doğrudan veya dolaylı olarak doğan sorumluluklar nedeniyle yapılan tazminat talepleri çoğu zaman oldukça büyük miktarda tazminat ödenmesini gerektirir. MSSGŞ md.A.4.2/c ile getirilen bu düzenleme tarafların isteğine bağlı olarak teminat dışı bırakılabilecektir.

Herhangi bir nükleer yakıttan veya nükleer yakıtın yanması sonucu meydana gelen nükleer atıklardan kaynaklanan iyonize ışınım ve kirlilik, radyoaktif, zehirli, patlayıcı veya herhangi bir patlayıcı nükleer bileşim veya bunun nükleer bir parçasının tehlikeli özellikleri nedeniyle ileri sürülen tazminat talepleri de MSSGŞ md.A.4.2/c kapsam dışı bırakılabilecektir.

Bir sözleşmenin ifasına veya özel bir anlaşmaya dayanıp, sigortalının yasal sorumluluk ölçüsünü aşan her tür talep konusunda da MSSGŞ md.4.2/e gereğince düzenleme yapılabilir. Sözleşme serbestisi içerisinde taraflar şahsiyet haklarına, kamu düzenine, emredici hükümler ve genel ahlak kurallarına aykırı olmamak kaydıyla akdi ilişkiden doğabilecek olan sorumluluğun şartlarını ve kapsamını kanunda öngörülene nazaran ağırlaştırabilir ya da hafif hale getirebilirler³⁶¹.

Avukatın verdiği zarar nedeniyle müvekkilin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen manevi zararın giderilmesi, tazmin ve telafi edilmesini talep edebilecektir³⁶². BK. md.49. kapsamında; düzenlenen manevi tazminatın şartları, şeref, haysiyet, ticari itibar, kişinin sır ve özel hayat alanı, aile hayatı ve çevresi, özgürlük, resim hakkı gibi sosyal ve duygusal kişilik değerlerinin ihlalinden doğan manevi zararlar olarak yer almaktadır³⁶³. Avukatın sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi, avukata saklaması için müvekkili tarafından kendisine emanet edilen özel resimlerini güvenli şekilde saklamadığı için başkasının eline geçmesi, gazetelerde yayımlanması gibi hallerde müvekkil tazminat talebinde bulunabilecektir. Avukatın aleyhine sözkonusu manevi tazminat talepleri de aksi taraflarca kararlaştırılmadıysa MSSGŞ md.A.4.2/f hükmü gereği sigorta himayesi dışındadır.

³⁶¹ Can, s.29.

³⁶² Eren, s.745.

³⁶³ Eren, s.757.

İdarî ve adlî para cezaları dahil her tür ceza ve cezai şartlar, sigortalının aleyhine cezai takibata geçilmesi hâlinde, bu takibattan doğan diğer bilumum masraflar, sigortalının iflasına bağlı olarak ortaya çıkabilecek her tür zarar hakkında sorumluluk sigortası kapsamına MSSGŞ md.A.4.3 ile ancak tarafların anlaşmasına bağlı olarak sözleşmede himaye kapsamına alınabilir.

Sebepsiz yere ödenen primler veya sigorta bedelinin geri alınması alacakları da dahil olmak üzere sigorta sözleşmesinden doğacak bütün talep hakları iki yılda zamanaşımına(TTK md.1268- Meslek Sorumluluk Genel Şartları C.9) uğrar³⁶⁴. Sürenin başlangıcının ne zaman işlemeye başladığı konusunda bir bilgi yoktur. Alacağın muaccel olduğu an (BK. md.128) işleyeceği kabul edilmektedir³⁶⁵.

5-Sigorta Himayesi Talebinin Zamanaşımına Uğraması

TTK md.1268 ile sigorta ettirenin sebepsiz yere ödediği primin veya sigortacının ödediği sigorta bedelinin geri alınması ve diğer alacaklar için sigorta sözleşmesinden doğan tüm talep hakları iki yılda zaman aşımına uğramaktadır. MSSGŞ md.C.9 ile zamanaşımı sigorta sözleşmesinden doğan bütün talepler için iki yıl olarak düzenlenmiştir. Zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağı tarihin başlangıcı ile ilgili bir düzenleme ne TTK ne de MSSGŞ 'de yoktur.

BK md.128 gereğince zamanaşımı süresi alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren hesaplanacaktır³⁶⁶. Sürelerin hesaplanmasında, zamanaşımının işlemeye başladığı gün hesaba katılmaz ve son gün bitinceye kadar alacak hakkı kullanılmazsa zamanaşımı gerçekleşmiş olur(BK 130/I). Zamanaşımı alacağın varlığını değil dava edilebilirliğini ortadan kaldırır³⁶⁷.

³⁶⁴ Can, s.57.

³⁶⁵ Can, s.58.

³⁶⁶ Tekinay, s.1043; Karayağcı, s.62.

³⁶⁷ Eren, s.1234.

II-AVUKAT ORTAKLIĞINDA MESLEKÎ SORUMLULUK SİGORTASI

1-Genel Olarak Avukatlık Ortaklığı

Avukatlık ortaklığı, AvK md.44 de yer alan tanıma göre, aynı baroya kayıtlı birden çok avukatın mesleklerini yürütmek amacıyla oluşturulan ve tüzel kişiliğe haiz bir ortaklıktır³⁶⁸. Ortaklığın çalışması meslek çalışması olup, ticari sayılmaz ve vergilendirme bakımından şahıs şirketlerine ilişkin hükümler uygulanır³⁶⁹. Ortaklık, bu haliyle TTK'da yer alan ortaklık türlerinden birine girmediği, bu nedenle, ortaklık için öngörülen "sınırlı sayı" ilkesine ayırık durum yarattığı, yasal düzenlemelerle kendine özgü türde ortaklık olduğu anlaşılmaktadır³⁷⁰. Sınırlı sayı ilkesi, ortaklık tiplerinin kanunla sınırlı sayıya bağlanmış olması, bu tipler dışında sözleşme ile tip veya karma tip yaratılmasına izin verilmemesi demektir³⁷¹. Türk Hukuk sisteminde ortaklıklar için ticaret ortaklıklarından biri veya adi şirket dışında başka bir imkan olmadığı KARAYALÇIN tarafından belirtilmektedir. BK md.520/2 hükmünce bir şirket TTK da tarif edilen şirketlerin özelliklerini taşıyorsa adi şirket sayılacaktır. AvK ile getirilen Avukatlık Ortaklığı'nın yapısının TTK'da tüzel kişiliğe sahip şirketlerden biri olarak düzenlenmediği ancak kanunla tüzel kişilik olarak ifade edilmesi hukuki statüsü bakımından tartışmaya yol açacak şekilde düzenlenmiştir.

Türkiye Barolar Birliği, avukatlık ortaklığının işleyişi ve kuruluşu hakkında düzenlemeleri gösteren Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği yayımlanmıştır³⁷². Avukatlık mesleğinde şirketleşmenin en önemli getirisi olarak, hukuk alanındaki sürekli gelişmelere, yeni hukuk alanları yaratılmasına paralel olarak uzlaşmaya gereksinim duyulması, uluslararası konularda danışmanlık hizmetinin, tek başına çalışan avukatlar tarafından karşılanmaması, giderlerin paylaşımı ve vergi avantajı sağlanması gösterilmektedir³⁷³.

Türkiye'de kurulacak avukatlık ortaklıkları ile Türkiye'de salt yabancı hukuklar ve milletlerarası hukuk konularında danışmanlık hizmeti vermek üzere yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde ve müteakabiliyet esasına göre kurulabilecek olan yabancı avukatlık ortaklıkları da bu kapsamdadır. Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği md. 11 ile getirilen

³⁶⁸ Özkan, 55.

³⁶⁹ Özkan, s.55.

³⁷⁰ Güner s.679.

³⁷¹ Poroy R., Tekinalp Ü., Çamoğlu E.:Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2007, s.45.

³⁷² Resmi Gazete Tarihi: 25.11.2001 Resmi Gazete Sayısı: 24594- www.barobirlik.org.tr.

³⁷³ Şehirali, s.442.

düzenlemeye göre, yabancı avukatlık ortaklıklarının kurulması da düzenlemeler içerisinde yer almış, bu konuda aranan en önemli şartta yabancı ortaklık konusunda mütekabiliyet esasının bulunması ve yabancı avukatın bağlı bulunduğu ülke barosunda Türk avukatlarında eşit şartlarda avukat ortaklığında görev alabileceklerini gösterir belgenin bulunmasıdır. Yabancı avukatlık ortaklığı, sadece yabancı hukuklar ve uluslararası hukuk konularında danışmanlık hizmeti verirler.

Avukatlık Ortaklığı Ana Sözleşmesinin, Türkiye Barolar Birliği tarafından düzenlenecek “Avukatlık Ortaklığı Tip Ana Sözleşmesine” uygun hazırlanması gerekmekte ve hazırlanan sözleşmenin taraflarca imza altına alınması Avukat Ortaklığı Yönetmeliği md.5 gereği aranmaktadır. Sözleşme de taraflar katılım paylarının ne olduğunu ve oranlarını açıkça göstermelidirler. Katılım payı, nakit para, gayrimenkul, meslekî doküman, arşiv, bilgi veya emek olarak taahhüt edilebilir. Ortaklık sözleşmesi, Avukatlık Kanunu, yönetmelikleri, meslek kuralları, hukuk ilkeleri, ahlak ve mesleğin onur ve bağımsızlığına aykırı olamaz.

Düzenlenen ortaklık sözleşmesi, Avukat Ortaklığı Yönetmeliği md.7 gereğince istenen bilgi ve belgeler eklendikten sonra kayıt olunmak istenen baroya müracaatla teslim edilir ve baronun başvuru hakkında bir ay içerisinde değerlendirilip karara bağlanır. Avukatlık ortaklığı kurma başvurusu, Baro Yönetim Kurulu tarafından kanun ve yönetmeliğe uygun bulunduğu takdirde, “Baro Avukatlık Ortaklığı Sicili”ne yazılmasına karar verilir. Sicili yapılan kayıtla birlikte tüzel kişilik kazanılmış olacaktır.

Avukatlar ortaklık içerisinde paylarını ve pay oranlarını kendileri belirlerler. Diğer taraftan ortaklık içerisinde ortakların üstlenecekleri görevler serbestçe belirlenir ve iş ve dava defterine kaydedilebilir. Ortaklık sözleşmesinin pay devrine izin vermemesi, mirasçının avukat olmaması, ortağın emekliliği, avukatlığı bırakması ya da meslekten çıkarılması, ortaklık payına haciz konulması halinde ortaklık payı gerçek değeri üzerinden diğer ortaklar tarafından payları oranında alınır³⁷⁴.

Avukatlık Ortaklığında, ortaklığı oluşturan tüm pay sahibi avukatlardan oluşan ortaklar kurulu en yetkili organdır³⁷⁵. Ortaklar kurulunun toplantı zamanı, toplantı ve karar nisaplarının ne olacağı ana sözleşmede ortaklarınca serbestçe düzenlenir. Ortaklar

³⁷⁴ Özkan, s.57.

³⁷⁵ Güner S.: Avukatlık Hukuku, Ankara 2003, s.692.

kurulunun görev ve yetkileri arasında ortağının yönetim ve temsili ile yetkili olanların yetkilerini belirlemek, ortaklığın faaliyetlerine ve işbölümüne ilişkin genel kuralları belirlemek, işin reddi konusunda ortaklardan birinin talebi olduğunda bu konu karara bağlamak sayılabilir. Avukatlık ortaklığı adına takip edilecek işlere ait vekaletnameler ortaklık adına çıkarılacaktır. Ortaklığın nasıl veya hangi ortak tarafından temsil edileceği Avukat Ortaklığı Yönetmeliği md 18 düzenlemesine göre ortaklık ana sözleşmesinde düzenlenebileceği gibi ortaklar kurulu tarafından alınacak kararlar da belirlenebilecektir.

2-Avukatlık Ortaklığında Hukuki Sorumluluk

AvK md.44 ile avukat ortaklığının meslek çalışması olduğu, ortaklığın ticari sayılmayacağı düzenlenmiş aynı düzenleme Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği'nin 4. maddesinde de tekrarlanmıştır.

Avukatlık ortaklığına vergilendirme bakımından şahıs şirketlerine ilişkin hükümler uygulanacaktır.Şahıs şirketleri(kollektif, komandit) ticari işletmeyi işletme amacıyla kurulur³⁷⁶. Şahıs şirketlerinin en önemli unsuru birbirini tanıyan, kabiliyet ve şahsiyetlerine itimat eden, eşit ve aynı durumda ortaklardır³⁷⁷. Şahıs şirketlerinde vergi defterlerini bilanço esasına göre şirket ortakları tutmakla yükümlüdür³⁷⁸. Bu tip şirketlerde gelir vergisi mükellefi şirket değil, ortaklardır.

Şahıs şirketleri ile adi şirketin özelliklerinin ve şirket ortaklarının sorumluluklarının avukat ortaklığı ile karşılaştırılması avukat ortaklığı sisteminin yapısının anlaşılmasına yarar sağlayacaktır.

Adi şirket, kişisellik öğelerine göre şekillenmiş sermayeye dayalı olarak değil, şirket ortaklarının kişiliklerine bağlı bir tarzda biçimlendiği; ortakların ortaklık borçlarından bütün malvarlıklarıyla, birinci derecede ve zincirleme sorumlu olduğu her tür iktisadi ve gayri iktisadi konu için her hangi bir şekle bağlı olmaksızın kurulabilen bir ticari işletme işletmesi şart olmayan; tüzel kişiliği bulunmayan şirketlerdir³⁷⁹. Tüzel kişiliği olmadığı için ortakların borçlarından sözedilmektedir ve ortaklar borçlar dolayısıyla kişisel olarak, birinci derecede ve

³⁷⁶ Tekil F.: Limited Şirketler ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 1994,s.18.

³⁷⁷ Karayağın Y.:Ticaret Hukuku Dersleri-Şirketler Hukuku, Ankara 1965, s.58(Şirketler Hukuku).

³⁷⁸ Karayağın, Şirketler Hukuku, s.64.

³⁷⁹ Poroy, s.45.

sınırsız sorumludur³⁸⁰. BK.md.520/1 de yer alan tarifte adi şirket ifadesi değil, yalnızca şirket kelimesi yer almaktadır³⁸¹. Ortakların kendi aralarında yaptıkları sözleşme ile üçüncü kişilere karşı kişisel, birinci derecede sınırsız ve zincirleme sorumluluğu kaldırmaları veya sınırlamaları mümkün değildir³⁸². BK.md.533/3 ile ortaklığın temsil yetkisi hakkında düzenleme yapılmış ve şirket idare yetkisine sahip olan ortağın temsil yetkisini de üstlenebilecektir. Ortaklar adına temsil yetkisi kapsamında yapılan veya sonradan icazet verilen akitlerden doğan borçlar dolayısıyla ortaklar müteselsilen sorumlu olurlar³⁸³. Sorumluluğun sınırları için taraflar aralarında anlaşma yapabilirler. Ortaklar idareci ortağın haksız fiilinden sorumlu değildir. Diğer ortaklar, haksız fiil faili olan ortağı istihdam eden durumunda olmadıklarından sorumlulukları da bulunmamaktadır³⁸⁴.

Kollektif şirket, TTK md.153 de yer alan tanıma göre iki veya daha çok gerçek kişi tarafından, bir ticari işletmeyi, müşterek ticaret unvanı altında işletmek amacı ile kurulan ve şirket alacaklarına karşı ortakların tümünün sorumlu olduğu tüzel kişiliğe sahip bir ticaret şirkettir. Şirket borçları ve taahhütlerinden dolayı, şirket tüzel kişisi ve şirket malvarlığı birinci derece sorumludur. Şirkete aleyhine yapılan icra takibi karşılıksız kalmış veya şirket herhangi bir sebeple sona ermiş ise ortaklara karşı icra takibine girilir veya dava açılabilir³⁸⁵. Şirketin malvarlığı şirket alacaklılarına karşı özel bir teminat teşkil etmektedir³⁸⁶. Ortak şirkete koyduğu sermaye ile değil bütün malvarlığı ile sınırsız sorumludur. Kollektif şirketteki bütün ortaklıkların şirket alacaklarına karşı sınırsız sorumluluğu kolektif şirketi diğer şirketlerden ayırır³⁸⁷. Adi şirkette bir ortağın yaptığı işlerden diğer ortakların sorumlu olması için sorumluluğa neden olan davranışı yapan ortağın ya özel temsil yetkisinin olması ya da idareci ortak sıfatına sahip olması gereklidir.

Komandit Şirket, bir ticaret unvanı altında ticari işletme işletmek amacıyla en az bir sınırsız (komadite) ve bir sınırlı (komanditer) ortak tarafından kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret ortaklığıdır³⁸⁸. Komandit şirketin borç ve taahhütlerinden dolayı birinci derecede şirket tüzel kişiliği sorumludur. Kollektif şirkette olduğu gibi, şirket hakkında yapılan takip sonunda şirket varlığından alınamamış olan alacaklar için ortaklara başvurulur. Komandite ortaklar

³⁸⁰ Poroy, s.80.

³⁸¹ Karayalçın, Şirketler Hukuku, s.79.

³⁸² Poroy, s.81.

³⁸³ Karayalçın, Şirketler Hukuku, s.97.

³⁸⁴ Karayalçın, s.97.

³⁸⁵ Poroy, s.174.

³⁸⁶ Karayalçın, Şirketler Hukuku, s.185.

³⁸⁷ Karayalçın, Şirketler Hukuku, s.158.

³⁸⁸ Poroy, s.207.

alacaklılara karşı sınırsız şahsi; komanditer ortaklar ise sınırlı olarak sorumludurlar³⁸⁹. Komanditere şirket alacaklılarının başvurabilmesi için şirketin sona ermesi veya icra takibinin karşılıksız kalması gerekir³⁹⁰.

Avukatlık ortaklığı ise diğer ortaklıklardan farklı bir yapıda düzenlenmiş, meslekî çalışmalarını birlikte yapmak amacıyla, tüzel bir kişilik altında birden fazla avukatın bir araya gelmesiyle kurulmaktadır. Avukat Ortaklığı Yönetmeliği md.9 hükmüne göre, kurucuların kayıtlı olduğu baro yönetim kurulu tarafından “Baro Avukatlık Ortaklık Sicili”ne yazılma ile tüzel kişilik kazanır. Avukatlık ortaklığında hukuksal sorumluluk AvK md.44/a-4 ile düzenlenmiştir. Mesleki faaliyet sırasında zarar doğuran eylem ve işlemler nedeniyle; avukat ortaklığı, ortakların her biri ve ortaklıkta çalışan avukatlar birincil dereceden, sınırsız sorumludurlar. Tüzel kişiliği olan şirketlerde üçüncü şahıslara karşı birinci derecede şirket sorumludur³⁹¹. Avukat ortaklığının hukuki yapısı tam olarak yasal düzenlemede tanımlanmadığından tüzel kişiliği olmasına rağmen sorumluluğun yalnızca tüzel kişide değil tüzel kişi ile birlikte ortaklar ve çalıştırılan avukat da birinci dereceden sorumlu olmaktadır.

Avukat Ortaklığı Yönetmeliği AvK md.41 ile benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Avukatlık ortaklığında, tüzel kişilikle birlikte ortaklarında sorumluluğu esasının getirilmesiyle iş sahibini korumayı amaçlamaktadır. Şirketler hukukunun sınırlı sayı prensibi kuralının dışında kanunla kurulan avukat ortaklığında sorumluluğun diğer şahıs şirketleri ile farklılık taşıdığı sorumluluktaki bu istisnadan anlaşılmaktadır. Avukat ortaklığı ile amaçlanan iş sahibinin daha güçlü bir muhatap bulmasını sağlamak, sorumlulukta ortaklığın malvarlığı ile güvence getirmektir. Ortaklığın kuruluşunda asgari bir sermaye öngörülmediğinden ortaklığın malvarlığı ile sağlayacağı güvence yeterli olmayabilir. Avukatlık ortaklığında vekaletnameler, ortaklık adına düzenleneceğinden iş sahibi çoğu kez işini yürütecek avukatı kendisi seçemez ve bu durumda avukat-müvekkil ilişkisinin güvene dayanan yönü dikkate alındığında iş sahibini mağdur duruma düşürebilir³⁹².

AvK md.41 ile md.44-a.4 avukatlık ortaklığında ortakların sorumluluğu ile diğer şahıs şirketlerinde sorumluluğu karşısında farklılıklar ortaya çıkarmaktadır. Avukatlık ortaklığının, sorumluluğa ilişkin düzenlemenin adi şirketlerdeki yapıyla benzerlikleri olsa da adi ortaklığın

³⁸⁹ Poroy, s.217

³⁹⁰ Karayağın, Şirketler Hukuku, s.231.

³⁹¹ Karayağın, Şirketler Hukuku, s.60.

³⁹² Şehirli, s.447.

tüzel kişiliğinin bulunmaması yönüyle birbirlerinden ayrılmaktadırlar. Kollektif ve komandit şirketlerde, tüzel kişilik alacaklara karşı birinci derecede sorumlu olmakta ancak ortaklık tüzel kişiliğinden alacak tahsil edilmezse ortaklara başvurulmaktadır. Avukat ortaklığında ise alacaklı ortaklık tüzel kişiliğine, ortaklara veya çalışan kadrosunda görev yapan avukata aynı anda başvurarak zararlarını talep edebilecektir.

Ortaklığın müteselsil sorumluluğu kabul edilmiş olsa da, iş sahibinin tazminat talepleri ortaklık tarafından karşılanırsa da, ortaklık tarafından ödenen miktar zarara sebep olan avukata rücu edilebilmek ve en son aşamada zarara katlanan yine avukat olmaktadır³⁹³.

Avukat ortaklığına AvK. ile getirilen düzenlemede ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunduğu ancak vergilendirme bakımından şahıs şirketlerine ilişkin hükümlerin uygulanacağına ifade edilmiş olması ortaklığın amaçlandığı şekilde faaliyetini yerine getirmesini sağlamaktan uzaktır. Zira ortakların birinci derece ortaklıkla birlikte sorumlu olması ile ortaklığın kuruluşunda sermayenin miktarının belirlenmemiş olması ortaklığın şekli bir düzenleme olmasına neden olmaktadır.

Tüzel kişilik, sözleşme ile meydana gelen ve sözleşmeyi yapan gerçek kişilerin varlığından ayrı ve bağımsız bir hukuki varlıktır³⁹⁴. Medeni Kanun³⁹⁵ md.47 gereğince belli bir amaçla bir araya gelen mal toplulukları veya kişi toplulukları özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar. Şirketlerde tüzel kişiliğin bulunması ve tüzel kişiye ait bir malvarlığı alacaklılara teminat sağlanması amacıyla hizmet eder. Tüzel kişilik kazanmanın sonucunda bağımsız mal varlığına sahip olunmasını getirir.

AvK. kuruluş sermayesinin miktarının belirlenmesi ve belirli dönemlerde sermaye tutarının güncellenmesi sağlanmalıdır. Limited şirketlerde yer alan ortaklarının sınırlı sorumluluğu, kuruluşta sermayenin esas sözleşme ile taahhüt edilmesinin sağlanması ve ortaklıkla ilgili işlemleri gösteren ortaklık sicili yoluyla denetiminin yapılması daha uygun olacaktır. Limited şirketlerde esas sözleşmeye konulacak hüküm ile şirkete ortak olacak

³⁹³ Şehirli, s.447.

³⁹⁴ Pulaşlı H.:Şirketler Hukuku-Temel Esaslar, Ankara 2004, s.48.

³⁹⁵ 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı.

kişilerin belirli niteliklere sahip olması kaydı konularak, çalışılacak alanın belirtilmesi avukatlık mesleğine uygun bir şekilde şirketin faaliyetine imkan sağlayacaktır³⁹⁶.

Avukat ortaklığının mevcut halinde mesleki sorumluluk sigortası bakımından da bir takım hukuki sorunlara yol açacaktır. Mesleki bir faaliyet sonucunda hukuki sorumluluk doğuran bir davranış neticesi açılacak tazminat davasında husumet yalnızca ortaklar olan bir avukata yönlendirildiğinde ve bu avukat mesleki sorumluluk sigortası korunmasında ise avukat korunmadan yararlanacaktır. Diğer taraftan tüzel kişiliği haiz avukat ortaklığa ve her bir ortak aleyhine yöneltilen davada husumet yöneltilenlerin hepsinin sorumluluk sigortası kapsamında olmaları halinde sigorta himayesinin nasıl sağlanacağı önem taşımaktadır. Sorumluluk sigortasının için yer aldığı pasif sigortalarda sigorta değerinin olmaması sonucunda bu sigorta türlerine eksik sigorta, aşkın sigorta ve birden çok sigorta ile ilgili hükümler uygulanamayacaktır. Avukat ortaklığı ile birlikte birden fazla avukatın sorumluluğuna yönelik bir tazminat davasında kesinleşen bir tutar var ise bu durumda sigorta şirketlerine zararla yöneltilen taleplerde birden çok sigorta görünümü vermektedir. TTK md.1286 düzenlemesinde yer alan değerinin tamamı sigortalanmış bir menfaatin sonradan aynı kimse tarafından aynı rizikolara karşı sigortalanmasını ifade eden çifte sigorta olup olmayacağı tartışılabilir. TTK md.1286 ile sigorta konusu olan bir menfaatin sonradan aynı kimse tarafından aynı rizikolara karşı sigortalanamayacağı ifade edilmiştir. Ancak avukat ortaklığının ortaklardan farklı tüzel kişiliğinin bulunması ve ortaklık için konulacak sermayenin ayrı bir menfaat olması sebebiyle bu durumda çifte sigortanın varlığı kabul edilemeyecektir.

İş sahibi tarafından kendisine vekalet veren avukat, eğer vekaletname ile kendisine tevkil yetkisi tanınmış ve müvekkiliyle arasındaki sözleşmede de aksi kararlaştırılmamışsa, bir başka avukatı görevlendirebilir ya da işi beraber takip edebilir. Adına vekalet çıkarılan avukatın yanında hizmet sözleşmesiyle çalışan bir avukata tevkil etmesi halinde bu kişinin alt vekil mi yoksa avukat yardımcı mı olduğu hususu önemlidir³⁹⁷. Tevkil olunan avukatın işi şahsen üstlenerek kendi meslekî bilgi ve becerisini de koyması dolayısıyla onun alt vekil olarak değerlendirilmesi daha uygundur. Uygulamada yer alan bu düzenlemeler avukat ortaklığından önce de mevcuttur ve avukatın hak ve sorumluluklarını gerektiren tüm hususlar avukatlık ortaklığı için de düşünülebilir.

³⁹⁶ Pulaşlı, s.432.

³⁹⁷ Şehirali, s.448.

Avukatın yanında çalışan kişilerin hukuki durumu ve ortalığın bu kişilerin eylemleri nedeniyle sorumlulukları söz konusu olmaktadır. Ortağın veya ortaklıkta çalışanların disiplin suçu oluşturan işlem veya eylemleri, ortaklık kurulunun kararı ya da yönetici ortağın talimatı ile yerine getirilmişse ya da ortaklık, kanununa ve kurallara aykırı işlem ya da eylemleri itiyat haline getiren ortak ya da çalışan hakkında gerekli işlemleri yapmadığı takdirde, eylemin ağırlığına göre kanunda yazılı disiplin cezalarının muhatabı olur³⁹⁸.

Bir işin ya da hizmetin ifasında, borcu şahsen ifa etme zorunluluğu olmayan durumlarda veya günümüzde iş hayatının yoğunluğu yardımcı kişilerden yararlanmayı gerekli kılabilmektedir. Borçlunun hizmet ve yardımlarından yararlandığı yardımcı kişilerle iş sahibi arasında doğrudan doğruya herhangi bir borç ilişkisi mevcut değildir³⁹⁹. BK yardımcı kişinin işin görülmesi sırasında başkalarına vermiş olduğu zarardan, adam çalıştırmanın sorumluluğunu iki ayrı şekilde düzenlemiştir⁴⁰⁰. Bunlardan biri BK. md.55 ile düzenlenen istihdam edenin sorumluluğudur. Diğeri ise borcun ifasında BK. md.100 yardımcı kişi kullanılması düzenlemesidir.

BK. md.100 de yer alan düzenleme sözleşme sorumluluğunda uygulanacaktır ve avukat ortaklığının yapısına bakıldığında bu sorumluluğun olduğu anlaşılacaktır. İşin ifası, yönetim ve değerlendirmesi ile işletmenin denetlenmesi, yardımcıların seçiminde onlara verilen talimat ve bilgide, iş sahibinin alacaklıya karşı verilebilecek zararlardan bizzat sorumluluğu sözkonusu olacaktır⁴⁰¹.

Avukat ortaklığında ortaklık ilişkisi bir sözleşmeyle ücret karşılığı çalışan şahsın hukuki konumundan farklı olduğunda ortaklardan birinin işi yerine getirmesi halinde diğer ortağın sorumluluğu BK 100 anlamında bir sorumluluktur.

Sorumluluğun şartları için, bir işin ifası için yardımcı bir şahıstan faydalanmalı, avukat ile iş sahibi arasında kanundan, sözleşmeden veya haksız fiilden kaynaklanan bir borç ilişkisi olmalıdır. Müvekkil tarafından işin yapılması için avukata verilen vekaletname ile tevkil etme yani bir başka avukata görev verebilme yetkisinin tanınmış olması, yardımcı şahsın

³⁹⁸ Özkan, s.58.

³⁹⁹ Eren, s.1028.

⁴⁰⁰ Eren, s.576.

⁴⁰¹ Eren, s.1028.

borcu yerine getirmesine muvaffakatı anlamına gelecektir. Eğer tevkil yetkisi mevcut değilse bu durumda avukatın sorumlulukları BK.md 96'ya göre olacaktır.

Avukatın yardımcı şahıstan yararlanması müvekkile karşı sorumluluğunu kaldırmasa da iç ilişki de ortağı ya da yanında çalışan kişiye kusuruna göre rücu imkanı olabilecektir.

BK md.55 sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanmaz. Avukat yanında çalışan diğer avukatın, nc kişiye haksız fiil işlemek suretiyle vereceği zararlardan kendi kusuru olmasa dahi işveren BK md.55 ile kusursuz sorumlu olacaktır. Adam alıştırının sorumluluğunu düzenleyen maddeye göre, istihdam eden avukat, çalışan avukatın iş dolayısıyla verdiği zararlardan sorumludur⁴⁰². Çalışanla yardımcı şahıs arasından bir alıştırma(bağımlılık) ilişkisi bulunmalıdır⁴⁰³. İşlerini gördürmek amacıyla bağımlılık ilişkisi içinde yardımcı kişinin hizmetine başvuran, onun hizmet ve denetiminden yararlanan, onun üzerinde gözetim ve denetim yetkisi olan kimse adam alıřtırandır⁴⁰⁴. BK'nun 55/II maddesine göre yardımcı kişiye tazminatla yükümlü olduğu nispette rücu edilebilir.

Özellikle avukatlık ortaklığı bünyesinde çalışan avukatların da sorumluluklarının ortak olan avukatlarla eşit olması, ortak avukatlardan talimat aldığının ispatlanması kolay olmayacaktır. Zira bir büro içerinde yardımcı avukatın, her iş talimatında yanında çalıştığı avukattan bu isteğini yazılı bir talimat vermesini talep etmesi hem iş hayatının yoğunluğu içerisinde uyulama açısından zorluklar getirir hem de bağımlılık ilişkisinin yapısına uygun değildir. Ayrıca BK düzenlemesinde istihdam edenin kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldırmaya sağlayan kurtuluş delili imkanları avukatlık mesleğinin özel kuralları dolayısıyla müvekkile karşı sorumluluğu ortadan kaldırmayacaktır. Avukatlık Kanunu'nda, çalışan avukatın da ortaklık ve ortaklarla birlikte sınırsız ve birincil derecede sorumlu olmaları çalışma şartlarının ağırlaşmasına anlamına gelecek, tecrübesiz olarak iş hayatına atılan bir kimse ortaklıkta çalışmaya cesaret edemeyecektir. Kanunda yer alan düzenlemede çalışan avukatın sorumluluğu sınırsız bir sorumluluk olarak düzenlenmek yerine Borçlar Kanununun genel düzenlemeleri çerçevesinde bir sorumluluk bu konuda uygulama sağlayabilecekti.

⁴⁰² Tekinay, s.503.

⁴⁰³ Eren, s.579.

⁴⁰⁴ Eren, 579.

III-SİGORTA ETTİRENİN KÜLFETLERİ

Sigorta ettirenin, sigorta sözleşmesi ile kendisine sağlanan sigorta himayesinden yararlanabilmesi için bazı külfetleri yerine getirmesi gerekmektedir. Bir mükellefiyetin yerine getirilmemesi halinde ilgili ancak hakkını kaybedebilir. Sigorta ettiren veya sigortalı kendisine düşen mükellefiyeti yerine getirmez ise sigorta bedelini isteme hakkını kaybedebilir. Sigortacı, sigorta ettirenden veya sigortalıdan, görevlerini ihlal ettiği gerekçesiyle tazminat talep edemez. Hâlbuki bir borcun ifa edilmemesi tazminat talebine yer verir.

Türk Ticaret Kanunu'ndaki düzenlemeden de sigorta ettirene yüklenen görevlerin teknik anlamda borç olmayıp, kanunen kendisine yüklenmiş mükellefiyetler olduğu anlaşılmaktadır. TTK md.1290, 1291 ve 1292 de yer alan başlık "ihbar mükellefiyeti" şeklindedir. Buna karşılık TTK md.1294'ün başlığı ise "Prim Ödeme Borcu" olarak düzenlenmiştir. Böylece kanun koyucunun sigorta ettirenin borç ve mükellefiyetlerini birbirinden ayırdığı açıktır. Aynı şekilde Türk Ticaret Kanunu Tasarısı md.1430 ana başlığı da "Sigorta ettirenin borç ve yükümlülükleri" şeklinde olup, Tasarının md.1430 ile md.1434'de prim ödeme borcunun kapsamı, ödeme yeri ve zamanı ile temerrüde ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Prim ödeme borcunu düzenleyen maddelerden hemen sonra yer alan "Beyan Yükümlülükleri" ana başlığı altında ise TTK md.1435-1443 ile "sözleşmenin kurulmasındaki beyan yükümlülüğü" TTK md.1444-1445 "sözleşme süresi içindeki beyan yükümlülüğü" düzenlenmek suretiyle, sigorta ettirenin borç ve yükümlülükleri birbirinden ayrılmıştır.

Sigorta sözleşmesi taraflar arasında sürekli bir ilişki kurduğundan, sigorta ettirenin doğru bilgi verme, rizikoyu ağırlaştırmama ve ağırlaşan rizikoyu bildirme, riziko gerçekleşikten sonra rizikoyu bildirme, zararı azaltma ve kurtarma sigortacıya bildirimde bulunmakla yükümlü tutulmuştur⁴⁰⁵.

⁴⁰⁵ Çeker, s.42.

1-Sözleşmenin Kuruluşu Anındaki İhbar Külfeti

Sigorta ettirenin ihbar görevinin teknik anlamda bir borç olmadığı kabul edilmesinin sonucu olarak, ifa edilmemesi halinde, sigorta ettireni veya sigortalıyı, ne dava yoluyla ne de cebri icra vasıtasıyla buna zorlamaya imkân yoktur⁴⁰⁶.

Sigorta hukukunda sigorta ettirenin sigorta korumasından yararlanması için TTK md.1290-1292 gereğince bazı görevleri sözkonusudur ki bunlar; rizikonun gerçekleşmesinden önce(mesela sözleşme öncesi bildirim görevi, rizikoyu ağırlaştırmama ve rizikonun meydana gelme olasılığı artmışsa bu durumu sigortacıya bildirme) bir kısmı ise rizikonun gerçekleşmesi anından itibaren(koruma önlemi alma)ve bu anın sonrasında(rizikonun gerçekleştiğini sigortacıya haber verme yükümlülüğü) olacaktır⁴⁰⁷.

TTK md.1290-1292'in kenar başlığı "ihbar mükellefiyeti" olmasına rağmen bu maddelerde yapılması aranan bildirimlere ilişkin akdi vecibenin hukuki niteliği itibariyle mükellefiyet değil külfet olduğu bunların geç yapılması veya yapılmamasının müeyyideden doğan talepler hariç tazminat talep hakkı vermediği kabul edilmektedir⁴⁰⁸. Yükümlülük borç niteliği taşımadığından sigorta ettiren tazminatla karşı karşıya kalmamakla beraber teminat dahilinde bazı haklarını kaybedecektir.

Sigorta ettiren, sigortacı ile sigorta sözleşmesini yaparken sigorta konusu menfaatin durumu hakkında gerçeğe uygun bildirimde bulunmak zorundadır. Sigortalanacak riziko hakkında tam bir bilgi sahibi olmayan sigorta şirketi, sözleşme yapıp yapmama hususunda veya bunun hangi şartlar altında yapması gerektiği konusunda karar veremeyecektir⁴⁰⁹. Meslekî sorumluluk sigortasında, himaye kapsamında yer alan tehlikeyi etkileyebilecek olan hususlar, sigorta talebinde bulunan kişinin meslekî bilgi ve becerisi, yapmakta olduğu işlerin niteliği ve çalıştığı hukuk alanında olacaktır. Sigortacı, sigorta kapsamını belirlerken avukatın ele aldığı dava dosyaları hakkında bilgi edinerek, davaların başarı durumu ile bu başarıya etken olan faktörleri, avukatın performansını, bilgi birikimini davaya ne kadar yansıttığını, daha önce meslekî faaliyeti ile ilgili maddi tazminat talebi ile karşı karşıya kalıp kalmadığını

⁴⁰⁶ Öztan F.: Sigorta Aktinin İnikadında İhbar Mükellefiyeti, Ankara 1965, 31.

⁴⁰⁷ Ünan , s.175.

⁴⁰⁸ Can, s.42, Bozer, A.:Sigorta Hukuku-Genel Hükümler-Bazı Sigorta Türleri, Ankara 1999, s.108.

⁴⁰⁹ Şenocak, s.218.

araştıracaktır. Sigortacı sözkonusu değerlendirmeleri konunun uzmanı hukukçu bir ekspertiz aracılığıyla inceleyerek riziko hakkında bir tespit yaptırabilecektir.

Meslekî sorumluluk sigortası güvencesinden yararlanmak isteyen kişinin, işlerinde gerekli özeni hangi ölçüde gösterdiğini, daha önce mâruz kaldığı tazminat tehlikesinin kapsamını gösterebilir. Sigortacının üstlendiği tehlike yönünden bu konuda yapılacak tespitler önem taşımaktadır. Sigorta ettirenin ihbarla mükellef olduğu diğer hususlar ise, daha önce yapılan sigortalar, bunların sona erme sebepleri ve özellikle sigortacı tarafından feshedilip feshedilmediği ile meslekî sorumluluk sigortasında sigorta ettirenin çalıştırdığı kişi sayısı, mevcut işletme araçların modernliği ve yeterli olup olmadığı, müvekkillerin sayısı, müvekkillerine ait ticarî işletmenin mevcut olup olmadığı, bu ticari işletmeyle ilişkiye girenlerin çokluğu azlığı, hâli hazırda hazırlamakla yükümlü olduğu proje adedi ve bu projelerin büyüklüğü küçüklüğü gibi hususları ihbar etmelidir⁴¹⁰.

Sigorta ettirenin sigorta poliçesinde tanımlanan meslekî sıfatı dolayısıyla daha önce tazminat taleplerine muhatap olup olmadığına ilişkin bilgiler tehlike yönünden önem arzeder⁴¹¹. TTK md.1290 uyarınca sigorta ettiren sigorta sözleşmesi kurulmadan önce “gerçek durumu bilmesi halinde sözleşmeyi hiç yapmaması veya daha ağır şartlarla yapmasını gerektirecek bütün hususları” tam ve doğru bir şekilde bildirmek zorunda olacak ve eğer sigortacı bir soru listesi vermişse sigorta ettiren bunları tam ve doğru bir şekilde cevaplandırmış olduğu takdirde görevini yerine getirmiş sayılır⁴¹². Eğer sigortacının verdiği soru listesinde verilen sorular dışında, sigorta ettirenin beyan edeceği bir şey olup olmadığı soruluyorsa, sigorta ettiren bu soruya kendisince bilinen ve sigortacının mukaveleyi hiç yapmamasına veya daha ağır şartlarla yapmasına yol açabilecek nitelikte olan bütün hususları bildirmek suretiyle cevap vermelidir⁴¹³. Sigortacı sözleşmenin yapılması sırasında himaye yükümlülüğü kapsamında kendisi açısından sözleşmenin koşullarını etkileyeceğini düşündüğü her soruyu sigorta ettirene verdiği listeye eklemelidir.

Sigortacının riziko hakkındaki kanaati, sigorta ettirene sunulan teklifnamedeki sorulara sigorta ettiren tarafından verilen cevaplarla oluşmaktadır⁴¹⁴. Türk Ticaret Kanununda yer alan düzenleme çerçevesinde sadece listedeki soruların tam ve doğru olarak

⁴¹⁰ Şenocak, s.219.

⁴¹¹ Şenocak, s.218.

⁴¹² Ünan, s.176.

⁴¹³ Şenocak, s.221

⁴¹⁴ Omağ, K.:Türk Sigorta Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu, İstanbul 1985, s.5.

cevaplanmasını, ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmesi açısından yeterli gören anlayıştan ziyade, listede yer almasa dahi sözleşmeyi veya prim miktarını etkileyecek diğer hususların da bilinmesi halinde ihbar edilmesi gerektiğinin kabul edilmesi, ihbar yükümlülüğünün amacına daha uygun olacağı doktrinde ÖZTAN tarafından ifade edilmektedir⁴¹⁵.

TTK md. 1290/2 hükmünce sigorta ettirenin, sigortacının sorulmayan hususlara önem vermediğini kabule hakkının olduğu ve onun bu inancının korunması Medeni Kanunun 2'nci maddesi gereği ihbar külfetini dürüstlük kuralı gereği ifa etmeli ve tehlikeyle ilgili kendisinin mâlûmu olan hususları ihbardan kötüniyetle kaçmamalıdır. Sigorta ettirenin kötüniyetinin varlığı halinde korunmaya değer bir inancından söz edilemez ve dolayısıyla, kötüniyetli sigorta ettiren hükmün koruma amacının kapsamı dışında kalmaktadır⁴¹⁶.

Her ne kadar TTK md. 1290 da açıkça yer almıyorsa da, sigorta ettirenin, aktin yapılması esnasında sadece kendisince bilinen hususları ihbar etmesi yeterli olduğu görüşü ŞENOCAK tarafından ileri sürülmektedir⁴¹⁷. Sözleşme koşullarında değişiklik meydana getirecek ve sigortacıyı daha ağır şartlarla sözleşme yapmaya veya hiç yapmamaya yöneltecek olan hususları, sigorta ettirenin bildirmesi gerekli ve yeterli olacak ve bu yükümlülüğü geniş tutmanın sigortacı ve sigorta ettiren açısından faydası bulunmayacaktır⁴¹⁸.

Sigorta ettiren, bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemişse veya gerçeğe aykırı beyanda bulunmuşsa sigortacının TTK md.1290 hükmüne göre sözleşmeden cayma hakkı vardır⁴¹⁹. ÖZTAN'a göre, cayma hakkı sözleşmeden doğmayıp, kanunen taraflara yüklenen mükellefiyetlerin yerine getirilmemesinden doğduğundan makable şamil hükümler doğurmamakta ve sözleşmeden rücu anına kadar ödenmiş ve muaccel hale gelmiş primlerin sigortacıda kalması gerekmektedir⁴²⁰. Sigortacı cayma hakkını kullanmasına imkan veren gerçeği öğrendikten sonra bir aylık hak düşürücü süre içinde kullanılmalıdır. Risk gerçekleşikten sonra da cayma hakkını kullanabilecektir. İlgili madde de sigortacının öğrenme anından ne anlaşılması gerektiği hakkında bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁴²¹. Cayma hakkının kullanılması ile sigorta sözleşmesi baştan itibaren mevcut olmamış gibi

⁴¹⁵ Öztan, s.80

⁴¹⁶ Şenocak, s.221.

⁴¹⁷ Şenocak, s.220.

⁴¹⁸ Çeker, s.43.

⁴¹⁹ Çeker, s.43.

⁴²⁰ Öztan, s.116.

⁴²¹ Şenocak, s.223.

sonuç doğuracak ve sigortacının rizikoyu taşıma yükümlülüğü başlangıçtan itibaren sona erer⁴²².

MSSGŞ'n da md.C.2. ile sözleşme öncesi bildirim yükümlülüğü düzenlenmiştir. Sigortacı, sigorta sözleşmesini sigorta ettirenin veya bilgisinin olması durumunda sigortalının beyanı ve varsa teklifname ve eklerinde yazılı sorulara verdiği cevaplara dayanarak yapar. Sigortalı ve sigorta ettirenin beyanı yanlış veya eksik ise ve bu durum, sigortacının sözleşmeyi yapmamasını veya daha ağır şartlarla yapmasına neden oluyorsa, sigortacı durumu öğrendiği tarihten itibaren bir ay içerisinde sözleşmede cayabilir veya sözleşmeyi yürürlükte tutarak aynı süre içinde prim farkını sigorta ettirenden talep edebilir. Bu durumda sigorta ettiren prim farkını ödemeyi kabul ettiğini sekiz gün içinde sigortacıya bildirmez ise sözleşmeden caymış olacaktır ve bu işlemin bir aylık süre içerisinde yapılması gerekmektedir.

TTK md.1290 ile MSSGŞ'de bildirim yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler arasında farklılıklar mevcuttur. İlk olarak, ihbar külfetinin gerçek durum hakkında bilgisi olan sigortalılara yüklenmiş olması gerçek durumu öğrenen sigortacının sözleşmeyi ayakta tutmayı isteyebileceği düşünülerek prim farkını talep etme imkanı tanınmıştır. Gerçek durumu öğrenen sigortacı sözleşmenin devamını ve prim farkının kendisine ödenmesini talep ettiğinde, bu talebin sekiz gün içinde ödenmemesi halinde sigortacı sözleşmeden caymış kabul edilir. Sigortacının prim farkı talebini bir aylık süre içinde sigorta ettirene bildirmesi gerekmektedir.

TTK md.1290/I ile sigorta ettirenin kötünietinin anlaşıldığı hallerde cayan sigortacının tam prime hak kazanacağı öngörülmüş buna karşılık Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarında sigorta ettirenin kötünietli olup olmadığı bakımından herhangi bir ayırıma gidilmeden, bu halde sigortacının sadece cayma beyanda bulunulan an'a kadar işlemiş olan primleri talep edebileceği öngörülerek sigortacının aleyhine bir durum ortaya çıkmıştır⁴²³. Son olarak, Genel Şartlarda ihbar külfeti gerçek durum hakkında bilgi sahibi olan sigorta ettiren ile birlikte sigortalıya da yüklenmiştir.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında sigorta ettirenin borç ve yükümlülükleri başlıklı bölümünde md.1435 ile sözleşmenin kurulmasında beyan yükümlülüğünü düzenlemiştir.

⁴²² Şenocak, s.222.

⁴²³ Can, s.44.

Maddenin başlığında yükümlülük ifadesinin kullanılması ancak madde içeriğinde yer alan düzenlemenin ise sigorta ettirenin sözleşmenin kurulması sırasında önemli hususlara ilişkin beyan külfetini düzenlediği anlaşılmaktadır⁴²⁴. Madde gerekçesinde, düzenlemenin TTK md.1290'da yer alan sigorta ettirenin beyan edeceği hususlar ve yükümlülüğü ihlal eden hallerin paralel olarak belirtilmiştir⁴²⁵. TTK md.1290'dan farklı olarak sigortacının sorduğu soruların aksi ispat edilinceye kadar sigortacı için önemli olduğuna karine teşkil etmektedir. Yanlış bildirim yapılan hususların önemli olup olmadığı sigortacının o bildirimle rağmen sözleşme yapıp yapmayacağı değerlendirmesine göre tespit edilecektir. Tasarı da yürürlükteki TTK'dan farklı olarak sigortacı için önemli olan hususun neler olabileceği konusunda daha açık bir düzenleme yapılması uygulama açısından kolaylık sağlayabilecektir.

Tasarı md.1443 ile icap ve kabul arasındaki değişiklikler için de sözleşmenin kurulması sırasındaki beyan yükümlülüğüne ilişkin maddelerin uygulanacağı düzenlenerek mevcut TTK'da yer almayan bir konuda uygulamaya yenilik getirecektir.

Tasarı md.1439'a göre "Sigortacı bakımından önemli olan bir hususun bildirilmemiş veya yanlış bildirilmiş olması halinde, sigortacı md.1440 belirtilen süre (yedi gün) içinde sözleşmeden cayabilir veya prim farkı isteyebilir"⁴²⁶. İstenilen prim farkının sekiz gün içinde kabul edilmemesi halinde sözleşmeden cayma kabul edilecektir. Sözleşmenin kurulabilmesi için sözleşme şartları için önemli kabul edilen bir hususun, sigorta ettirenin kusuru sonucu öğrenilememiş olması veya sigorta ettiren tarafından önemli sayılmaması durumu değiştirmez. Düzenleme sigortacının beyan edilmeyen durum nedeniyle himayesini devam ettirmesine engel olacak ya da rizikonun değişmesine rağmen primleri artırarak himayeye devam edebilecektir. Her iki halde birisi için de bekleme süresi makul bir süre olarak Tasarı'da sekiz gün olarak belirlenmiş, böylece sigortacı korunmuştur. Tasarıda bildirim yükümlülüğüne aykırı davranışa uygulanacak yaptırım konusunda rizikonun gerçekleşip gerçekleşmemesine göre TTK'dan farklı olarak Tasarı md.1439 da ikili bir ayırım yapılmıştır.

Sigortacı, kendisi için önemli olan bir hususun bildirilmemiş veya yanlış bildirilmiş olduğunu öğrendiğinde riziko henüz gerçekleşmemişse, yedi gün içinde sözleşmeden cayabilir veya prim farkı isteyebilir. Rizikonun gerçekleşmesinden sonra sigorta ettirenin kusuru ile beyan yükümlülüğünün ihlal edildiğinin tespiti halinde, bu ihlal tazminatın veya

⁴²⁴ Tasarı, s.307.

⁴²⁵ Tasarı, s.787.

⁴²⁶ Tasarı, s.307.

bedelin miktarına yahut rizikonun gerçekleşmesine etki edebilecek nitelikte ise kusurun derecesine göre tazminattan indirim yapılacaktır. Sigorta ettirenin kusuru kast derecesinde ise beyan yükümlülüğünün ihlali ile gerçekleşen riziko arasında bağlantı varsa sigortacının tazminat veya bedel ödeme borcu ortadan kalkacak bağlantı yoksa sigortacı ödenen primle ödenmesi gereken prim arasındaki oranı dikkate alarak sigorta tazminatını veya bedelini ödeyecektir.

2-Rizikoyu Ağırlaştırma Külfeti

Riziko taraflar arasındaki sözleşmenin devamı sırasında sözleşmenin kuruluş anına oranla daha yoğun gerçekleşme ihtimal gösterebilir yani risk artabilir⁴²⁷. Rizikonun sigorta sözleşmesi devam ederken sözleşmenin yapıldığı ana nazaran gerçekleşme ihtimali sigorta ettiren ya da sigortalının fiil ve tesiri ile ortaya çıkabileceği gibi, onların iradesi dışında da ortaya çıkabilir⁴²⁸.

Avukatın sözleşmenin kuruluşu aşamasında mesleğini icra ettiği avukatlık bürosunu yanında çalışan avukatların denetim ve gözetimine bırakarak bir holdingde yarı zamanlı hukuk müşaviri olarak çalışmaya başlaması durumu rizikonun ağırlaşmasıdır. Avukat bürosundaki faaliyeti sırasında kendisine duyulan güven nedeniyle işlerini aldığı müvekkillerine karşı yanında çalışan avukatla birlikte sorumlu olmaya devam edecek ve bu sorumluluğa holdingde yürüttüğü işlerde eklenmiş olacaktır. Avukatın holdingdeki işlerin yoğunluğu ve niteliği nedeniyle daha fazla zaman geçirmesi sözkonusu olacaktır. Mesleğini holdingle birlikte sürdürmeye devam etmesi yeni bir risk olmakla birlikte rizikoyu ağırlaştırır hem avukatın bürosunda kendisinden daha tecrübesiz olan avukatların sorumluluğunun artmış olmasıyla rizikonun gerçekleşme ihtimalinin artması hem de kendisinin yeterli özeni iş yoğunluğu nedeniyle yerine getiremeyecek olmasıdır.

Rizikonun ağırlaşmasını düzenleyen TTK md.1291 de yer alan "...sigortalı malın yerini veya mukavele zamanındaki halini değiştirdiği..." şeklindeki ifadeyle birlikte, sorumluluk sigortasının malvarlığı sigortası niteliği gözönüne alındığında, TTK md.1291 meslekî sorumluluk sigortalarına uygulanamayacağını düşündürmektedir⁴²⁹. Kanun koyucu,

⁴²⁷ Omağ, s.63.

⁴²⁸ Can, s.44.

⁴²⁹ Omağ, s.63.

sorumluluk sigortasını mal sigortaları arasında zikretmiş ve bir mal dolayısıyla sorumluluğun sigortalanmasıyla, doğrudan doğruya bir malın uğradığı hasarların sigortalanması arasında herhangi bir fark gözetmemiş, ikisini de aynı sonuçlara tabi tutmuştur. Bu açıdan yaklaşıldığında, TTK md.1291 sigorta aktinin yapılmasına yol açan rizikonun bir mala yönelik olması durumunda, akdedilen sigorta mukavelesi, ister mal, isterse sorumluluk sigortası niteliğinde olsun, aynı oranda geçerliliğe sahip bir hükümdür⁴³⁰. Sigorta ettiren, sigortacının onayı olmaksızın sigorta konusu malın yerini veya sözleşme zamanındaki halini değiştirmemeli ve sigortacının bilgisi dışında değişiklik yapıldığında durumu sekiz gün içinde sigortacıya bildirmekle yükümlüdür⁴³¹. Söz konusu ihbarın yapılaş usulü hakkında bir düzenleme ya da zorunluluk söz konusu değildir. Önemli olan sekiz günlük süre içerisinde bildirim sigortacıya ulaşmış olmasıdır. TTK md.1291 ile ağırlaşan riziko ile başlangıçtaki rizikonun gerçekleşmesi ya da sigortacının sigorta bedelini ödeme borcu arasında illiyet bağı olması şartı aranmamıştır⁴³². Sigortacının rizikonun ağırlaştığını bir ihbarla ya da bizzat öğrenmesinden itibaren sekiz gün içerisinde sözleşmeyi feshetme yetkisi mümkün olduğu gibi ağırlaşan riziko dolayısıyla prim farkını talep hakkı vardır.

Sigorta ettiren rizikonun ortaya çıkmasına engel olmak gibi bir imkana sahipse ve buna rağmen sonucun ortaya çıkmasına engel olmak için bir çaba içerisinde değilse ya da bu çabayı göstermemesinin nedeni içinde bulunduğu ekonomik koşullar, yeterli zaman gibi faktörlerle bu durumda ihmali sözkonusudur.

Rizikonun ağırlaşmasında, sigorta ettirenin rizikoyu ağırlaştıran fiili ile rizikonun gerçekleşmesi arasında illiyet bağı aranmaz⁴³³. Riziko ağırlaşması sigorta sözleşmesi kurulurken beyan edilen rizikoyu kıymetlendirmeye yarayan nedenlerin sigorta süresi içerisinde, rizikonun gerçekleşme ihtimalini veya muhtemel zarar miktarını arttıracak dolayısıyla sözleşmenin feshini veya tadilini gerektirecek bir şekilde değişmesidir⁴³⁴. Primi etkilediği halde ihbar edilmeyen her hangi bir hususun sigorta ettiren tarafından bilinip bilinmediği, sübjektif esaslara göre belirlenmelidir.Yani her somut olayda sigorta ettirenin

⁴³⁰ Şenocak, s.226.

⁴³¹ Çeker, s.47.

⁴³² Kayıhan Ş.: Sigorta Sözleşmelerinde Prim Ödeme Borcu, Ankara 2004,s.79.

⁴³³ Omağ, s.32.

⁴³⁴ Omağ K.: Rizikonun Ağırlaşması ve Diğer Riziko Değişiklikleri, Sigorta Hukuku Dergisi, Ankara 1986, s.93 (Dergi).

tahsil, kültür, bilgi ve hayat tecrübeleri nazara alınarak, söz konusu faktörü bilip bilmediği tespit edilmelidir⁴³⁵.

Rizikonun ağırlaşması ile sigortalanan rizikonun tamamen değişmesi birbirinden farklıdır ve değişme halinde sigorta yapılan riziko ortadan kalkar ve yerine sigorta mukavelesinin himaye etmediği başka bir tehlikenin girmesi hâli söz konusudur⁴³⁶. Örneğin, meslekî sorumluluk sigortasında sigorta ettirenin sorumluluğunu sigorta ettirdiği mesleğini bırakarak başka bir mesleği icra etmesi rizikonun tamamen değişmesidir. Ağırlaşma halinde rizikonun tamamı değil sadece riske ulaşmayı hızlandıran etkenlerde değişme olmaktadır..

Sigorta ettiren veya sigortalı, MSSGS md.C.3'e göre sözleşme devam ederken sigortacının izni dışında rizikoya etki edici nitelikte değişiklik yapılması halinde durumu sekiz gün içinde sigortacıya bildirmekle yükümlüdür. Durumun sigortacı tarafından öğrenilmesinden sonra, değişiklik, sigortacının sözleşmeyi yapmamasını veya daha ağır şartlarla yapmasını gerektiren hallerden ise sigortacı, sekiz gün içinde sözleşmeyi fesheder veya prim farkını talep etmek suretiyle sözleşmeyi yürürlükte tutar. Sigorta ettiren, talep edilen prim farkını kabul ettiğini sekiz gün içinde bildirmediği takdirde sözleşme feshedilmiş olur.Genel Şartlarda TTK'da yer alan düzenlemenin aynısı kabul edilmiştir. Genel şartlarda TTK'dan farklı olarak sigortacının ağırlaşan şartlara uygun olacak prim artırımını yapabileceği açıkça düzenlenmiştir. İhbar yükümlülüğü hem sigorta ettiren hem de sigortalıya yüklenmiştir.

Ticaret Kanunu Tasarısında sözleşme süresi içinde beyan yükümlülüğü md.1444 ile düzenlemiştir. Maddenin ilk bendi TTK ile aynıdır. Farklı olarak, sözleşmenin kuruluşu sırasında tarafların sözleşmede rizikoyu ağırlaştırıcı sebepleri kabul edebileceklerdir. Tasarıda, rizikonun ağırlaşması halinde sigortacının haklarının neler olduğu oldukça ayrıntılı olarak md.1445 ile açıklanmıştır⁴³⁷. Sigortacı rizikonun ağırlaştığı ya da ağırlaşma olasılığının bulunduğunu öğrendiği tarihten itibaren bir ay içerisinde sözleşmeyi feshedebilir ya da sözleşmenin devamını istiyorsa prim farkı talep edebilir. Sigortacının prim farkı talebi sekiz gün içinde kabul edilmezse sözleşme feshedilmiş kabul edilir. Tasarı ile açık bir düzenleme yapılmış olan bir diğer hususta rizikonun gerçekleşmesinde sigorta ettirenin ihbar külfetine aykırı davranışının tazminatın gerçekleşmesine etkisi oranında tazminat bedelinden indirim

⁴³⁵ Öztan, s.65.

⁴³⁶ Şenocak, s.229.

⁴³⁷ Tasarı, s.308.

yapılmasını imkan vermesidir. Tasarı da rizikonun ağırlaşmasını beyan yükümlülüğüne aykırı davranış sonucunda ortaya çıkabilecek tüm ihtimallere göre düzenleme yapmıştır.

3-Rizikonun Gerçekleştiğini İhbar Külfeti

Sigorta sözleşmesi ile getirilen himaye, sözleşmenin geçerli olduğu süre içerisinde meydana rizikolara karşı güvence sağladığından sigorta şartlarında rizikonun ne zaman meydana geldiğini tespiti önemlidir.

TTK md.1292 ile düzenlenen rizikonun ihbarı külfeti, tazminat ödemeyi gerektirecek mahkeme kararının kesinleştiğinin öğrenilmesi tarihi, herhangi bir mahkeme kararı olmadan ya da mahkeme kararı beklemeksizin ödeme yapılması halinde ise ödeme anında ihbar külfeti doğmaktadır.TTK sisteminde ihbarı gerektiren diğer bir durum, sigortacı tarafından hukuki yardım yönünde bir taahhüt sözkonusu ise sigortalının kendisine tazminat talebini bildiren tebligat ile dava açıldığını öğrendiği tarih olacaktır. Sigortacının hukuki himaye sağlamak mecburiyetinde olduğu sorumluluk sigortası türlerinde, tebligat üzerine kendisine dava açıldığını öğrendiği tarihten itibaren beş gün içinde durumu sigortacıya bildirmek zorundadır⁴³⁸. Dava sonucunda kesinleşen meblağ sigorta ettiren tarafından ödenmesi daha sonra sigortacı tarafından ödenmesinin öngörüldüğü sigortalarda ise kararın kesinleşmesinden itibaren beş gün içinde ihbar edilmesi gerekir. Dava olmaksızın sigorta ettirene tazminat ödeme yetkisinin sözleşme ile verilmesi halinde ise ödeme tarihinden itibaren beş gün içinde ihbar yapılması gerekir. TTK md.1292'e göre sigortalı rizikonun gerçekleştiğini süresinde kasten ihbar etmezse bu hareketi neticesinde haklarını kaybedebilecektir.

MSSGŞ md.B.1 ile rizikonun gerçekleşmesi başlıklı bölümde bu hususa ilişkin üç ihtimal tespit edilmiştir.

İlki sigortacının bilgisi ve yazılı muvaffakatı dahilinde olmak şartıyla sigortalı tarafından ödeme yapılması, diğer durum sigortacının sigortalıya ayrıca hukuki yardımda bulunmayı üstlendiği meslekî sorumluluk sigortalarında tebligat ile davanın veya hukuki takibin öğrenilmesiyle ve son olarak zararın gerçekleştiğinin ve bu zararın sigortalının sorumluluğundan kaynaklandığının mahkeme tarafından karar altına alınması halinde riziko gerçekleşmiş sayılmaktadır.

⁴³⁸ Şenocak, s.242.

MSSGŞ'nin "B.1/b" maddesinde "Sigortacının, sigortalıya ayrıca hukuki yardımda bulunmayı da üstlendiği..." düzenlemesi net değildir ve poliçe aşamasında yeterince izah edilememesi, sigorta ettiren tarafından anlaşılmaması halinde uygulamada karışıklığa sebep olabilecek ve rekabeti olumsuz etkileyecektir⁴³⁹. Genel şartlarla getirilen bu düzenlemeler Ticaret Kanunu düzenlemesi ile farklılıklar göstermektedir. Rizikonun gerçekleştiğini ihbar külfeti MSSGŞ md.B.2 ile düzenlenerek sigortalı veya sigorta ettiren rizikonun gerçekleştiğinden haberdar olduğu anda bu durumu sigortacıya beş gün içinde bildirmekle yükümlü olduğu ifade olunmuştur. Sigortalının rizikonun gerçekleştiğini öğrendiği an, sigortacının sigorta tazminatını ödeme borcunun muacceliyeti bakımından da önemlidir⁴⁴⁰. Uygulamada ihbar süresinin bu süreden daha uzun olarak düzenlenebildiği görülmektedir. Sigorta ettiren veya sigortalının ihbar külfetini yerine getirmesi sigortacının zarar olayıyla ilgili delil tespiti, muhafazası, şahitlerin dinlenmesi, gerektiğinde ihtiyati tedbir ve sulh yollarına başvurmasına imkan tanıyacaktır⁴⁴¹.

İhbar külfetinin süresinde yerine getirilmemesinin sonuçlarına neler olacağı konusunda MSSGŞ'n da bir düzenleme yer almamaktadır. Müddetinde ihbar etmeme, kasıt dışındaki kusurundan kaynaklanmış, kusurunun ağırlığına göre sigortacının ödemekle yükümlü olduğu bedel indirilebilir⁴⁴².

Ticaret Kanunu Tasarısında md.1446 ile sigorta ettirenin rizikonun gerçekleştiğini öğrendiğinde gecikmeksizin sigortacıya bildireceği düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde TTK md.1292 ile öngörüldüğü şekilde beş günlük sürenin Tasarıda yer almadığı, bunun yerine "gecikmeksizin" ifadesinin kullanıldığı ifade edilmiştir. Amaç, beş günlük sürenin bazı sigorta türleri için çok kısa, bazı sigorta türleri içinde çok uzun olabileceği gecikmeksizin yapılacak bildirimim hemen bildirim esası getirmektir.

4-Sigorta Ettirenin Bilgi Verme ve Sigortacıya Yardım Külfeti

Sigorta ettirenin zarar olayını tayin ve tespitinde bilgi ve belgeleri sigortacıya verme yükümlülüğü Ticaret Kanunumuzda hüküm altına alınmamıştır.

⁴³⁹ Özay F.: Meslekî Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının Sigorta Sektörünün Rekabet Gücüne Etkilerinin Değerlendirilmesi, TSRSB II.Ulusal Sigorta Sempozyumu, İstanbul 2006, s.190.

⁴⁴⁰ Can, s.51.

⁴⁴¹ Şenocak, s.249.

⁴⁴² Can, s.52

Mesleki sorumluluk genel şartlarında rizikonun ihbarı başlığı altında sigortacının sözleşme ile sigortalı olan kişiden beklediği bazı yükümlülüklerde sözkonusudur. Bu yükümlülükler(B.2), sigortalının, tazminat doğuran olayın nasıl gerçekleştiği, zarara neyin sebep olduğu, riskin hangi şartlar altında gerçekleştiği, ortaya çıkan tazminat yükümlülüğünün ve miktarının tespiti, gerekirse rücu imkanı sağlayacak olaya ilişkin bilgi ve belgeleri sigortacıya vermektir. MSSGŞ md.B.3 hükmünde hak sahibinin tazminata konu olay ve zarara ilişkin tespit tutanağını veya bilirkişi raporu gibi belgeleri sigorta şirketine iletmesinden bahsedilmektedir ancak hak sahibinin kim olduğu açıkça belirtilmediğinden uygulama sıkıntı yaratabilecektir⁴⁴³.

Sigorta ettirenin yalnız kendi lehine olan vakıaları değil, aleyhine olanları da bildirmesi, yazıya dökmesi, zarar olayının aydınlatılmasına ve açıklığa kavuşturulmasına yardım külfetinin ihlali anlamına gelmez, zira bu sayede sigorta ettirenin lehine ve aleyhine olan bütün noktalarıyla bilmesi sigortacını olayı kanun ve sorumluluk sözleşmesi gerçeğine uygun olarak değerlendirme ve tespit etme imkanı tanımaktadır⁴⁴⁴.

Avukatlık meslekî sorumluluk sigortasında, avukatın müvekkiline ait sırları saklamasını gerektiren sadakat borcu ile sigortacıya yardım sağlamak amacıyla bilgi verme yükümlülüğü karşı karşıya gelmektedir. Müvekkili güven ilişkisine dayalı olarak avukatına davasının başarısı için bilgi vermektedir. Avukatın sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmekte menfaati, müvekkilinin menfaatine oranla daha fazla himayeye layıkça bu durumda sır saklama yükümlülüğü ihlal edilebilecektir.

5-Koruma Tedbirlerini Alma Külfeti

Sigortalının, risk gerçekleşikten veya artık riskin gerçekleşeceğini kesinleşmesinden sonraki zaman diliminde TTK md.1293/I gereğince zararı önleme, azaltma ve hafifletme yükümlülüğü vardır⁴⁴⁵. Zararı önleme ve azaltma külfeti, üçüncü kişinin haksız taleplerine karşı fonksiyon icra edilmesini sağlamaktadır⁴⁴⁶. Sigorta ettiren, rizikonun gerçekleşmemesi için özenli davranmalı, sorumluluk sigortası kapsamında yaptığı işin en iyi şekilde gerçekleşmesi için tüm çabasını ortaya koymalıdır. Sigorta ettiren bu yükümlülük kapsamında

⁴⁴³ Atamer K.: Meslekî Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının Değerlendirilmesi , TSRSB II.Ulusal Sigorta Sempozyumu, İstanbul 2006, s.214.

⁴⁴⁴ Şenocak, s.269

⁴⁴⁵ Can, s.53.

⁴⁴⁶ Şenocak, s.

gerekli tüm tedbirleri almış, riskin gerçekleşmesini önleme ve azaltmak için fiiller ortaya koyarken masraf yapmış ise sigortacı bu masrafları ödemek zorundadır.

Sigorta ettiren, herhangi bir eylemde bulunurken dikkatli davranmalı mağduru, haksız bir tazminat talebi ileri sürmesi konusunda teşvik etmişse ya da mağdura aktif yardımda bulunmuşsa örneğin dava dilekçesini bizzat kaleme almışsa zararı önleme ve azaltma külfetini ihlal etmiş olur⁴⁴⁷. Gerçekleşmesi an meselesi olan bir zarar olayını önleme külfeti, sigorta ettirenin yükümlülüğü içerisinde olmadığından bu tür bir önleme faaliyetinden doğan masraflarda sigortacıya yüklenemez⁴⁴⁸.

Sigorta ettirenden bilgi verme, aydınlatma ve koruma yükümlülükleri kapsamında beklenen sigortacının yerine geçerek olayları gerçekten tazminat gerektiren bir durum olup olmadığı ya da kendisinin normal şartlar altında işini yerine getirirken gösterdiği özen ve dikkat dışında hareket etmesini beklemek anlamına gelmeyecektir.

MSSGŞ md.B.2/b ile getirilen düzenleme de sigorta ettiren veya sigortalının sigorta sözleşmesi yokmuş gibi davranarak gerekli tedbirleri alması gerektiği düzenlenmiştir.Yükümlülüğün ihlali halinde müeyyidenin ne olacağı konusunda ise bir düzenlemenin yer almaması işlerliği etkilemektedir.

TTK Tasarısı md.1448 ile rizikonun gerçekleştiği ya da gerçekleşme olasılığının yüksek olduğu durumlarda zararın azaltılması, önlenmesi, artmasına engel olunması için olanaklar ölçüsünde sigorta ettiren tedbir almakla yükümlüdür. Tasarı ile TTK sisteminin yapısının korunduğu görülmektedir. Tasarıda farklı olarak koruma yükümlülüğü rizikonun gerçekleştiği dönemi değil, gerçekleşme ihtimalinin yüksek olduğu dönem içinde getirilmiştir. Burada amaçlanan zararın oluşmasına da alınacak uygun tedbirlerle engel olmaktadır⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ Şenocak, s.257.

⁴⁴⁸ Şenocak, s.258.

⁴⁴⁹ Tasarı, s.790.

V-SİGORTA ETTİRENİN PRİM ÖDEME BORCU

1-Primin Tanımı ve Konusu

Sigortacı ve sigorta ettiren arasında imzalanan sigorta sözleşmesi bünyesinde sigorta ettirenin yararlandığı sigorta himayesi karşılığında yüklendiği edim prim ödeme borcudur. Sigortalı ya da zarar gören mağdur sigorta sözleşmesi tarafı olmadığından prim ödeme borcu da yoktur. Sigorta ettirenin prim ödeme borcu, sigorta sözleşmesini ivazlı hukuki işlem niteliği kazandırır⁴⁵⁰ ve TTK md. 1295'e göre sigortacının riziko taşımaya ilişkin sorumluluğu primin ilk taksidini ödemesi ile başlar⁴⁵¹.

Meslekî sorumluluk sigortasında ödenecek primlerin miktarı ile sigorta tarifeleri, SigK md.12'de yer alan düzenlemeye göre, sigortacılık esasına ve genel kabul görmüş aktüeryal tekniklere uygun olarak sigorta şirketleri tarafından serbestçe belirlenecektir. Zorunlu sigortaların teminat tutarları ile tarife ve talimatları Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakan tarafından tespit edilerek Resmî Gazetede yayımlanır.Zorunlu sigortalar tarafından sözleşme serbestisi sözkonusu olmamakta, diğer sigorta sözleşmelerinde ise tarifeler sigorta şirketi tarafından serbestçe belirlenir.

Sigortacı rizikonun gerçekleşmesi neticesinde meydana gelen zararları sigortalılar topluluğundan elde ettiği primler ve bunların nemalandırılması sonucu oluşturduğu fonlardan karşılamaktadır⁴⁵². Prim borcunun konusu, sigorta poliçesinde kararlaştırılan miktarda paranın sigorta ettiren tarafından sigortacıya ödenmesidir⁴⁵³.

Sigorta priminin sigorta aktinde belirlenmiş ya da belirlenebilir olması gerekir ancak sigorta bedelinin sigorta mukavelesinde gösterilmesi kaydıyla primin gösterilmemiş olması TTK md.1266/4 hükmünce sigorta mukavelesini geçersiz kılmaz⁴⁵⁴.Taraflar mevcut bir sigorta sözleşmesini değiştirdikleri veya yenilediklerinde, iradeleri dikkate alınacak eğer sadece süresi bittiği için yenilenen ya da değiştirilen bir sözleşme sözkonusu ise bu durumda yeni bir sözleşmenin yapıldığından söz etmek mümkün olmayacaktır⁴⁵⁵.Yeni bir riziko

⁴⁵⁰ Şenocak, s.205.

⁴⁵¹ Kayıhan, s.93.

⁴⁵² Ayli A.: Zarar Sigortalarında Prim Ödeme Borcu, İstanbul 2001, S.7

⁴⁵³ Ayli, s.8.

⁴⁵⁴ Şenocak, s.206

⁴⁵⁵ Kayıhan, s.103.

söz konusu ise ve bu rizikonun bağımsız olarak bir sözleşmeye konu olmasındansa mevcut sigorta ilişkisi kapsamında değerlendirmesi gerekli ise bu durumda ek prim alınmasıyla konu çözülebilecektir.

Prim tutarı her rizikonun kendi şartları içerisinde değerlendirilerek, riskin arzettiği önem çerçevesinde bir bedel tespit edilecektir. Bedel tespiti yapılırken hem sigortacının aldığı riskin ekonomik sonuçlarını karşılamaya yeterli bir mali kaynak sağlama hem de sigorta ettirenin ağır bir yük altında kalmasını engelleyecek bir meblağ bulunmalıdır.

Sigortacılık tekniğinde önemli bir prensip olarak aynı rizikolara maruz kalan mümkün olduğunca çok sayıda kişinin bir araya toplanması ve bu kişilerden tahsil edilecek primlerin rizikonun gerçekleşmesi halinde tazminatı karşılamak ve bu dengeyi iyi ayarlamak gerekmektedir⁴⁵⁶. Sözleşmenin kuruluş aşamasında sigorta ettirenin primi etkileyecek faktörlerle ilgili olarak verdiği objektif faktörler primin miktarını etkiler⁴⁵⁷. Sözleşmenin kuruluşu aşamasında çeşitli yöntemlerle tespit edilen riziko sözleşmenin devamında meydana gelecek değişikliklerden etkilenebilir. Sözleşme devam ederken rizikonun gerçekleşmesi ihtimalinin artmasına rizikonun ağırlaşması, bu ihtimalin azalmasına da rizikonun hafiflemesi denmektedir. Rizikonun hafiflemesi TTK md.1298 ile düzenlenmiştir. Maddeye göre bir yıldan fazla süre için sözleşme yapılırken rizikoyu ağırlaştırabilecek sebeplerde dikkate alınmış ve bu sebeplerin ortadan kalkması üzerine sigorta ettiren gelecek yıllara ait primlerin indirilmesi yönünde talep hakkına sahip olmuştur.

Prim, başka türlü bir ödeme şekli kararlaştırılmamışsa TTK md 1294/2 gereğince para olarak ödenebilecek ancak madde emredici nitelikte olmadığından taraflarca primin senet, poliçe, çek gibi araçlarla ödenmesi de kararlaştırılabilecektir⁴⁵⁸. TTK md.1296 gereğince sigorta priminin sigorta ettirenin ikametgahında ödeneceği düzenlemesi ile Borçlar Kanunu'nun para borçlarında alacaklının ifa zamanındaki ikametgahında ödenmesi kuralından ayrılmıştır⁴⁵⁹. Sigorta ettirenin kendi bankası aracılığıyla vereceği talimatın gecikmesi durumunda gecikme nedeniyle ortaya çıkacak sonuçlara kendisi katlanacaktır.

⁴⁵⁶ Ayli, s.20.

⁴⁵⁷ Kayıhan, s.112.

⁴⁵⁸ Ayli, s.84.

⁴⁵⁹ Şenocak, s207.

Sigortacı, sigorta sözleşmesini, sigorta ettiren ya da onun temsilcisine ya da vekiline mukavele tarihinden itibaren 24 saat içerisinde teslim etmeli aksi halde teslim edilmeme nedeniyle ortaya çıkacak zarardan sorumlu olacaktır⁴⁶⁰. Primin tamamı ya da ilk taksiti TTK md.1294 gereğince sözleşme kurulduğunda ve poliçe teslim edildiğinde muaccel hale gelecektir.

Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının, “Sigortanın Başlangıcı ve Sonu” başlıklı md.A.5 ile sigorta, poliçede başlama ve sona erme tarihleri olarak yazılan günlerde, aksi kararlaştırılmadıkça, Türkiye saati ile öğlen saat 12.00’de başlar ve öğlen saat 12.00’de sona ereceği düzenlenmiştir.

2-Primin Ödenmemesi ve Sonuçları

TTK md.1297 sigorta sözleşmelerinde sigorta ettirenin prim ödemesinin sonuçlarını düzenlemiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından, prim ödenmemesinin sonuçlarını düzenleyen TTK md.1297’yi 11.3.1996 tarihli kararıyla iptal etmiştir⁴⁶¹. İptal edilen hüküm ile sigorta ettirenin vadesi geldiği halde prim borcunu ödememesi durumunda herhangi bir ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşeceği düzenlenmiştir. Temerrüt gününü takip eden onbeş gün içerisinde sigorta primini ödememişse sigorta teminatı onbeş gün süre ile durur, bu sürede sigorta himayesi devam edecek ve riziko gerçekleşmişse sigortacı zararı tazmin etmek zorunda kalacaktır.

Hukuk Genel Kurulu, kanun koyucu tarafından iptal edilen yasa maddeleri yerine yenileri getirilmediğini, bu durumda temerrüde dayalı fesih hali ile ilgili özel bir düzenleme bulunmadığını, bu nedenle borçlunun temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshinde uygulanabilecek hükümlerin, Borçlar Kanunundaki genel düzenlemelerde aranması gerekeceğini ifade etmiştir. BK md.101 ile borçlunun temerrüde düşürülebilmesi için ihtar zorunluluğunun olduğu ancak usulüne uygun şekilde yapılan işlemlerden sonra sözleşmenin feshedilebileceğine karar verilmiştir⁴⁶².

⁴⁶⁰ Şenocak, s.208.

⁴⁶¹ Şenocak, s.215.

⁴⁶² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 5.3.2003 tarihli, 2003/11-68 E. 2003/136 K, kazancı veritabanı.

Sigorta sözleşmesi kapsamında eğer prim vadesi geldiği halde ödenmediği takdirde sigorta ettirene prim borcunu ödemesi için ihtar gönderilecektir⁴⁶³. Yargıtay 11.Hukuk Dairesi 20.9.1999 tarihli ve 4923/7901 sayılı kararında TTK md.1264/1 gereği Borçlar Kanunu genel hükümlerin(md.101,106) uygulanacağını ifade edilmiş ve Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının C.1 maddesi de bu hususlar dikkate alınarak hazırlanmıştır⁴⁶⁴. Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları md.C.1'e göre sigortacı, henüz prim alacağını veya onun ilk taksidini tahsil etmeden, poliçesi düzenleyip vermiş olsa bile, bununla esasen sorumluluğu kendiliğinden başlamayacak ve bu durum poliçeye açık bir şekilde yazılacaktır. Düzenlemede amaç sigortacının kendiliğinden hazırlayarak gönderdiği poliçe nedeniyle kişilerin sigorta himayesinden yararlandıkları izlenimini oluşturmama ve sigortacıların bu hususta özenli davranmalarını sağlamak amaçlanmaktadır. Prim ödemede temerrüde düşülmesi halinde BK genel hükümlerinin uygulanacağı hususu da maddede yer almıştır.

Borçlunun temerrüdünden sonra borcun aynen ifası ve gecikme tazminatı talep edebilir BK md.102 kesin bir ödeme vadesi kararlaştırılmışsa ek süre vermeye gerek kalmadan sözleşmeyi feshedebilir⁴⁶⁵. Sigortacı TTK md.1268 ile gösterilen iki yıllık zamanaşımı süresi içerisinde ilk primin tahsilini dava veya takip eder⁴⁶⁶.

Türk Ticaret Kanunu tasarisında, sigorta ettiren ve sigortacı arasında menfaat dengesinin korunduğu görülmektedir⁴⁶⁷. Tasarı md.1430'da sözleşme ile kararlaştırılan primin ödenmesi gerektiği, ilk primin peşin olarak ödeneceği düzenlenmiştir. Taksitle ödeme yapılacağı kararlaştırılmışsa ilk taksitin sözleşme yapılır yapılmaz ve poliçe teslimi karşılığında ödeneceği md.1431 ile düzenlenmiştir. Belirtilen şartlarda ödeme yapmayan kişi mütemerrit olacaktır. Tasarı md.1434 de taksitin veya tamamı bir defada ödenmesi gerekli prim zamanında ödenmemişse ilk prim üç aylık süre içinde ödenmez ve sigortacı herhangi bir

⁴⁶³ Şenocak, s.217.

⁴⁶⁴ Can, s.41.

⁴⁶⁵ Kayıhan, s.254.

⁴⁶⁶ Kayıhan, s.250.

⁴⁶⁷ Özer D.:Sigorta Hukuku, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı-Konferans Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Ankara 2005.Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Ankara 2005, s.135.

hukuki işlemlerde bulunmazsa sözleşmenin sona ermesi; takip eden primler için ihtar çekilmesi kabul edilmiştir⁴⁶⁸.

VI-MESLEKÎ SORUMLULUK SİGORTASI DAVALARINDA YETKİ ve GÖREV

Hukuk Usulü Muhakemesi Kanun'unun 9.maddesinde özel hukuk davalarının, davalının ikametgahında açılacağı hüküm altına alınmıştır.Tüzel kişilerin ikametgahı tüzüklerinde aksine bir hüküm yoksa işlemlerinin yönetildiği yerdir⁴⁶⁹.

Türk Ticaret Kanunu'nda sigorta sözleşmelerinden doğan davalar bakımından yetkili mahkemenin tespitine ilişkin bir hüküm mevcut değildir. MMSGŞ md.C.8; sigorta şirketinin merkezinin bulunduğu yer veya sigorta sözleşmesi bir acente aracılığıyla akdedilmişse davanın acentenin ikametgahının bulunduğu yerde açılacağı belirtilmiştir.Sigorta sözleşmesi bir acentenin aracılığıyla imzalanmışsa dava acentenin ikametgahının bulunduğu yerde açılabilir.

Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarında görevli mahkeme hakkında bir düzenleme yer almamıştır. TTK md.4 ve md. 5 gereğince Türk Ticaret Kanununda düzenlenen konuda görevli mahkemenin Ticaret Mahkemesi olacağı düzenlemesi gereğince mesleki sorumluluk sözleşmesi nedeniyle açılacak her tür davada da görevli mahkeme Ticaret mahkemesi olacaktır.

⁴⁶⁸ Özer, s.135.

⁴⁶⁹ Kuru B.:Hukuk Usulü Muhakemesi Kanunu, Ankara 2001, 6.Bası-Cilt I, s.412.

SONUÇ

Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın yürürlüğe girmesi mesleki bir faaliyetin yerine getirilirken gerçekleşen bir eyleminden doğan sorumluluk nedeniyle ortaya çıkan tazminatlar ve bu alanda uygulamada duyulan ihtiyacın karşılanmasını sağlayabilecektir. Mesleki sorumluluk sigortası sözleşmesi; sigortacının rizikonun gerçekleşmesi sonucunda sigorta ettiren ya da sigortalının malvarlığının uğradığı zararların karşılaması ile malvarlığının pasifini artmasını engelleme yükümlülüğü taşıdığı, sigortalının da prim ödeme borcunu yüklediği tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Mesuliyet sigortalarında sigorta değerinin mevcut olup olmadığı konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Kanaatimizce, sigorta değerinin tespitinin özellikle malvarlığının pasifinde artışın tespitinin mümkün olmaması nedeniyle, farazi bir değer belirlenmesi sözleşmenin taraflarına zarar verebilir. Gerçekleşen zarardan daha az bir değer tespiti, sigortalının uğradığı zararın tam olarak tazminini sağlayamamasına, daha fazla tespitinin de üzerine riski alan sigortacının himaye yükünün artmasına neden olabilecektir.

Mesleki sorumluluğu doğuran sebebin gerçekleşmesinden tazminat talebinin ileri sürülmesine ve mağdura tazminat ödenmesine kadar belirli bir süre geçmektedir. Rizikonun gerçekleştiği anın bu zaman aralığı içinde tespit edilmesi; sigorta ettirenin sigorta sözleşmesinin süresi içinde himayeden yararlanıp yararlanmayacağını, rizikonun gerçekleştiğinin ihbar külfetinin başladığı anın tespiti ve zamanaşımının başlangıcının belirlenmesi açısından önemlidir. Riziko anının tespiti için ileri sürülen görüşler; sözleşmenin yürürlüğü sırasında neden olunan zararlardan doğan tazminat taleplerinin karşılanacağını savunan sebep olayı teorisi, zararın gerçekleşmesinden dolayı tazminat talebinin sigortanın geçerlik süresi içinde ileri sürülmesini arayan zarar olayı teorisi, tazminat isteminin ileri sürüldüğü an rizikonun gerçekleştiğini kabul eden tazminat isteminin ileri sürülmesi teorisi ile zararın ilk tespit edildiği anın önemli olduğunu ileri süren zararın tespit teorisidir.

TTK md.1292/I ile sorumluluk sigortalarında rizikonun gerçekleştiğini sigortacıya öğrenme tarihinden itibaren beş gün içinde bildirmekle yükümlü tutmuş ve sürenin başlangıcını belirlemiştir. MSSGŞ md.B.1 de riziko, sigortalı tarafından sigortacının bilgisi ve yazılı onayıyla ödeme yapılması, sigortacının tebligat ile davayı veya hukuki takibin varlığını

öğrenmesi veya sigortalının sebep olduğu zararda sorumluluğunun mahkeme tarafından karar altına alınması hallerinden birinin varlığı halinde gerçekleşmiş kabul edilecektir.

Avukatlık Mesleki Sorumluluk Sigortası, avukatın mesleki faaliyetinde ihmali davranışı nedeniyle müvekkilinin zarara uğrayarak kendisinden tazminat talep etmesi durumunda, sigorta ettirenin malvarlığında meydana gelebilecek muhtemel pasifin artmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Özünde bir sorumluluk sigortası olması nedeniyle, sorumluluk sigortasına özgü nitelemeler, avukatın mesleki sorumluluk sigortası için de geçerlidir.

Avukat adaletin gerçekleşmesine yardımcı olmak görevini üstlenirken, yargılama süresince titizlikle iddia ve savunmalarının doğruluğunu ispat için çalışır. Mesleki olarak bir avukatın sürekli kendini yenilemesi, mevzuat değişikliklerini takip etmesi, güncel hukuk dergilerini, makalelerini izlemesi mesleki gelişimi için gereklidir. Günümüzde ihtiyaçlar ve bu ihtiyaçlarla doğru orantılı olarak hukukta yeni uygulama alanlarının artmasıyla uzmanlıklar oluşmakta, bu nedenle de bir hukukçunun hukuken her alanı bilmesi ve bütün bilgileri muhafaza etmesi kendisinden beklenememektedir.

Avukat, mesleğini yerine getirirken müvekkiliyle ilişkilerinde özenli davranmalı, hukuki sorunun ne olduğunu dikkatle tespit etmeli, olaya uygulanacak kuralı bilgisiyle seçmeli, müvekkilinden bilgi alırken durumu belgelerle de ortaya koymasını istemeli, bu saptamalardan sonra en güvenilir hukuki yolun ne olduğuna karar vermelidir. Bir avukatın mesleğini yerine getirirken uygun çalışma koşullarına sahip olması, müvekkilini bürosunda sağlıklı bir ortamda dinlemesi ve ona gerekli zamanı ayırması, işi bizzat üstlenmesi, işle ilgili yazılı notlar alması, görüşmeleri ve müvekkil tarafından verilen bilgileri kayda geçirmesi, tutanak hazırlayarak dosyasında bulundurması mesleğine gösterdiği özen açısından önemlidir. Bir avukatın mesleğini ifası sırasında yoğunluktan, dikkatsizlikten, hastalıktan, yanında çalışan avukatların hatasından dolayı sorumluluğu olabilir. Söz konusu davranışlardan herhangi biri nedeniyle müvekkilinin davadan beklentisine ulaşmasını engelleyerek zarara uğramasına neden olabileceği gibi kazanacağı vekalet ücretinin kat kat üstünde tazminatla tehdit altında kalabilecektir. Sigorta hukuku, kişilerin malvarlıklarının zarar ve tazminat tehdidinde maruz kalmaması için oluşturulan fonlarla ekonomik olarak korunmalarını sağlamak mantığıyla ortaya çıkmıştır ve avukatlık mesleğinde de böylesine bir güvenceden yararlanmak akla yatkın olacaktır.

Avukatın mesleki sorumluluk sigortasının kapsayacağı rizikolar, avukatın sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinin ihlali nedeniyle sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarla özdeşdir. Avukatı sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri nedeniyle müvekkiline vereceği zarara neden olan davranışlar sigorta hukuku açısından güvence altına alınan rizikoyu oluşturur. Avukatlık mesleği nedeniyle AvK ile düzenlenen yükümlülükler avukatlık sözleşmesinde açıkça yer almasa dahi yükümlülükler aykırılık avukatın sorumluluğunu gerektirecektir.

Avukatın hukuki sorumluluğu, her şeyden önce müvekkili ile yaptığı avukatlık sözleşmesi, haksız fiil, sözleşmenin hazırlık aşamasındaki kusur ya da sözleşmenin sona ermesinden sonraki kusuru nedeniyle ortaya çıkabilir. Avukatlık mesleki sorumluluk sigortası AvK md.44 ile düzenlenen avukat ortaklığında farklı sorumlulukları içermesi nedeniyle önemlidir. Avukat ortaklığında birden çok avukat mesleklerini yerine getirmek amacıyla tüzel kişiliğe sahip ve ticari sayılmayan meslek çalışması niteliğindeki faaliyetleri yerine getirmek amacıyla ortaklık oluşturur. Avukat Ortaklığı, kolektif şirketlere özgü bazı özellikleri taşımakla birlikte, üçüncü kişilere karşı sorumluluk bakımından TTK'da yer alan ticaret ortaklıklarından ve BK yer alan adi şirketten ayrılmaktadır. Avukat ortaklığı, her bir ortak ile ortaklıkta çalıştırılan avukatın mesleki görevlerinin ifası sırasında eylem ve işlemleri nedeniyle verdikleri zarardan sınırsız, birincil dereceden, zincirleme ve dayanışmalı olarak sorumludur. AvK ile düzenlenen avukatlık ortaklığının hukukumuzda düzenlenmiş ticaret ortaklıklarından farklı bir yapıda olduğu anlaşılmaktadır. Çalıştırılan avukata, avukat ortaklığı ve ortaklarla aynı dereceden sorumluluk getirilmesi bu kişilere fazla sorumluluk yükleyen bir düzenleme olmuştur. Zira, çalıştırılan avukatın eylemi dolayısıyla işveren avukat koşullarının varlığına göre Borçlar Kanunu md.100 veya md.55'e göre sorumlu olacak ve çalıştırılan avukata rücu edebilecektir.

Sorumluluk sigortasıyla sigortacının himaye yükümlülüğü, bir malvarlığı durumunu veya bir şahsı, sigorta edilen rizikonun gerçekleşmesi sonucunun ortaya çıkacak aleyhte değişiklik halini kapsamaktadır. Meslekî Sorumluluk Genel Şartlarının, "tazminat ve ödenmesi" başlıklı B.3 maddesinde, sigortacının talep edilen tazminat ve giderleri, hak sahibinin tazminata konu olay ve zarara ilişkin tespit tutanağını veya bilirkişi raporunu ve sigorta şirketi tarafından talep edilen gerekli belgeleri eksiksiz olarak şirketin merkez veya

kuruluşlarına iletildiği tarihten itibaren on beş iş günü içinde gerekli incelemeleri tamamlayıp sözleşmeye aykırı olmayan zararlara ilişkin tazminatı ödeyeceği düzenlenmiştir.

Ülkemizde, Türkiye Noterler Birliği 1981 yılından bu yana noterler adına mesleki sorumluluk sigortasını akdetmekte, mesleki faaliyetlerine başlamadan önce mesleki sorumluluk sigortasını noterle adına gerçekleştirmekte ve sistematik bir biçimde noterleri gruplandırarak, onlar adına prim ödemesini gerçekleştirerek sigorta sözleşmesini noterler adına akdetmektedirler. Noterlerin de avukatlarla benzer riskleri taşıdığı gerçeği karşısında örnek model olarak noterlerin mesleki sorumluluk sigortalarının incelenerek avukatlar açısından da uygulanabilir hale gelmesi sağlanmalıdır. Bu sayede avukatların da mesleklerinde karşılaşılabilecekleri ve ihmali davranışları neticesinde tazminat tehdidine uğrayabilecekleri durumlara karşı güvence teşkil edecek sorumluluk sigortasının zorunlu olarak mesleğe başlarken yaptırılması için en kısa zamanda kanuni düzenlemeler yapılması yerinde olacaktır.

Avukatın, mesleki sorumluluk sigortası nedeniyle özensiz davranışlara yönelmesini önlemek amacıyla rizikonun bir kısmının avukat üzerinde bırakılması, avukatın aldığı disiplin cezalarının varlığı halinde primlerin daha yüksek tutulması, belli dönemlerde mesleki faaliyeti hakkında sigorta şirketine ya da baroya rapor ibraz etmesi gibi tedbirlerle düzenlemeler yapılabilir.

K A Y N A K Ç A

- ABEL, Richard : American Lawyers, New York 1989.
- ADAY, Nejat :Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1994.
- ARKAN, Sabih :Türk Ticaret Kanunu Tasarısına İlişkin Bir Değerlendirme, Sigorta Hukuku Dergisi, Yıl:2005 Özel Sayı:1.
- ATAMER, Kerim :Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının Değerlendirilmesi, TSRSB II.Ulusal Sigorta Sempozyumu, İstanbul 2006.
- ATEŞ, Derya :Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara 2007.
- AYLI, Ali :Zarar Sigortalarında Prim Ödeme Borcu, İstanbul 2001.
- BAŞPINAR, Veysel :Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004.
- BOZER, Ali :Sigorta Hukuku, Ankara 1965(Sigorta Hukuku).
- BOZER, Ali :Sigorta Hukuku-Genel Hükümler-Bazı Sigorta Türleri, Ankara 1981(Sigorta Türleri).
- BOZER, Ali :Sigorta Hukuku-Genel Hükümler-Bazı Sigorta Türleri,Ders Kitapları Serisi , Ankara 2004 (Sigorta Hukuku Ders Kitabı).
- BOZKURT, Hüseyin :Noterlik Mesleğinde Karşılaşılan Sorunlar, Noterlerin Hukuk Düzenimizdeki Yeri ve Noterlerin Sorumlulukları Sempozyumu, Ankara 1997.

- CAN, Mertol :Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına Genel Bir Bakış,Ankara 2007.
- CAN, Mertol :Sigorta Hukuku Ders Kitabı,Ankara 2005(Ders Kitabı).
- ÇEKER, Mustafa :Yargıtay Kararları Işığında Sigorta Hukuku, Adana 2004.
- DESCHENAUX, Henri/
TERCIER, Pierre
(Çeviren:ÖZDEMİR Salim) :Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983.
- EREN ,Fikret :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.
- EREN, Fikret :Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi,
Ankara 1975(Uygun İlliyet Bağı).
- EYÜBOĞLU, Nilüfer :Meslekler, Kişilik Özellikleri ve Avukatlar ile Muhasebecilerin
Özelliklerine İlişkin Bir Araştırma, İstanbul 1993 (Basılmamış
Tez)
- EBERHARD, Ekkerhard
Becker :Avukat İş Sahibi İlişkisinde Sigorta, Ankara Barosu Hukuk
Kurultayı,Ankara 2004.
- GENÇ, Ahmet :İngiliz Sigortacılık Sistemi, Ankara.
- GÜNER, Semih :Avukatlık Hukuku, Ankara 2003.
- GÜRPINAR, Damla :Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi
Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, İzmir 2006.
- KABUKÇUOĞLU, Fatma :Borçlar Hukuku Yönünden Sigorta Sözleşmeleri, Ankara, Mart
1993.
- KALE, Serdar :Haksız Rekabet Hukukunda Eski Hale Getirme Davası,İstanbul
2003.
- KARAHAN, Sami :Üçüncü Şahıslara Karşı Mali Mesuliyet Sigortasında Sigorta
Himayesinin Kapsamı, Prof.Dr.Halil Cin'e Selçuk
Üniversitesinde 10.Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995.

- KARAYALÇIN, Yaşar :Mesuliyet ve Sigorta Hukuku Bakımından Başlıca İşletme Kazaları, Ankara 1960.
- KARAYALÇIN, Yaşar :Risk-Sigorta- Risk Yönetimi, Ankara 1984(Risk).
- KARAYALÇIN, Yaşar :Ticaret Hukuku Dersleri-Şirketler Hukuku, Ankara 1965 (Şirketler Hukuku).
- KAYHAN, Fahrettin :Hukuk Davalarında Avukatlık Sanatı, Ankara 1994.
- KAYIHAN, Şaban :Sigorta Sözleşmelerinde Prim Ödeme Borcu, Ankara 2004.
- KENDER, Rayegan :Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları, III.Sigorta Semineri, İstanbul, 4-7 Nisan 1977(Mesuliyet Sigortaları Semineri).
- KENDER, Rayegan :Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku I,İstanbul 2005(Hususi Sigorta Hukuku).
- KENDER, Rayegan :Mesuliyet Sigortasının Mahiyet ve Türleri, Mesuliyet Sigortaları Semineri Tebliği III, Ankara 1977 .
- KICALIOĞLU, Mustafa :Noterleri Hukuki Sorumluluğu, Terazi Hukuk Dergisi(Temmuz 2007, sayı 11).
- KILIÇOĞLU, Ahmet :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005.
- KURU, Baki :Hukuk Usulü Muhakemeleri Usulü, C.II, İstanbul 2001
- METEZADE, Zihni :Sigorta Hukukunda Yeni Düzenlemeler, Birlik’ten Dergisi, Ocak-Mart 2005, Sayı 1.
- OMAĞ, M.Kemal :Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti, İstanbul 1983.
- OMAĞ, M.Kemal :Türk Sigorta Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu, İstanbul 1985.
- OMAĞ, M.Kemal :Rizikonun Ağırlaşması ve Diğer Riziko Değişiklikleri, Sigorta Hukuku Dergisi, Ankara 1986(Dergi).

- ÖZAY, Ferhan :Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının Sigorta Sektörünün Rekabet Gücüne Etkilerinin Değerlendirilmesi, TSRSB II.Ulusal Sigorta Sempozyumu, İstanbul 2006.
- ÖZKAYA, Ereraslan :Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara 2005.
- ÖZER, Dilek :Sigorta Hukuku, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı-Konferans Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Ankara 2005.
- ÖZKAN, Meral :Avukatlık Hukuku, İzmir 2006.
- ÖZTAN, Fırat :Sigorta Aktinin İnikadında İhbar Mükellefiyeti, Ankara 1965.
- PULAŞLI, Hasan :Şirketler Hukuku-Temel Esaslar, Ankara 2004.
- SUNGURTEKİN, Meral :Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, Ankara 1994.
- STREETER, Harrison :Professional Liability of Architect and Engineers, Illinois 1988.
- ŞEHİRALİ, Feyza :Avukat-İş sahibi İlişkisinde Sigorta, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı,Ankara 2004.
- ŞENOCAK, Kemal :Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000.
- ŞENOCAK, Kemal :Alman ve İsviçre Hukukunda Mesleki Sorumluluk Sigortası Düzenlemeleri, TSRSB II.Ulusal Sigorta Sempozyumu, İstanbul 2006(Alman ve İsviçre Düzenlemeleri).
- ŞENOCAK, Kemal :Sigorta İlişkin Hükümler Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Ankara 2005(Ticaret Kanunu Tasarısı).
- TANDOĞAN, Haluk :Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961(Mesuliyet Hukuku).
- TANDOĞAN, Haluk :Üçüncü Şahsın Zararlarının Tazmini, Ankara 1963.
- TANDOĞAN, Haluk :Borçlar Hukuku –Özel Borç İlişkileri, Ankara 1987(Borçlar Hukuku).

- TANRIVER, Süha :Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağının Getirdikleri, Baki Kuru'ya Armağan, Ankara 2004.
- TAŞDELEN, Servet :Mevzuat Uyumu Açısından Türk Sigorta Sektörünün Avrupa Birliği Karşısında Durumu,Türk Sigorta Sektörünün Avrupa Birliği Karşısındaki Durumu Semineri,İktisadi Araştırma Vakfı, İstanbul 1995.
- TEKİL, Fahiman :Limited Şirketler ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 1994.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/
AKMAN, Sermet/
BURCUOĞLU, Haluk /
ALTOP, Atilla :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- TUNCİL, Veysel :Kamu Hizmeti,
http://www.turkhukusitesi.com/makale_199.htm
- ULAŞ, Işıl :Uygulamalı Sigorta Hukuku-Mal ve Sorumluluk Sigortaları, Ankara 2006.
- ULUKAPI, Ömer :Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, İkinci Noterlik Hukuku Sempozyumu, Kıbrıs 1997.
- ÜNAN, Samim :İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, İstanbul 1998.
- ÜNAN, Samim :Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sigorta Hukuku Başlıklı Altıncı Kitabı Hakkında Düşünceler, Sigorta Hukuku Dergisi, Yıl:2005 Özel Sayı:1.
- VURAL, Güven :Trafik Sigortası, Ankara 1981.
- YALÇINDURAN, Türker :Vekalet Sözleşmesinde Ücret, Ankara 2007.
- YAVUZ, Cevdet/

ÖZEN, Burak/ ACAR, Acar :Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2007
Yenilenmiş 7. Baskı, 1206 Sayfa Ciltli

ZEVKLİLER, Aydın :Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2004.

EKLER

1-TÜRK TİCARET KANUNU'NUN İLGİLİ HÜKÜMLERİ

Madde 1263- Sigorta bir akittir ki bununla sigortacı bir prim karşılığında diğer bir kimsenin para ile ölçülebilir bir menfaatini halele uğratan bir tehlikenin (bir rizikonun) meydana gelmesi halinde tazminat vermeyi yahut bir veya birkaç kimsenin hayat müddetleri sebebiyle veya hayatlarında meydana gelen belli birtakım hâdiseler dolayısıyla bir para ödemeyi veya sair edalarda bulunmayı üzerine alır.

Ruhsatname almamış olan bir şahıs ile, onun ruhsatname almamış olduğunu bilerek yapılan sigorta sözleşmesi hakkında Borçlar Kanununun kumar ve bahis hakkındaki 504 ve 505 inci maddeleri tatbik olunur. Şu kadar ki; Türkiye dışındaki sigortacılarla yapılmış bulunan sigorta akitleri bu hükümden müstesnadır.

Birçok şahısların birleşerek içlerinden herhangi birinin duçar olacağı her nevi tehlikeden (Rizikodan) doğan zararları tazmin etmeyi taahhüt etmelerine "Karşılıklı sigorta" denir.

Madde 1264-Bu kitapta hüküm bulunmadıkça sigorta mukavelesi hakkında Borçlar Kanunu hükümleri tatbik olunur.

Madde 1265-Sigortacı sigorta ettirene sigorta mukavelesi gereğince her iki tarafın haiz olduğu hak ve borçları gösteren ve kendi tarafından imza edilen bir sigorta poliçesi veya onun yerine geçmek üzere bir muvakkat sigorta ilmühaberini ekleriyle beraber vermeye mecburdur. Sigortacı istediği takdirde, sigortalı dahi poliçe veya ilmühaberinin ve eklerinin bir örneğini imzalı olarak sigortacıya vermekle mükelleftir.

Poliçe ve ilmühaberini sigorta ettirenin talebi üzerine nama, emre yahut hâmile yazılı olarak tanzim olunabilir.

Madde 1266-Poliçe ve ilmühaberinin aşağıda yazılı hususları ihtiva etmesi lâzımdır:

1. Sigortacının ve sigorta ettirenin ve varsa sigortadan faydalanan kimsenin adı ve soyadı veya ticaret unvanı ve ikametgâhları;

2. Sigortanın mevzuu;

3. Sigortacının üstüne aldığı rizikolarla bunların başlayacağı ve son bulacağı an;
4. Sigorta bedeli;
5. Primin tutarı ile ödeme zamanı ve yeri;
6. Sigortacının üstüne aldığı rizikoların hakikî mahiyetlerini tamamen tâyine yarıyacak bütün haller;
7. Tanzim tarihi.

Sigorta poliçesi birinci fıkrada yazılı hususlardan başka İktisat ve Ticaret Vekâletince tasdik edilmiş ve zahmetsizce okunabilecek bir tarzda basılmış olan sigorta umumi şartlarını; muvakkat sigorta ilmühaberi ise, zikri geçen umumi şartlara atfî ihtiva eder. Bu fıkradaki tasdika ve baskıya ait olan şartların yerin getirilmemiş olması halinde dahi umumi şartname hükümlerinden sigorta ettirenin zararına olanlar yerine kanun hükümleri tatbik olunur.

Madde 1267-Sigorta mukavelesi doğrudan doğruya sigorta ettiren kimse veya onun temsilcisi veya vekili ile yapılmışsa mukavele tarihinden yirmi dört saat içinde ve mukavele bir tellâl vasıtasıyla yapılmış ise en geç on gün içinde sigortacı poliçeyi sigorta ettiren kimseye vermeye mecburdur. Aksi takdirde sigorta ettiren kimse sigortacı ile sigortaya aracılık yapan tellâlden tazminat isteyebilir.

Madde 1268-Sebepsiz yere ödenmiş bulunan primin veya sigorta bedelinin geri alınması alacakları dâhil sigorta mukavelesinden doğan bütün mutalebeler, iki yılda müruruzamana uğrar.

2-SİGORTACILIK KANUNU İLGİLİ HÜKÜMLER

Madde 11 – (1) Sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, Müsteşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenir. Ancak, sigorta sözleşmelerinde işin özelliğine uygun olarak özel şartlar tesis edilebilir. Bu hususlar, sigorta sözleşmesi üzerinde ve özel şartlar başlığı altında herhangi bir yanlışlığa neden olmayacak şekilde açık olarak belirtilir.

(2) Hayat sigortalarına ilişkin sözleşmelerin yapılmasına dair teklifnamenin sigorta şirketine ulaştığı tarihten itibaren otuz gün içinde sigorta şirketi tarafından reddedilmemesi halinde sigorta sözleşmesi yapılmış olur.

(3) Sigorta şirketleri ve sigorta acenteleri tarafından, gerek sözleşmenin kurulması gerekse sözleşmenin devamı sırasında sigorta ettiren, lehdar ve sigortalıya yapılacak bilgilendirmeye ilişkin hususlar yönetmelikle düzenlenir.

(4) Sigorta sözleşmelerinde kapsam dahiline alınmış olan riskler haricinde, kapsam dışı bırakılmış riskler açıkça belirtilir. Belirtilmemiş olan riskler teminat kapsamında sayılır.

(5) Sigorta sözleşmelerinde yabancı kelimelere yer verilemez. Yabancı kelimelerin karşılığı olarak Türk Dil Kurumu tarafından belirlenen kelimelerin kullanımı esastır.

Madde 12 – (1) Sigorta tarifeleri, sigortacılık esasına ve genel kabul görmüş aktüeryal tekniklere uygun olarak sigorta şirketleri tarafından serbestçe belirlenir. Ancak, bu

Kanuna ve diğerk kanunlara göre ihdas edilen zorunlu sigortaların teminat tutarları ile tarife ve talimatları Bakan tarafından tespit olunur ve Resmî Gazetede yayımlanır.

(2) Bakan, gerek görülen hallerde hayat, bir yıldan uzun süreli ferdf kaza, sağlık, hastalık ve ihtiyarf deprem sigortaları tarifeleri ile prim, formül ve cetvellerinin uygulamaya konulabilmesini Müsteşarlığın onayına tâbi kılabilir veya özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla gerekli görülen hallerde, tespit ve ilan ettiği aracılık komisyonlarını, tasdike tâbi kıldığı veya tespit ettiği her türlü tarifeyi serbest bırakabilir.

3-AVUKATLIK KANUNU İLGİLİ HÜKÜMLER

Madde 1 - Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir.

(Değişik 2. fıkra: 4667 - 2.5.2001 / m.1) Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder.

Madde 2 - **(Değişik 1. fıkra: 4667 - 2.5.2001 / m.2)** Avukatlığın amacı; hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır.

Avukat bu amaçla hukukî bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder.

(Değişik 3. fıkra: 4667 - 2.5.2001 / m.2) Yargı organları, emniyet makamları, diğerk kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekaletname ibrazına bağlıdır. Derdest davalarda müzekkereler duruşma günü beklenmeksizin mahkemeden alınabilir.

Madde 34.- (Değişik: 4667 - 2.5.2001 / m.20) Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.

Madde 36 - Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır.

Avukatların birinci fıkrada yazılı hususlar hakkında tanıklık edebilmeleri, iş sahibinin muvafakatini almış olmalarına bağlıdır. Ancak, bu halde dahi avukat tanıklık etmekten çekinebilir. **(Ek cümle: 4667 - 2.5.2001 / m.24)** Çekinme hakkının kullanılması hukuki ve cezai sorumluluk doğurmaz.

Yukarıdaki hükümler, Türkiye Barolar Birliği ve baroların memurları hakkında da uygulanır.

Madde 37 - Avukat, kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden reddedilebilir. Reddin, iş sahibine gecikmeden bildirilmesi zorunludur.

İşi iki avukat tarafından reddolunan kimse, kendisine bir avukat tayinini baro başkanından isteyebilir.

(Değişik son fıkra: 4667 - 2.5.2001 / m.25) Tayin olunan avukat, baro başkanı tarafından belirlenen ücret karşılığında işi takip etmek zorundadır.

Madde 38 - Avukat;

a) Kendisine yapılan teklifi yolsuz veya haksız görür yahut sonradan yolsuz veya haksız olduğu kanısına varırsa,

b) Aynı işte menfaati zıt olan bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalâa vermiş olursa,

c) **(Değişik: 4667 - 2.5.2001 / m.26)** Evvelce hakim, hakem, Cumhuriyet savcısı, bilirkişi veya memur olarak o işte görev yapmış olursa,

d) Kendisinin düzenlediği bir senet veya sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürmek durumu ortaya çıkmışsa,

e) (...) (Madde 38 in (e) bendi, Anayasa Mahkemesinin 2 Haziran 1977 gün ve E.1977/43, K.1977/84 sayılı kararıyle iptal edilmiştir.)

f) Görmesi istenilen iş, Türkiye Barolar Birliği tarafından tespit edilen meslekî dayanışma ve düzen gereklerine uygun değilse,

Teklifi reddetmek zorunluğundadır.

Bu zorunluluk, avukatların ortaklarını ve yanlarında çalıştırdıkları avukatları kapsar.

(...) (Madde 38 in (f) bendinin 3. fıkrası, Anayasa Mahkemesinin 21 Ocak 1971 tarih ve E.1970-19, K.1971-9 sayılı kararıyle iptal edilmiştir.)

(...) (Madde 38 in son fıkrası, Anayasa Mahkemesinin 2 Haziran 1977 tarih ve E.1977/43, K.1977/84 sayılı kararıyle iptal edilmiştir.)

Madde 39 - Avukat, kendisine tevdi olunan evrakı, vekâletin sona ermesinden itibaren üç yıl süre ile saklamakla yükümlüdür. Şu kadar ki, evrakın, geri alınması müvekkile yazı ile bildirilmiş olduğu hallerde saklama yükümlülüğü, bildirme tarihinden itibaren üç ayın sonunda sona erer.

Avukat, ücreti ve yapmış olduğu giderleri kendisine ödenmedikçe, elinde bulunan evrakı geri vermekle yükümlü değildir.

Madde 44-(Değişik madde ve başlık: 4667 - 2.5.2001 / m.30) Avukatlar, mesleki çalışmalarını aynı büroda birlikte veya avukatlık ortaklığı şeklinde de yürütebilirler.

A) Aynı büroda birlikte çalışma

Birlikte çalışma, aynı baroya kayıtlı birden çok avukatın mesleki çalışmalarını bir büroda yürütmeleridir. Bu birlikteliğin tüzel kişiliği yoktur, yapılan iş ticari sayılmaz.

Birlikte çalışan avukatlardan biri ya da birkaçının ad ve/veya soyadının yanında (Avukatlık Bürosu) ibaresinin kullanılması zorunludur. Karşılıklı hak ve yükümlülükler, gelir ve giderlerin paylaşılması, büro yönetimi, birlikteliğin sona ermesi birlikte çalışanlarca belirlenir ve yazılı olarak kayıtlı oldukları baroya bildirilir.

B) Avukatlık ortaklığı

Avukatlık ortaklığı, aynı baroya kayıtlı birden çok avukatın bu Kanuna göre mesleklerini yürütmek için oluşturdukları tüzel kişiliktir. Avukatlık ortaklığının çalışması meslek çalışması olup, ticari sayılmaz ve vergilendirme bakımından şahıs şirketlerine ilişkin hükümler uygulanır. Avukatlık ortaklığının adı, bir ya da birkaç ortağın ad ve/veya soyadlarına (Avukatlık Ortaklığı) ibaresi eklenerek belirlenir. Yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde Türkiye'de faaliyet göstermek isteyen yabancı avukatlık ortaklıkları, bu Kanuna ve avukatlık ortaklığı düzenlemesine uygun olarak kurulmak koşuluyla, yalnızca yabancı hukuklar ve milletlerarası hukuk konularında danışmanlık hizmeti verebilirler. Bu sınırlama yabancı avukatlık ortaklığında çalışan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı ya da yabancı avukatları da kapsar. Bu nevi avukatlık ortaklıkları için ortakların baroya kayıtlı olması şartı aranmaz. Bu kuralın uygulanması mütekabiliyet esasına bağlıdır.

Ana sözleşmesi tip ana sözleşmeye uygun olarak düzenlenen avukatlık ortaklığı, kurucularının kayıtlı bulunduğu baro yönetim kurulu tarafından Baro Avukatlık Ortaklığı Siciline yazılmasıyla tüzel kişilik kazanır. Yazılma istemi, ancak Kanuna ve tip ana sözleşmeye aykırılık gerekçesiyle reddedilebilir. Bu durumda 8 inci Madde hükümleri kıyasen uygulanır. Ana sözleşmenin bir örneği Türkiye Barolar Birliğine gönderilir.

a) Ortakların hak ve borçları

1. Ortaklık payları ve oranları serbestçe belirlenir. Ortakların payı, ancak ortaklara veya avukat olan üçüncü kişilere devredilebilir. Ortakların pay devrinin sözleşme ile yasaklanması veya ortakların pay devrine onay vermemeleri, mirasçının avukat olmaması ya da ortaklığı kabul etmemesi, ortağın emeklilik veya sağlık nedenleri ile avukatlığı bırakması, baro levhasından silinmesi, meslekten çıkması veya çıkarılması, ortaklıktaki payına haciz konulması halinde ortaklık payı gerçek değeri üzerinden diğer ortaklar tarafından payları oranında alınır. Bu işlemlerin üç ay içerisinde sonuçlandırılmaması halinde, yönetmelikteki tasfiye hükümleri uygulanır.

2. Vekaletnameler ortaklık adına düzenlenir. Ortaklık iş veya davayı takip edecek avukatlara yetki belgesi verir.

3. Avukatlık ortaklığı, amacın dışında hak ve mal edinemez, üçüncü kişilerle ortaklık kuramaz, tüzel kişilerin paylarını alamaz. Ortaklar; birden fazla avukatlık ortaklığının ortağı olamaz, ortaklığın bürosu dışında büro edinemez ve bağımsız olarak dava ve iş takip edemezler.

4. Avukatlık ortaklığı; ortaklarının ve çalışan avukatların ortaklık ile ilgili her türlü işlem, eylem ve borçlarından dolayı bunlarla birlikte müştereken ve müteselsilen sınırsız sorumludur. Ortakların ve ortaklıkta çalışan avukatların mesleki görevlerinden dolayı

Avukatlık Kanunu ve meslek kurallarına göre sorumlulukları saklıdır. Avukatlık ortaklıkları hakkında da bu Kanundaki disiplin işlem ve cezaları uygulanır.

5. Defter ve kayıtların tutulmasından ortaklığın yönetim ve temsili ile görevli ortak sorumludur. Avukatlık ortaklığı; iş ve dava defteri, pay defteri, karar defteri, gelir-gider defteri ve demirbaş defteri tutmak zorundadır.

b) Uyuşmazlıkların çözümü

Avukatların birlikte çalışmalarından veya avukatlık ortaklığında; ortakların kendi aralarında ve ortaklıkla ilgili her türlü uyuşmazlıklar ile ortaklık pay devir ve intikalinde bedele ilişkin olarak üçüncü şahıslarla aralarında çıkacak anlaşmazlıklar, bu Kanunun 167 nci maddesinde tanımlanan hakem kurulu tarafından, bu Kanun ve yönetmelik hükümlerine göre çözümlenir.

c) Avukatlık ortaklığı tip ana sözleşmesinde bulunması gereken; ortakların kimlik bilgileri, ortaklığın unvanı ve adresi, ortaklık payları, ortaklar arasındaki ilişkiler, iş ve davalarla ilgili iş bölümü, yönetici ortakların yetkileri, ortaklığın yönetimi ve temsili, ortaklar kurulu, kurulun görev ve yetkileri, gelir ve giderin paylaşılması, denetim, ortaklıktan çıkma, çıkarılma, pay devri, ortaklığın sona ermesi, fesih, infisah ve tasfiye gibi hususların esas, şekil ve şartları Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca hazırlanıp Adalet Bakanlığınca onaylanarak Resmi Gazetede ilan edilen yönetmelikte düzenlenir.

Madde 52 - Avukat üzerine aldığı her iş yahut yazılı mütalâasına başvuru her husus hakkında düzenli dosya tutmak zorundadır.

Avukat, kendisi tarafından yazılan veya taslağı yapılan her belgeyi imzalamakla yükümlüdür.

Madde 53 - Avukat, iş için yaptığı görüşmelerden gerekli saydıklarını bir tutanakla tespit eder. Tutanağın altı, görüşmede bulunanlar tarafından imzalanır.

Madde 163.- (Değişik madde ve başlığı : 4667 - 2.5.2001 / m.76) Avukatlık sözleşmesi serbestçe düzenlenir. Avukatlık sözleşmesinin belli bir hukuki yardımı ve meblağı yahut değeri kapsamı gerekir. Yazılı olmayan anlaşmalar, genel hükümlere göre ispatlanır. Yasaya aykırı olmayan şarta bağlı sözleşmeler geçerlidir.

Avukatlık ücret tavanını aşan sözleşmeler, bu Kanunda belirtilen tavan miktarında geçerlidir. İfa edilmiş sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez. Yokluk halleri hariç, avukatlık sözleşmesinin bir hükmünün geçersizliği, bu sözleşmenin tümünü geçersiz kılmaz.

Madde 171 - (Değişik 1. fıkra: 4667 - 2.5.2001 / m.83) Avukat, üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder.

Avukata verilen vekâletnamede başkasını tevkile yetki tanınmış ise, yazılı sözleşmede aksine açık bir hüküm olmadıkça, işi başka bir avukatla birlikte veya başka bir avukata vererek takip ettirebilir. Vekâletnamede, bunun düzenlendiği tarihten sonra açılacak veya takip edilecek bütün dava ve işlerde vekâlete ve başkasını tevkile genel şekilde yetki verilmişse, avukat, bu tarihten sonraki dava ve işlerde müvekkilinden ayrıca vekâlet almaya lüzum kalmaksızın işi başka bir avukatla birlikte veya başka bir avukata vererek takip ettirebilir.

İkinci fıkradaki hallerde, avukatın müvekkile karşı sorumluluğu devam eder. Birlikte takip ettiği veya işi tamamen devrettiği avukatların kusurlarından ve meydana getirdikleri zarardan dolayı müvekkile karşı hem şahsen hem de diğer avukatla birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur. Şu kadar ki, bu hüküm 12 nci maddede yazılı bir iş sebebiyle başka bir yerde çalışmak zorunluğunda olduğu için işi tamamen başkasına devreden avukatlar hakkında uygulanmaz.

Avukat tarafından işe başka avukatlar teşrik edilmiş ise, avukat bundan dolayı ayrı bir ücret istiyemeyeceği gibi, işi birlikte takip eden avukat da müvekkilden herhangi bir ücret istiyemez. İş tamamen başka bir avukata bırakılmış ise, tevkil eden ve tevkil olunan avukatlar ücret sözleşmesindeki miktarı aşmamak şartıyla, harcadıkları mesaiye karşılık olan ücreti müvekkilden isteyebilirler. Ancak, tevkil eden avukat müvekkilden peşin ücret almışsa, harcadığı mesaiye karşılık olan miktarın fazlasını tevkil ettiği avukata ödemekle yükümlüdür.

4-MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI GENEL ŞARTLARI

A. SİGORTANIN KAPSAMI

A.1. Sigortanın Konusu

Bu sigorta sözleşmesi ile sigortalının poliçede belirtilen ve ilgili taraflarca konusu tarif edilerek sınırları çizilen mesleki faaliyeti ifa ederken;

a) Sözleşme süresi içinde meydana gelen olay sonucu doğan ve sorumluluk hükümleri uyarınca tazmini sözleşme süresi içinde ya da sonrasında talep edilen zararlara karşı veya

b) Sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen bir olay nedeniyle, sadece sözleşme süresi içinde sigortalıya karşı doğabilecek taleplere karşı

sözleşmede belirtilen miktara kadar teminat verilir. Taraflar, (a) ve (b) bendlerinden birini içerecek şekilde sözleşme yapabilecekleri gibi, her ikisini içerecek şekilde de sözleşme yapabilir.

A.2. Sigortanın Coğrafi Sınırı

Bu sigorta, sigortalının Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ifa ettiği mesleki faaliyetler için geçerlidir; Ancak, taraflar sigortalının yurtdışında yürüteceği mesleki faaliyetlerin de sigorta kapsamına alınmasını kararlaştırabilir.

A.3. Teminat Dışında Kalan Haller

Aşağıdaki hâller teminat kapsamı dışındadır:

a) Sigortalının, poliçede belirlenmiş vAe sınırları hukuk kuralları ve etik kurallar ile tespit edilen mesleki faaliyeti dışındaki faaliyetlerinden kaynaklanan tazminat talepleri,

b) Mesleki faaliyetin ifası sırasında sigortalı tarafından kasten sebep olunan her tür olay ile davranışları;

c) Sigortalı veya çalıştırdığı kişilerin, poliçede belirtilen mesleki faaliyeti ifa ederken alkol, uyuşturucu ya da narkotik maddelerin tesiri altında bulunması sonucunda meydana gelen olaylar.

A.4 Aksine Sözleşme Yoksa Teminat Dışında Kalan Haller, Tazminat Talepleri ve Ödemeler

A.4.1 Aksine Sözleşme Yoksa Teminat Dışında Kalan Haller

a) Herhangi bir bilgisayar esaslı veya elektronik ortamda saklanabilir, yazılı, basılmış veya herhangi bir yöntem ile (veya benzer bir şekilde) tekrar çoğaltılmış olsun veya olmasın her tür belge kaybı veya sigortalının bakım, gözetim ve kontrolüne verilmiş bilgi ve malzemenin kaybı veya imha edilmesi;

b) Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri haricinde bir mahkemede açılan tazminat davaları ve tahkim;

c) Her türlü haksız rekabet.

A.4.2 Aksine Sözleşme Yoksa Teminat Dışında Kalan Tazminat Talepleri

a) Her tür patent, telif hakkı ile ticaret unvanı, marka ve benzeri fikrî mülkiyet hak ihlallerinden kaynaklanan tazminat talepleri;

b) Sigortalının mesleki faaliyeti ifası sırasında anne, baba, kardeş, eş ve çocuklarına karşı sorumluluğundan doğan tazminat talepleri;

c) Her türlü çevre kirliliğinden doğrudan veya dolaylı olarak doğan sorumluluklar nedeniyle yapılan tazminat talepleri;

d) Niteliği ne olursa olsun aşağıdaki hâllerden doğrudan veya dolaylı olarak kaynaklanacak tazminat talepleri:

aa) Herhangi bir nükleer yakıttan veya nükleer yakıtın yanması sonucu meydana gelen nükleer atıklardan kaynaklanan iyonize ışınım ve kirlilik,

bb) Radyoaktif, zehirli, patlayıcı veya herhangi bir patlayıcı nükleer bileşim veya bunun nükleer bir parçasının tehlikeli özellikleri,

cc) Diethylstilbesterol (DES), dioxin, urea formaldehide, asbest, asbestli ürünler veya asbest içeren ürünlerin varlığından, üretiminden, elleçlenmesinden, işlenmesinden, satış, dağıtım, depolama, bırakılma veya kullanımından kaynaklanan her tür hastalık (kanser dahil) veya asbestten kaynaklanan bütün tazminat talepleri.

e) Bir sözleşmenin ifasına veya özel bir anlaşmaya dayanıp, sigortalının yasal sorumluluk ölçüsünü aşan her tür talepleri;

f) Manevi tazminat talepleri.

A.4.3 Aksine Sözleşme Yoksa Teminat Dışında Kalan Ödemeler

a) İdarî ve adlî para cezaları dahil her tür ceza ve cezai şartlar;

- b) Sigortalının iflasına bağı olarak ortaya çıkabilecek her tür zarar;
- c) Sigortalının aleyhine cezai takibata geçilmesi hâlinde, bu takibattan doğan diğere bilumum masraflar.

A.5. Sigortanın Başlangıcı ve Sonu

Sigorta, poliçede başlama ve sona erme tarihleri olarak yazılan günlerde, aksi kararlaştırılmadıkça, Türkiye saati ile öğlen saat 12.00'de başlar ve öğlen saat 12.00'de sona erer.

B. ZARAR VE TAZMİNAT

B.1. Rizikonun Gerçekleşmesi

Sözleşmenin;

- A.1.'in (a) bendinde belirtilen şekilde yapılması hâlinde, sigortalının, sözleşme süresi içinde yürüttüğü mesleki faaliyeti dolayısıyla, gerek sözleşme dönemi gerekse sözleşmenin bitiminden itibaren iki yıl içinde başkalarının zarara uğraması sonucunda,

- A.1.'in (b) bendinde belirtilen şekilde yapılması hâlinde bir yıldan az olmamak kaydıyla sözleşme yapılmasından önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen olaya bağı olarak;

a) Sigortacının bilgisi ve yazılı muvafakatı dahilinde olmak koşuluyla sigortalı tarafından ödeme yapılması veya,

b) Sigortacının, sigortalıya ayrıca hukuki yardımda bulunmayı da üstlendiği mesleki sorumluluk sigortalarında, tebligat ile davanın veya hukuki takibin öğrenilmesiyle,

c) Zararın gerçekleştiğinin ve bu zararın sigortalının sorumluluğundan kaynaklandığının mahkeme tarafından karar altına alınması hallerinde

riziko gerçekleşmiş olur.

B.2. Rizikoya İlişkin Olarak Sigorta Ettirenin ve Sigortalının Yükümlülükleri

Sigortalı ve sigorta ettiren, aşağıdaki hususları yerine getirmekle yükümlüdür:

a) Haberdar olduğu andan itibaren rizikonun gerçekleştiğini, beş gün içinde sigortacıya ihbar etmek,

b) Sigorta sözleşmesi yokmuş gibi gerekli kurtarma ve koruma önlemlerini almak ve bu amaçla sigortacı tarafından verilecek makul talimatlara uymak,

c) Sigortacının talebi üzerine, olayın ve zararın nedeni ile hangi hâl ve şartlar altında gerçekleştiğini ve sonuçlarını tespiti, tazminat yükümlülüğü ve miktarı ile rücu hakkının kullanılmasına yararlı, elde edilmesi mümkün bilgi ve belgeleri gecikmeksizin vermek,

d) Sigortacının yazılı onayı olmadıkça, sorumluluğu veya tazminat talebini kısmen veya tamamen kabul etmemek, ödeme taahhüdünde bulunmamak, zarar görenlere herhangi bir tazminat ödemesinde bulunmamak;

e) Zarardan dolayı, dava yolu ile veya başka yollarla bir tazminat talebi karşısında kaldığı veya aleyhine cezai kovuşturmayla geçildiği hâllerde, durumdan sigortacıyı derhal haberdar etmek ve zarar ziyan talebine ve cezai kovuşturmayla ilişkin olarak almış olduğu ihbarname, davetiye ve benzeri tüm belgeleri gecikmeksizin sigortacıya vermek,

f) Sigorta konusu ile ilgili başka sigorta sözleşmesi varsa bunları sigortacıya bildirmek.

B.3. Tazminat ve Ödenmesi

Rizikonun gerçekleşmesi hâlinde, özel durumlar hariç olmak üzere, hangi belgelerin istenileceği poliçe ekinde açık ve anlaşılır şekilde yer almak zorundadır. Sigortacı, talep edilen tazminat ve giderleri, hak sahibinin tazminata konu olay ve zarara ilişkin tespit tutanağını veya bilirkişi raporunu ve poliçe ekinde de yer alan diğer gerekli belgeleri eksiksiz olarak şirketin merkez veya kuruluşlarına ilettiği tarihten itibaren on beş iş günü içinde gerekli incelemeleri tamamlayıp sözleşmeye aykırı olmayan zararlara ilişkin tazminatı öder.

B.4. Halefiyet

Sigortacı, ödediği tazminat tutarınca, hukuken sigortalının yerine geçer.

C. ÇEŞİTLİ HÜKÜMLER

C.1. Sigorta Priminin Ödenmesi ve Sigortacının Sorumluluğunun Başlaması

Sigortacının sorumluluğu, primin tamamının veya taksitle ödenmesi kararlaştırılmış ise ilk taksidin poliçenin tesliminde ödenmesi ile başlar. Aksi kararlaştırılmadıkça, primin tamamının veya ilk taksidin ödenmemesi hâlinde, poliçe teslim edilmiş olsa dahi sigortacının sorumluluğu başlamaz ve bu şart poliçeye yazılır.

Prim ödemede temerrüde düşülmesi hâlinde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.

C.2. Sigortalı ve Sigorta Ettirenin Sözleşme Yapıldığı Sırada Beyan Yükümlülüğü

Sigortacı sigorta sözleşmesini, sigorta ettirenin veya bilgisinin olması durumunda sigortalının beyanı ve varsa teklifname ve eklerinde yazılı sorulara verdiği cevaplara dayanarak yapar.

Sigortalı ve sigorta ettirenin beyanı yanlış veya eksik ise ve bu durum, sigortacının sözleşmeyi yapmaması veya daha ağır şartlarla yapmasına neden oluyorsa, sigortacı durumu öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde sözleşmeden cayabilir veya sözleşmeyi yürürlükte tutarak aynı süre içinde prim farkını talep edebilir.

Sigorta ettiren, talep edilen prim farkını kabul ettiğini sekiz gün içinde bildirmediği takdirde sözleşmeden cayılmış olur. Ancak, prim farkının kabul edilmemesi nedeniyle sözleşmeden cayılması, sigortacının gerçeğe aykırı veya eksik beyanı öğrendiği tarihten itibaren bir aylık süre içinde gerçekleşmek durumundadır.

Sigortalı ve sigorta ettirenin kasıtlı davrandığının anlaşılması hâlinde sigortacı, sözleşmeden cayabilir ve gün esasına dayanarak hesap edilen prime hak kazanır.

C.3. Sözleşmenin Devamı Sırasındaki Beyan Yükümlülüğü

Sözleşmenin devamı sırasında sigortacının izni olmadan rizikoya etki edici nitelikte değişiklik yapılması hâlinde sigorta ettiren veya sigortalı durumu sekiz gün içinde sigortacıya bildirmekle yükümlüdür.

Durumun sigortacı tarafından öğrenilmesinden sonra, değişiklik, sigortacının sözleşmeyi yapmamasını veya daha ağır şartlarla yapmasını gerektiren hâllerden ise sigortacı, sekiz gün içinde sözleşmeyi fesheder veya prim farkını talep etmek suretiyle sözleşmeyi yürürlükte tutar. Sigorta ettiren, talep edilen prim farkını kabul ettiğini sekiz gün içinde bildirmediği takdirde sözleşme feshedilmiş olur.

Feshin hüküm ifade ettiği tarihe kadar geçen sürenin primi, gün esasından hesap edilir ve fazlası geri verilir.

Süresinde kullanılmayan fesih veya prim farkını talep etme hakkı düşer.

Rizikodaki değişikliği öğrenen sigortacı, sigorta hükmünün devamına razı olduğunu gösteren bir harekette bulunursa fesih ve prim talep hakkı düşer.

Değişiklik, rizikoyu hafifletici nitelikte ve daha az prim uygulamasını gerektirir hâllerden ise; sigortacı, bu değişikliğin yapıldığı tarihten sözleşmenin sona ermesine kadar geçecek süre için gün esasına göre hesap edilecek prim farkını sigorta ettirene geri verir.

Sigortacının sözleşmeyi bu değişikliklere göre yapmamasını veya daha ağır şartlarla yapmasını gerektiren hâllerde:

- a) Sigortacı durumu öğrenmeden önce,
- b) Sigortacının fesih ihbarında bulunabileceği süre içinde,
- c) Fesih ihbarının hüküm ifade etmesi için geçecek süre içinde, riziko gerçekleşirse, sigortacı, tazminatı tahakkuk ettirilen prim ile tahakkuk ettirilmesi gereken prim arasındaki orana göre öder.

C.4. Sigorta Ettirenin ve Sigortalının Durumu

Bu genel şartlarda düzenlenen sigorta ettirenin borç ve yükümlülüklerinin sigortalı tarafından veya sigortalıya yüklenen yükümlülüklerin sigorta ettiren tarafından yerine getirilmesi hâllerinde, borç ve yükümlülükler, ifa edilmiş sayılır. Ancak sigortacının sırf bu nedenle durumunun ağırlaştığını ileri sürerek itiraz etme hakkı saklıdır.

C.5. Tebliğ ve İhbarlar

Sigortalının ve sigorta ettirenin bildirimleri, sigorta şirketinin merkezine veya sigorta sözleşmesine aracılık eden acenteye yapılır.

Sigortacının bildirimleri de sigortalıya karşı yapılacaksa sigortalının, sigorta ettirene karşı yapılacaksa sigorta ettirenin son bildirilen adresine noter eliyle veya taahhütlü mektupla yapılır.

Taraflara imza karşılığı elden verilen mektup veya telgrafla yapılan bildirimler de taahhütlü mektup hükmündedir.

Güvenli elektronik imza kullanılarak elektronik ortamda yapılan ve sigortacıya, sigortalıya ve sigorta ettirene ulaştığı kanıtlanabilen bildirimler de geçerli sayılır.

C.6. Mesleki Faaliyete Son Verilmesi

Poliçede tanımlanan mesleki faaliyete son verilmesi hâlinde sigorta sözleşmesi sona erer ve işlemeyen günlere ait prim sigorta ettirene iade edilir.

C.7. Ticari ve Mesleki Sırların Saklı Tutulması

Sigortacı ve sigortacı adına hareket edenler bu sözleşmenin yapılması dolayısıyla sigortalıya ve sigorta ettirene ilişkin öğreneceği sırların saklı tutulmamasından doğacak zararlardan sorumludur.

C.8. Yetkili Mahkeme

Sigorta sözleşmesinden doğan anlaşmazlıklar nedeniyle sigortacı aleyhine açılacak davalarda yetkili mahkeme, sigorta şirketinin merkezinin veya sigorta sözleşmesine aracılık yapan acentenin ikametgahının bulunduğu yerdeki, sigortalı veya sigorta ettiren aleyhine açılacak davalarda ise davalının ikametgahının bulunduğu yerdeki mahkemedir.

C.9. Zaman aşımı

Sigorta sözleşmesinden doğan bütün talepler iki yılda zaman aşımına uğrar.

C.10. Klozlar ve Özel Şartlar

Bu genel şartların eki niteliğindeki klozlar genel şartlara göre özel düzenlemeler içerebilir.

Taraflar, sigorta ettiren ve sigortalının aleyhine olmamak üzere özel şartlar kararlaştırabilir.

5-AVUKATLIK ORTAKLIĞI YÖNETMELİĞİ

Madde 4- Avukatlık ortaklığının çalışması meslek çalışması olup, ticari sayılmaz. Avukatlık ortaklıklarına vergilendirme bakımından şahıs şirketlerine ilişkin hükümler uygulanır.

Madde 5 - Avukatlık Ortaklığı Ana Sözleşmesinin, Türkiye Barolar Birliği tarafından düzenlenecek Avukatlık Ortaklığı Tip Ana Sözleşmesine (Yabancı Avukatlık Ortaklığı Tip Ana Sözleşmesine) uygun olarak hazırlanması ve tüm ortaklar tarafından imzalanması gerekir. Ana sözleşmede, Avukatlık Kanunu ve bu Yönetmeliğin hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla özel hükümlere de yer verilebilir.

Madde 7- Avukatlık Ortaklığı kurmak isteyen avukatlar; Avukatlık Ortaklığının kaydedileceği Baroya ortakların tümünün imzaladığı bir dilekçe ile başvururlar. Başvuru dilekçesine ikişer nüsha olarak aşağıdaki belgeler de eklenir.

- a) Her sayfası tüm ortaklarca ayrı ayrı imzalanmış ortaklık ana sözleşmesi,
- b) Ana sözleşmede ortaklığa katılım payı karşılığı olarak taahhüt edilen gayrimenkul için tapu kaydının, araç için ruhsatnamenin, nakit para için banka dekontunun ve menkul değere ilişkin belgenin onaylanmış örnekleri,
- c) Ortakların Baro levhasına kayıtlı olduklarına ilişkin bağlı olunan Barodan alınan belge, (mütekabiliyet esasına bağlı olmak kaydıyla yabancı avukatlık ortaklığı için aranmaz)
- d) Ortakların nüfus cüzdanın (yabancı ortakların pasaportunun) onaylanmış örneği,
- e) Yabancı avukatlık ortaklıkları için ayrıca;
 - (1) Yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde Türkiye'de faaliyette bulunabileceğine ilişkin Hazine Müsteşarlığı Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğünden alınmış izin belgesi,
 - (2) Yabancı ortakların her birinin kayıtlı oldukları yabancı ülke Barolarından aldıkları avukatlık ruhsatnamesi veya yetki belgesi ve mesleki faaliyetine devam etmesinde sakınca olmadığına dair tercüme edilmiş ve noterlikçe onanmış belge,
 - (3) Yabancı ortakların her birinin vatandaşı olduğu ülke ile Türkiye Cumhuriyeti arasında Avukatlık Kanunu ve yönetmelikleri hükümlerine uygun olarak yabancı avukatlık ortaklığı hususunda mütekabiliyet esasının olduğuna ve Türk avukatların da bu şahısların ülkelerinde eşit koşullarda Avukatlık Ortaklığı faaliyetlerinde bulunabileceklerine ilişkin ilgili makamlarca verilmiş belge.

Madde 9 - Avukatlık Ortaklığı kurma başvurusu, Baro Yönetim Kurulu tarafından Kanun ve Yönetmeliğe uygun bulunduğu takdirde, Baro Avukatlık Ortaklığı Siciline yazılmasına karar verilir.

Baro bu karar doğrultusunda ortaklığı Baro Avukatlık Ortaklığı Siciline kaydeder ve ana sözleşmenin bir örneğini Türkiye Barolar Birliği'ne gönderir Avukatlık Ortaklığı Baro Avukatlık Ortaklığı Siciline yazılması ile tüzel kişilik kazanır. Avukatlık Ortaklığının Baro Avukatlık Ortaklığı Siciline yazılmasından önce ortaklık unvanı kullanılamaz ve ortaklık adına mesleki faaliyette bulunulamaz.

Avukatlık Ortaklığına, Baro Avukatlık Ortaklığı Siciline kayıt olduğuna dair bir belge verilir.