

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ



CİLT: 84 • SAYI: 2010/3 • ISSN 1304-737X • MAYIS/HAZİRAN

HUKUKSAL KORUMA SİGORTASI'NIN ÖNEMİ

Av. Tennur KOYUNCUOĞLU

Kağıt üzerinde var olmasına karşın, kamuoyunda pek bilinmeyen “*Hukuksal Koruma Sigortası*”nın toplumsal hukuk bilincinin yerleşmesine katkısı çok önemlidir. Kişinin hak arama özgürlüğünün gerçekleştirilmesi amacıyla zorunlu çözüm arayışları içinde “*adli yardım*” “*zorunlu müdafilik*” gibi kurumlarla benzer amaçları paylaşması dolayısıyla birbirinin yerine kullanılması seçeneği ile de artı bir özellik taşır. Konunun ayrıntılarına girmeden önce, hepsinin temelinde ortak değer olan, adalete erişimdeki temel insan hakkının doğal ve hukuksal vazgeçilmezliğini vurgulamalıyız.

1- Hak sahibi olmak, hak elde etme anlamına gelmez.

Anayasanın 5. maddesinin başlığında “*Devletin temel amaç ve görevleri*” yer alır:

Devletin temel amaçları arasında;

“*kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak*”

“*kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak*” ödevleri sayılmaktadır.

Devlet, kendini oluşturan kişilere bir tür mutluluk güvencesi vermekte, demek ki, onların can güvenliğini, sağlığını ve adalet payını eşit biçimde garanti altına almaktadır. Bu yükümlülükler devlette birincil önemdedir. Adalet güvencesi, birlik içinde yaşayan kişilerin, haklarını kullanma olanağında “*fırsat eşitliğine*” sahip olduklarında vardır.

Hukukun ana işlevi “*gücü olanın üstünlüğünün*” toplumsal hukuk dengesinin bozulmasını önlemektir. Bu nedenle “kendi kendine hak alma” yasaklanmıştır. Mardin’in Bilge Köy’ünde yaşanan katliamı dikkate aldığımızda ülkemizde Hukukun yerleşmediğini ve gücü olanın egemenliğini sürdürdüğünü apaçık görmekteyiz.

Bugün AB hukuk çerçevesinde değil kaba gücün, ceza adalet sisteminin uygulanmasında, her türlü siyasi müdahaleye karşı duracak korunma esasları araştırılmaktadır. Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi, hukuk devleti ve insan haklarının korunması açısından, hukuk sistemine adli yardım da dahil olmak üzere yeterli ölçüde kaynak ayırmaya savunma avukatlarına önemli ölçüde usul hakkı tanımaya ve hukuk sisteminin özerkliğini güçlendirmeyi önemsemektedir.¹

(1) Bk. TBB Dergisi, sayı 87, 2010, s 34

Hukuk sisteminin özerk olabilmesi yalnız hakimlerin, savcılarının değil yargının belkemiği avukatların da tam bağımsız ve maddi-manevi özgür olmasına bağlıdır. Hukukun sivil temsilcisi olarak avukatların durumu Anayasa'da bu anlamda tanımlanmamıştır. Kişinin hak arama özgürlüğü madalyanın bir yüzü ise, öteki yüzü hak arama konumunda olan avukatları simgeler.

Bugün yargı konusu tartışılırken, avukatlık mesleğinin ele alınmaması yargının bir bütün olduğunu gözardı etmektedir. Adalete erişimde savunma ayağı yeterince güçlü olmazsa, haksızlıkların önüne geçilemeyecektir.

Adalet, öncelikle toplumda tüm canlıların özelde insanın ezilmesinin önüne geçmek amacıyla kurulan bir akıl-vicdan yürütmenin adıdır. Sav, savunma ve yargı organları birlikte bir bütündür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sanık istemediği durumlar da bile mahkemede bir avukatın görevlendirilmesi zorunluluğuna işaret etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-c maddesi polis sorgusunda, gözaltında, mahkemede avukat bulundurulup bulundurulmamasını adil yargılanma hakkına kıstas saymaktadır. Ekonomik durumu iyi olmayan ve mahkemenin dilini anlamayanlar için ücretsiz avukat ve çevirmen tayini zorunluluğu vardır.

Anayasa'nın 138. maddesinde yalnızca hakimlerin bağımsızlığını ele alması yeterli değildir. Nitekim maddenin başlığı "*mahkemenin bağımsızlığından*" söz etmektedir. Mahkemelerin bağımsızlığı yargılamanın tüm organları savcılarının ve avukatların da bağımsızlığını kendiliğinden içerir. Savunmanın bağımsızlığının da maddede yer alması gerekir. Yargının tüm kurucu unsurları yani sav, savunma ve hüküm bağımsızlık içermelidir.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 1. maddesi "*Avukatlığın Mahiyeti*" başlığını taşır.

Bu maddeye göre;

"Avukatlık kamu hizmeti ve serbest bir meslektir.

Avukat yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder".

Bu tanım çelişkilidir. Avukatlık herhangi bir serbest meslek değildir. Hakimin hüküm kurmasına yan organ konumunda etkili bir serbest meslektir. Yasada "*unsur*" sözcüğü kullanılmıştır. Unsur, öge sözü bir kaynaşmayı, organ sözcüğü ise temsilci yada karar organı olarak ayrışmayı anımsattığından, avukatın temsilci ya da adalete yardımcı olarak bağımsız kişiliği unsur sözcüğüne değil, organ sözcüğüne üstünlük tanınmasını gerektirir.² Avukatın yargılama dışı faaliyetlerinde de bağımsızlık vazgeçilmez biçimde avukata kimliğini veren öz niteliktir.

(2) T. Koyuncuoğlu, *Avukatın Bağımsızlığı*, 13 Temmuz 1993, Cumhuriyet Gazetesi

Avukatlık Yasası "Avukatlığın Amacı" başlığını taşıyan 2. maddesinde avukatın adalet hizmetine katkısı çok daha geniş bir çerçeve çizerek tanımlar. Avukata her durumda aynı nitelikte bir avukatlık kimliği ve bu kimlikle özdeşleşen hak ve yükümlülükler verir. Avukat yargı organları hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde adalete hizmet eder ve kişilerin kendisinden yararlanmasını sağlar. Avukatın bu kimliği yurttaşın demokrasilerdeki hukuk güvenliğini karşılayan yargının ya da yargı dışının demokratik özünün kaynağıdır.

2- Adli Yardım

Herkesin hak arama hakkı varsa, bu hakların nasıl elde edileceği, hangi olanakların onlara sunulmuş olduğunu da göstermemiz gerekir. Kişinin hak arama özgürlüğü ile savunma arasındaki ayrılmaz bağ genelde "Adli Yardım" ve "Zorunlu Müdafilik" kurumlarıyla dile getirilmiştir.

Adli yardımın çerçevesi yine Anayasa'nın 36. maddesi ile çizilmiştir. buna göre;

"Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davalı ve davacı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir".

Maddede "herkes" sözcüğü kendiliğinden bir soruya dönüşmektedir. Gerçekten herkes bu hakka sahip midir?

Avukatlık Yasasının 176. maddesi ve HUMK'un 465. maddesi "yoksulluk" açısından ortaya çıkan hak engelini "Adli Yardım" Kurumu ile aşma olanağı getirmektedir. Adli yardım, ilgili yönetmeliğe göre;³ "kişilerin hak arama özgürlüklerinin önündeki engelleri aşmak ve hak arama özgürlüğünün kullanımındaki eşitliği sağlamak üzere, avukatlık ücretlerini ve yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayanların bu hizmetten yararlanmasını" olarak belirtilmektedir. Peki yoksulların bu olanaktan haberi var mı, ya da yoksul olmayanların haklarını tam arayabildikleri söylenebilir mi?

Hak arayabilmek için önce bilgi ve güç sahibi olmak, yani hak arama bilincine ulaşmak ve hukuksal olanakları kullanmada engellenmemek gerekmektedir. Örneğin hak arama sevdası kadınları çoğu zaman canlarını kaybetme tehlikesi ile karşı karşıya getirmekte, polis ve adli kurumlara başvuru saldırıları önleyememektedir. Çoğu zaman da göze alamamak ya da bilgi yokluğu da her türlü işkenceye katlanmaya götürmektedir. Hukuk bilgisi yer etmemiş bir toplumda hak arama soyut bir kavrama dönüşmektedir.

(3) Türkiye Barolar Birliği Adli Yardım Yönetmeliği için bk.30.03.2004 T.RG

Hukuk toplumuna ulaşmak isteyen ülkelerde “hak arama özgürlüğü” adli yardımın dar kalıpları içinde kalmamakta tüm toplumun ulaşacağı mekanizmalar kurulmasına yol açmaktadır. Üzerinde duracağımız konu, “Hukuksal Koruma Sigortasıdır”. Hukuksal Koruma Sigortası, daha önce gündeme gelen bir “Hukuk Sigortası” ile çok karıştırılmaktadır. Öyle ki, 1995 yılında 25-29 Ekim tarihleri arasında Antalya’da yapılan “avukatlık mesleği” ile ilgili sempozyumda hukuksal koruma sigortaları programında yer alınca Manisa Barosu Başkanlığı’nca çok önce hazırlanan Hukuk Sigortası Kurumu Kanun Taslağının gündeme geleceği sanılmıştır. Bu karıştırmaya engel olmak için kısaca hukuk sigortasının niteliğini açıklamalıyız.

3- Hukuksal Koruma Sigortası (HMKS), Hukuk Sigortası ayrı kavramlardır.

İsim benzerlikleri bir yana, amaçları da ortaktır. Her ikisi de halka, hak arama olanağı sunmak için tasarlanmıştır. Farklı yapılanma biçimleri, ikisini birbirinden tamamen ayırmaktadır. Hukuk Sigortası Kamu Hukuku içinde yer alırken, Hukuksal Koruma Sigortası özel hukuk niteliği taşımaktadır.

Avukatlar arasında önce hukuk sigortası üzerinde çalışmalar yapılmıştır.⁴ Hukuk Sigortası Kanun Taslağı Gerekçesi, Hukuk Sigortasının amacını şöyle belirtmektedir:

“Hukuk devletinin ana ilkesinin, yurttaşların arasında hukuksal güvenliğin sağlanması olduğundan kuşku yoktur.

Hak arama özgürlüğü anayasal bir hak olup, bu özgürlükten yararlanma ucuz ve de sonuca varma ivedi olmadıkça, bu özgürlük kağıtta kalmaya mahkum bir özgürlük olur.

Ülkemizin hak arama ve adalet dağıtımı, hak arayan kişiye parasal yönden büyük yükümlülükler getirmektedir. Dar gelirlilerin hak aramalarını kolaylaştırıp, bu alandaki mali yüklerin azalması için gerekli çözümlerin saptanması ve gerçekleştirilmesi gerekir. Bundan da öte, çoğu yurttaşımız parasal olanaksızlıkları ile, kendilerini savunacak uzman kişi bulamadıklarından, pek çok haklı davalarında haksız çıkmaktadırlar. Bu da adalete karşı duyulması gereken güven ve saygıyı sarsmaktadır.

Hak aramanın paralı olduğu bir ülkede, hak aramaya ödenecek parayı karşılayacak bir kurumun kurulması zorunludur.

İşte Hukuk Sigortası Kurumu bu espriden hareket ile, yurttaşların ödeyecekleri bir prim karşılığında, hak arama için gerekli tüm yargı harç ve giderlerini ve de avukatlık ücretini kişi adına ve davanın sonunda davada haksız çıkan taraftan bu giderleri geri alacak olan bir kurumdur.

(4) Taslak metin Manisa Barosu tarafından hazırlanmıştır.

Bu kurum hak aramaya ödenecek parayı karşılamakla birlikte, yargının muntazam ve ivedi çalışmasını da sağlayacaktır. Çünkü tüm giderler gününde kurumca ödenecek ve de kanıt çizelgeleri, dava dilekçesi, ya da yanıt dilekçesi ile yargıya sunulma sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

Davalar vekilli olarak izleneceği için yasaları bilmeme, yönetime uymama nedeni ile dava yitirilmesi, bir hakkın kaybedilmesi önlenecektir. Ayrıca bu kurum ile avukatlık uğraşısına sorumluluk getirilmektedir.

Avukatlık uğraşısının serbest meslek esprisi içinde bir kamu görevi olduğundan kuşku yoktur. Bu nedendir ki bir avukatın bürosunda bir dava konusunda ücret pazarlığına oturması, her şeyden önce o mesleğin onurunu zedeler. Savunma gibi kutsal bir uğraşın onuru her şeyin üstünde olmak gerekir. Bu kanun tasarısı, savunmanın onurunu da korumaktadır”.

Hayaller gerçek olsa!

Bu gerekçe avukatlık mesleğine inanmış olmanın çok güzel bir manifestosu gibidir. Bu tasarı kabul edilmemiştir. Sonunda hak arayanlarla hakkı savunanların kaderi birleşmiş, hak arayan aynı nedenlerle hakkını arayamazken, avukatların çoğu da ekmek parasını kazanmanın güçlüğü ile boğuşur olmuşlardır.

Hukuk Sigortası, Sosyal Sigortalar Kurumu'na bağlı, özel hukuk hükümlerine tabi mali ve idari yönden özerk bir kamu kurum olarak tasarlanmış. Tasarının kabulü için ne mücadeleler verildiğini pek bilmiyoruz. Çok zorluklarla karşılaştığını kolayca tahmin edebiliriz. Bugün sosyal güvenlik önlemlerine alternatif getirilmek amacıyla, Almanya'da “kafa parası” alınarak sosyal güvenliğin kurulması tartışmalarına benzetebiliriz. Çünkü tüzel kişiler dahil herkes prim ödeyerek hukuk sigortası kurumun sigortalısı yapılacakmış. Bu gün ortadan kaldırılan SSK'nın yapısına uygun biçimde tüm Türkiye'de şube ve kuruluşlarıyla uygulanması düşünülmüş.

Tıpkı kamu iktisadi devlet teşekkülleri gibi. Bu ilgiyi kurduğumuz anda, hukuk sigortası kurulmuş olsa bile, çoktan ortadan kalkmış olacağını kolayca öngörebiliriz. Özelleştirme politikalarından ilk etkilenecek kurumlardan biri olacaktı. Hukuk Sigortası'nı bu günün koşullarında özerk bir kamu kuruluşu olarak kurmayı düşünmek artık olanak dışıdır.

4- Özel Hukuk Aracılığı ile Sosyal Hizmet sunumu

Kamu Hukuku içinde bir hukuk sigortasının amacı özel hukuk araçlarıyla hukuksal koruma sigortaları ile sağlanabilir. Barolar aracılığı ile yürürlükte olan “adli yardım” kurumunun yetersiz kaldığı bilinmektedir. “Zorunlu avukatlığın” sınırlarının genişletilmesi çabası sürmektedir. Hukuksal koruma sigortalalarının bu arayış içinde önemli bir yer tutar. Adli yardım kurumunun eksiklerini tamamlamak ve işlevini herkese

yaygınlaştırmak işlevi dışında “zorunlu müdafilik” kurumuna seçimlik çözüm önermek amacına hizmet edecektir.

HKS’de, zorunlu trafik sigortası gibi bir sosyal güvenlik anlayışı saklıdır. Özel sektör, demek ki, özel sigortalar aracılığı ile halka sosyal bir hizmet sunma girişimidir. Zorunlu trafik sigortası, trafik kazası kurbanlarının zararının özel sigorta şirketleri tarafından karşılanmasını sağlar. Araç kullanımından doğan toplumsal tehlikeye karşı, zarar veren kişiye zorunlu sigorta yapma ödevi yükler ve ödediği primle zarar göreni korumasını öngörür.

Hukuk Sigortası ile HKS amacı aynıdır.

HKS aynı amaçlarla dile getirilmiştir. Bu alanda ilk ruhsat alan Anadolu Anonim Türk Sigorta Şirketi’nin bu yeni sigortayı topluma sunuşunu alıntılalım:

“Hangimiz zaman zaman haksızlığa uğradığımızı düşünmedik. Ancak mahkeme masrafları, avukatlık ücretleri, duruşmalar derken hak aramaktan vazgeçmek çoğu kez kaçınılmazdır.

Şimdi; hukuksal sorunların çözümüne yardımcı olmak amacıyla yeni bir sigorta türü Hukuksal Koruma Sigortası uygulamaya girmiştir. Hukuksal Koruma Sigortası “hak arama-haklarını savunma” durumunda kalan öncelikli maddi olanak sağlayan bir gider (masraf) sigortasıdır. Sigortalının haklarının korunması için masraf yapılması gereken durumlar sigorta güvencesi altındadır

Sigorta poliçesi ile sigorta altına alınan risk çerçevesinde; hasara neden olabilecek bir uyuşmazlık doğduğunda, Mahkeme, Yargıtay ve İcra masraflarını, avukatlık ücretini, sigortalı adına sigortacısı yüklenir....”

5- Hukuksal Koruma Sigortası’nın Tarihçesi

Hukuksal koruma sigortalarının sosyal işlevi doğuşunda başlıca etkendir. Ortaçağ döneminde kooperatifçilik ilkeleri arasında saklıdır.⁵ Özellikle ağır cezalı işlerde suçlunun savunmasına yardım bir komşuluk, arkadaşlık, dayanışma birliği işi gibi görülmektedir.

19. yüzyılın başlarında büyük servetler ödeyerek edindikleri gemiler ile uzak yerlere giden aşırı tehlikeleri yüklenen donatanların, nakliyecilerin kurduğu birliklerde (klup) sosyal yardım edimi olarak hukuksal koruma olanağı tanınmıştır. Temelinde ortak çıkarların dayanışması vardır. Aynı biçimde İş Hukuku dalının gelişimine bağlı olarak, işçilerin sendikal çalışmalarında üyelerin hak arama güvencesidir. Bir başka uygulama alanı da bölgelerinde yapılan maden çalışmaları nedeniyle zarar gören taşınmaz

(5) Werner, Jürger. *Die rechtsschutzversicherung in Europa. Münster, 1984. (Verlag Versicherung-Wirtschaft e.v. Karlsruhe) s 1-4)*

maliklerinin bir araya gelerek, ortaya çıkan zararlarının tazmini istemek amacıyla hukuksal yollara başvurma masraflarının önceden sağlamak için birlik oluşturmalarıdır.⁶

Ancak zorunlu bir biçimde uygulanmasının ardında 1917 yılında Le Mans'ta ortaya çıkan bir otomobil kazası vardır. Yapılan bir otomobil yarışında pistten çıkan aracın seyirciler arasına dalarak pek çok kişinin ölümüne neden oluşu bu tür bir sigortanın eksikliğini gündeme getirmiştir. Çünkü yarış organizasyonunun çıkarlarını savunacak biçimde işleyen araç sorumluluk sigortası kazada ölen kurbanların haklarını korumakta yetersiz kalmıştır. Böyle kazalarda ölenlerin haklarının daha iyi savunulması için yeni bir birlik (Defense Automobile et Sportive) oluşturulmuştur. Kısaltılmış baş harfleriyle DAS, sonradan bu gün de tüm Avrupa'da hukuksal koruma sigortalarının yaygınlaştırılmasında marka olmayı sürdüren bir şirket olmuştur.

Hukuksal anlamda doğuş yeri Fransa'dır. DAS'ın Fransa'da 1917'de kabul gören girişiminden önce de bazı girişimlerde bulunulmuş ve prim karşılığında dava kaybedilirse para ödenmesi veya davanın sigorta şirketi tarafından yürütülmesi kabul edilmişse de, Yüksek Yargıtay tarafından bu şirketler sigorta şirketi olarak kabul edilmemiştir.

II. Dünya Savaşı'nın başlarında Hukuksal Koruma Sigortası bir tür sorumluluk sigortalarına karşı bir savunma aracı gibi ortaya çıkmış ve sorumluluk sigortaları ile birlikte paketlenildiğinden rakiple (birleştirilmiş sistem) ilişkilendirilmesi yüzünden gelişmesi kötü olmuş ve ek prim ödenme aracına dönüşmüştür.

1926 yılında DAS Almanya'da daha farklı gelişmiştir. DAS (Deutcher Automobil Schutz) tıpkı sağlık sigortaları ve hayat sigortaları gibi Hukuksal Koruma Sigortası'nda da "bölüm ayırımı" ilkesi (spartentrennung) temelinde gelişmiştir. İsviçre de bu ilkeyi benimsemiştir. Kısa zamanda tazminat hukuksal koruma ceza hukuksal koruma ile genişlemiştir.

Savaş öncesi trafik kazalarında uygulanan Hukuksal Koruma Sigortası, sonrasında genişleyerek Medeni ve Ceza Hukuku'nun diğer alanlarına yaygınlaşmıştır. Arkasından İş ve Sosyal Hukuk ve diğer yaşamımızın hemen hemen her alanını kapsamıştır.

6- Hukuksal Koruma Sigortası'nın Türkiye'ye Gelişinde Yaşanan Sorunlar

Türkiye'de Hukuksal Koruma Sigortası üzerinde çalışmalar ilk kez 15 Aralık 1990 tarihinde Anadolu Anonim Türk Sigorta Şirketi'nde bu konuda çalışmak üzere özel bir çalışma grubu oluşturularak başlamıştır.

(6) Ayrıntılı açıklamalar için bk. Kemal Şenocak, *Hukuki Himaye Sigortası*, Ankara, 1993, s 3 vs.

Ardından 08 Mayıs 1991 tarihinde bu sigorta şirketi, Alman Hukuku hukuksal koruma koşullarını neredeyse birebir iç hukuka uyarlayarak, kendi özel hukuksal koruma sigorta koşullarını hazırlamış ve incelenmek üzere Başbakanlık Hazine Dış Ticaret Müsteşarlığı'na ve Sigorta Murakabe Kurulu Başkanlığı'na göndermiştir.

Bu arada 23 Ocak 1992 tarihinde Hür Sigorta AŞ. hukuksal koruma sigortaları uygulamasını başlatmıştır.

Anadolu Sigorta 27 Ocak 1992 tarihinde Hür Sigorta'nın girişimini ilgili resmi kurumlara sormuş, Barolar bu yetersiz girişimin karşısında olmuşlardır.

Birbirini izleyen sorgulamalar karşısında Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri birliği kendi bünyesinde hukuksal koruma koşullarını oluşturmak üzere özel bir komisyon kurmuştur.

Birlik tarafından hazırlanan Hukuksal Koruma Sigortası genel koşulları 28 Temmuz 1992 tarihinde yeniden Müsteşarlığa gönderilmiş ve 14 Ocak 1993 tarihinde 7397 sayılı sigorta Murakabe Kanunu'nun 12. maddesinde değişiklik yapılarak hukuksal koruma dalı kurulması kabul edilmiştir.

16 Mart 1995 tarihinde sigorta şirketlerine sirkülerle gönderilen hukuksal koruma genel şartların çalışma ruhsatı ilk kez Anadolu Anonim Türk Sigorta Şirketi tarafından alınmıştır.

Başından sonuna kadar Anadolu Sigorta'nın hukuk müşaviri olarak içinde bulunduğum uygulamaların sorunlarına değinerek, Türkiye'de bir an önce bu sigortanın amacına uygun biçimde işlemesine katkı yapmak isterim. Bu nedenle önce sorunları saptayıp ardından bulunacak çözüm yolları için önerilerde bulunacağım.

Bu sigortalar, başka sigorta dallarında farklı olarak "*hukuksal hasarların*" hukuk yolu ile çözümüne yol açtığından, sigortalının avukata nasıl ulaşacağı en hassas noktadır. Nitekim uygulama deneyimlerinde üzerinde en fazla ve olumsuz biçimde tartışılan konu bu olmuştur.

7- 30 Ocak 1992 Tarihli İzmir Barosu Basın Toplantısı

İzmir Barosu "*Baronun hazırlayacağı bir hukuk sigortasını*" savunarak, özel hukuk sigortasına karşı çıkmaktadır.

a- Avukatlığın bir kamu hizmeti olduğunu, sigortacılığın ise ticari bir faaliyet olarak, TTK'nın 12. maddesinin 9. bendinde sigortacılığın ticari bir faaliyet sayıldığını, Avukatlık Yasası'na göre avukatlığın ticari iş olamayacağını,

b- Avukatlık Yasası'nın 48. maddesinin avukata çıkar karşılığında iş getirmeyi yasaklayıp cezai müeyyide getirdiğini, özel şirketin avukata iş

bulan aracı kuruluş olarak, Avukatlık Kanunu'nun 48. maddesine aykırılık taşıdığını,

c- TTK hükümleri dikkate alınarak yapılacak bir hukuk sigortasının; Avukatlık Yasası'nın tanıdığı avukatın kendisine önerilen işi reddetme hürriyetini ve sigortalı şahsın dilediği avukatı seçme özgürlüğünü engelleyeceğini açıklamışlardır.

d- Ayrıca Avukatlık Yasası'ndan kaynaklanan yasaklar nedeniyle Baroların üyelerine müsaade etmeyeceğini, tersi davranışlara yasal kuralların uygulanacağından sigorta şirketlerinin sigortalıları avukatla temsil borcunu yerine getiremeyeceğini, sosyal güvenlik anlayışı ile Baroların hukuk sigortası kurması için bu amaçla bir hukuk sigortası yasası çıkarılmasıyla sorunların çözüleceğine işaret etmişlerdir

8- 25 Şubat 1992 Tarihli İstanbul Barosu Basın Toplantısı

İstanbul Barosu ilke olarak Hukuksal Koruma Sigortası'na karşı olmadığını, ancak Hür Sigorta girişimi ile hukuk dışı bir macera yaşadığını ortaya koymaktadır.

a- 7397 sayılı SMK'nın 28. maddesine göre yeni bir branş kurulması için genel şartlar hazırlanmadan özel şartlarla uygulamanın başlatılmayacağı,⁷

b- poliçeye eklenen mali mesuliyet sigortası genel şartlarının bu özel şartlarla bağdaşamayacağına,⁸

c- insanların aldatıldığına, Hür Sigorta'nın Türkiye çapında kanunsuz olarak bir hukuk bürosu kurduğuna, ücreti önceden topladığına, bazı avukatlara iş bulduğuna, reklam yasağını ve mesleğin temel kurallarını çiğnediğine,

d- avukat seçme özgürlüğünün, hak aramanın temel şartı olduğuna, sigortalının avukatını seçme özgürlüğünün Avrupa Konseyi Direktiflerinde

(7) Başbakanlık sigorta murakabe kurulu Hür Sigorta'ya gönderdiği 21.01.1992 tarihli ,000199 sayılı yazısında şu açıklamalara yer vermektedir: '...Sigorta poliçesinde tasdikli genel Şartlardan başka TTK'nın amir hükümlerine aykırı olmamak üzere kararlaştırılan özel şartlar da bulunabilir. Böyle bir halde özel şart genel şarttan önce gelir... İlk önce teminat altına alacağı rizikolara uygun tasdikli bir genel şart belirlemesi gerekmektedir....tasdikli hukuksal koruma genel şartları oluşuncaya dek geçecek süre içerisinde ,hukuksal koruma ile ilgili özel şartların üçüncü kişilere karşı mali mesuliyet sigortası genel şartlarına eklenerek poliçe kesmeniz hususu müsaade edilebilir bulunmuştur'.

(8) Başbakanlık Hazine Dış Ticaret Müsteşarlığı Banka ve Kambiyo Genel müdürlüğü 52138 sayılı yazısında hazırlanan özel şartlara aynı genel şartların eklenmesi ile uygulamaya geçilebileceğini ancak 1987 tarihli Konsey Direktifini yazısına koyarak

'Sigortacının teminat altına aldığı bir olaydan veya direktif ekindeki bir sigorta branşından doğan menfaat itilaflarının giderilmesini ve varsa doğan uyumsuzluğun en kısa zamanda çözümlenmesinin sağlanmasını teminen 73/239/C.E.E. sayılı direktifin ekinde söz konusu hukuki himaye sigortasını ilgilendiren, kanunlar, yönetmelikler ve idari kararlardaki hükümlerin koordinasyonunu sağlamaya' dikkat çekmiştir.

yer aldığını, Hür Sigorta'nın ise sigortalının sigortacının göstereceği avukata bütün yetkileri verme zorunluluğunun bulunduğunu,

e- Yasaları dolandıği ve üyelerinin bu sigorta şirketi ile ilişki kurması durumunda 1136 Sayılı Yasa'nın 48 ve 55. maddeleri çerçevesinde meslek kurallarının 8. maddesi çerçevesinde soruşturma açılacağını açıklamıştır.

9- Barolar Birliği'nin İstemi Üzerine Hür Sigorta Girişimi Durdurulmuş ve Yeni Genel Şartlar Kabul Edilmiştir.

Hür Sigorta'nın Hukuksal Koruma Sigortası genel şartları hazırlanmadan, kendi özel şartlarıyla yaptığı girişim sonuçsuz kalmıştır. Bu sırada Sigorta Şirketleri Birliği'nce, Anadolu Sigorta Şirketi'nin genel koşulları üzerinde bazı değişikliklerle ortaya çıkan son metin, T.C. Başbakanlık Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı'na sunulmuş ve bu kez tedbirli davranılarak, aynı şartlar doğrudan Barolar Birliği'ne gönderilerek görüş istenmiştir.

Barolar Birliği 16 Şubat 1993 tarihinde verdiği yanıtta yeni şartların farklı olduğuna bu farklılığın "sigorta" adı altında bazı avukatlara veya avukat gruplarına bir tür komisyon karşılığında iş sağlamaya yönelik bir tür yasadışı bir örgütlenme projesi yerine dar kapsamlı bir Hukuksal Koruma Sigortası öngörmesi nedeniyle, uygun görmüştür.

Bazı maddelerde değişiklik istemlerini de sıralamıştır:

a- Sigorta kapsamını belirleyen (A-1) maddesi "*danışmanlık hizmetlerini ve bedellerini üstlenir*" sözleriyle bitmektedir.

Hukuksal korumayı amaçlayan bir sigorta poliçesinde üstlenilecek "*danışmanlık hizmetlerinin*", "*hukuksal danışmanlık hizmetleri*"den başka bir anlamı olduğu düşünülemediğinden, sigortacının danışmanlık hizmetlerini üstlenmesi 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın bu tür işlerin yalnız Baroda yazılı avukatlara ait olduğunu belirleyen 35. maddesine aykırıdır. Bu nedenle maddede yer alan "*danışmanlık hizmetlerini ve bedellerini üstlenir*" sözleri "*danışmanlık hizmetlerinin bedellerini üstlenir*" şeklinde düzeltilmesi,

b- Genel şartların "*avukatın seçimi*" bölümünde yer alan "*sigortalı, avukatını kendi seçer*" cümlesinden sonra "*sigortacı, sigortalıya avukat seçimi konusunda herhangi bir öneride tavsiyede bulunamaz*" cümlesinin eklenmesinde yarar görüldüğü,

c- Poliçenin "*temlik ve giderlerin ödenmesi*" başlığı altında "*sigortalının açacağı ve aleyhine açılan dava sonucu davanın kısmen veya tamamen kabulü ve reddi halinde yararına hükmedilecek mahkeme giderlerinden, vekalet sözleşmesince avukata ait olacağı kararlaştırılan vekalet ücreti hariç olmak üzere, karşı taraftan tahsil edilerek sigortacıya ödenir*" denmektedir.

Avukatlık Yasası'nın 164. maddesinde bu durum düzenlendiğinden, vekalet sözleşmesinde böyle bir kayda gerek olmadığından, maddenin “Yasaya göre aksi yazılı olarak kararlaştırılmadıkça” biçimindeki ifadenin yeterli olacağı açıklanmıştır.

Barolar Birliği'nin (a) şıkkı dışındaki isteklere uyulmuştur.

A-1 maddesinde sigorta şirketinde sürekli çalışan avukatlar aracılığı ile sigortacının “sulh yetkisi” ve masraf ödeme dışında “diğer edimleri” ifadesi saklı tutulmuştur.

10- Hukuksal Koruma Sigortası'nın Adlandırılması:

Bu sigortanın Hukuksal Koruma Sigortası olarak adlandırılması, bir süreç içinde olmuştur. Başlangıçta ve bugün pek çok ülkede “Mahkeme Masrafları Sigortası” (Prozesskostenversicherung), “Yasal Masraf Sigortası” (legal expenses insurance), “Yasal Ücret ve Masraf Sigortası” (legal cost and expenses insurance), “Yasal Yardım Sigortası” (legal aid insurance, legal Benefits insurance) olarak bilinmektedir. Bu tür adlandırmalara karşın “Hukuksal Koruma Sigortası” soyut bir açıklama olsa da, amacına uygundur. Çünkü sigortacının edimi çok kez para ile karşılanıyorsa da, sigortanın asıl işlevi, masraf ödeme veya başka yan korumalarla sigortalısının “hak arama özgürlüğünü” garantilemektir.

11- Hukuksal Koruma Poliçesi Genel Koşulları⁹

Türk hukuksal koruması genel koşulları kendi içinde iç bölümlenmesi olan üç ayrı ana bölümden oluşmaktadır:

A- Sigorta Koruması / B- Riziko ve Tazminat / C- Çeşitli Hükümler

Sigortanın konusu 1. maddesinde açıklanmaktadır:

“Bu sözleşme ile sigortacı, sigortalının uyuşmazlıkların sulh yolu ile hallinde ve muhakeme usullerindeki davacı, davalı, müdahil, zanlı, sanık, alacaklı veya borçlu gibi sıfatlarından birine veya hepsine bağlı olarak hukuksal çıkarlarının korunması için poliçede belirlenen giderleri ve diğer edimleri yüklenir”

Ülkemizde Hukuksal Koruma Sigortası pek çok sigorta şirketinde uygulanmaktadır. Daha çok trafik kazalarından doğan uyuşmazlıklarda kullanılmaktadır. Konusu, hak arama ve hakkını savunma amacıyla ortaya çıkan hukuksal masrafların ödenmesidir. Avukatlar arasında konunun pek bilinmemesi ve sigorta şirketleri tarafından teminatların çok düşük tutulması ve hak aramanın yeterince desteklenmemesi, istenen sonuçları vermemektedir.

(9) Yürürlükteki Genel şartlar 01.01.1996 tarihlidir.

Sigortacının Hukuksal Koruma edimleri, yalnızca masraf ödeme ile ilgili olabileceği gibi, hem masraf ödeme, hem de hukuksal yardımın doğrudan sağlanması şeklinde gerçekleşebilir. Sigorta Hukuku, sigorta genel koşullarının birinci maddesinde belirtilen "*diğer edimlere*" yabancı değildir. TTK'nın 1263. maddesinin birinci maddesinde sigortacının edimi (bir rizikonun ortaya çıkması durumunda); "... *tazminat vermeyi ... belli bir para ödemeyi veya sair edalarda bulunması üzerine alır.*" şeklinde anlatımı, sigortacının ediminin kapsamını genişletmektedir. Sigortacının, Sigorta Sözleşmesi ile üstlendiği edim gerçekte "*Sigorta Koruması*"dır.¹⁰ Sigortacının ediminin para olması, bu ödeme ile asıl hakkın korunduğu gerçeğine ters düşmez. Bir sigorta sözleşmesinde tehlikenin ortaya çıkması durumunda sigortacının edimini parasal olarak yerine getirmesi, sözleşmenin vazgeçilmez bir ögesi değildir.¹¹ Türk Sigorta Hukuku "*aynen edime*" yabancı değildir.¹² Avusturya Hukuksal Koruma Sigortası'nda "*aynen edim*" doğrudan geçerlidir. Sigorta şirketlerinin bu sigorta ile, dilekçe vermek, hukuksal bir işlemi yapmak veya avukat bulmakta yardımcı olmak gibi edimler yüklendiği görülmektedir.¹³ Türk Hukuksal Koruma Sigortası genel koşullarında, sigortacının parasal edimi ana kuraldır. Ancak "*sigortalısına*" bilgi-hetim özenini göstermesi, eksper ataması, kendi avukatı aracılığı ile sulh sözleşmesi ile uyuşmazlığın çözümüne emek harcaması edimin aynen yerine getirilmesi gibi değerlendirilebilecek hukuksal korumaya dönük edimlerdir.

12- Hukuksal Koruma Sigortası'nın Sigorta Hukukunda Yeri:

Hukuksal Koruma Sigortası:

a- Geniş anlamda borç ilişkisi yaratan bir sigorta sözleşmesidir.

b- Hukuksal Koruma Sigortası da bir zarar sigortasıdır. Zarar sigortaları öğretilde, malvarlığına olumlu veya olumsuz etkileriyle tanımlanmaktadır. Bu anlamda, malvarlığında var olan olmayan artışların veya doğacak zararların sigortası Mal-Varlığı Sigortası'dır. Hukuksal Koruma Sigortası da, mal varlığına zorunlu masraflar nedeniyle gelecek zarar olasılıkları sigortalığından "*olumsuz zarar*" sigortası niteliğindedir.

c- Hukuksal Koruma Sigortası çekişme sonucu sigorta ettirenin malvarlığının olumsuz yönde etkileyen masraflar dolayısıyla verilen bir

(10) Bk. Rayegan Kender, *T Hususi Sigorta Hukuku*, İst. 1985, s 97

(11) Bk. Walter Harbauer, *Rechtsschutzversicherung, ARB Kommentar 4. neubearbeitete, Auflage Verlag C.H. Beck, München, 1990, E. no: 5, s:30*

(12) Gerek zorunlu trafik sigortalarında, gerekse ihtiyari sorumluluk sigortalarında; " üçüncü kişinin zarar istemi karşısında, sigorta ettirenin yerine sorumluluk durumunu incelemeye, istemde bulunan haklıya ödemeye, haklı değilse, onu savunmaya " ilişik ödevi böyle bir yan edimdir. Hukuksal Koruma Sigortacısının edimi ile bu yan edimi karıştırmamak gerekir. Çünkü Hukuksal Koruma Sigortasında sigortalı ile sigortacının çıkarı birleşmez.

güvence olduğundan edilgen (pasif) zarar sigortası niteliğindedir. Bir zarar sigortasında, mal varlığında var olan bir karşılığın yok olması sonucu zarar doğmuşsa, aktif (etken) bir sigortadan, beklenmeyen zarar olmuşsa pasif (edilgen) sigortadan söz edilir. Etken sigortada sigorta çıkarı var olan değer belirlenmesiyle bulunur. Edilgen (pasif) zarar sigortalarında bu anlamda bir sigorta çıkarı yoktur. Sigorta değeri götürü biçimde hesaplanmıştır. Hukuksal Koruma Sigortası'nda sigorta ettirenin soyut çıkarı bir sigorta olayı dolayısıyla ortaya çıkan uyuşmazlığın neden olduğu masraflardan kurtarılacak olanı, somut sigorta çıkarı ise, o sigorta olayı nedeniyle harcanan masraf tutarının ödenmesidir. Sigorta olayı olarak benimsenen uyuşmazlığın, kaç kez baş göstereceği ve kaçta çıkacağı bilinmediğinden sigorta bedelinin, götürü olarak hesaplanması zorunluluğu vardır. Poliçede sigorta bedeli olarak yazılı üst sınır, hesaplanan sigorta priminin hasar sıklığı üzerinden bulunmuş, teknik fiyatıdır.

d- Konusu belirsizdir. Sorumluluk Sigortası ve bazı mal sigortalarında olduğu gibi poliçe süresi içinde ortaya çıkacak bir sigorta olayı ile konusu belirlenir.

e- Bir tazminat sözleşmesidir. Sigortalının haksız olarak zenginleşmesi hukuksal açıdan engellenmelidir. Çifte sigorta olasılığı düşünülmelidir.

f- Hukuksal Koruma Sigortası bir sorumluluk sigortası da değildir. Sigortacının edimi sigortalının ilerde doğacak sorumluluk borcunu yüklenmek değildir.

Sonuç olarak Hukuksal Koruma Sigortası mal sigortası olmadığı gibi sorumluluk sigortası da değildir. Zarar sigortaları içinde yer alan ve sigorta ettirenin sigorta sözleşmesi süresi içinde doğan zorunlu masraflarının tazmin talepleri taşıyan “*sui generis*” bir sigorta türüdür.

13- Hukuksal Koruma Sigortasında “Risk”

Hukuksal Koruma Sigortaları Genel Koşullarının B.1. maddesinde, “*rizikonun gerçekleşmesi*” düzenlenmektedir:

B.1- Rizikonun Gerçekleşmesi

Hukuksal Koruma Sigortası'nın uygulanması açısından riziko;

- Sigortalının ileri süreceği tazminat istemlerinde, tazminat talebine konu teşkil eden zararın gerçekleştiği anda,
- Sigortalının ceza, disiplin veya meslek kurallarına aykırılıkla suçlandığı hallerde, sigortalının söz konusu hükümlere aykırı davrandığı ya da davranmaya başladığı varsayılan anda,
- Bunun dışında kalan tüm hallerde ise sigortalının ya da uyuşmazlıkla ilgili diğer kişi veya kişilerin, objektif ve subjektif yükümlülüklerini ihlal

ettiği, ihlal etmiş sayıldığı yahut ihlal ettiği varsayılan anda, gerçekleşmiş sayılır.

Sigortacının temel edim yükümünün yerine getirilmesine yol açan sözleşme konusu riskin gerçekleşmesidir. Hukuksal koruma sigortalarının konusu genel anlamda, sigortacının prim karşılığında üstlendiği risk "uyuşmazlık"tır. Sigorta olayı sayılan "uyuşmazlığın" ne olduğu konusunda, öğretide görüş birliği yoktur. Hukuksal Koruma Sigortası Genel Koşullarında uyuşmazlık kavramı açıklanmamıştır.

Fransız sigorta poliçelerinde uyuşmazlık, ya "gelecekte bir çekişmeye neden olabilecek bütün olaylar" yolunda geniş bir içerikle, ya da "sigortalıyı hakkını istemeye, kendisine yöneltilen böyle bir istem veya suçlama varsa, savunmaya iten çekişmeli bir durum" olarak tanımlanmaktadır.

Hukuksal koruma sigortalarında riskin, sigorta olayının ne olduğunun belirlenmesi en önemli sorundur. Yaşam deneyleri uyuşmazlığın birden bire ortaya çıkabileceği gibi uzun bir süreç içinde gelişebileceği de öngörülür. Bu durum sigorta olayı zamanının saptanmasını zorlaştırmaktadır. Hukuksal Koruma Sigortalarında bu güçlükleri dikkate alarak, sigorta korumasına yol açan, sigortalanan risk tanımının zamanlama ve içerik yönünden sınırlanması zorunluluğunu doğurmaktadır.¹⁴ Çünkü risk sigorta süresi içinde gerçekleşmelidir.

Riskin gerçekleştiği anın bilinmesi bazı sigorta türlerinde çok kolaydır. Örneğin bir mal sigortasında yangının çıktığı tarih görünen bir olaydır. Belli bir tarihte hayatta olma şeklinde kararlaştırılan sigorta türlerinde de böyledir.

Sorumluluk sigortalarında sigorta olayının tarihini belirlemek daha zordur.¹⁵ Öncelikle sorumluluk sigortalarında riziko nedir? Riziko, sigorta süresinde bir zararın gerçekleşmesi mi yoksa bu zarar nedeni ile sigortalının sorumluluğuna yol açacak bir istemin yapılması mı, riziko sayılacaktır? Bu nokta uygulamada genel sorumluluk sigortalarında poliçe süresi içinde sorumluluğu gerektirecek "bir olayın" gerçekleşmesine bağlı işlemektir.¹⁶

Ancak sorumluluk sigortalarının özel türlerinden mesleki sorumluluk sigortaları, istemi esas almıştır. Sonraları, özellikle ilaç üreticilerinin Contergan adı ile bilinen ilacın ana karnındaki bebeklere yaptığı zararların, ilacın satışına bağlı olarak, zararlarının çok sonra ortaya çıkması ve pek

(13) Bu Sigortalara Hukuksal Koruma Sigortaları değil, Zarar izleme Sigortalara denmektedir ; Ayiter K., Hukuksal Koruma Sigortası, Trafik Sigortası, V. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 1973 Ankara, 2:575.

(14) Erwin Deutsch, Versicherungsvertragsrecht, 2. Auflage, Karlsruhe, 1988, s 225

(15) Bk. Kender, R., Mesuliyet Sigortasının Mahiyeti ve Türleri, Mesuliyet Sigortaları, Ankara, 1977, s 3-32.

(16) Deutsch, s:217

büyük sorumluluk bedellerine yol açması, yasal düzenlemelerin değişimine yol açmıştır. Örneğin işletme ve ürün sorumluluğu sigortasında, sorumluluk riskinin gerçekleşmesi, sigorta süresi içinde hem zararlandırıcı olayın, hem de buna yönelik istemin yer alması çifte koşuluna bağlanmaktadır.

Hukuksal Koruma Sigortası'nda, riskin ortaya çıktığı sigorta olayı tarihini saptamak daha da zordur. Hukuksal uyumsuzluk çoğu kez birden bire değil, bir süreç içinde baş gösterir ve gerçek başlangıç tarihi tam belli olmaz. Sigorta olayının belirlenmesi konusunda sigorta hukukunda iki ayrı kuramdan söz edilir. Birincisi "*aykırılık (ihlal) kuramı*", ikincisi "*zararlandırıcı olay kuramı*"dır. Aykırılık kuramı çerçevesinde, sigorta olayı, hukuksal uyumsuzluğun kökenine inen ilk aykırı olay olarak ele alınır. Bu tarih sigorta süresi içinde değilse, sigorta koruması da yoktur. "*Zararlandırıcı olay*" kuramında ise zarara yol açan görünür bir uyumsuzluğun, poliçe süresinde gerçekleşmesi aranır. Hukuksal Koruma Sigortaları Genel Koşullarının B.1 maddesinin 1 ve 2. fıkralarında "*zararlandırıcı olay*" sigorta olayı sayılırken 3. fıkrasında "*aykırılık*" yorumu yapılabilir.

14- Hukuksal Koruma Sigortası'nın Türleri

Hukuksal Koruma Sigortası, sigorta ettirenin veya birlikte sigortalı olanların tüm hukuksal uyumsuzluklarının sigortalandığı "*genel bir sigorta*" değildir.¹⁷ Bir başka deyişle "*tüm risk sigortası*" değildir. Risk özelleştirilmiştir. Sigorta süresi içinde gerçekleşen ve uyumsuzluk doğuran bir olayın sigorta kapsamında olup olmadığı Hukuksal Koruma Sigortası Genel Koşulları açısından üç yönlü incelenir.

- a) Belirlenmiş sıfat,
- b) Belirlenmiş hukuksal alan,
- c) Belirlenmiş sigorta koruması edim türü incelenerek bir sonuca bağlanır.¹⁸

Türk Hukuksal Koruma Sigortası genel koşulları; motorlu araca bağlı hukuksal koruma, sürücü hukuksal koruma, taşınmaz mala bağlı hukuksal koruma ve kişi-aile hukuksal koruma türlerini kapsar.

15- Hukuksal Koruma Sigortası'nda "Hasar" Yönetimi Organizasyonu Bağımsız Olmalıdır.

Hukuksal Koruma Sigortası AB Hukuku'nda 22 Haziran 1987 tarihli ve 8773447EEC sayılı Konsey direktifinde "*hasar*" konusuna özen sorumluluğunu dayatmaktadır.¹⁹

(17) Harbauer, m:Vor 21, n:1, s:442

(18) Harbauer, m:Vor1,n:46,s:43.

(19) Mali Hizmetler ve Sermaye Hareketleri ,Türk ve AT Mevzuatının Karşılaştırılması,İst,1989,s135

Direktifte; Hukuksal Koruma Sigortası'nda hasar, teknik sözcükle sigorta olayı gerçekleştiğinde, sigortalı ve sigorta şirketi arasında ve aynı şirketin iki ayrı sigortalısı arasında gerçekleşen menfaat çatışmalarını önlemek amacıyla kurulacak zorunlu alternatif seçenekler geliştirilmiştir.

Öngörülen önlemlerin temelinde hasarın *"bağımsız bir organizasyon"* aracılığı ile yapılandırılması vardır. Üçlü ayırmadan söz edilmektedir:

a) Birincisi, hukuksal koruma dalında çalışan şirket hasar yönetimini veya bu alanda hukuksal danışmanlıkla görevli personelin aynı anda benzeri bir faaliyetle uğraşmayacağını garanti etmesidir.

Özetle, sigortalının hukuksal koruma poliçesinde işlem gören personelin, şirketin çıkarlarını gözetmeyecek konumda olmasıdır.

b) İkinci seçenek; hukuksal koruma dalındaki hasar yönetiminin, poliçede adı yazılı olan ayrı tüzel kişiliği olan bir başka şirkete bırakılmasıdır.

Bu durumda hasardan sorumlu olan şirketin adı hukuksal koruma sigorta poliçesinde belirtilmelidir.

c) Üçüncü olanak sigortalıya kendi seçeceği bir avukatla kendi menfaatlerini temsil ettirme hakkının verilmesidir.

Sigorta poliçesine giren bir hasar gerçekleştiğinde Türk Hukuksal Koruma Sigortası'nın genel koşullarının B.4 ve B.5 maddelerinde sigortalıya yapılacak hukuksal yardım düzenlenmiştir:

B.5 maddesinde yargılama dışı işlerde, sigortacının yardım edebileceğinden, söz etmektedir. Genel şartların 1. maddesinde de *"sulh"* işlemi sigortacının görevleri arasında sayılmıştır. Sigortacının hasar olduğunda kendi bünyesindeki avukatlar aracılığı ile sigortalının hasar işlemlerine katkısının derecesi önem kazanmaktadır. Çünkü Avukatlık Yasası'nın 35. maddesi *"yalnız avukatların yapabileceği işleri"* düzenlemiştir:

"Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme... hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu ilere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız Baroda yazılı avukatlara aittir".

O halde B.5 maddesine göre *"yargılama dışı işlerde"* sigortacının yardımının hukuksal niteliği önem kazanmaktadır.

16- Sigorta Şirketinde Çalışan Avukatların Durumu

1987 tarihli Konsey Direktifi'nin hasar işlemlerini yapmak için önerdiği birinci maddedeki çözüm, Türk hukuksal koruma koşullarına uygun düşmektedir. Çünkü yukarıda anılan B.5 maddesi; yargılama dışı işlerde sigorta şirketine sigortalısına yardım etme borcu yüklemiştir. Hukuksal Koruma Sigortası yapan sigorta şirketlerinde hasarın nasıl yönetildiği önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Direktif bu seçenekte;

hasar sonucunda verilecek hukuksal danışmanın, salt şirketin hukuksal koruma hasar bölümünde çalışan avukatlarla verilmesi koşuluna bağlamıştır. Türk Hukuksal Koruma Sigortası genel koşulları sigortacıya bu konuda hak ve ödevi bir arada tanımıştır.

Bu durum Avukatlık Yasası'nın 35. maddesindeki avukatlık tekeline aykırı değildir. Yeter ki, o avukat sigorta şirketinin doğrudan menfaatlerine danışma veren ya da onu mahkeme ve benzeri yerlerde temsil eden avukat konumunda olmasın. Şu anda Türkiye'de sigorta şirketinin yalnızca sigortalının menfaatini gözeten, bağımsız bir hasar bölümünde bu amaçla istihdam edilen avukatlarla öngörmesi gerekir. Demek ki, Hukuksal Koruma Sigortası alanında çalışan sigorta şirketi bir tür şirketi üçüncü kişilere karşı savunma görevi olan, ayrıca hukuksal koruma hasarlarına bakan iki ayrı hukuk müşavirliğini bünyesinde bulunduracaktır.

Hukuksal Koruma Sigortaları ile avukatlık mesleği arasında ortak bir bağ vardır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 727 sayılı 2000/21 sayılı tavsiye kararında avukatlığın ana işlevi insan hak ve özgürlüklerinin savunulmasıyla hukuk devletinin kurulması olarak belirlenmiştir. Hukuksal Koruma Sigortası da aynı amacı taşır. Ayrıca sigortada çalışan avukatların danışma yolu ile, daha çabuk uyuşmazlığın çözülmesine katkısı uzun çatışmaları önleyerek toplumsal barışı çoğaltır.

Önemli olan, avukatların çalışma biçimleri ile bağımsızlığının birbirine karıştırılmamasıdır.

Avukatlık Yasası'nın 12. maddesinde, avukatlıkla bağdaşan işlere arasında özellikle "c" fıkrasında "ücret karşılığı" yapılan işlere yer verilmiştir. Maddeye göre;

"Özel hukuk tüzel kişilerinin hukuk müşavirliği ve sürekli avukatlığı ile bir avukat yazıhanesinde ücret karşılığı avukatlık" avukatlıkla bağdaşabilir.

Hukuk müşavirinin bağımsızlığı tartışma konusu yapılmaktadır. İşvereni ile yaptığı sözleşmede aylık ödemeye bağlanması avukat kimliğini etkileyebilir mi? İşvereni ile avukat arasında bir serbest vekalet sözleşmesi varsa, yapılan iş ve verilen mesai bakımından ödeme yapılacaktır. Tarafların birbirinden serbestisi asıldır.

Şirket hukuk müşaviri ile maaş ödeme biçiminde yaptığı sözleşme ise bir iş sözleşmesidir. Avukat zaman açısından işverenine bağlı olarak çalışsa da, işvereni adına hukuksal görüş verirken ve mahkeme ve benzeri kurumlarda onu temsil ederken işverenine değil, hukuka bağlıdır? Bu avukatlar Baroya kayıtlıdır. Yani iş ilişkisi dışında avukat kimlikleri sürmektedir. İşverenin hukuka aykırı talimatlarına bağlı olamaz. Kamu

avukatlarının temyiz kararını işverenlerine bağlı olarak alması bu bağımsız kimliği zedelemektedir.

Aylık ödemeli hukuk müşaviri “çifte görev” yüklenmiştir. Birinci görevi avukatlık ikinci görevi ise ücretli memur sıfatıyladır. Bu iki görev avukatlık yasası kapsamında birbirine ters düşmemelidir. Yasaya göre avukatın yargının bir organı tüm hukuksal işlerde de bağımsız danışman ve temsilci olması, çalışma biçimiyle değişmemelidir. Dolayısıyla şirket hukuk müşavirliğinde, avukatlık kimliği hukuksal ve eylemsel aşamada sürdürülmelidir.

Hukuk müşavirleri ile şirkette çalışan “sürekli avukatlar” arasında “bağımsız avukat kimliği” bakımından fark yoktur.

Hukuksal koruma hasar yönetiminde sürekli çalışmak üzere istihdam edilen avukatlar da aynen diğerleri gibi, avukatlık kimliği açısından farklı konumda değillerdir. Tek farkları işlerinin özelliği gereği, kendi iş verenlerini yargılamada temsil edemez konumda istihdam edilmeleridir. Yalnız hukuksal koruma sigortalıları için hasarla ilgili konularda hukuksal görüş bildirme görevleri vardır. Yalnızca diğerlerinden faaliyet alanları ayrılmıştır. Avukatlık kimlikleri bu alanla sınırlanmıştır.

Avukatlık Yasası kuralları Hukuksal Koruma Sigortalarının önünde engel değildir. Avukatlık Yasasının 48. maddesi, 55. maddesi Hür Sigorta'nın yanlış deneyimi yüzünden doğru yorumlanamamıştır. Sigorta şirketi avukata iş bulmada aracı kurum niteliğinde değildir. Çünkü sigorta şirketinde hukuksal koruma dalında çalışan avukatlar, şirketin kendi elemanıdır ve salt bu iş için görevlendirilmişlerdir. Şirketin doğrudan menfaatlerini temsil eden avukatlar değildir. Sigortalının menfaatlerini savunurlar. Ayrıca sigorta şirketlerinin hukuk müşavirliğinde çalışan tüm avukatlar, yalnızca iş saatleri, geliş gidişleri yönü ile şirkete bağlı olup, sigortalının şirket içi işlerini üstlendiğinde, mesleki bağımsızlığı savunmak zorundadırlar.

17- Sigortalının Avukat Seçme Hakkı

Sigorta şirketinin hukuksal koruma sigortalısının menfaatleri için çalıştırdığı avukatlar tüm zamanlarını şirkette harcamak zorunda olduğundan, sigortalıyı yargılama dışı işlemlerde, örneğin mahkemelerde temsil edemezler.

Hukuksal Koruma Sigortası koşullarının B.4 maddesinin başlığı “Avukatın Seçimi”dir.

Buna göre;

“Sigortalı avukatını kendisi seçer. Sigortacı, sigortalıya avukatın seçimi konusunda herhangi bir öneride bulunamaz”.

Sigortalının menfaati yargı önünde savunulacaksa, sigortalıya “*avukat seçme hakkının tanınması*” genel koşullarda belirtilen bir zorunluluktur. Sigortanın genel amacı dikkate alındığında bu madde eksik bırakılmıştır. Örneğin sigortalı avukat seçme hakkını reddederse ne olacaktır? Sigorta şirketi, sigorta sözleşmesi ile ödeyeceği avukatlık ücreti ve yargılama giderleri nedeniyle asıl sigortalısının “*hukuksal korunmasını*” üstlenmekten kaçınmaz. Bu görev sigortalının avukat istemese bile, sigortacının ona avukat bulmak zorunda olması sonucunu doğurur

Bir başka nokta avukatın nasıl seçileceği sorunudur. Bu sigorta türünün yürürlük aşamasında konu, yasaklar bağlamında çok tartışılmıştır. Kanımca bu aşamada Baroların devreye girmesi önemlidir. Sigorta şirketlerine avukat bulma hakkı verilmeyecekse, Baroların kendi bünyesi içinde yapılandırılan tıpkı CMUK avukatları gibi, hukuksal koruma avukatlarına (HKA) yer vermesi gerekir. HKA avukat ücretleri devletin ianesine bırakılmadan ödenecek olması, avukatlara da iş bulma kolaylığı sağlayacaktır. Türkiye’de Hukuksal Koruma Sigortası amacına uygun gelişmemiştir. Baroların kamusal görevlerine uygun düşecek biçimde özel sigorta şirketleri ile bir işbirliğine gidilememiş, hukuk toplumu oluşturma önemli bir kaynağı kullanılamamıştır. Ülkemizin yaşadığı hukuksal kaos gündeminde tozlu raflardan yapılan çalışmaları indirerek, tüm toplumun yararlanacağı yapılanmalar kurmak Baroların birincil görevidir. Üstelik yargının anayasal düzeninin hakim ve savcılarla oluşturulduğu bir gündemde avukatların demokrasiye katkısının vazgeçilmezliği unutulmuştur. Halkın hak arama özgürlüğü, avukatların toplumsal gücü ile eş değerlidir.