

SİGORTA HUKUKU DERGİSİ

Yıl : 1998

Sayı : 1

A - İKİNCİ SİGORTA HUKUKU VE
YARGITAY KARARLARI
SEMPOZYUMU

B - KARAYOLLARI TRAFİK
KANUNU'NDA YAPILAN
DEĞİŞİKLİKLERİN
SİGORTA HUKUKU BAKIMINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ
PANELİ

C - ÜÇÜNCÜ SİGORTA HUKUKU VE
YARGITAY KARARLARI
SEMPOZYUMU

D - MAKALELER

SHTD

SİGORTA HUKUKU TÜRK DERNEĞİ

SİGORTA HUKUKU DERGİSİ

Yıl : 1998

Sayı : 1

- A - İKİNCİ SİGORTA HUKUKU VE
YARGITAY KARARLARI
SEMPOZYUMU
- B - KARAYOLLARI TRAFİK
KANUNU'NDA YAPILAN
DEĞİŞİKLİKLERİN SİGORTA
HUKUKU BAKIMINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ PANELİ
- C - ÜÇÜNCÜ SİGORTA HUKUKU VE
YARGITAY KARARLARI
SEMPOZYUMU
- D - MAKALELER

SİGORTA HUKUKU TÜRK DERNEĞİ

SİGORTA HUKUKU DERGİSİ

Yıl : 1998 Sayı : 1

Sigorta Hukuku Türk Derneği
adına Sahibi :

Prof. Dr. Rayegân KENDER

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü :

Fadıl GÜVENÇ

Yayın Kurulu :

Prof. Dr. Merih Kemal OMAĞ (Başkan)

Doç. Dr. Samim ÜNAN

Av. Muazzez KABAKLARLI

SHTD

SİGORTA HUKUKU TÜRK DERNEĞİ
YAYIN ORGANI

İÇİNDEKİLER

A - İkinci Sigorta Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu

- **Prof. Dr. Rayegân KENDER**
Açılış Konuşması 7
- **Prof. Dr. Kenan TUNÇOMAĞ**
Borçlu Temerrüdünde Temerrüt Faizini
Aşan Zarar ve Tazmini 8
- Tartışmalar 23
- **Prof. Dr. Rayegân KENDER**
Sigorta Sözleşmesinin Süresine
İlişkin Bazı Sorunlar 40
- Tartışmalar 49
- **Doç. Dr. Samim ÜNAN**
CMR Sigortasında Zarar Gören Üçüncü
Kişinin Konumu ile İlgili İki Yargıtay
Kararının Değerlendirilmesi 61
- Tartışmalar 73

B - Karayolları Trafik Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Sigorta Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi Paneli

- **Doç. Dr. Samim ÜNAN**
Karayolları Trafik Kanunu'nun Sekizinci
Kısımının "İşleten ve Araç İşleticisinin Bağlı
Bulunduğu Teşebbüs Sahibinin Hukuki
Sorumluluğu" Başlıklı Birinci Bölümü ile
"Sigorta" Başlıklı İkinci Bölümünde
Yapılan Değişikliklere Dair 81
- **Av. Nüket Tüzün**
Karayolları Trafik Kanunu'nda Yapılan
Değişikliklerden Sadece Sigorta Şirketlerini
İlgilendiren Bölümler Üzerine 89

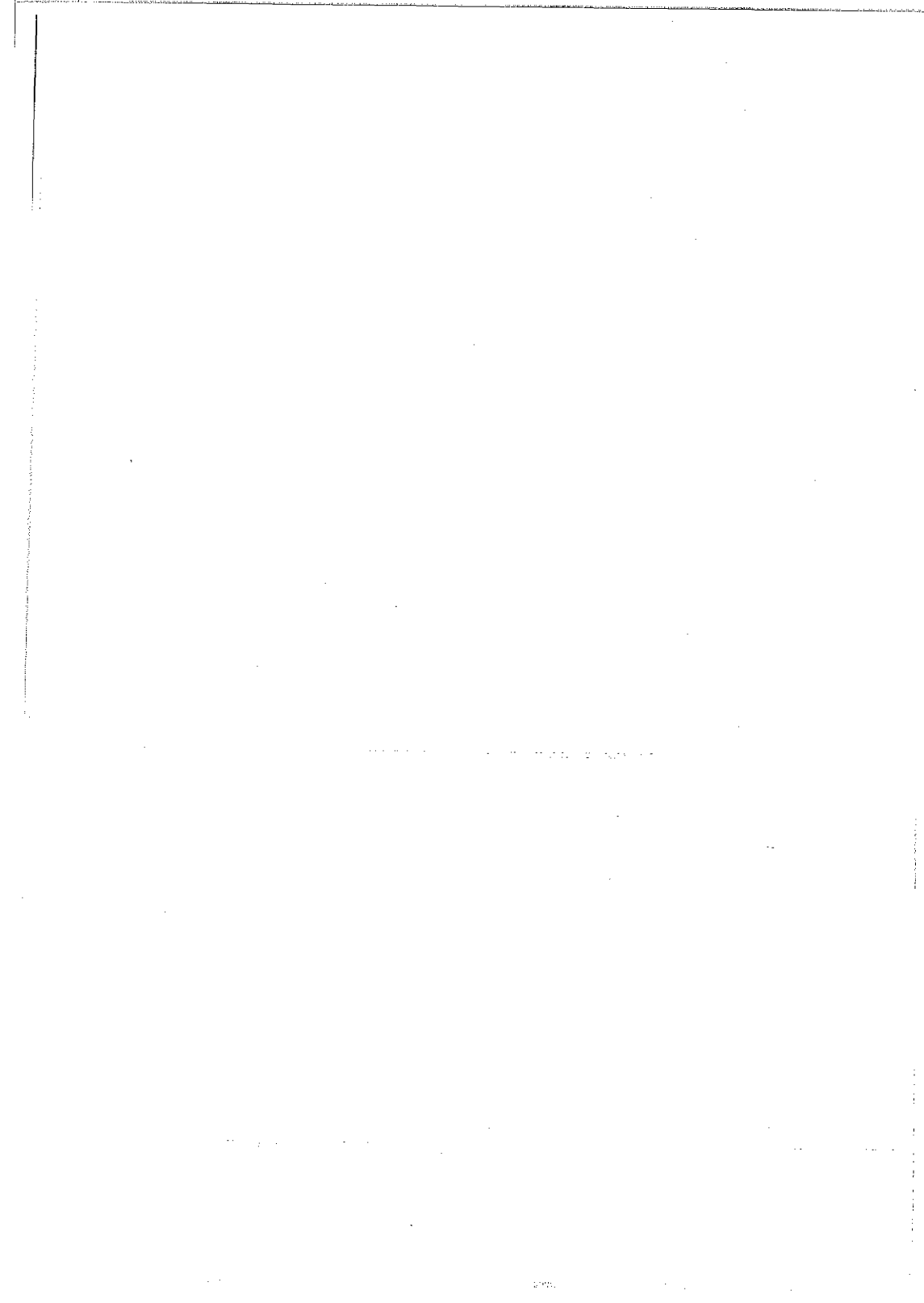
C - Üçüncü Sigorta Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu

- **Doç. Dr. Samim ÜNAN**
Kara Sigortalarında Sigorta Ettirenin
Görevleriyle İlgili Bazı Sorunlar 97
- **Prof. Dr. Rayegân KENDER**
Sigorta Acentelerinin Hakları 114
- **Av. Bülent KESKİN**
Alkolün Sigorta Korumasına Etkisi 129

C - Makaleler

- **Yrd. Doç. Dr. Mehmet SOMER**
Sigorta Ettirenin Zararını Tazmin Eden
Sigortacının Zarar Sorumlusundan
Temerrüt Faizi Talep Etme Hakkı 139
- **Doç. Dr. Samim ÜNAN**
Zorunlu Trafik Sigortası'nın Kapsamı ve Hatır
Taşınması ile Aracın Hatır İçin Karşılıksız
Verilmesinin Bu Sigorta Kapsamında Olup
Olmadığı Sorunu 152

Dergimizin bu sayısının basımı için yaptığı katkıdan dolayı
OYAK SİGORTA A.Ş.'ne teşekkür ederiz.



A. İKİNCİ SİGORTA HUKUKU VE YARGITAY KARARLARI SEMPOZYUMU

AÇILIŞ KONUŞMASI
Prof. Dr. Rayegân KENDER

I. TEBLİĞ

**BORÇLU TEMERRÜDÜNDE TEMERRÜT FAİZİNİ AŞAN
ZARAR VE TAZMİNİ**

Prof. Dr. Kenan TUNÇOMAĞ
TARTIŞMALAR

II. TEBLİĞ

**SİGORTA SÖZLEŞMESİNİN SÜRESİNE İLİŞKİN
BAZI SORUNLAR**

Prof. Dr. Rayegân KENDER
TARTIŞMALAR

III. TEBLİĞ

**CMR SİGORTASINDA ZARAR GÖREN ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN
KONUMU İLE İLGİLİ İKİ YARGITAY KARARININ
DEĞERLENDİRİLMESİ**

Doç. Dr. Samim ÜNAN
TARTIŞMALAR

İKİNCİ SEMPOZYUM AÇILIŞ KONUŞMASI

Prof. Dr. Rayegân KENDER, Başkan

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin sayın başkanı ve sayın üyeleri İstanbul Ticaret Mahkemeleri'nin sayın hakimleri, Derneğimiz'in değerli üyeleri; evvela hepinizi saygıyla selamlıyorum ve bu toplantımıza katılmak suretiyle gösterdiğiniz ilgi için şahsım adına ve derneğimizin yönetim kurulu adına ayrı ayrı hepinize teşekkür ediyorum.

Sayın hakimlerimize ve üyelerimize derneğimizin çalışmaları hakkında bilgi vermek istiyorum. Biz bu derneğin yönetimine geldiğimiz zaman benim iki idealim vardı ve bunlara Yönetim Kurulu üyesi arkadaşlarım da aynen katıldılar.

Bu iki idealden biri bu sempozyumdur. Yıllardır bunun hayali içindeydik. Geçen yıl gerçekleştirdik, bu yıl da nasip oldu gerçekleştirdik, çok mutluyuz. Görevimiz hizmet etmektir. Hangi konuların işleneceği hususunda hocalarla hakim ve avukat arkadaşlarımızın arasında bir diyalog kurmaya çalıştık. Bu şekilde yürütmeyi umut ediyoruz.

İkinci idealim de, bilimsel çalışmanın yine en etkin bir vasıtası olan yayın konusudur. Vaktiyle çıkartılmış bulunan Sigorta Hukuku Dergisi'ni yeniden çıkarma hususunda fikir birliğine vardık. Yönetim Kurulu'nda bütün hazırlık çalışmalarımız tamamlandı. Halen birinci sayısı matbaada basılmaktadır. Bizim dernek olarak bazı maddi olanaksızlıklarımız olduğu için bilimsel toplantıdaki tebliğler ve konuşmaları bu dergide neşretmek istiyoruz. Geçen Aralık ayında bir sempozyum yapmıştık. Sigorta hukukunun bir de başka cephesi, sigorta şirketlerinin denetimi meselesi var. Sigortacılığın düzenlenmesi sigorta endüstrisini son derece yakından ilgilendiriyor. O konuda da Türkiye'de malumunuz çok mevzuat kargaşası var. Hep kanun çıkıyor, yönetmelik çıkıyor yetki kanunu iptal ediliyor kanun hükmünde kararname ortada kalıyor. Bu konuda bir sempozyum yapmıştık 1994 Aralık ayında. Şimdi dergimizin ilk sayısında o sempozyumdaki tebliğleri yayınlayacağız. Bu sırada bir tasarı meclise sevk edildi, ilk görüşülecek kanunlar arasında bu nedenle onu yayınlamak suretiyle biz-zat vazifemizi bir kere daha yapacağız. Faydalı olmasını ümit ediyoruz.

Bu şekilde ikinci idealimiz de gerçekleşecek. Ondan sonraki sayılarda görüşler, yargıtay kararları, ilmi görüşler yer alacak. Bir de bizim merkez var. AIDA dediğimiz uluslararası sigorta hukuku derneğinin Türk Şubesi'yiz. Oradaki çalışmalarla da paralel bazı çalışmalar yapıyoruz. Bize soru formu yolluyorlar onları doldurup Türk Hukuku açısından gönderiyoruz. Türk Sigorta Hukuku açısından bütün bilgileri bu dergimizde yayınlamak istiyoruz. Bu konuda avukat arkadaşlarımızın da yardımlarını rica edeceğiz. Çalışmalarımız bu şekildedir.

İlk tebliği vermeyi Sayın Prof. Kenan Tunçomağ lütfetmişlerdir, kabul etmişlerdir. Daha önce biz Sayın başkanımızdan bize biraz hitap etmesini rica ediyoruz ve eğer bir önerisi varsa dernek çalışmalarımız hakkında onu da eğer lütfederlerse çok mutlu olacağız.

I. TEBLİĞ

Tebliğ Konusu :

BORÇLU TEMERRÜDÜNDE TEMERRÜT FAİZİNİ AŞAN ZARAR VE TAZMİNİ

Tebliğî Hazırlayan :

Prof. Dr. Kenan TUNÇOMAĞ
Anadolu Hayat Sigorta A.Ş.
Hukuk Müşaviri

1. Genel Olarak:

Borçlu temerrüdünde temerrüt faizini aşan zarar ve tazmini konusunu incelemeye başlamadan önce, "borcun ifa edilmemesi halleri" üzerinde durmak ve borçlu temerrüdünün bu haller içindeki yerini kısaca belirtmekte yarar vardır.

2. Borcun İfa Edilmemesi Hallerine Toplu Bakış:

2.1. Borçlu Temerrüdü

Borcun ifa edilmemesi hallerinden biri, "borçlunun temerrüdü" halidir. Aslında "borçlu temerrüdünde zaman yönünden bir ifa etmeme durumu" vardır. O halde, borçlu temerrüdü, borçlanılmış edimin sonradan ifası mümkün olduğu takdirde ve sürece sözkonusu olur. Eğer borcun (edimin) ifası sonradan imkânsızlaşmışsa, bu takdirde ifa yükümü, ve onunla birlikte borçlu temerrüdü de sona erer (1). İşte Borçlar Kanunu'nun 102-108. maddeleri bu borçlu temerrüdünü düzenlemiştir.

2.2. Borçlunun Kusuruna Dayanan Sonraki İmkânsızlık

Borcun ifa edilmemesi hallerinden ikincisi, "borçlunun kusurlu davranışı ile ifayı imkânsızlaştırması"dır. "Kusurlu sonraki imkânsızlık" denilen bu hal, Borçlar Kanunu'nun 96. maddesinde düzenlenmiştir (2).

Öte yandan, ifanın sonradan imkânsızlaştırılmasında, borçlunun bazan hiçbir kusuru yoktur. "Kusursuz sonraki imkânsızlık" denilen bu hal ise, Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Borçlar Kanunu'nun 117. maddesi açısından "imkânsızlığın objektif olması" gerekmez; sadece "subjektif imkânsızlık" da yetişir; bu yüzden, bu hale "ifa güçsüzlüğü" de denilmektedir (3).

(1) Tuhr/Sieqwart, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, 2. Auflage Zurich 1942 II, § 72; Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku, Cilt I: Genel Hükümler, 6.Bası, İstanbul 1976, 7779-780.

(2) Tuhr/Sieqwart, II § 68 I; Tunçomağ, I 801.

(3) Tuhr/Sieqwart, II § 68 I; Tunçomağ, I 787-796.

İşte borçlunun sorumlu tutulmasını gerektirmeyen ve sonradan ortaya çıkan bir imkânsızlık nedeni ile borcun ifası imkânsızlaşmışsa, borçlu Borçlar Kanunu'nun 117. maddesi uyarınca, borçtan kurtulur ve kural olarak, alacaklıdan karşı edimini isteme hakkını da yitirir.

2.3. Sözleşmeye Müspet Aykırılık

Ayrıca borçlunun ifayı imkânsız kılmadığı veya temerrüde düşmediği öyle bazı haller vardır ki, bunlarda borçlu kendi fiiliyle alacaklıya bir zarar vermektedir; örneğin satıcının hastalıklı bir hayvanı teslim etmek suretiyle alıcının sürüsüne hastalık bulaştırması veya müteahhidin kötü şekilde imal ettiği eseri kullanan iş sahibinin bir zarara uğraması hallerinde gördüğümüz budur (4). Alman Hukuku'nda bu haller, "sözleşmeye müspet aykırılık" terimi ile anılır. Bu hallerin, "sözleşmeye müspet aykırılık" terimi ile anılmasının nedeni, "sonraki imkânsızlık" ve "temerrüt" hallerinde borçlunun yapmakla yükümlü olduğu şeyi yapmaması sözkonusu iken; bunlarda, müspet bir fiille sözleşmeye aykırılık vardır. İsviçre/Türk Hukuklarında, bazı hukukçular, sözleşmeye müspet aykırılık hallerinin de Borçlar Kanunu 96 içinde varsayılmasını doğru bulmaktadırlar (5). Benim görüşüm de bu yöndedir. Aksi görüşte olanlar da vardır (6).

3. Borçlu Temerrüdünün Hükümlerine Toplu Bakış:

3.1. Borçlu Temerrüdünün Özelliği

Borçlu temerrüdü, yukarıda belirtildiği gibi, borcun ifa edilmemesi hallerinden biridir ve borçlanılmış edimin sonradan ifasının mümkün olduğu sürece sözkonusudur. Bu özelliği gözönünde tutulduğu takdirde, borçlu temerrüdü şöyle tamamlanabilir. "Borçlu temerrüdü, ifanın sonradan mümkün bulunması koşulu altında, borçlunun borcunu zamanında ifa etmemesi sonucu içine düştüğü ağır sorumluluk durumudur" (7). Temerrüde düşen borçlunun sorumluluk durumunun ağırlaştırılmasının birinci nedeni; borçlunun ifa süresinin dolmasına ve kendisine ödeme ihtarı yapılmasına rağmen, borcunu ödememede direnmesidir. İkinci nedeni ise, borçlu temerrüt durumuna düştüğü anda, kural olarak, alacaklı için bir zarar meydana gelir. Çünkü alacaklı umduğu anda karşı edimi elde edememiş; bu yüzden, örneğin şiddetli ihtiyacı olan malı başka yerden sağlamak zorunda kalmıştır.

3.2. Borçlu Temerrüdü İçin Kusurun Gerekmemesi

Borçlunun temerrüdü düşmesi için, kusurlu bulunması gerekmez. Bu yüzden, borçlu, borcunu ifada kusuru bulunmadan gecikse de yine temerrüde düşer. Çünkü borçlunun temerrüdü için kusuru zorunlu sayan Alman Medeni

(4) Tuhr/Sieglwart, II § 68 IV ve N.84; Tunçomağ, I 801.

(5) Fazla bilgi için bakınız: Tunçomağ, I 801/802; ve orada gösterilmiş yazılar.

(6) Bakınız: R.Serozan, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 304, N.112 ve Edim Yükümlülüğünden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD 1968 3, N:13.

(7) Tunçomağ, I 903; Tuhr/Sieglwart, II § 72.

Kanunu'nun 285. paragrafına benzer bir hüküm İsviçre/Türk Borçlar Kanunları'nda yoktur. Şu halde, İsviçre/Türk Borçlar Kanunları, "Objektif Temerrüdü" kabul etmiş ve bu yüzden, borçlunun mazur görülebilir bir nedenle borcunun varlığından veya muacceliyetinden bilgi sahibi olmaması veya kendisine karşı öne sürülmüş istemin geçerliliği üzerinde haklı olarak kuşku duyması; yahut aşılması imkânsız güçlükler yüzünden zamanında borcunu ifa edememesi, temerrüde düşmesine engel olamaz (8).

3.3. Borçlu Temerrüdünde Temerrüt Faizi

3.3.1. Genel Olarak Temerrüt Faizinin Oranı

Borçlar Kanunu'nun 103/I maddesine göre, "bir miktar paranın tediyesinde temerrüt eden borçlu mukavele ile daha az bir faiz tayin edilmiş olsa bile geçmiş günler için seneyi yüzde beş hesabıyla faiz tediyesine mecbur idi.

Bu maddedeki temerrüt faiz oranı, 19.12.1984 gün ve 3095 sayılı "Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun" ile (% 5'den) % 30'a yükseltiştir. Bu hüküm, alacaklının bir miktar parasının borçlunun elinde bulunması yüzünden uğradığı zararı giderme amacı ile konmuştur. Taraflar, sözleşmede % 30'dan daha az oranda bir faiz ödeneceğini kararlaştırmış olsalar bile, borçlu yine % 30 oranında faiz ödemek zorundadır. Buna karşılık, taraflar, temerrüt faizini % 30'un üstüne çıkarmışlarsa; buna da uymak zorundadırlar (8a).

3.3.2. Ticari İşlerde Normal Temerrüt Faizi

Ticari işlerde de temerrüt faizi, 3095 sayılı yasanın 1.maddesinin 1.fıkrasına göre ve kural olarak % 30'dur (8b). Buna karşılık, sözleşmede doğrudan doğruya veya taksit bağlanmış komisyon şeklinde (yani, düzenli aralıklı banka provizyonunda) % 30'dan daha yüksek bir oran karşılaştırılmışsa, bu daha yüksek oran üzerinden temerrüt faizi istenebilir, Borçlar Kanunu 103/II. Nihayet ticari işlerde kapital faizi olarak daha yüksek bir oran kararlaştırılmışsa veya diğer bir yasada daha yüksek bir oran öngörülmüşse, bu yüksek oran uygulanacaktır. Çünkü 3095 sayılı yasaya göre, taraflar temerrüt faizini serbestçe belirleme yetkisine sahiptirler (9).

3.3.3. Ticari İşlerde Reeskont Faizi

Ancak, ödeme yerinde ve ödeme zamanındaki banka iskontosu % 30'dan yüksek ise, arada sözleşme olmasa bile, "ticari işlerde temerrüt faizi, T.C. Merkez Bankası'nın kısa vadeli krediler için öngördüğü reeskont faiz oranına göre

(8) Tuhr/Siegwart, II § 72 V; Tunçomağ, 912. Karşıt Görüş: Serozan, Sözleşmeden Dönme, 253/256.

(8a) Ancak, 20.08.1997 günü Resmi Gazete'de yayınlanan 08.08.1997 günü Bakanlar Kurulu kararı ile 3095 sayılı kanunun 1 ve 2. maddelerinde öngörülen kanuni faiz ve temerrüt faizi oranlarını, 01.01.1998 tarihinden geçerli olmak üzere, yıllık % 30'dan % 50'ye yükseltiştir.

(8b) Bakınız: Dipnot 8a.

(9) Nami Barlas, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüde ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992, 154.

istenebilir". 3095 sayılı yasa, madde 2/III. İşte 3095 sayılı yasanın 2/III. maddesinde yer alan bu hüküm ile aynı yasanın 1/I. maddesi arasında bir zıtlık vardır. Çünkü 3095 sayılı yasanın 1. maddesinin birinci fıkrasında "... Ticaret Kanunu'na göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmiş ise, faiz ödemesi senelik yüzde otuz oranında yapılır" şeklinde bir hüküm vardır. Bu iki madde arasındaki zıtlığı ortadan kaldırılması gerekir. Aynı yasanın bu iki hükmü arasındaki zıtlığın ortadan kaldırılabilmesi için yapılması gereken de, kanımca, 3095 sayılı yasanın 2/III. maddesindeki "ticari işlerde" teriminin; "tacirler arasındaki ticari işlerde" şeklinde anlaşılması ve yorumlanmasıdır. Zaten İsviçre Borçlar Kanunu'nun 104/III. maddesinde de, banka iskontosunun % 5'den yüksek olduğu zaman, tacirler arasında temerrüt faizinin bu yüksek oran üzerinden hesaplanacağı yazılıdır. Aksi takdirde, biri tacir ve diğeri tacir olmayan kişiler arasında yapılan ve yalnız biri için ticari nitelik taşıyan sözleşmelerde de reeskont faizinin uygulanması gerekecektir. Böyle bir yorum yapıldığı takdirde, "Ticaret Kanunu'na göre faiz ödenmesi gereken hallerde % 30 faiz"; yine Ticaret Kanunu'na göre bir taraf için ticari sayılan bir iş hakkında ise, çok daha yüksek olan bir faiz; yani reeskont faizi ödenmesi gerekecektir. Buna engel olmak için, 3095 sayılı yasanın 1/I. maddesindeki faizi, (genel ticari faiz), yani % 30; ve aynı yasanın 2/III. maddesindeki faizi de, ödeme yerinde ve ödeme zamanındaki banka iskontosu % 30'dan yüksek ise, o zaman "sadece tacirler arası ticari işlerde reeskont faizi" şeklinde yorumlamak kanımca daha doğrudur.

3.3.4. Yabancı Para Borçlarında Temerrüt Faizi

Yabancı para borçlarına uygulanacak temerrüt faizi, 3095 sayılı yasa içinde; fakat sonradan düzenlenmiştir. Gerçekten 14.11.1990 gün ve 3678 sayılı yasanın 30. maddesiyle 3095 sayılı yasaya eklenen 4a maddesiyle, "yabancı para borcunda faiz" konusu, 23.11.1990 gününden itibaren geçerli olmak üzere, düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu maddeye göre, "sözleşmede daha yüksek akdi veya gecikme faizi kararlaştırılmadığı hallerde, yabancı para borcunun faizinde devlet bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır".

Yabancı para borçlarında temerrüt faizine, 3095 sayılı yasanın 4/a maddesine göre, "devlet bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır" hükmü açık değildir. Çünkü birden çok devlet bankası bulunduğu ve herbiri bir yıllık yabancı para mevduatına farklı faiz oranı uyguladığına göre; en yüksek faiz oranı, nasıl belirlenecektir? Bazılarına göre, yabancı para borçlarındaki temerrüt faizinde, devlet bankaları içinde en yüksek faizi uygulayan bankanın faiz oranı temel alınmak gerekir (10).

Öte yandan, yabancı para borçlarının faizinde, devlet bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranının

uygulanabilmesi için, sözleşmede daha yüksek bir "akdi faiz" veya "temerrüt faizi" kararlaştırılmamış olması gerekir. Aksi halde, uygulanacak faiz oranı, özel olarak kararlaştırılmış "akdi faiz" veya "temerrüt faizi" oranı olacaktır.

Sonra, Borçlar Kanunu'nun 104. maddesi, faiz veya irat borcunun yahut bağışlanmış bir paranın "temerrüt faizi oranı"nı değil de; "faizin başlangıç tarihi"ni ayrıca düzenlemiştir. Bunun nedeni, faiz ve irat alacaklarının genellikle alacaklı tarafından yararlı şekilde kullanılmaması ve bağışlanmadan doğan alacaklarda ise, bağışlayana daha yumuşak davranılmasının doğru olacağına ilişkin genel düşüncedir (11). İşte bu düşünce nedeniyle, Borçlar Kanunu 104. faiz veya irat borcunu veya bağışlanmış bir parayı ödemekte temerrüde düşen borçlunun; temerrüt tarihinden itibaren değil de; ancak icra kovuşturmasına başlandığı veya dava açıldığı günden itibaren temerrüt faizi ödemesini kabul etmiştir.

3.3.5. Temerrüt Faizine Temerrüt Faizi Yürütülememesi

3095 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasında da, çok açık olmayan bir ifade ile de olsa, hem "işlemiş kapital faizleri için tekrar kapital faizi" ve hem de "temerrüt faizlerine temerrüt faizi" yürütülemediğini belirtmiştir (12).

Borçlar Kanunu'nun 104. maddesinin III. fıkrasına göre de, "geçmiş günler faizinin tediyesinde temerrüt sebebiyle faiz yürütülemez". Bu yüzden, temerrüt faizi ödemeyen borçlu icra veya dava kovuşturması yapılmış olsa dahi, temerrüt faizi için de temerrüt faizi ödemekle yükümlü tutulamaz (13). Kural budur.

Ancak 6183 sayılı "Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun"; bu kuralı kamu alacakları yönünden bozmuştur. Çünkü adıgeçen kanunun 3505 sayılı kanunla değişik 51. maddesinde, ödeme süresinde ödenmeyen kamu alacağına sürenin bitiminden ödendiği tarihe kadar her ay için % 7 gecikme zammı uygulanacağı ve içinde bulunulan yılda ödenmemiş gecikme zammı ile gecikme cezasının, müteakip yılın başından itibaren doğmalarına neden olan kamu alacağı gibi sayılacağı yazılıdır (14).

4. Borçlu Temerrüdünde Temerrüt Faizini Aşan Zararın İstenebilmesinin Koşulları

Borçlu temerrüdünde temerrüt faizini aşan zararın istenebilmesi için aranan koşulları açıklamadan önce, bir hususun belirtilmesinde yarar vardır. Borçlar Kanunu 102. maddesinin birinci fıkrasında, kusurlu mütemerit borçlunun

(11) Tuhr/Siegwart, II § 73 II; Tunçomağ, I 921.

(12) Tuhr/Siegwart, II § 73 II; Tunçomağ, I 921.

(13) Tuhr/Siegwart, II § 73 I; Tunçomağ, I 925.

(14) Bakınız; N. Barlas, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992, 180, N.520-521'de yazılı Yargıtay Kararları. Ayrıca BK 104/II'deki kuralın, BK 104/II'ihlâl etmeyecek biçimde sınırlı yorumlanması ve uygulanması gerektiğini savunan görüş için bak. H. Domanic, Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK 105 ve Diğer Hükümler, İstanbul 1993 s.36 vd.

ödeyeceği tazminat borcu genel olarak ve 105. maddesinde ise, para borçlarına münhasır olmak üzere, ayrıca düzenlenmiştir. Değişik bir söyleyişle, Borçlar Kanunu'nun 105. maddesi, aslında, aynı Kanunun 102/1'deki esasın para borçlarına uygulanmasından başka bir şey değildir (15). Bu para borcu, sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya vekaletsiz iş görmeden kaynaklanmış bir para borcu da olabilir. İşte Borçlar Kanunu 105'de düzenlenen temerrüt faizini aşan zararın (yasanın deyimiyle, "munzam zarar"ın) istenebilmesinin, koşulları şunlardır:

4.1. Birinci Koşul "Temerrüt Faizini Aşan Zararın (munzam zararın) Doğmuş Olması"dır

Çünkü alacaklının tazminini isteyebileceği zararlar, BK 105'e göre borçlunun, para borcunu, geç ifa etmesi yüzünden uğradığı zararlardır. Bu zararlardan başlıcaları şunlardır:

4.1.1. Müspet zararlar, alacaklının uğradığı zararların ilk sırasında yer alır. Müspet zarar, alacaklının, borcun tayin edilen zamanda ifa olunmasındaki çıkarına aykırı davranılmış olmasından doğmuş zarardır (16). Burada güdülen amaç, alacaklının ifa için öngörülen zamana ilişkin çıkarını korumaktır (17). Çünkü Borçlar Kanunu 105, ifa etmeme yüzünden uğranılmış zararın değil de; ifanın gecikerek yapılmış olmasından doğmuş zararın tazminini kabul etmiştir.

4.1.2. Müspet zarar kavramı, herşeyden önce, maddi zararları kapsar. Maddi zararların başlıca bölümleri şunlardır:

4.1.2.1. Fiili Zararlar:

Burada, malvarlığının aktif kısmında bir azalma veya pasifinde artma meydana gelmiştir. Bunun tipik örneğini oluşturan, "alacaklının alacağını elde etmek için yaptığı giderler"dir. Ancak önemli olan, bu giderlerin alacağın elde edilmesi için yapılmış olmasıdır. Doğaldır ki, her gider değil de, her olayın özellikleri gözönünde tutularak sadece "makul ve ölçülü" giderler istenebilirler (18).

Önce, "alacaklının ödeme yerine gitmek için yaptığı giderler" üzerinde durulmalı ve bu giderlerin temerrüt nedeniyle ve makul sınırlar içinde yapılmış olup olmadığı araştırılmalıdır.

– Alacaklının yaptığı giderlerden bir diğeri, alacağın tahsili için yaptığı giderlerdir. Örneğin, temerrüt gerçekleşikten sonra telefon, telgraf, teleksle yapılan ihtarlarda PTT'ye ödenen para; noterden çekilen ihtarlarda notere; ihtarnameyi avukatın hazırlaması durumunda, avukata yapılan ödemelerin tazmini istenebilir. Buna karşılık, borçluyu temerrüde düşürmek için çekilen ihtarların giderleri ve yapılan diğer benzeri giderler borçludan istenemez (19).

(15) Tuhr/Sieglwart, II § 73 I; Tunçomağ, I 925.

(16) Tuhr/Sieglwart, II § 68 II; Tunçomağ, I 923, 806.

(17) Barlas, 189.

(18) Barlas, 197.

(19) Barlas, 197, 199.

– Alacaklı, "yargılama ve icra giderleri ile avukatlık ücretine ilişkin giderleri"nin de tazminini isteyebilir. Ancak bu giderler; HUMK 416 ve 423, İİK 15/1, 59/1, 138/II, III uyarınca yargıç ve icra memuru tarafından belirtileceğinden, alacaklı kararda belirtilenlerin dışında bir giderin ödenmesini isteyemez (20).

– Alacaklının, kendi alacaklısına yapmak zorunda kaldığı ödemeler de, alacaklının malvarlığını azaltan zararlardandır. Borçlusunun kusurlu temerrüdü yüzünden parasını alamayan alacaklının, borcunu kendi alacaklısına zamanında ödeyememiş olması nedeniyle ödemek zorunda kaldığı temerrüt faizi, temerrüt faizini aşan zarar veya cezai şartı borçlusundan isteyebilmelidir (21).

Alacaklı, "borç almak zorunda kalması nedeniyle yaptığı ödemelerin" karşılanmasını da isteyebilir. Çünkü alacaklı, borçlusunun zamanında borcunu ödememesi nedeniyle, bir kişi veya bankadan aldığı borç para için faiz ve gider ödemek zorunda kalmış olabilir (22).

4.1.2.2. Yoksun Kalınan Kazanç:

Maddi zarar kavramı içine, yoksun kalınan kazanç da girer. Alacaklının, borcun zamanında ödenmemesi yüzünden yoksun kaldığı kazancın bir bölümü genellikle temerrüt faizi ile karşılanır. Zaten temerrüt faizinin amacı da budur. Ancak yoksun kalınan kazanç temerrüt faizini aşmışsa, alacaklı o zaman bu aşan kısım için de tazminat isteyebilir. Çünkü Borçlar Kanunu'nun 105. maddesinin 1. fıkrası alacaklıya bu hakkı tanımıştır. Burada sözkonusu olan, alacaklının temerrüt nedeniyle uğradığı kâr kayıpları; yani zamanında ifa yapılmış olsaydı, alacaklının edimden elde edeceği kazançlardır (23).

Ancak alacaklı borçlusunun temerrüdü yüzünden yoksun kaldığı her kazancın tazminini de isteyemez. Tazmini istenebilecek kazançların başlıca özellikleri şunlardır:

– Yoksun kalınan kazanç, alacaklının sosyal ve mesleki durumu ve hatta ülkenin ekonomik koşullarına uygun düşmelidir.

– Yoksun kalınan kazanç, miktar olarak, makul düzeyde olmalıdır. İstenebilecek kazanç miktarı, bazılarına göre "ortalama kazanç"dır (24); buna karşılık, Yargıtay'ımızın bazı kararlarına göre "asgari kazanç" (25); bazı Yargıtay kararlarına göre ise, "gerçeğe en yakın kazanç"dır (26).

– Yoksun kalınan kazanç, normal ticari faaliyetler sonucu elde edilebilecek

(20) Barlas, 200, 201.

(21) Barlas, 202, 203; Tunçomağ, 1923.

(22) Barlas, 204.

(23) Tuhr/Siegrwart, II 73 I; Schmied, Bedeutung des allgemeinen Schuldnervernugsrechts für die Verzugsregelung bei Miete und Pacht, Bern, 1956, 15; Tunçomağ, 1923.

(24) Barlas, 207.

(25) Y4HD, 6.3.1958-8762/1191; YTD 10.5.1958-4015/1298; YHGK, 22.2.1961-T-15/6; Barlas, s.207 No: 604'den.

(26) YTD, 5.3.1965-1115/752; Y4HD, 18.4.1986-1487/3775; Barlas, S.207, No: 604'den.

kazanç olmalıdır. Örneğin, alacaklı, alacağı zamanında ödenmiş olsaydı, at yarışında bahis oynamak veya millî piyango bileti almak suretiyle kazanacağını iddia ettiği paranın tazminini isteyemez.

– Alman Hukuku'nda genel olarak kabul edildiğine göre, "yüksek meblağlı para borçlarında", alacaklının bu parayı gelir getirecek yerlerde kullanması hayat tecrübelerine uygundur. Bu itibarla, banka, ticaret şirketleri ve sigorta şirketleri sözkonusu olunca, bunların elde edeceği parayı; diğer paraları gibi, işletip bir kazanç sağlaması olağan sayılmaktadır (27).

Yoksun Kalınan Kazancın Saptanmasına gelince;

Yoksun kalınan kazancın miktarını saptama son derece karışık ve güç bir işlemdir. Çünkü bu tespitte mahkeme, gerçekleşmemiş; fakat gerçekleşmesi mümkün olan ve beklenen zarar miktarını saptamak gibi zor bir olayla karşı karşıyadır. Bu yüzden, mahkeme; kararını verirken, alacaklının şahsi ve mesleki durumu ile işletmesinin mali durumunu ve çalışmasını gözönünde tutmak suretiyle, yoksun kalınacak kazancın, her olaya göre, makul sayılabilecek miktarını belirtmek zorundadır. Bunu yaparken, mahkeme, Borçlar Kanunu'nun 98/II. maddesindeki yollama ile, 42. maddesinin; özellikle ikinci fıkrasının "halin mutad cereyanını ve muntazarrı olan tarafın yaptığı (doğrusu, aldığı) tedbirleri nazara alarak onu adalete tevfiikan tayin" edecektir. Bu madde açısından önemli olan ve yasa koyucunun istediği; zarara uğrayanın; yani alacaklının; borçlunun temerrüdü yüzünden kaçırdığı kazancı elde etmek için aldığı önlemleri araştırmak ve saptamaktır.

Nitekim Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 26.06.1959 gün ve 31/26 sayılı kararına göre de, "akde aykırı feshin neticesi mahrum kalınan iş parasının hesabında", Borçlar Kanunu'nun 98/II ile 42/II hükümleri uygulanır. Bu gibi durumlarda hakimnin farazi bir takım hesaplardan çok; kesin duruma en yakın esaslara dayanarak hüküm vermesi gerekir.

4.1.2.3. Öte yandan, müspet zarar kavramı içine, maddi zararlar dışında, BK, 98/II'deki yollama nedeniyle, **manevi zararlar** da girer.

4.1.3. Para Değerinin Enflasyon Sonucu Düşmesinden Kaynaklanan Zarar

Enflasyon sonucu para değerinin düşmesi her ülkede olduğu gibi; ülkemizde de, hem de çok daha ağır biçimde yaşanmaktadır. Acaba temerrüt süresi içinde enflasyon sonucu para değerinin düşmesi, ek (munzam) zarar olarak nitelenebilir ve bu zarar da borcunu ödememekte direnen borçluya, Borçlar Kanunu 105'e göre, yüklenebilir mi? Bu soruya İsviçre/Türk doktrininde olumlu cevap verenler çoğunluktadır (28). Buna karşılık, Türk Yargısı'nın nispeten eski Kararlarında,

(27) Bakınız; **Barlas**, 209-210.

(28) Bakınız; **Becker**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht Art. 106. No.4-6; **Merz**, Obligationenrecht S.170; **Sermet Akman**, Karşılaştırmalı olarak Alman ve İsviçre-Türk Hukuklarında Yüksek Oranlı Enflasyonun Para Borçlarına Etkisi ve Bu Konudaki Yargısal Kararlar, İBD 1989, Sy 10-12, S.629 vd; **Barlas**, 196 vd; **Oğuzman**, Borçlar Hukuku Dersleri 4. Bası, İstanbul 1987, 318.

bir açıklık ve istikrar yoktu denebilir. Gerçekten Yargı Kararların bazıları (29), para değerinin enflasyon sonucu uğradığı kaybın istenemeyeceğini; bazıları ise, (30) sırf usule ilişkin nedenlere dayanarak alacaklının bu yöndeki isteminin kabul edilemeyeceğini ve bazıları da (31) ancak zararın somut biçimde ispatlanması halinde, para değerindeki düşmelerin de ek (munzam) zarar olarak istenebileceğini ifade etmişti.

Aslında enflasyon sonucu para değeri tüm ülkede düşmüştür ve herkes bu nedenle bir kayba uğramıştır. Ancak az sayıdaki bazı gerçek ve tüzel kişiler (örneğin, bankalar, sigorta şirketleri, ticaret şirketleri) aldıkları tedbirler sonucu enflasyonun bu olumsuz etkilerinden kısmen veya tamamen kurtulabilmişlerdir. Şu halde, enflasyonun tahribatına herkes maruzdur; fakat herkes bu tahribatın sonuçlarından kendini koruyabilmiş değildir. Bu yüzden, her alacaklı, enflasyonun yarattığı değer düşmesini, Borçlar Kanunu 105'e dayanarak isteyemez. Bu, belirtilmesi gerekli birinci husustur (32). Ancak alacağını mütemerrit borçlunun kusurlu davranışı nedeniyle zamanında tahsil edememiş olan alacaklıların adı geçen maddeye dayanarak, sürekli enflasyon nedeniyle uğradıkları kayıplar için, ek (munzam) tazminat isteyebilme hakları vardır (32a).

Belirtilmesi gerekli ikinci husus, alacaklının, hem temerrüt tarihi ile ödeme tarihi arasındaki enflasyon nedeniyle para değerindeki düşme sonucu uğradığı zarar miktarını ve hem de, bu miktarın ödenmesinin adil olduğunu da ispat etmek zorundadır. Çünkü Borçlar Kanunu'nun 41/II. maddesine göre, yargıç, yoksun kalınan kazancı; ancak "halin mutad cereyanını" ve özellikle "mutazarrır tarafın (yani, alacaklının) aldığı tedbirleri" gözönünde tutmak ve adalete uygun biçimde tayin etmek zorundadır.

Nihayet, belirtilmesi gereken üçüncü husus şudur. Alacaklı zamanında ödenmeyen paranın yerine başka yoldan bir tazmin elde etmişse, o zaman ayrıca enflasyon nedeniyle oluşan değer kaybını öne süremez. Örneğin, alacaklı borçlunun zamanında ödemediği parayı karşılamak üzere bankadan kredi almış ve bunun için ödediği faiz ve giderleri de borçludan almışsa, ayrıca enflasyon sonucu değer kaybetmenin tazminini de isteyemez. Çünkü alacaklının bankadan aldığı kredi; zamanında ödenmeyen paranın yerine geçmiş olduğu için, alacaklı zamanında ödeme halindeki alım gücüne kavuşmuştur. Sonra alacağı zamanında ödenseydi bunu gelir getiren bir yere yatırarak kazanç elde edeceğini öne süren ve yoksun kaldığı kâr için tazminat isteyen alacaklı da, ayrıca para değerinin kaybı nedeniyle de zarara uğradığını iddia edemez. Çünkü bu durumda, parasının bir değer kaybına uğraması söz konusu değildir (33).

(29) Y 13 HD, 26.4.1984-2506/3157-YKD Ağustos 1985, 1203 vd.

(30) Y 15 HD, 5.3.1987-3503/857-Karahasan I 1330

(31) Y 11 HD, 8.1.1983-4297/4879-YKD 1984/2, 261 vd.

(32) Barlas, 211.

(32a) Bakınız; No.34, 35, 36'daki Yargıtay Kararları.

(33) Barlas, 213.

Ayrıca burada enflasyon nedeniyle istenebilecek ek tazminata ilişkin 11. Hukuk Dairesi'nin dört yeni kararına da kısaca yer verdim. Çünkü, 11. Hukuk Dairesi'nin değerli başkanı sayın Gönen Eriş tarafından gönderilmiş; fakat bana geç ulaşan bu kararlar üzerinde konferansım sırasında yeterince duramamıştım. 11. Hukuk Dairesi, işte bu kararlarında, enflasyondan kaynaklanan ek (munzam) zararın tazmini konusunu biraz daha somutlaştırmıştır. Gerçekten 11. Hukuk Dairesi'nin birinci kararında (34), enflasyonun sürekli olduğu durumlarda, asıl borç ve temerrüt faizi (reeskont faizi) ödenmesinin yeterli olmadığını; zira alacaklının, borçlunun zamanında ifada bulunması halindeki malvarlığının durumu ile temerrüt nedeniyle oluşan malvarlığının durumu arasında bir fark doğmuşsa; bunun, "munzam zarar" olduğunu belirtmiş ve munzam zararın BK 43/1'e göre saptanması ve bulunacak zarar miktarından; (alacaklının gemisini döviz üzerinden sigortalama imkânı olduğu halde bunu yapmamış olması, birlikte [mütefarık] kusur sayılabilirse), birlikte kusur ve ayrıca birinci davada aldığı anapara ve temerrüt faizi nedeniyle de indirim yapılması gerektiğini isabetle ifade etmiştir.

11. Hukuk Dairesi'nin başka bir isabetli kararında da (35), (110 milyonluk aracı çalınan sigortalı, çalınma tarihinde aynı marka ve modeldeki aracın bu parayla alınması mümkün ve bu paranın ödenmesi istenmiş olduğu halde, sigorta şirketinin sigorta bedelini ödemediği ve bu suretle temerrüde düştüğü; yüksek enflasyon nedeniyle davacının zarara uğradığı; aynı tip aracın dava tarihinde 220.000.000.-TL'ya satın alınabileceği ve bu miktarın kadri maruf olduğu; faizle karşılanmayan zararının ise, 122.219.167.-TL (kararda daktilo hatası sonucu 12.219.167 yazılıdır) olduğu ve bunun BK. 105'deki munzam zararı oluşturduğu; bu nedenle sigorta şirketinden 220.000.000.-TL'nın tahsili ve munzam zararı teşkil eden 122.219.167.-TL'ya dava tarihinden itibaren % 48 ve değişen oranlara göre reeskont faizi uygulanması) gerektiği ifade edilmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin üçüncü kararında (36), önce davalı sigorta şirketinin sigorta poliçesinde yazılı sigorta bedeli limiti ile sorumlu olduğu kabul edilmekle birlikte, bu bedelin geç ödenmesi nedeniyle davacı sigorta ettirenin BK 105 uyarınca munzam tazminat isteyebileceğini; davacının dava dilekçesinde açıkça BK 105'e dayanmamış olsa da bu hakkının bulunduğunu belirtmiştir. Sonra da davalı sigorta şirketinin kusurlu olduğu ve BK 105'e göre munzam zarar ile sorumlu bulunduğu mahkemece tespit edilmiş olmasına rağmen, zarar tutarını tespit edememiş olduğu için, mahkeme kararı Dairece bozulmuştur.

Nihayet enflasyon kiozlu sigortaların yapılış nedeni, enflasyon sonucu uğranılacak zararların karşılanabilmesi; özellikle para değerinin devamlı düşmesine karşı sigorta ettirenlerin korunmasıdır. İşte 11. Hukuk Dairesi'nin

(34) Y 11 HD, 23.11.1995-5395/8750.

(35) Y 11 HD, 04.07.1995-3504/5725.

(36) Y 11 HD, 01.06.1995-2009/4475.

dördüncü kararında (37), davacının enflasyon nedeniyle uğradığı zararın, BK 105 uyarınca değil de; kasko sigortası poliçesindeki % 50 enflasyon klotuna dayanarak tazmini söz konusudur. Gerçekten Yüksek Daire, bu kararında, olayı, %50 enflasyon klotuna dayanarak çözmüş ve poliçenin düzenleme tarihi olan 04.01.1994'de Toyota otomobilin fiyatının 330.000.000.-TL olduğu halde; aynı marka ve model otomobilin çalıştığı 08.01.1994 tarihindeki fiyatının enflasyon nedeniyle 388.619.991.-TL'ye yükseldiği ve böylece meydana gelen 58.619.991.-TL'lik farkın; olay tarihinden itibaren % 79 reeskont faiziyle birlikte ödenmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

4.1.4. Yabancı Para Borçlarında Kur Farkından Doğan Zararlar

Yabancı para borçlarında borçlu zamanında ödemede bulunmadığı için temerrüde düşmesi ve yabancı para kurunda temerrüt sonrası meydana gelen düşme nedeniyle alacaklının zarara uğraması halinde de; Borçlar Kanunu 105/1 anlamında ek (munzam) zarar doğduğu kabul edilmek gerekir. Buna karşılık, Alman Hukuku'nda, kur farkı nedeniyle AMK 288/II anlamında ek (munzam) zarar meydana gelmesi ihtimali çok zayıftır. Çünkü Alman Hukuku'nda, yabancı para borçlarında ödeme; ödeme anındaki kura göre yapılmaktadır (38). Kaldı ki, Alman Markı kurunda önemli düşmeler özellikle zamanımızda sözkonusu değildir.

İsviçre Hukuku'na gelince, İBK'nun 84/II. maddesine göre, sözleşmede, ödeme yerinde yasal rayici bulunmayan bir para türü tayin edilmişse, efektif kelimesi veya benzeri bir tâbir kullanılmak suretiyle sözleşmenin harfi harfine yerine getirilmesi şart edilmiş olmadıkça, borçlanılmış olan meblağ vade bitimindeki değerine göre ülke parası ile ödenebilir. Bu itibarla İsviçre'de kur değişikliği nedeniyle alacaklının İBK 106/II'de ek (munzam) zarara uğraması ihtimali vardır. İsviçre'de doktrin ve Federal Mahkeme, genellikle kur değişikliği nedeniyle uğranılan ek zarar için, ispat edilmesi koşulu ile, tazminat istenebilmesini kabul etmektedirler (39).

Türk Hukuku'na gelince, Türk Hukuku'nda kur farkının istenebilip istenemeyeceği sorunu, ikiye ayrılarak incelenmelidir. Borçlar Kanunu'nu 83. maddesinin 14.11.1990 gün ve 3678 sayılı yasa ile değiştirilmesinden önceki dönemde, kur farkının Borçlar Kanunu'nun 105/II anlamında ek zarar oluşturabileceği genellikle kabul edilmişti (40). Yargıtay, Hukuk Genel Kurulu'nun 23.09.1987 günlü kararında (41) üstü kapalı ve 07.11.1990 günlü

(37) Y 11 HD, 27.10.1995-5332/8076.

(38) Barlas, 214.

(39) Barlas, 215.

(40) Oğuzman, Borçlar Hukuku, 318; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 489; Domanic, Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan Borçlar Hukuku 105 ve Diğer Hükümler İstanbul 1993, 1099, 1157.

(41) YHGK, 23.09.1987-10-143/650-İKİD Aralık, 5330-5331.

kararında ise (42), açık olarak, kur farkının da aşkın zarar olarak borçluya yüklenebilmesini kabul etmişti. Çünkü ve özellikle, temerrüt döneminde yabancı paranın kuru yükselmiş yani, daha az türk parası ödeyerek yabancı para alma imkânı doğmuşsa, ve borçlu da Borçlar Kanunu 83'de belirtilmiş yetkisine dayanarak vade günündeki kur üzerinden Türk Lirası ile ödeme yapmış ise, alacaklının ödenen para ile, borçlanılan miktarda yabancı para elde etmesi mümkün olamayacağı için, bir ek zarara uğramış olacaktı. İşte alacaklı, ispat etmesi koşulu ile, bu zararını tazmin ettirebilmekte idi (43).

Ancak 14.11.1990 gün ve 3678 sayılı yasa ile Borçlar Kanunu'nun 83. maddeğinde yapılan değişiklik sonucu alacaklının kur farkına dayalı bir zararının doğması, bugün için, imkânsız değilse bile, çok zayıf bir ihtimaldir. Çünkü yabancı paranın Türk Lirası karşısındaki kurunun temerrüt döneminde düşmesi uzunca bir süredir imkânsızlaşmıştır. Ancak varsayalım ki, bu ihtimal gerçekleşti; o zaman da alacaklı vade günü kurunu seçerse, kur farkı oluşmaz; fiili ödeme günündeki kuru seçerse, bir farkı ortaya çıkabilir. Ancak bu kur farkı, temerrüdün değil de, alacaklının seçiminin sonucu olduğundan, Borçlar Kanunu 105/II'ye dayanan bir tazminat hakkı doğurmayacaktır (44). Buna karşılık, paranın kuru yükselmiş ve ödeme de yabancı para ile yapılmışsa; bu durumda alacaklı zararına kur farkı doğması imkânsızdır. Borçlu seçimlik yetkisini kullanarak Türk Lirası ile ödeme yapmışsa, kur farkı nedeniyle tazminat isteme hakkı hiç doğmaz. Çünkü bu halde alacaklı Borçlar Kanunu 83/II'deki yetkisini kullanarak vade gününü seçmişse, kur farkı meydana gelmez. Ancak alacaklı vade günü kurunu seçmişse, o zaman bir kur farkı doğabilecektir; ancak bu fark, temerrütten değil de, alacaklının fiilinden kaynaklandığı için, Borçlar Kanunu 105/II'nin uygulanması mümkün olamayacaktır (45).

Nihayet yabancı para kuru yükselmiş ve ödeme de yabancı para ile yapılmışsa, alacaklı, bu yabancı para karşılığında, temerrüde düşülmeksizin ödeme haline oranla daha çok Türk Lirası elde edeceğinden kur farkı doğmayacaktır (46).

4.2. İkinci Koşul, "Temerrüt ile Temerrüt Faizini Aşan Zarar Arasında Nedensellik (İlliyet) Bağının Bulunması"dır

Alacaklının temerrüt faizini aşan zararını tazmin ettirebilmesi için gerekli ikinci koşul, "temerrüt faizini aşan zarar" ile "borçlunun temerrüdü" arasında bir neden-sonuç bağı bulunduğunun ispat edilmesidir. Tıpkı haksız fiillerde olduğu gibi, sözleşmeye aykırılıkta da (ve dolayısıyla, borçlu temerrüdünde de) nedenselliğin, uygun nedensellik şeklinde kendini göstermesi gerekir. Çünkü Borçlar Kanunu'nun 105/I. maddesine dayanılarak tazmini istenebilecek zararlar, sadece borçlu temerrüdüne düşme ile uygun nedensellik bağı içinde bulunan zararlardır. Ancak borçlu temerrüdü ile, alacaklının uğradığı temerrüt

(42) YHGK, 07.11.1990-11-283/558-İBD sy11, 12, 13, 190, s.1067(43) - Bak. Barlas, 218.

(43) Bak. Barlas, 218.

(44) Barlas, 218.

(45) Barlas, 218.

(46) Barlas, 218-219.

faizini aşan zararlar arasında uygun nedensellik bağı varsa; o zaman sadece "doğrudan zararlar" değil de "dolaylı zararlar" ve hatta "borçlunun sözleşmenin yapılması sırasında tahmin etmediği; edemediği zararlar" da tazminat kapsamına girerler (47).

Uygun nedensellik (illiyet) bağının varlığını kabul için, sonucun (yani temerrüt faizini aşan zararların), genel hayat tecrübesine, olayların doğal akımına ve objektif değerlendirmeye göre, sonuca (borçlunun temerrüdüne) bağlanabilmesi gerekir. Başka bir söyleyişle, sonuç; (yani zarar); mahiyeti itibarıyla, temerrüt olayına uygun olmalı; temerrüdün uygun bir sonucu olarak görünmelidir. Eğer sonuç olayların doğal akışına göre beklenilmeyecek bir mahiyet taşıyor ise, bu halde de mantıki anlamda "illiyet" yine vardır; fakat olayı meydana getiren kişi (olayımızda temerrüde düşen borçlu), uygun olmayan böyle bir sonuç nedeniyle sorumlu tutulamaz. Şu halde, uygun illiyet yönünden önemli olan, yargıcın objektif muhakemesine (değerlendirmesine) göre, nedenin, bu gibi sonuçları doğurmaya elverişli olup olmadığının saptanabilmesidir. Yoksa fiilin (olayımızda, borcunu ödememede direnen borçlunun) bu sonucu önceden görebilecek durumda olup olmaması önemli değildir; sonucun nokta, sadece kusuru tayin açısından önem taşır (48).

Uygun nedensellik görüşü, çeşitli olaylarda illiyet sorununun nasıl çözüleceği konusunda bir yön çizmiş; yol göstermiştir. Fakat bu suretle tek tek her olayda karşılaşılabilecek güçlükler ortadan kaldırılmış değildir. Niçin? Çünkü her olayda, belli bir zararın, varolan hal ve koşullar altında, belli bir nedenin uygun sonucu olup olmadığını saptamak gereği vardır ve bunu da, yargıç yapacaktır. Şu halde, yargıcın hükmedeceği tazminat, illiyet bağının dışına çıkmamalı; fakat arada uygun illiyet bağının bulunması koşuluyla, fiilin bütün zararlı sonuçlarını içermelidir. Değişik bir söyleyişle, sadece fiilin doğrudan doğruya yol açtığı zararlar değil de; hatta diğer durumlardan doğan zararlar da ödenmek gerekir. Örneğin, bir makinenin kırılması halinde, doğrudan doğruya zarar makinenin değeridir; fakat makine kırılması halinde doğan diğer bir sonuç, uğranılan kâr kaybıdır ve işte bu zararın da ödenmesi zorunludur.

Borçlu, fiilin önceden görmediği ve göremediği sonuçlarından da sorumlu tutulur. Bu yüzden, uygun nedensellik görüşü açısından, doğan zararın, fiilin olağan sonucu olması gerekmez; olağanüstü sonuçtan da sorumluluk vardır; yeter ki, fiil olağanüstü sonuçlar yaratmaya elverişli bulunsun (49).

4.3. Üçüncü Koşul, "Borçlunun Kusursuzluğunu İspatlayamamış Olması"dır

Borçlunun temerrüde düşmede kusursuzluğunu ispatlayamamış olması, alacaklının ek zararını tazmin ettirebilmesi için gerekli son koşuldur. Çünkü mütemerrit borçlu kendi kusuru olmaksızın temerrüde düştüğünü ispat ederse,

(47) Tuhr/Sieglwart, II § 68 II; Tunçomağ, I 807.

(48) Tuhr/Sieglwart, I § 13 I, 9; Tunçomağ, I, 450-451.

(49) Tuhr/Sieglwart, I § 13, 1, 2, 3.

Borçlar Kanunu 105/I'deki ek tazminatı ödemekle yükümlü tutulamaz. Borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olup olmadığı, tıpkı Borçlar Kanunu 96'da olduğu gibi, takdir olunmalıdır. Şu halde, borçlunun zamanında ifa için gerekli önlemleri kasden veya ihmali sonucu almamış olması bir kusur sayılır. Bu yüzden, müttemerit borçlunun beklenilmeyen bir engelin dahi doğabileceğini hesap etmesi ve edim için gerekli ifa hazırlıklarını en son tarihe bırakmaması gerekir (50).

5. Borçlu Temerrüdünde Temerrüt Faizini Aşan Zararın Tazmini Davasının Özellikleri

Temerrüt faizini aşan zararın tazmini davasının taşıdığı önemli özellikler aşağıda açıklanmıştır.

5.1. Ek (munzam) Tazminat Davasının Asli Niteliği

Ek (munzam) tazminat davasının birinci özelliği, bu davanın asli nitelik taşımasıdır. Gerçekten ek tazminat davasının temerrüt faizi gibi fer'i bir niteliği yoktur. Sonra ek tazminat davası asıl alacaktan da tamamen bağımsızdır (51).

Alacaklı, Borçlar Kanunu'nun 105/I'e dayanan ek tazminat istemini, asıl alacak ve temerrüt faizinin tahsiline ilişkin bir dava içinde veya tamamen ayrı bir davada öne sürülebilir. Öte yandan, alacaklının asıl alacağa ve temerrüt faizine ilişkin davasını açmış ve mahkemece karara bağlanmış olması, daha sonra ek tazminat davası açabilmesine engel değildir (52). Değişik bir söyleyişle, asıl alacakla ilgili davada verilmiş mahkeme kararı nedeniyle, borçlu, İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre de, ek tazminat davasında "kesin hüküm itirazı"nda bulunamaz (53).

Bu itibarla, ek tazminat davasının mahkemece kabulü için, alacaklının asıl alacağa ilişkin davada "ek tazminat davası açma hakkını saklı tutması"na da gerek yoktur. Sonra, sadece asıl alacak ve temerrüt faizi istemiyle açılan davada, mahkeme, temerrüt faizini aşan zararın varlığını tespit etse dahi, kendiliğinden ek tazminata hükmedemez (54).

5.2. Ek (munzam) Tazminatın Belirlenmesi

Mahkeme, ek tazminat miktarını tayin ederken, temerrütten kaynaklanmış zararın alacaklı tarafından ispat edilmiş kısmını gözönünde tutacaktır. Fakat bazı durumlarda; özellikle yoksun kalınan kazancın saptanmasında zararın gerçek miktarını ispat çok güç olduğu için, mahkeme, Borçlar Kanunu'nun 42/II. maddesinde belirtilmiş esasları gözönünde tutarak ek zararın miktarını kendisi saptayacaktır. Şu halde, mahkeme, Borçlar Kanunu 42/II'de belirtildiği gibi,

(50) Tuhr/Sieglwart, II § 73 I; Tunçomağ, I, 928.

(51) Barlas, 219; Şerafettin Şirin, Munzam Zarar ve Faiz, İstanbul 1996, 6.

(52) Aynı anlamda; Y11HD, 01.06.1995-2009/4475; bak. Dipnot 36.

(53) BGE 109 II 436-Barlas, 219 No: 648.

(54) Barlas, 220.

"halin (olayların) mutad cereyanını"; "zarar görenin aldığı tedbirleri" ve "adaleti" gözönünde tutarak, zararın miktarını saptamak durumundadır (55).

5.3. Ek (munzam) Tazminatın Belirlenmesinde Ayrıca Borçlar Kanunu'nun 43 ve 44. Maddelerinin de Gözönünde Tutulması

Ek tazminatı tayin ederken, yargıç Borçlar Kanunu'nun 43 ve 44. maddelerini de gözönünde tutmak zorundadır. Bu itibarla, "hakim, hal ve mevkiin icabına ve kusurun ağırlığına göre" ek tazminatın şeklini ve kapsamını belirleyecektir, BK. 43.

Öte yandan, yargıç "birlikte (mütefarık) kusuru" da, gözönünde tutmak ve alacaklının birlikte kusuru oranında ek tazminat miktarını indirmek durumundadır, BK. 44.

Nihayet, taraflar borcun belirtilen zamanında ve yerde ifa edilmemesi hali için cezai şart (yani, ifaya eklenen cezai şart) kararlaştırmışlarsa, bunun da ek tazminat miktarından indirilmesi isabetli olur. Çünkü ifaya eklenen cezai şart, alacaklının belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi halindeki zararını giderme amacı güder ve bu yönden temerrüt faizine benzerliği vardır. Bu yüzden, ek tazminatın hesabında, ödemede gecikmenin vasıflı hali olan temerrüt de, temerrüt faizi (bir anlamda götürü tazminat) indirilirken; ifada gecikme için tarafların öngördükleri götürü tazminatın (ifaya eklenen cezai şartın) ek tazminattan indirilmemesinin makul bir nedeni yoktur (56).

5.4. Ek (munzam) Tazminatın Asıl Davada veya Aynı Bir Davada İstenebilmesi

Ek tazminat davasında, yargıcın, ek tazminat miktarını karara bağlarken, borçlunun temerrüt durumu karardan sonra da devam ediyor ve bunun, alacaklı için, yeni ek zararlara yol açması bekleniyor ve ilerde doğacak ek zararın miktarı da karar anında saptanabilir olabilir. Böyle bir durumda, yargıç kararında, sadece gerçekleşmiş ek (munzam) zararın değil; gelecekte gerçekleşmesi beklenen ek zararın da tazminine hükmedebilir. İşte Borçlar Kanunu'nun buna imkân veren 105/II. maddesi sayesinde, alacaklı, ilerde ek zarar gerçekleştiğinde yeniden dava açmak yükünden kurtarılmıştır (57).

5.5. Ek (munzam) Tazminat İsteminde Zamanaşımı Süresi

Ek tazminat istemindeki zamanaşımı süresi konusunda görüşler birbirinden farklıdır. Genellikle, ek tazminat isteminin de asıl alacağı uygulanan zamanaşımı süresine tâbi olduğu kabul edilmektedir. Ancak bazılarına göre, ek tazminat istemi; temerrüt nedeniyle doğan yeni ve bağımsız bir alaktır ve bu nedenle, on yıllık zamanaşımı süresine tâbidir (58).

(55) Karş. Barlas, 220.

(56) Barlas, 222-223; Tunçomağ, Cezai Şart, İstanbul 1963, 24-30.

(57) Barlas, 223-224.

(58) Barlas, 226.

I. TEBLİĞ TARTIŞMA

Tartışma Konusu :

BORÇLU TEMERRÜDÜNDE TEMERRÜT FAİZİNİ AŞAN ZARAR VE TAZMİNİ

Başkan:

Sayın konuklar, değerli bilim adamları,

Hoşgeldiniz. Meslektaşlarım ikinci kez aranızda bulunmaktan Dairem adına çok mutlu olduğumuzu ifade etmek isterim. Sigorta Hukuku Türk Derneği'nin geçen sene olduğu gibi, bu sene de bizleri misafir etmesinde, başta Sayın Ender hocamız ve sayın Sinan ve diğer yetkililere teşekkür etmeyi bir borç olarak ifade etmek isterim.

Bugünkü çalışmamızda sigorta hukukunun özel sigortalara ilişkin bazı sorunlarını inceleyeceğiz. Bu bizim arzu ettiğimiz konulardan idi. Gündem elinizdedir bu gündemdeki Sayın tebliğ sahiplerinin çalışmaları nedeniyle ve sigorta hukukuna bulunacakları katkılar bakımından tekrar teşekkürlerimi arz ediyorum. Bilindiği üzere sigorta hukuku sosyal güvenliğin bir bölümünü oluşturuyor. Burada biz sosyal güvenlik kavramı içerisinde sadece özel sigortaları dile getireceğiz. Bu çalışmaların hem derneğe hem de bizim çalışmalarımıza, kararlarımıza olumlu yönde yansıyacağını şimdiden ifade etmek istiyorum. Çünkü geçen seneki toplantıdaki tebliğlerden çok yararlandık. Sizleri fazla yormak istemiyorum, programa geçeceğimiz için tekrar hepimize sevgi saygılar sunarım ve sempozyumun başarılı geçmesini dilerim. Teşekkür ederim.

Sayın konuklar ilk tebliğimizi sayın hocamız Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'ın "Borçlu Temerrüdünde Munzam Zarar Kavramı"nı görüşeceğiz.

Başkan:

Tebliği nedeniyle kendisine teşekkür ederiz. Şimdi tartışma bölümüne geçeceğiz. Ancak tartışma bölümünde konu Sigorta Hukuku yönünden değerlendirilecektir. Bugün hocamızla görüşmemizde Munzam Zarar Kavramı'nın hem genel olarak hem de Sigorta Hukuku yönünden ve özellikle son zamanlarda önümüze gelen bazı davalarda sigortacının munzam zarardan ne derece sorumlu olması yönünde idi. Ancak bu genel değerlendirmelerden çok yararlandık. Tartışmalar sırasında Sigorta Hukuku yönünden de herhalde sorular ortaya çıkacak. Sayın hocamız bunlara cevap verecektir.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu:

Öncelikle sayın hocama teşekkürlerimi sunuyorum. Sorum, Sigorta Hukuku ile ilgili değil, daha genel. Munzam zararlar konusunda ikili bir ayırım yaptı. Yoksun kalınan kâr, fiili zararlar olarak saydı bunları. Bir de enflasyon neticesi dedi. Enflasyon neticesinden kendisine tamamiyle katılıyorum. Bankaların "biz enflasyondan etkilendik" deyip munzam zarar talep edemeyeceği şeklinde görüşünü belirtti ki buna tamamen katılıyorum. Yalnız yoksun kalınan kârda, bankalar, sigorta şirketleri ve diğer ticari kuruluşların paradan para kazanmaları adetten olduğu için bunların munzam zarar talep edebileceklerini de söyledi hocam ve yanılmıyorsam, Alman Hukuku'ndan da örnek verdi. Bir kredi ilişkisinde bir bankanın kredi müşterisine karşı munzam zarar talep edebilmesi acaba mümkün olur mu? Çünkü bankaların kredi sözleşmelerinde, matbu metinlerinde yer verdikleri temerrüt faizi kuralları zaten akıl sınırlarını dahi zorlamaktadır. Bir de buna ilaveten bankalar paradan para kazanıyor diye munzam zarar nasıl talep edecekler, ben bunu hayal edemiyorum, düşünemiyorum. Hocam yanıtlarsanız çok sevineceğim, teşekkür ederim.

Prof. Dr. Kenan Tunçomağ:

Sayın Burcuoğlu, bankanın kredi vermesi durumunda, kredi borçlusunun zamanında ifa etmemesi nedeniyle temerrüde düşmesi sonucunda munzam zarar istemesinden söz ediyorsunuz.

Banka bir kredi işlemine girmiş ve bu krediyi alan kişi krediyi zamanında ödememesi nedeniyle temerrüde düşmüşse, diğer borçlara yapılan işlem yapılır. Ancak, Borçlar Kanunu'muzun 42. maddesinin 2. fıkrası; "Hâlin mutad cereyanını, alacaklının aldığı tedbirleri ve adaleti gözönünde tutarak bunu yapacaktır" der. Demek oluyor ki, munzam zararda, sadece bir zararın mevcut olması değil, zararın ispat edilmiş olması ve ispat edilen bu zararın adaletli olmasını da arıyor. Sonra, zararın harfiyen tazmini de sözkonusu değildir. Eğer belirttiğim şartlar varsa, banka da elbetteki munzam zararının ödenmesini talep edebilecektir. Ama bu şartlar yoksa, banka kredi borçlusundan munzam zararının tazminini isteyemez.

Genel cevabım şudur. Bankalara da aynı esas uygulanır, ama bu uygulanırken bankanın özel durumu, o kişinin özel durumu, işlemin özelliği de gözönünde tutulur. Hukukta çözümler hep ayrıntılardadır. Olayın özelliklerine tam nüfuz edilmedikçe, isabetli bir karar verme imkânı yoktur. Binanaaleyh sizin sorunuza benim genel cevabım budur.

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu:

Bankalarda genelde akti faiz limiti yoktur. Temerrüte düşerse bunun üzerinde şu anda geçerli olan kredi faizi % 300'dür. Öze düştüğü zaman % 300 faizi talep eder ve mahkemelerimiz de hiç tereddütsüz % 300 faize hükmeder. Bunun dışında bankanın kalkıp da ben munzam zarara uğradım diyebilmesi mümkün

olabilir, somut örnek de budur.

Prof. Dr. Kenan Tunçomağ:

Size bunun şartlarını söyledim. Madde bunu zaten kendisi engelliyor. Çünkü madde aynı zamanda adalete uygun da diyor. İsviçre Borçlar Kanunu'nda adalete uygunluk koşulu yok; sadece halin özellikleri ve alacaklının aldığı tedbirler gözönünde tutulur, diyor. İsviçre'de bu adil olma unsuru yoktur. Bizim kanunumuzda eklenmiş bir unsurdur. Burada takdire bağlı bir olay vardır. Sizin söylediğiniz olay çok sınırdan bir olay; burada mahkemenin işi son derece güç; ama faizin bu kadar yüksek olması bunların anlaşma ile ek tazminatı tesbit etmiş olmaları şeklinde de yorumlanabilir. Ancak olayın özelliklerine bakmak lazım. Çok genelinde, ancak bunlar söylenebilir.

Altan Ayanoğlu:

Sayın Tunçomağ'ın bugünkü bildirisinde genellikle mevcut hukuk kaidelerine göre neler yapılabilir, onlar açıklandı. Ancak ülkemizde Medeni Kanun'un kabulü ile birlikte geçen süreye bakacak olursak aşağı yukarı 70 yıl bitti. 18 yıldan beri de çok yüksek bir enflasyon var. Bu yüksek enflasyon ekonomik durumun bozukluğu karşısında 70 yıl evvelki kaideleri esas unsurlar bakımından değil, teferruat bakımından uygulamaya kalkarsak, hukukta büyük bir boşluk, büyük bir hastalık meydana gelir ve bugün de bu hastalık mevcuttur. Bunun için kanun vazî'nin buna el atması gerekiyor; ama maalesef kanun vazî' bunun farkında dahi değil. Kanun vazî'nin bu yola sevk etmesi gereken de uygulamacılar özellikle mahkemeler ve temyiz. Fakat öyle görüyorum ki, temyizden de mahkemelerden de bu konuda en ufak bir hareket yok. Tam tersine Yargıtay'ın bunun aksine pek çok kararları var.

Teminatlı olan alacaklarda özellikle gayrimenkul ipoteğinde, teminat ipoteğinin azami limiti öne sürülerek, adeta borçlunun temerrüdü, borçlunun kötü niyeti korunur hale getirilmiş durumda. Bunun için hukukçularımızın bu konudaki düşüncelerini öğrenmek istiyorum.

İkincisi de 35 yıllık bir banka hukukçusu olarak Sayın Burcuoğlu'nun söylediği konuya temas etmek istiyorum. Bugüne kadar ben hiçbir bankanın munzam zarar talep ettiğine rastlamadım. Çok güzel temas ettiği gibi kredi sözleşmelerinde temerrüt faizi ile ilgili konular düzenlenmiştir. Eskiden kredi faizinin % 36 olarak sınırlandığı dönemde temerrüt faizine % 36'nın üzerine 25 puan 30 puan gibi ilaveler yapılıyor idi. Şimdi faiz serbest olduğu için bu ilaveye de lüzum yok ama % 300'lere varan kredi faizi de, temerrüt faizi de yok. Bugün aşağı yukarı % 75'le % 95 arasındadır. Bu bakımdan bankaların bizim uygulamamızda munzam zararlar ilgili en ufak bir faaliyeti mevcut değil ama alalmazlar mı? Bana göre alırlar. Ve buna da en güzel örnek dövizle alınan ve dövizzedeler olarak ortaya çıkan kişilerin durumudur. Onlar Türk parasının faizinin çok yüksek olduğu dönemde kur farkları Türk parasının faizinin % 50'sine ancak ulaşabiliyor idi. Ancak 5 Nisan kararlarının öncesinde kur farkları birden

bire arttığında bunlar başladılar vaveylâya. Aslında kendi menfaatlerine uygun olanı seçtikleri halde bankaları karşlarına aldılar ve maalesef avukat Yılmaz Alparslan'ın aldığı bir kararda da mahkeme çok yanlış bir yola teşebbüs etti; bir nevi kötü niyeti korur hale geldi. Kararda kur farkının borçluya yükletilemeyeceği şeklinde idi. Çünkü döviz borçlarında ödenmesi gereken de döviz miktarıdır. Onu aldıkları tarih itibarıyla Türk parasına çevirip % 30 faiz ile ödemek istediler, buna imkân yok. Bu olaylar da gösteriyor ki, bizim hukukumuz güncelleştirilmesi gereken bir hal aldı. Bu güncelleştirilme yapılmadığı takdirde Türkiye'de mahkemelerin işi çoğalacak. Türkiye'de doğru bir hukuk düzeni olmaktan çıkacaktır. Bu husustaki bilgilerini almak istiyorum, teşekkür ederim.

Prof. Dr. Kenan Tunçomağ:

Sayın Ayanoğlu, sorularınızdan birincisine önce cevap vermek istiyorum. Türk Medeni Kanunu, Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden itibaren 70 yıl geçtiğini ve bu nedenle kuralların yetersiz olduğunu söylüyorsunuz. Önce size bir örnek vereyim. Fransız Medeni Kanunu 1804 tarihlidir. Fransız Medeni Kanunu bazı küçük değişikliklerle beraber bugün de hâlâ yürürlüktedir. Kanunlar ve kanunların içindeki kurallar eskimez, asırlar da geçse eskimez, yalnız kanunları konuşturmak; yani doğru yorumlamak vardır.

Kanunlar, teferruat düzenlemez, kanunlar prensipleri düzenler; bazan nadiren ayrıntıya da girerler. 70 yılı geçmesi nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'nun eskidiği söz konusu edilemez; öne sürülemez. Bunu biz günün icaplarına göre yorumlayamıyorsak, bu yasanın değil, hukukçuların bir kabahahtı olarak mütalaa edilmelidir. Bugün yorumlanamıyor; ama yarın yorumlanabilir. Üstelik bu eksiklik de sadece yargıların değil, tüm hukukçularındır.

Aslında Türkiye'de olaylar kaydırılmaktadır. Yasa koyucunun yapması gerekli olan bir işi, yasa koyucu yapmıyor. Yasa koyucu yapmayınca, hakim o olaylarla karşılaşılıyor. Bu yasa koyucunun işidir, ben karar veremem diyebilir mi hakim? Diyemez. Ne yapıyor? Ben bunu çözeceğim diyor. Peki konunun çözümü, genelliği ve karışıklığı itibarı ile yasama organına ait bir iken, yargıtay bu işi yapmaya kalkınca, burada sıkıntılar ortaya çıkıyor.

Bunun tipik örneklerinden biri Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun'un kira tespitine ilişkin hükmünün Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesidir. Bunun üzerine bir kanun yapmak lâzımdı; ancak yasama organı yapmadı, çünkü kiracıyı korusa kiralayanları gücendirecek, kiralayanları korusa geniş bir kitle karşısında kötü duruma düşecekti. Bu nedenle, kanun yıllarca çıkmadı. O zaman bütün o ağır yük Yargıtay'a yüklendi. Yüzlerce, binlerce dava yargıtaya geldi ve yargıtay da yıllar sonra bazı esaslar geliştirerek belli bir çözüme ulaştı. Şimdi Yargıtay'ın yasama üzerinde nasıl bir etkisi olabilir? Yasama başka organ; yargı başka organdır. Yargıtay'ın yasama organına başvurarak bize bir kanun yapın demesi gibi bir olay söz konusu olamaz.

Bankanın munzam zarar isteyip istemeyeceği meselesine gelince, ben olayı

kısa kestim ama, benim anlattıklarım içinde bunun cevabı vardı. Munzam zararın tazmini istenebilir. Eğer bu kişi temerrüt faizini aşan zararını başka bir yoldan tazmin ettirmişse, zaten bu Borçlar Kanunu'nun 105. maddesinin 1. fıkrasına göre tazminat isteyemez. Burcuoğlu'nun sorduğu; sonra sizin de katıldığınız olayda, banka zaten o yüksek kredi faizi ile tüm zararını tazmin ettirmiş görünmektedir. Hal böyle ise, banka munzam zarar tazminatı isteyemez.

Av. Münir Göker:

Ben tatbikattan gelen bir iki sorun hakkında bilgi almak istiyorum. Birincisi; ek tazminatı bağımsız bir dava olarak yorumladı "feri bir dava değildir, bu nedenle giderek asıl davada saklı tutulmadan da yeni bir dava açılır" dedi. Genelde yargılamada asıl davada munzam zarar davası saklı tutulmadan yargıçlarımız buna itibar etmiyor; dolayısıyla bir davanın reddi nedeni oluyor. Sanki doktrin ile tatbikat arasında sizin söylediğiniz açıdan bir çelişki var gibi benim kanaatim.

İkincisi, sizin söylediğiniz hususlarda genelde hangi hallerde munzam zarar davası açılmayacağını ben şematik olarak kavrayamadım. Sebebi de munzam zarar davası açmak sanki moda oldu. Yüzlerce, minlerce konuda munzam zarar davası açılıyor ve bu Yargıtay'da gidiyor, Yargıtay'ın da yükünü alıyor.

Somut bir örnek vereyim. Mahkeme ihtiyati tedbir kararı veriyor; ihtiyati tedbir kararı sırasında karşı taraf bir müteakıl dava açıyor ve davayı kazanıyor. Bu mahkeme kararının uygulanması. Alacağını da tahsil ediyor. Bundan sonra tekrardan bir munzam zarar davası açıyor ki, ne borçlu temerrüdü var, ne bir akti ilişkisi var ve bu munzam zarar davası yerel mahkemede kabul görüyor; fakat Yargıtay'dan bozuluyor. Bu konuda da fikirlerinizi almak istiyorum.

Prof. Dr. Kenan Tunçomağ:

Son söylediğiniz olaydaki sizin görüşünüz nedir?

Av. Münir Göker:

Kesinlikle açılmaz. İhtiyati tedbirden karşı taraf müteakıl davadan teminatı nakde çevirmiş, alacağını almış. Arada akti bir ilişki yok, borçlunun bahsettiğiniz temerrütü yok. Tamamiyle haklı veya haksız ihtiyati tedbir kararının uygulanmasıyla borçlu yani karşı davadaki kişi parasını almış. Artık burada munzam zarar davası sözkonusu olamaz. Bu konuda da bir sınıflandırma yapabilirsek, en azından Yargıtay'ın da mahkemelerin de yükünü hafifletiriz. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Kenan Tunçomağ:

Munzam zararın tazmini davası moda halindedir ve tutturabilen çok da büyük tazminatlar alabiliyor. Halbuki munzam zararın benim anlattığım koşullarına riayet edilirse; her munzam zarar talebi hükme bağlanamaz, hükme bağlanabilse bile, o yükseklikte bağlanmaz. Çünkü burada bütün özellik, yasanın her hale uygulanabilecek geniş kapsamlı hükmünü yorumlamaktır. Ben ek tazminat

davasının. (Borçlar Kanunu'nun 105. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen bu davanın), bağımsız bir nitelik taşıdığı görüşümdedir. Yargı bunu kabul etmiyorsa, buna benim diyeceğim bir şey yoktur. Çünkü o yargının yorumu oluyor. Hangimizin doğru dersiniz, bana göre benim söylediğim doğru, mahkemeye göre onun yorumu doğrudur. Çünkü burada kavramlar üzerinde konuşuyoruz, somut olaylar yok; o sebeple burada daha fazla açıklama yapmaya imkân yoktur.

Ek tazminat davası furyasının önlenmesi Yargıtay'ın ve mahkemelerin işidir; ama aynı zamanda hukuk doktrininin de işidir. Uygulamaya baktığınız zaman kur farkı ne kadarsa başka hiçbir şey araştırmadan isteniyor. Böyle davalar açılıyor ve bazı mahkemeler de ona karar veriyorlar. Yargıtay'ın burada tereddüt etmesi, çözüm arama yoluna gitmesi, tam esasları belirtmemesi yüzde yüz haklı. Çünkü olayla karşılaşan, baskıyla karşılaşan yargıtaydır ve bunları belli süre içinde çözmek zorunda olan da Yargıtay'dır. Yargıtay, "bunu inceleyeyim bir iki senede karar veririm" diyemez. Mahkemeler de bunu yapamaz. Bu nedenle ek tazminat davasını çok geniş yorumluyorlar. Mahkemelerin bu yorumlarına katılmıyorum. Katılmadığım zaten söylediğim sözlerden açıkça anlaşılıyor.

Av. Nihat Aryol:

Başlangıçta hep genel kurul kararlarından bahsettiler, ben neden Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin kararları sözkonusu değil demiştim ama, o mesele halledildi. Oysa Yargıtay 11. Hukuk Dairesi kur farkının munzam zarar doğurduğundan başlayarak bunu geliştirdi, üzerinde özveriyle durdu pek çok emeği geçti ve bir noktaya getirdi oturttu. Ama Yargıtay'da az olmakla beraber Dairelerimiz var. Onlar bu munzam zarar uygulamasında pek istenilen noktaya gelemediler. Tebliğde ağırlık noktası munzam zarar. Hükümetin enflasyonist politikası, ekonomik politikası munzam zarar doğurur mu doğurmaz mı bunun halli gerekir. Bütün meseleler burdan kaynaklanmaktadır. Türkiye'de senelerden beri % 80-90'lara varan enflasyonist bir ekonomi uygulanmakta ve 3095 sayılı kanun çıktığından beri değiştirilmemiştir. Batıda da bunlar yaşanmıştır. Ayanoğlu 105. madde değiştirilmesi gerekir, yeni kural konması lazım gelir dedi. Kanaatimce 105. madde son derece güzel, herşeyi halledebilecek bir maddedir. Alacaklının temerrüt faizini aşan bir zararı varsa bunu kanıtlamak kaydıyla kanun almasına müsaade ediyor. Kanun, diğer taraftan bir denge de kurmuş. Borçlu kusuru olmadığını ispatlayacak ve bunu ödemekten kurtulabilecek. Son derece güzel bir madde. Ancak uygulamada tereddütler olmaktadır. Yargı Hükümetin bu enflasyonist ekonomik politikasına uymak zorunda değil. Bu büyük bir hatadır, batı da bunu yaşamıştır ve 105. madde o zaman da vardı. Batılı müellifler de enflasyonist ekonominin, uygulamanın munzam zarar doğuracağını açıkça kabul etmişlerdi. Bizim de tek cümle ile enflasyonist ekonomik uygulama munzam zarar doğurur. Bunun ispatına da bence hukuk mahkemeleri usul kanunu 258. maddesine o sıkı kurallara da bağlı kalmamak lazım. Dolar yükseliyor, altın

yükseliyor toptan eşya fiyatları her ay ilan ediliyor, yükselmeler bariz. Bilinen bir şeyin ispatına gerek yok. Munzam zarar davası furyasından da söz etmek herkesin canı yanmış olmalı çünkü paranın satınalma kudreti düşüyor, dolayısıyla bırakın kâr kaybını asıl alacağını alamıyor. Bu arada tebliğinizde bir konuya temas ettiniz. "Türkiye'de enflasyonist bir ekonomi var, bundan bütün vatandaşlar zarar görüyor dediniz". Zarar görenler de var, faydalananlar da var. Zarar görse de bunu bir hukuk kuralı olarak bir prensip olarak almamıza imkân yok.

Prof. Dr. Kenan Tunçomağ:

Enflasyondan yalnız alacaklı, dava açan kişinin değil, tüm ülkenin zarar gördüğünü ifade ettim. Onun tahripkâr sonuçlarından bütün ülke zarar görür ama, söylediğiniz gibi istisnai bazı kişiler yarar görüyorsa, bu kuralı bozmaz, enflasyon hiçbir ülkeye yarar getirmez. Olayın esasına gelince, belki bu enflasyon nedeniyle ortaya çıkan durumun çözümünü yargıya bırakmak konusu Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun'daki durum gibidir; bunu biraz önce örnek gösterdim. Bazı olaylar var ki, bunlar yargıyı aşıyor, bunlar yargı kararları ile çözülemez, belki ek bir yasa, özel bir yasa yapılabilir. burada eğer yargıtay daha titiz davranmazsa bu davalarda haklı veya haksız bir takım sonuçlar ortaya çıkacaktır. Bu yüzden ben Borçlar Kanunu'nun 105. maddesinin 2. fıkrası ile 43. ve 44. maddelerinin, bütün bunların işletilerek ancak hakkı olana ve hakkı olduğu ölçüde bir tazminat bağlanmasının isabetli olacağı düşüncesindeyim.

Samim Ünan:

Sigorta hukukuna bir geçiş yaparak yargıtayın kararlarında varmış olduğu çözümlere dair bilgi vermesini rica edeceğim. Bizim esas konumuz sigorta hukuku. Bu sigortaya ilişkin görünüşleri nedir? Genel olarak medeni hukuk, borçlar hukuku bakımından hocamızın kıymetli değerlendirmelerini aldık. Sigorta da ne gibi problemler ve özellikler ortaya çıkabiliyor, sigorta şirketi ödemediği zaman ne oluyor, buna ait bir değerlendirme rica edeceğim.

Prof. Dr. Kenan Tunçomağ:

11. Hukuk Dairesi'nin kararları içinde yer alan uzun bir kararında, Yargıtay munzam zarar davalarında dikkat edilecek hususları ayrıntılı şekilde belirtmiştir. O kararında "mütefarık kusur gözönünde tutulacaktır, tarafların aldığı tedbirler gözönünde tutulacaktır" diyor ve eski kararlara oranla çok daha ayrıntılı bir takım sonuçlara varıyor. Dairenin, hakimin karar verirken, davacının mütefarık kusuru bulunup bulunmadığı araştırılmak, bu durumda yeniden bir bilirkişi kurulundan rapor alınmak ve dava konusu munzam zarar miktarını Borçlar Kanunu'nun 43/2. maddesi hükmü gözönüne alınmak suretiyle tesbit edilmek ve sonra bulunan zarar miktarından önceki davada alınan anapara ve temerrüt faizi indirilerek geri kalana, davacının munzam zararı olarak karar vermekten ibarettir şeklinde özetlenebilecek 23.11.1995 tarihli kararı; genel çizgileri ile benim yaptığım açıklamalara uygundur. Bu, birinci karardır.

Bana gönderilen ikinci kararda, bir kişi kasko, sigorta sözleşmesi yapıyor. Bunda % 50 enflasyon şartı var. Bu zatın Toyota marka arabası 4 gün sonra çalınıyor. Aldığı tarihteki fiyat ve 4 gün sonraki fiyatı da alıyor bayiden. Kur farkları arttığı için 70 veya 80 milyon bir fark ortaya çıkıyor. Bu farkı istiyor ve bu farkı da mahkeme veriyor.

Üçüncü kararda, sigorta şirketi, bir kasko sigortası yapmış ve buna % 50 enflasyon koşulu da kabul etmiştir; yani sigorta şirketi primini alarak enflasyon koşulunu kabul etmiştir. Şu halde bu olayda munzam zarar söz konusu olmamak gerekir diye düşünüyorum. Sigorta sözleşmesi yapılıyor. Sigorta sözleşmesinin belli şartları var; o şartlar içinde bu yapılıyor. Bu kasko sigortası bir yıl için veriliyor ve bu bir yıl için % 50 enflasyon koşulu konuyor.

Olay 1993 yılında olmuş. O zaman kurlar yüksekmış. Arabanın fiyatında 90 milyon, bir ay sonra da 150 milyonluk bir fark oluşmuş. Bu paranın istenmesi söz konusu olmuştur. Bunun hakkında bir cevap vermek için sigorta sözleşmesine eklenmiş olan o koşulu görmek lazım. Bu ayrı bir koşul kasko sigortalarında. Sigortacıların beni teyid etmesi lazım. O maddeyi görmedikçe burada kesin bir şey söylemek mümkün değil, kararda da o yok.

Bana gönderilen dördüncü kararda, bir yat sahibi, yatını kiraya veriyor. Kiracı yatı hasara uğrattıyor. Yat sahibinin sigorta sözleşmesi var. Kiracı hasara sebebiyet verdiği için sigortacı parayı ödemiyor, birtakım itirazları var. İki dava açılıyor. Bir davada sigorta bedelini istiyor ve faiz istiyor. İkinci davayı munzam zarar olarak açıyor. Bu şu kadar zaman geç ödendi, onun için munzam zarar istiyorum diye. Bu olayda da 11. Hukuk Dairesi, istem yönünde bir karar verdi.

Yakup Sarı:

Temerrüt halinde sözleşmede hüküm bulunması durumunda elbette sözleşmedeki kararlaştırılan temerrüt faizinin uygulanacağını söyledi. Aksi takdirde 3095'e göre devlet bankalarının bir yıllık yabancı paraya vermiş bulunduğu faiz oranının ödenmesi gerektiğini belirttiler. Bir görüşe göre en yüksek oranın ödenmesi gerekir dediler. Fakat hocamızın görüşünü öğrenemedik, diğer görüş nedir? Benim bildiğim uygulamada farklılık yok; ama bu konuda bilgi verirseniz.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Kenan Tunçomağ:

Sayın Sarı, ben bu olaya, dikkatinizi çektiği gibi, dokunmadım. Sadece bu konuda fikir açıklamış bir hukukçunun görüşünü aktardım. Yalnız maddenin ifadesi iyi değildir. Devlet bankalarının o yabancı paranın bir yıllık mevduatına verdiği en yüksek faiz oranı diyor. Devlet Bankalarının tümünü alıyor. En yüksek faiz oranı diyor. Bunların hepsi değişik uyguluyorlar. Ben bunun ortalamasının alınmasının daha makul olacağını düşünüyorum; ama açık bir fikre ulaştığımı da söyleyemem. Bunun için de fikrimi belirtmedim. Ama mademki değişik kurlar var; bunların en yüksekini değil de ortalamasının alınması isabetli olacağı söylenebilir.

Şenler:

Sayın Tunçomağ'ın bahsettiği karar, enflasyon kızı. Bu arabanın fiyatı enflasyon dolayısıyla arttığı takdirde sigorta şirketi artan değeri karşılayacak. O zaman arabanın fiyatı 80 milyon arttıysa orada ödenen tazminat normal zarardır. Munzam zarar burada söz konusu değildir. Yat meselesinde ihtilaf nasıl çıktı, tam anlayamadım. Sigorta tazminatının ödenmesi sigortacının borcu bakımından hangi anda borçlu temerrüdü teessüs eder. Sigorta sözleşmesi özelliği olan bir sözleşme. Riziko gerçekleşince zarar meydana geliyor, muaccel oluyor ama sigortacının ödemesi için zarar miktarının bir suretle belirlenmesi lazım. Biz ihtar da çeksek ne ödeyeceğim diye soracak sigorta şirketi. Burada usul anlaşma olmadığı takdirde hakem bilirkişiye gidiliyor, tazminatın miktarı tesbit ediliyor. Teminata giriyorsa o zararı sigorta şirketi karşılayacak. Bizim elimize geçen kararda yangın sigortası genel şartlarında bir hüküm var. Sigorta tazminatının tahakkuku diyor. Tahakkuk kelimesi şöyle yorumlanıyor, mahkemelerimiz tarafından. Tazminat miktarının belirlenmesi, kesin hale gelmesi. Ne zaman tazminat miktarı kesin hale gelir? Ya taraflar anlaşır bir rakam üzerinde veya anlaşamıyabilirler. Bir taraf tesbit ettirir, sigortalı der ki; "Hayır ben bunu kabul etmiyorum" neticede mahkemeye gidilecektir. Tahakkuk kelimesinin Sayın üyelerde buradayken bir açıklığa kavuşturulması, Borçlar Hukuku bakımından sizin de fikriniz önemli. Tesbit etsek diyorum izninizle. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Kenan Tunçomağ:

Riskin tahakkuk ettiği tarihten 5 gün sonra muaccel olur. Ancak sigorta sözleşmesi diğer sözleşmelere benzemez; riskin tahakkuk edip etmediği ve ne miktarda risk tahakkuk ettiği ancak belgelerin ortaya konması; araştırma yapılması sonucunda ortaya çıkar. Hayat sigortalarından bir örnek vereyim. Hayat sigortasında sigortalı ölüyor, geriye kalan mirasçılar veya lehtarları ölüm tazminatı ödenmesini istiyorlar; ama önce veraset ilâmı getirmesi istenir. Olayda kaza mı yoksa intihar mı var? Sigortacının ödeme borcu, ancak bu konuların ispatından sonra tahakkuk eder. Demek oluyor ki, sigorta hukuku bakımından bir borcun ödenebilir durumu gelmesi; yasanın o yolda yorumlanması ile mümkün. Söylediğim gibi ölüm olayı, ölüm olayının ispatı, hak sahipliğinin ispatı ve hastane raporu gerektiği durumlar da bu rapor, sakatlık meselesinde de rapor aranıyor. Şu halde, sigorta şirketinin ödeme borcu, sigortalının kendisine düşen bütün görevleri yapması; örneğin hayat sigortasında sigorta poliçesi, tasdikli ve vukuatlı nüfus kaydı örneği; gerekirse doktor raporu ile veraset ilâmını şirkete teslim ettiği anda, muaccel olur ve o andan itibaren en geç on gün içinde ödenmesi gerekir.

İşil Ulaş, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Üyesi :

Hepimiz enflasyona maruzuz, hepimiz bunu yaşıyoruz. Ama sanmıyorum ki bu yaşadığımız sıkıntı sözleşme ilişkilerinde aksi bir sonuca versin. Kişi, borçlu

temerrüdü sebebiyle ondan yararlanmamalı. Bu nedenle yargıtay da temerrüdün sonuçlarından, sözleşme ilişkilerinde borçluyu sorumlu tutuyor. Munzam zarar kavramı adı altında da bu davalara olumlu bakıyoruz. Aksi halde, aksi düşüncenin kabulü borçluyu temerrüde teşvik eden bir düşünce tarzı olmaz mı, diye düşünüyorum.

İkinci bir konumuz yine uygulama ile ilgili. Sigorta poliçelerinde temerrüt faizi oranı azami % 10 olarak kararlaştırılıyor. Buna karşı açılan davalarda, davacı ya % 30 faiz istiyor, veyahut koşullar oluşmuşsa reeskont oranında temerrüt faizi istiyor ve sigorta şirketleri bu davalardaki savunmalarında sözleşme serbestisi ilkesinden hareketle bu oranda ancak sorumlu olabileceklerini savunuyorlar. Bugüne kadar çoğunlukla mahkemelerden % 10'u aşan % 30 kabul kararları geliyordu, onların üzerinde fazla durmadan uygulamada formül onama dediğimiz onamaları yapıyorduk. Son dönemde Ankara Ticaret Mahkemeleri'nden birisinden geldi. Sözleşme ilişkisinin hakim olduğundan bahisle, tersine bir karar çıktı. % 10 oranının üzerinde temerrüt faizine hükmedilmeyeceğine karara bağladı. Burada Daire eski görüşünü biraz açıklamak suretiyle sonuca gitti ve kararı bozdu. Biz bu kararı oluştururken Borçlar Kanunun 103. maddesindeki kuraldan hareket ettik. Bu kuralı sizin yorumunuzla istiyoruz. Acaba % 30 veya % 10 kararlaştırılmışsa, reeskont oranında da istenebilir mi? % 30'un üzerinde temerrüt faizi istenemez koşulu açıkca konulduğu takdirde, diğer bir sorum, reeskont oranı üzerinde temerrüt faizi istenebilir mi? Bir problem de uygulamada buradan geliyor.

Diğer bir sorun "munzam zarar davalarında kusur konusu". Malum Borçlar Kanunu'nun 105. maddesi ancak kusursuzluğun ispatı halinde munzam zararlar borçlunun sorumlu olmayacağı ilkesini getirmiş. Acaba açılan davalar bakımından ister sigorta ettirenin açtığı bir tahsil davası olsun, isterse uygulamada açılan icra takibine karşı, menfi tesbit davası şeklinde sigorta tarafından bir davayla da gelebiliyor. Bu davanın açılması kusur bakımından nasıl bir sonuç doğuracaktır. Sigortacı der ki, "ben dava sonucunda ödüyorum bir kusurum yoktur" bu bakımdan menfi tebit davası veyahut sigorta ettirenin açtığı tahsil davası süresince ödememeden doğan bir kusur hali yüklenebilecek midir?

Prof. Dr. Kenan Tunçomağ:

Birinci sorunuz, sigorta poliçesinde temerrüt faizi % 10 olarak karşılaştırıldığı durumlarda, % 30 temerrüt faizi mi? Ve olabilirse reeskont faizi mi ödenecektir şeklindedir. Az önce de bahsettiniz temerrüt faizi kanunda açıkca % 30 olarak tesbit edilmiştir. Bunun altında söz konusu olamaz. Şu halde % 10 değil; % 30 temerrüt faizinin uygulanması gerekir.

Sayın Işıl, ikinci sorunuzda şunu ifade ettiniz; sigorta poliçesinde % 30 üzerinde temerrüt faizi istenemez denmişse, olayda reeskont faizi ödenmesi söz konusu değil ise, bu hüküm normal karşılanır. Munzam zarar davalarında kusura bir

örnek verdimiz. Sigortalı veya sigorta şirketi davayı açıyor. Dava açması bir kusur olarak nitelenebilir mi? Örneğin sigorta şirketi menfi tesbit davası açıyor. Sigorta şirketinin menfi tesbit davası açması, dolayısıyla işi uzatması sigorta şirketinin bir kusuru olarak ifade edilebilir mi? Sigorta şirketinin açtığı dava normal bir dava ise, onun dava açması kusur olarak nitelenebilir; ancak, olayda tesbit davası açmasını gerektiren hiçbir durum yoksa ve bu dava, mahkemenin incelemesi sırasında tesbit davasının sözkonusu olmaması nedeniyle, reddedilmişse, o zaman bu davranış kusur sayılabilir. Tesbit davasının şartları bellidir. Herkes her durumda tesbit davası açamaz. Tesbit davasının hiçbir şartı olmamasına rağmen tesbit davasını açmış ve mahkeme de sonunda burada tesbit davası açılması caizdir şeklinde bir karar vermişse, o zaman davacının bana göre kusurlu sayılması isabetli olur.

Av. Muazzez Kabaklı:

Zararın tahakkuku konusunda hocamında belirttiği gibi taraflar zararı belli bir şekilde tesbit edebilmek için bazı aşamalardan geçecekler. Ekspertiz raporu yaptırılacak ya da polişe genel şartlarının öngördüğü kurallar her ne ise onlara uygun davranılacak. Bu aşamalardan bir noktaya gelindiği zaman taraflar zarar konusunda anlaşamıyorlarsa, o zaman ne olacak, acaba bir ihtarname mi çekmek gerekecek ya da polişe genel koşullarında zararın tahakkuku derken örnek olarak yangın sigortalarında gerek sigortalının, gerek sigortalının uyması gereken çok ciddi bir prosedür var. O prosedüre uyulmadı ve dava mahkemeye intikal etme noktasına geldi. Acaba temerrüt nasıl oldu ya da zararın tahakkuku ne zaman belirleniyor. Zaten sorun orada çıkıyor, bunu biraz daha incelemeye alabilir miyiz, biraz daha olayı genişletebilir miyiz?

Prof. Dr. Kenan Tunçomağ:

Olayın biraz daha anlaşılabilmesi için somutlaştırılması lazım. Yangın sigortasının özelliğini bilmem, o zaman bunu bana çok daha somut anlatacaksınız.

Av. Muazzez Kabaklı:

Örnek bir dava vardı. Taraflar zarar miktarında anlaşamadılar. Zarar miktarında anlaşamayınca bir anlaşmazlık husule geldi; ama o noktada sigorta ettiren bir ihtarname çekti. İhtarname tarihinden itibaren bir zarar ortaya çıkmış olabilir mi? Zararın tahakkuk ettiği tarih hangi tarihtir? Belgeler toplandı, taraflar belirli bir noktada masaya oturdular ve anlaşamadılar. Masaya oturulduğu tarih midir? Yoksa zararın nihayetinde aradan çok uzun bir zaman geçti, ihtarname çekildi. İhtarname çekildiği tarih midir? İhtarnameye rağmen anlaşmaya varır gibi oldular, bunu da kendi aralarında sözlü veya hatta bir protokolla diyelim belirlidiler. Zararın tahakkuk ettiği tarih hangi tarihtir?

Prof. Dr. Kenan Tunçomağ:

Bunu yaşamış bir kişi olarak bu noktada sizin düşünceniz nedir?

Av. Muazzez Kabaklı:

Sizin tebliğ sırasında vardığınız bir yer vardı. Orada şuna itibar edilmesi gerektiğini düşünüyorum. Olayın özüne inmekte yarar var diye düşünüyorum. Hukuk olaylara bir çözüm getirmek amacıyla vardır. Eğer mevcut hukuk kuralı da bu olaya çözüm getirmek için varlığını koruyabiliyorsa, büsbütün aykırı değil ise orada olayın gerçekten şartlarına bakmak gerekir diye düşünüyorum. Taraflar iyi niyetle masaya oturmuşlar, buna rağmen belirli bir hakkını kullanmak için ihtarname çekilmiş ama ihtarnameye rağmen yeniden masaya oturulmuş ve bu arada yeniden bir tazminat bedeli taraflar arasında belirlenmiş ise artık burada ihtarnamedir ya da 5 günlük süredir ya da 1 aylık süredir demek mümkün mü?

Prof. Dr. Kenan Tunçomağ:

Görüldüğü gibi yangın sigortası ile ilgili çok özel bir soru. Ayrıntılar belirleyici değil. Ben bu durumda Sayın arkadaşımızın görüşüne katılmayı en doğru yol buluyorum.

Samim Ünan:

Bir temerrüt olgusuna bağlı neticelerden bahsediyoruz. Yani munzam zarar dediğimiz için temerrüdün meydana gelmiş olması lazımdır. Temerrüdün meydana gelmesi için gerekli kurallar Borçlar Kanunu'nda bellidir. Önce alacak muaccel olacak ve muaccel olduktan sonra alacaklının ihtarı ile kural olarak temerrüde düşecek. Sigortacının bir borcu ödemede temerrüt durumu var mıdır? Yok mudur? Eğer sigortacı mütemerrit hale gelmişse meselâ, tazminatı ödeme borcu muaccel olmuş, sigortacı temerrüde düşmüş. Bu durumu bilecek vaziyette ise ve ödemiyorsa, ödememekte kusurlu olduğunu kabul ediyorum. Bu durumda munzam zararın talep edileceğine şüphe yok. Bütün problem sigortacı ne zaman temerrüde düşmüş olur; borcu ne zaman muaccel olur. İhtar gerekli midir, değil midir, şimdilik bir kenara koyalım. Ne zaman muaccel olur, sigortacının borcunun zarar sigortalı bakımından ne zaman muaccel olacağına dair kanunda bir hüküm var. Uygun görülmeyebilir, ihtiyaçları karşıladığından tereddüt duyulabilir ama emredici bir hükümdür. Kanun sigortacının tazminat ödeme borcunun ne zaman muaccel olacağını sigortacının oldukça aleyhine hükme bağlamış. Bunun değiştirilebilmesi ancak sigorta ettirenin lehine ise mümkün olabiliyor. Önümüzde böyle bir engel var. Uygulanması mümkün değildir, kontralegen yorum uygundur şeklinde bunu aşmak olabilir, ayrı konudur; ama böyle bir kuralımız olduğunu ve prensip olarak bunu o veya bu şekilde bertaraf etmedikçe, buna uymak gerektiğini tesbit etmemiz lazım.

İkinci nokta, çoğu zaman tazminatın miktarının belirlenmesinde ihtilâf olduğundan bahisle sigortacı neyi ödesin şeklinde sigortacı lehine bir yorum benimsenebiliyor. Sigortacının bazı hallerde kabul ettiği zarar tutarını hiç-değilse ödemesi beklenebilir. Bina yanmış, sigortacı zarar miktarı sıfırdır diyorsa, bu mümkün değil. Kabul ettiği kısmı hiç değilse ödemesi beklenir. Arzu edilen

çözümlerden birisi budur. Hakem bilirkişi marifetiyle zarar miktarının belirlenmesine kadar sigortacının borcu muaccel olmaz diyebiliyorsak, buna hukuken imkan varsa, o zaman arkadaşların belirttikleri hususlara, fikirlere bir ölçüde katılmak imkanı var. Ama bu kanunun emredici hükmü ile çeliştiği için kabul edilemez diyorsak, o takdirde de kanunun hükmü çerçevesinde hareket etmek lazım. Hele temerrüde de düşmüş ise ve bundan sonra da sigortacı ödememekte kusurlu sayılabiliyorsa; zararı miktarının tesbit edilmemiş olması; sigortacının kusuru bakımından belki rol de oynayabilir; o ihtimali de hariç tutmuyorum; ancak bu temel noktalar etrafında yorum yapılarak zannedirim bir sonuca varılması icap eder. Benim maruzatım bundan ibarettir.

Av. Kamil Özbasan:

Herkesin fikir birliğinde olduğu konu sigortacının tazminat borcunun tahakkuk etmesi için ya da temerrüde düşmesi için, herşeyden önce, tazminat miktarının tesbit edilebilir olması gerekiyor. Tazminat miktarının tesbiti için sizin de söylediğiniz gibi belgelerin toplanması gerekir. Değişik sigorta şekillerinde, sigorta genel şartlarında veya özel şartlarda bu belirlenmiş durumda.

Benim söyleyeceğim örnekte tazminat miktarı belirlenmiştir. Kasko sigortasında hırsızlık halinde, hırsızlığın ihbarı ile birlikte ödenecek miktar, aracın rayiç değeri bellidir, piyasa değeri bellidir. Ekspertiz raporu bir gün içinde düzenlenebilir. Ancak sigorta genel şartlarına, aslında sigortalının lehine konulan bir geciktirici şart niteliğinde 30 günlük bir süre var. Daha önce 45 gün olan süre 30 güne indirilmiş durumda. Bana göre sigortalının lehine konmuş bir hükümdür. Çünkü aracın bulunması halinde sigortalının aracı geri almasını sağlamak amacıyla konulmuştur. Ancak uygulamada sigorta şirketleri belki kendileri lehine olduğu için 30 günlük sürenin sonunda bu parayı öderler ama hasar tarihi ile 30 günün sonunda oluşan sigortalının zararı hiçbir zaman karşılanmaz. Burada zararın tesbiti anı yani borcun muaccel olduğu an hasarın doğduğu andır. Kısmi zararlar da olduğu gibi zarar miktarının tesbiti için belirli belgelerin toplanıp, onların değerlendirilip bir ekspertizin incelenmesine de gerek yoktur.

Madem zarar ilk günde tesbit edilebilir durumdadır, sigortalının borcu ilk gün doğmuştur. Böyle bir durumda sigortacı 30 günün sonunu bekleyerek kendi lehine bu süreyi kullandığı zaman veya 30 günü bulunması için her halükarda bekleyecek ama, bana göre geriye dönük olarak bunun sigortalının lehine zararının karşılanabilecek derecede ödenmesi gerekir. Ama uygulamada hiçbir sigorta şirketi bunu yapmıyor, bugüne kadar da bu kuralın aksine dava açan sigortalı da sanıyorum olmadı.

Sizce burada sigortacının temerrüt tarihi nedir? Geciktirici şart niteliğindeki bu şart bunu engeller mi? Sigortalının zararı nasıl karşılanacak? Sigortacı başlangıçta temerrüde düşmüş sayılacak mı? Sigortacının sigortalı adına bu parayı bir yere tevdi etmesi gerekir mi? Böyle bir durumda etmezse munzam zarar oluşur mu?

Adı bilinmiyor:

Genel şartlarda bunun devamı da var. Biz nasıl para ödüyünüz? Sigortalı aracı kayboduğu zaman karakola gidiyor "dün akşam aracım çalındı" diyor. Türkiye şartlarında 30 günlük makul bir süre var. Meselâ paraya sıkışan kötü niyetli sigortalı "aracım çalındı" diye mahalle karakoluna bir dilekçe verir, ondan sonra alır 300-500 milyonu kullanır, çünkü onun ardında bize göre haksız bir devam da var genel şartlarda, biz parayı ödedikten 2-3 ay sonra araba bulundu. Arabayı ona teklif ediyoruz, hiç faiz ödemedi arabayı gelip alma hakkı onun. Burada sigortacı katmerli olarak haksızlığa uğramış durumda. Bir dilekçe ver, şirketten kredi al anlamında anlıyorum ben bunu.

Orhan Yılmaz, Beyoğlu İ. Ticaret Mahkemesi Başkanı:

Poliçelerde temerrüt faizine ilişkin hükümden söz edildi. Bu konu uygulamada çok sık gelmeye başladığı için açıklığa kavuşturulması lazım. Diyelim ki % 30'dan fazla ödenmez şeklinde bir hüküm var. Sigortalar esas itibarıyla bütün borçları yönünden zaten ticari kurumlar ve reeskont faizi ödemekle sorumlular. Burada reeskont faizi ödemek durumunda olduğu kesin. Poliçede % 30 şartı olunca, bu sözleşme hükmü mü uygulanır, yoksa 3095 sayılı yasadaki 2. maddenin 3. fıkrasını mı uygulanacak. Reeskont faizi istenebilir mi yoksa sözleşme hükmüne geçerlik tanıyacağız ve sadece % 30 mu isteyebilir? Bu uygulamada fazla geliyor.

İkincisi sigorta dışında munzam zarar davaları bağımsız davalardır, asıl davaya ek bir dava değil. Buna bağlı olarak zaman aşımı meselesi geliyor. Zaman aşımı bir görüşe göre 10 yıl, bazı görüşlere göre de asıl davanın tabi olduğu zaman aşımı dediler. Ben burada Sayın hocamın görüşünü öğrenmek istiyorum. 10 yıl mı? Yoksa asıl davanın zaman aşımına mı tabi? İkincisi Sayın Münir Göker uygulamada bunun bir ek dava mı yoksa bağımsız bir dava mı olduğu hususunda tereddüt olduğunu, bazı mahkemelerin bu konuda ilk davada saklı tutulmamış ise ikinci davayı red ettiklerini söyledi. Bu benim bildiğim kadarıyla uygulamada yerleşmiş bir husus. Bu konuda hiçbir mahkemenin tereddütü olduğunu sanmıyorum. Bu dava bağımsız olduğuna göre ilk davada zaten zararın oluşup oluşmadığı belli değil. Belki şöyle söylenebilir, o dava devam ettiği sırada bir munzam zarar oluşabilir ya da o dava açılmadan önce bir munzam zarar oluşmuştur da orda saklı tutmamıştır. İlk davada munzam zarara ilişkin hakların saklı tutulması hususu gerekmiyor ve uygulamada bunda da hiçbir tereddüt yok; eğer bazı mahkemeler ya da hakimler bu konuda böyle karar veriyorsa, bence uygulamanın da tersi bir karardır. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Kenan Tunçomağ:

Orhan bey, birinci sorunuz, sigorta poliçelerinde % 30'dan fazla temerrüt faizi ödenemez şeklinde hükmün geçerliliğidir. Konuşmamda reeskont faizine dokundum. Sigorta işi bir ticari iştir, ama kimin için ticari iştir, sigorta şirketi için ticari iştir. Bir taraftan 3095 sayılı Kanun'un 1/İ. maddesi açıkça Ticaret

Kanunu'ndan doğan borçların tabi olduğu faiz oranı % 30 diyor. Öte yandan ticari işlerde reeskont faizi de istenebilir, diyor. Burada 3 maddelik bir kanun yapılmıştır. 3 maddelik kanuna bile açıklık getirilememiştir. Ticari iş, bir taraftan % 30, diğer taraftan reeskont faizine tabi tutulamaz. Bunlar arasında bir ayırım gerekir. Reeskont faizi ne içindir? İki tarafta tacir olursa bunlara uygulanır. Bir taraf tacir, diğer taraf lâlettayin bir kişi olması halinde reeskont faizini uyguladınız mı; o zaman sigorta şirketlerinin tabi olacağı bütün faizlerin reeskont faizi olması gerekecektir. O zaman 3095 sayılı Kanun'un 1/İ. maddesi ile tezat haline düşülecektir.

Benim düşüncem şudur: İsviçre Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi tacirler arasında bir işlem sözkonusu ise reeskont faizi uygulanmalıdır. Biz hayat sigortası bakımından herhangi bir kişi ile hayat sigortası, emeklilik sigortası yapıyoruz. Sigortalılık süresi dolmasına rağmen ödeme, belirli belgelerin toplanması nedeniyle geç yapılıyor. Sonra miktarda anlaşamıyoruz, dava açılıyor, karşı taraf reeskont faizi istiyor. Karşı taraf tacir değil, tacir olmayan bir kişi reeskont faizi isteyemez. 3095 sayılı yasanın düzenlenmesi budur; kanımca böyle anlaşılmalıdır. Başka türlü yorum halinde iki hüküm ortada kalacaktır. 3 maddelik yasa açıklık getiremediği için, iş yargıya düşüyor. O zaman bir yorum yapılacaktır. Bu yorumda da iki taraf tacir olduğu durumlarda ödeme yerinde ve zamanındaki banka iskontosu % 30'dan fazla ise ticari işlerde temerrüt faizi, Merkez Bankası'nın kısa vadeli krediler için öngördüğü reeskont faizi ödenir; öbür durumlarda ise, normal faizle, ticari faiz oranı aynıdır. Çünkü 3095 sayılı Kanun'un 1/İ. maddesi açıkça Ticaret Kanunu'ndan kaynaklanan ve Borçlar Kanunu'ndan kaynaklanan tüm faizler % 30'dur, diyor.

Zamanaşımı süresini soruyorsunuz. Bu davayı bağımsız bir dava olarak nitelendiğiniz zaman bunun zamanaşımı süresini, normal zaman aşımı süresi olan 10 yıl olarak düşünmek gerekir gibi geliyor bana. Ama doğrusu bu noktada tam içim rahat değil, bu nokta üzerinde uzun boylu düşünmüş değilim ama ilk izlenimim, böyle yorumlanabilir, bu yorum daha doğrudur, şeklindedir."

İşil Ulaş, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Üyesi :

Konu tartışılırken daha somutlaşması için yasadan bir açıklama yapmak istiyorum. Hepimizin bildiği Ticaret Kanunu'nun 21. maddesi 2. fıkrası var. Taraflardan yalnız biri için ticari iş mahiyetinde olan mukaveleler kanunda hüküm olmadıkça diğer taraf için de ticari iş sayılır. Bu bakımdan sigorta şirketi ile sözleşme yapan bir kimse tacir olmasa bile bu iş onun yönünden ticari iştir. 3095 sayılı yasa bir adım daha ileri gitmiş. Arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde reeskont faizi isteyebileceğini öngörmüş. Ben Sayın Orhan Bey'in tereddütlerine iştirak ediyorum.

Prof. Dr. Kenan Tunçomağ:

Bu nokta üzerine tekrar dönmek gerekirse, ticari davalar açısından ve mahkemelerin görevi açısından bir taraf için ticari olan iş, TK 21/II uyarınca, diğeri

için de ticari sayılır; böylece davalarda bir açıklık getirilmek istenmiştir. Bu hüküm, olayın özüne ilişkin değildir, kanısındayım. Burada olayın özü, tacirler arasında bir işlemin sözkonusu olmasıdır. Nihayet bu bir yorum meselesidir. Ben böyle yorumluyorum. Başka türlü 3095 sayılı kanunun 1/I. maddesi ile 2/IV. maddesi arasında bir uyum sağlamanın kolay olmadığını düşünüyorum.

Prof. Dr. Hüseyin Ülgen:

Son olarak ele alınan konular bakımından, biri Sayın Işıl Ulaş'ın lehinde, diğeri Sayın hocamın lehinde mütalaada bulunmak istiyorum. Sayın Ulaş 21. maddedeki ticaret karinesinden olaya değindi. Halbuki 21. maddedeki ticaret karinesine gitmeden önce sigorta sözleşmesi ticaret kanununda düzenlendiğine, ticaret kanununda düzenlenen konular da mutlak olarak ticari iş sayıldığına göre oradan hareketle faiz meselesinin halledilmesi gerekir. Burada Sayın Ulaş'ı destekliyorum.

Davanın müstakil dava olup olmadığı konusunda Sayın hocam tereddütlerini ifade ettiler. Bana kalırsa orijinal metindeki bizim Borçlar Kanunu 105'e tekabül eden İsviçre Borçlar Kanunu'nun 106. maddesinin kenar başlığına bakacak olursak, kenar başlık bu konuda bize biraz ışık tutuyor. Orada bir ek dava değil, temel zararın devamı niteliğinde. Böyle olunca esas dava ile birlikte ele almak gerektiği kanısındayım.

İzin verirseniz bir iki mütalaada daha bulunmak istiyorum. Borçlar Kanunu'nun bugün burada ele alınan 105. maddesi kıyıda köşede kalmış olan bir hükümdü. Bunu Sayın Hayri Domaniç ele aldı ve Türk doktrinine, uygulamasına tanıtti. Fakat Sayın Domaniç'in bu görüşleri aşırı derecede ele alındı. Uygulamada Sayın Münir Göker'in ifade ettiği gibi 105. madde moda oldu, artık gelsin 105. madde gitsin, 105. madde koşullarına pek dikkat edilmeden bu hüküm uygulanmaya başlandı. Sayın hocam tebliğinde çok güzel belirttiler, ben işin önemi ve mahkme uygulamalarına bir sınır koymak bakımından Yargıtay 11. Dairesi'ni de muhatap kabul ediyorum. Zararın somut olarak ispatlanması ve davranışla zarar arasında nedensellik ilişkisinin bulunması bakımından son derece titiz davranılması gerektiği kanısındayım.

Tatile gidecektim gidemedim, gemi alacaktım alamadım. Bu gibi mülahazalarla munzam zarar taleplerinin tecvizine gidilemez. Zararın somut olarak ispat edilmesi gerekmektedir. Ayrıca karşı tarafın bu zarardan kaçınmak için tevessül edeceği tedbirler müterafik kusur miçyurt meseleleri üzerinde de titizlikle durulmak ve özellikle karşı tarafın tacir olduğu hallerde Ticaret Kanunu'nuzun 20. maddesinin 2. fıkrasında tacirlere yüklenen basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü gözönünde tutularak daha titiz davranmak gerektiği kanısındayım.

Bu arada sigorta sözleşmesi ile genel olarak burada ele alınan konu arasında da çok fazla bir fark yok. Sigorta hukukunda da Borçlar Kanunu'na yollama yapılmaktadır, aynı ilkeler geçerlidir. Bu bakımdan da hocamın söyledikleri

sınırlandırmalar esastır ve gözönünde tutulmak gerekir. Para borçları bakımından da zaten yabancı hukuk çevrelerinde de bir yandan enflasyon diğer taraftan kur kaybı kesin olarak farklı mütalaa edilmekte orada da merhum hocamız Halil Aslanlı'nın ifadesi ile hot be hot munzam zarar tecvizine gidilmemektedir. Gerek enflasyonda gerek yabancı para kurundaki değişikliklerde son derece sınırları çizilmiş kıstaslar ölçütler vardır. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Kenan Tunçomağ:

Sayın Ülgen'in iltifatlarına teşekkür ederim. Öte yandan katıldığı ve katılmadığı görüşleri ifade etti, aynı şeyleri tekrarlamamın bir anlamı yok; ama ben kendisinden Ticaret Hukuku hocası olarak 3095 sayılı kanunu nasıl yorumladığını duymak isterdim. O tezati nasıl kaldırıyor? Bana göre 3095 sayılı kanunun 1/I. maddesi ile 2/IV. maddesi arasında bir uyumsuzluk vardır; bunun mutlaka çözülmesi lâzımdır. Çözülmesi lâzım geldiği hususunda anlaşıyorsa, bir gün bunun çözümü de mümkün olabilecektir.

Başkan:

Sayın izleyiciler, bendeniz de kapanış olarak birkaç cümle ile sizleri meşgul edeceğim. Sayın Tunçomağ'ın çok yararlı tebliğini sayın konuşmacılar katkılarıyla zenginleştirdiler. Kendilerine yüksek huzurlarınızda çok teşekkür ederiz, çok yararlandık.

II. TEBLİĞ

Tebliğ Konusu :

SİGORTA SÖZLEŞMESİNİN SÜRESİNE İLİŞKİN BAZI SORUNLAR

Tebliğ Hazırlayan :

Prof. Dr. Rayegân KENDER

Bir sigorta sözleşmesinde, poliçe üzerinde yazılı sürenin bitimi tarihinde düzenlenen veya daha önceki bir tarihte tanzim edilip de süre başlangıcının önceki sürenin sonu olduğu belirtilen poliçenin hukukî mahiyeti, esas itibarıyla sigorta süresine ilişkin bir meseledir.

Mesele, bu poliçe ile mevcut sigorta sözleşmesinin süresinin uzatılması olup olmadığının incelenerek tesbitidir. Bu poliçe ile, mevcut sigorta sözleşmesinin süresi mi uzatılmakta, yoksa yeni bir sözleşmenin yapılması mı sağlanmaktadır? Veya bir tecdit söz konusu olabilir mi?

Yukarıda zikredilen şekilde düzenlenen bir poliçenin hukukî fonksiyonunu tesbit edebilmek için, sigorta sözleşmesinde SÜRE konusunu biraz daha yakından ele almak gerekmektedir.

Bir sigorta sözleşmesinden doğan sonuçlar bakımından 3 ayrı sürenin birbirinden tefriki gerekmektedir (1).

Şekli (formel) Sigorta Süresi:

Sigorta formel olarak sözleşmenin tamam olması, yani normal olarak sigortacının kabul beyanının icapta bulunan sigorta ettirene varması ile başlar. Bu sigorta süresi, sigortacı ve sigorta ettirenin akitten doğan bütün borçlarını ifa etmeleri ile sona erer.

Maddi Sigorta Süresi:

Maddi süre, sigortacının rizikoyu taşıma ediminin başladığı ve sigorta hi-mayesine dahil rizikoların gerçekleşebileceği zaman parçasıdır. Yani bu sigortacının sorumluluk süresidir. Türkiye'de düzenlenen poliçelerin üzerinde gösterilen "sigorta süresi" bu maddi süredir, ancak bu sürenin yani sigortacının sorumluluğunun başlaması Genel Şartlar'da kanun hükmüne uygun olarak gösterildiği üzere istisnalar dışında ilk primin ödenmiş olmasına tabi tutulmuştur.

(1) Kender, s.142, Möller, s.77, Eichler, s.93.

Teknik Süre:

Bu süre prim borcunun devam ettiği zaman parçası olup hemen daima sözleşmede öngörülen maddi mebde ile başlar. Ancak bu sürenin sonu bazan maddi süreyi aşar. Misal: Sigorta sözleşmesi kanundaki bir hükme müsteniden sigortacı tarafından feshedildiğinde (m.1291), prim borcu teknik olarak fesih anında cereyan etmekte olan sigorta periodunun tamamına ait prime hak kazanılabilir.

Bu süreler arasında çok yakın ilişkiler vardır. Bazı hallerde her biri ayrı anda başlar ve sona ererler, bazan da aynı anda başlar, farklı zamanlarda sona erer veya aynı anda sona erer. Sürelerin yukarıda açıklanan niteliklerinden anlaşıldığı üzere, maddi ve teknik sürelerin söz konusu olabilmeleri için mutlaka formel sürenin başlaması yani sigorta sözleşmesinin inikat etmiş olması gerekmektedir.

İncelemek istediğimiz konuya gelirse; sigorta sözleşmesinde düzenlenen poliçe üzerinde "sigorta süresi" hanesinde bir tarih belirtilmektedir ki bu genel olarak 1 yıldır. Bu süre, sigorta sözleşmesinden doğan edimlerin başlangıç ve devamı süresidir. Bu sürenin sonuna kadar, eğer sözleşme başka bir sebeple sona ermemiş ise (Kanuni sebeplere binaen sigortacının cayması, feshi, rizikonun gerçekleşmesi ile sigortacının sigorta tazminatını ödemiş olması gibi) sürenin sonunda sözleşme sona erecektir. Burada çok defa yukarıda açıklanan üç süre aynı zamanda sona erecektir. Zira; sigorta sözleşmesi, devamlı edim doğuran bir sözleşme olup belirli bir süre tayin edilerek yapılmaktadır. Borçlar Hukuku alanında da, alacaklı ile borçlu arasında devamlı borç ilişkisi teşkil eden sözleşmeler (meselâ: kira, hizmet) kararlaştırılan sürenin bitiminde sona ererler (2). Sigorta hukuku eserlerinde de aynı sonuca varılmaktadır. Sözleşmede belirtilen sürenin bitmesi ile sigorta maddi olarak son bulur, yani tarafların birbirine karşı olan yükümlülükleri biter ve böylece sigorta sözleşmesi de sona erer (3).

Tatbikatta, sigorta sözleşmesinin yukarıda açıklandığı üzere sona erdiği tarihte aynı konuda bir sigorta poliçesi düzenlenerek sigorta ettirene gönderilmekte (veya daha önceki tarihte düzenlenip de sigorta süresinin başlangıcı olarak önceki sözleşmenin sona erme tarihi gösterilmektedir). İşte bu sigorta poliçesinin tesis ettiği hukukî ilişki tartışma konusu olmuş ve Yargıtay Ticaret Dairesi'nin bazı kararlarına konu teşkil etmiştir.

Burada önce, yukarıda zikredilen durumda varılması gereken sonucu konuya dair yabancı hukuklardaki çözüm tarzları da gözönünde tutulmak suretiyle açıklanmaya çalışılacak, sonra Yargıtay'ın söz konusu kararları üzerinde bir değerlendirme yapılacaktır.

(2) von Tuhr, Par.74, IV, 4; Selçü Özer, Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmelerden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s.65 v.d.

(3) Bruck/Möller, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Erster Band 8.Auflage Berlin 1971 Par.8 Anm.3; İsviçre Hukuku, Koenig, W., Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3.Auflage Bern 1967 Par.9 I; Fransız Hukuku, Lambert-Faivre, Y., Droit des Assurances 8.éd.1992 Paris, s.173-174

Yukarıda zikredilen durum yabancı hukuklarda da ortaya çıkmış bulunmaktadır. Zira, sigortacılık tatbikatında, sigorta poliçesinde gösterilen sürenin sonunda sözleşmenin ortadan kalkması ihtiyaçlara uygun bulunmamakta, ilişkinin bir süreyle devam etmesinin sağlanmasına çalışılmaktadır.

İsviçre Hukuku'nda; şu açıklamalar yapılmaktadır: Kural olarak sigorta sözleşmesi, taraflar arasında kararlaştırılan bir süre için yapılır, bu sürenin sonunda sözleşme ortadan kalkar. Buna mani olmak için, ya sürenin sonunda taraflar arasında yeni bir sigorta sözleşmesi yapılır veya sözleşmeye "Prolongationsklausel" (uzatma şartı) konur. Bu klotun anlamı şudur: sürenin bitiminden belirli bir zaman önce fesih beyanında bulunulmadığı takdirde süre uzayacaktır. Sözleşme serbestisi prensibi bunu mümkün kılar, her sefer için sürenin 1 yıl uzayacağı kabul edilmektedir. Netice olarak, bu klotu içeren bir sözleşme gayri muayyen süreli sözleşme gibidir. Bu konuya ilişkin olan VVG Art.47'de "stillschweigende Vertragserneuerungen" (zımni yenileme) ifadesi kullanılmıştır. Ancak burada gerçek anlamda bir "Erneuerung-Novation" söz konusu olmayıp sadece bir "Forsetzung es alten Vertrages" yani eski sözleşmenin süresinin uzatılmas söz konusudur. Bu itibarla yeni Poliçe düzenlenmesne gerek yoktur (4). Aynı hukuk çevresinde, MAURER de şu açıklamaları yapmaktadır: Sigorta sözleşmeleri belirli bir zaman için akdedilirler, süre sonunda sözleşmenin tekrar yapılması nadir değildir, buna yenileme "erneuert" denmekte ise de bu hukuk muhtevası aynı olan yeni bir sözleşmedir. Ancak çok defa böyle olmayıp mevcut sözleşmenin uzatılması yoluna gidilir ki bu, sözleşmede "Prolongationsklausel" 'uzatma şartı' bulunması halinde söz konusu olur. VVG Art.47'e göre burada sözleşme süresinin ancak 1 yıl uzayacağı kabul edilmiştir, her yılın sonunda bu klot devreye girebilir. Bu klot, tarafların aynı muhtevada daha uzun bir süre için bir sözleşme yapmalarına engel olmaz (5).

Alman Hukuku'nda; yukarıda zikredilenlere benzer açıklamalar yapılmaktadır. Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nda (VVG) konuya ilişkin bir hüküm yer almıştır. Parag.8/1'e göre, sigorta sözleşmesinde "Stillschweigende Verlaengerung" 'zımni uzatma' klotu var ise, yani taraflar sözleşme süresinin bitiminden önce ihbarda bulunmadıkları takdirde sürenin uzayacağı hususunda anlaşmışlar ise, her defa süre ancak 1 yıl için uzayabilir, bir yıldan fazla uzayacağı hükmü sözleşmeye konulamaz. Taraflar süre sonunda sigortanın sona ermesin istemezler ise, ya sözleşmeye koyacakları bu şarta göre ihbarda bulunmamak suretiyle sürenin uzamasını sağlarlar veya sözleşme süresinin bitiminden önce sürenin uzatılması için açıkça beyan edecekleri iradeleri ile uzatma anlaşması yaparlar. Bu hallerin dışında, sözleşme süresi bitiminde yapılan aynı içerikteki sözleşme yeni bir sigorta sözleşmesi niteliğine sahip olur (6).

Fransız Hukuku; benzer açıklamalar yapılmaktadır. Sigorta sözleşmesinin

(4) Koenig, W., a.g.e.s.85.

(5) Maurer, A., Schweizerisches Privatversicherungsrecht 2.Auflage Bern 1986 s.210-211.

(6) Bruck/Möller, a.g.e. Par.8 Anm.3; Pröls, E., Versicherungsvertragsgesetz, Par.8 Anm.3.

poliçede belirtilen sürenin bitiminde sona ermesi bazı sakıncalar doğurmaktadır. Özellikle sigorta ettiren bu tarihi unutmuş ise. Bu nedenle sigorta sözleşmelerine zımni yenileme (la tacite reconduction) şartı konmaktadır. Bunun anlamı; sözleşme süresinin bitiminden belirli bir zaman önce fesih beyanında (ihbarda) bulunulmadığı takdirde sigorta süresi 1 yıl uzayacaktır. Uzama süresinin 1 yıl olabileceği, Code des Assurances'ın Art.L 113-15'de emredilmiştir. Bu açıklamaların yapıldığı eserde (7) bazı mahkeme kararlarında burada yeni bir sözleşmenin eskisinin yerine geçeceği ve sözleşme tarihinin yenileme tarihi olduğunu kabul etmektedirler. Fransız Sigorta Hukuku'nun en tanınmış eseri olan Picard-Besson Les Assurances Terrestres en Droit Français, Paris 1970 s.262-263'de bu zımni yenileme (tacite reconduction) konusu daha ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Özellikle sürenin bitiminden önce zımni yenilenmenin vuku bulmasını önlemek üzere taraflardan birinin ihbarda bulunması hususu daha açık hale getirilmiştir. Burada taraflar, sürenin bitiminden belirli bir süre önce bu hususta bir ihbarda (beyan) bulunmadıkları takdirde zımnen sürenin uzamasını kabul etmiş olacaktırlar. Eğer sigorta sözleşmesinde bu konuya ilişkin şart yoksa sürenin sonunda sigorta hitama erecektir, denmektedir. Buradaki açıklamalardan yenileme süresinin 1 yıl ile sınırlanmasının daha sonra kanuna getirilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Sözleşmede zımni yenilenme şartı yoksa, sürenin sonunda taraflar açık iradeleri ile aynı amaca ulaşabilecekler veya yeni bir sözleşme yapabileceklerdir. Bu eserde, zımni yenilenmenin hukuki mahiyeti üzerinde tartışmalar olduğu zikredilmiş, bazı mahkeme kararlarında burada yeni bir sözleşmenin kurulduğu sonucuna varılmış olduğu zikredilmiş, ancak bu görüşün doğru olmadığı ve mezkûr klot müsteniden oluşan hukuki durumda, eski sözleşmenin süresinin uzatılmış olduğu, yani aynı sözleşmenin süre dışındaki bütün şartlarının devam ettiği görüşü ifade edilmiş ve böylece yenilenme/sürenin uzamasından sonra ödenen primin ilk prim olmadığı isabetli olarak dile getirilmiştir.

Yukarıda incelenen yabancı hukuklardaki görüşlerden de anlaşıldığı üzere, süresi belirli bir sigorta süresinin sonunu başlangıç olarak almak suretiyle düzenlenen bir poliçe ile ancak karşı tarafın kabulü olduğu takdirde yeni bir sigorta sözleşmesi yapılmış olacaktır. Meğer ki taraflar arasında sigorta süresinin uzatılması hususunda açık bir irade mutabakatı -sürenin bitiminden önce- olsun. Yukarıda incelenerek açıklanan "zımni uzatma" şartı Türkiye'de kullanılan sigorta genel şartlarından hiçbirinde yer almamıştır. Zikredilen zaman ve şekilde düzenlenen poliçe ile tarafların açık iradesi olmaksızın başka bir hukuki sonuç çıkarmak mümkün değildir. Zımni iradeye mesned teşkil edecek hiçbir hukuk kuralı mevcut değildir.

Yukarıda zikredilen zaman ve şekilde düzenlenen poliçe ile eski sözleşmenin süresinin uzatılması veya yeni bir sözleşme yapılmış olması hususları özellikle iki bakımdan farklı hukuki sonuç doğurmaktadır.

(7) Lambert-Faivre, Y., a.g.e. s.174.

1- Sözleşme şartları bakımından; eski sözleşmenin devamı yani süre uzatılması olduğu takdirde, eski sözleşme şartları cari olacak, yeni sözleşme olursa ve bu arada genel şartlarda bir değişiklik yapılmış ise yeni şartlar uygulanacaktır.

2- Prim borcunun ödenmesi bakımından; süre uzatılması olduğu takdirde yeni poliçeye göre ödenecek prim sonraki prim olacak, yeni sözleşme olduğu kabul edilirse bu ilk prim teşkil edecektir. Prim borcunun ilk prim veya sonraki prim olmasının kanunun muaddel 1297/2. maddesine göre önemli hukuki sonuçları vardır. Aksine sözleşme yoksa ilk prim ödenmeden sigorta himayesi başlamaz. Muaddel 1297/2. madde sigorta himayesinin başlamasından sonra uygulanabilecektir. Hükmün metninden anlaşılması gereken budur.

Konuya İlişkin Yargıtay Kararları ve Değerlendirilmeleri:

1- Yargıtay 11. H.D. E.439u/K.5786 sayı ve 31.12.1976 t.

Karar oyçokluğu ile alınmıştır, bir Karşı Oy Yazısı vardır. Ekseriyet kararında inceleme konumuzla ilgili olarak şu açıklamalar yer almıştır:

"Olayda 31.10.1975 tarihinde süresi biten ilk poliçe yerine sürenin sona ermesinden bir ay önce 1.10.1975 tarihli ikinci poliçe düzenlenmiş ve başlangıç tarihi 31.10.1975 olarak gösterilmiştir. Her iki poliçeye (46032) numara verilmiş ve tüm işlemler bu numara üzerinden yürütülmüştür. Her iki poliçeye eklenen kzlarda bir değişiklik yapılmamış, rizikonun mahiyeti, müfredatı tahriri, beher madde üzerinde temin olunan meblâğlar, fiyatlar ve alınan prim miktarları aynen muhafaza edilmiştir. Sigorta akdi yapılırken TTK'nun 1290. maddesine uygun olarak sigorta ettirenden alınması gereken bildirim, ilk poliçe için... davacıdan alındığı halde, ikinci poliçe düzenlenirken yeni bir teklifname alınmamış ve ilk teklifname ile yetinilmiştir. Görülüyor ki, her iki poliçenin arada fasıla kalmayacak şekilde ve tarafları konusu, koşulları ve bütün unsurları aynı olmak üzere akdin devamlılığı amacına yönelik biçimde düzenlendiği açıktır".

Kararın hüküm kısmında, yukardaki gerekçeler esas alınmak suretiyle (gerekçenin devamında olayda Tecdit olmadığı açıklanmıştır) şu sonuca varılmıştır: "... işin esası incelenerek sonucuna uygun karar verilmesi gerekirken ikinci poliçenin yeni bir akit olduğu kabul edilerek primin ödenmediğinden bahisle davanın reddi isabetsiz ve davacının temyiz itirazlarının bu yönden kabulü gerekmiştir".

Kararın değerlendirilmesi:

Yukarıda aynen metnini verdiğimiz gerekçe kısmında ileri sürülen hususları sırası ile ele alalım:

- **Her iki poliçeye aynı numara verilmesi:** Bu husus, sonraki poliçe ile akdedilen sigorta sözleşmesinin öncekinin devamı olduğunu gösteren bir hukuki mesnet teşkil edemez. Şirket kayıtlarında kolaylık olsun diye aynı numarayı vermiş olabilir.

- **Her iki poliçeye eklenen kzlarda bir değişiklik yapılmamış olması:** Burada kzlardan kastedilen herhalde özel şartlardır, bunların her iki poliçeye de eklenmiş olması gayet tabiidir, zira sigorta ettiren ayrı bir beyanda bulunmadığına göre aynı şartlarla bir sigorta sözleşmesi yapılması söz konusudur. Bu husus da, ikinci sözleşmenin birincinin devamı olduğunu gösteren bir hukuki mesnet teşkil edemez.

- **Her iki poliçenin hüküm ifade ettiği tarihlerin birbirini takip etmesi:** Bu husus da ikinci sözleşmenin birincisinin devamı olduğu (yani hukuken birinci sözleşmenin sona ermeyerek devam ettiğini, süresinin uzatıldığı) hukuki mesnet teşkil edemez, aksine, birinci sözleşme sona erdikten sonra ikincisinin başlamış olduğunu gösterir.

- **Rizikonun mahiyeti, müfredatı, temin olunan meblâğlar, prim miktarlarının aynı olması:** Bu hususlar da ikinci sözleşmenin birincisinin devamı olduğunu yani ikinci sözleşmenin birincisinin süresini uzattığını hukuken gösteremez.

- **Sigorta sözleşmesi yapılırken TTK m.1290 göre teklifname alınmamış olması:** Bu husus da ikinci sözleşmenin ilk sözleşmenin devamı, yani onun süresini uzatan bir hukuki mesnet olarak kabul edilemez. Zira ilk sözleşme yapılırken, sigorta edilen rizikonun tayini bakımından önemli olan hususlar bildirilmiştir. İkinci sözleşme yapılırken bu hususlar sigortacının malûmudur. Sigorta ettiren sözleşme yapılırken sigortacının bilmediği hususları bildirmekle mükelleftir. İlk sözleşme yapılırken bildirilen hususlarda bir değişiklik olup da bunlar bildirilmemişse, bunun hukuki sonuçları da ilerde sigortacı durumu öğrenince TTK m.1290 ve genel şartlara göre ortaya çıkacaktır.

Yukarıdaki açıklamalar karşısında, olayda düzenlenmiş bulunan ikinci poliçenin, ilk poliçe ile akdedilmiş olan sigorta sözleşmesinin devamı yani onun süresini uzatan bir sözleşme olduğu görüşüne katılmak mümkün değildir.

Bir sigorta sözleşmesinin süresini uzatılabilmesi için, o sözleşmenin süresi bitmeden önce bu hususta tarafların irade matabakatı gereklidir. Karara konu olan olayda ise, ilk sözleşmenin süresinin bitiminde ikincisinin süresi başlamaktadır. Biten bir sürenin uzatılması hukuken mümkün değildir.

Karşı Oy Yazısı:

Karşı oy yazısında şu açıklamalar yer almıştır:

"Sigorta himayesi ister primin veya ilk taksidin ödendiği tarihte başlamış olsun, en geç mukavele müddetinin hitam bulması ile sona erer. Ancak sigorta ettiren kimse sigorta teminatından yoksun kalmaktan, sigortacı ise müşterisini kayıp etmekten endişe duyduğu içindir ki, çoğu zaman taraflar, sürenin bitiminden itibaren mukaveleyi yenilemek isterler. Yenileme ya mukaveleye konulacak bir hükümle, örneğin tarafların mukavelenin bitim tarihinden önce ihbarda bulunmamaları halinde akdin zımnen yenilenmiş sayılacağı belirtilmek suretiyle

olur; ya da olayımızda olduğu gibi tecditname düzenlemek suretiyle gerçekleştirilir. Akit zımni şekilde yenilenmiş olsa bile, bununla, mevcut akit belli bir süre için uzatılmış olmayıp, evvelce saptanan esaslar dairesinde yeni bir akdin meydana gelmesi sağlanmış olur (8). Bu yeni akitte de ekseriya sigortacı tecditname düzenleyip göndermek suretiyle icapta bulunmuş ve sigorta ettiren ise tecditname nüshasını imzalamak veya primi ödemekle icabı kabul etmiş olur... Tecditte taraflar eski koşullarda bir değişiklik yapmadan aynı esaslar dairesinde yeni bir akit yapmayı amaçladıkları için, tekrar teklifname verilmesine ve poliçenin değişik numara altında düzenlenmesine ihtiyaç kalmaz. Şayet yürürlükte olan poliçede sadece müddet, prim, riziko vs. hususlarda bir değişiklik yapılması arzu edilmiş olsa idi taraflar bunu bir zeyilname ile yapabilirlerdi. Olayımızda böyle bir işleme tevessül edilmemiş ve mukavele süresi de hitam bulmuş olduğuna göre artık temditten bahsetmek olanağı da kalmamış demektir. ... Hal böyle olunca sigortacının ilk akit döneminde başlayan sorumluluğunun ikinci akit için de devam ettiği söylenemez. Sigortacının bu dönem için sorumluluğunun başlaması, yine genel kural icabı primin veya ilk taksidin ödenmesi ile mümkün olur. Davacı ikinci aktin primini ödemiş olduğundan sigortacının gerçekleşen riziko nedeniyle sorumluluğu kabul edilemeyeceğinden ...".

Değerlendirme:

Karşı oy yazısında yer alan açıklamalardan, mevcut bir poliçeye müstenit sigorta sözleşmesinin bitim tarihinde hüküm ifade etmek üzere düzenlenen ikinci bir poliçe ile yeni bir sözleşme kurulmuş olduğu ve bununla eski sözleşmenin süresinin uzatılmış olmadığı kabul edilmektedir. Hukuken doğru ve isabetli sonuca varılmıştır. Ancak burada tecdit terimi herhalde teknik hukuk anlamında kullanılmamıştır. Zira tecdit, yeni bir borcun ihdası suretiyle eski bir borcun iskatıdır (9). Karşı oy yazısında ise, ilk sözleşmenin süresi sonunda ortadan kalktığı ve yeni poliçe ile yeni bir sözleşme kurulmuş olduğu isabetli bir şekilde açıklanmıştır. Bu nedenle, tecdit teriminin esas anlamı gözönünde tutulmadan kullanılmış olduğunun düşünülmesi mümkündür (10).

2- Yargıtay 11. H.D. E.247/K.640 sayı ve 17.2.1981 tarihli kararı:

Bu kararda şöyle bir pasaj yer almış bulunmaktadır:

"... Dairemizin kökleşmiş içtihatlarına göre, bir sigorta akdi yapıldıktan sonra, ondan sonraki dönemler için düzenlenen tecditnameler yeni birer sigorta mukavelesi değil, ilk defa kurulan sigorta akdinin devamının teyidi mahiyetinde olan

(8) Reşat Atabek, Sigorta Hukuku İstanbul 1960, s.153.

(9) von Tuhr, Borçlar Hukuku'nun Umumi Kısmı, Çeviren Cevat Edege, Ankara 1983, s.653'de şu açıklamalar yer almıştır: Alacaklı, kendisine yapılması lazım gelen bir eda yerine borçluya karşiyeni bir alacak elde eder, borçlu da edayı yerine getirmeksizin alacaklıya karşı yeni bir borç taahhüt etmek suretiyle borcundan kurtulur. Tecdit ifa yerini tutan edaya benzeyen bir borçtan kurtulma şeklidir.

(10) Gönen Eriş, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu Deniz Ticareti ve Sigorta, Ankara 1990, s.1235 v.d.

belgelerdir". Bu kararda da Tecdit'in hukuki mahiyeti üzerine yeterince eğilinmeden sonuca varıldığı görülmektedir. Sigorta sözleşmesinin süresi sona erdiğinde tarafların borçları da sona erer ve artık tecdit durumu söz konusu olmaz.

3- Yargıtay 11.H.D. E.1996/622 K.1996/1092 sayı ve 16.2.1996 tarihli kararı: (11)

Kararda sorunun çözümüne esas teşkil eden açıklamalar şöyledir:

"Dosya kapsamından, taraflar arasındaki önceki dönem sigorta sözleşmesi ilişkisi sona erdikten sonra davacının istemi üzerine (19.8.1994-19.8.1995) dönemini kapsayacak şekilde 1.8.94 tarihinde dava konusu sigorta poliçesi düzenlenerek davacıya teslim edildiği ve fakat sigorta priminin kazanın meydana geldiği 20.8.1994 tarihinden sonra 22.8.1994 tarihinde davacı tarafından acente durumunda olan bankaya ödendiği sabit bulunmaktadır.

Bir sigorta sözleşmesi döneminin bitmesinden sonra aynı taraflar arasında aynı sigorta konumunda yeni bir sigorta poliçesi düzenlenmesi ilk sigortanın devamı yani tecdidi niteliğinde olmayıp, yeni bir sigorta sözleşmesi sebebiyle düzenlenen yeni bir poliçe olarak kabul edilmesi TTK'nun 1294 ve 1295. maddesinde yapılan değişiklikler gereğidir. Zira özellikle TTK m.1295'in önceki metninde yer alan (aksine mukavelenin bulunmaması hali) yeni metinde yer almamış ve sigorta sözleşmesinden doğacak sorumluluğun başlaması için mutlaka primin tamamının veya ilk taksidinin ödenmesi koşulu emredici bir şekilde hükme bağlanmış bulunmaktadır. Nitekim dava konusu sigorta poliçesinin ön yüzüne yeni düzenleme ile ilgili şerhler işlenerek primin ödenmemesi halinde sorumluluğun başlamayacağı açıkça yazılmış ve poliçe bu şekilde davacı sigortalıya teslim edilmiştir. Bu şerhi taşıyan poliçenin yeni bir sigorta sözleşmesi olduğu duraksamaya meydan vermeyecek bir şekilde belli edilmiş bulunmaktadır. Bu şerhten sonra sigortacılık tekniği açısından önceki sigortayla olan ilişkiyi saptamak bakımından konulan (bu tecditnameyle bir yıl süreyle yenilenmiştir) şerhi, yeni sigorta sözleşmesinin öncekinin tecdit yolu ile devamı anlamını getiremez".

Değerlendirme:

Burada önce, Yüksek Daire'nin görüşüne mesnet olarak gösterilen TTK m.1295'in tadili ile ne gibi bir hukuki sonucun hasıl olduğunu belirtelim. m.1295'in değişiklikten önceki metninde, 1. fıkranın başında "aksine mukavele yoksa" ibaresi mevcuttu ve aksine mukavele yoksa primin tamamının, taksitle tediyesi kararlaştırılmışsa ilk taksidin akit yapılır yapılmaz ve poliçenin teslimi karşılığında ödenmesi gerektiği hükme bağlanmıştı. Buradaki "aksine sözleşme"

(11) Sempozyumun yapıldığı gün yemek arasında Yargıtay 11. H.D. Başkanı sayın Gönen Eriş tarafından bu sorunu çözen yeni bir karar verdiklerini ifade etmişlerdir. Söz konusu karar herhalde budur.

Kararın metni için: Yar. Kar. Der. cilt 22, sayı 7, Temmuz 1996, s.1078-1080.

herhalde primin daha sonraki bir tarihte ödenmesi yani sigorta ettirenin lehine olarak primin ödenmesinin ertelenmesidir. Bu ibarenin yapılan değişiklikte maddeden çıkarılması acaba bu durumu değiştirmiş midir? M.1295, m.1264'de gösterilen emredici hükümlerden sigorta ettiren kimsenin zararına (yani aleyhine) olarak değiştirilemeyen bir yarı emredici hükümdür. Yapılan değişiklikte m.1264'deki durum aynen bırakılmıştır. Şu hale göre, maddenin bugünkü şekline göre de, prim ödenmesinin tecilli sigortacı ve sigorta ettiren tarafından kararlaştırılabilecektir. Bugün yapılan şudur: Poliçenin ön yüzünde primlerin ödenme tarihleri açık olarak gösterilmektedir. Değişiklikten önce düzenlenen poliçelerde de, genel ve özel şartlardan prim veya taksitlerinin ne zaman ödenmesi gerektiği anlaşılmakta idi.

Yukarıda açıklanan hukuki duruma göre, bu son kararda tamamen doğru ve isabetli sonuca varılmıştır. Ancak gösterilen gerekçe bu görüş ve sonuca tam bir mesnet teşkil edememektedir. Bu sonucun hukuki mesnedi önceki kararın değerlendirilmesinde açıklanmıştır. Sonra düzenlenen poliçenin önceki sigorta sözleşmesinin süresini uzatabilmesi için tarafların bu doğrultuda bir irade beyanında bulunmaları gerekir. Bunun için yeni bir poliçe düzenlenmesine de gerek yoktur. Sürenin uzatılması sözleşmenin bir hükmünün tadili demektir ve zeyilname ile yapılabilir. Aksi halde ikinci poliçe ile yeni bir sigorta sözleşmesi kurulmuştur.

II. TEBLİĞ TARTIŞMA

Tartışma Konusu :

SİGORTA SÖZLEŞMESİNİN SÜRESİNE İLİŞKİN BAZI SORUNLAR

Prof. Dr. Hüseyin Ülgen:

Sorum şu:

Sonraki prim ödenmemiş. Sonraki prim ödenmediği için temerrüt durumu hasıl olmuş. 15 gün geçmiş, prim yine ödenmemiş, teminat durmuş. Prim yine ödenmemiş sigorta sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş. Bu aşamada sigortalı primi gönderiyor. Sigorta şirketi de primi tahsil ediyor. Hukuki durumun değerlendirilmesini rica edeceğim.

Prof. Dr. Rayegân Kender:

Kanun hükmü çok açık. "Sigorta ettiren temerrüt gününü takip eden 15 gün içerisinde dahi sigorta prim borcunu ödemediği takdirde, bu müddetin bitiminden itibaren 15 gün süre ile sigorta teminatı durur. Bu sürenin sonuna kadar prim ödenmediği takdirde sigorta sözleşmesi herhangi bir ihtara gerek kalmadan fesh edilmiş olur". Bu fesihden sonra sigorta ettiren götürüyor primi ödüyor, sigortacı da alıyor. Sigortacı bunu bilinçli olarak mı, dalgınlıkla mı alıyor? Bunu ikiye ayırıp her iki ihtimale göre değerlendirme yapalım.

Dalgınlıkla sigortacı primi alıyor ve arkasından riziko gerçekleşiyor. Riziko gerçekleşince araştırılıyor ve süreler dolduktan sonra primin geldiği anlaşıyor. Böyle bir durum için kanunda hüküm yok, sigorta şirketinin takip edip primi tahsil etmemesi gerekiyor.

İkinci olarak, sigorta şirketi primi tahsil etmekle kanun hükmünün etkisini ortadan kaldırmış olabilir mi? Bunu söylemek çok zor, uzun araştırma gerektirir. Hukuk dogmatik açısından çok incelemeye girmeden, bana daha kolay geleni yeni bir anlaşma, icap-kabulle yeni bir sigorta sözleşmesinin inikat ettiğini söylemek yanlış olmaz gibime geliyor. Ötekini incelemek gerekiyor, kanun hükmünü kaldırır mı, kaldırmaz mı?

Prof. Dr. Hüseyin Ülgen:

Yeni bir sözleşmenin inikat ettiği yolunda taraf iradelerinin mevcut olduğunu da söyleyemeyiz. Acaba o durumda alınan paranın sebepsiz iktisap borcu olmayan bir şeyin tediyesi oluşturup sebepsiz iktisap kurallarına göre geri verilmesi bir sigorta himayesinin söz konusu olmadığı da kabul edilebilir. Konu enteresan

olduğu için tartışmaya açmak istedim.

Prof. Dr. Rayegân Kender:

Sigortalı her zaman ilmi esaslara vakıf insan değil. Hukuk daima olayın özelliklerine göre. Basit bir vatandaş düşünün, sigorta primini götürüp veriyor, sigorta şirketi de alıyor. Bir surette sigortalıya yeniden himayenin bahşedilmesine sigorta şirketi razı oluyor, izlenimini vermez mi?

Prof. Dr. Hüseyin Ülgen:

Diğer yandan Yargıtay'ımız da bu hatayı yaptı. Sigortalıyı da daima sütten çıkmış ak kaşık kabul etmek doğru değil. Hatta sigorta birliğindeki arkadaşlarımız söylediler. Yeni kanunun ismi "sigorta şirketlerinin denetlenmesi". Bütün kabahati sigorta şirketine yüklemek doğru değil.

Prof. Dr. Rayegân Kender:

Müşterinin sütten çıkma ak kaşık olmadığı da kesin değil, sigorta şirketinin de burada dikkat etmeyip primi alıp karşı tarafa yanlış bir izlenim vermesi söz konusu. Karşı taraf güveniyor, eğer benim sözleşmem bitse primi almazdı diyor. Tabii bunlar da mülahaza. Bunları telif etmek lazım, ikisini de kesin söyleyemeyiz. Olayın özelliklerine göre. Belki sigortalının bilgisi, kültür seviyesi ortaya çıkabilecek. Orada gene hakimlerimize iş düşüyor. Durumun değerlendirilmesi, takdir yetkisi için içine girecek. İki kere iki dört demek imkanını göremiyorum.

Gönen Eriş, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı :

Bizim dairemizin bu konuda iki kararı söz konusudur. Birinci kararın gerekçesini tam hatırlayamıyorum. İkinci karar, mahkeme bizim son görüşümüze uygun biçimde karar vermişti. Biz bunu onarken, bir cümle ilave suretiyle mahkeme kararını benimsemek anlamında bu yeni bir sözleşmedir, biçiminde sözcükler yazmak suretiyle onamış bulunuyoruz.

O bakımdan sizin biraz önce değindiğiniz eleştirinize biz de katılıyoruz. İmzamızın olup olmaması önemli değildir. Bizden önceki yetkili arkadaşlarımız öyle yorumlamışlar, biz şimdi o görüşe katılmıyoruz. Ancak son kararımızda bu gerekçeleri irdelleyerek bir karar vermiş değiliz, onu da arzedeyim. Ama madem arzu ediliyor, bundan sonra biraz daha geniş ve öğretinin eğildiği konulara da değinebiliriz.

Diğer bir konu, kişisel görüşüm olarak arz edeyim. 1297'nin 2. fıkrası, 1264'e göre buyurucu kural olarak kabul edilmemiş. Burada sigorta şirketi fesh ettiği bir sözleşmeden mütevellit veya yasal olarak fesh edilmiş sayılan bir hükümden mütevellit primi aldı, ne oldu? Biz genelde olaylarda yumuşak düşünürüz. Sözleşme serbestliği ilkesi gözönüne alınarak artık önceki durumdan rücu etmiştir anlamını benimsemek suretiyle sözleşmenin devam ettiğini kabul etmek daha adaletli bir yaklaşım olur kanısını taşıyorum. Çünkü buyurucu bir kural da

benimsenmemiştir. Bunu öyle yorumlamakta yarar vardır. Çünkü sigortacı da bir tacirdir ve burada çok daha tedbirli davranmak suretiyle primi almaması gerekir. Ama burada bir hile, bir aldaticılık veya sigorta elemanlarının sigorta şirketini zarara sokacak birtakım eylemleri iddia edilirse tabi değişik düşünülebilir. Böyle bir iddia yoksa primi almakta artık sözleşmenin fesh edilmemiş olduğunu, aksine devam ettiğini kabul etmekte yarar var.

Borçlar Hukuku meselesi teşkil eden diğer bir nokta; sigorta sözleşmelerinde bir yıldan fazla uzatmalar söz konusu değil. Yalnız benim tereddüt ettiğim nokta devam eden bir sözleşmede 15 gün önceden haber vermek suretiyle diye hüküm var. 15 gün önceden ihbarı gönderdi. Bunun tebliği mi önemlidir yoksa ilgilinin beyanı mı önemlidir? Bu da çok önemli bir şey. Kızun içeriğine bakmak lazım. 15 gün önceden duyurulma başkadır, kişinin başvurusu başkadır. Bir ay önce başvurur, sigortalıya tebligat 10 gün kala ulaşmış olabilir. Ne olacak? O bakımdan buradabir yorum getirirken sözleşmede kullanılan sözcükleri değerlendirmek lazım. Eğer öyle bir sözcük yoksa bence uzatma hallerinde artık bunu bozucu değil, ilgilinin beyan ettiği tarihi nazara almak gibi düşünmek gerekir, kanısını taşıyorum. Bu konuda borsa hukuku sahasındaki uzmanların da görüşünü arzu ederim. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Rayegân Kender:

Sözleşmede diyor ki, 15 gün evvel taraflar bir ihbarda bulunmadığı takdirde sözleşme bir sene uzayacaktır. Şimdi bunun manası zımni iradenin oluşması lazım. Nasıl olacak zımni irade, ihbarı yapmayacak. Aksi halde ihbarın karşı tarafa ulaşması lazım. Genel kaide bu, eğer genel şartlarda ayrı özel bir hüküm yoksa.

Samim Ünan:

Ben sayın hocamın varmış olduğu çözüme netice itibarıyla katılıyorum, yalnız bazı hususlarda tereddütlerim var. Özellikle sayın Hüseyin Ülgen hocamızın değindikleri hususa ilişkin olarak evvela bir noktaya temas etmek istiyorum. Sonradan yapılacak bir prim ödemesi ile sözleşme ilişkisinin mukadderatı ne olacak? Kanunun öngördüğü hüküm gayet açık olduğuna göre o hükmün öngördüğü neticenin meydana geleceğinde bir tereddütün prensip olarak olmaması lazım. Burada önem arzeden husus taraflar meydana gelen bu neticeyi daha sonra ortadan kaldırılabiliyorlar mı? Açık olarak ortadan kaldırmayı kararlaştırdıkları takdirde buna hukuken bir engel yok. Taraflar oturup anlaşarak devam etmesini kararlaştırmışlarsa (yeni bir sözleşme), bence tereddüde yol açabilecek bir olay söz konusu değildir. Ancak, sayın başkanın neticede vardığı nokta dengeyi daha kolay kurucu bir çözüm gibi geliyor. Eski sözleşmenin devamı değildir, yeni sözleşmedir dediğimizde, yeni sözleşmenin içeriği ne olacak? Burada herhalde eski sözleşmenin şartları ile ve o süreye tabi olarak devam ettiği neticesine varmak lazım. Eğer o yorum benimsenir ise, o zaman da devam ettiğini söylemek kanun ortadan kalkmış dediği için tam net bir kanunla

uyum halinde olmasa da sonuç itibarıyla bana kabul edilmesi daha uygun görünüyor.

Burada bir yorum meselesi söz konusudur. Tarafların bazı eylemleri var. Bunlara bağlanacak sonuçlar nelerdir? Prim yatırmakta yeni bir sözleşme için bir icap mahiyeti var mıdır? Sigortacının bunu kabul etmesine ne gibi bir anlam vermek icab eder. Bunlar somut olayın şartlarının değerlendirilmesi neticesinde ortaya çıkacak hususlardır. Yani her olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması daha uygun olur, kanaatindeyim. Ama eğer sözleşmenin devam edeceği veya yeni bir sözleşme arasında tercih yapmak gerekirse, o zaman eskisinin devam ettiği gibi bir neticeyi kabul etmek bana daha makul geliyor. Eskisinin süresi dolunca tarafların primi kabul etmesi halinde sigortacının, önceki sözleşmenin öngörülen süresi bitince sorumluluğu da sona erecek. Bunun daha ötesine giden yepyeni, bir senelik yeni bir müddet benimsememek gerekir. Bunu arz etmek istemişim. Teşekkür ederim.

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Somer:

Ben sayın Samim Bey'in fikrinden biraz ayrılıyorum. Şöyle ifade etmek istiyorum. Burada otomatik fesih değil de bir fesih beyanıyla sona erdirmeye olsaydı, bir de bu yönden düşünelim. Sigortacı fesih beyanında bulunduktan sonra sigorta ettirenin primini alsaydı, bu ne anlama gelirdi. Fesih beyanı bozucu yenilik doğuran haklardandır. Dolayısıyla bozucu, yenilik doğurucu, hakların en önemli özelliği de bunlardan dönülmesinin mümkün olmamasıdır. Dolayısıyla sigortacı fesih beyanında bulunduktan sonra primi tahsil etmek suretiyle bu sözleşmeyi devam ettirme imkanına sahip değildir...

Şimdi maddenin isabetsizliği bir de burada başlıyor. Otomatik fesih denilen bir şey var ortada. Nedir bu, irade beyanı mıdır? Değildir. Kimse irade beyanında bulunmuyor. İrade beyanında bulunsaydı kolay. Bulunmuyor. Fakat kendiliğinden fesh edilmiş sayılıyor. Bir fesih beyanında bulunulmuşcasına sözleşmeyi sona ermiş kabul etmek ve bundan sonra alınacak primle yeni bir sözleşmenin meydana geldiğini kabul etmek daha uygun gibi geliyor.

Samim Ünün:

Ben de aslında tamamen aynı kanaatteyim. Zaten fesih neticesi meydana gelmiş. Ancak fesih üzerine tarafların karşılıklı prim ödemesi ve diğerinin kabul etmesine hiç bir anlam vermeyecek miyiz? Bunlar hukuken arada hiç bir bağ oluşturmuyarak mı yoksa bir bağ meydana gelecek, karşılıklı hakları borçları olacak mı?

Yorum meselesi dedikten sonra eğer aralarında tekrar sigorta münasebeti olacağı neticesine varırsak, bunun içeriğinin ne olacağı problemi çıkıyor. O zaman da ben sayın başkanın dediği gibi eskisinin devamı demenin durumu daha iyi ifade ettiği kanaatindeyim. İçeriği eskiyle aynı olan yeni bir sözleşme yapmışlardır şeklinde de söyleyebiliriz. Eski şartlarla yeni bir sözleşme

yapmışlardır. Belki en doğru olan ifade bu. O zaman da Mehmet Somer arkadaşımınla aynı şeyi söylüyoruz. Ben farklı bir şey söylemiyorum.

Prof. Dr. Kenan Tunçomağ:

İki olay var. Birinci olaya ilişkin olmak üzere düşüncemi açıklayayım. Prim ödenmemesi nedeniyle ilk 15 günde teminat duruyor, ikinci 15 günün sonunda yasa hükmü gereği sigorta sözleşmesi ortadan kalkıyor. Sözleşme ortadan kalktıktan bir süre sonra bir prim gönderiyor, oradaki memur da alıyor bu parayı. Bu olayda genel olarak hataen yapılmış bir ödeme kabul etmek gerekir. O özellikler içinde bilmeyerek değil, bilerek de para alınmış olabilir. Yahut bildiğiniz sigorta şirketinin gecikme ile bunun gönderildiğini bile bile ve isteyerek bu parayı almış olabilir. Tabii bunun ispat edilmesi lazım. Bunun ispatı da son derece güç bir olaydır. Böyle bir şey yapılabilirse, o zaman yeni bir sözleşmenin meydana geldiği belki söylenebilir ama, bu çok istisnai durumdur ve bunun ispatı gerekir. Sigortalıyı koruyorum diye, mevcut sisteme ters düşen bir yorum yapılamaz. Sigortalının ancak korunmaya layık bulunduğu zaman korunması gerekir, yoksa her halükârda sigortalının korunmasını gerektiren bir hüküm yoktur. İş hukukunda da işçi korunur; ama her halükârda da işçi korunur diye bir kural yoktur ki, orada işçinin korunması sigortalının korunmasından çok daha kuvvetli bir şekilde yasalarda ifade edilmiştir.

Gönen Eriş beyin söz konusu ettiği ikinci olaya geliyorum. Sözleşmede 15 gün önce ihbarda bulunmak şartıyla, aynı şartlarda uzar diye bir hüküm var. Burada sözleşmedeki ifadeye bakmak lazım. Sözleşmedeki ifade şöyle ise; Uzatma isteğini 15 gün önce bildirmek koşuluyla bu sözleşme aynı şartlarla bir yıl için uzar. Burada söz konusu olan beyanın karşı tarafa varmış olmasıdır. Olay öyle olabilir ki, 20 gün önce göndermiştir, şehir içindedir, bunu 5 gün içinde alacağı varsayılabilir; ama 25 gün sonra varmıştır.

Borçlar Kanunu'nun 5. maddesi buna genel bir cevap veriyor. Bu madde gaipier arasında yapılan sözleşmelerle ilgilidir. Şöyle diyor: "Vaktinde gönderilen kabul haberi, icabı yapana geç varır ve o kimse onunla müzeme olmaksızın iddiasında ise keyfiyeti derhal kabul edene bildirmekle yükümlüdür". Bildirmez ise sözleşme akdolanmış sayılır. Olayda bakılacak, 15 gün içinde ihbarda bulunma koşulu ne surette yerine getirilmiştir. 20-25 gün önce göndermiş; ama oraya 15 gün geçtikten sonra vasil olmuştur. Muhatap beyandan bu durumu; yani cevabın zamanında göndermiş ama, gecikme ile muhataba ulaştığını anlamıştır. Bu durumda, dürüstlük kuralı gerek. Ben bununla bağlı değilim diye derhal bildirmesi lazım. Bunu bildirmezse, beyanı kabul etmiş sayılır. Bu kural, sigortalara ancak çok istisna hallerde uygulanabilir, düşüncesindeyim. Çünkü sigorta şirketlerine veya onların banka hesaplarına her gün binlerce ödeme yapılmaktadır. Bankanın kısa bir süre içinde kontrolü ise çok güçtür.

Av. Coşkun Özaydın:

Sigorta priminin taksitlerinin ödenmesi genelde bire bir görüşme ile olmuyor.

Banka veya bankamatikle ödeme oluyor. Bir anda yüzlerce binlerce ödeme geliyor. Bunu gözetmek lazım. Sayın Gönen Eriş'e bir cevap vermek istiyorum. 1264. maddede 297. maddenin amir olmadığı belirlenmiş veya sigortalı lehine değiştirilebilir. O tarz bir eylem sigortacının, sigortalı lehine bir davranışla akti değiştirdiği anlamına gelebilir mi? 1294. maddeye son kanun hükmündeki kararname dokunmamış. 1264 aynı kalmış. 1297. maddenin kendinden gelen bir emredici niteliği var. Fesh edilmiş olur diyor. Ondan evvel de 15 gün evveline dayanan bir ödemesiz devre var. Hasar olursa, prim ödenmemişse sigortacı ödemeyecektir. Bundan sonra gelen dönemde yine prim ödenmemiş, hasar olmuş, aradan 3 ay geçmiş. Hasar oluyor 3 gün sonra aklına geliyor primin geri kalanını ödüyor. Burada sigortalının lehine düşünerek, sigortacı bu parayı almıştır, tazminatı ödesin. Bence olmaz gibi geliyor.

İkinci bir şey, 1295'e göre birinci primin ilk taksidinin ödenmesi lazım. Ödenmez ise, sigorta şirketi bunun peşine düşmez, bırakır ve fesh edilmiş olur. Teminata başlamamıştır. Ama büyük bir iş ise, istiyorsa sigorta şirketi de bu primin tahsilini isteyebilir. Primin tahsilini talep edebilir, icra takibi yapılabilir. Sigorta sözleşmesinin ayakta durmasını istemiştir, primini istemekle. Fakat 1297'nin değişik hükmüne gelince, birinci prim verilmiş, ikinci taksit de ödenmiş, aradan sonra adam ödemek istemiyor. Bunun tek müeyyidesi sigorta sözleşmesinin münfesi olması mıdır? Sigorta şirketi olarak ben bunu ayakta tutmak istiyorum, sen benim primlerimi ver diyebilir miyim?

Prof. Dr. Rayegân Kender:

Kanunda yapılan değişikliğin hiç uygun olmayan taraflarından biri de bu. Sonraki primlerden bir tanesi muaccel olur olmaz, yeni hükme göre prosedür başlıyor. Prosedürü durdurmak imkanı yok, ancak prim ödemek suretiyle durdurulur. Prim ödenmediği takdirde diyelim ki tahsil davası açmak istiyor. Tahsil davası durdurmayacaktır o prosedürü. Benim anladığım kadarıyla. Bu kanundaki hükmün yanlış olduğu burdan da çıkıyor.

Çünkü her ülkede bir aktin taraflardan birinin kanundaki hükümlere binaen feshi için irade beyanı lazım. Burada irade beyanını istemiyorlar. Bu prosedür başlamış bir kere, bu prosedürü durdurmanın yegane çaresi primin ödenmesi. Diyelim ki ikinci 15 gün zarfında primin tahsilini dava etti mahkemede. O dava bu prosedürü durdurabilir mi? Hiç hüküm yok, durdurur diye. Yine 15 gün sonra ortadan kalkacak. Burada boşluk var. Sayın Gönen Eriş dedi ki: 1297. madde bizim ticaret kanunu'nun 1264'e göre yarı emredici bir hüküm. Yani sigortalı lehine değiştirilebilir, aleyhine değiştirilemez. Ama bunun sigortalı lehine değiştirilebilmesi için sözleşmeye hüküm koymak lazım. Burada çok önce bir Borçlar Hukuku problemi çıkıyor. Sözleşmeye hüküm koymamış ama, sonradan taraflar aralarında bu yarı emredici hükmü sigortalı lehine bertaraf edebilirler mi? Bunu bertaraf edebilmeleri için açık irade beyanı mı lazım, yoksa olayda olduğu gibi taraflardan biri primi ödemiş sigortacının kabulü zımni olur mu? Bu

da herhalde ince bir Borçlar Hukuku problemi. Bu konuda aydınlanmak istiyorum.

Prof. Dr. Kenan Tunçomağ:

Zımni irade beyanında kişi irade beyanında bulunmaz; bağlayıcı bir irade açıklamaz; onun bir davranışından iradesi çıkarılır. Bu irade emaresinden o kişinin işlem yapma iradesi çıkarılıyor. Bunun özelliği budur. 1297. maddeye KHK ile yapılan değişiklik, hükmün mahiyetini değiştirmiştir. Bu 1297. madde bakımından 1264. madde anlamını kaybetmiş gibidir. Niye? Çünkü 1297. madde sonucu kesin olarak belirtmiştir. Bu böyledir, demıştır. Ancak, iki taraf anlaşır, mesele yoktur. Yalnız prim ödenmemenin yorumu da şöyle yapılabilir. İlk prim başka, sonrakı primler tamamı başka mahiyettedir. Bu hüküm yumuşatılmak isteniyorsa, denir ki; bu ilk primle ilgili bir olaydır. Niye? İlk primi ödenmemişse, bunu sonraki prim olarak alırsan, o zaman birtakım zorluklar çıkar. Sigortalı sürekli olarak primini ödemiş, bir primini ödemiyor, son taksidini ödemeyi unutuyor; ödemiyor. Bir ay geçiyor, ilişki bitiyor. Kanunun kabul ettiği sonuç budur. Bu da sigortalar açısından son derece olumsuzdur.

Prof. Dr. Rayegân Kender:

Sigortalı lehine değiştirilebilen bir hüküm. Sözleşmede hüküm konabilir. Ben bugün bir sigorta sözleşmesinde diyebilirim ki, himaye başladıktan sonra primi ödemez ise, ihtar çeker öyle fesh ederim, bunu söyleyebilirim. Bunu söylemiyorum da, primi ödemiyor, kalkıyor ortadan. Sonra primi ödüyor, kabul ediyor sigorta şirketi.

Prof. Dr. Kenan Tunçomağ:

Bu söylediğiniz zımnen olmaz. Burada açıkça iki taraf da kabul ederse, o zaman tereddütsüz olur. Birçok hallerde sigortacı veya şirket, olayı kendi menfaatine göre değişik yorumlayabilir. Ne zaman isterse anlaşılabilir. Açık bir anlaşma ile bunun her zaman yapılması mümkün saymak gerekir diye düşünüyorum.

Gönen Eriş:

Sayın Ülgen'in sorduğu konu çok uç bir örnek. Buna bir yorum getirmek istiyoruz. Ben sigorta hukuku yönünden, genel ilkeler bakımından olaya bir açıklık getirmek isterim. Kamu düzeni ile ilgili hükümler, buyurucu kurallar kavramı hukukumuzda olmakla beraber yasalarımızda çok istisnai şu hüküm buyurucudur, şu hüküm kamu düzeni ile ilgilidir diye çok açık seçik hükümler bulunmuyor. ama Türk Ticaret Kanunu'nda sigortaya ilişkin hükümler arasında yasa koyucu çok özel bir düzenleme getirmiştir.

Ben kişisel olarak şunu iddia ederim; sigorta hukukundaki buyurucu kurallar sadece 1264. maddedeki hükümlere göre tayin edilir. Bunun dışında sigortaya ilişkin hükümlerde birtakım sözcüklere bakarak veya yorum kuralları ile şu hüküm buyurucu kuraldır, şu hüküm kamu düzeni ile ilgilidir demek mümkün

değil. Ama diğer yasalarımızın hükümlerinde hakikaten hukukçuların okuyarak kullanılan sözcükleri gözönüne alarak bu bir kamu düzeni ile ilgili hükümdür veya bu bir buyurucu kuraldır, der.

Sigorta hukukunda kanımca böyle bir yorum mümkün değil. Nasıl bir yorum mümkün. İşte 1264. madde hangi hükümlerin batıl olduğunu, hangi hükümlerin kabili iptal olacağını, hangi hükümlerin nispi buyurucu olduğunu düzenlemiştir. Öyle ise bu kuralın dışına çıkmak kanımca mümkün değil.

Yasa düzenlemelerinde veya kararnamelerle hükümler getirilirken, (bu arada şunu da açıklamak zorundayım, böyle ana kanunlarda kanun hükmünde kararnamelerle hükümler getirmek fevkalade yanlış bir görüştür ve yasa koyucunun bir an önce bu yaklaşımından uzaklaşması da gerekir, kanısını taşıyorum) buyurucu kurallar sigorta hukukunda düzenlenmiştir, sözcüklere bakarak bir yorum yapılamaz.

İkinci nokta, Sayın Özaydın'ın söylediği konuda hakikaten riziko tahakkuk etmiş, prim ödenmişse, tabiki burada o olmaz. O görüşüne ben de katılıyorum. Diğer nokta da yine eki görüşümü savunmak istiyorum. Çünkü, 1297. maddenin 2. fıkrasındaki hüküm aksine sözleşme, hem baştan yapılamıyor, sonra da zımnen aksi düzenlenemiyor, çünkü primi almıştır, kullanmıştır, hatta ben de şöyle bir uç örnek getireyim: 3-4 taksit vardır, üçüncüyü geç ödemiştir, dördüncüyü de ödemiştir. Ne olacak? Böyle de bir şey çıkabilir. Teşekkür ederim.

Recep Başpınar, Güven Sigorta Hukuk Müşaviri :

1297. maddenin son fıkrasını okumadan tartışıyoruz. Son fıkrada buna ait hüküm var. Diyor ki: Teminatın durduğu süre içerisinde primler ödenirse teminat devam eder diyor. Teminatın durduğu süre içerisinde ödenmiyorsa, zaten kendiliğinden ortadan kalkıyor sigorta mukavelesi.

Sigorta sözleşmesi ortadan kalktıktan sonra primin ödenmesi halinde bunların devam edip etmeyeceğini tartışmaya gerek yok. 3 ay sonra bir senelik primi de gönderdi diyelim sigortalı. Geldi bizim kasaya da girdi. Bir aktin teşekkülünde icap ve kabulün bilinçli olması gerekir. Eski taksit mi göndermiş, yeniden bir icap mı yapmış, sözleşme mi yeniden başlatmak istiyorum mu demiş. Bizim de kasaya girerken parayı ne amaçla aldığımız belli değil. Bu bakımdan bu olsa olsa yeni bir sigorta sözleşmesi olabilir. Bunun da bu şekilde akti teşekkül edip etmeyeceği şüphelidir. Teşekkür ederim.

Gülğün Ünlüoğlu:

Sonraki primin ödenmeyip askıda kalma süresi bittikten sonra ödenmesi halinde, sizin örneğinizde prim geç olarak riziko gerçekleştikten sonra mı ödeniyor, gerçekleşmeden önce mi ödeniyor? Eğer gerçekleştikten sonra ödeniyorsa, zaten sigortanın ana prensiplerinden biri olan hüsniniyet kuralına fevkalade aykırı bir durum var, bir aldatmaca var. Eğer riziko gerçekleştikten sonra ödüyor, herhalde kabul edilemez, dendi. Teşekkür ederim.

Av. Erkan Çuhalar:

1297. maddenin 2. fıkrası son derece açık. Vade tarihinde primin ödenmemesi halinde sigortalının temerrüte düşeceği, ilk 15 gün teminatı, ikinci 15 gün teminatsız olarak sözleşmenin devam edeceği, bu sürenin sonunda da herhangi bir ihbara hacet kalmaksızın sözleşmenin fesh edileceği yolunda açık.

Sözleşmenin feshinden sonra prim ödenmesi halinde hukuk müşavirimiz Recep beyin de söylediği gibi uygulamada sigorta şirketleri, sigorta primlerini yüz yüze tahsil etmiyorlar. Genel Müdürlükte primin ödenmemesi nedeniyle sözleşme fesh edilmiş olabilir ama, bunu acenta veya primi tahsil eden banklar bilmiyor olabilir, alabilirler. Binlerce poliçenin kesildiği ve fazla prim tahsilinin olduğu ortamda, birtakım tereddütlerin hasıl olmaması için, bana göre 1297/2 mutlak olarak almak lazım.

Sözleşmenin feshinden sonra prim ödenmesi halinde bunu yeni bir sözleşme olarak almak bana göre yanlış. Neden yanlış. Sigortalının yeni bir sözleşme kurmak amacıyla bir prim yatırması söz konusu değil. Artı sigorta şirketinin yeni bir sözleşme karşılığı olarak bir prim tahsil etmesi söz konusu değil. Kaldı ki, yeni bir sözleşme olarak algılanırsa uygulamada poliçelerin önyüzüne vade tarihleri, ödenecek miktarlar yazılıyor. Ondan sonra ödenecek olan primlerin vade tarihleri, hangi miktarlarda ödeneceği problemleri çıkacak. Oldukça farklı problemler çıkacak. Bu nedenle 1297/2'yi mutlak alıp, sözleşmenin fesh edildiğini kabul edip, sözleşmenin feshinden sonra alınan primleri de sigortacı yararına sebepsiz zenginleşme olarak addedip, sigortalıya iadesinin daha doğru bir çözüm olacağı kanaatindeyim.

İşıl Ulaş:

Abonman taşıma sözleşmelerinde bir boyut kazanıldı. Şöyle; sözleşmelere bir madde konuldu, geç ihbarla ilgili hak tanındı. Bir limit konmuş. Limitler dahilinde geç ihbar edilmek koşuluyla 1 ay içerisinde, sigorta teminatı içerisinde, dendi. Sigortacılar bu koşullara uyulmak şartıyla sigorta tazminatını ödüyorlar ve 1301. maddeye göre de rücu hakkını kullanıyorlar. Bu aşamada karşı taraf çıkıyor, spesifik poliçe düzenlenmeden yapılan ödeme geçersizdir, bu nedenle sigortacının da rücu hakkı yoktur, halefiyet hakkı doğmamıştır diyor. Bir sorum bu. İkinci sorum sözleşmenin başlangıcı ile ilgili. Sigorta poliçesi genel şartlarında 12.00'de başlayıp, 12.00'de biteceği konusunda hüküm var. Bize gelen çok yeni bir olay, aynı şart poliçe aslında yazılı. Önyüzünde ne zaman düzenlendiği konusunda bir açıklama yok. Gün olarak açıklama var. Saat 15.45'te kaza olmuş. Kasko sigortadan dolayı bir uyuşmazlık. Tazminat talep etmiş. Sigorta şirketi kabul etmemiş. Dava açılmış. Sigortacının savunması şu. İbraz edilen poliçede saat yoktur. Ancak size biz bir suret ibraz ediyoruz, bilgisayarında düzenlenmiş, saati şudur, dakikası şudur. Kaza 15.00'de meydana gelmiştir, poliçede 15.45'de düzenlenmiştir. Bu savunmayı yapıyor. Hakim de; madem ki sigorta ettirenin elindeki poliçede saat yoktur, ben 12.00'de

başlamıştır görüşünden hareket ediyorum, dedi. Biz bunu epey tartıştık. Ancak bu savunmanın tahkiki gerekir gerekçesi ile sigorta kayıtları üzerinde inceleme yaptık, sigorta şirketinin ibraz ettiği belgenin sağlığını araştırır şeklinde bir sonuca vardık. Bu konudaki görüşünüzü istiyorum.

Bir de senetle prim ödeme konusu. Yeni bir düzenlemeyle geldi. Bu da büyük bir sorun bizce. Senetle prim ödenmesi mümkün mü? Bu 1264'e giren bir hüküm de değil. Bir kişinin elinde gördüm poliçe ve senedi. 1.3.1996 ile 1997 arasında düzenlenmiş bir sigorta poliçesi. Kişinin verdiği bonoda sözleşme yapmaya, prim tahsil etmeye yetkili acente bu kişiden senet alır. Aldığı senetteki ödeme tarihi de 6. aydır. Yeni yasadaki düzenlemede senedin ödendiği anda prim tahsil edilmiş kaydolur. Şöyle bir çelişki var. 1 yıllık bir sigorta yapılıyor. Prim 1 yıl üzerine düzenleniyor ve bir yıllık prim bonoyla tahsil ediliyor. Ama buun 3 ayı kanuna göre sigorta dışı. Çünkü 1.3'de düzenlendi, 1.6'da ödenecek. Prim ödendiği anda da sigortacının sorumluluğu başlayacağına göre, başlangıçtaki 3 aylık devre priminin tamamının tahsil edilmiş olmasına rağmen sigorta teminatı dışında kalıyor. Kanun böyle diyor. Bu da bir problem. Bu konuda da görüşünüzü alabilirsek memnun olurum.

Prof. Dr. Rayegân Kender:

Birinci mesele Sayın Ulaş'ın bana sormuş olduğu abonman sözleşmesi diye bir sigorta sözleşmesi var. Bir çerçeve anlaşmasıdır. Bu taşıma sigortalarında, ardiye sigortalarında söz konusu olur. Ardiye için riziko yeri ve menfaatler tayin edilir. Belirli bir taşıma dolayısıyla menfaat tayin edilir. Bir tacir senede 12 sefer halinde malını gönderecekse, her sefer ayrı bir sigorta sözleşmesi yapacağı yerde bir sözleşme, çerçeve sözleşmesi akdeder, ondan sonra bu çerçeve sözleşmesine bağlı olarak o sevkıyatları yapar.

Burada sigorta hukukunun temel prensiplerine göre abonman sözleşmesi de bir sigorta sözleşmesidir. Yalnız, sigortacının himayesi abonman sözleşmesinin yapılması ile başlamaz, genelde aksine hüküm yoksa. Çünkü abonman sözleşmesi yapılmıca riziko ve menfaat muayyen hale gelmemiştir henüz. Diyelim ki, İstanbul'dan Marsilya'ya senede gemi ile 6 sefer mal gidecektir. Bunun için çerçeve, yaptık ama daha nakliyat başlamamış, gemiye mal konmamış. Sigortacının mesuliyeti başlamaz, ne zaman başlar? Her sevkıyatın başında. Her sefer gemiye belirli bir mal konur, gemi sefere çıkarken sigortacıya bildirilir. Filan gemiye şu kadar mal konmuştur. Değer şu kadardır. Şu limandan, şu limana gidiyor. Bu şekilde riziko ve menfaat muayyen hale gelir. Bu ihbarı kanun arıyor. Bir de tatbikatta bu ihbarı yapmıyorlar. İhbar için poliçe tanzimine gerek yoktur. Bir ihbar yapılması kafidir. Ama bizim tatbikatımızda nedense, spesifik poliçe düzenleniyor. Sizin söylediğiniz abonman sözleşmesine özel bir hüküm konmuş. Her seferin başlangıcından itibaren 1 aylık geç bildirme hakkı vermişse, sefere çıkmıştır gemi, 15 gün sonra diyelim ki riziko gerçekleşti. Burada sigorta himayesi vardır. Çünkü sözleşme bu hakkı vermiş. Sigorta şirketi yapmasaydı.

İkinci nokta poliçede gün olarak belirlenmiş, arkasında genel şartlarda 12.00'de başlıyor, 12.00'de bitiyor. Aynı gün kaza saat 15.45'de olmuş ama sigortacının ibraz ettiği örnekte 15.00'de düzenlendiğine ilişkin kayıt var. Halbuki genel şartlarda 12.00 var. Sigortacının ibraz ettiği belge sigortalıyı bağlamaması lazım. Sigortacı olaydan sonra çıkartıyor bu belgeyi, poliçeye yazsaydı. Poliçenin ön yüzüne yazmadığına göre genel şartlarda 12.00 yazıyor. Bu poliçeyi sigorta ettirene vermiş, kazadan sonra sigorta şirketi kayıtlarında 15.00 yazıyor, diyor. Bence sigortalıya onu ileri sürememesi lazım, 12.00'yi esas alması lazım.

Soru:

Acaba o durumda rizikodan sonra bile bile sigorta ettirme yasağı delinecek mi?

Prof. Dr. Rayegân Kender:

Sigorta şirketi poliçeyi 15.45'de düzenlemiş, kaza 15.00'de olmuş. Sigorta şirketinin kazadan haberi olmamış, ama sigorta ettiren bunu bile bile yapmışsa o sözleşme geçersizdir.

Üçüncü soru senet meselesi. O çok uzun bir olaydır. Kıymetli evrakın ibrazı meselesi var. Bugün bizim tesbit ettiğimiz, bilhassa sigorta primlerinin ödenmesi için düzenlenen bonolarda, kanuna uygun ibraz yok. Çünkü ibraz olması için, bono götürülecek borçlunun nezdinde ibraz edilecek. Noter vasıtasıyla. Şimdi bankaya gönderiliyor, bankada senedi borçlunun nezdine götürmüyor, bir fotokopi yolluyor. Bu kanuna uygun değil. Bu tamamen kara ticareti, bononun ibrazı ile ilgili. Sigorta hukuku açısından da 1296. madde primin ödenme yerini söylüyor. Prim nerede ödenir, esas itibarıyla sigorta ettiren nezdinde. 1296. madde değişmemiş. Bir borçta mütemerrit olmak için ne zaman ödeneceği ve nerede ödeneceği önemli. Bu sigortalının nezdinde ödenecek. Kanundaki, bu otomatik ortadan kalkma, sigorta ettiren bakımından son derece vahim bir sonuç olduğu için, çok dikkatli bir şekilde temerrüde düşmüş olduğunu tesbit etmek lazım. Şimdiki durumda kanuna uygun bir ibraz olmadığına göre, prim borcunu bonoya bağlamak çok tehlikeli. Gözü açık bir avukat bu ortadan kalkınca geçerli bir ibraz olmamıştır, dolayısıyla temerrüt olmamıştır şeklinde bunu kullanabilir.

Soru:

Poliçenin başlangıç tarihi 1.3.1996, bitiş tarihi 1.3.1997. Sigorta ettirenden 3 ay sonraya vadeli bir bono alıyor, bütün primi kapsayan.

Prof. Dr. Rayegân Kender:

Primin taksitlere bölünmesi ancak tarafların rızası ile olur. Hiçbir sigorta şirketi primi taksite bölmeye mecbur değildir. İki taraf anlaşarak primi taksit bölerler. Taksit bölünce 3 ay sonra bir taksit tesbit etmiştir. Aslında 3 ay zarfında prim borcu ödenmemiş değildir. İlk 3 ay primsiz değildir.

Prof. Dr. Hüseyin Ülgen:

Teknik değerlendirme yapacak olursak, Sayın Kender'in vardığı sonucu bizim ticaret hukuku esasları da doğruluyor. Şöyle ki, bono verildiği zaman bu ya ifa yerine verilmiş olur, ya ifa uğruna verilmiş olur. İfa yerine mi, ifa uğruna mı verildiği belli değilse kural ifa uğruna veriliştir. Kanunda senet verildiği zaman ancak bedeli tahsil edilince ödeme gerçekleşmiş sayılır yolundaki ifade de bu genel kuralın doğrulanmasıdır. İfa uğruna olmasını taraflar iradeleri ile bertaraf edebilirler. Sizin durumunuzda tarafların iradesi ile bunun ifa uğruna değil, ifa yerine verilmiş olduğudur. Dolayısıyla primin ödenmiş olduğu kabulü gerekir.

Av. Gülen Baykal:

Abonman sözleşmelerde geç ihbarı kabul eden sigortacının daha sonra rücu ettiği takdirde karşı tarafın def'i ileri sürmesi hususu.

Sevgili konuklar değerli hocamın hepimize çok zevkli bir sempozyum bir tebliğ saati geçirtti. Konuşmacı arkadaşlara katkılarından dolayı teşekkür ederiz.

III. TEBLİĞ**Tebliğ Konusu :**

CMR SİGORTASINDA ZARAR GÖREN ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN KONUMU İLE İLGİLİ İKİ YARGITAY KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Tebliği Hazırlayan :

Doç. Dr. Samim ÜNAN

Bu incelememizde, taşıyıcının Karayoluyla Eşya Taşınması Hakkındaki Uluslararası Sözleşme (CMR) hükümleri uyarınca sorumluluğunu temin eden sigorta (kısaca CMR sigortası) çerçevesinde, Yargıtay kararlarına da konu teşkil etmiş olan "zarar gören üçüncü kişinin durumu" ile ilgili bazı hukuki sorunları ele almaya çalışacağız.

CMR, Türkiye'nin katılmayı kanunla uygun bulunduğu bir sözleşmedir. Bu sözleşme üye devletler arasındaki uluslararası taşımalarda taşıyıcının sorumluluğunu düzenlemektedir.

CMR sigortası, bir isteğe bağlı sorumluluk sigortasıdır. Bununla taşıyıcının CMR hükümleri çerçevesindeki sorumluluğu sigorta koruması altına alınmaktadır. Kendi hesabına sigorta şeklinde yaptırıldığında, sigorta ettiren, taşıyıcı sıfatına sahip bulunan kimsedir.

Bütün diğer isteğe bağlı sorumluluk sigortalarında olduğu gibi, CMR sigortasında da amaç, sigortalının sorumluluk dolayısıyla malvarlığında meydana gelen kötüleşmeyi önlemektir.

Sorumluluk sigortalarında sigorta koruması, sigortalıya yöneltilen haklı tazminat taleplerinin sigortacı tarafından karşılanması veya haksız tazminat taleplerine karşı sigortalının savunmasının masrafları üstlenilerek sigortacı tarafından yürütülmesi şeklinde gerçekleşir.

Sigorta hukukuna ilişkin kuralların yer aldığı Türk Ticaret Kanunu (TTK), sorumluluk sigortalarını ayrıca düzenlememiştir. Dolayısıyla hukukumuzda sorumluluk sigortalarının tabi olacağı temel ilkelere dair yasal bir zemin mevcut değildir.

Kanunda mevcut olan çok az sayıdaki kural da günümüzün gereklerine cevap vermekten çok uzaktır.

Genel şartların açık ve doyurucu bir düzenleme içerdiğini söylemeye de imkan göremiyoruz. Basit bir misalle açıklamak gerekirse, ülkemizde uygulanmakta

olan genel şartlar, riziko hususunda hangi esas benimsediklerini (yani zarar olgusu esasını mı, sorumluluğa yol açan davranış esasını mı yoksa talep esasını mı benimsediklerini) dahi açıkça ortaya koymamaktadırlar. Oysa bu husus sorumluluk sigortaları alfabetesinde ilk harfi oluşturmaktadır. Bu arada, CMR sigortasına özgü tasdikten geçmiş genel şartların da mevcut bulunmadığını vurgulayalım.

Sorumluluk sigortaları alanında en fazla tartışmaya yol açan hususlardan biri de, sigortalının kendisine karşı sorumlu olduğu zarar gören üçüncü kişinin konumudur. Bu kapsamda zarar görenin sigortacıya karşı tarafı olmadığı sigorta sözleşmesi çerçevesinde doğrudan dava açıp açamayacağı ve şayet açabilecekse, davalı sigortalının ona karşı hangi savunmaları ileri sürebileceği, hangilerini süremeyeceği özel önemi haizdir. Aşağıda, bu hususlara ilişkin bazı Yargıtay kararlarını değerlendirmeye çalışacağız.

I- ZARAR GÖRENİN DOĞRUDAN DOĞRU YA SİGORTACIYI DAVA ETMEK HAKKI

Bazı sorumluluk sigortalarında kanun zarar gören üçüncü kişiye doğrudan doğruya sigortacıya başvurmak hakkını tanımakta, böylece onu avantajlı bir konuma getirmektedir. Ülkemizde Karayolları Trafik Kanunu (KTK) gerek zorunlu trafik sigortasında (KTK m.97) gerekse isteğe bağlı trafik sorumluluğu sigortasında (KTK m.100) zarar görene bu hakkı tanımıştır. Öte yandan, TTK'nun yangın sigortasına ilişkin hükümleri arasında yer alan TTK m.1310'da da yangın dolayısıyla sorumluluk sigortası yaptırılmış olduğu takdirde, sigortalının sigorta ettirene ödemeye mecbur olduğu tazminatı talep yetkisinin münhasıran sigorta ettirenin kendisine karşı sorumlu olduğu şahsa (zarar gören üçüncü kişiye) ait bulunduğu ve sigorta ettirenin alacaklılarının bu tazminattan faydalanamayacakları hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, doğrudan dava hakkının bazan da genel şartlarda düzenlendiği görülmektedir. Mesela Tüpgaz ve Tehlikeli Maddeler Sorumluluk Sigortası'nda durum böyledir.

Ancak, başka sorumluluk sigortalarında durumun ne olacağına ilişkin kanuni bir düzenlemeye tesadüf edilmemektedir. Bu hal, tereddütlere ve doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine yol açmıştır. Yargıtay ise zarar gören üçüncü kişiye dava hakkı tanımıştır.

A- YARGITAY İÇTİHADI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 31.1.1996 gün ve 1995/11-980 Esas, 1996/18 Karar sayılı oybirliği ile verilmiş kararında zarar gören üçüncü kişi lehine özel daire tarafından kabul edilen sigortacıyı doğrudan dava edebilmek hakkını teyid etmiş ve zarar gören kişinin, CMR sözleşmesi çerçevesinde sorumlu tutulabilecek bir taşıyıcının sorumluluğu için sigorta kuvertürü vermiş olan sigortacıya karşı doğrudan doğruya talep hakkını haiz bulunduğu sonucuna varmıştır.

Bu sonuç, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nce bütün sorumluluk sigortaları bakımından öteden beri esasen kabul edilmekte idi. Nitekim, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 25.4.1989 tarih ve 1988/5101 Esas ve 1989/2606 Karar sayılı kararında bu husus aynen "... sorumluluk sigortalarında zarar görenin veya hâfinin sorumluluk sigortası yapan sigortacıya doğrudan doğruya başvurabileceği Dairemizin kökleşmiş içtihatlarıyla kabul edilmiş bulunmasına ..." denerek çok açık bir biçimde ifade edilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun konuyla ilgili yukarıda değindiğimiz kararında ise (özetle) :

- * CMR sigortası olarak adlandırılan sigortanın bir ihtiyari mali sorumluluk sigortası olduğu,
- * Öğretide çoğunlukla zarar gören üçüncü kişilerin doğrudan doğruya sigortacıya başvurabileceklerinin kabul edildiği,
- * Durum mevzuat açısından incelendiğinde, sorumluluk sigortalarının Türk Ticaret Kanunu'nda ayrı bir bölüm halinde düzenlenmesi gerekirken, bunun yapılmadığı, ancak menfaat sahibi bakımından TTK m.1269, rizikonun gerçekleşmesiyle ilgili ihbar yükümlülüğü bakımından TTK m.1292, yangın sigortası dolayısıyla TTK m.1309 ve 1310, hırsızlık dolayısıyla TTK m.1320 ve kaza dolayısıyla TTK m.1335/1'de sorumluluk sigortalarına değinildiği,
- * Kanunun tamamlayıcı kurallarının sözleşme boşluğunun doldurulmasında bir araç olduğu ve hakim MK m.1'e göre kanunun hükmünü uygulamak zorunda bulunmasından önce, kanunda uygulanabilecek bir hüküm bulunup bulunmadığını veya en azından kanunun başka bir hükmüne atfın mevcut olup olmadığına bakması gerektiği,
- * Bu kabulün doğal sonucu olarak da Türk Ticaret Kanunu'na bakmak icap ettiği,
- * Yangın dolayısıyla sorumluluk sigortasının TTK'nun 1309 ve 1310. maddelerinde düzenlenmiş olduğu, eski Ticaret Kanunu'ndan aynen alınan bu hükümlerin sorumluluk sigortasına ilişkin temel sorunları ayrıntılı ve doyurucu bir biçimde hükme bağladığı,
- * TTK m.1310'da doğrudan doğruya dava hakkına ve bunun sonuçlarına yer verildiği, buna göre zarara maruz kalan üçüncü şahsın doğrudan doğruya sigortacıya başvurabileceği,
- * TTK m.1309 ve 1310 genel hüküm niteliğinde olmamakla birlikte, bu hükümlerin diğer sorumluluk sigortası uyumsuzluklarında kıyas yolu ile uygulanabileceklerinin kabul edilmesi gerektiği,
- * Nitekim, sözleşmelerin değişen hal ve şartlara uyarlanması hakim MK m.365'ten yararlanmasının doktrinde oybirliği ile kabul edilmiş olduğu,

belirtildikten sonra, alt mahkemenin "yasada uygulanabilecek hiçbir hükmün

bulunmadığı, yasa boşluğu bulunduğu" gerekçesiyle davayı reddetmesi doğru görülmemiş ve direnme kararı bozulmuştur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bundan başka:

* Öğretide ittifakla benimsendiği gibi, sigorta sözleşmesinin özel ve genel şartlarında zarar gören üçüncü kişinin doğrudan sigortacıya başvurabileceği kararlaştırılmış olduğu takdirde, sorunun çözümlenmiş olacağı ve bu durumda zarar görenin sigortacıyı doğrudan dava edebileceği, somut olayda da poliçe genel şartlarının 10/1.6, 13/2, 17/2 ve ek şartnamenin 4. maddelerinde doğrudan dava hakkının öngörülmüş olduğu,

* Tarafların uygun iradesi ile kabul edilen ve geçerliliği hususunda tartışma bulunmayan bu özel hükümler gözardı edilerek, olayda zarar gören gönderilenin dava hakkının bulunmadığı sonucuna varılamayacağı,

* Çeşitli Yargıtay kararlarında, zarar gören üçüncü kişinin BK'nun 18 ve MK'nun 2. maddesindeki objektif iyiniyet kurallarının ışığı altında kanunda açık hüküm bulunmasa bile, aktif husumet yetkisine (davacı olma sıfatına) sahip olduğunun kabul edildiği

vurgulanarak, alt mahkemenin vardığı sonuç bu sebeplerle de uygun bulunmamıştır.

B- DEĞERLENDİRME

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Özel Daire'nin müstakar içtihadı doğrultusunda verdiği kararı iki ayrı açıdan ele almamız yararlı olacaktır:

- İçtihatla benimsenen çözümün dünya uygulamasına genel olarak uygun düşüp düşmediği,
- Söz konusu çözümün ülkemizde yürürlükte olan hukuk kurallarına uygun olup olmadığı

1) İçtihatla Benimsenen Çözümün

Dünya Uygulamasına Uygun Düşüp Düşmediği

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun (HGK) kararında benimsenen çözümün dünyada genellikle benimsenmiş bir çözüm olup olmadığını saptayabilmek için, bazı yabancı hukuklarda durumun ne olduğunu kısaca gözden geçirmemiz gerekmektedir.

a) Yabancı Hukuklardaki Çözümler

aa) Fransız Hukuku

Fransız Hukuku'nda, bütün sorumluluk sigortalarında zarar gören üçüncü kişiye, sorumluluk sigortacısına karşı doğrudan dava hakkı tanınmaktadır.

Fransız Sigorta Kodu'nun L.124-3. maddesinde sigortacının sigorta tazminatını, zarar gören üçüncü kişi o oranda tazminat elde etmiş olmadıkça, zarar

görenden başka bir kimseye ödeyemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu hüküm zarar gören üçüncü kişiye tam anlamıyla dava hakkı tanındığı şeklinde anlaşılmaktadır (1).

Ancak Fransız Hukuku'nda, söz konusu doğrudan davanın sigorta sözleşmesinin hükümleri ile sınırlı olacağı, başka bir deyişle ancak bu sözleşmenin imkan verdiği ölçüde mevcut sayılacağı kabul edilmektedir. Bu anlamda, sigorta sözleşmesinden doğan bütün savunmalar zarar gören üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilmektedir (özellikle, sigorta sözleşmesinin butlanla malul veya feshedilmiş olduğu; sigortacının sorumluluğunun sözleşme hükümleri çerçevesinde henüz başlamadığı; primin zamanında ödenmemesi üzerine sigortacının sorumluluğunun askıya alınmış olduğu; istisnalardan birinin söz konusu olduğu; -mesela beyan yükümlülüğünün ihlali sebebiyle- tazminatın azaltılmasını gerektiren bir halin varlığı). Bunun istisnası ise, zarar gören üçüncü kişinin zarara uğradığı günden sonra doğan savunmalardır: Fransız Hukuku'nda zararın gerçekleşme anında (ki sorumluluk sigortalarında rizikonun zarar anında meydana geldiği görüşü hakimdir), zarar gören üçüncü kişinin sigorta sözleşmesi çerçevesinde bir müktesep hak elde ettiği ve sonraki gelişmelerin (özellikle sigorta ettiren/ sigortalının daha sonra sigorta sözleşmesini ihlal etmek suretiyle sigortacıya tazminat yükümlülüğünden tamamen veya kısmen kurtulma yolunu açması) onun bu hakkını olumsuz yönde etkilemeyeceği düşüncesi öteden beri benimsenmektedir.

Bu düşünce Sigorta Kodu'nun R.124-1. maddesine de yansımıştır. Anılan hükme göre, hukuki sorumluluk teminatı sağlayan sigorta poliçelerinde sigortalının riziko gerçekleştikten sonraki yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda, bu halin zarar gören üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğini öngören bir kayda yer verilmesi şarttır.

bb) İsviçre Hukuku

İsviçre Hukuku'nda, 1908 tarihli sigorta sözleşmeleri kanununda zarar gören üçüncü kişiye, zarardan sorumlu sigorta ettirenin sorumluluk sigortası sözleşmesi uyarınca sigortacısına karşı sahip olduğu alacak üzerinde rehin hakkı tanınmıştır. Zarardan sorumlu sigorta ettiren, sigortacısından, kendisini sorumluluğun olumsuz sonuçlarından kurtarmasını isteme hakkına sahiptir. Sorumluluk sigortası sözleşmesi ona bu hakkı vermektedir. İşte, 1908 tarihli İsviçre Kanunu, sözleşmeden kaynaklanan bu alacak hakkı üzerinde zarar gören üçüncü kişiye rehin hakkı tanıyarak onun durumunu kuvvetlendirmiştir. Burada, zarar gören üçüncü kişinin zarardan sorumlu olan sigorta ettirene karşı sahip bulunduğu tazminat alacağı rehinle temin edilmiş kuvvetli bir alacak konumuna getirilmektedir. Söz konusu tazminat alacağının teminatını başka bir alacak (sigorta ettirenin sigorta sözleşmesi uyarınca sigortacısına karşı sahip olduğu "kendisini sorumluluktan kurtarmasını istemek hakkı" üzerindeki rehin oluşturmaktadır.

(1) Lambert-Faivre, Droit des Assurances, 6^{me} édition, Paris 1995, s.511.

Hatırlanacağı üzere, sorumluluk sigortasında sigortacı sigorta ettirene karşı edimini sorumluluğun sigorta ettirenin malvarlığı üzerinde yaratacağı olumsuz sonuçlardan onu koruyarak, başka bir deyişle sorumluluğun yükünü kendi üzerine alarak yerine getirir. Bu kapsamda olmak üzere, sigortacı, şayet sorumluluk sübuta ermiş görünmekte ise zarar görene -teminat limitleri dahilinde- tazminat tutarını ödeyecek veya şayet tazminat talebi haksız veya aşırı görünmekte ise, bu talebe karşı sigorta ettirenin savunmasını -en başta bu uğurdaki masrafları karşılamak suretiyle- sağlayacaktır. Sorumluluğun sabit bulunduğu hallerde, sigortacının zarar gören üçüncü kişiye yapacağı ödeme ile zarar görenin zararı tazmin edilmiş, böylece onun tazminat talep etmek hakkı son bulmuş olacaktır. Zarar görenin tazminat talep etme hakkı son bulunca, zardan sorumlu sigorta ettirenin ona karşı olan sorumluluğu da ortadan kalkacaktır. Sigorta ettirenin sorumluluğunun ortadan kalkması ile de sigortacının sigorta ettirene karşı sigorta sözleşmesinden kaynaklanan edimi yerine gelmiş bulunacaktır. Bu çerçevede içinde, sigortacının doğrudan doğruya zarar görene yapacağı ödeme hem sigorta ettirenin zarar görene karşı olan -ve sorumluluk sigortasının da konusunu teşkil eden- sorumluluğunu sona erdirecek, hem de sigortacının aynı sözleşme uyarınca yükümlü olduğu sigorta koruması sağlama ediminin ifa edilmiş sayılmasını sağlayacaktır. Bu yön gözönünde bulundurularak 1908 tarihli İsviçre Kanunu'nda sigortacının doğrudan doğruya zarar görene ödeme yapabileceği açıkça hükme bağlanmıştır.

1908 tarihli İsviçre Kanunu'nda benimsenen hal tarzında, sigorta ettirenin sözleşmeden kaynaklanan sigortacıdan edimin ifa edilmesini istemek hakkı, zarar gören üçüncü şahıs lehine öngörülmüş rehin hakkı ile kayıtlıdır (VVG m.60 f.k.1). Eğer sigortacı, kanunun tanıdığı yetki çerçevesinde kendiliğinden ödeme yaparsa mesele esasen çözümlenecektir. Rehin hakkı, sigortacının çeşitli sebeplerle zarar görene ödeme yapmaktan kaçınması veya özellikle sigorta ettirenin iflası halinde önem kazanmaktadır. İsviçre doktrinde, sigorta ettirenin iflası durumunda, onun sigortacıdan olan alacağının iflas masasına dahil olacağı ve zarar gören üçüncü kişiye rehin hakkı tanınmamış olsa idi, bu kişinin diğer alacaklarla birlikte paylaştırmadan kendisine düşecek olan kısım ile yetinmek zorunda kalacağı, oysa rehin hakkı sayesinde bu gibi elverişsiz bir hale maruz kalmaktan kurtulduğu belirtilmektedir (2).

Alacaklar üzerindeki rehin hakkı, hak sahibine, menkul rehnine özgü hükümler uyarınca alacağını elde etmek üzere cebri icraya başvurma imkanını tanır. Ülkemizde bu yolun geniş bir uygulama edinmiş olduğunu söylemek pek mümkün değildir.

İsviçre Hukuku'nda sigortacının, zarar gören kimseye karşı, sigortalısına ileri sürebileceği bütün savunmalardan yararlanacağı, özellikle sigorta teminatının mesela prim ödenmemesi yüzünden mevcut olmadığını veya sigortalının, üçüncü kişinin maruz kaldığı zarara kasten yahut ağır kusurla yol açtığını, bu

(2) Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Auflage 1995, s.43.

sebeple de kendisinin sigorta tazminatını ödemek borcundan tamamen veya kısmen kurtulduğunu ileri sürebileceği belirtilmektedir (3).

cc) Alman Hukuku

Alman Hukuku incelenirken, isteğe bağlı sorumluluk sigortaları ile zorunlu sigortalar arasında ayırım yapmamız gerekmektedir.

1) İsteğe Bağlı Sigortalar

Alman Hukuku'nda, 1908 tarihli Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun (VVG) 7.11.1939 günlü kanunla değişik 156. maddesi uyarınca sorumluluk sigortalarında sigorta ettirenin sigorta ilişkisi çerçevesinde sigortacıya karşı sahip bulunduğu sorumluluk sebebiyle malvarlığında meydana gelmiş olan kötüleşmenin giderilmesine ilişkin alacağı (kısaca "Entschädigungsforderung") üzerindeki tasarruflar, zarar gören üçüncü kişiye karşı hükümsüzdür. Öte yandan Alman Hukuku'nda, sigortacıya karşı söz konusu olan bu alacakla ilişkili cebri icra (özellikle haciz) tasarrufları da hukuki işlemten kaynaklanan tasarruflarla bir tutulmaktadır.

Bu hüküm sayesinde zarar gören üçüncü kişi, sigorta ettirenin sigortacıyla sigortacının edim yükümlülüğü hakkında bir sulh sözleşmesi akdetmesi veya sigortacıyı ibra etmesi tehlikesine karşı korunmuş olduğu gibi, sigorta ettirenin başka alacaklılarının, sigorta sözleşmesinden sigorta ettiren lehine doğan -sigortacıya yönelik- sorumluluktan kurtarılmayı isteme hakkını (sözleşmeden kaynaklanan bir alacak hakkı) haczetmeleri veya cebri icra konusu yapmaları tehlikesine karşı da korunmuş olacaktır (4).

VVG pr.156 f.k.2, sigorta ettirenin üçüncü kişiye karşı yerine getirmesi gereken bir edim ikrar yoluyla, sulh sözleşmesi aracılığıyla veya yargı kararı ile belirlendiğinde, bu edimden doğan sorumluluğu sigorta teminatı altına alan sigortacının, önceden sigorta ettirene bildirmek kaydıyla üçüncü kişiye ödemede bulunabileceğini ve sigorta ettirenin talep etmesi halinde, bu ödemeyi yapmaya mecbur olacağını hükme bağlamaktadır (bu hüküm sigorta ettiren aleyhine değiştirilemeyen yarı emredici hükümler arasında yer almaktadır - VVG r.158a).

VVG pr.157, sigorta ettirenin iflas etmesi halinde, üçüncü kişiye, sigorta ettirenden olan tazminat alacağını, sigorta ettirenin sigortacıya karşı olan "sorumluluktan kurtarılmaya yönelik" alacağı üzerinden tahsil etme imkanı tanımaktadır. Böylece zarar gören üçüncü kişi, sigorta ettirenin malvarlığı hakkında iflasın açılması halinde dahi, alacağını tahsil için sigortacının ödemesi gereken tutara -rehin hakkı sahibi imiş gibi imtiyazlı bir şekilde- el uzatabilme imkanıyla donatılmıştır (5).

(3) Maurer, s.542-543.

(4) Hofmann, Privatversicherungsrecht, 3. Auflage, München 1991, s.228; hangi hallerin tasarruf niteliğinde görüleceği ve hangilerinin bu nitelikte olmayacağı hakkında geniş bilgi için bkz. Pröls/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 25. Auflage, München 1992, VVG pr.156, Anm.2c.

(5) Hofmann, s.228; Pröls/Martin, VVG pr.157, Anm.3

II- Zorunlu Sorumluluk Sigortaları

Alman Hukuku'nda zorunlu sigortalara ilişkin olarak VVG'de özel bir düzenlemeye yer verilmiştir (VVG pr.158b-158k). VVG pr.158c uyarınca:

- Sigortacı, sigorta ettirene karşı edim yükümünden tamamen veya kısmen kurtulmuş olsa dahi, zarar gören üçüncü kişiye karşı yükümlülüğü devam eder,
- Sigorta sözleşmesinin yetkili mercie bildirilmesinin gerekli olduğu hallerde, sigorta ilişkisinin kurulmamış veya sona ermiş sayılması sonucunu doğuran haller üçüncü kişiye karşı ancak sigortacının durumu yetkili mercie haber vermesinden itibaren bir ay sonra ileri sürülebilir; sigorta ilişkisinin sigorta süresinin dolması sebebiyle sona ermesi halinde de çözüm aynıdır,
- Sigortacı sadece yetkili merci tarafından belirlenen asgari teminat limitleri dahilinde ve üstlendiği riziko çerçevesinde sorumlu tutulabilir,
- Zarar gören üçüncü kişi zararını başka bir zarar sigortacısından veya sosyal sigortalardan elde etme imkanına sahip bulunduğu ölçüde zorunlu sorumluluk sigortacısına başvurulamaz,
- Yukarıda belirtilen hükümlerle, üçüncü kişiye sigortacıya karşı doğrudan talepte bulunmak hakkı tanınmış olmaz.

Görüldüğü gibi, Alman Hukuku'nda zarar gören üçüncü kişi zorunlu sigortalarda daha geniş bir korumadan yararlanmakta ancak kendisine bu sigortalarda dahi doğrudan dava hakkı tanınmamaktadır. Aslında bu gibi bir dava hakkının tanınmamasının sebebi, buna ihtiyaç duyulmamasıdır. Mevcut düzenleme çerçevesinde zarar gören kimse, böyle bir dava hakkı olmasa da yeteri kadar korunmuştur. (Öte yandan, Alman Hukuku'nda zorunlu sigortalarda zarar gören üçüncü kişiye daha geniş bir koruma sağlanmış olmakla beraber, kendisine bazı görevler de yüklenmiştir. Özellikle, üçüncü kişi, sigorta ettiren aleyhine dava yoluna gittiğinde bunu sigortacıya derhal haber vermek ve sigortacı talep ettiği takdirde zarar olgusunu ve zarar tutarını belirlemeye yarayan açıklamalarda bulunmak zorundadır -delilleri vermekle ise ancak dürüstlük kuralı uyarınca yükümlü tutulabilir- VVG pr.158d. f.2 ve 3. Şayet bu yükümlülüklerini ihlal ederse, sigortacının sorumluluğu, kanunda sayılan diğer formaliteleri yerine getirmiş olması koşuluyla, mezkur yükümlülüklerin ihlal edilmemiş olması ihtimalinde ne olacak idiyse, ona indirgenmiş sayılır. Sigortacının sorumluluğunun daralması ayrıca sigorta ettirenin zarar gören üçüncü kişiyle bir sulh sözleşmesi akdetmesi veya onun alacağını ikrar etmesi halinde de söz konusu olabilmektedir).

b) Türk Hukuku

Hukumumuzda zarar göreni koruyucu, genel bir hüküm bulunmamaktadır. Yukarıda kısaca değindiğimiz yabancı hukuklar nazara alınarak, bizde de benzer bir düzenlemeye gidilmesi yararlı olacaktır.

Bu düşünceden hareketle, Yargıtay'ın kabul etmiş olduğu çözümün adalete aykırı olduğunu ve zarar gören üçüncü kişiye tamamen gereksiz bir koruma sağladığını ileri sürmek mümkün değildir.

2- İctihatta Benimsenen Çözümün Ülkemizde Yürürlükte Olan Hukuk Kurallarına Uygun Olup Olmadığı

a) HGK kararında, doktrinde çoğunluğun, zarar gören üçüncü kişinin sigortacıya doğrudan başvurabileceği yolunda görüş açıkladığı saptanmıştır. Bu değerlendirmede çoğunluk olarak zikredilen yazarlardan bazılarının "temenni" niteliğinde görüş açıkladıkları anlaşılmaktadır. Bu itibarla, bir azınlık-çoğunluk ilişkisinden bahsedilmesi kanımca sağlıklı değildir.

b) HGK kararında, kanunun tamamlayıcı kurallarının sözleşme boşluğunun doldurulmasında birer araç olduğu, hakim kanunu uygulamak zorunda olduğuna göre önce kanunda uygulanabilecek bir hükmün mevcut olup olmadığına veya en azından Kanunun başka bir hükmüne atfın mevcut olup olmadığına bakacağı, bu kabulün doğal sonucu olarak da TTK hükümlerine bakmak gerektiği belirtilmiş ve hemen sonra da TTK m.1309 ve 1310'dan bahsedilerek bunların kıyas yolu ile uygulanacağı kabul edilmiştir. Burada, sorumluluk sigortalarına doğrudan veya atfı sonucunda uygulanması gereken bir hüküm bulmak için TTK'na bakmaya başladıktan sonra, bu çabanın doğal sonucu olarak kıyasen uygulanması icap eden TTK m.1309 ve 1310'a tesadüf edileceği gibi pek de alışlagelen bir mantık içinde sıralanmış olmayan bir düşünce dizisi söz konusudur. Oysa, kararda yer alan bu ifadenin anlamı sanırsanız sadece şudur: evvela kanunda doğrudan uygulanacak hüküm aranacaktır, bu gibi doğrudan uygulanacak bir hükmün yokluğunda meselenin atfı yoluyla çözüme kavuşturulmuş olup olmadığı araştırılacak ve meselenin çözümü için bu dahi yeterli olamamakta ise, bu sefer kıyasen uygulanacak bir hükmün bulunup bulunmadığına bakılacaktır (Yargıtay misal olarak BK m.365/II hükmünü vermekte ve genel hükümler içinde yer almayan bu hükmün sözleşmenin değişen hal ve şartlara uyarlanmasıyla başvurulacak bir hüküm olduğunun oybirliğiyle kabul edilmekte olduğunu belirtmektedir).

c) HGK, alt mahkemenin olayda uygulanabilecek hiçbir hükmün mevcut bulunmadığı, kanun boşluğu bulunduğu şeklindeki saptamasının doğru olmadığını saptamıştır.

Bu saptamanın yerinde olduğu açıktır. Gerçekten hakim, önüne gelen bir uyuşmazlıkta, uygulanacak hüküm olmadığını ileri süremez. Kaldı ki, kanun boşluğu olduğunu saptadıktan sonra bunun MK m.1'e uygun olarak doldurulmasını sağlamak zorundadır.

d) Ancak burada asıl sorun, kanun boşluğu olup olmadığıdır. Bir husus hakkında kanunun sükûtu, o hususta kanun boşluğu olduğunu kabul için tek başına yeterli değildir. Kanun koyucu bilinçli olarak bir dava hakkını vermekten kaçınmışsa, bu hakkın kanun boşluğu bulunduğu farz ve kabul edilerek hakim

tarafından tanınması mümkün olmamak gerekir. Sorumluluk sigortaları alanında doğrudan dava hakkına ilişkin boşluk bulunduğu sonucuna varılabilir ve varılamayacağı kanımızca oldukça zor bir sorundur. Bunun yorum yoluyla çözümü sırasında şu hususlar nazara alınmak gerekir:

- Boşluk, gerekli olmasına rağmen kanunda yer almayan düzenlemedir. Boşluk söz konusu olduğunda bunun örf ve adet kuralları yahut hakimın hukuk yaratması yoluyla doldurulması icap eder.
- Kanun bir hukuki mesele hakkında olumlu veya olumsuz herhangi bir cevap içermediği takdirde kanun boşluğundan bahsedilir. Kanunun açıkça düzenlemediği hususlar hakkında kanun boşluğunun varlığının mutlaka kabul edileceği biçiminde mutlak bir kural yoktur. Kanunun yorumlanması sonucunda, kanun yapıcının tartışma konusu hukuki meseleye olumsuz cevap vermemek için açık bir düzenlemeye gitmediği anlaşılırsa, kanunda boşluk olmadığı kabul edilecektir. Mesela, bir şahıs grubunun belirli bir talep hakkıyla mücehhez kılınmamak için kanunda zikredilmemesi veya bir eşya çeşidinin belirli bir kurala tabi olmasının engellenmesi amacıyla madde metninde sayılmaması halinde durum böyledir (6). Bu hallerde kanun, o şahıs grubuna dava hakkı vermemek için veya o çeşit eşyayı kuralın uygulanmasından istisna etmek için sessiz kalmaktadır.
- Şu halde, belirli bir durumda kanunun bu gibi vasıflı bir sessiz kalış içinde mi olduğu yoksa gerekli olmasına rağmen düzenleme yapmayı ihmal mi ettiği hususundaki değer yargısı meselenin çözümü bakımından belirleyici olacaktır. Kanunun bilinçli şekilde sükut ederek olumsuz çözümü benimsemesi durumunda "argumentum e contrario" veya "argumentum e silentio"dan bahsedilmektedir.
- Öte yandan, kanunun her sükutunu da olumsuz düzenleme şeklinde değerlendirmemek lazımdır. Düzenlenmemiş bir husus hiçbir şekilde düzenlemeye ihtiyaç göstermeyen bir husus olarak görülmemelidir.

Bu kısa belirlemelerin ışığında bir yorum yaparsak: TTK sorumluluk sigortalarını çok eksik bir şekilde düzenlemiştir. Kanun kabul edilirken "yeni bir sigorta kodunun hazırlanmakta olduğu ve bu sebeple eski Ticaret Kanunu'ndaki sigortaya dair hükümlerin bazı küçük değişikliklerle aynen yeni kanuna aktarılmasıyla yetinildiği" belirtilmiştir (Gerekçe, m.46).

Şu halde, kanun yapıcının amacı, sınırlı ve dar kapsamlı bir düzenleme getirmek değildir. Kanun yapıcı, kanunu kabul ederken, bilakis bunun yetersiz ve yenisi yapılabilecek kadar kısa bir süre yürürlükte kalması gereken bir düzenleme olduğunu açıkça belirtmektedir. Bu açıdan, TTK'nun ilke olarak boşluklarla dolu olduğu ve bunların doldurulması gereğini bizzat kanun yapıcının da teslim ettiği anlaşılmaktadır. Ancak, kanun yapıcı bu boşlukların hakim eliyle değil, yeni bir kanunla doldurulmasını (şu anda kırkıncı gecikme yılını tamamlamış olan yeni

(6) Maier-Hayoz, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I, Art.1 No.255.

sigorta kodu çıkarılarak doldurulmasını) öngörmüştür.

Öte yandan, KTK'nda zarar gören üçüncü kişiye zorunlu trafik sigortası çerçevesinde doğrudan dava hakkı açıkça tanındıktan sonra, isteğe bağlı trafik sorumluluğu çerçevesinde de doğrudan dava hakkının mevcut olup olmayacağı yolunda birçok tartışma çıkmış ve bütün bu tartışmalar, kanun yapıcının 1983 yılında çıkarılan yeni Karayolları Trafik Kanunu'nda bu yolda bir kural sevk etmesi ve isteğe bağlı trafik sorumluluğu sigortasında da doğrudan dava hakkının mevcut olacağını açıkça kabul etmesi ile noktalanmıştır. Daha sonra, yürütme organı, tüpgaz ve tehlikeli maddeler sorumluluk sigortasında zarar gören üçüncü kişinin dava hakkını genel şartlarda öngörmüştür.

Ancak, bu gelişmeler, kanun yapıcının ve onu takiben yürütme organının hangi yaklaşımı benimsediğine dair kesin bir sonuca varmamıza yeterli olmayıp, her iki yönde de yorumlanmaya elverişlidirler: TTK'ndan sonra doğrudan dava hakkının özel olarak kanunlara derç edildiği nazara alınarak, dava hakkının ancak kanunda açıkça öngörüldüğü takdirde mevcut olacağını ileri sürmek mümkün olduğu gibi, kanun yapıcının genel tercihi doğrultusunda her fırsatta doğrudan dava hakkını öngören açık hükümlere yer verdiği de düşünülebilir.

Kanımızca en önemli hususlardan biri, doğrudan dava hakkı ile zarar gören kişiye karşı yeni bir sorumlu kişi yaratıldığını gözden kaçırmamak ve içtihat yolu ile yeni sorumluluklar veya sorumlu kişiler yaratılmasına ne ölçüde ve hangi şartlarda cevaz olduğunu belirlemektir. Sorumluluğun temelini ilke olarak bir kanun hükmünün oluşturması icap eder. Nitekim, tüketicinin korunması kanunu ile getirilen yeni düzenlemede yapıcının sorumluluğu konusunda ağırlaştırılmış objektif sorumluluk (tehlike sorumluluğu) esasına dayanan bir sorumluluk rejimi benimsenmiştir. Fakat bu kanun öncesinde, bütün Avrupa ülkelerinde bu yolda düzenlemeler yapılmış olduğu nazara alınarak, tüketicinin korunması mevzuunun ülkemizde tamamlanmaya muhtaç bir şekilde düzenlendiği sonucuna varılmamış, içtihat yoluyla yapıcı hakkında tehlike sorumluluğu tesis edilmemiştir.

e) HGK kararında, doğrudan dava hakkının sigorta genel ve özel şartlarında öngörüldüğünden de bahsedilmektedir. Genel şartlarda öngörüldüğü takdirde (nitekim Tüpgaz ve Tehlikeli Maddeler Zorunlu Sorumluluk Sigortası'nda öngörülmüştür), zarar gören üçüncü kişinin dava hakkına sahip olacağını benimsenmesine herhangi bir engel yoktur.

II- SİGORTACININ ZARAR GÖREN KİMSEYE KARŞI HANGİ SAVUNMALARI İLERİ SÜREBİLECEĞİ MESELESİ

A- YARGITAY İÇTİHADI

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 25.4.1989 gün ve E.1988/5101. K.1989/2606 sayılı kararında;

"Gerçekten de diğer sigorta nevilerinde olduğu gibi, sorumluluk sigortalarında da sigortacı, sigorta poliçesine eklenen özel koşullarla bazı hallerin sigorta teminatı dışında kalmasını sigorta ettirenle kararlaştırabilir. Böyle bir durumda asıl menfaati poliçeyle teminat altına alınan sigorta ettirenin sigortacıya başvuramayacağı durumlarda, kendisine doğrudan doğruya zarar görene başvurma hakkı tanınan zarar gören üçüncü kişi ile onun halefinin de sigortadan tazminat isteme hakkı aynı koşullarla sınırlandırıldığı kabulü ile onun da sigortacıya başvuramayacağının kabulü gerekir"

denerek, sigorta sözleşmesinde öngörülen istisnaların (sigorta teminatını sınırlayan anlaşmaların) doğrudan dava hakkını kullanan zarar görene karşı da ileri sürülebileceği kabul edilmiştir.

B- DEĞERLENDİRME

Bu kararda, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, sigortacının edim yükümlülüğünün belirlenmesinde sigorta sözleşmesinin esas olduğu ilkesini benimsemektedir. Kanımca bu yaklaşım yerindedir. Ancak, zarar gören üçüncü kişinin sigorta ettirenin bazı eylem ve tasarruflarına karşı korunması ve özellikle sigorta ettirenin iflasından olumsuz yönde etkilenmemesinin sağlanması gerekmektedir. Bu hususta Alman Hukuku'nun çözümleri uygun görünmektedir.

SONUÇ

Yargıtay, zarar gören üçüncü kişiye doğrudan dava hakkı vermekle, Fransız Hukuku'nda öngörülen çözüme yakın bir çözümü benimsemiş olmaktadır.

TTK m.1310 hükmü de Fransız anlayışını yansıtan bir hükümdür. Gerçekten bu madde, Fransız Sigorta Kodu'nda yer alan ve zarar görenin dava hakkının mesnedi olarak gösterilen L.124-3 ile büyük benzerlik arz etmektedir.

Oysa, sadece dava hakkı verilmesi yeterli değildir. Bu hakkın içeriğinin de açıklığa kavuşturulması gerekir. Zarar görene dava hakkı tanınmakla beraber, şayet sigorta ettirenin bazı eylem ve tasarrufları bu hakkı zedeleyebiliyorsa, dava hakkı tanımakla güdülen amaç gerçekleşmez.

Alman Hukuku'nda benimsenmiş olan düzenlemenin ve varılan çözümlerin ihtiyaçları yeteri kadar temin ettiği ve genel hukuk prensiplerine de uygun olduğu gözlenmektedir. Bu itibarla, yeni bir yasal düzenleme yapıldığı yahut sorumluluk sigortalarında zarar görenin durumuna ilişkin olarak hakim eliyle doldurulması gereken bir boşluğun mevcudiyeti kabul edildiği takdirde, Alman Hukuku'nun öngördüğü çözümün model alınması yerinde olur.

III. TEBLİĞ TARTIŞMA

Tartışma Konusu :

CMR SİGORTASINDA ZARAR GÖREN ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN KONUMU İLE İLGİLİ İKİ YARGITAY KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Hüseyin Ülgen:

Bu konuyla ilgili olarak buradaki güzide heyeti izin verilerse önce şu bakımlardan aydınlatmak istiyorum. Mazur görsünler çok önemli olduğuna inanıyorum. Bunlardan birincisi CMR anlaşmasına katılmamızın uygun olduğu yönünde resmi gazetede kanun yayınlandı. Bu kanun yayınlandığında herkes biz CMR'ye girdik, taraf olduk diye ortaya çıktı. Bu kanun CMR'ye katılmamız yönünde yetki veriyor idi. Dolayısıyla o aşamada CMR'ye henüz girmemiştik. Bilahare bu kanuna dayanılarak CMR anlaşmasına imza koyduk, fakat ve CMR anlaşması Resmi Gazete'de yayınlandı. Fakat şu aşamada da CMR'ye dahil olup olmadığımız konusunda çok dikkatli davranmamız gerekiyor çünkü, CMR'de anlaşmanın ne zaman yürürlüğe gireceği yolunda hükümler var. Gerek bilimsel çalışma yapanlardan, gerek Sayın yargıçlardan önlerine intikal eden davalarda yürürlük tarihine ulaşılmış olup olmadığının tahkik etmelerini hasasiyetle rica ediyorum.

İkinci mesele, Resmi Gazete'de CMR anlaşması Türkçe'ye çevrilerek yayınlandı. Bu tercüme son derece yanlıştır. Anlamı olduğu gibi değiştiren tercüme hataları vardır. Bu durumda resmi gazetede yayınlanan metin böyledir, dolayısıyla bu Türkçe metinle ihticac ederiz şeklinde bir mütalaada ileri sürülemez çünkü yine, CMR'de ihtilaf halinde hangi dildeki metinlere üstünlük tanınacağı açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle de yine Sayın ilim mensuplarından ve değerli hakimlerimizden anlaşmanın uygulanmasında doğru olan metni uygulama konusunda da duyarlılık göstermelerini istirham ediyorum.

Gelelim sevgili Ünan'ın doğrudan dava hakkı ile olan meseleye. CMR ile ilgili olarak çalışmaları ben yaparken, orada bu sigortanın bir sorumluluk sigortası olduğu, sorumluluk sigortası olduğu için de doğrudan dava hakkı bulunmadığı tarzında Alman Hukuku'nda görüş ileri sürülmektedir ve hakim görüş budur. Doğrudan doğruya dava hakkını tanımıyorlar, yoktur diyorlar. Bunun gerekçesi olarak da bu hukuki sorumluluk sigortasıdır, hukuki sorumluluk sigortalarında da doğrudan dava hakkı yoktur, dolayısıyla CMR sorumluluğunda da doğrudan dava hakkı yoktur, diyorlar. Bilimsel durum budur.

Büyük bir tesadüf üsere bundan bir kaç yıl önce Sayın Işıl Ulaş'la bunu tartışma konusu yapmış idim. O zaman ben Sayın Ulaş'a; Daireniz doğrudan dava hakkını tanıyor, bu benim görüşüme göre doğru değildir, doğrudan dava hakkı yoktur. Doğrudan dava hakkı trafik sigortalarında, yangın sigortasında bir de tüpgaz da tanınmıştır deyince, Sayın Ulaş bana dedi ki, bu hükümler manzumesi kanun koyucunun genel eğilimini gösteriyor. Bu kanunlar manzumesi, bu hükümler manzumesi, kümesi kanunun genel eğilimini göstermiyor, aksine istisnalar mevridine maksut olarak uygulanmalıdır.

Hatta trafik sigortalarında eskiden zorunlu sigortalar bakımından hüküm vardı. İhtiyari sigortalar bakımından hüküm yoktu ve tartışma çıkıyordu. Yeni trafik kanununda bu bakımdan ayrıca hüküm koyma zorunluluğu hissedildi ve hüküm konuldu. Denizciler daha yakından bilirler, biz uluslararası bir sözleşmeye 1980 yılında katılmayı uygun bulan bir kanun yaptık, fakat katılma belgesi hala gitmiş değil. Kanunu yaptık, resmi gazetede yayınlandı ama katılmak için gerekli merasimi tamamlamadığımız için Türkiye bağlı hale gelmedi. Dolayısıyla Yargıçlarımızın, mahkemelerimizin o sözleşme hükümlerini uygulama yükümlülükleri de yok, ama resmi gazetede yayınlanınca kanun haline geldi. Bu bizi bağlar, uygulayalım gibi bir yanlış izlenim uyandırıyor. Halbuki uluslararası sözleşmelerde bir devlet için o sözleşmenin ne zaman bağlı olacağına dair kurallar ayrıca belirlenmiş onlara riayet edilmesi lazım. Katılma belgesinin tevdihi icap ediyor. Devletlerin nasıl bağlı olacağını genellikle de her sözleşme kendisi öngörüyor.

İkinci nokta Alman Hukuku'ndaki çözüm, o şekilde. Almanlar doğrudan dava hakkı yolunda bir çözüm belirlemiş değiller. Zaten doğrudan dava yolu da mutlaka boşluk kabul ediliyorsa, bu boşluğun doldurulması için başvurulacak yegane yol da değil. O Fransız hukuku çerçevesindeki çözümdür, ama boşluğu Alman Hukuku'ndaki kurallar çerçevesinde doldurmak da mümkündür, şayet boşluk kabul ediliyor ise.

Işıl Ulaş:

Sorumluluk sigortası bakımından kanunumuzda boşluk vardır. Bu doğru veya yanlıştır ama, daire bunu böyle tesbit ediyor. Bunu doldurmak ihtiyacını hissediyor. Neyle? Yangın sigortasındaki 1310. maddeyle. Türk Hukuku'nda sadece uygulama yok, uyarılma davalarında Borçlar Kanunu'nun 365. maddesinin uygulanması genellikle kabul ediliyor ve genel hüküm gibi yorumlanıyor, her türü davada uygulanma imkanı oluyor. Sadece sigortalıya ilişkin bir ilke değil bu.

Benim takip edebildiğim kadarıyla 1970'li yıllardan beri bu konu tartışılmaktadır. Bildirilerden tebliğlerden bunu çıkarıyoruz. Sayın Hocam aksi görüşte, o tarihlerden beri dava hakkının olmadığı yolunda. Ama daire bu boşluğu doğru veya yanlış saptamış ve bunu trafik yasası ile ilgili düzenlemelerde bir boşluk olduğunu saptamış ve dava hakkını içtihat yoluyla açmış. Daha sonra da

yapılan yasayla, bu dava hakkı tanınmış oldu. Arkasından yeni sigorta türlerinde, (Tüpgaz, tehlikeli maddeler) sorumluluk sigortasına ilişkin uyuşmazlıklarda yangın sigortasından esinlenerek daire bu yola gittiği halde daha sonra düzenlenen bu polişe genel şartlarında üçüncü kişilere karşı doğrudan doğruya dava hakkı tanınmış oldu.

Türkiye'de yaşamayı biliyoruz, tatbikat daima yasamadan bir adım önde. Yasamada uygulamadan esinlenerek oluşturuluyor. Bunun için dairemiz bu yolu öteden beri aynı ilkeleri, aynı prensipleri uygulayarak üçüncü kişiye karşı dava hakkı olduğunu yasada bir boşluk olduğu düşüncesinden hareketle kabul ediyor. Bu yeni yasalara intikal ediyor, yeni sözleşmelere intikal ediyor, bu bakımdan bu şekilde cevap vermek ihtiyacını hissettim.

Prof. Dr. Hüseyin Ülgen:

Ben bir somut olay yaşadım. Bir Alman sigorta şirketi CMR sigortalı yapmıştı ve buradaki taşıyıcının sorumluluğu söz konusu ve taşıyıcıya karşı dava hakkı olan kişi sigortalıyı da dava etmiş. Savunma olarak, doğrudan müracaat hakkı olmadığı ileri sürüldü. Almanlar bana sordular. Ben kendilerine "doğrudan dava hakkı yok, ama bizim yüksek mahkememiz aksi görüşte, siz bunun sonunda mahkum olabilirsiniz" dedim. Şöyle bir cevap geldi "Tamam çok işimize gelir. Versin mahkeme böyle karar, Yargıtay da onaylasın. Bu temdit için buraya gelecek. Buraya geldiği zaman o karar ne hale gelecek göreceksiniz. Çünkü sorumluluk sigortasıdır. Sorumluluk sigortalarında doğrudan dava hakkı yoktur. Alman mahkemesi bunun temyizine karar vermez, siz başınızın çaresine bakarsınız". Bir yabancından bunu duyduğum zaman üzüldüm.

Prof. Dr. Rayegân Kender:

Eski Trafik Kanunu'nda sadece mecburi hadde kadar doğrudan dava hakkı vardı. Benim görüşüm şudur. Sigorta iki taraflı bir sözleşmedir. Borçlar Hukuku'nda temel prensip var. "Bir sözleşmeden doğan bütün haklar ve borçlar taraflara aittir". Ancak bazı hallerde eğer sözleşmede veya kanunda bir hüküm varsa, bu sözleşmede taraf olmayan üçüncü bir kişi için bir hak doğabilir. Bunu kanunla yapmak mümkün olduğu gibi sözleşmeyle de yapmak mümkündür. Genel şartlara bu hususta bir hüküm konabilir. Yorum yoluna gitmekten, genel şartlara hüküm koymak suretiyle bu elde edilebilir.

Gönen Eriş:

Biran için dava hakkı yoktur diyelim. Sigorta ettiren kişi, zarar gören kişiyle karşı karşıya gelecek, yani üçüncü kişi sigortalıya dava açacak, bedeli alacak, ondan sonra sigortaya rücu edecek. Bu biraz uzun yol, biz pratik yolu benimsedik. Sözleşmelerin tarafları bağlayacağı kesindir. Burada acaba üçüncü kişi yararına bir sözleşme düşünülebilir mi? Burada önemli olan şu, sigortalı sigorta şirketine karşı diyor ki; "Ben şu eylemlerimden bir zarar ıka edersem, siz bunu ödeyeceksiniz ama, mutlaka bana ödeyeceksiniz gibi düşünülebilir mi? Ben

kime zarar verdiğiysem, bu kişi size gelebilir". Biz de bunu biraz yumuşak yorumladık ve kuralları genişleme eğilimi içine girdik. Kaldı ki, dava hakkını önleyecek birdayanak da getirilmiyor. Bu yönden bizim yaklaşımımız, davaları çoğaltmaktan ziyade ilk önce zarar görenin sigortalıya gitmesi, bilahare sigortalının sigorta şirketine gitmesinden ziyade kısa yoldan sigortacıyı sorumlu tutmak ve sigortalıyla olan ilişkisi içerisinde ve yasanın da öngördüğü kurallar çerçevesinde savunma hakkını tanımak ve bazı def'iler ve itirazları da zarar gören üçüncü kişiye karşı ileri sürmeyi benimsiyoruz.

Samim Ünan:

Sorumluluk sigortalarında bizim ülkemizdeki işleyiş yabancı ülkelerden farklı. Aslında sigortacı ödemeyi daima üçüncü kişiye yapar. Genel şartlarda da bu açıkça öngörülür. Sigortacı haklı bir tazminat talebi geldiği zaman o talebi karşılayacaktır. Talebi haksız görmekte ise talebe karşı savunmayı üstlenecektir ve yönlendirecektir. Hukuki koruma bölümü masrafını da karşılayacaktır.

Sigortacı normal olarak kanunlarda ve genel şartlarda da açıkça daima öngörülüyor, gider kendisi öder, hatta sigortalının kendi kararıyla ödemesi mümkün değildir. Sigortalı için ödeme yasağı vardır. Bu yasak himayeden yararlanabilmesinin koşullarından biri olarak öngörülmüştür. Sigortacı doğrudan üçüncü kişiye ödeme yaptığında mesele zaten basitce halloluyor. Zarardan sorumlu sigortalı var, zarar gören kişi var. Zarardan sorumlu sigortalı, zarar görene karşı tazminat ödeyecek, sigortacı da zarardan sorumlu sigortalıyı sorumluluktan kurtaracak. Ödemeyi doğrudan doğruya sigortacı zarar gören üçüncü kişiye yaptığı vakit bununla aynı anda iki sonuç meydana geliyor.

Evvelâ zarar görenin zararı ortadan kalkıyor, dolayısıyla sigortalıdan, zarardan sorumlu kişiden artık tazminat talep etme imkanı kalmıyor. Zararı karşılandığı için tazminat talebi bitiyor. Tazminat talebinin bitmesi demek, sigortalının sorumluluktan kurtulmuş olması demek. Dolayısıyla sigortacı doğrudan doğruya zarar görene ödeme yaparak meseleyi bitirir. Hatta doğrudan doğruya üçüncü kişiyle anlaşip sulh olma imtiyazını da elinde tutar, genel şartlarda böyledir. Biz de genel şartlarda buna benzer hükümler bazen oluyor ama, uygulamanın bu yönde olup olmadığına dair kesin bir şey söyleyemiyorum. Sorumluluk sigortalarının işleyişi böyle olması gerekir. Eğer üçüncü kişiye imtiyazlı bir konum tanınmazsa alacak hakkı sigortalıya aittir dendiğinde, sigortalı o anda iflas ederse veya başka alacaklılar haczedelerse bu alacağı, zarar görenin aleyhine bir durum meydana gelir. İflas masasına girmesi ve başkalarının haczetmesi halinde problem ortaya çıkıyor. Yoksa normalde sigortacı doğrudan gidip zarar gören kişiye ödeyerek meseleyi noktalayacaktır. Böyle işlemesi lazım.

İşil Ulaş:

Samim bey, sorumluluk sigortasının işleyiş tarzını anlattı. Olaylar böyle gelmiyor. Sigorta ettirene başvurulduğunda, sigorta ettiren bu imkanı tanımıyor. Bizim önümüze gelen olaylarda mutlaka bir problem vardır. Bu, ya sigortacıdan

kaynaklanmaktadır ya sigorta ettirenden. İşin özelliği buradadır.

Kayhan Erdem:

Sigorta yaptırmışsa, sigortacı onun yerine 791'e ve 1301'e göre halef olarak nakliyeciyi ve CMR sigortasına gidebilecek midir?

Samim Ünan:

Nakliye sigortacısı ödemeyi yaptıktan sonra, bu nakliye zararından sorumlu olan kişiye ve onun sigortacısına şayet dava hakkı varsa gidebilecektir.

Av. Erhan Çuhalar:

Zarara uğrayan üçüncü şahsın doğrudan sigortacıya dava açma hakkı tanınması halinde bu dava hakkının sınırlandırılmaması gerektiği şeklinde bir görüş belirttiniz. Benim tereddüt ettiğim nokta şu. Sigortacı poliçe genel şartlarının kendisine tanıdığı, mesela teminatı ortadan kaldıran ya da daraltan halleri ve def'ileri üçüncü şahıslara karşı ileri süremeyecek mi?

Samim Ünan:

Hukuk düzeninde farklılık gösteren bir durum. Fransızlarda riziko anına kadar doğmuş olan bütün savunmalardan sigortacı yararlanabiliyor. Bunları zarar gören üçüncü kişi kendisinden doğrudan talepte bulunduğunda savunma olarak ileri sürüyor. Diyor ki, "Başlangıçta sigortalı yanlış beyanda bulunmuş, riziko artmış, ihbar etmemiş, primi ödememiş, kuvertür askıya alınmış" gibi riziko anına kadar gerçekleşmiş bütün savunmaları ileri sürebiliyor. Ama riziko gerçekleşikten sonra o imkan kendisine tanınmıyor. O anda üçüncü kişinin alacağı mutlak nitelik kazanıyor.

Almanlar da benzeri bir koruyucu sistem öngörmüşler. Sigortalı sigortacısı ile anlaşarak zarar gören üçüncü kişiyi sigortacının ödeyeceği tazminata el uzatma imkanından mahrum bırakamaz. Hangi hususlarda neleri yapamayacağını kanun saymış. Yalnız Almanlar da görevlerin ihlalinin bu neticeye yol açmayacağı doktrinde belirtiliyor. Almanlar'da hangi savunmalar ileri sürülebilir? Olayı Fransızlar'dan farklı.

Bu yaklaşım meselesidir. Biz de bir boşluk bulunduğu ve bunun doldurulması gerektiği kabul edilirse, hangi sistem daha uygun düşüyor, buna ait bir belirleme yapılmalı. Yargıtay'ımızın kabul ettiği boşluğu doldurma yöntemi uygulanabilecek yöntemlerden biridir. Yargıtay'ımız kıyas yoluyla başka bir maddeyi alıp buraya uygulama yöntemini benimsiyor. Tek yöntem bu değil. Başka bir hukuk sisteminin çözümünü olduğu gibi uygulayabilirsiniz, uygun düşüyorsa. Biz de böyle bir düzenleme yok. Bunu içtihat yoluyla Yargıtay'ımız yerleştirmeye çalışıyor. Şu anki içtihatı sigorta sözleşmesinden kaynaklanan savunmaların ileri sürülebileceği yolundadır. Dairenin içtihatı bu yöndedir. Ama buna bazı sınırlamalar getirilmesi lazım. Bütün dünya getiriyor. Hangi sınırlamalar olmalıdır. Fransız sistemi başkadır, Alman sistemi başkadır. İnceleme yapıp,

ona göre bir karara varmak lazım.

Kamer Yıldırım:

CMR ile ilgili mesuliyet sigortalarıyla ilgili olarak trafik sigortaları. Biliyorsunuz, sektörde ilk iflas eden şirket Marmara Sigorta. Şu anda iflas masasında. Herkes alacaklarını yazdırıyor. Sigorta şirketleri, personel ve üçüncü şahıslar. Buradaki sıralama alacak sıralamasına göre mi olacak yoksa üçüncü şahıslar ilk önce gidip o hakkını alabilecek mi?

Samim Ünan:

İcra İflas Kanunu'nda, iflas halinde sıranın ne olacağına dair bir hüküm vardır. O hüküm uygulanacaktır.

B. KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN SİGORTA HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ PANELİ

I. TEBLİĞ

KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU'NUN SEKİZİNCİ KISMININ
"İŞLETEN VE ARAÇ İŞLETİCİSİNİN BAĞLI BULUNDUĞU
TEŞEBBÜS SAHİBİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU" BAŞLIKLİ
BİRİNCİ BÖLÜMÜ İLE "SİGORTA" BAŞLIKLİ İKİNCİ
BÖLÜMÜNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERE DAİR

Doç. Dr. Samim ÜNAN

II. TEBLİĞ

KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU'NDA YAPILAN
DEĞİŞİKLİKLERDEN SADECE SİGORTA ŞİRKETLERİNİ
İLGİLENDİREN BÖLÜMLER ÜZERİNE

Av. Nüket TÜZÜN

I. TEBLİĞ

Tebliğ Konusu :

KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU'NUN SEKİZİNCİ KISMININ "İŞLETEN VE ARAÇ İŞLETİCİSİNİN BAĞLI BULUNDUĞU TEŞEBBÜS SAHİBİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU" BAŞLIKLİ BİRİNCİ BÖLÜMÜ İLE "SİGORTA" BAŞLIKLİ İKİNCİ BÖLÜMÜNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERE DAİR

Tebliğ Hazırlayan :

Doç. Dr. Samim ÜNAN

KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU'nun 4199 sayılı Kanun ile değişik yeni şeklinde, m.85 ile m.101 arasındaki hükümler bakımından şu gözlemler yapılmaktadır:

1- KTK m.85-101 (hukukî sorumluluk)

a) KTK m.85

Herşeyden evvel maddenin kenar başlığı (matlabı) değiştirilmiş ve "işleten ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin hukukî sorumluluğu" şeklini almıştır.

Bu başlıkta hem "işletenden" hem de "araç işleticisinden" bahsedilmektedir. Şayet bunların anlamları aynıysa neden aynı kelime ile ifade edilmedikleri sorusu gündeme gelmektedir.

Madde metnini ele aldığımızda gözlemlediğimiz ilk husus, KTK m.85'in yeni şeklinin nasıl olduğunun tartışmalı bulunduğu. Şöyle ki:

Bu maddenin eski şekli dört fıkradan oluşmaktadır. 4199 sayılı değişiklik Kanunu'nun KTK m.85'te yapılan değişikliklerle ilgili 28. maddesinde

-İlk fıkranın değiştirildiği,

-İlk fıkradan sonra gelmek üzere bir fıkra eklendiği,

-Üçüncü ve dördüncü fıkraların da keza değiştirildiği belirtilmektedir.

Eski metindeki ikinci fıkranın aynen bırakılıp bırakılmadığı tereddütlüdür. İlgâ edildiğine dair açık bir hüküm olmadığına göre durması gerekir. Ancak, hala kanunda durduğu kabul edilse dahi, bundan sonraki varlığını artık 2. fıkra olarak değil, 3. fıkra olarak sürdürecektir. Çünkü 4199 sayılı Değişiklik Kanunu'nda "İlk fıkradan sonra gelmek üzere bir fıkra eklendiği" belirtildiğine göre, yeni ikinci

fıkra bu eklenen fıkra olacaktır. Eski 2. fıkra ise kanunda durması ihtimalinde üçüncü sıraya inecektir.

- Sorumlu kişilerin adedi artmıştır. KTK m.85 uyarınca motorlu aracın işletenine ek olarak bu aracın bir teşebbüsün ünvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteninin bağlı olduğu teşebbüsün sahibinin de sorumlu olacağı öngörülmüştür. Bu iki şahıs kanundaki deyimle "müştereke ve müteselsilen" sorumlu tutulmuşlardır. Buradaki "müştereke" kelimesinin metinde yer alması ile almaması arasında ne gibi bir fark olacağı da meçhuldür. Maksat ve sonuç anlayabildiğimiz kadar sadece müteselsil sorumluluktur.

- Araç işleticisinin bağlı bulunduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğunun hangi temele dayandığı belirsizdir. İşletenin sorumluluğu, motorlu aracın üçüncü kişiler için yarattığı tehlikeye dayanmaktadır. İşleten tehlike esasına göre sorumlu tutulurken, motorlu aracın trafikte kullanılması hususunda karar verme yetkisinin kendisine ait oluşu gözönünde bulundurulmaktadır. İşleten aracı trafikte rizikosu ve yararı kendisine ait olmak üzere kullanan, bu bakımdan söz sahibi olan kimse'dir. Teşebbüs sahibi bu özellikleri taşımakta ise esasen işleten sayılacaktır. Buna karşılık bu özellikleri taşımayan bir teşebbüs sahibinin işletene ek olarak ve işletenle aynı kurallar uyarınca (yani en ağır sorumluluk rejimi=ağırlaştırılmış objektif sorumluluk çerçevesinde) sorumlu tutulmasının tehlike esasına dayandırılması pek kolay değildir. O takdirde ise bu gibi bir teşebbüs sahibinin sorumluluğunun temelinde hangi düşüncenin yattığı (hakkaniyet?) tesbit edilememektedir.

- Kanunda bahsi geçen işleten kavramının ne olduğu konusunda fazla bir tereddüt yoktur. Doktrin ve yargı kararları bu kavramı mehz İsviçre Kanunu'ndan esinlenerek kesin çizgilerle tanımlamaktadır. Araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi kavramı ise kanunda "motorlu aracın ünvanı veya işletme adı altında işletildiği teşebbüsün sahibi" veya "motorlu aracın işletilmesini sağlayan bilet kesen teşebbüsün sahibi" olarak tanımlanmıştır.

KTK m.85 fk.2'de, motorlu aracın ölüme veya yaralanmaya sebebiyet vermiş olması halinde, bu araç hakkında başkasına devir ve üzerinde yeni hak tesisi yasağı öngörülmüştür. Bu sonucu öngören fıkra metni aynen şöyledir: "Motorlu araç ölüme veya yaralanmaya sebebiyet vermiş ise kazaya karışan aracın başkalarına devir ve temlik ve üzerinde bir hak tesisini önlemek amacıyla olaya el koyan Cumhuriyet Savcılıkları'nca aracın tescilli olduğu tescil kuruluşuna trafik kaydı üzerine şerh düşülmesi için talimat verilir. Kaza anı ile C. Savcılığı'nca trafik kaydı üzerine şerh düşülmesi arasında geçen süreler içinde kötüniyetle yapılan araç tescilleri hükümsüz sayılır. Şerhin konulduğu tarihten itibaren bir ay içerisinde şerhin kaldırıldığına veya devamına ilişkin mahkeme kararı ibraz edilmediği takdirde bu şerh hükümsüz sayılır".

Burada, kanımızca KTK ile getirilen sigorta sisteminin aslında iflas ettiği kabul

ve ilan edilmektedir. Ölüm ve yaralanma hallerinde devir ve araç üzerinde hak tesisi yasağı öngörülmesindeki ilk amaç, zarar görenleri korumaktan başkası olamaz. Böylece zarar görenlere aracı haczetme ve alacaklarını bu yolla tahsil etme imkanı daha geniş bir ölçüde verilmiş olmaktadır. Zorunlu sigorta ile güdülen amaç da zarar görenlerin tazminat elde etme imkanlarını güvence altına almaktır. Zorunlu sigortanın mevcut olduğu bir düzende, başka güvencelere gereksinim duyulması, zorunlu sigortanın bir işe yaramadığının göstergesidir.

Devir yasağının sigortalılara yarar sağlaması da söz konusudur. Özellikle trafik sorumluluğunu sigorta etmiş olan sigortacının, sigortalısına karşı ileri sürme hakkına sahip bulunduğu bazı savunmaları zarar gören üçüncü kişiye karşı ileri sürmemesi yüzünden bu üçüncü kişiye ödeme yapmak zorunda kalması ve sonra da bu şekilde ödediği meblağ için sigortalıya rücu etmesi halinde -bu arada kanunda öngörülen süre, şerhin devam etmesini sağlayacak herhangi bir hukuki adım atılmaksızın geçirilmiş ve şerh de bunun üzerine kendiliğinden hükümsüz hale gelmemişse- şerhin etkisinden sigortacı da faydalanacaktır. Keza, ölen veya yaralanan kişinin bu hadiselerle ilgili zararların tazminini öngören bir sigortası varsa, bu sigorta ile kuvertür vermiş olan sigortacı da (mesela sağlık sigortacısı veya -tedavi giderleriyle ilgili olarak- ferdi kaza sigortacısı), kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan halefiyete dayanarak -özellikle sorumluluk sigortası limitlerini aşan zarar miktarları için- zararın doğumuna yol açan aracı haczettirebilecektir.

Nihayet, bu şerh müessesesi, sigortacının, -Anayasa'ya aykırılık sebebiyle iptal edilmediği takdirde- KTK m.8 uyarınca sağlık kurumlarına yapacağı teminat limitlerini aşan ödemeleri sigortalısından geri almak için yarar sağlayacaktır. Bununla birlikte, eğer hükmün kanuna konuluş amacı buysa, sigortacının sigorta sözleşmesi çerçevesinde himaye etmekle yükümlü olduğu sigortalısına karşı sigortacıyı korumak gibi anlaşılması ve anlatılması zor bir durum ortaya çıkmış olacaktır.

Öte yandan, mülkiyet hakkının bu şekilde iyice sınırlanmasına cevaz olup olmadığı da ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Bu sistem aynen muhafaza edilecekse, hiç değilse ölüm veya yaralanma sebebiyle ileri sürülen tazminat taleplerinin sigorta teminat limitleri dahilinde kalması durumunda, şerhin derhal kaldırılmasını sağlayıcı özel kuralların öngörülmesi gerekmektedir.

Kaza ile aracın sicil kaydına şerh düşülmesi anı arasındaki devir ve hak tesisi işlemlerinin hükümsüz sayılmasına yol açacak kötüniyet, ölüm veya yaralanmaya yol açan kazadan haberdar olunması veya haberdar olmayı sağlayacak adımların atılmasından kaçınılması halinde söz konusu olur.

KTK m.85'in eski 3. ve 4. fıkralarının değişiklik kanunu ile aldığı yeni şekilde "işleten ve araç işleticisi teşebbüs sahibi" ifadesine yer verilmiştir. Oysa mad-denin kenar başlığında ve birinci fıkrada "araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs

sahibi" denmiş bulunmaktadır. "Araç işleticisi teşebbüs sahibi" ifadesi, işletenin bizzat bu teşebbüs olduğu izlenimini verdiği için uygun değildir.

Eski 4. fıkranın yeni şeklinde, baş ve son taraf uyumlu değildir. Baş tarafta işletenin ve bağlı bulunduğu teşebbüs sahibinin, bir kazadan sonra araca yardım edenlerin uğrayacağı zararlardan dolayı sorumlu olacaklarından bahsedilmiş, son kısımda ise bu sorumlulukla ilgili olarak sadece "işletici teşebbüs sahibi" bakımından nazara alınacak bazı şartlara yer verilmiştir. Oysa, bu şartların eskiden olduğu gibi esas olarak aracın işletini hakkında öngörülmüş olması beklenirdi. Bu değişikliğin gerekçesi pek anlaşılamamaktadır.

b) KTK m.86-90

KTK m.86 ve 87'nin yeni şekilleri eski şeklin aynısıdır. Sadece "araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi" ifadesi ilave edilmiştir. Bu arada hatır taşımasının genel hükümlere havale edilmesi yerine, bu sonucu öngören kanun hükmünün metinden tümüyle çıkartılması çok daha iyi olurdu. Hatır taşımasının ağırlaştırılmış objektif sorumluluğa tabi olmaması için sebep yoktur. Hatır taşıması sadece bir tazminat indirim sebebi olarak işlem görmelidir. Ölüm halinde de çözüm aynı olmalıdır. Ölüm araçtaki bir bozukluk sebep olmakla beraber bu işletenin kusurundan kaynaklanmamışsa, genel hükümler uyarınca sorumluluk hiç söz konusu olmayacaktır. Bu ihtimalde işleteni sadece başkasının eyleminden sorumluluğa ilişkin hükümler uyarınca sorumlu tutmak mümkün olur. Mesela, araçtaki bozukluğa işleten tarafından çalıştırılan bir kimsenin yol açmış bulunması. Bu halde BK m.55 uyarınca işleten -aynı maddedeki kurtuluş kanıtını getirmeye muvaffak olmadıkça- kusura dayanmayan bir sorumluluk rejimi çerçevesinde sorumlu tutulacaktır.

KTK m.88 fk.1, KTK uyarınca birden fazla kimsenin sorumlu olması durumunda bunların (zarar görene karşı) müteselsilen sorumlu olacağını hükme bağlamıştır. Aynı maddenin 2. fıkrası ise, sorumlu şahıslar arasında tazminat yükünün nasıl dağıtılacağını düzenlemektedir. İkinci fıkraya göre, birden fazla kişinin sorumlu olduğu hallerde, özel durumlar ve özellikle araçların işletme tehlikeleri zararın (iç ilişkide) başka türlü paylaşılmasını haklı göstermedikçe bu paylaşımın "kusur oranına" göre yapılacağını öngörmektedir. Burada işleten ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, rücu talepleri çerçevesinde birbirlerine karşı kusurları oranında sorumlu tutulmuş iseler de bu kusurdan maksadın ne olduğu veya olabileceği pek açık değildir. Kanımızca, işleten A'ya ait araç, A'nın yönetimindeyken bir yayaya çarparak yaralanmasına sebep olur ve bu kazada işleten A'nın 4/8 oranında kusurlu olduğu saptanırsa yayaya tazminat ödemiş olan teşebbüs sahibi, işleten A'ya rücu ederek ödediği tazminatı bütünüyle A'dan alabilir. İşleten A ile işleten B'ye ait araçlar bu işletenlerin yönetimi altında iken çarpışsalar, bunun sonucunda araçlardan birinde bulunan kişilerden biri hayatını kaybetse ve olayda işleten A'nın 4/8, B'nin de 4/8 oranında kusurlu oldukları saptansa, destekten yoksun kalma tazminatı talep eden ölenin

mirasçıları bu alacaklarını A'nın aracını kendisine bağlı olarak çalıştırdığı teşebbüs sahibi T'den tahsil etmiş oldukları takdirde, T bütün ödediğini A ve B'den kusurları oranında yani 4/8 ve 4/8 oranında geri alabilecektir. Yukarıdaki misallerde kaza sırasında işleten A'nın aracını şoförü Ş kullanmakta olsaydı, teşebbüs sahibi ve işleten şoförün kusurundan KTK m.85 son fıkra uyarınca kendi kusurları imiş gibi sorumlu tutuldukları için, ilk halde teşebbüs sahibi T yayaya ödediği tazminatın sadece yarısını, ikinci halde de, tazminat tutarından şoföre ait kusur oranına tekabül eden kısmın yarısını işleten A'dan geri alabilecekti.

KTK m.89 fk.3, birden çok motorlu aracın katıldığı bir kazada, zarar gören kişinin bir işleten veya işleticinin bağlı olduğu teşebbüsün sahibi olması halinde de, aracı kazaya yol açmış bulunan işleten veya işleticinin bağlı olduğu teşebbüs sahiplerinin zarar gören işletene karşı müteselsilen sorumlu olacağını hükme bağlamıştır.

Meydana gelen zarar bedensel zarar ise, iç ilişkide sorumlu işleten ve teşebbüs sahipleri tazminat yükünü kural olarak kusur oranında paylaşırlar (KTK m.89 fk.1). Burada zarar gören işletene karşı sorumluluk kusur esasına dayanmamaktadır. Kanun sadece, işletenler arasındaki paylaşım bakımından kusura dayalı bir düzenleme getirmiştir. Zarar gören işletene karşı sorumluluk, kanunun sorumlulukla ilgili genel kuralına tabidir.

Buna karşılık, bir eşya zararının söz konusu olması halinde, bu zarara uğrayan işleten veya teşebbüs sahibine karşı diğer işleten veya teşebbüs sahiplerinin sorumluluğu daraltılmıştır. Bu son olasılıkta, zarar gören işleten veya teşebbüs sahibi, tazminat elde edebilmek için aracı kazaya karışan işletenin veya teşebbüs sahibinin veya bunların eylemlerinden sorumlu oldukları kişilerin kusurunu veya geçici olarak temyiz gücünü kaybettiklerini (ve kazanın bundan kaynaklandığını) ispatlamak zorundadır. Zarar görenin tazminat talebi bundan başka, zararın (buna yol açan) araçtaki bir bozukluktan ileri geldiğini ortaya koyması halinde de kabul edilir (KTK m.89 fk.2). Birden çok işletenin bir diğer işleten veya teşebbüs sahibine karşı sorumlu olması halinde, bunların sorumlulukları müteselsil olduğundan, kusur oranı ancak aralarındaki iç ilişki itibarıyla önem taşıyabilecektir.

Bu madde uyarınca tazmin edilecek eşya zararının mutlaka kazaya karışan araç veya içindeki şeylerde ortaya çıkması acaba şart mıdır? Mesela, bir zincirleme kazanın sonucunda, kazaya karışan araçlardan birinin işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibine ait yol kenarındaki tesisler zarar görmüş bulunuyorsa KTK m.89 fk.2 uygulanacak mıdır? Kanunun lafzı böyle bir ihtimali de kapsayacak genişliktedir.

2- M.91-101 (sigorta)

KTK m.91 uyarınca işletenler zorunlu sigorta yaptırmakla yükümlü tutulmuşlardır. Buna karşılık işleticinin bağlı olduğu teşebbüs sahiplerinin

-işletenden ayrı olmaları halinde- sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğu yoktur. Kanun bir yeni (ek) sorumlu kişi yaratmış, ancak bu kişinin sorumluluk sigortası yükümlülüğü altında olmasını her nedense gerekli görmemiştir. Şayet teşebbüs sahibi olarak adlandırılan kişilerin sorumlu tutulması ihtiyacı varsa, bu sorumluluğun zorunlu sorumluluk sigortası yaptırma yükümlülüğüne de tabi tutulması beklenirdi. Sorumluluk sigortasını sigorta ve reasürans brokerleri için dahi zorunlu görmüş olan bir sistemde doğal beklenti ancak bu yönde olabilir (bununla birlikte hemen belirtelim ki, yönetmelik ile zorunlu sigorta yükümlülüğü getirilmesi sözleşme özgürlüğüne müdahale niteliği taşıdığından kanımızca Anayasa ile çelişmektedir). Bu arada vurgulamamız gerekir ki, KTK m.104'te motorlu araçla ilgili mesleki faaliyette bulunan teşebbüslerin sahiplerinin zorunlu sorumluluk sigortası yaptırmalarından bahsedilmiş ise de, burada söz konusu olan "teşebbüs sahipleri" KTK m.85'te sözü geçen teşebbüs sahibinden farklıdır. KTK m.104'teki teşebbüslerden maksat, motorlu aracın gözetim, onarım, bakım, alım-satım, araçta değişiklik yapılması amacıyla veya bunlara benzer bir amaçla kendisine bırakıldığı teşebbüslerdir.

Hukuk düzenimiz, teşebbüs sahibi olarak adlandırılan kimselerin trafik sorumluluğu sigortası yaptırmalarını zorunlu görmemiş olmakla birlikte, değişik yönetmeliklerde teşebbüs sahibi niteliğinde olan bazı kişilerin "koltuk sigortası" yaptırmalarını öngörmüştür.

Bu alanda özellikle hatırlanması gereken yönetmelikler şunlardır:

- Okul Servis Araçları Hizmet Yönetmeliği (RG 21.5.1992/21234)
- Karayoluyla Uluslararası Yolcu ve Eşya Taşımaları Hakkında Yönetmelik (RG 20.8.1994/22027)
- Karayoluyla Şehirlerarası Yolcu Taşımaları Hakkında Yönetmelik (RG 8.9.1994/22045)

Okul Servis Araçları Hizmet Yönetmeliği (OSAHY) m.7 uyarınca "minibüs ve otobüslerle okul öğrencilerini taşımak isteyen gerçek ve tüzel kişiler ile kamu kuruluşları, taşıyacakları öğrenciler ve taşımada görevlendirecekleri sürücüler ve bunların yardımcıları ve rehber öğretmenler için kazalara karşı KTK'nun zorunlu kıldığı Mali Mesuliyet (Trafik) Sigortası dışında "Ferdî Kaza Sigortası" yaptırmak zorundadır".

Karayoluyla Uluslararası Yolcu ve Eşya Taşımaları Hakkında Yönetmelik (KU-YETHY) m.44 uyarınca "otobüsle uluslararası yolcu taşımacılığı yapmak üzere taşımacı yetki belgesi almış olan gerçek ve tüzel kişiler ile kamu kuruluşları, taşıyacakları yolcular ve taşımada görevlendirecekleri sürücüler ile yardımcı için Otobüs Zorunlu Koltuk Ferdî Kaza Sigortası yaptırmak zorundadırlar".

Zorunlu sigortanın yönetmelikle öngörülmesindeki sakatlık bir yana, yukarıda sayılan yönetmeliklerde bahsi geçen sigortanın sorumluluk sigortası değil de -yönetmeliklerdeki ifade ile- "ferdî" kaza sigortası olarak hükme bağlanması

kanımca sorumlu şahıslar açısından isabetli olmamıştır. Çünkü, bir meblağ sigortası niteliğindeki bu sigorta (kaza sigortası) çerçevesinde sigortacı tarafından ödenen paralar "zararın karşılanması" amacıyla ödenmediği için, zarar görenler zararları için ayrıca talepte bulunma haklarını muhafaza etmekte ve kaza sigortası kapsamında yapılan ödemeye ek olarak zararlarını sorumluluk sigortasından veya istifa mahalli buldukları takdirde sorumlu işletenden tamamen tahsil etmektedirler. Zarar görenin zararını tamamen tahsil etmesine ek olarak bir de kaza sigortasından ayrıca para alması acaba karayolu yolculuğunu sevdirmeye mi yöneliktir?

Zorunlu mali sorumluluk sigortası dışında kalan hallerle ilişkin KTK m.92 kanunda aynen bırakılmıştır. Bu maddede sayılan hallerin bir çoğu esasen gereksizdir. Bir örnekle açıklarsak, bu maddenin a bendinde sayılan "işletenin bu kanun uyarınca eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere yönelebileceği talepler" Türkiye bakımından hiçbir anlamı olmayan, füzuli ve yanılgı ürünü bir istisnadır. Sadece şu soruyu sormak dahi bu istisnanın manasızlığını ortaya koymaya yeter: acaba saygıdeğer hazırun bu istisnanın uygulama alanına giren bir hal ile şimdiye kadar karşılaşmış mıdır?

KTK m.93 fk.2 zorunlu sigorta tarifelerinin tespitinde nazara alınacak halleri sayarken, "hasar ödenmesine neden olmayan işletenlerin primlerinin indirilmesi yoluyla ödüllendirilmesi, hasar ödemesine neden olan işletenlerin primlerinin yükseltilmesi yoluyla cezalandırılması" şeklinde bir ifadeye yer vermiştir. Burada hasar ödemesine sebep olmuş işletenin priminin ilk defa sigorta yaptıran bir işletenin ödeyeceği primle aynı olması değil, bundan daha yüksek olması söz konusudur. Hasar ödemesine sebep olan işleme "hasarsızlık indirimi" uygulanmaması ile yetinilmeyecek, fakat hasarı olan sigortalı -bakanlığın takdirine göre mesela ikinci yahut üçüncü seneden itibaren- daha yüksek prim ödemek durumunda bırakılacaktır. Kanun metni bu uygulamanın bir "ceza" olduğunu söylemektedir. Teknik hukuk açısından bu deyim in isabeti tartışılabilir. Ancak, burada hasar ödemesine sebep olan işletenin cezalandırılması yolunda bir çözüme itibar edildiği de bir gerçektir.

KTK m.94, 95, 96, 97, 98, 99, 100 ve 101'de herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Ancak, KTK m.98 ile yeni düzen çelişki halindedir. KTK m.8'de "Üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının acil olarak kendilerine getirilen trafik kazası geçirmiş kişilere, Sağlık Bakanlığı tarifelerini uygulayarak verilen hizmetin bedelinin tamamını yükümlü sigorta şirketinden tahsil edecekleri" hükme bağlanmıştır (KTK m.8 ayrıca bir de "Sağlık Bakanlığı tarafından yapılan harcamaların tamamının Sağlık Bakanlığı Döner Sermaye İşletmesine yükümlü sigorta şirketleri tarafından 8 iş günü içinde ödeneceğini" belirtmektedir).

KTK m.8'de sigorta şirketlerinin limitleri aşan ödemeleri yapmakla da yükümlü kılındıkları açıktır. Zaten madde metninde de bu husus açıkça vurgulanmaktadır

(Kanunda sigorta şirketlerinin zorunlu mali sorumluluk sigortası geçerli teminat limitleri ve şartları dahilinde ödemekle yükümlü bulundukları tutarı aşan kısım için Garanti Fonu'na başvuracakları yazılıdır). KTK m.98'de ise, trafik kazasında yaralanan kişilerle ilgili tedavi giderlerinin sigortacı tarafından 8 iş günü içinde, ancak zorunlu sigorta limitlerine kadar karşılanması öngörülmüştür. Sigortacıdan talepte bulunan tedavi kurumu olduğu takdirde sigortacının sorumluluğu limte tabi olmayacak, buna karşılık zarar gören -şayet bu arada tedavi kurumuna kendisi ödeme yapmışsa ve bu tutarı sigortacıdan talep etmekte ise- sigortacı ona karşı limit kadar sorumlu olacak. Buradaki çözümün aksak olduğu açıktır.

II. TEBLİĞ

Tebliğ Konusu :

KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERDEN SADECE SİGORTA ŞİRKETLERİNİ İLGİLENDİREN BÖLÜMLER ÜZERİNE

Tebliğ Hazırlayan :

Av. Nükhet TÜZÜN

Sigorta Hukuku Türk Derneği tarafından panel konusu istemi üzerine; yeni uygulamaya geçecek olan KTK'nun bazı maddelerindeki değişikliğin ele alınması istemimiz bildirilmiş ve bu istem üzerine de Sigorta Şirketlerini ilgilendiren maddelerin incelenmesi konusu tarafıma görev olarak verilmiştir. Burada amacım Kanunu eleştirmek değil, uygulamada Sigorta Şirketlerinin karşılaştığı sorunları dile getirme ve uygulamacılar olarak bizler ve öğretim görevlisi hocalarımızın da konuya açıklık getirmesi ile bu sorunları çözümleme yoluna gidilmesidir. Bu konuda sizlerin de, Kanun ile ilgili uygulamada karşılaşılabilecek sorunları ortaya koymanız halinde kanundaki bu açıkların (boşlukların) nasıl eleminde edileceği ve uygulamaya konulacağı konusunda bir fikir ve dil (yorum) birliğine varılacağına inanıyorum. Yalnız burada değineceğim konular KTK'nun tüm değişen maddeleri değil, ağırlıklı olarak Sigorta Şirketlerini ilgilendiren bazı maddelerdir. Sizlerin de saptamış olduğunuz hususlarda, sorularınızla hocalarımızla bilgi alışverişi yapabilme imkanımız da olacaktır.

Karayolları Trafik Kanunu'nda yapılan değişikliklerden sadece Sigorta Şirketlerini ilgilendiren bölümleri şu şekilde ele alabiliriz.

KTK'nun 8. maddesi b fıkrasındaki değişiklik:

Bu maddedeki değişikliği ele almadan önce her ne kadar hepimiz Sigortacı da olsak konuya ilişkin olarak bu madde de yer alan Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası ile Garanti Fonu'nun kavramlarının amacı ve kapsamına bakmak gerekmektedir.

ZMSS'nin genel şartlarda kapsamı "Sigortacı, bu poliçede tanımlanan motorlu aracın işletilmesi sırasında, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya birşeyin zarara uğramasına sebebiyet vermiş olmasından dolayı, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre işletene düşen hukuki sorumluluğu, zorunlu sigorta limitlerine kadar temin eder" şeklinde düzenlenmiştir.

Bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere ZMSS dayanağını 2918 sayılı kanundan

almakta ve işletene düşen hukuki sorumluluğu sigorta limitlerine göre karşılamaktadır.

Garanti Fonu ise, motorlu araçların neden olabilecek bazı zararları, işletenin sorumluluğu kapsamında, onun sigortacısı yerine geçerek ödemek üzere kurulmuştur. Kuruluşuna Karayolları Trafik Kanunu 108. maddesine dayanak teşkil etmektedir.

Bu açıklamalardan sonra KTK'ndaki yeni değişikliği ele alırsak KTK'nun 8. maddesine;

"Üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşları, acil olarak kendilerine getirilen trafik kazası geçirmiş kişilere, Sağlık Bakanlığı tarifelerini uygulamak suretiyle, vermiş oldukları hizmetlerin bedelinin tamamını yükümlü Sigorta Şirketlerinden tahsil ederler. Ve Sigorta Şirketlerince yapılan harcamaların tamamı Sağlık Bak. Döner Ser. İşletmesine 8 iş günü içinde ödenir. Sigorta Şirketleri ise, ZMSS geçerli teminat limitleri ve şartları dahilinde ödemekle yükümlü bulundukları tutarı aşan kısmı için Garanti Fonu'na başvurur".

hükmü eklenmiştir.

I- Bu hüküm Sigorta Şirketleri için uygulamada zorluk yaratacak bir düzenlemedir. Bunun uygulanması Sigorta Şirketlerine büyük bir yük ve mali külfet getirecektir.

Zira yeni düzenlemede Sigorta şirketleri, poliçe (sözleşme) teminatını aşan bir yük altına girmektedir. Sigorta sözleşmesi iki taraflı bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile belli teminatlar belli ücret karşılığında sağlanmaktadır. Özel bir Kanun ile bu sözleşme serbestisine aykırı olarak Sigorta Şirketlerine ayrı bir yükümlülük getirilmektedir.

II- Bu hükmün Sigorta Şirketleri açısından sakıncalı bir diğer yanı da; Sigorta Şirketlerinin teminatlarını aşan bir tazminatı ödeme yükümlülüğü altına girmeleri ve Teminatlarını aşan kısım için Garanti fonunda ödedikleri bu tazminatı tahsil edebilmek amacıyla aylarca beklemek zorunda kalmalarıdır.

III- Riskin belli olmaması da ayrıca sigorta tekniği açısından sakıncalıdır.

Bunu örneklersek; bir trafik kazasında yaralanan kişinin International Hospital'da yoğun bakımda tedavi gördüğünü düşünürsek, burada çıkacak hastane masraflarının Sağlık Bakanlığı tarifi de olsa teminatın çok çok üstünde olacağı bir gerçektir. Sözgelimi 1 milyarlık hastane masrafını Sigorta Şirketleri 8 gün içinde ödemek zorunda kalacaklar teminatlarını aşan 600 milyon için ise Garanti Fonu'nun ödemesini beklemek zorunda kalacaklardır. Bu da hak ve nesafet kurallarına ayrıca Anayasaya da aykırıdır.

Sigorta tekniği açısından öngörülemeyen risklerin teminat altında olması da uygun değildir.

Kontrolünü yapamadığımız ve boyutunun ne olacağı belli olmayan harcamaların % 3'lerle belirlenen Garanti Fonu tarafından karşılanamaması durumunda Sigorta Şirketlerini kim finanse edecektir?

Türkiye gibi enflasyonist bir ortamda Sigorta Şirketlerinin ödedikleri tazminatları geri almak için beklemeleri veya bu geri ödemelerin Garanti Fonu tarafından finanse edilmesinin mümkün olamaması durumunda Sigorta Şirketleri riskleri belli olan örneğin kasko, yangın vs. sigorta teminatlarını karşılayamama durumunda kalabileceklerdir.

Bu edimi yerine getirmekten haklı olarak kaçınanlar olacak ve bu da sigorta sektörüne olan güveni ortadan kaldıracaktır.

IV- Ayrıca ZMSS dan tazminat ödenebilmesi için işletene düşen bir hukuki sorumluluğun olması gerekmektedir.

Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası motorlu aracın işletilmesinin sebep olduğu maddi zararlarla birlikte kişilere verdiği bedensel zararları kapsar.

Bu zararların karşılanabilmesi için Sigorta şirketlerine öncelikle verilmesi gereken belgeler vardır. Bu belgelerde;

Yaralanma halinde;

a- Olayın şekline göre trafik, emniyet veya savcılık yetkilileri tarafından düzenlenen raporlar veya mahkeme kararları gibi belgeleri,

b- Kesin hastane raporu,

c- Hastane masraflarını gösteren faturaları vermek zorundadırlar.

Sigorta Şirketlerinin tedaviye ilişkin belgelerle birlikte ödeme talebinin kendisine iletildiği tarihten itibaren 8 gün içinde tedavi giderlerini ödemesi mecburidir. Bunun içinde Sigorta Şirketine başvuranların bu bahsi geçen kazaya ve tedaviye ilişkin belgeleri tam olarak vermeleri şarttır.

Sigorta şirketlerinin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası ile ilgili teminatlarını ödeyebilmeleri için işletene düşen bir hukuki sorumluluğun bulunması gerekmektedir. İşletene düşen Hukuki sorumluluğun saptanabilmesi için de söz konusu trafik kazası ile ilgili tüm belgelerin Sigorta Şirketlerine ulaştırılması gerekmektedir. Sadece tedavi giderlerine ait belgelerin Sigorta Şirketlerine ulaşması bu sigortadan tazminatı ödemeyi gerektirmez.

Bu belgeleri Sigorta Şirketlerine kim gönderecektir?

Bu belgelerin ulaşması tedavi giderlerine ait belgelerin ulaşmasından sonra olur- sa veya hiç ulaşmazsa ne olacaktır?

Soruları akla gelmektedir.

Sigorta Şirketleri diğer belgeleri beklediklerinden dolayı bu kanundaki süreye uymamış olacaklar ve bunun sonucunda da kanunda düzenlenen hafif para

cezası ile cezalandırılacaklardır.

Buna nasıl engel olunacaktır?

Ayrıca zincirleme kaza halinde Sigorta Şirketlerinin bu mali külfeti daha da artacaktır.

Yine zincirleme kazada birden fazla aracın kusurlu olması halinde Sağlık Bakanlığı Döner Sermaye İşletmesi kusurları saptayıp kusurları oranında mı Sigorta Şirketlerine başvuracak yoksa bunu gözönüne almadan sadece bir Sigorta Şirketine mi müracaat edecektir?

Sadece bir Sigorta Şirketine müracaat durumunda ise şu sakıncalar doğacaktır. Sorumlu sigorta şirketlerinin birbirlerine ve de Garanti Fonuna müracaatları sözkonusu olacaktır.

Bu durumda Sigorta Şirketlerinin birbirlerine müracaatlarında cari hesap çalışılması halinde yıl sonu hesaplarına kadar beklemek durumları ortaya çıkacağından belli bir ölçüde mali kayıplar da olacaktır.

V- Ayrıca Sigorta Şirketlerine 8 gün içinde ödeme zorunluluğu getirilmesine rağmen Garanti Fonu'nun bu tazminatları ne kadar süre içinde ödeyeceği konusunda bir süre getirilmemiştir. Bu da Sigorta Şirketlerinin teminatlarını aşan kısımlar için belki de aylarca beklemek zorunda kalmalarına neden olacaktır. Bu nedenle de Garanti Fonu'nun bu tazminatları ne kadar süre içinde Sigorta Şirketlerine geri ödeyeceği hususunda bir süre belirlenmesi gerekmektedir.

VI- Karayolları Trafik Kanunu 8. maddenin çeliştiği bir maddede Karayolları Trafik Kanunu'nun 108. maddesinde yer alan Garanti Fonunun amacı ve kapsamına ilişkin hükümdür.

Garanti Fonunun amacı;

- * Garanti Fonu; ZMSS'na tabi motorlu araçların sebep olacakları zararlar,
- * Kazaya yapan motorlu aracın tesbit edilememesi durumunda kişiye gelen zararlar,
- * ZMSS yaptırmaksızın trafiğe çıkarılan motorlu aracın kişiye verdiği zararlar,
- * Kazanın vuku bulduğu sırada ZMSS'ni yapan sigortacının iflası halinde kişiye ve herhangi bir şeye gelen zararlar,
- * 8. madde b bendi ile 107. maddenin (çalınmış veya gasbedilmiş motorlu araç bir olaya sebep olmuş ve işleten de sorumlu değil ise kişiye gelen zararlar) öngördüğü,

durumlarda işletenin sorumluluğuna ilişkin kurallar uyarınca ve **zorunlu sigorta tazminatı sınırları içinde karşılanmasıdır.**

Burada Garanti Fonu da amacını aşan bir durum için kullanılmaktadır. Devletin yapması gereken Sağlık Hizmetleri Garanti Fonu kullanılarak Sigorta Şirketleri

tarafından sağlanmaya çalışılmaktadır. Oysa Garanti Fonunun amacı bu değildir.

VII- Ayrıca 108. maddeyi incelerken Garanti Fonu ile ilgili değişiklik maddesinin 5. fıkrasında;

"Sigorta araçları, sigorta yaptırımlardan tahsil ettikleri katılma paylarını, tahsilatı takip eden ayın 15'ine kadar ilgili Sigorta Şirketlerine intikal ettirirler, düzenlemesi yapılmıştır. Oysa Murakabe Kanunu'nun 27. maddesinde Sigorta primlerinin Sigorta Şirketlerine tahsilattan sonra, en geç ertesi haftanın son işgününün bitimine kadar intikal ettirileceği hükme bağlanmıştır. Görüldüğü gibi katılma paylarının Şirkete intikal ettirilmesine dair düzenleme. ile primlerin Şirkete intikal ettirilmesine ilişkin düzenleme farklıdır. Bu durumda acente primi Murakabe Kanunu'na göre, Sigorta Şirketine ulaştıracak, katılım paylarını da tahsilatı takip eden ayın ilk 15 günü içinde mi Sigorta Şirketine gönderecektir, sorusu akla gelmektedir. Ancak şu da bir gerçektir ki, prim ayırlamaz bir bütündür. Bu nedenle konuya açıklık getirilmesi gerekmektedir.

Garanti Fonu'ndan Sigorta Şirketleri tarafından teminatlarını aşan kısımlarını geri almalarına dair hüküm Anayasaya aykırılık açısından Sn. Prof. Dr. Süheyl Batum tarafından detaylı olarak aktarılacaktır. Özel Hukuk hükümlerine tabi tüzel kişilere böyle bir yükümlülük getirilmesi hukuken caiz değildir.

KTK'da yapılan yeni değişiklikler içerisinde kanımca Sigorta Şirketlerine kolaylık sağlayabilecek bazı düzenlemeler de mevcuttur. Bunlara da kısaca değinmek istiyorum.

KTK'nun yeni 20. maddesi ile tescil belgelerinin noterler ya da trafik şubeleri tarafından düzenleneceği hususu getirilmiştir.

Bilindiği gibi bu güne kadar gerek menfaat değişikliği gerekse işletenin değişmesi halinde bu konuları uyumsuzluk halinde ispatlamak Sigortacılar açısından çok güçtü.

Çünkü sözkonusu değişikliklerde tescil belgesindeki hususlar gözönüne alınmakta idi. Bu Kanun ile satış ve devir teslim ile ilgili konularda sıkı bir sistem getirilmesi ve devir teslimin resmen yapılmaması halinde trafikten men cezası ve bunun yerine getirilmesi için zorlayıcı unsurların getirilmesi menfaat sahibi ve işleten değişikliği konusunda Sigorta Şirketlerine kolaylık sağlayacaktır.

Ayrıca yine bu Kanunda kaza anında tescil belgesi üzerine tedbir konulması da Sigortacıların rücu haklarının tahsili açısından iyi bir gelişmedir.

Bu düzenleme ile aracın maliki konusundaki şüpheler de ortadan kalkmış olacaktır.

KTK 39. maddesi a bendinin 6. alt bendi "eski maddede; E sınıfı sürücü belgesine (otobüs kullananlar) sahip sürücülerin B (otomobil, minibus ve kamyonet kullananlar), C (kamyon kullananlar), F (lastik tekerlekli traktör) ve D (çekici

kullanıcılar) sınıfı sürücü belgesi ile sürülen araçları da kullanabilmelerine izin vermekte iken yeni düzenlemede D sınıfı sürücü belgesi ile sürülebilen araçları kullanabilmeleri için römorklu veya yarı römorklu araçlarla uygulamalı sınava tabi tutulurlar" hükmü getirilmiştir. Bu husus Hasar ödemelerinde dikkat edilmesi gereken bir yeniliktir.

Şöyleki;

Bu sınava dahil olmamış kişilerin aracı kullanması halinde yeterli ehliyet olmaksızın araç kullanma yönünden hasarın red sebebinin oluşturmaktadır.

KTK 48. maddesinde alkollü araç kullanma ile ilgili düzenlemede; Alkollü olarak ölüm ya da yaralama ile sonuçlanan bir trafik kazasına neden olunması hususu "ağır kusur" olarak kabul edilmiştir. Bu yeni düzenleme alkollü araç kullanmadan dolayı Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası çerçevesinde rücu imkanımızı daha da kuvvetlendirmektedir.

Çünkü bugüne kadar ZMSS'da alkollü araç kullanma sonucunda meydana gelen kazanın oluşumunda alkolün hangi yüzde ile meydana geldiği önem kazanmamakta ve bu konudaki rücu hakları da isbat imkanı güç olduğu için çoğunlukla reddedilmekte idi. Kanundaki değişiklikle alkollü araç kullanılmasının ağır kusur sayılması Sigorta Şirketlerinin rücu imkanını genişletmektedir.

KTK 91. maddesinde Sigorta primlerinin ödenmesi konusu ele alınarak, **Sigorta priminin % 5'i oranındaki miktarın Sigorta Şirketi tarafından tahsil edildiği ayı takip eden ayın en geç 20'sine kadar Trafik Hizmetleri Geliştirme Fonu hesabına yatırılması zorunluluğu getirilmiştir.**

Buradaki % 5 oranındaki miktar Garanti Fonu ve vergiler gibi prime eklenecek ve Sigortalıdan alınacak bir miktardır. Burada sadece bu payın hangi hesaba yatırılacağına da açıklığa kavuşması gerekmektedir.

KTK'na ek 1. madde olarak Ticari Taşıt Kullanma Belgesi'ni düzenlemiştir. Buna göre, Yolcu taşımacılığı ve yük taşımacılığı yapacak olan sürücülerin "Ticari taşıt kullanma belgesine sahip olması şarttır". "Bu belgeye sahip olmayan sürücüler ticari amaçla yolcu ve yük taşımacılığı yapmaları yasaktır".

Bu düzenlemeye göre Sigorta Şirketleri teklif alırken durumu açıklığa kavuşturacak soruları sormaya özen göstermeli ve hasar ödemeleri yolcu ve yük taşımacılığı yapılması durumlarında bu belgeyi istemelidirler.

C. ÜÇÜNCÜ SİGORTA HUKUKU VE YARGITAY KARARLARI SEMPOZYUMU

I. TEBLİĞ

**KARA SİGORTALARINDA SİGORTA ETTİRENİN
GÖREVLERİYLE İLGİLİ BAZI SORUNLAR**

Doç. Dr. Samim ÜNAN

II. TEBLİĞ

SİGORTA ACENTELERİNİN HAKLARI

Prof. Dr. Rayegân KENDER

III. TEBLİĞ

ALKOLÜN SİGORTA KORUMASINA ETKİSİ

Av. Bülent KESKİN



I. TEBLİĞ

Tebliğ Konusu :

KARA SİGORTALARINDA SİGORTA ETTİRENİN
GÖREVLERİYLE İLGİLİ BAZI SORUNLAR

Tebliğ Hazırlayan :

Doç. Dr. Samim ÜNAN

Sigorta hukukunda "görev" olarak adlandırılan davranış yükümleri gerek kuramsal açıdan gerekse uygulama açısından son derece önemli bir husustur. Ancak, görevler ve bunların ihlalinin kaynaklanan sorunlar hakkında bazı çok değerli ilmi çalışmalar (1) yapılmış ve görevlerle ilgili çekişmeler birçok davaya konu teşkil etmiş olmakla birlikte, ülkemizde görevler sorununun tatmin edici bir şekilde halledildiğini düşünmek çok zordur.

Herşeyden evvel kanun son derece yetersizdir. Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) yürürlüğe girişinden bu yana 40 yıl geçmiş olmasına rağmen, TTK gerekçesinde kısa süre içinde çıkarılacağı öngörülen "yeni" Sigorta Kodu hala çıkarılmayı beklemektedir. Kanunu hazırlayanlar tarafından dahi muvakkat niteliği açıkça kabul edilmiş bulunan Sigorta Hukuku başlıklı 5. Kitap, adeta dokunulmazlık ihsaz etmiştir.

TTK'nun yetersizliği esas itibarıyla kara sigortaları bakımındandır. Deniz sigortalarıyla ilgili düzenleme ise, mehzazı eski olmasına rağmen daha tutarlı ve günümüz ihtiyaçlarına daha iyi cevap verir niteliktedir.

Aşağıda sadece kara sigortaları hakkında değerlendirme yapılacak ve bu sigortalarla ilgili bazı Yargıtay içtihatları üzerinde durulacaktır. Bununla beraber, kıyaslama açısından, aynı hukuk ailesine mensup olduğumuz Almanya'daki durum hakkında da bazı bilgiler aktarmaya, böylece uygulamaya katkıda bulunmaya çalışacağız.

I. Görev Kavramı

Sigorta sözleşmesi ile taraflar karşılıklı olarak borç altına girerler. Sigorta ettirenin borcu "prim ödemek", sigortacının borcu ise "sigorta koruması" (veya kuvvettürü) sağlamaktır.

(1) Öztan, Sigorta Akdinin İhlalinde İhbar Mükellefiyeti, 1966; Omağ, Türk Sigorta Hukuku'nda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu, 1985.

Bu borçların yerine getirilmemesi halinde, alacaklı alacağını dava yoluyla talep edebilir. Sigortacı ödenmeyen prim alacağı için, sigorta ettiren de korumanın hiç veya tam olarak sağlanmamış olması sebebiyle mahkemeye başvurabilirler.

Sözleşmeden doğan bu borçların yanısıra, kanun sigorta korumasından yararlanmak için sigortacıya karşı yerine getirilmesi gereken bazı görevlere de yer vermiştir. Kanunda öngörülen görevlere sözleşme ile yenilerinin eklenmesi de mümkündür. Nitekim sigorta genel şartlarında kanunda düzenlenmeyen birçok görev öngörülmektedir.

Görevler:

- Sigortacının üstlendiği riziko ile tahsil ettiği veya edeceği prim arasında bir denge oluşturulmasına, rizikonun sınırlandırılmasına ve
- Yan yükümlülüklerin sigorta hukuku bakımından düzenlenmesine hizmet etmektedirler.

Bir sigorta sözleşmesinde sigortacı belirli bir rizikoyu üstlenir. Söz gelişi, mesken olarak kullanılan bir ev için yaptırılan yangın sigortasında sigortacıya benzeri bütün evler bakımından söz konusu olan normal yangın rizikosu devredilmişse, sigortacının tahsil edeceği prim bu evde depoianmaya başlanan mutad miktarın üzerindeki yanıcı maddelerin ortaya çıkardığı ilave yangın rizikosunu kapsamayacaktır. Aynı şekilde, trafiğe elverişli bir otomobil için yaptırılan sigorta ile sigortacıya devredilen riziko, bu otomobilin aşınmış lastiklerle yola çıkarılmaya devam edilmesinden kaynaklanan ilave kaza rizikosunu kapsamaz.

Prim ile riziko arasında denge sağlanması sorununa getirilecek çözüm hususunda kanun koyucunun önünde çeşitli imkanlar mevcuttur:

- Sigortacının hangi rizikoyu üstlendiği sözleşmede açıkça gösterilmişse, sadece bu riziko sebebiyle meydana gelen zararların teminata dahil olması, bu sebeple meydana gelmeyen zararların ise teminat dışında bırakılması (bu basit çözüm kısaca "tren bileti almış olan kimse, uçağa binmeye hak kazanmaz" biçiminde özetlenmektedir).
- Uygulanan primin riziko kategorilerine göre farklı olması durumunda, daha fazla prime tabi rizikoların, ödenen prim ile ödenmesi gereken prim arasındaki oran çerçevesinde karşılanması.

Görevlerin ortaya çıkış sebeplerinden bir diğeri de, sigorta sözleşmelerinde sigorta ettiren bakımından mevcut olması gereken yan yükümlülüklerin düzenlenmesidir. Mesela sigortacıya riziko hususunda doğru bilgilerin verilmesi veya çifte sigortanın, sigorta konusu eşyanın sahip değiştirdiğinin yahut rizikonun gerçekleşmesiyle ilgili olguların bildirilmesi yan yükümlülük niteliğindedir. Başka sözleşmelerde olduğu gibi, sigorta sözleşmesinde de bu yan yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin sonucu sigortacı lehine bir tazminat talebinin doğması olarak düzenlenebilirdi. Oysa, böyle bir çözüme gitmek yerine,

sigorta haklarının tamamen veya kısmen kaybedilmesi şeklinde bir çözüm tercih edilmiştir.

Yukarıda sayılan iki ayrı hal, sigorta hukukunda "görev" (obligenheit, incombance) kavramı altında birleşmiştir.

İki ayrı hal tek bir kavram altında değerlendirildiği için, bu kavramın tanımlanmasında ve tabi olacağı ilkelere belirlenmesinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Bunların en önemli ikisini kısaca özetlersek:

- Bir görüş, görevlerin sadece sigorta ettirenin haklarının elde edilmesi için şart olan objektif davranışları ifade ettiğini, ancak sigorta ettirenin bunlara uymak gibi bir yükümlülüğünün olmadığını kabul etmekte ve böylece görevler hususunda ne ifa zorunluluğunun ne de tazminat yükümlülüğünün söz konusu olmayacağını kabul ederken,
- Diğer bir görüş, çoğu yerde ifaya zorlama veya tazminat talep etme uygulama açısından mümkün olmasa da, sigorta ettiren bakımından bu görevlere uygun hareket etme yükümlülüğü bulunduğunu zira bunların aslında sigorta sözleşmesine ait yan yükümlülükler olduğunu ve diğer sözleşmesel yükümlülüklerden de temel olarak farklı bulunmadığını savunmaktadır.

Günümüzde, sözleşme öncesi ihbar görevi, rizikoyu ağırlaştırmama görevi ve koruma önlemleri alma görevi esas itibarıyla sigortacının edim yükümlülüğünün sözleşmede üstlendiği riziko ile sınırlanmasına hizmet eden görevlerdir. Buna karşılık, "rizikonun nasıl gerçekleştiği ile ilgili bilgileri vermek görevi" sigorta ettirenin sigorta sözleşmesinin işleyişinde sigortacı ile işbirliği yapmasını sağlamaya yöneliktir. Rizikonun gerçekleştiğini haber verme görevinin öngörülmesindeki temel amaç ise, sigortacının zamanında ve doğru olarak bilgi almaktaki çıkarıdır.

II. Görevlere İlişkin Kanuni Düzenleme

Hukukumuzda görev ihlali halinde uygulanacak genel nitelikte hükümler mevcut değildir. Kanımızca bu büyük bir eksikliktir. Kanunda özel olarak ve bütün ayrıntılarıyla düzenlenen (lex perfecta) görevlere ek olarak, sigortacılık alanında kaydedilen gelişmeler ve yeni ihtiyaçlar karşısında yeni görevlere yer verilmesi kaçınılmazdır. Bunlar hakkında ise hiç değilse "lex imperfecta" bir düzenlemenin yapılmış olması icap eder.

TTK, esas itibarıyla dört adet göreve yer vermiştir. Bunlar sözleşme öncesi ihbar görevi, rizikoyu ağırlaştırmama görevi, koruma önlemleri alma görevi ve rizikonun gerçekleştiğini bildirme görevidir. TTK, sözleşme öncesinde, sözleşme sırasında ve rizikonun gerçekleşmesi aşamasında yerine getirilecek görevler için farklı sonuçlar öngörmüştür.

TTK'nun en önemli eksikliklerinden biri de, "mal sigortası" faslında yer alan görevlere ilişkin düzenlemenin can sigortaları hakkında da uygulanıp uygulanmayacağıdır. Kanun bu hususta çok eksik bir düzenlemeye yer vermektedir. TTK m.1332/son fıkrada (ve kaza sigortaları bakımından TTK m.1336/son fıkrada) rizikonun gerçekleştiğini bildirme görevinin yerine getirilmemesi halinde mal sigortalara ait hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı açıkça belirtilmiş olmasına rağmen, sözleşme öncesi ihbar görevi hakkında böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Görevlerden biri için açık bir düzenlemeye gidildiği halde, en önemli görev hakkında hiçbir hükme yer verilmeyişini unutkanlıkla veya bu alanda bilinçli olarak boşluk bırakma arzusuyla izah etmeye, daha doğrusu buna makul bir açıklama getirmeye imkan yoktur. Ancak, öteden beri, sözleşme öncesi ihbar görevinin can sigortaları hakkında da aynen geçerli olacağı gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir. Böylece kanundaki suskunluk sonuç olarak -kanımızca da isabetli bir şekilde- aşılmış olmaktadır. Gerçi sonuca bakarak benimsenen çözümün isabetli olduğu savunulabilirse de, mal sigortaları bakımından emredici olarak düzenlenen bir göreve can sigortaları faslında (meblağ sigortaları bakımından) hiç değinilmemesinin hukuken çok büyük bir hata olduğu açıktır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin konuyla ilgili 23.10.1995 tarih ve E.95/6766 K.95/7863 sayılı kararında sözleşme öncesi ihbar görevine ilişkin TTK m.1290'ın hayat ve kaza sigortalarında da uygulanacağı şu şekilde ifade edilmiştir:

"... Sigorta sözleşmesi kurulurken sigortalıya yüklenen doğru bilgi verme (ihbar) yükümlülüğü ile ilgili TTK'nun 1290. maddesi hükmü mal sigortalılarına ilişkin olmakla birlikte, yerleşmiş Yargıtay uygulaması ile hayat ve kaza sigortalarında da uygulanmaktadır".

Sözleşme öncesi ihbar görevinin can sigortaları faslında düzenlenen hayat ve kaza sigortalılarına da uygulanacağı tartışmasız olmakla birlikte, rizikoyu ağırlaştırmama görevi hakkında aynı gözlemi yapmak mümkün değildir. Bu hususta doktrinde çelişkili fikirler mevcuttur: Omağ (2) kıyasen uygulamanın (TTK m.1332 saklı kalmak kaydıyla) mümkün olduğunu kabul ederken, Kender (3) bu değerlendirmeye "kanun hükmünde sigortalı maldan bahsedilmiş olduğuna göre bu maddenin sadece mal sigortalılarına uygulanabileceği" gerekçesiyle karşı çıkmaktadır.

Burada, kıyaslama yapmayı teminen ve kanunda gerçekleştirilecek değişiklikler hususunda esin kaynağı olması dileğiyle Alman Hukuku'ndaki durumu kısaca ele almayı yararlı görmekteyiz.

Alman Hukuku'nda, sözleşmede (yani sigorta genel şartlarında) öngörülen görevlerle ilgili genel nitelikte bir kurala yer verilmiştir. Ancak Alman Hukuku'nda kanunda özel olarak düzenlenen görevler bakımından da aşağı yukarı benzer

(2) Omağ, a.g.e. s.23.

(3) Kender, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku 5. Baskı İstanbul 1995, s.182.

ilkeiler kabul edilmiş bulunmaktadır.

Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu (Versicherungsvertragsgesetz) VVG § 6'da yer alan -kanunda düzenlenmemiş görevlerle ilgili- hüküm ana hatlarıyla şöyledir:

- Sözleşmede sigortacının edim yükümlülüğünden kurtulması sonucunu öngören ve riziko gerçekleşmeden önce yerine getirilmesi gereken görevlerle ilgili olarak, kusur şart olup sigortacı kusurlu ihlali öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde sözleşmeyi feshetme hakkını haizdir.
- Sözleşmede sigortacının edim yükümünden kurtulması sonucunu öngören ve rizikonun azaltılmasına veya rizikonun artmasının önüne geçilmesine ilişkin görevlerde, şayet görev ihlali rizikonun gerçekleşmesi veya sigortacının ediminin kapsamı üzerinde herhangi bir etki meydana getirmemişse, sigortacı görev ihlaline dayanarak edim yükümünden kurtulduğunu ileri süremez.
- Sözleşmede sigortacının edim yükümünden kurtulması sonucunu öngören ve riziko gerçekleştikten sonra yerine getirilmesi gereken görevlerde, şayet görev kasten veya ağır kusurla ihlal edilmemişse, sigortacı görev ihlaline dayanarak edim yükümlülüğünden kurtulduğunu iddia edemez. Öte yandan, ağır kusur söz konusu olduğunda, eğer görev ihlali rizikonun hangi koşullarda gerçekleştiğinin saptanması yahut sigortacının edim yükümlülüğünün belirlenmesi veya kapsamı üzerinde herhangi bir etki meydana getirmemişse, ağır kusura dayanmak da mümkün değildir.
- Sigortacının görev ihlali halinde sözleşmeden cayabileceği (yani sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırayabileceği) yolundaki şartlar geçersizdir.

Bu hüküm sayesinde Alman Hukuku'nda şu anda kanunda düzenlenmediği halde genel şartlarda öngörülmüş olan veya ileride öngörülebilecek olan görevler ana hatları itibarıyla düzenlemeye kavuşturulmuş olmaktadır. Diğer bir anlatıyla TTK bakımından meydana gelen boşluk, Alman Hukuku bakımından varit değildir.

Alman Hukuku'nda, sözleşme öncesi ihbar görevi, rizikonun ağırlaştırılmaması görevi, rizikonun gerçekleştiğinin sigortacıya bildirilmesi görevi, gerçekleşen rizikonun tesbitine veya sigortacının edim yükümlülüğünün belirlenmesine ilişkin bilgi verme görevi bütün sigortalar bakımından, koruma önlemleri alma görevi ile sigortalı malın temlik edildiğinin sigortacıya bildirilmesi görevi de bütün zarar sigortaları bakımından kanunda ayrıca düzenlenmiş bulunmaktadır.

III. Görevlerin İhlali Halinde Söz Konusu Olan Sonuçlar

Görev ihlali durumunda başlıca üç sonuç söz konusu olmaktadır:

- Sözleşmeden cayma,

- Sözleşmeyi fesih,
- Sigortacının edim yükümlülüğünden kurtulması.

Cayma, sadece kanunda düzenlenen sözleşme öncesi ihbar görevinin ihlali halinde söz konusu olmaktadır. Bu açıdan TTK ile VVG arasında fark yoktur.

Fesih ise Alman Hukuku'nda hem kanunda düzenlenen hem de sözleşmede öngörülen görevler için mümkündür. Türk Hukuku'nda, rizikoyu ağırlaştırmama görevinin ihlali hususunda kanun fesih imkanına yer vermiştir. Sigortacı, riziko ağırlaşmasını öğrendiği tarihten itibaren sekiz gün içinde sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir. Fesih üzerine sözleşme ilişkisi feshin hüküm doğurduğu andan sonrası için son bulur. O ana kadar sözleşmeden doğmuş olan karşılıklı haklar ve borçlar ise bakidir. Başka bir anlatıyla fesih hakkı veren bir halin ortaya çıkmasından sonra, fakat henüz bu hak kullanılmadan önce riziko gerçekleşirse, sigortacı bu rizikoyu karşılamakla yükümlüdür (4).

Sigortacının edim yükümlülüğünden kurtulması ise ikili bir görünüm arzeder:

- Bazan sigortacı belirli bir riziko dolayısıyla üzerine düşün bütün yükümlülüklerden sıyrılır,
- Bazan da belirli bir dönemde gerçekleşen rizikoların tamamı için sorumluluktan kurtulur.

Mesela, Alman Yangın Sigortası Genel Şartları'nın 14. maddesinin 2. bendi uyarınca, sigortacıdan talepte bulunurken hileye başvuran kimse sadece o taleple ilgili olarak hak yoksunluğuna maruz kalmaktadır. Buna karşılık, VVG § 23'te düzenlenen rizikoyu ağırlaştırmama görevine aykırı hareket eden sigorta ettiren, riziko ağırlaşmasından sonra meydana gelen rizikoların hiçbirisi sebebiyle sorumlu tutulmamaktadır (VVG § 25 I).

IV. Görevlerin Tabi Olduğu İlkeler

Görevler hususunda geçerli olan ilkeler şunlardır: "ya hep ya hiç ilkesinin zorunlu olmayışı", "emredicilik", "kusur", "iliyet bağı", "süreye bağlılık ve açıklama".

1- "Ya hep ya hiç ilkesi"nin zorunlu olmayışı

Görevlerin ihlali hususunda "ya hep ya hiç ilkesi" ("Alles-oder Nichts Prinzip", principe du tout ou rien) geçerli olmak zorunda değildir. Görev ihlali halinde sigorta ettirenin "hiç tazminat alamaması" veya "haklarını bütünüyle kaybetmesi" gerekmez. Bu doğrultuda VVG § 62 II,2, sigorta ettirenin koruma önlemi alma yükümlülüğünü kasten ihlal etmesi halinde sigortacının edim yükümünden kurtulacağını öngörürken, ağır kusur halinde bazı şartlarla sorumluluğunun devam edeceğini hükme bağlamıştır.

Aynı şekilde Türk Hukuku'nda TTK, rizikonun meydana gelmesi üzerine

(4) Omağ, a.g.e., s.144.

gerçekleştirilmesi icap eden görevlere ilişkin olarak kast ve kusur ayırımı yapmakta ve gerek rizikonun gerçekleştiğini sigortacıya bildirme görevinde gerekse koruma önlemleri alma görevinde kast varsa sigorta haklarının kaybedileceğini öngörmesine karşılık, kusur halinde sadece indirimin söz konusu olabileceğini hükme bağlamaktadır.

Ülkemizdeki genel şartların çoğunda da, "ya hep ya hiç" yerine, "bazı hallerde hiç bazı hallerde ise indirimli" ilkesi doğrultusunda kaleme alınmış olan hükümler mevcut bulunmaktadır.

II- "emredicilik"

Alman Hukuku'nda, VVG § 6'da yer alan sözleşmede öngörülecek görevlerle ilgili hüküm sigorta ettiren aleyhine değiştirilemeyen yarı emredici bir hükümdür. Kanunda yer alan görevler bakımından da durum prensip itibarıyla aynıdır (VVG §§ 34a, 68a).

TTK'nda öngörülen görevlerin herbiri de yarı emredici olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

Görevler alanında cari bulunan emredicilik ilkesi oldukça önemlidir. Türk Hukuku'nda görevler kanunda oldukça yetersiz biçimde düzenlendiği için, sigorta genel şartlarında modern sigortacılığın gerekleri doğrultusunda çok daha ayrıntılı kurallara rastlanmaktadır. Ancak, genel şartlar yürürlüğe konurken emredicilik açısından titiz bir değerlendirme yapıldığını kabul etmek zordur. Yeni genel şartların birçoğunda, sözleşme öncesi ihbar görevi ile rizikoyu ağırlaştırmama görevi için çeşitli durumları ayrı ayrı ele alan düzenlemelere yer verilmektedir. Bunlar sözleşme öncesi ihbar görevi açısından yerinde görülebilirlerse de, rizikoyu ağırlaştırmama görevi hakkında aynı şey söylenemez.

Özellikle, sigortacının (eğer rizikonun ağırlaşmış hali sözleşme yapıldığı sırada mevcut olsa idi) sözleşmeyi hiç yapmamasını veya daha ağır şartlarla yapmasını gerektirecek hallerde riziko sigortacı durumu öğrenmeden önce, sigortacının feshi ihbarda bulunabileceği süre içinde veya fesih ihbarının hüküm ifade etmesi için geçecek süre içinde gerçekleşirse, sigortacının tazminatta indirim yapabileceği yolundaki hüküm kanımızca geçerli olamaz. Çünkü kanuna göre sigortacı rizikoyu ağırlaştırmama görevinin ihlali söz konusu olduğunda sadece fesih (veya daha yüksek bir prim mukabilinde sözleşmeye devam etmek) şıkkını seçebilir. Başka bir hakkı yoktur. Öte yandan, kanuni düzen uyarınca, fesih hakkı kullanılmadığı süreçte sözleşme aynen devam eder. Fesih hakkının kullanılması için gerekli olan şartların gerçekleşmiş olması başka şey, bu hakkın kullanılmasında üzerine durumun artık değişmiş (sözleşme ilişkisinin ileriye dönük olmak üzere çözülmüş) olması başka şeydir. Fesih yenilik doğuran bir haktır. Her hak gibi bu hak da kural olarak -yani kanun veya sözleşme aksini açıkça öngörmedikçe- ancak kullanılırsa bir sonuç doğurur. Başka bir anlatıyla ancak bu hakkın kullanılması mevcut hukuki durumda değişiklik meydana getirir. Ele

almakta olduğumuz genel şart hükmü ise, fesih hakkının kullanılması için gerekli olan şartların gerçekleşmesine rağmen sigortacının mezkur hakkını (böyle bir hakka sahip olduğunu bilmediği için veya bilmekle beraber henüz harekete geçmediği için) kullanmamış olması durumunda, muhtemelen sigortacının fesih trenini kaçırmamasını telafi etmek amacıyla, onu feshin yarısı niteliğindeki bir indirim yetkisiyle donatmaktadır. Bu, kanunun emredici düzenlemesiyle gelişmektedir, çünkü sigorta ettirenin durumunun kanundakine oranla daha elverişsiz bir hale getirilmesi emredici düzenlemeye uygun bulunmamaktadır.

Buna karşılık, genel şartlarda, sözleşme öncesi ihbar görevine ilişkin olarak cayma imkanının sadece görevin kasden ihlal edildiği hallere inhisar ettirilmesi, kasdın bulunmadığı hallerde ise cayma yerine sigortacının sözleşmeyi feshetme veya daha fazla prim talep etme hakkının öngörülmesi kanunun yarı emredici düzenlemesine aykırı değildir (çünkü kanun sözleşme öncesi ihbar görevinin ihlalinde kusurun şart olduğunu öngörmemiş ve görev ihlalinin kusursuz olması halinde dahi sigortacının caymasına izin vermiştir, genel şart düzeninde ise sigorta ettirenin lehine olarak cayma ancak kast varsa mümkün olabilecektir). Hatta, genel şartlarda sigortacıya, durumu öğrenmeden önce veya öğrendikten sonra cayma hakkını kullanabileceği süre içinde fakat henüz bu hakkı kullanmadan evvel riziko gerçekleştiği takdirde tazminattan indirim yapmak hakkının verilmesi de emredici düzenleme ile uyumludur. Çünkü genel şartlardaki bu düzenleme sigortacıya mutlak şekilde -hatta riziko gerçekleştiğinden sonra dahi- cayma hakkını tanıyan kanuni düzenlemeye oranla sigorta ettirenin daha lehinedir. Sigortacı -kanundaki kural doğrultusunda- caysa idi, sözleşme ilişkisi geçmişe (sözleşmenin ilk kurulduğu ana kadar geriye) etkili olmak üzere son bulacak ve sigortacının sözleşmeden kaynaklanan ödeme yükümlülüğü de bu sözleşme ile beraber ortadan kalkmış olacak idi. Oysa burada bu aleyhe sonuç (yani hiçbir şey elde edilememesi) yerine sigorta ettirene kısmi bir tahsilat imkanı verilmiş olmaktadır. Bu sonuç sigorta ettiren lehine olduğu için, genel şart hükmü geçerli sayılmak gerekir.

Emredicilik niteliği ile bağlantılı olarak karşımıza çıkan bir diğer sorun da görevlerin sigortacı aleyhine olan bazı niteliklerinden kurtulmak için, bunlar yerine sigorta sözleşmelerinde doğrudan doğruya "istisna" (ikinci riziko sınırlaması) hükümlerine yer verilmesidir. Mesela, sigorta ettiren veya eylemleri sigorta ettireni bağlayan kişilerce yerne getirilmesi icap eden rizikoyu önleyici bir davranış sigorta sözleşmesinde görev olarak düzenlenmek yerine sigorta korumasının mutlak şekilde devre dışı kalmasına yol açan bir istisna şeklinde düzenlenirse vaziyet böyledir. Bu gibi bir halde, "saklanmış veya kamufle edilmiş görev"den (verhüllte Obliegenheit) bahsedilmektedir. Böyle bir halin mevcut olup olmadığı, sözleşmedeki hükmün lafzına değil ruhuna bakılarak belirlenecektir. Ayırım yapılırken, istisna hükmünün sigorta korumasının işlerliğini objektif bir olgunun varlığı veya yokluğuna bağlamış olması gerektiğini, buna karşılık görevlerde sigorta ettirenin (veya eylemleri sigorta ettirene mal edilen

kişilerin) bir davranışının veya kaçınmasının söz konusu olduğunu gözönünde bulundurmak lazımdır (5).

İstisna hükmü ile görev hükmü arasında açık bir sınır çizmek kolay değildir. Bu husustaki Alman Federal mahkemesi kararlarına değinmek konunun aydınlanması bakımından yararlı olacaktır.

Alman Federal Mahkemesi, hırsızlık sigortası ile ilgili 26.4.1972 tarihli kararında (VersR 72, 575), genel şartlardaki "nakit paranın ve kıymetli evrakin kilit altında muhafaza edilmesi gerektiği" yolundaki hükmü saklanmış bir görev niteliğinde görmemiş ve sigortanın yer itibariyle kapsamına ilişkin bir istisna hükmü (ikinci türden riziko sınırlaması) olarak değerlendirmiştir. Buna karşılık, Federal Mahkemenin 20.6.1973 (VersR, 73, 1010) ve 31.1.1975 (versR 75, 269) tarihli kararlarında, taşınır sigortası genel şartlarındaki benzeri bir klozun "saklanmış görev" içerdiğine hükmetmiştir. Söz konusu kloz, değerli takıların, kullanım dışında ancak kilit altında muhafaza edildikleri takdirde sigorta koruması altında olacağını öngörmekteydi. Federal Mahkeme, bu kloz çerçevesinde sigorta ettirenin, tıpkı sigortalı olmayan tedbirli bir kimsenin yapacağı gibi, değerli takılarını kilit altında bulundurmak görevini üstlendiğine karar vermiş ve sigortacının bu genel şart hükmüne dayanmasının VVG § 6 uyarınca ancak takıların kilit altında bulundurulmamasının bir ihmal teşkil etmesi ve bu ihmal varit olsa da, bunun takıların çalınmasını önleyip önlemeyeceğine bağlı olduğu sonucuna varmıştır. Başka bir anlatıyla Federal Mahkeme, sigorta korumasının söz konusu olmadığını ileri süren sigortacının bu savunmasının ancak görevlere ilişkin kanuni düzenleme çerçevesinde değerlendirilebileceğini ve özellikle kusur ve illiyet bağı şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılacağını belirlemiştir.

Federal Mahkeme'nin 24.10.1979 tarihli kararında da (VersR 80, 153) sorumluluk sigortası genel şartları arasında yer alan "yanıcı ve patlayıcı maddelerle ilgili olarak kurallara aykırı şekilde yürütülen faaliyetlerden kaynaklanacak sorumluluğun sigorta kuvertürüne dahil olmayacağı" kuralı hakkında yapılan inceleme sonunda, bu kuralın da bir görev hükmü olduğuna karar verilmiştir. Federal Mahkeme'ye göre, sigorta genel şartlarında yer alan bir hüküm sigortacının edim yükümlülüğünden kurtulmasını esas itibariyle veya öncelikle sigorta ettirenin belirli bir davranışına bağlıyorsa, bu hükmü daima VVG § 6'ya tabi bir görev hükmü olarak nitelendirmek gerekir.

III- "kusur"

Görevlerin ihlali kusurun gerekli görülmesi yan yükümlülük anlayışına uygun düşmektedir. Çünkü, kara Avrupası hukuk sisteminin geleneksel anlayışı

(5) Hoffmann, Privatversicherungsrecht, 3.Aufl. 1991, s.119; Weyers ise - Vewrsicherungsvertragsrecht, 2.Aufl. 1995, s.136-137'de "Bir genel şart hükmünün istisna hükmü niteliğinde mi yoksa görev hükmü niteliğinde mi olduğu belirlenirken, sigorta ettirenin o hükümde öngörülen özenli davranışı yerine getirirse dahi, sigorta korumasından yararlanamayacağını hesaba katmak zorunda olup olmadığına bakılmasının daha doğru olacağı" görüşündedir.

doğrultusunda bir sözleşme yükümlülüğü ancak kusurlu olarak ihlal edilirse yaptırıma tabi tutulur. Günümüzde, görevlerin ihlali dolayısıyla sigorta ettiren aleyhine bir sonucun meydana gelmesi, kural olarak görevin kusurlu şekilde ihlal edilmiş olması şartına bağlanmaktadır. Fakat, kusuru rizikonun sınırlandırılması bakımından gerekli addetmek pek mümkün değildir. Mesela, sözleşmede sigorta korumasının sigorta ettiren tarafından tedbirli davranılmaması halinde kaybedileceği öngörülmüşse, aslında rizikoyu sınırlayan bir düzenleme söz konusudur ve rizikonun sınırlanması alanında kusur şartına yer vermek pek de anlamlı görünmemektedir. Sigorta ettiren tarafından tedbir alınması ihmal edilerek meydana getirilen tehlikeli durumların dahi sigorta koruması altında olup olmayacağı sorununun kusur kavramıyla fazla bir bağlantısı mevcut değildir.

Kastın arandığı hallerde, görevin bilerek ve isteyerek ihlal edilmiş olması yeterli değildir. Bu ihlalin görevi çiğneme bilinciyle ve isteyerek gerçekleştirilmiş bulunması lazımdır. Bu sebeple, mesela sigortacının durumu haber almış olduğu zannıyla rizikonun gerçekleştiğini sigortacıya bildirmenin gerekli olmadığını düşünen ve bu yüzden de bilerek ve isteyerek sigortacıya haber vermekten kaçınan bir sigorta ettirenin kasıtlı bir görev ihlalinde bulunduğunu kabul etmek mümkün olmaz, zira burada görevi ihlal bilinciyle ve bu ihlal arzu edilerek gerçekleştirilen bir davranıştan bahsetmek mümkün değildir.

Türk Hukuku'nda kanun sadece rizikonun gerçekleşmesi üzerine yerine getirilecek görevlerde (rizikonun gerçekleştiğini bildirme ve koruma önlemleri alma görevlerinde) kusur şartını açıkça zikretmiştir. Buna karşılık sözleşme öncesi ihbar görevinde ve rizikoyu ağırlaştırmama görevinde kusur şartına yer vermemiştir. Oysa, TTK'nun deniz sigortalarıyla ilgili faslında, sözleşme öncesi ihbar görevi bakımından kanun kusur şartına yer vermiştir. TTK m.1365 f.k.2 ile 1366 f.k.2 uyarınca "hiç bildirmeme veya noksan bildirme yahut yanlış bildirme hallerinin kusura dayanmaması halinde cayma (kanunun görev ihlaline ilişkin olarak öngördüğü yaptırım) caiz değildir.

Alman Kanunu'nda ise vaziyet TTK'nun kara sigortalarına ilişkin düzenlemesinden oldukça farklıdır: Sözleşme öncesi ihbar görevinin ihlali halinde -tıpkı TTK gibi- sigortacının sözleşmeden cayabileceğini öngören VVG § 16, ihlalin kusurdan kaynaklanmadığı hallerde sigortacının cayma hakkını haiz olmayacağını öngörmüştür. Öte yandan kusur şartına rizikonun ağırlaştırılmaması görevine ilişkin VVG düzenlenmesinde de yer verilmiştir. VVG §§ 24 ve 25 uyarınca sübjektif riziko ağırlaşmasına yol açılmış olması halinde, sigortacı riziko gerçekleşmeden önce sözleşmeyi derhal feshetme hakkına sahip olmakla beraber, şayet görev ihlali kusurlu değilse fesih hakkı ancak bir aylık süre verilerek mümkün olabilmektedir. Rizikonun gerçekleşmesi, görev ihlalinin (riziko ağırlaşmasından) sonra vuku bulmuşsa, sigortacı kural olarak edim yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Ancak eğer ihlal kusura dayanmıyorsa, sigortacının sorumluluğu son bulmaz (sadece, eğer sigorta ettiren

VVG § 23 II'de öngörülen rizikonun ağırlaştığını "ihbar" görevine aykırı davranmışsa ancak o zaman -ve bazı ek şartlar altında- sigortacı edim yükümlülüğünden kurtulmaktadır).

VVG'nin rizikonun gerçekleştiğini sigortacıya bildirme görevi ile koruma önlemleri alma görevi hakkındaki düzenlemesinde ise ağır kusur ve kast hali ile hafif kusur arasında ayırım gözeten bir düzenlemeye yer verilmiştir (VVG §§ 33 ve 6; VVG § 62). Buna göre, sigortacının görev ihlaline dayanarak edim yükümünden kurtulması, bu ihlalin kasten yahut ağır kusurla vuku bulmuş olmasına bağlıdır.

iv- "İllyet bağı"

Görevlerin ihlalinde kasur şartından başka "illyet bağı" da aranmakta ve bir görev ihlalinin ancak bundan bir sonuç doğmuş olduğu takdirde nazara alınması gerektiği kabul edilmektedir. Bu düşünce doğrultusunda, rizikonun gerçekleştiği hallerde, şayet görev ihlali ile rizikonun gerçekleşmesi arasında sebep-sonuç ilişkisi (illyet bağı) yoksa, sigortacının görev ihlaline dayanmasına cevaz verilmemektedir.

Borçlar Hukuku anlamında "illyet bağı", sorumlu kişinin davranışı ile belirli bir zarar arasındaki ilişkiyi anlatır. Oysa, rizikonun meydana gelişinden ve buna bağlı olarak zararın ortaya çıkışından sonra yerine getirilmesi gereken görevler bakımından bu anlamda bir ilişki söz konusu değildir. Yan yükümlülük niteliğindeki görevlerde, sigorta ettirenin görev ihlali sigortacının başka tür elverişsizliklere maruz kalmasına yol açar. Mesela sigortacı rizikonun hangi koşullarda gerçekleştiği hakkında kendisine doğru bilgi verilmediği için gerçek durumu saptamak üzere ilave masraflar yapmak zorunda kalmışsa durum budur.

TTK'nun kara sigortalarıyla ilgili düzenlemesinde -deniz sigortalarıyla ilgili düzenlemeden farklı olarak- illyet bağının mevcudiyeti aranmamıştır. Oysa deniz sigortalarında sözleşme öncesi ihbar göreviyle ilgili TTK 1368 fk.2'de "sigortacı üzerine aldığı kaza gerçekleştikten sonra cayarsa, kendisine bildirilmemiş olan halin kazanın meydana gelmesi ve sigortacının ödeme borcunun kapsamı üzerine bir etkisi olmadığı takdirde ödeme yükümlülüğünün devam edeceği" hükme bağlanarak "illyet bağı" şartına yer verilmiştir.

Bununla birlikte, sigortacının sorumluluktan kurtulmasına engel olucu bir rol oynadığı için, sigorta genel şartlarında öngörülen "illyet klostları" tamamen geçerlidir. Özellikle, sözleşme öncesi ihbar görevinde sigortacının kasıtlı görev ihlali durumunda riziko gerçekleştikten sonra dahi sözleşmeden cayabileceğine ilişkin kloz, zıt anlamı açısından sigorta ettirenin çok lehinedir (zira bu klozdan görev ihlalinin kasta dayanmaması halinde caymanın mümkün olmayacağı anlamı açıkça çıkmaktadır). Kaldı ki, çoğu genel şartta, görev ihlalinin kasten vuku bulmamış olduğu hallerde cayma yerine indirim sonucu açıkça öngörülmekte ve böylece zıt anlama başvurmaya gerek kalmamaktadır.

Alman Hukuku'nda da illiyet bağı gerek kanunda düzenlenmeyen görevlerle ilgili olarak (yukarıda VVG § 6 hakkındaki açıklamalarımıza bkz.) gerekse kanunda düzenlenen görevler bakımından aranmaktadır (sözleşme öncesi ihbar görevi bakımından VVG § 21; rizikoyu ağırlaştırmama görevi bakımından VVG § 28, II; koruma önlemleri alma görevi bakımından VVG § 62, II -ağır kusur halinde şayet görev gerektiği gibi yerine getirilseydi dahi zararın aynı ölçüde olacağı anlaşılırsa, sigortacı koruma önlemleri alma görevinin ihlaline dayanarak edim yükümlülüğünden kurtulamamaktadır-; rizikonun gerçekleştiğini ihbar görevi bakımından VVG § 6 -rizikonun gerçekleştiğini ihbar görevi VVG'de bütün yönleriyle düzenlenmiş olmadığı için, VVG § 6, III uygulama alanı bulacaktır; buna göre, rizikonun gerçekleştiğini sigortacıya bildirme görevinin kast veya ağır kusurla ihlal edilmiş olması halinde sigortacının edim yükümlülüğünden kurtulacağını öngören anlaşmalar -yani genel şart hükümleri- kural olarak geçerlidir; fakat ağır kusur halinde, şayet görevin ağır kusurlu ihlali rizikonun hangi şartlar içinde gerçekleşmiş olduğunun saptanması veya sigortacının edim yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi bakımından herhangi bir rol oynamamışsa, sigortacının sorumluluğu devam eder).

v- "süreyle bağlılık ve açıklama"

Görevlerin bazılarında, sigortacıya tanınan sözleşmeden cayma veya sözleşmeyi feshetme imkanları hak düşürücü nitelikteki sürelerle bağlanmaktadır. Bu sonuçlar (cayma üzerine sözleşmenin geçmişe etkili şekilde sona ermesi, fesih üzerine ise ileriye etkili olarak sona ermesi) kendiliğinden meydana gelmezler. Bunların söz konusu olabilmesi için sigortacının sigorta ettirene tevcih edilmiş bir beyanına ihtiyaç vardır. Bu beyan öngörülen süre içinde yapılmış olmadığı takdirde, hak düşmüş olur ve sigortacı sözleşme ilişkisinin son bulduğunu artık öne süremez.

TTK'nda sözleşme öncesi ihbar görevi için 1 aylık bir hak düşürücü süre öngörülmüştür. Bu süre sigortacının görev ihlalini öğrendiği tarihten itibaren işler. Hiç şüphesiz, kanuni düzenleme çerçevesinde sigortacı riziko gerçekleştikten, hatta tazminatı ödedikten sonra da sözleşmeden cayabilir. Zaten sigortacının görev ihlalini öğrenmesi hallerin çok büyük bir çoğunluğunda riziko gerçekleştikten sonra yapılan eksper incelemesi sayesinde mümkün olmaktadır.

Sigortacının görev ihlalini riziko gerçekleştikten, hatta sigorta ettirene ödeme yapıldıktan sonra öğrenmiş olmasının -1 ay içinde kullanılmak kaydıyla- cayma hakkı üzerinde etkili olmayacağı TTK'nun deniz sigortalarıyla ilgili düzenlemesinde de açıkça kabul edilmiştir. TTK m.1268 f.k.2 c.2'de bu husus ile ilgili olarak yanan şöyle denmektedir: "... sigortacı caysa da ... alınmış tazminat geri verilir ve alındığı günden itibaren faizi de ödenir" (bu kurala ilişkin olarak mehaz kanun çerçevesindeki açıklamalar için bakınız (6)).

(6) Sieveking, Das Deutsche Seeversicherungsrecht, § 811 Anm.4b

Ancak, yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, sigorta genel şartlarında yer alan sigortacının riziko gerçekleştikten sonra cayamayacağına ilişkin hükümler sigorta ettiren lehine olduklarından geçerlidirler. Dolayısıyla, kanuni düzen uyarınca riziko gerçekleştikten sonra dahi cayma imkanı ancak genel şartlar bunu engelleyici bir hüküm içermediği takdirde mümkün olabilecektir.

V. Görevlerin Ne Zaman Yerine Getirileceği

Alman Hukuku'ndan mülhem olarak, görevleri başlıca sözleşme öncesinde yerine getirilmesi gereken görevler, riziko sonrasında yerine getirilmesi gereken görevler ve bu iki an arasında yerine getirilmesi gereken görevler olarak üç ayrı devre halinde incelemek mümkündür.

Bu ayırım yapıldıktan sonra, burada sadece özellik arzeden iki hali kısaca zikredeceğiz:

- Sözleşme öncesi ihbar görevinin bir uzantısı olarak, icaptan sonraki safhada, sözleşme henüz kurulmadan önce meydana gelen veya bu andan önce öğrenilen riziko ağırlaşmalarının da sigorta ettiren tarafından sigortacıya bildirilmesi gerekir. VVG § 29a bu görevi açıkça öngörmüş bulunmaktadır. Ancak, bu görevin ihlali, sözleşme öncesi ihbar görevinin değil, rizikoyu ağırlaştırmama görevinin sonucuna tabi kılınmıştır.

Türk Hukuku'nda ise kanunda herhangi bir düzenleme olmadığı için durum belirsizdir. Emredici hükümlere aykırı olmayan genel şart hükümleri doğrultusunda hareket edilecektir. En iyisi, meselenin Alman Hukuku'nda olduğu gibi emredici nitelikte açık bir kanuni düzenlemeye kavuşturulmasıdır. Aksi takdirde, hangi göreve ilişkin sonucun söz konusu olacağı sorunu netleşmeyecektir.

Bir diğer önemli husus, zarar sigortalarında söz konusu olan koruma önlemleri alma görevinin hangi andan itibaren yerine getirileceğidir. Bu görev kural olarak riziko gerçekleşmeye başladığı veya bu yolda ciddi bir somut tehdit ortaya çıktığı andan itibaren yerine getirilmelidir. Bu andan öncesinde ise rizikonun kusurlu olarak veya kasten gerçekleştirilmesi problemi söz konusu olur.

TTK m.1293 görevin ne zaman yerine getirileceği hususunda açıklık içermemektedir. Buna karşılık, deniz sigortalarına ilişkin fasılda, rizikonun gerçekleştiğini ihbar görevi ile koruma önlemleri alma görevi "Rizikonun Gerçekleşmesi Halinde Mükellefiyetler" başlığı altında düzenlenmiş olup, koruma önlemleri alma görevine dair 1378 "bir kaza vukuunda" ifadesiyle başlamaktadır. Bütün bunlar, görevin en erken rizikonun gerçekleşme aşamasında yerine getirilmesi gerektiğini tereddütsüz biçimde ortaya koymaktadır. Kanunun deniz sigortalarına ilişkin düzenlemesi modern anlayışa uygun isabetli bir düzenlemedir. Kanunun suskunilüğüne rağmen, kara sigortaları alanında da aynı esasın geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Yargıtay ise biraz sonra göreceğimiz gibi, farklı yönde içtihatla bulunmuştur.

VI. Görevlerin Kim Tarafından Yerine Getirilmesi Gerektiği

Görevler esas itibarıyla, sigorta ettiren tarafından yerine getirilir.

Ancak, borç niteliğinde olmadıklarından bunların sözleşme ile başka kimselere yüklenmesi de mümkündür. Bu itibarla, görevlerin sigorta ettirenden başka, sigortalı olarak adlandırdığımız menfaati sigorta himayesi altına alınmış kişiye yüklenmesi hukuken geçerli sayılmak lazımdır.

Alman Hukuku'nda, başkası hesabına sigortaya ilişkin kanuni düzenleme, sigortalının görevlerle yükümlü olmasını açık bir hüküm ile öngörmüştür. VVG § 78 uyarınca kanunda sigorta ettirenin bilgi ve davranışına hukuken sonuç bağlandığı hallerde, başkası hesabına sigorta yaptırıldığında sigortalının bilgi ve davranışı dahi hesaba katılacaktır. Bununla birlikte, sigortalının bilgisi, sigorta sözleşmesi onun malumatı dışında akdedildiği takdirde nazara alınmaz. Benzeri bir hükmün mutlaka bizim kanunda da -başkası hesabına sigortaya ilişkin ayrıntılı bir düzenleme içinde- yer almasının sağlanması şarttır.

Kendi hesabına sigorta çerçevesinde ortaya çıkan önemli bir sorun da şudur: Sigorta ettirene kanun veya sözleşme ile yüklenen görevlerin yerine getirilmesinde, acaba başka bazı kimselerin bilgi ve davranışı tıpkı sigorta ettirenin bilgi veya davranışı imişler gibi nazara alınacak mıdır? Eğer alınacaksa bunun şartları nelerdir?

Borçlar Hukuku alanında söz konusu olan ifa yardımcısı kavramı yerine, sigorta hukuku alanında "temsilci" (Repräsentant), "bilgi temsilcisi" (Wissensvertreter) ve "bildirim temsilcisi" (Wissenserklärungsvertreter) kavramlarına başvurulmaktadır.

Bir davranış söz konusu olduğunda, "temsilci"den, bir bilginin sigorta ettirene mal edilmesi söz konusu olduğunda "bilgi temsilcisi"nden ve bir bilginin sigortacıya aktarılması (beyan edilmesi) söz konusu olduğunda da "bildirim temsilcisi"nden bahsedilir.

Alman İmparatorluk Mahkemesi'nce benimsenen geleneksel tanıma göre "temsilci" sigorta ettirenin iradesi doğrultusunda, sigorta konusu riziko ile ilgili olarak bir temsil ilişkisi veya benzeri bir ilişki çerçevesinde sigorta ettiren yerine geçmiş olan ve sigorta ettiren yerine hareket eden kimsedir. Eşya sigortalarında, temsilci olarak adlandırılan kimse sigorta konusu eşyanın bakım ve muhafazasını üstlenmekte, kendisine bu konuda karar alma yetkisi verilmektedir (7). Sigorta ettiren, sigorta konusu eşyaya özen gösterme ve bu eşyayı bakım ve muhafazası altında bulundurma külfetini başkasına devrederek görevlerinden sıyrılmaz. Bir garaj şefi, kendisine bırakılan araçlardaki bozuklukları haber vermeye ek olarak ayrıca lüzumlu tamirleri yapmakla da görevlendirilmişse, sadece bilgi temsilcisi konumunda olmaz, aynı zamanda temsilci konumuna da sahip olur.

(7) Weyers, s.140.

Temsilci kavramına, sadece görevlerle ilgili olarak değil, fakat aynı zamanda rizikonun kusurla gerçekleştirilmesi alanında da başvurulmaktadır.

Bilgi temsilcisi, sigorta ettiren tarafından hukuki işlem yapmak hususunda yetkilendirilmemiş olmakla beraber, bildiği bazı hususlar bizzat sigorta ettirenin bilgisi hükmünde kabul edilen kimsedir.

Buna karşılık bildirim temsilcisi, sigorta ettirenden aldığı işlem yapma yetkisine dayanarak, görevin ifasında sigorta ettiren yerine kaim olan kimsedir. Şayet bu kimse, görevin yerine getirilmesi zımında sigortacıya karşı beyanda bulunurken gerçeği gizlerse, sigorta ettiren bu davranışın sonuçlarına beyan tıpkı kendisinden sadır olmuş gibi katlanmak zorundadır. Buna karşılık, bir kimse sadece sigorta ettirenin bildirimi -içeriğini etkilemeksizin- ulaştırmakta ise (başka bir anlatışla, elçi veya ulak ise) sigorta ettiren sadece bu kimseyi seçimindeki kusurundan sorumlu olur (8).

Bilgi temsilcisi ile bildirim temsilcisi arasındaki temel fark, birincinin yetkilendirilmemiş, ikincinin ise yetkilendirilmiş olmasıdır.

Beyan görevi, sigorta ettirenin beyana tabi olgular hakkında bizzat bilgi sahibi olduğu varsayımı üzerine oturtulmuştur. Oysa sigorta ettirenin her zaman bilgi sahibi olması söz konusu olmamaktadır. Mesela, aynı anda birkaç inşaatı birden yürütmekte olan bir müteahhit, tarafı bulunduğu sigorta sözleşmeleri açısından önem arzeden bazı hususları ya hiç öğrenmez ya da gecikme ile öğrenir. İşletme içinde o müteahhit tarafından sigorta sözleşmesi ile ilgili önem taşıyan konuları öğrenme işi bir üçüncü kişiye bırakılmış ise, bu üçüncü kişi -kendisine hukuki işlem yapma yetkisi verilmediği için- sigorta ettirenin bildirim temsilcisi konumuna gelmemiş olsa dahi, onun bilgi temsilcisidir.

Böylece sigorta ettiren, işletme içinde fonksiyonu icabı beyana tabi husustan haberdar olmuş bulunan kimsenin bu hususu kendisine veya beyan temsilcisine bildirmediğini ileri sürmek imkanından yoksun hale getirilmektedir. Hoffmann (s.134) şu misali vermektedir: "taşıma işiyle iştigal etmekte olan bir sigorta ettiren, firmasına ait kamyonlarda ortaya çıkan bozuklukların garaj şefine bildirilmesini öngörmüşse, garaj şefi riziko ağırlaşmasını haber verme görevi bakımından sigorta ettirenin bilgi temsilcisi konumundadır".

VII. İspat Yükü

İspat hususunda özel kurallar yoktur. Weyers'e (s.132-133) göre Alman Hukuku'nda durum şu şekildedir: "Sigortacıdan edimini yerine getirmesini dava yoluyla talep eden sigorta ettiren, sadece rizikonun gerçekleştiğini ispatla yükümlüdür. Bunun üzerine sigortacı bir görev ihlalinin söz konusu olduğunu (mesela başlayan yangının bir kova su ile hemen söndürülebileceğini) akabinde de sigorta ettiren ihlalin kasten veya ağır kusurla gerçekleşmediğini ortaya koymalıdır.

(8) Hoffmann, s.133.

VIII. Bazı Yargıtay İçtihatlarının Kısaca Değerlendirilmesi

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin görevlerle ilgili kararları arasında özellikle değerlendirmek istediğimiz saptamalar kısaca şöyledir:

- 11. HD'nin 23.10.1995 gün ve 1995/6766-7863 sayılı kararında (9) sözleşme öncesi ihbar görevi ile ilgili bir ihtilaf değerlendirilmiş ve -kanuni düzenleme çerçevesinde- **"rizikonun gerçekleşmesinden sonra cayma esasen mümkün olmaz"** denmiştir. Bu saptamaya katılmak imkanını göremiyoruz. Sigortacı kanun çerçevesinde riziko gerçekleşikten, hatta ödeme yaptıktan sonra dahi cayabilir (ancak cayma hakkını gerçek durumu öğrendikten sonra 1 ay içinde kullanmış olmalıdır).

- Aynı kararda ayrıca şöyle denmektedir: **"sigortalının müptelası olduğunu bildirmediği yüksek tansiyon rahatsızlığı ile ölüm sebebinin birbiri ile irtibatlı olup olmadığı bu sahada uzman bir bilirkişiden rapor alınarak araştırılmalı, şayet irtibat mevcut olduğu takdirde, teklifname ve polişe düzenleme tarihinin yakınlığı birlikte değerlendirilerek sigortacının sigorta genel şartlarına göre ödeme yükümlülüğü altında olup olmadığı (belirlenmelidir)".** Burada Yargıtay yanlış veya eksik beyan edilen hususla rizikonun gerçekleşmesi arasında illiyet bağıını aramaktadır. Türk Hukuku'nda kanun bu gibi bir şarta yer vermemektedir. Dolayısıyla illiyet bağının aranması kanuni bir zorunluluk değildir. Genel Şartlarda da bu gibi bir zorunluluk öngörülmemişse, illiyet bağının aranması, bu alanda bir boşluk olduğu kabul edilerek bu boşluğun deniz sigortalarına ait kuralın kıyasen uygulanması suretiyle doldurulması anlamına gelir.

11. HD'nin 28.4.1977 tarih ve E.1515/K.2212 sayılı kararında (10) "koruma önlemleri alma görevinin riziko gerçekleşmeden önce yerine getirilmesi gereken bir görev olduğu" anlamına gelen bir değerlendirme yer almaktadır. Bahse konu karara konu teşkil eden olay şöyledir: Yangına karşı sigortalı olan elbiseler, kuru temizleme fabrikası önünde umuma açık yerde asılı iken yanmıştır. 11. HD. bu olayla ilgili değerlendirmesinde **"... rizikonun burada gerçekleşmesi zararın sigorta kapsamı dışında tutulmasını gerektirmez. Bu hal olsa olsa sigorta ettirenin muhafaza tedbirleri almakla kusurlu olduğunu gösterir. Çünkü TTK m.1293 hükmüne göre sigorta ettiren zararın doğmasını önlemeye yarayacak tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu tedbirlerin alınmaması ise sigorta ettiren için bir kusur teşkil eder. ... Rizikonun fabrika önünde umuma açık bir yerde gerçekleşmesi, zararı önlemeye yönelik tedbirleri almakla görevli olan davacı sigorta ettiren bakımından bir kusur teşkil edeceğinden ve böyle bir kusurun mevcudiyeti, ağırlığına göre, tazminatın bir miktar indirim yapılması sonucunu doğurabileceğinden, bu hususun araştırılmasında zorunluluk vardır. Bu itibarla mahkemece, rizikonun gerçekleştiği yerin zararı önleme yükümlülüğüne aykırı olarak**

(9) Ulaş, Can Sigortası Hukuku, s.78.

(10) Eriş, Türk Ticaret Kanunu, Deniz Ticareti ve Sigorta, 1990, s.1195-1196.

seçilip seçilmediğinin, elbiselerin başka yerde havalandırılmasının mümkün olup olmadığının mahallinde yapılacak bilirkişi incelemesi ile saptanmasından sonra ... hasıl olacak sonuca göre, TTK'nun 1293/son yolumasıyla aynı kanunun 1292. maddesinin son fıkrası göz önünde tutularak bir karar verilmesi gerekir". Burada Yargıtay, riziko gerçekleşmeden önceki safhada alınması ihmal edilen rizikoyu önleyici bir tedbiri "koruma önlemi alma görevine aykırılık" olarak değerlendirmiştir. Kanımızca bu değerlendirme yerine olayda "rizikonun kusurlu şekilde gerçekleştirilmesinden" bahsetmek gerekir. TTK rizikonun kusurlu şekilde gerçekleştirilmesi halinde kural olarak sigortacının sorumluluğunun. bütünüyle mevcut olacağını öngörmektedir. Dolayısıyla sigortacı burada tam tazminatı ödemelidir. Dava konusu olayın kanımızca "rizikonun gerçekleşmeye başlamasından sonra alınması gereken koruma önlemleri" ile ilgisi yoktur. Bu itibarla olayda koruma önlemleri alma görevinin ihlali gerekçesiyle tazminattan indirim yapılması lazım gelmez. Koruma önlemi alma görevinin ihlali olayda -mesela- sigorta ettirenin elbiseler yanmaya başladıktan sonra yangın söndürücü önlemleri -bunları almak mümkün bulunmasına rağmen- tamamen gözardı etmesi halinde söz konusu olabilirdi.

II. TEBLİĞ

Tebliğ Konusu :

SİGORTA ACENTELERİNİN HAKLARI

Tebliğ Hazırlayan :

Prof. Dr. Rayegân KENDER

I- Sigorta Acentesinin Hukuki Statüsü

Türk Sigorta Hukuku Mevzuatı'nda, sigorta acentelerinin statüsüne dair özel bir hüküm bulunmamaktadır. Sadece denetime ilişkin bazı esaslar Sigorta Murakabe Kanunu ve ilgili yönetmelikte yer almıştır. Sigorta Murakabe Kanunu'nun 9. maddesinde sigorta acentesi tarif edilmiştir. Ancak bu tarif aynen TTK m.116'daki acente tarifinin tekrarıdır. Sadece oradaki ticari işletme yerine sigorta şirketi yazılmıştır. Doğrusu da budur, zira acente kavramı TTK m.116'da tarif edilmiştir. Sigortacılığa ait ayrı bir acentelik kavramı olamaz. Bu hukuki duruma TTK m.117/2'deki hüküm de teyid etmektedir.

Yukarıda tesbit edilen hukuki duruma göre, sigorta acentesinin haklarının belirlenmesinde, TTK m.116 vd. hükümleri esas teşkil edecektir. Denetim mevzuatında, denetim amacı içinde olmak üzere bu haklara dair bir hüküm varsa, bu da gözönünde tutulacaktır.

II- Sigorta Acentelerinin Hakları

1. Acentelik sözleşmesi süresi içinde

Acentenin sözleşme süresi içindeki hakları TTK m.127 - 132'de düzenlenmiştir:

a) Fevkalâde masrafların tazmini talebi:

TTK m.127'ye göre: "Acente, işlerini ifa için yaptığı masraflardan ancak fevkalâde masrafların tazminini isteyebilir". Bu hüküm doktrinde şöyle açıklanmaktadır: "Olağanüstü masraf, müvekkilin talimatı ile ya da acentenin vekaletsiz iş gören sıfatı ile müvekkilinin çıkarlarını korumak amacıyla giriştiği işlerin gerektirdiği giderlerdir" (1). Diğer bir açıklama da şöyledir: "Normal masraflar acente işletmesinin tabii umumi masrafları olup tacir-acente bunu müvekkilden aldığı ücretlerle karşılar. Telgraf, telefon, posta, mutad seyahat masrafları, ardiye, mağaza ve kira ücretleri esas itibarıyla acentenin normal

(1) Poroy, R., Ticari İşletme Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1995, s.169.

masrafları arasında yer alır. Masrafların adi-fevkalâde olup olmadığı her hadisede ayrı ayrı mutalâa edilmelidir. Ancak müvekkilinin talimatı ile veya vekaleti olmaksızın tasarruf hükümlerine göre yapılan masraflar; mesela, gümrük ve nakliye masrafları acentenin normal masrafları arasında yer almaz" (2).

Sigorta Acenteleri Yönetmeliği'nin (3) 21. maddesine göre: "İlk olarak işe başlayan veya bir yıl ve daha uzun süre faaliyetlerine ara veren sigorta acentelerine bir defaya mahsus olmak üzere ilgili sigorta şirketince belge karşılığında ödenecek kuruluş masraflarının oran veya miktarı sigorta şirketince serbestçe belirlenir". Denetim Kanunu'nun verdiği yetkiye binaen çıkarılmış bulunan bu Yönetmelik halen hukuki mesnedini kaybetmiş durumdadır. Zira, 539 sayılı KHK ile değişik Sigorta Murakabe Kanunu'nun acenteleri düzenleyen 9. maddesinin Yönetmelik çıkarılmasına yetki veren son fıkrası Anayasa Mahkemesi'nin Esas: L995/36, Karar: 1995/56 sayı ve 24.10.1995 tarihli Kararı ile iptal edilmiştir.

b) Hapis hakkı:

TTK m.132'de bu hak düzenlenmiştir. Madde metnine göre: "Acente, müvekkilindeki bütün alacakları ödeninceye kadar acentelik mukavelesi dolayısıyla alıp da gerek kendi yedinde, gerek hususi bir sebebe binaen zilyed olmakta devam eden bir üçüncü şahıs yedinde bulunan menkul şeyler ve kıymetli evrak ile emtia senedi vasıtası ile tasarruf edebildiği emtia üzerinde hapis hakkına malikdir". Maddenin devamında da bu hakkın ayrıntıları veya kullanılma şekli hakkında hükümler yer almıştır. Ancak madde hükmünün muhteva ve mahiyetinden anlaşılabilirliği gibi, bu hak daha çok acentenin elinde müvekkiline ait menkul mal veya kıymetli evrak bulunması halinde söz konusu olan bir haktır ve dolayısıyla sigorta acenteleri için önemli değildir.

c) Ücret - Komisyon hakkı:

Sigorta acenteleri bakımından en önemli olan hak budur. Ücret veya komisyon hakkının esası TTK m.128'de düzenlenmiştir. Madde metnine göre: "Acente filen aracılıkta bulunduğu veya akdettiği muamelelerden ve aracılıkta bulunmamakla beraber bölgesi içindeki şahıslarla müvekkil arasında doğrudan doğruya yapılan ve inhisar dalı içine giren muamelelerden dolayı bir ücret istemek hakkını haizdir. Müvekkil doğrudan doğruya yaptığı muameleleri derhal acenteye bildirmeye borçludur". Madde metninden anlaşıldığı üzere, sigorta acenteleri de, bu hükme binaen ücret veya komisyon hakkına sahip olacaklardır. Sigorta sözleşmesinde acente komisyonu -aracı acente veya temsilci acente olmasına göre- brüt primin tesbitinde bir kalem teşkil edecektir.

1) Ücretin miktarı:

TTK m.130'a göre, ücretin miktarı, mukavelede hüküm bulunmadıkça acentenin bulunduğu yerdeki ticari teamül, yoksa halin icabına göre mahkemece tayin olunur.

(2) Karayalçın, Y., Ticaret Hukuku 1. Giriş-Ticari İşletme, Ankara 1968, s.528.

(3) Resmi Gazete, 14.12.1994 - 22141.

Sigorta acentelerinin hak kazanacakları komisyon veya ücret alacaklarının miktarı konusunda Denetim mevzuatında hükümler mevcuttur. Acentenin ücret miktarı sigorta şirketinin mali bünyesini ilgilendirdiğinden bunun denetim hükümlerinde yer alması doğrudur. Sigorta Murakabe Kanunu'nun 539 sayılı KHK ile değişik 9. maddesinin verdiği yetkiye müsteniden çıkarılmış bulunan Sigorta Acenteleri Yönetmeliği'nin (yukarıda zikredildiği üzere bu yönetmeliğin mesnedi olan m.9'un son fıkrası Anayasa Mahkemesi'nin Kararı ile iptal edilmiştir. Ancak Yönetmeliğin uygulanmasına devam edilmektedir) aşağıda gösterilen hükümleri konuyu düzenlemektedir.

-m.19 : "Komisyonlar

Sigorta sözleşmelerinde sigorta acentelerine ödenecek istihsal komisyonu oranı Birliğin görüşü alınarak Müsteşarlıkça belirlenir".

Madde metninde yer alan Birlik, Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği, Müsteşarlık, Hazine Müsteşarlığı'dır. Maddenin devamında kâr paylı hayat sigortalarında ve diğer hayat sigortalarında komisyon miktarlarının hesabında gözönünde tutulacak esaslar gösterilmiş bulunmaktadır.

-m.20 : "Teşvik Komisyonu

Sigorta acentelerine, bir takvim yılı içinde hayat dışı sigortalardan sağladıkları cari yıl net prim istihsaline bir önceki yıl prim rezervinin ilavesi suretiyle bulunan toplam ile (toplam gelir) cari yıl komisyonu, cari yıl ödenen hasar toplamı (toplam gider) arasındaki olumlu farkın yüzde 15'ini aşmayacak şekilde teşvik komisyonu ödenebilir".

Maddenin devamında, teşvik priminin hesabında esas teşkil edeceği belirtilen net prim, muallak hasar, prim rezervi, ödenen hasar ve komisyon unsurları ayrı ayrı açıklanmıştır.

2) Ücretin ödenme zamanı:

Sigorta acentelerinin hak kazanacağı ücretin ödenme zamanı bakımından da TTK m.131/2'nin cari olması gerekmektedir. Madde metnine göre:

"Acenteye ait alacakların, **aksi kararlaştırılmış olmadıkça** her üç ayda bir defa ve herhalde takvim yılının sonunda veya acentelik mukavelesi sona erdiği zaman, tesbit edilerek ödenmesi lazımdır".

3) Ücrete hak kazanma zamanı:

Burada söz konusu olan, acentenin ücret alacağıının ne zaman doğmuş olacağıının tesbitidir. Bu konudaki temel prensip TTK m.129'da hükmle bağlanmış bulunmaktadır. Madde metnine göre:

"Acente, mukavelenin yapıldığı tarihte, mukavele mevzuu bir malın satın alınması, imal edilmesi veya satılması ise, müvekkilinin malı veya bedeli yahut onun yerine diğer bir karşılığı aldığı tarihte ücrete hak kazanır. Bu hallerde

müvekkile isnat edilebilecek bir sebepten dolayı mukavele yerine getirilmemiş olsa bile acente ücretin ödenmesini isteyebilir.

Mukavele kısım kısım yerine getirilecekse acente, yerine getirildiği veya yerine getirilmesi gerektiği nisbette ücrete hak kazanır".

Madde metninden anlaşıldığı üzere, acentenin ücrete hak kazanması için aracılık ettiği veya temsilen akdettiği mukavelenin yapılmış olması yeterli olmayıp, bundan ekonomik sonucun elde edilmiş olması gerekmektedir. Bu hükmün doktrindeki izahı şöyledir: "... Acentenin ücrete hak kazanabilmesi için müvekkil bakımından iktisadi neticenin elde edilmesi lazımdır. Akdin inikadı kâfi değildir. Müvekkilin kusurlu sayılabilecek bir fiili neticesinde ifa edilmemesi hariç, akit diğer herhangi bir sebeple ifa edilmemiş veya edilememişse (müşterinin kusuru, imkânsızlık, mücbir sebep, infisahi şartın tahakkuku, nisbi ve mutlak butlan halleri vs.) veya ifaya rağmen müvekkil sonradan iadeye mecbur kalmış ise yani muteber ve kat'i bir ifa gerçekleşmemiş olurs acente ücrete hak kazanmamış olur. İnikad zamanında ücret alınmış, fakat sonradan akit ifa edilmemiş olur ise, ücretin iadesi gerekir (4): "Sözleşme işletme sahibine yüklenebilecek bir sebepten dolayı, yani onun kusuru yüzünden yerine getirilemezse, acente gene ücretin ödenmesini isteyebilir. Ücretin gerek doğumuna, gerek işletme sahibinin kusuru dolayısıyla kaybolmayacağına ilişkin kurallar hemen bütün ülkelerde kabul edilen ortak kurallardır (5). Zikredilen yabancı hukuklarda, acente için ayrıca "tahsil komisyonu" da düzenlenmiştir. TTK m.116 vd.'da tahsil komisyonu tanzim edilmemiştir. Kanunda sadece inikad komisyonu (ücret) hakkına yer verilmiş, ancak bu hakkın kazanılması için, müvekkilin alacağı olan edimin ifa edilmiş olması şartı (diğer ülkelerde olduğu gibi) getirilmiştir.

4) Ücret hakkının kontrolü:

TTK m.131/1'e göre: "Müvekkil veya işletme sahibi, acentenin ücrete hak kazanmış olduğu işlemlere ait defter kayıtlarının bir suretini hesap cetveli ile birlikte acenteye vermeye mecburdur". Bu hükmün sigorta acenteleri bakımından uygulaması şöyle olmalıdır: Sigorta şirketi acentenin tekel sahası içinde bir sigorta sözleşmesi yapmış ise bunu acenteye bildirecektir.

2. Acentelik sözleşmesinin sona ermesinde

a) Acentelik sözleşmesinin sona ermesi halleri:

aa) Acentelik sözleşmesi süreli ise, bu sürenin bitmesi ile son bulur.

bb) Haklı sebeplerin varlığı halinde sözleşme ister süreli, ister süresiz olsun, her zaman feshedilebilir (6).

(4) Karayalçın, Y., a.g.e. s.526; Tekinalp, G., Acente Sözleşmesine Uygulanan Kanunlar İhtilâfi Kuralı, İstanbul 1972, s.32.

(5) Alm.T.K. par.87 a, İtal.M.K. m.1749, İsv.B.K. 418 h.

(6) TTK m.133/1.

cc) Muayyen olmayan bir müddet için yapılan acentelik sözleşmesini taraflardan her biri üç ay önce ihbar etmek şartı ile feshedebilirler (7).

dd) İşletme sahibinin veya acentenin iflâsı veya ölümü veya hacir altına alınması halinde Borçlar Kanunu'nun 397. maddesi tatbik olunur. Yani esas itibariyle, sözleşmede aksine hüküm yoksa, sözleşme sona erer.

b) Acentenin sözleşme sona erdikten sonraki hakları:

Bu konu TTK m.134'de düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu madde hükmünde iki ayrı hal gösterilmiştir:

Birincisi (m.134/1): Muhik bir sebep olmadan ve üç aylık ihbar müddetine riayet etmeksizin akdi fesheden taraf, başlanmış işlerin tamamlanmaması yüzünden diğer tarafın uğradığı zararı tazmin edeceği hükmüdür. Bu hükmün açıklanmasında önemli olan husus "başlanmış işler"den ne anlaşılması gerektiğidir. Yukarıda yer alan açıklamalara göre bundan, sözleşmenin akdedilip ekonomik sonuçların elde edilmesine başlandığını anlamak gerekmektedir. Bu maddede öngörülen tazminat alacağının sigorta acentesi bakımından doğabilmesi için mutlaka maddede gösterilen şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlar, sigorta şirketince, süreli olmayan bir acentelik sözleşmesini üç aylık ihbar süresine riayet edilmeden veya muhik bir sebep olmadan feshedilmiş olmasıdır. Burada söz konusu olan muhik sebep doktrinde (8) şöyle açıklanmıştır: "Mesela, acentenin müvekkili namına aldığı paraları haklı bir sebep olmadan iade etmemesi, acentenin devamlı olarak vazifelerini açık bir şekilde yapmaması gibi". Sigorta acentesi şirket adına prim tahsil ettiğinde, eğer bunu Denetim mevzuatında öngörülen süre içinde şirkete intikal ettirmez ise, bunun acentelik sözleşmesinin feshi için bir haklı sebep teşkil ettiği kabul edilebilir.

İkincisi (m.134/2)'de yer almıştır. Buna göre: "Müvekkilin veya acentenin iflas veya ölümü yahut hacir altına alınması sebebiyle acentelik mukavelesi sona ererse işlerin tamamen görülmesi halinde acenteye verilmesi gereken ücret miktarına nisbetle tayin olunacak münasip bir tazminat acenteye yahut yukardaki hallere göre onun yerine geçenlere verilir".

Bu hükmün iyi anlaşılması ve açıklanması gerekmektedir. Burada evvela, acentelik sözleşmesinin sona ermesinde yani sözleşmenin süresi dışında taraflar için bir hak tesis edilmektedir. Bilindiği gibi, bir sözleşme ile taraflar için doğan hak ve borçlar prensip olarak sözleşme süresi içinde söz konusu olur, sözleşmenin sona ermesinde, taraflar için bir hak doğabilmesi için ya kanun hükmü veya sözleşmede bir şart bulunması gerekir. İşte m.134/2 bu amaçla bir hüküm getirmektedir. Ancak hükümle getirilen hakkın doğması için hükümde yer alan şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Hüküm böyle bir hakkın doğumunu bazı şartlara tabi tutmuştur. Bu şartlar olmadıkça, hükümde öngörülen hak doğamaz,

(7) TTK m.131/1.

(8) Karayalçın, Y., a.g.e. s.533.

zira hüküm yoruma mahal bırakmayacak şekilde sarîh olarak ifade edilmiştir. Bu şartlar şunlardır: Acentelik sözleşmesinin, müvekkilin veya acentenin iflas veya ölümü yahut hacir altına alınması sebebiyle sona ermiş olması gerekmektedir. Hacir altına alınma ve ölüm herhalde bizim konumuzda sadece gerçek kişi acente bakımından söz konusu olacaktır. Bu hükme göre, acentelik sözleşmesinin başka sebeplerle sona ermesi halinde maddede öngörülen tazminat hakkının doğması mümkün değildir.

3. Acentenin portföy hakkı

Sigorta acentesi, yaptığı çalışmalar ile sigorta şirketine bir müşteri topluluğu kazandırmaktadır. Bu nedenle, acentelik sözleşmesi sona erdiğinde, şirketin bu müşterilerle ilişkisi devam edecektir. İşte, acenteye şirkete kazandırdığı müşteri grubu için sözleşmesi sona erdikten sonra şirketin bu müşteri grubundan tahsil edeceği primler gözönünde tutularak hakkaniyete uygun bir tazminat talebi hakkı tanınmaktadır ki, buna portföy hakkı denmektedir (buna müşteri tazminatı da denmektedir). Portföy hakkının hukuki mahiyeti en isabetli bir şekilde Gülören Tekinalp'in yukarıda zikredilen eserinde açıklanmıştır (s.35): "Portföy hakkı veya müşteri tazminatı acenteye TTK m.134'de öngörülen 'tamamlanmamış işler sebebi ile değil, işletmeye kazandırdığı veya çevresini genişlettiği müşteriler sebebi ile verilmektedir. Bu tazminatın kabulünde hakkaniyet prensibi hakim olmuştur. Alman ve İsviçre doktrininde de aynı görüş hakimdir: "Acentenin işletmeye kazandırdığı veya çevresini genişlettiği müşteriler acentenin ayrılmasından sonra da işletmeye gelir sağlayacağına göre, acentenin bunlar üzerindeki hakkının sözleşmenin herhangi bir sebeple ortadan kalkması ile sona ereceğini kabul etmek hakkaniyete aykırı bulunmuştur.

Yukarıda açıklanan mülâhazalarla Alman, İsviçre ve Fransız hukukunda acentenin bu hakkı Kanun'da düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemeler kolay olmamıştır. Örneğin Fransız hukukunda: sigorta acentelerinin bu hakkının tanınması güçlü bir mücadele sonucunda olmuştur. Sigorta şirketleri bu hakkı, portföyün kendilerine ait olduğunu ileri sürerek kabul etmek istememişlerdir (9), acentelik sözleşmelerine böyle bir hakka sahip olunmayacağı şartını koymuşlardır. Acenteler mücadeleye devam etmişler, sonuçta, önce 1934'de "Comité général des Assurances" ile "Fédération nationale des agents généraux d'assurances" arasında anlaşmaya varılarak 1949 ve 1950 tarihli statüler ile sigorta acentelerine bu hak tanınmıştır. Buna göre, her ne sebeple olursa olsun görevi sona eren bir sigorta acentesi, ya şirkete bir yeni acente (halef) teklif eder / teklif etmez veya ettiği halef şirkete kabul edilmez ise, belirli bir tazminata hak kazanır. Bu konudaki son durum şöyledir: 11 Ekim 1966 tarihli Décret ile değişik 5 Mart 1949 tarihli Décret'de bu konuya ilişkin hüküm yer almıştır (10). İsviçre Hukuku'nda konunun düzenlenmesi uzun çalışmalardan

(9) Picard/Besson, Les Assurances Terrestres en Droit Français, II, Les Entreprises d'Assurances, Paris 1964, s.242.

(10) Les Statuts des Agents Généraux d'Assurances m.20/e:Code des Assurances 9 éd. Commentée, Paris 1992, L'Argus s.837.

sonra 4 Şubat 1949 tarihli kanunla (Borçlar Kanunu'nda vekaleti düzenleyen 13. bab'ına yeni bir fasıl ekleyen) olmuştur (11).

Almanya'da: Acentelik 6.8.1933 tarihli bir kanunla Alman Ticaret Kanunu'nun par.84 ve devamına harf eklenmesi suretiyle düzenlenmiştir (12). Burada acentenin müşteri tazminatı par.89b'de düzenlenmiştir. Belçika'da: A.B.'nin 18 Aralık 1991 tarihli Komisyon kararına uygun olarak çıkarılan 27 Mart 1995 tarihli kanunda, acente tamamen A.B.'nin 13 Aralık 1976 tarihli direktifine uygun olarak tarif edilmiştir. Ancak bu kanunda sigorta acentelerinin gerek sigorta şirketi ile gerekse sigortalılarla olan hukuki ilişkileri düzenlenmeyerek bunlar borçlar ve sözleşmeler hukuku kurallarına bırakılmıştır. Ancak bu akit serbestisi kuralı içinde yapılan sözleşmelerle sigorta istihcileri ve bu arada sigorta acenteleri için portföy hakkının kabul edildiği doktrinde belirtilmektedir (13).

Türk Hukuku'na gelince: Yukarıda açıklanan, acentenin haklarına dair TTK hükümlerinden açıkça anlaşıldığına göre, acentenin portföy hakkı kanunda kabul edilmemiştir. Bu hakkın kanunda kabul edilmemiş olduğu, Ticari İşletme Hukuku uzmanları tarafından da açıkça ifade edilmektedir: Poroy, R., Ticari İşletme Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1995, s.172; Tekinalp/Çamoğlu, Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı Türk Ticaret Kanunu, 8. Baskı, İstanbul 1995, m.134'e dair not; Gülören Tekinalp, a.g.e. s.30; İmregün, O. ise, hukukumuzda portföy tazminatının öngörülmediğini, ancak hakkaniyet ilkesi ve TTK m.22 yorumlaması ile aynı sonucu ulaşmanın temenniye şayan olduğunu ifade etmiştir (14). Bunlara karşılık Ticari İşletme Hukuku'na dair eserleri olan diğer iki yazar ise yukarıda açıklanan TTK m.134/2 geniş yorumlanarak acentenin bir kusuru olmadan acentelik sözleşmesinin sona erdiği bütün hallerde acenteye maddede zikredilen tazminatın ödenmesi gerektiği görüşüne sahip bulunmaktadır (15).

TTK m.134'de öngörülmüş bulunan tazminat, portföy tazminatı değildir, bu nedenle maddenin geniş yorumlanarak buradan portföy tazminatının kabulüne gitmeye (şartlarının genişletilmesi) hukuken mümkün değildir. TTK'nun acenteye dair hükümleri portföy tazminatı hakkını düzenlememiştir, ancak böyle bir hakkın sözleşme ile acenteye verilmesini engelleyen bir hüküm de yoktur. Ancak ülkemizde yapılan acentelik sözleşmelerinde böyle bir hakkın verilmesi hususunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Türk Hukuku'nda portföy tazminatı konusu çok yeni bir Yargıtay Kararı'nda varılan sonuç dolayısıyla büyük önem kazanmıştır. Aşağıda bu kararın (Bozma ve Tashihi Karar İlâmlarının) gerekçe kısımları aynen nakledilerek değerlendirilmesinin yapılmasına çalışılmıştır.

(11) Bu kanunun hazırlanmasına dair açıklamalar hakkında Türkçe kaynaklar: Acentelik Mukavelesi hakkında yeni Federal Kanun; **Doç. Dr. Necip Bilge**, AÜHFİD Cilt XII, 1955 s.3-4; **Dr. Fikret Arık**, İsviçre Borçlar Kanunu'nda yeni bir taddil teklifi "Acentelik Bağlı Hakkında Kanun Tasarısı" Ad. Der. 1948, s.4.

(12) Gesetz zur Aenderung des Handelsgesetzbuch.

(13) **M. Fontaine**, Droit des Assurances 26 éd.1996, s.

(14) **İmregün, O.**, Kara Ticaret Hukuku, s.139.

(15) **Karayalçın, Y.**, a.g.e. s.535; **Arkan, S.**, Ticari İşletme, s.201.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Esas: 1996/2084, Karar:1996/4544 sayılı Bozma İlâmı'nda gerekçe ve hüküm fıkrası aynen şöyledir:

"... Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere taraflar arasındaki uyuşmazlık, acentelik sözleşmesinin feshinden sonra acentenin kendi döneminde oluşturulan uzun süreli inşaat sigortası sözleşmesi nedeniyle sigorta ettiren tarafından sigortacıya ödenen primlerden dolayı hak talep edip edemeyeceği noktasında toplanmaktadır".

Uygulama ile doktrinde 'portföy tazminatı' olarak adlandırılan bu alacağın tahsil imkanı TTK'nun sigorta hükümlerinde düzenlenmediği gibi, Sigorta Murakabe Kanunu'nda bu konuda özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu durum karşısında uyuşmazlığın davanın niteliği ve davacının sıfatına göre, TTK'nun acentelik hükümleri ile BK'nun sözleşmenin feshi ile ilgili hükümlerine göre çözümlenmesi zorunlu bulunmaktadır.

TTK'nun acentelik ücreti ile ilgili 129'uncu maddesinde acentenin sözleşmenin devamı süresince ücrete nasıl hak kazanacağı açıklandıktan sonra yine aynı dönem içinde ücretin ödenme şekli ve zamanı da 131'inci maddede düzenlenmiş bulunmaktadır. Ancak, dava konusu alacak fesihten sonraki döneme ilişkin bulunduğundan sözleşme dönemine ilişkin bu hükümlerin dava konusu olayda uygulanması mümkün değildir. Fesihten sonraki komisyon alacağı ise (tazminatı borcu) adı altında TTK'nun 134'üncü maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Anılan maddenin ilk fıkrasına göre acente ancak, sözleşmenin haksız olarak feshedilmesi veya ihbar süresine uyulmadan sözleşmenin feshi halinde, başlanmış işlerin tamamlanmamasından dolayı uğradığı zararın tazminini isteyebilmesi mümkündür. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise ancak, ölüm, iflas veya hacir altına alınma sebebiyle sözleşmenin sona ermesi hallerinde acentenin münasip bir tazminat isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü gibi TTK'nun da sözleşmenin feshine kusurlu davranışlarıyla neden olan acentenin tazminat adı altında komisyon alacağını tahsil edebileceğine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Bu hak ancak fesihte kusuru bulunmayan acente veya haleflerine tanınmıştır.

Eski Ticaret Kanunu'muzun 844'üncü maddesinin tekrarından ibaret olan 134'üncü maddesinin bu düzenleme şekli Türk doktrininde eleştiriliyor ise de, bu eleştiri gerekçesi modern düzenlemelerin dikkate alınmadan eski hükmün tercih edilmesine ve acentenin kusuru bulunmayan diğer hallerin dikkate alınmadan düzenlemenin eksik yapıldığına ilişkin bulunmaktadır. Yoksa sözleşmenin feshinde acentenin kusurlu olmaması halinde acentenin tazminat talep edemeyeceğine ilişkin doktrinde bir görüş ileri sürülmüş değildir. Aksine olarak bu gibi hallerde acentenin tazminat adı altında hak istemesinin mümkün olduğu benimsenmektedir (bkz. Dr. Y. Karayalçın, Ticaret Hukuku, Ankara 1968, s.534 vd.; Dr. S. Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 1943, s.199 vd.).

Mukayeseli hukukta ise, İsviçre B.K.'nın 418'inci maddesinde, bu gibi durumlarda acentenin kusuru sebebiyle akdin feshi dışında acentenin tazminatı altında mahrum kaldığı prim komisyon alacağını belli ölçüler içinde tazminat olarak talep edebileceği hüküm altına alınmıştır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 108'inci maddesinde ise, akdin feshinde kusursuz olan tarafa akdin hükümsüzlüğünden dolayı oluşan zararın tazminini talep hakkı tanınmış bulunmaktadır.

O halde, tüm bu açıklamalar karşısında bir acentenin sözleşmenin feshinde bir kusuru bulunmadığı takdirde kendi döneminde oluşturulan ve uzun süren sigorta sözleşmelerinden dolayı sigorta ettiren tarafından sigortacıya ödenen primler bakımından acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra mahrum kaldığı prim komisyon ücretlerinden dolayı muhik bir tazminat isteyebileceğinin kabulü gerekir. Buradaki kriter sözleşmeyi fesheden sigortacının kusurlu olup olmaması değil, acentenin kusurlu olup olmaması halidir.

Dava konusu olayda da davacı sigorta acentesi kendi döneminde uzun süreli inşaat sözleşmeleri akdetmiş ve prim komisyon alacağına hak kazanmış bulunmaktadır. Sözleşmenin zeyilname ile uzatılması sigortacılık uygulamasında yeni birer sözleşme değil, sözleşme koşullarının günün şartlarına uydurularak devamını sağlamaya yönelik hukuki işlemlerdir. Bu nedenle yeni zeyilname dönemlerinde de önceki sözleşme ilişkisinin devam ettiğinin kabulü gerekir. Öte yandan davalı sigortacı sözleşmeyi fesihte sözleşmeden 25/2'nci maddesi uyarınca işlem yaptığına göre, davacı acentenin bir kusuruna da dayanmamış olduğu ortaya çıkmaktadır. Sözleşmenin 25/son fıkrasındaki tazminat talep edilemeyeceğine ilişkin şart ise BK.99/2'nci maddesi hükmü gereğince mahkemece dikkate alınmaması gerekir.

Bu durum karşısında mahkemece, dava reddolunmayarak; olaya kıyasen uygulanması mümkün bulunan TTK'nun 134/2'nci maddesi hükmü, -gereğince davacı acentenin talep edebileceği hakkaniyete uygun bir tazminat bu konudaki uzman bilirkişiler aracılığı ile saptanarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiğinden kararın davacı yararına bozulması gerekmştir.

Sonuç

Yukarıda açıklanan nedenlerle kararın davacı yararına **bozulmasına**, 6.000.000.- Lira duruşma vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 20.6.1996 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

Bozma Kararı'nda tartışılması gereken hususlar:

Birinci husus: Davacının komisyon alacağı talebi "portföy tazminatı" alacağına dönüştürülmüştür. Bu mümkün müdür? Mahkeme her ne kadar talebin hukuki niteliğini tayin yetkisine sahip ise de, olayda, komisyon alacağı ile portföy tazminatının hukuki mahiyeti tamamen farklıdır, zira portföy tazminatı talebinin veya hakkının tanınmasında, acentenin **Zararı** tesbit edilecektir. Komisyonun

tamamı ise zarar olamaz, zira acentenin komisyon içinden karşılayacağı masrafları hesap edilmemiştir.

İkinci husus: Kararda yer alan, "Fesihten sonraki komisyon alacağı ise (Tazminat borcu) adı altında TTK'nun 134'üncü maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır". Cümle yukarıda, m.134'de açıklanmıştır. Burada öngörülen ve bazı şartların gerçekleşmesi halinde, acenteye ödenecek tazminat (yani zarar karşılığı bir meblağ), kesinlikle fesihten sonraki komisyon alacağı olarak tavsif edilemez. Komisyon alacağı ile tazminat ayrı kavramlardır. Fesihten sonra, komisyon alacağı söz konusu olamaz. Komisyon alacağı, acentelik sözleşmesi içinde, yani sözleşme devam ettikçe ona müsteniden doğan bir alacaktır.

Üçüncü husus: Kararda yer alan, "m.134/2'ye göre ... bu tazminat hakkı ancak fesihte kusuru bulunmayan acente ve haleflerine tanınmıştır". Yüksek Daire'nin bu ifadeleri kullanmasının sebebi kararda gösterilmiştir. Kanun hükmüne tamamen aykırı olduğu görülen ve yukarıda zikrettiğimiz iki hukukçunun eserlerinde yer alan görüşleridir. Bu görüşe bizim katılmamız, kanunun açık hükmü karşısında mümkün değildir.

Dördüncü husus: Kararda, s.3 par.2'de İsviçre Borçlar Kanunu'nun 418'inci maddesinin zikredilmesi. Bu maddenin zikredilme sebebi anlaşılmamaktadır. İsviçre Kanunu'nun bir maddesi (Türk Kanunu'nda bulunmayan) herhalde bu kararda gerekçe teşkil edemez.

Beşinci husus: Yüksek Daire yukarıda zikredilen gerekçelerle yetinmeyerek, Türk Borçlar Kanunu'nun 108. maddesine de dayanma ihtiyacı duymuştur. Bu maddenin acaba olayda uygulanma imkanı var mıdır? Bu madde bilindiği gibi, iki tarafa borç yükleyen akitlerde, borçlu temerrüdünün sonuçlarını tanzim eden hükümler arasında bulunmakta, alacaklının akdi fesih yoluna gitmesi halindeki durumu düzenlemektedir. Olayda, sigortacı acentelik sözleşmesi hükümlerine göre borçlu temerrüdü haline düşmemiştir, gayri muayyen süreli acentelik sözleşmesini Kanun'da öngörülen 3 aylık ihbar süresine uyarak feshetmiştir.

Altıncı husus: Acentelik sözleşmesinin m.25/son'daki hükmün BK m.99/2 gereğince mahkemece dikkate alınmaması. Bu gerekçenin değerlendirilmesi Tashihi Karar İlâmı'nda muhalefet şerhinde yapılmıştır. Aşağıda açıklanacaktır.

Bozma Kararı'nda, yukarıda gösterilen gerekçelerle m.134/2'nin olaya kıyasen uygulanabileceği sonucuna varılmıştır.

Tashihi Karar İlâmı:

Ekseriyet Kararında; BK m.99/2'ye dayanan gerekçe üzerinde üyeler arasında görüş farklılığı ortaya çıktığından, söz konusu madde hükmü ekseriyet kararında daha etraflı olarak açıklanmıştır. Kararın bu konuya ilişkin kısmı aynen şöyledir:

"... 98 ve 99'uncu maddelerin birlikte değerlendirilmesinde T. Borçlar

Kanunu'nda genel ilke olarak kusurdan dolayı sorumluluk ilkesinin kabul edildiği ancak, BK'nun 99'uncu maddesinde sayılan istisnalar kapsamına girmediği takdirde sorumsuzluk anlaşması ile borçlunun hafif kusuru ile zarar vermesi halinde bu zarardan sorumlu olmayacağına kabulü gerekeceği sonucuna varılmaktadır. Doktrinde de değinildiği üzere, anılan maddedeki istisnai durumların değerlendirilmesi sırasında sorumsuzluk anlaşmasının temelinde genellikle sosyo-ekonomik dengesizliğin yattığı bu yasal sınırlamaların bu gerçeğin ışığı altında değerlendirilmesi gerektiği, sorumluluk anlaşmasının uygulama ve geçerlilik alanını sınırlayan görüş ve çözümler, diğer hukuki esaslara aykırı düşmedikçe hoşgörü ile karşılanması ve genellikle kabul edilmesi gerektiği kabul edilmektedir (bkz. **Tekinay**, Borçlar Hukuku, Cilt 2, 5. Baskı, s.1173 vd).

Konuya ilişkin bu genel açıklamalardan sonra dava konusu olaya dönüldüğünde, taraflar arasındaki acentalık sözleşmesinin 25'inci maddesinin son fıkrasında **'sözleşmenin gerek acente ve gerek şirket tarafından feshi halinde acente portföy mülkiyeti ve diğer her ne nam altında olursa olsun, bir tazminat talep edemez'** hükmüne yer verildiği görülmektedir. Bu hüküm, BK'nun 99'uncu maddesinde düzenlenmiş olan asıl sözleşmeye bir hüküm halinde konulmuş sorumsuzluk şartından ibarettir. O halde, bu hükmün geçerliliği anılan yasa maddesi kapsamında tartışılıp değerlendirilmesi gerekir.

Olaya bu açıdan bakıldığında BK'nun 99/2'nci maddesindeki hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt eden hallerde sözleşmeye konulan sorumluluktan kurtulma şartının geçerli olup olmayacağı dava konusu olay bakımından tartışılmalıdır. Yasadaki sanatın icrası hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilme hali gerek uygulamada, gerekse doktrinde geniş bir biçimde yorumlanmaktadır. Yani maddedeki imtiyaz hali sadece idare hukuku anlamında bir imtiyaz sözleşmesi olarak dar bir biçimde yorumlanmamaktadır. Bu görüşlere göre, icrası resmi bir ruhsat veya izne bağlı olan meslek faaliyeti yürütenlerin yararına yapılan sorumsuzluk anlaşmaları da bu kapsamda kabul edilerek yargıcın takdiri ile batıl sayılması gerekir. Zira, bu durumdaki meslek sahibi, hükümetçe verilen bir imtiyaza sahip kişi kadar güçlü ve üstündür (bkz. a.g.e., s.1182). Nitekim, Dairemiz uygulaması da bankalar açısından müstekar bir biçimde bu yoldadır (bkz. T.D. 20.12.1963 gün 1963/2626-4855 sayılı kararı ile Yargıtay 11. H.D.'nin 8.3.1977 gün ve 1977/866-1033 sayılı kararı).

Dava konusu olayda da sözleşmeye kendi yararına sorumsuzluk şartı koyan sigorta şirketi 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu'nun (SMK) 539 s.k K.H.K ile değişik 2'nci maddesine göre, sigortacılık faaliyetine başlaması Bakanlığın iznine tabi tutulduğu gibi, aynı yasanın 2'nci maddesinde de faaliyete geçebilmek için ayrıca ruhsata tabi tutulmuştur. Bu durumda kurulması ve faaliyete başlaması bankalar kadar hatta ayrıca ruhsata tabi olması bakımından ondan da sıkı bir şekilde idarenin olurlarına tabi olan sigorta şirketleri de BK'nun 99/2'nci

maddesinde sayılan imtiyazlı kuruluşlardan sayılması hukuken ana prensiplerinden olan evleviyet ilkesi gerekir. Sigorta acenteleri ise SMK'nun 9'uncu maddesinde düzenlenmiş olup, bunların bu faaliyete başlamaları idarenin herhangi bir izin veya ruhsatına tabi kılınmamıştır. İlgili yönetmeliklerde de bu konuda bir düzenleme mevcut değildir. Sigorta acenteleri gerçek veya tüzel kişi olarak anılan yasada öngörülen koşullara sahip olması halinde sigorta şirketleri ile yapacakları acentelik sözleşmesinin kurulması ve tescil ile ilanıyla faaliyete geçebilirler. Ayrıca, sigorta acenteleri TTK'nun 116 ve SMK'nun 9'uncu maddeleri gereğince sözleşme yaptıkları sigorta şirketine karşı tabi bir sıfatı almadıkları halde, SMK'nun diğer bir kısım hükümlerinde sigorta şirketinin kısmi denetimine tabi tutulmuş, hatta anılan yasanın 27'nci maddesinde prim taksiline ilişkin mevzuata aykırılık halinde sigorta şirketince acentelik yetkilerinin tek taraflı olarak kaldırılabilceği de hükme bağlanmıştır. Nitekim, taraflar arasındaki akdi ilişkiyi düzenleyen tip sözleşmede de acentenin şirketin emir ve talimatı doğrultusunda hareket etmesi gerektiğine ilişkin hükümler mevcuttur. Örneğin, sözleşmenin 8'inci maddesinde, acentenin şirketin vereceği emir ve talimata uymaya mecbur olduğu hükme bağlanmış, 20'nci maddede ise şirketin dilediği zaman acentenin işlem ve hesaplarını denetleyebileceği hükme bağlanmış bulunmaktadır.

O halde, yukarıdaki gerek genel ilke açıklamaları, gerekse olaya özgü açıklamalar dikkate alındığında davalı sigorta şirketinin davacı acentesine karşı BK'nun 99/2'nci maddesinde öngörülen imtiyazlı bir kuruluş niteliğinde olduğunun ve sözleşmenin kuruluş aşamasında taraflar arasında acente aleyhine sosyo-ekonomik bir dengesizliğin mevcudiyetine dayalı bozma ilamında yer alan kabulde yasaya aykırı bir cihet görülmediğinden davalı sigorta vekilinin isabetli bulunmayan tüm karar düzeltme itirazlarının reddine karar verilmesi gerekmektedir."

Karşı oy yazısı:

Karşı oy yazısında, TTK m.134/2'nin anlamı doğru bir şekilde açıklandıktan sonra acentelik sözleşmesindeki sorumsuzluk şartının geçerli olup olmadığı isabetli bir şekilde izah edilmiştir. Bu konuya ilişkin kısım aynen şöyledir:

"Taraflar arasındaki acentelik sözleşmesinin 25/son fıkrasında (sözleşmenin gerek acente ve gerek şirket tarafından feshi halinde Acente Portföy Mülkiyeti ve diğer her nam altında olursa olsun, bir tazminat talep edemez) hükmünün geçersiz olduğunu sayın çoğunluk kabul etmektedir.

BK 99'uncu madde, borçlunun kasden veya ağır ihmal ile vereceği zararlardan doğan sorumluluktan kurtulacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmayı batıl saymış; II. fıkra da hafif ihmalden dolayı sorumsuzluk anlaşmasının kural olarak geçerli olacağını ancak iki durumda yargıcın takdiri ile geçersiz sayılabileceği anda alacaklının borçlunun hizmetinde bulunması veya borçlunun hükümet tarafından verilen imtiyazla hareket edip iktisaden zayıf ve tek başına olan fert ile bu anlaşmayı yapmasıdır.

BK 99/II. fıkrasının iki hali kapsadığı kabul edilmektedir. Bu hallerden birincisi, alacaklının borçlunun hizmetinde bulunmasıdır. Alacaklı bir işe girebilmek umudu ile veya mevcut işini kaybetmemek kaygısıyla ve işveren-borçlunun baskısına dayanarak hafif ihmalden sorumsuzluğu kabul etmişse, taraflar sözleşme yaparken tam bir irade özgürlüğü içinde bulunmalarını arayan kanun koyucu, ekonomik nedenlerle hizmetlinin irade serbestisine sahip olmayacağını kabul etmiştir. Acente, sigorta şirketine tabi, onun hizmetinde bulunmadığından ilk durumun olayda uygulama olanağı bulunmadığı açıktır.

Maddede yazılı ikinci istisnai durum, borçlunun hükümet tarafından verilen imtiyaza dayanarak faaliyet yürütmesidir. Dairemiz yerleşik uygulamalarında banka, PTT, TCDD gibi sahip olduğu imtiyaz nedeniyle, idarenin Kamu Gücüne dayanan yetkilerine dayanarak yapılan sözleşmelerde idarenin hafif kusurundan dahi sorumlu olmayacağını içeren sözleşmelerin bu hükmünün geçersiz olduğunu benimsemiştir.

Diğer taraftan söz konusu fıkra yalnız imtiyazlı işletmelerden söz edilmekle beraber, icrası resmi bir ruhsat veya izine bağlı olan meslek ve faaliyetleri yürüten borçlunun yararına yapılan hafif ihmalden sorumsuzluk anlaşmalarının da yargıcın takdiri ile batıl sayılabileceği kabul edilmektedir (16).

Sayın çoğunluk sigorta şirketlerinin imtiyazlı kuruluşlardan sayılması nedeniyle bankalar gibi sözleşmenin 25/son maddesinde yazılı sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz olduğunu benimsemiştir.

BK'nun 99/II. fıkrasında yer alan hüküm imtiyaza dayanak faaliyet gösteren ve kamu gücüne dayalı yetkiler kullanan borçlu karşısında alacaklı zayıf durumdadır. Oysa sigorta şirketleri bir kamu gücüne dayanmadığı gibi acente gerek gerçek kişi gerekse tüzel kişi olması durumunda tacir olmaları itibarıyla ekonomik bakımdan zayıf duumda değildirler. Aksine TTK 12/9 ve 12 bentlerine göre acentelik hizmetinin ticarethane sayılacağı açıklanmıştır. Aynı yasanın 18'inci maddesinde ticaret şirketleriyle, ticari işletme işletenlerin tacir sayılacağı benimsenmiştir. Davalı ticari işletme (TTK 12/9 ve 12. bent) olduğu gibi, ltd. şirket olduğundan tacir sayılır. Tacirler tedbirli bir işadamı gibi hareket etmek durumundadır. Öyleyse davacının tedbirli bir işadamı gibi davranarak sözleşmenin 25/son fıkrasını kabul etmemesi gerekirdi. Bir ticaret şirketi olan davacının, aynı durumda olan davalı sigorta şirketi karşısında ekonomik bakımdan zayıf durumda olan davalı sigorta şirketi karşısında ekonomik bakımdan zayıf durumda bulunduğu, davalı Anonim Şirketin, davacı Limited Şirketine bu sorumsuzluk şartını kabul ettirdiğini ileri sürmek mümkün olmaması gerekir.

Sayın çoğunluğun kararında benimsendiği gibi sözleşmeye kendi yararına sorumsuzluk kaydı koyan sigorta şirketi 7397 sayılı sigorta murakabe kanunun 539 sayılı KHK ile değişik 2. maddesi uyarınca, sigortacılık faaliyetine başlaması için bakanlığın iznine tabi tutulduğu gibi ayrıca ruhsata tabi

tutulmuştur. Bu tesbitler sonucunda sigorta şirketleri bankalar, PTT, TCDD kuruluşları gibi bir kamu gücüne dayalı yetkiler kullanmadıkları için sayın çoğunluk görüşünün aksine imtiyazlı kuruluşlar olmayıp, BK 99/II. maddesinde yazılı icrası resmi bir ruhsat veya iznine bağlı faaliyetleri yürüten bir ticari işletmelerdir.

Acentelere gelince, 7397 sayılı yasanın 539 sayılı KHK ile değişik 9, 26 ve 27'nci maddelerinin açık hükümlerine göre, sigorta acentelerine verilecek yetkilerin kapsamı ve sınırı sigorta şirketlerince usulü dairesinde tescil ve ilan olunacağı, tescil ve ilandan önce acentelik faaliyetlerinde bulunamayacakları açıklandığı gibi, acentelere verilecek komisyon hadlerinin bakanlık tarafından tayin edileceği, sigorta acenteleri tarafından tahsil edilen primlerin süresinde sigorta şirketlerine iletilmemesi halinde sigorta şirketince acentelik yetkilerinin kaldırılacağı ve bu kaldırma hususunun sicile işlenmek üzere gerekli bilgi ve belgelerin birliğe bildirileceği açıklanmıştır. Bu hükümler karşısında sigorta şirketleri gibi acentelerin de BK 99/II. maddesinde yazılı icrası izine bağlı faaliyeti yürüten bir işletme olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda sigorta şirketi ve acentenin kuruluşları BK 99/II. maddesinde yazılı icrası ruhsat ve izine bağlı bir birer tacir olan iki şirket arasında tabiyet ilişkisi olmadan bağitlanan sigorta acentelik sözleşmelerinin feshi halinde sigorta şirketinin sorumlu olmayacağı şeklindeki sorumsuzluk sözleşmesinin geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Nitekim Federal Mahkeme her iki işletmenin imtiyaz ve izin ile kurulması halinde sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olduğunu kabul etmektedir. 'BK md. 99/II-2 ve 100/III-2 anlamında hükümet tarafından imtiyaz verilen bir işletmeyi işlettikleri saptanan iki demiryolu teşebbüsü, bir demiryolu istasyonunun beraberce kullanılmasına ilişkin bir sözleşme ve bu sözleşmeye ek bir sorumsuzluk anlaşması yapmışlardı. Sözleşme özgürlüğüne müdahale mahiyetinde olan kuralın sebebi ve hukuken haklılığı, imtiyaz sahibinin monopol durumu sebebiyle, kendisi ile sözleşme yapmak zorunda kalan münferit özel şahsın korunması gereğinde bulunmaktadır. Halbuki olayda sorumsuzluk anlaşması, bir münferit ve bir imtiyaz sahibi kişi arasında değil, her ikisi de imtiyaz sahibi olan iki kişi arasında kurulduğu için bu hüküm bu tip sözleşmeler hakkında uygulanmaz' (17).

Özet olarak ve başka bir ifade ile, sigorta şirketi ile acente arasında bir sigorta sözleşmesi vardır. Şirket ile acente arasındaki hukuki ilişkiyi bu sözleşme şartları ve emredici kanun hükmü tanzim etmektedir. Emredici hükümlerin sözleşme ile değiştirilmesi mümkün değildir. Sözleşmenin 25/son maddesinin bir an için geçersiz olduğu kabul edilse dahi TTK 134/II'e göre sigorta acenteliği sözleşmesi üç aylık ihbar süresine riayet etmek suretiyle sigortacı tarafından feshedildiğine göre, fesihden sonra acente herhangi bir hakka sahip olamaz.

(17) Dr. Sermet Akman, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976, s.69 vd., Federal Mahkeme BGE 71, II, 239; 91, I, 233.

Sözleşmenin 25/son maddesindeki hükmü geçersiz sayma sorunu çözemez, zira bu şart olmadığı takdirde, bu şart ile kaldırılan veya kaldırılmak istenen sorumluluk esasen mevcut değildir. TTK 134, emredici bir hükümdür. Buna uyulması halinde sorumluluktan söz edilemez. Bu durumda davalının karar düzeltme talebinin kabulü ile bozma kararının kaldırılarak mahkeme kararının onanması taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşması geçerli olduğundan en azından bu gerekçe ile de mahkeme kararının onanması, aksinin kabulü halinde ise haklı nedenlerin olayda olup olmadığının araştırılması amacıyla ve yazılı nedenlerle azınlığın bu düşüncesinin aksine karar düzeltme isteğinin reddi doğru olmadığından bu gerekçelerle sayın çoğunluğun kararına katılmıyoruz."

Sonuç olarak, olayda BK m.99/2'nin uygulanamayacağı görüşüne katılmaktayım. Bunu özetle açıklayalım:

Evvela, m.99/2'de, bir kusurlu sorumluluktan kurtulma şartı söz konusudur. Olayda, sigorta şirketinin acenteye karşı kusurlu bir sorumluluğu doğmamıştır. Zira, şirket kanun ve acentelik sözleşmesi hükümlerine uygun olarak 3 aylık ihbar süresine riayet ederek acentelik akdini feshetmiştir. Yani burada kesinlikle bir haksız fesih durumu söz konusu değildir. Kanun ve sözleşme şirkete, bu hakkı vermiştir.

İkinci olarak, maddede öngörülen imtiyaz meselesi, karşı oy yazısında isabetli olarak açıklanmıştır. Acentelik bakımından kanunun aradığı anlamda bir imtiyaz söz konusu değildir.

Üçüncü olarak, maddenin uygulanması için imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın (mesleğin) yürütülmesinden doğan sorumluluğun söz konusu olması gerekmektedir. Sigorta şirketi, mesleğini (sigortacılık faaliyetini) sigortalılara karşı yürütmektedir. Acente sigorta şirketinin yanında ve onunla beraber olarak bu mesleği ifa etmektedir. Bu nedenle acente ile sigorta şirketi arasındaki ilişkide BK m.99/2'nin uygulanması mümkün değildir.

III. TEBLİĞ

Tebliğ Konusu :

ALKOLÜN SİGORTA KORUMASINA ETKİSİ

Tebliği Hazırlayan :

Av. Bülent KESKİN

13.10.1983 tarih, 2918 sayılı KTK'nun "Alkollü içki, uyuşturucu veya keyif verici maddelerin tesiri altında araç sürme yasağı" başlığı altındaki 48. maddesinde;

"Bu şekilde araç kullanmaları nedeniyle güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin karayolunda araç sürmeleri yasaktır" denilmektedir.

Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında, "Uyuşturucu veya keyif verici maddelerin cinsleri ile alkollü içkilerin etki dereceleri ve kandaki miktarları, tesbit usulleri ve muayene şartları, hazırlanacak Yönetmelikte Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'nın görüşüne uygun olarak düzenlenir" şeklinde bir düzenleme mevcuttur.

Görüldüğü gibi kanun (KTK); kişinin güvenli araç sürme yeteneğini kaybetmesine sebep teşkil edecek uyuşturucu veya keyif verici maddelerin cinsleri ile alkollü içkilerin etki derecesi ve kandaki miktarının Yönetmelikle tesbit edileceğini belirlemiştir.

Bu husus ise 1985 tarih ve 18786 sayılı KT Yönetmeliğinin 110. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

Buna göre sözü edilen maddenin (b) bendinde **"Alkollü içki almış olarak kandaki alkol miktarına göre araç sürme yasağı"** başlığı altında, önce bir kısım araç sürücülerinin (taksi, dolmuş, minibüs, otobüs, resmi araç sürücüler gibi) alkollü içki kullanmış olarak bu araçları süremeyecekleri ifade edilmiş devamında ise **"Alkollü içki almış olarak araç kullandığı tesbit edilen diğer araç sürücülerinden kandaki alkol miktarı 0.50 promilinin üstünde olanlar araç kullanamazlar"** denilmiştir.

Bilindiği üzere yönetmelikler, devlet örgütü içerisinde bulunan çeşitli kurum ve kuruluşların kendi iç bünyelerini ilgilendiren, çalışma usullerini düzenleyen kurallar bütünüdür. Bunlar uygulama alanının genişliğine göre birkaç Bakanlık veya yalnız bir Bakanlık tarafından hazırlanır. Yönetmelikler kanuna aykırı olmayacakları gibi, tüzüğe aykırı hükümleri de taşıyamazlar. Aksi halde

Danıştay'ca iptal edilmesi yoluna gidilebilir. Adalet mahkemeleri iptal kararı vermemekle beraber, tüzüğe veya kanuna aykırı yönetmelik hükmünü uygulamamakla yükümlüdürler.

Bu çerçevede konuyu tekrar ele aldığımızda; yapılan istatistikler de gözönünde bulundurularak ve alkollü araç kullanan kişilerin daha çok kazaya sebebiyet verdikleri gerçeği de gözönüne alındığında, alkollü araç kullanımının sürücülerin güvenli araç sürme yeteneklerini ortadan kaldırdığı bir **karine** olarak kabul edilebilir. Yönetmelikte, KTK'dan aldığı yetki ile bu limiti 0.50 promil olarak belirtmiştir.

KTK'da bu konuya temas edip, devamında da güvenli araç sürme yeteneğini kaybettiren alkollü içki derecesi ve miktarının Yönetmelik'le düzenleneceğini belirttiğine ve Yönetmelik'te de bu miktar 0.50 promil olarak gösterildiğine göre, 0.50 promil üstü alkollü içki kullanımının sürücülerin güvenli araç sürme yeteneğini yokettiği ve bu hususun kanunen kazanın asıl gerçekleşme sebebi olduğunun kabulü gerekir.

Kanun koyucu, sürücünün bu şekilde trafiğe çıkmasını kesin olarak yasakladığına göre, bu şartlar altında kaza yapan bir kişinin bu olayın neticelerine de katlanması gerekir.

Kanunun lafzı ve ruhu bu sonuca temas etmektedir.

Ayrıca konu ile ilgili olarak 27 Ekim 1996 tarih ve 22800 sayılı bir değişiklikle KTK'nun 48. maddesindeki alkollü araç kullanımı ile ilgili cezalar artırılmış ve daha da önemlisi **"alkollü olarak ölümlü ya da yaralamalı trafik kazasına neden olunması halinde ağır kusurun varlığı kabul edilir"** şeklinde maddeye bir ibare eklenmiştir.

* * *

Sigorta Genel Şartları içerisinde Kasko Sigortalarında, İMSS'da, ZMSS'da, Ferdi Kaza Sigortalarında doğrudan alkolle ilgili hükümler bulunmaktadır.

*** KASKO GENEL ŞARTLARI'nın** eski ve yeni düzenlemeleri arasında bu konuda farklılıklar bulunduğundan konuyu iki ayrı başlık altında irdelemek daha doğru olacaktır:

A- 1.1.1994 tarihinden önce yürürlükte bulunan Kasko Genel Şartları'nın "Teminat Dışında Kalan Haller" başlığı altındaki 4. maddesinde "Sigortalı aracı kullananın alkollü içki ve uyuşturucu maddeler tesiri altında bulunmasından ileri gelen ziya ve hasarlar" ifadesi kullanılmıştır.

Buna göre eski metinde, sigortalı aracı kullanan kişinin alkollü içki ve uyuşturucu maddeler kullanmasının etkisi altında bulunmasından ileri gelen ziya ve hasarlar kasko sigortası güvencesi dışında bırakılmıştır.

Özel Daire; bu konudaki yereşmiş görüşü ile, sırf alkollü araç kullanılması sırasında oluşan hasarların sigorta güvencesi dışında kaldığı hususunu kabul

etmemekte, kazanın doğrudan doğruya alınan alkolün veya uyuşturucu maddenin etkisi ile meydana gelmesi şartını aramıştır.

Gerçekten de Özel Daire birçok kararında bu konuya temas etmiş, sigortacının tazminat talebini reddedebilmesi için kazanın salt alkol etkisiyle meydana gelmesi şartını aramıştır.

Hatta bir kararında, alkolün olayı % 50 oranında etkili olması nedeniyle, sigortacının tazminatın yarısını ödemesi gerektiğine dair verilen mahkeme kararını isabetsiz bulmuş ve bozmuştur.

Böyle bir halin, yani sigorta teminatı dışında kalan hususların mevcut olduğunun ispat külfetinin de TTK'nun 1281/2 maddesine göre sigortacıya düştüğü Yargıtay kararları ile sabittir. Sigortacı kazanın bu şekilde meydana geldiğini kesin olarak kanıtladığı takdirde tazminat ödemekten kurtulabilir. Ancak bu durumda sigortacıların ispat bakımından büyük güçlükler yaşadığını da ifade etmek gerekir.

Yargıtay bir diğer kararında; sigortalının zaruri şartlar (Örneğin yaralanması) nedeniyle alkol raporunu geç almasını tazminatın reddi için yeterli bulmamış, bu şekilde bir savunmanın araştırılmasında ise her türlü delilin değerlendirilebileceğini ve bu arada tanık da dinlenebileceğini kararlaştırmıştır.

Alkol ve uyuşturucu madde kullanımı araç kullanan kişinin sinir sistemini etkilemesi nedeni ile bu hususun araştırılmasında, diğer bir deyişle kazanın sırf alkol ve uyuşturucu madde etkisi altında olup olmadığının tesbiti için oluşturulacak bilirkişi kurulunda bir de nöroloji uzmanı bulunması gerektiği Özel Daire Kararları'nda vurgulanmıştır.

Konu ile ilgili **Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 1993/6400 Karar** sayılı son kararlarından birisinde;

"Davacı sigortalı vekili hasar tazminatı talebinde bulunmuş, davalı sigortacı vekili ise, müvekkiline sigortalı bulunan araç sürücüsü olan davacının kaza sırasında aşırı derecede alkollü olduğunu, böyle bir durumda meydana gelen hasarların polişe genel şartları uyarınca teminat dışında kaldığını savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkeme, kaza sırasında davacının alkollü olması nedeniyle polişe genel şartlarına göre tazminat talep edemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Kararı davacı sigortalı vekili temyiz etmiştir.

Yargıtay kararında; Sigorta Poliçesi Genel Şartlarına göre, kaza ve hasarın sürücünün alkolün etkisi altında bulunmasından ileri gelmiş olması halinde bu hasar teminat dışında kalır. Ancak sırf alkollü bulunması hali ve alkolün oranı, hasarın teminat dışı kalmasını gerektirmez. O halde Mahkemece yapılacak iş; nöroloji uzmanı tabip ile trafik uzmanı kişilerden oluşturulacak bilirkişi heyetine inceleme yaptırılarak, olayın meydana geliş şekli itibariyle kaza ve hasarın, sürücünün sadece alkolün etkisi altında bulunmasından meydana gelip

gelmediğinin tesbit ettirilip sonucuna göre bir karar vermek gerekirken, aksi düşünceyle davanın reddine karar verilmesini doğru görmemiş ve hükmü bu nedenle bozmuştur".

B- 1.1.1994 tarihinden itibaren geçerli olan YENİ KASKO GENEL ŞARTLARI ise, alkollü araç kullanmanın sigorta tazminatına etkisi konusunda eski genel şartlara göre farklı bir düzenlemeye gitmiştir. Buna göre; 1.1.1994 tarihinde yürürlüğe giren "Kara Taşıtları Kasko Sigortası Genel Şartları" **A.5 Teminat Dışında Kalan Zararlar** başlığı altındaki 5.5 maddesine göre;

"Taşıtın uyuşturucu maddeler veya KTK uyarınca yasaklanan miktardan fazla içki almış kişiler tarafından kullanılması sırasında meydana gelen zararlar" denilmek suretiyle bu şekilde oluşan kaza ve hasarın teminat dışı kalacağı belirlenmiş bulunmaktadır. Görüldüğü gibi Genel Şart, burada KTK'nu esas almakta ve ona atıfta bulunmaktadır.

Biraz önce yukarıda da değinildiği gibi, KTK ise alkollü araç kullanımını yasaklamış ve güvenli araç sürme yeteneğinin kaybedilmesine sebep teşkil edecek uyuşturucu veya keyif verici maddelerin cinsleri ile alkollü içkilerin etki derecesi ve kandaki miktarının da Yönetmelikle tesbit edileceğini düzenlemiştir. Yönetmelik ise bu paralelde güvenli araç sürme yeteneğini kaybettiren alkol oranının 0.50 promil olduğunu göstermiştir.

Bu noktada KTK, Karayollar Trafik Yönetmeliği ve Kasko Sigorta Poliçesi Genel Şartları bir arada değerlendirildiğinde, taşıtın 0.50 promil üzerinde alkollü bir kişi tarafından kullanılması sırasında meydana gelen kaza ve hasarın teminat dışı olduğunun kabulü gerekir.

Açıkça görüldüğü gibi, KTK ve Yönetmelik doğrultusunda Kasko Sigortası Genel Şartları'nda yapılan değişiklik bariz ve net bir şekilde kazanın oluşumu ile alkollü araç kullanma arasındaki illiyet bağının aranması şartını ortadan kaldırmıştır. Her iki metin yanyana konulduğunda bu fark açık bir şekilde görülmektedir.

Yeni Kasko Sigortası Genel Şartları'na göre sürücünün KTK'da tesbit edilen sıfır 0.50 promil üzeri alkollü olması, hasarın teminat dışı sayılması için yeterlidir.

Kaza saati ile alkol testinin yapıldığı saat arasında farklılık mevcut ise burada, kaza anındaki alkol oranının tesbiti, Adli Tıbbın da esas aldığı ve uyguladığı Witmark Formülü'ne göre yapılmaktadır. Bu formüle göre, kaza saatinden daha sonra alınan alkol raporu, 0.50 promil altı gözükmemekte ise, alkolün kandaki etkisini kaybetme süreci hesaplanmak sureti ile sürücünün kaza anındaki alkol oranı tesbit edilmektedir.

*** TRAFİK ZORUNLU MALİ MESULİYET SİGORTALARINDA** alkol kullanımı ve sonuçları ise daha farklıdır. Bu sigorta türü, bir sorumluluk sigortası olduğundan öncelikle sorumluluk sigortalarının amaç ve kapsamı üzerinde durmak gerekecektir.

Sorumluluk sigortalının sigorta ettirenin üçüncü kişilere verebileceği zararların giderilmesi ve sigorta ettirenin mal varlığındaki azalmayı önlemeye yönelik amaç bulunmaktadır.

Bu tür sigortalar ile sadece sigorta ettirenin korunması değil, sigorta ettirenin eyleminden kaynaklanan zararlardan 3. kişilerin zararlarının giderilmesi de amaçlanmaktadır. Sorumluluk sigortaları zarar sigortaları olarak nitelendirilir. Rizikonun gerçekleşmesi halinde zarar gören 3. kişilerin gördükleri gerçek zararlar sigorta limiti dahilinde karşılanır.

Sorumluluk sigortalarında genel olarak zararı doğuracak eylem baştan bilinmemektedir. Bu nedenle zararı meydana getirecek rizikolar sigorta genel şartlarında belirtilmemekte, ancak teminat dışı bırakılan riziko ve hasarlar sayılarak bunlardan kaynaklanan zararların güvence dışında tutulduğu belirtilmektedir.

Tekrar trafik sigortalarına döndüğümüzde; ZMSS'nin "**Zarar görenlerin haklarının saklı tutulması ve sigortacının işletene rücu hakkı**" başlıklı 4. maddesinde, tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran hallerin yukarıdaki gerekçelerle zarar görene karşı ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir.

Ödemede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatin kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigorta ettirene rücu edebilir. Bu hak **KTG 95.** maddesinde genel olarak düzenlenmiştir.

ZMSS 4. maddesinin (d) bendinde ise; "**Tazminatı gerektiren olay, işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin veya motorlu aracın hatırı için karşılıksız olarak kendilerine verilen kişilerin uyuşturucu veya keyif verici maddeler almış olarak aracı sevk ve idare etmeleri esnasında meydana gelmiş veya olay, yukarıda sayılan kişilerin alkollü içki almış olmaları nedeniyle aracı güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş bulunmalarından ileri geliyorsa**" denilmek sureti ile bu halde sigortacının sigorta ettirene rücu edebileceği belirtilmiştir.

Sigortacı, bu gibi tazminatin kaldırılması veya azaltılmasını gerektiren hallerde 3. kişilere karşı bu hususları ileri süremez. Fakat 3. kişilere bu şartlar altında ödeme yapan sigortacı, alkollü içki almış olmaları nedeni ile aracı güvenli sürme yeteneklerini kaybederek kaza yapan kişilerin verdikleri hasarlar nedeni ile 3. kişiye ödediği tazminat miktarı kadar sigorta ettirene rücu edebilir.

ZMSS Genel Şartları da eski Kasko Sigortası Genel Şartları'ndaki gibi, sürücünün alkollü olması ile kazanın oluşumu arasındaki illiyet bağının varlığının araştırılması gerekliliğini ortaya koymuştur. Yani sürücünün sırf alkollü olması sigortacının sigorta ettirene (işletene) rücu sebebi teşkil etmemektedir.

Buradaki rücu hakkı, halefiyete dayanmamakta sigorta ettirene karşı def'i hakkı

bulunan sigortacının bu hakkını kullanmasından ibaret olmaktadır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 1997/1522 K. sayılı kararı bu konu ile ilgili son örneklerden birisidir. Yargıtay söz konusu kararında rücu için sürücünün sadece alkollü olmasını yeterli bulmamış, olayın meydana geliş şekli itibariyle bu kaza ve hasarın sürücünün münhasıran alkolün etkisi altında kalmasından ileri gelip gelmediğinin nöroloji uzmanı tabib ile trafik uzmanı kişilerden oluşturulacak bilirkişi kurulunca inceleme yapılması gerektiğini bildirmiştir.

Konu ile ilgili çarpıcı diğer bir **kararda** ise; davacı sigorta şirketi alkollü araç kullanıldığı gerekçesiyle kendi sigortalısına rücu davası açmış, sigorta ettiren davalı ise cevabında sigortalı aracı onarım için dava dışı 3. bir şahsa bıraktığını, kazaya da bu kişinin sebep olduğunu ifade etmiştir. Yargıtay bu olayda öncelikle davanın KTK ve Genel Şartlar çerçevesinde husumet yönünde halline gidilmesi gerektiği, zira onarım için aracın bu konuda mesleki faaliyette bulunan bir işyerine bırakılması halinde işyeri sahibinin işleten gibi sorumlu olacağı, aracın asıl işleteni ile sigortacının zarardan sorumlu olmayacağını, daha sonra ise alkolün kazanın oluşumuna etkisinin araştırılması gerektiğine karar vermiştir.

KTK'daki ağır kusurla ilgili yapılan son değişikliğe burada tekrar değinmekte fayda vardır.

Hatırlanacağı gibi bu son düzenlemede; **"Alkollü olarak ölüm ya da yaralama ile sonuçlanan bir trafik kazasına neden olunması hususu ağır kusur olarak kabul edilmiştir"**.

Bu yeni düzenleme, sigortacılar için ZMSS çerçevesinde alkollü araç kullanmadan dolayı rücu imkanını daha da kuvvetlendirmektedir.

Çünkü bu güne kadar ZMSS'da alkollü araç kullanma sonucu meydana gelen kazanın oluşumunda sadece alkollü olunması ve alkol oranı pek önem arzetmemekte, alkolün kazaya doğrudan etkisi aranmakta ve bu konudaki rücu talepleri de isbat imkanı güç olduğundan genellikle reddedilmekte idi. Kanundaki bu değişiklik ile alkollü araç kullanımının ağır kusur sayılması Sigorta Şirketlerinin rücu imkanını genişletmektedir.

Bu da göstermektedir ki, alkollü araç kullanmaya, yeni düzenlemelerle prim verilmemektedir.

*** MOTORLU KARA TAŞIT ARAÇLARI İHTİYARI MALİ SORUMLULUK SİGORTASI GENEL ŞARTLARI** bakımından alkol ve etkileri

Burada da ZMSS'na paralel, aynı doğrultuda bir düzenleme yapılmıştır. İMSS'nın **"Tazminatın azaltılması veya kaldırılması sonucunu doğuran haller"** başlığı altındaki 4. maddesinde bu gibi durumların zarar görene karşı ileri sürülemeyeceği ve zarar görene ödeme yapıldıktan sonra sigortalıya rücu edilebileceği ifade edilmekte ve **aynı maddenin (c) bendinde;**

"Aracın, alkollü içkilerin etkisi altında olup güvenli sürme yeteneklerini

kaybetmiş olan veya uyuşturucu veya keyif verici maddeler almış kimseler tarafından sevk ve idare edilmesi halinde sebebiyet verilen zarar ve ziyana ilişkin talepler" denilerek bu halde 3. şahsa ödeme yapıldıktan sonra sigorta ettirene rücu edilebileceği kabul edilmektedir.

İMSS'da da, 3. kişilerin mağdur duruma düşmelerinin önlenmesi amacı güdülmüştür. Bu sigorta türü ile, ZMSS limitlerini aşan 3. şahıs zararları karşılanır.

Burada konuyu daha fazla uzatmak, daha doğrusu tekrarlamak istemiyorum. Zira geçerli olan kurallar ZMSS'daki kurallarla aynı düzenlemeyi içermektedir.

*** FERDİ KAZA SİGORTALARINDA ALKOLÜN ETKİSİ**

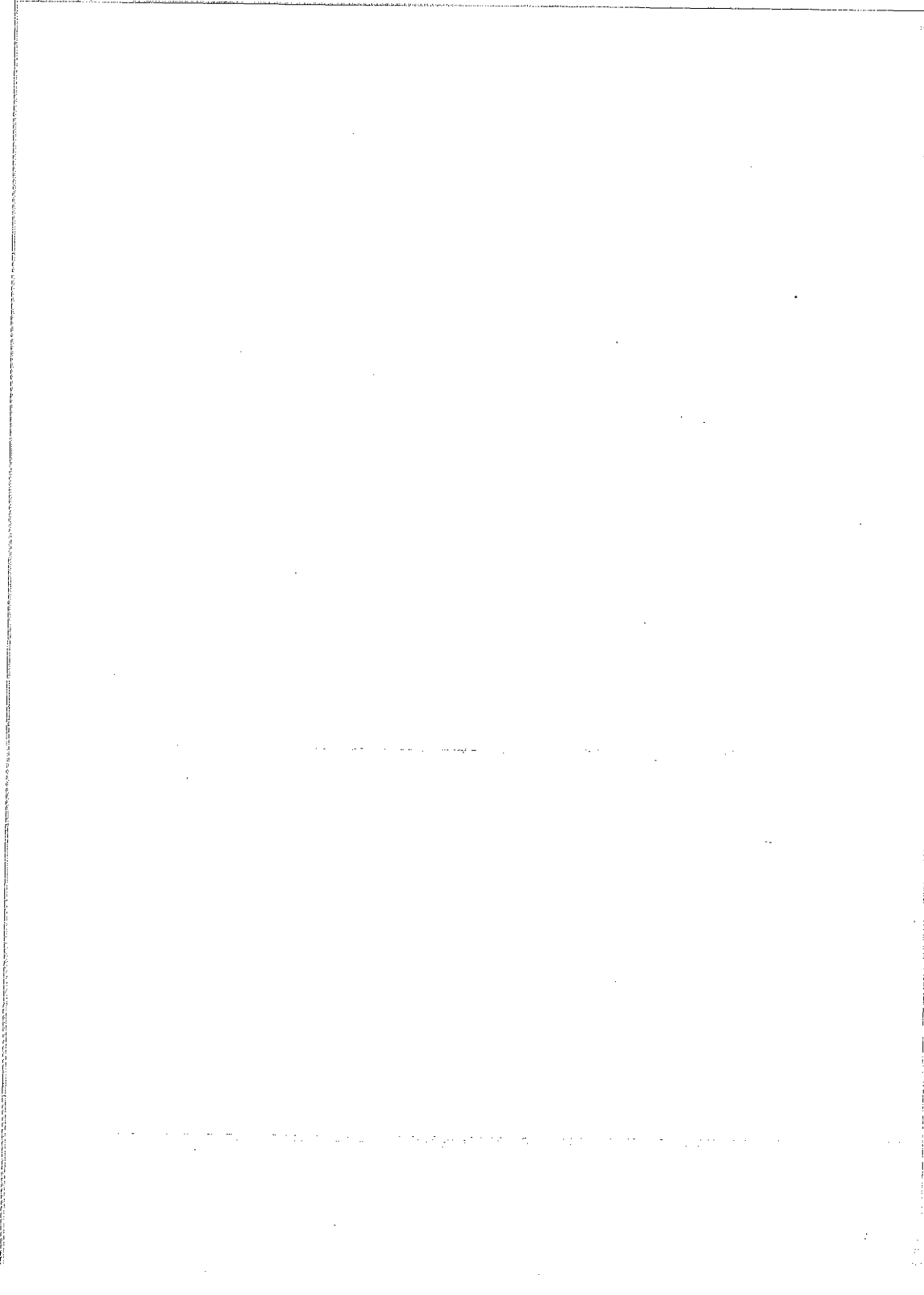
Ferdi Kaza Sigortaları Genel Şartları madde 1'de poliçe kapsamı belirlenirken "Sigortalının sigorta süresi içinde karşı karşıya kalacağı kazaların neticelerinin teminat altına alınacağı ifadesi yer almıştır". Aynı şartların 4. maddesinde ise, madde 1'de yer alan kaza terimine girmeyen haller sayılmış, bu şekilde madde de belirtilen hallerin bu poliçe ile teminat altına alınamayacağı ortaya konmuştur.

Buna göre madde 4'ün (d) bendi aşikar sarhoşluk deyimini kullanarak bundan dolayı meydana gelen vefat hali veya cismani arızaların kaza niteliğinde olmadığını açıkça ifade etmiştir.

Burada araştırılması gereken aşikar sarhoşluğun mevcudiyeti ve oluşan rizikonun bunun sonucunda doğmuş olmasıdır. Ancak bu şartlar altında, gerçekleşen riziko kaza sayılmaz ve teminat dışı kalır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 96/9176 sayılı kararı da bu yöndedir. Bu karar göre, tazminatın reddi için sigortalının münhasıran aşikar sarhoş olması değil, kazanın sigortalının münhasıran aşikar sarhoş olması nedeniyle meydana gelmiş olması gerekir.

Görüldüğü gibi burada da illiyet bağı aranmakta ve rizikonun aşikar sarhoşluk ile meydana gelmiş olmasına bakılmaktadır.



D. MAKALELER

I. MAKALE

**SİGORTA ETTİRENİN ZARARINI TAZMİN EDEN SİGORTACININ
ZARAR SORUMLUSUNDAN TEMERRÜT FAİZİ TALEP ETME
HAKKI**

Yrd. Doç. Dr. Mehmet SOMER

II. MAKALE

**ZORUNLU TRAFİK SİGORTASININ KAPSAMI VE HATIR
TAŞIMASI İLE ARACIN HATIR İÇİN KARŞILIKSIZ
VERİLMEŞİNİN BU SİGORTA KAPSAMINDA OLUP OLMADIĞI
SORUNU**

Doç. Dr. Samim ÜNAN



I. MAKALE

Makale Konusu :

SİGORTA ETTİRENİN ZARARINI TAZMİN EDEN SİGORTACININ
ZARAR SORUMLUSUNDAN TEMERRÜT FAİZİ TALEP ETME HAKKI

Makaleyi Hazırlayan :

Yrd. Doç. Dr. Mehmet SOMER
M.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

I. Hukuki Dayanağı

Sigorta ettirenin zararını tazmin eden sigortacının, ödediği tazminat oranında sigorta ettirenin yerine geçeceği ve zarar sorumlusuna rücu edebileceği, kara sigortaları bakımından TTK 1301'de, deniz sigortaları bakımından da TTK 1361'de tanzim edilmiştir.

"Halefiyet" başlığını taşıyan TTK 1301'in birinci fıkrası aynen şöyledir: "Sigortacı, sigorta bedelini ödedikten sonra hukuken sigorta ettiren kimse yerine geçer. Sigorta ettiren kimsenin vaki zarardan dolayı üçüncü şahıslara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel nisbetinde sigortacıya intikal eder". Yine "Halefiyet" başlığını taşıyan TTK 1361'in birinci fıkrası ise aynen şöyledir: "Borçlarını yerine getiren sigortacı, sigortalının üçüncü şahsa tazmin ettirebileceği bir zararı tazmin ettiği takdirde, (...) üçüncü şahsa karşı sigortalının haklarına halef olur.

Her iki maddenin gerek kenar başlığından (1); gerekse metinlerinden ve özellikle TTK 1301/l'deki "sigorta ettiren kimsenin yerine geçer" ve TTK 1361/l'deki "sigortalının haklarına halef olur" ifadelerinden hareketle, sigorta ettirenin zararını tazmin eden sigortacının, zarar sorumlusuna rücu edebilmesi hakkının hukuki dayanağının "halefiyet" müessesesi olduğu kolaylıkla söylenebilir (2). Ancak, sigortacının halefiyetinin, TBK 109'da tanzim olunan halefiyetten bazı yönlerden ayrıldığına ve bu nedenle, TTK 1301 ve 1361'in sigorta hukukunun temel ilkelerine uygun bir şekilde, kendi teknik özelliklerini getirdiğine ya da en azından bu yönde yorumlanması gerektiğine doktrinde haklı olarak işaret edilmektedir (3). Zaten, sigorta hukukunun kendine özgü özellikleri ve ilkeleri sebebiyle, TTK 1264/l'de, ancak sigorta hukuku kitabında hüküm bulunmaması halinde TBK hükümlerinin uygulanacağına da işaret edilmiştir.

(1) TTK 1474 uyarınca, kenar başlıkları madde metnine dahildir.

(2) Omağ, 66; Kender, 235; Bozer, 95; Kılıçoğlu, 85.

(3) Bkz. Omağ, 62-65; Kender, 238; Tandoğan, 62.

Halefiyette, borç ifa ile sona ermeyip, alacaklı değişmektedir. Onun için de, alacağın fer'i olan bütün haklar, teminatlar ve imtiyazlar da aynen devam etmekte ve alacaklıya halef olan şahıs da bunlardan yararlanabilmektedir (4). Diğer bir deyişle, halef olan kişinin borçluya başvuru hakkının kapsamına asıl alacak, teminat hakları (rehin, kefalet), faizler ve imtiyaz (rûhan) hakları girmektedir (5). Böylece, akdi veya akid dışı bir sebeple bir zarara uğrayan sigorta ettirenin (veya sigortalının) zararını tazmin eden sigortacı da, TTK 1301 ve 1361 gereği sahip bulunduğu halefiyet hakkına dayanarak, bu şahsın zarar sorumlusuna karşı sahip olacağı asıl alacağın yanı sıra, temerrüd faizi talep etme hakkına da sahip olacaktır.

O halde, sigortacının zarar sorumlusundan temerrüd faizi talep etme hakkının hukukî dayanağı da, halefiyet müessesesidir. Ancak aşağıda görüleceği üzere, özellikle bu konuda, sigorta hukukunun özellikleri dolayısıyla ve ilkelerinin gereğinin yerine getirilebilmesi için, TBK anlamında halefiyet müessesesinden bazı noktalarda ayrılmak gerekecektir.

II. Temerrüt Faizinin Başlangıcı

1. Sigortacının ödemede bulunduğu tarih

Halefiyetin koşulları gerçekleştiğinde, sigorta ettirenin asıl alacağına bağlı olarak temerrüd faizi talep etme hakkının da, sigortacıya intikal edeceği tartışmasız olmakla beraber; sigortacının hangi tarihten başlayarak temerrüd faizi talep edebileceği sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir.

Hemen belirtelim ki, bu hususta TTK 1301 ve 1361'de özel bir düzenleme yer almış değildir. Bu durumda, alacaklıya tediye bulunan üçüncü şahsın, tediye ettiği miktar nisbetinde alacaklının haklarına halef olacağını hükme bağlayan TBK 109/1 ile gecikmiş faizlerin asıl alacak ile birlikte temlik edilmiş olacağını düzenleyen TBK 168/III hükmünün kıyasen uygulanması (6) düşünülebilir. Bu görüşe göre, madem ki sigortacının temerrüd faizi talep etme hakkı halefiyete dayanmaktadır ve halefiyette de alacaklının borçluya karşı haiz olduğu hak aynen ödemede bulunan kişiye geçmektedir; o halde, sigorta ettirenin zarar sorumlusuna karşı temerrüd faizi talep etme hakkı hangi tarihte doğuyorsa, sigortacının da bu tarihten başlamak üzere temerrüd faizi isteyebileceği kabul edilmelidir. Bu durumda, şayet zarar verici fillin kaynaklandığı temel ilişki akdi bir ilişki ise, akde aykırı davranan kişinin (zarar sorumlusunun), TBK 101 vd. muvacehesinde temerrüde düştüğü tarih; temel ilişki bir haksız fill ise haksız fillin vuku bulduğu tarih, sigortacı için de temerrüd faizi talep edebilecek tarihin başlangıcını teşkil edecektir.

(4) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 216; Feyzioğlu, II, 90; Eren, 113.

(5) Omağ, 133-136.

(6) TBK 168/III hükmünün, kıyasen, halefiyete uygulanmasının sebebi, halefiyette "kanuni temlik" vasfının kabul edilmesidir.

Bu görüş TBK muvacehesinde halefiyet müessesesi ile uyumlu olmakla beraber; sigorta hukukunda halefiyetin tanınmasının amacına aykırıdır. Sigorta hukukunda halefiyetin kabul edilmesinin başlıca iki amacı vardır. Birinci amaç, sigorta ettirenin hem sigortacıdan hem de zarar sorumlusundan ayrı ayrı tazminat alarak zenginleşmesine (zenginleşme yasağı); ikinci amaç ise, zarar verenin, zarar görenin kendisini bir sigorta ile korumuş olmasından faydalanmasına engel olmaktır (7). Öte yandan, temerrüd faizi sigortacının ödediği tazminatın kapsamına dahil değildir ve bu sebeple de halefiyet yoluyla sigortacıya intikal etmesi mümkün olamayacaktır. Ödediği tazminatın kapsamına dahil olmayan bir haktan sigortacının yararlanabileceğini kabul etmek, bu kez de sigortacının zenginleşmesine yol açacaktır. Bu nedenle, sigortacının temerrüd faizi talep edebileceği zamanın başlangıcı, sigortacının sigortalısına ödemede bulunduğu tarihten itibaren hesaplanmalıdır (8).

Uygulamada Yargıtay da bu görüşe taraftar olarak, sigortacının halefiyete dayanarak zarar sorumlusundan temerrüd faizi talep edebileceği durumlarda, bu faizin, sigortacı tarafından sigorta ettirene yapılan ödeme tarihinden itibaren yürütülmesi gerektiği görüşündedir.

2. Temerrüd ile sigortacının ödemesi arasındaki dönem

Doktrin ve uygulamada kabul gören bu görüş, bir soruyu cevapsız bırakmaktadır. Sigortacı, ancak sigorta ettirene ödemede bulunduğu tarihten itibaren temerrüd faizi isteyebileceğine göre, zarar verici fiilin vuku bulması ile sigortacı tarafından sigorta ettirene ödemede bulunulduğu tarih arasındaki zaman parçası içinde işleyecek temerrüd faizi, sigorta ettiren tarafından zarar sorumlusundan talep edilebilecek midir?

Sigorta ettirenin zararının büyük meblağlara erişmediği durumlarda bu sorunun cevabının aranması fazla bir önem arzermeyebilir. Ancak zararın büyük meblağlara ulaştığı; bu meblağın sigortacı tarafından sigorta ettirene geç ödendiği ve özellikle (ileride görüleceği üzere) akdi veya kanuni, yüksek oranlı temerrüd faizi talep edilebileceği durumlarda, sorunun cevabı önem kazanmaktadır.

Burada sigortacının sigorta tazminatını geç ödemesi halinde temerrüde düşeceği ve sigorta ettirenin de sigortacıdan temerrüd faizi talep edebileceği savunulabilir. Bu görüş, sigortacının temerrüde düştüğü durumlarda doğrudur. Ancak, sigortacının tazminat ödeme borcunun muacceliyeti TTK 1299'da (deniz sigortalarında TTK 1441'de) düzenlenmiş (9) ve fakat kanunda temerrüde ilişkin bir düzenleme yer almamıştır. Bu durumda, Yargıtay'ın da belirttiği gibi,

(7) Omağ, 58 vd.; Atabek, 178; Kender, 235; Arseven, 173; Ulaş, 124; Kılıçoğlu, 84; Tandoğan, 62.

(8) Omağ, 134; Ulaş, 140; Franko, 61.

(9) Muacceliyet hakkında Türk Hukuku ve karşılaştırmalı hukuk bakımından geniş bilgi için bkz. Türk, 190-196. Kanunun tanzim tarzının eleştirisi için bkz. Kender, Sigorta Tazminatının Muacceliyeti, 91,92.

sözleşme hükmü olması sebebiyle öncelikle poliçe genel şartları ve daha sonra TBK'nun temerrüde ilişkin genel hükümleri (TBK 101 vd.) uygulama alanı bulacaktır (10). O halde, sigorta poliçesi genel şartlarında sigorta tazminatının belirli bir süre içinde ödeneceğine ilişkin hüküm varsa, bu sürenin son gününün de ödeme yapılmaksızın geçirilmesi halinde sigortacı temerrüde düşecektir. Sigorta poliçesi genel şartlarında bu yönde bir hüküm bulunmadığı takdirde ise, temerrüdden söz edilebilmesi için, öncelikle, sigorta poliçesi genel şartlarında öngörüldüğü şekilde hasar tespiti ve tazminat miktarının belirlenmesi ve ardından da TBK 101 uyarınca ihtar gerekmektedir (11). Her iki durumda da sigortacının temerrüdü için belirli bir sürenin geçmesi gerektiği açıktır. Özellikle, hasarın tespiti hususunda sigorta ettiren ile sigortacı arasında anlaşmazlığın başgösterdiği hallerde, sigorta poliçesi genel şartlarından yararlanarak (12), sigortacının temerrüde düşmeksizin uzun bir süre ödeme yapmadığı haller sıklıkla görülmektedir.

Kanaatimce, zarar verici fiilin işlendiği tarih ile sigortacının sigorta ettirene ödemede bulunduğu tarih arasındaki zaman parçası içinde işleyecek temerrüd faizinin, sigorta ettiren tarafından zarar sorumlusundan talep edilmesi mümkün görülmelidir. Bu çözüm sigorta ettirenin hem sigortacıdan hem de zarar sorumlusundan ayrı ayrı tazminat alarak zenginleşmesine engel olma (zenginleşme yasağı) amacına aykırı değildir. Zira, sigorta ettiren, sigortacı tarafından yapılan ödemeye kadar geçecek zaman için temerrüd faizini talep etmek suretiyle, zenginleşmiş olamayacaktır. Aksine, sigorta ettirene bu talep hakkını tanımak, onun fakirleşmesine engel olacaktır. Zira, sigorta ettireni sigorta olmasaydı sahip olacağı temerrüd faizi talep etmek hakkından, sigorta sebebiyle mahrum bırakmak, malvarlığının aktif kısmında oluşacak bir artışın önüne geçmektir (13). Öte yandan, temerrüdün başladığı tarih ile sigortacının ödeme yaptığı tarih arasındaki süre için ne sigortacının ve ne de sigorta ettirenin temerrüd faizi talep edebileceğini kabul etmek, zarar sorumlusunun zenginleşmesine yol açacaktır. Zira, bu suretle zarar sorumlusu sigorta olmasaydı

(10) YHGK 12.10.1994 E.194/11-264 K.1994/594 (İKİD Nisan 1995, s.412, s.10994)

(11) Türk, 211, 212; ayrıca bkz. Karayalçın, İşletme Kazaları, 63.

(12) Hasarın tespiti (zarar miktarı) üzerinde tarafların anlaşamamaları halinde, ne yönde hareket edileceği sigorta genel şartları ile etrafıca düzenlenmektedir. Örnekler için bkz. Yangın SĞŞ.B.4; Kara Taşıtları Kasko SĞŞ.B.3; Hırsızlık SĞŞ.B.3; Makine Kırılması SĞŞ.13. Bu düzenlemelerin ortak noktası, tarafların zarar miktarı üzerinde anlaşamamaları halinde, hasarın hakem-birlikçiler tarafından belirleneceğidir. Hakem birlikçilerin seçimi, raporlarını sunmaları ve bu raporlara karşı mahkemede itiraz edilmesi halinde, tazminatın ödenmesinin çok gecikebileceği unutulmamalıdır.

(13) O halde, anılan dönem için talep edilebilecek temerrüd faizi sigorta ettirenin zararını oluşturan kalemlerden birisidir. Sigortacının ödediği tazminat ile bu zararı karşılamadığı düşünülecek olursa; sigorta ettirenin, tazminatı tahsil ederken sigorta şirketine verdiği ibranamenin (uygulamadaki adı ile Tazminat ve İbra Makbuzu), zarar sorumlusundan, zararın vuku bulduğu tarih ile tazminatın ödenmesi arasındaki dönem için temerrüd faizi istemesine engel olamayacağı açıktır. Nitekim, Yargıtay da, sigorta şirketi tarafından ödenmeyen zararların, ibranameye rağmen, zarar sorumlusundan istenebileceği kanaatinde (YTD 11.12.1972 E.1927/3575 K.1972/5287 - karar için bkz. Batider, Haziran 1973, C.VII, S.1, s.169). Aynı yönde bkz. Atabek, 180.

ödemek zorunda kalabileceği temerrüd faizinden sigortanın varlığı sebebiyle kurtulmuş olacak ve zarar sorumlusunun malvarlığının pasif kısmındaki bir artışın önüne geçilmiş olacaktır. Bu sonucun ise, sigorta hukukunda halefiyetin, zarar verenin, zarar görenin kendisini bir sigorta ile korumuş olmasından faydalanmasına engel olmak tarzındaki amacına hizmet edemeyeceği açıktır.

O halde, zarar sorumlusunun temerrüde düştüğü tarih ile sigortacının ödemede bulunduğu tarih arasındaki dönem için, sigorta ettirenin, (duruma göre) akdi veya kanuni temerrüd faizi talep edebilme hakkını haiz olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

III. Talep Edilebilecek Temerrüd Faizi Oranı

3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüd Faizine İlişkin Kanun, temerrüd faizi ödenmesi gereken hallerde, bu faizin oranının belirlenmesinde başlıca iki ihtimal öngörmektedir: 1) iradi temerrüd faizi oranı, 2) kanuni temerrüd faizi oranı. İradi temerrüd faizi oranı, tarafların sözleşme ile kararlaştırdıkları temerrüd faiz oranıdır (3095 s.K. 2/İ). Kanuni temerrüd faizi oranı ise, 3095 sayılı Kanunun 2/İ. maddesinin 1/İ. maddeye yaptığı atıf sonucunda yıllık % 50 olarak belirlenmiş (14); ancak, ticari işlerde, alacaklıya reeskont faiz oranına göre temerrüd faizi talep etmek hakkı da tanınmıştır (3095 s.K. 2/İİİ).

Temerrüd faizi isteme hakkı, sigortacıya, halefiyet sebebiyle intikal ettiğinden, sigorta ettirenin zarar sorumlusundan ne oranda temerrüd faizi isteme hakkı varsa; sigortacının da o oranda temerrüd faizi isteyebileceği kuşkusuzdur. Hal böyle olunca, sigorta ettiren ile zarar sorumlusu arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine bakmak gerekecektir.

1. Sigortacının akdi temerrüd faizi talep edebilme hakkı

Şayet sigorta ettiren ile zarar sorumlusu arasındaki hukuki ilişki bir akde dayanıyorsa ve akidde ne oranda temerrüd faizi talep edilebileceği de kararlaştırılmışsa; akde aykırılık sebebiyle sigorta ettirenin uğradığı zararı tazmin eden sigortacı, akidde kararlaştırılmış bulunan oranda temerrüd faizi talep edebilecektir. Bu durum, sigortacının halefiyetinin doğal bir sonucudur.

2. Sigortacının kanuni temerrüd faizi talep edebilme hakkı

Buna karşılık sigorta ettiren ile zarar sorumlusu arasındaki hukuki ilişki bir haksız fiile dayanıyorsa; sigorta ettirenin uğradığı zararı tazmin eden sigortacı, kanun ile belirlenmiş oranda (kanuni) temerrüd faizi talep edebilecektir.

Sigortacının kanuni temerrüd faizi talep edebileceği durumda bunun oranının ne olacağı sorusu, işin ticari olup olmamasına ve halefiyete esas teşkil eden ödemenin yabancı para ile yapıp yapılmadığına göre değişiklik arzedecektir.

(14) 3095 sayılı Kanunun 1/İİ. maddesinin Bakanlar Kurulu'na tanıdığı yetkinin kullanılması sonucunda, 97/9807 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile, kanunun 1/İ. maddesindeki yıllık % 30 faiz oranı, 1.1.1998'den itibaren geçerli olmak üzere, yıllık % 50'ye yükseltiştir (RG.20.8.1997-23086).

A. Sigortacının yıllık % 50 temerrüd faizi talep edebilmesi

Şayet sigorta ettiren ile zarar sorumlusu arasındaki hukuki ilişki, (TTK.3 ve TTK.21 muvacehesinde) ticari iş niteliğinde değilse, sigorta ettirenin ve dolayısıyla bu kişiye halef olan sigortacının talep edebileceği temerrüd faiz oranı yıllık % 50'dir.

B. Sigortacının reeskont faizi oranında temerrüd faizi talep edebilmesi

Sigorta ettiren ile zarar sorumlusu arasındaki hukuki ilişki ticari iş niteliğinde olduğu takdirde, 3095 s.K.un 2/III. maddesi uyarınca, sigorta ettirenin ve dolayısıyla bu kişiye halef olan sigortacının reeskont faizi talep edebilme hakkı mevcuttur. Ancak bu hakkın kullanılabilmesi bazı şartların gerçekleşmesine bağlıdır:

a. Reeskont faizi istenebilmesinde dikkat edilmesi gereken ilk husus, işin ticari olarak nitelendirilmesinde sigortacının sıfatının hiç bir rol oynamayacağıdır. Önemli olan sigorta ettiren ile zarar sorumlusu arasındaki hukuki ilişkinin ticari iş niteliğini taşıyıp taşımadığıdır. Bunun iki sebebi vardır:

aa. Sigortacı, temerrüd faizi talep ederken halefiyetten kaynaklanan bir rücu hakkını kullanmaktadır. Diğer bir deyişle, sigortacı, temerrüd faizi talep ederken doğrudan kendisinin dahil olduğu bir borç ilişkisinden doğan faiz isteme hakkını kullanmamakta; halef sıfatı hareket etmektedir. Halefiyette ise, halef, halefiyet yolu ile nasıl bir iktisap etmişse, o hakka sahip olmakta ve halef olduğu şahsın haklarını kullanmaktadır (15).

bb. Halefiyet, zarar sorumlusunun (tazminat borçlusunun) rızası ve hatta bilgisi dışında gerçekleştiğinden, borçlunun durumunun sırf halefiyet sebebiyle ağırlaştırılmaması gereklidir. Nitekim, bu görüşten hareketle, TBK'nda alacağın temlikinde borçlunun bundan zarar görmemesi için vazedilmiş bulunan hükümlerin (TBK.165, 167, 168), kıyasen halefiyete uygulanması doktrin tarafından kabul edilmiştir (16) (17).

b. Sigorta ettiren ile zarar sorumlusu arasındaki hukuki ilişkinin ticari iş niteliğini taşıyıp taşımadığının tespiti, TTK.3 ve 21/II hükümleri ışığında yapılmalıdır.

TTK.3'e göre, TTK'da düzenlenen hususlarla, başka kanunlarda düzenlenmekle beraber, bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işler ticari iştir. Hükümde ticari iş ile kastedilen sadece sözleşmesel ilişkiler olmayıp, haksız

(15) Nitekim Y.11.HD., 10.11.1994 tarihli ve E.1994/2242 K.1994/7490 sayılı kararında, sigortalısına ödemede bulunarak TTK.1301 gereği rücu hakkını kullanan sigorta şirketinin halef sıfatı davrandığını ve dolayısıyla ancak asılın sahip bulunduğu hak ve yetkilere sahip olabileceğini belirtmiştir (YKD. Mart 1995, C.21, S.3, s.425-429).

(16) bkz. Omağ, 141 ve aynı sayfa dñn. 147'de anılan yazarlar.

(17) Nitekim Yargıtay'ın 17.1.1972 tarihli ve E.2 K.1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, 31.3.1954 tarihli içtihadı birleştirme kararına atıfta bulunularak; "sigortacı sigortalıya ödediği tazminat nisbetinde sigortalının yerine geçer ve onun halefi olur. Sigortalı, kendisine halef olan sigortacıya, sahip olduğu hak ve salahiyetlerden daha fazlasını devredemeyeceği gibi; iş bu halefiyet kaldesi, sigortalının zararından sorumlu bulunan kişilerin hukuki durumlarını ağırlaştırmaz" denilmiştir (karar için bkz. Eriş, 1261-1266).

fiiller de ticari iş sayılabilmektedir. TTK.21/II'ye göre ise, taraflardan birisi için ticari iş niteliğinde olan mukaveleler, kanunda aksine hüküm olmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılacaktır.

Akidlerin yanı sıra haksız fiiller de ticari iş sayılabileceğinden, sigorta ettiren ile zarar sorumlusu arasındaki hukuki ilişkinin nereden kaynaklandığının tespiti gereklidir:

aa. Sigorta ettiren ile zarar sorumlusu arasındaki hukuki ilişki bir akidden kaynaklanıyorsa, işin ticari sayılmasında iki ihtimal söz konusudur:

aaa. Bu akid TTK'nda düzenlenmişse ya da her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendiriyorsa (TTK.3 uyarınca) ticari iş kabul edilecektir (18).

bbb. Söz konusu akid başka bir kanunda düzenlenmiş ve taraflardan yalnızca birinin ticari işletmesini ilgilendiriyorsa (TTK.21/II uyarınca) her iki taraf için de ticari iş sayılacaktır (19).

Akdi ilişkinin ticari iş sayıldığı bu hallerde, sigorta ettirene halef olan sigortacı da reeskont faizi oranı üzerinden temerrüd faizi isteyebilecektir (20).

bb. Sigorta ettiren ile zarar sorumlusu arasındaki hukuki ilişkinin bir haksız fiilden kaynaklanması halinde ise, doktrindeki çoğunluğun ve Yargıtay'ın görüşüne göre üçlü bir ayırım yapmak gerekecektir:

aaa. Haksız fiil TTK'da düzenlenmiş ise (örneğin, haksız rekabet ve çatma durumunda) TTK.3 uyarınca haksız fiil ticari iş sayılacak ve sigorta ettirene halef olan sigortacının reeskont faizi üzerinden temerrüd faizi isteyebileceği kabul edilmektedir.

bbb. Haksız fiilin, TTK'da düzenlenmemiş olmakla beraber, her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendirilmesi durumunda, yine TTK.3 uyarınca haksız fiil ticari iş kabul edilecektir (21). Bu durumda da, sigorta ettirene halef olan sigortacı reeskont faizi üzerinden temerrüd faizi isteyebilecektir (22).

(18) bkz. YHGK. 8.3.1995 E.1995/11-61 K.141 (İKİD. Eylül 1995, S.417, s.11316).

(19) Nitekim YHGK'nun 13.11.1991 tarihli ve E.1991/11-303 K.1991/567 sayılı kararında; tacir sıfatını haiz iradeye ait trenle yolculuk yapmak için trene binerken düşerek zarara uğrayan kişinin talep edebileceği faizin tayininde, zararın taşıma sözleşmesinden doğduğu kabul edilmiş ve TTK.21/II uygulanarak, iş her iki taraf için de ticari sayılmış; sonuç olarak da reeskont faizi oranı üzerinden temerrüd faizi istenmesi haklı görülmüştür (YKD. Mart 1992, S.3, s.349).

(20) Y.12.HD. 2.6.1994 tarihli ve E.1994/6864 K.1994/7254 sayılı kararında, alacağı temlik eden bakımından, alacağın dayanağı olan akdin ticari iş niteliğinde olması halinde, TTK.21/II uyarınca bu işin diğer taraf için de ticari iş sayılacağını ve alacağı temellük eden kişinin de, halef sıfatıyla reeskont faizi isteyebileceğine hükmetmiştir (YKD. Kasım 1994, C.20, S.11, s.1793). Karar her ne kadar alacağın temlik sebebiyle verilmiş ise de, sigortacının halefiyetinin kanuni temlik vasfını taşıması sebebiyle konumuz bakımından da uygulanabilir.

(21) bkz. Y.11.HD. 9.5.1994 E.1994/84 K.1994/4050 (YKD. Ocak 1995, C.21, S.1, s.49); aynı yönde Y.11.HD. 20.2.1994 E.129 K.1427 (YKD. Mayıs 1995, C.21, S.5, s.753); Y.11.HD. 20.2.1995 E.1995/129 K.1995/1427 (YKD. Mayıs 1995, C.21, S.5, s.753).

(22) bkz. Y.11.HD. 9.10.1995 E.1995/5681 K.1995/7258 (YKD. Ocak 1996, C.22, S.1, s.44-45).

ccc. Haksız fiilin taraflardan sadece birisinin ticari işletmesini ilgilendirmesi durumunda ise, doktrindeki çoğunluk görüşüne ve Yargıtay'a göre, iş ticari sayılmayacaktır. Bu görüşün doğal sonucu olarak da, sigortacı halefiyete dayalı başvurusunda reeskont faiz oranı üzerinden temerrüd faizi talep edemeyecektir.

Bu sonucun yerinde olup olmadığının belirlenmesi için, öncelikle sonuca yol açan çoğunluk görüşünün ve Yargıtay'ın gerekçelerinin incelenmesi gerekmektedir.

Haksız fiilin taraflardan sadece birisinin ticari işletmesini ilgilendirmesi durumunda işin ticari sayılmayacağına ilişkin görüş, TTK.21/II'deki "mukaveleler" kelimesini dayanak almaktadır. Nitekim, bu görüşe göre, taraflardan birisi için ticari iş mahiyetinde olan mukavelelerin diğer taraf için de ticari sayılacağını belirten TTK.21/II'deki "mukaveleler" kelimesi, bu kuralın haksız fiillerde uygulanmasını imkansız kılmaktadır (23). Yargıtay da, aynı gerekçelerle, aynı sonuca varmaktadır (24). Bu durumda, işin her iki taraf için de ticari iş sayılmaması karşısında 3095 s.K.'un 2/III. maddesinin uygulanma imkanı da kalmayacaktır.

Kanaatimce, çoğunluk ve Yargıtay tarafından ileri sürülen görüş, yerinde değildir ve adaletsiz sonuçlara yol açacak bir niteliktedir. Çoğunluğun ve Yargıtay'ın görüşünün değerlendirilebilmesi için TTK.3 ve TTK.21/II'nin ayrı ayrı ele alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Her şeyden evvel, TTK.3 çok geniştir. Yalnızca hukuki işlemleri değil, haksız fiilleri de kapsayacak genişlikte yazılmıştır. Zira, bu maddeye göre, bir ticari işletmeyi ilgilendiren "bütün muamele, fiil ve işler" ticari sayılmıştır (25). Haksız fiillerin, özel olarak TTK'da düzenlenmiş olanların dışında, genel olarak TBK'da, diğer bir deyişle TTK'nun dışında düzenlenmiş olduğu ve TTK.3'deki "TTK'da düzenlenmiş bulunan işler ticari işler" kıstasına uymadığı açıktır. Ancak TTK.3'de yer alan ikinci kıstasa göre, bir ticari işletmeyi ilgilendiren haksız fiiller de ticari iş sayılacaktır. O halde, bir ticari işletmenin işletilmesi sırasında bir haksız fiilin işlenmesi durumunda, örneğin, ticari işletmeye ait aracın bir başka şahsın aracına çarpması halinde, bu haksız fiil de, TTK.3'deki ikinci kıstasa göre ticari iş sayılacaktır.

TTK.21/II'de ise, taraflardan biri için ticari iş mahiyetinde olan mukavelelerin yanında aksine bir hüküm bulunmadıkça diğer taraf için de ticari iş sayılacağı hükmü mevcuttur. Hükümde sadece "mukavelelerden" bahsedilip, haksız fiillerden hiç söz edilmemesi gayet doğaldır. TTK.21'de esas itibarıyla düzenlenen husus tacirlerin yaptıkları sözleşmelerdir. TTK.21/II'de tacirlerin yaptıkları

(23) Arkan, 73; İmregün, 21; Karayalçın, 145; Baştuğ/Erdem, 52; Poroy/Yasaman, 60; Mimaroglu, 85.

(24) bkz. Y.11.HD. 10.11.1994 E.1994/2242 K.1994/7490 (karar ve muhalefet şerhi için bkz. YKD. Mart 1995, C.21, S.3, s.425-429).

(25) Türk, 27.

sözleşmelerin ayrıca düzenlenmesi ihtiyacının duyulması, bu sözleşmelerin hukuki niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bilindiği üzere sözleşmeler, çok taraflı hukuki işlemler içinde yer alırlar ve iki taraflı hukuki işlemleri teşkil ederler. TBK.1'de de belirtildiği üzere, bir sözleşme karşılıklı irade beyanlarından meydana gelir. İki tarafın irade beyanlarının birleşmesi ile meydana gelen bir hukuki işlemin taraflardan birisi için adı diğer taraf için ticari iş olması mümkündür. Böyle bir durumun ise TTK. ile amaçlanan ticari hayatta sürat, güvenlik ve istikrarı bozma tehlikesi mevcuttur. Bu nedenle irade beyanlarının birleşmesi ile ortaya çıkan işlemi tek bir düzene tabi tutmak gerekmektedir. Kanun koyucu bu sebeple TTK.21/II'de sadece sözleşmeleri gözönünde tutmuştur (26). Haksız fiil için yasa koyucu, tacir olmayanlar hakkında bir düzenlemeye gerek duymamıştır (27). Nitekim, TTK.1462 hükmünde de, "bu kanundan gayri olan ticari hükümlerde geçen ticari muamele, mevaddı ticariye, ticari mukavele sözleri, bu kanunun 3. maddesindeki ticari işleri anlatır" demek suretiyle, TTK.21/II'nin sözleşme-haksız fiil ayrımı yapmak istemediği açıkça ifade edilmiştir (28).

Konuya 3095 s.K. açısından baktığımızda da aynı sonuca ulaşmamız mümkündür. YHGK tarafından da belirtildiği üzere, "reeskont faiz oranı üzerinden ödenecek temerrüd faizi, zararın geç tazmin edilmesinden doğan sakıncaları en aza indirecek bir faiz oranıdır. Adaletin asıl amacı, haksız veya sözleşmeye aykırı davranış sebebiyle bozulan düzeni tekrar sağlamak ve bu şekilde tarafları bu eylemin olmasından önceki duruma getirmek olmalıdır. Ayrıca gerek TTK'nun ve gerekse 3095 s.K.'un aize ilişkin hükümleri, tefsiri nitelikte olduğundan, bu hükümlerden yararlanılırken, yasa hükümlerinden hayatın gerçeklerine en uygun olanının seçilmesi ve uygulanması, uygulamacıya düşen bir görevdir (29). Hal böyle olunca, 3095 s.K.'un 2/III. maddesinin uygulanmasında da, haksız fiiller bakımından takınılacak tavrın yukarıdaki izahatlara uymasının gerektiği açıktır.

Sonuç itibarıyla, kanaatimce, haksız fiillerin hangi halde ticari iş sayılacağı TTK.3 hükmüne göre belirlenebilir ve bu hususta TTK.21/II hükmünün uygulanma alanı yoktur. Bir ticari işletmeyle ilgili haksız fiiller, o ticari işletme bakımından ticari iştir ve zarar gören kişi, 3095 s.K.2/III hükmüne göre reeskont faizi talep edebilir. Bu sonuç, haksız fiillerde herkesin kendi fiiline bağlanması ilkesine de uygundur. Bu durumda, zarar görene (sigorta ettirene) halef olan sigortacının da reeskont faizi isteyebilmesi kabul edilmelidir.

C. Sigortacının yabancı para alacağına yürütülecek temerrüd faizini isteyebilmesi

3095 s.K.'un 4/a maddesi hükmüne göre, yabancı para borcunun faizinde

(26) Arslanlı, 24.

(27) bkz. Eriş, 23 no.lu dipnotta anılan karara ilişkin muhalefet şerhi; bu hususta geniş açıklama için bkz. Tekil, 48-49.

(28) Domanıç, 183.

(29) YHGK. 13.11.1991 E.1991/11-303 K.1991/567 (YKD. Mart 1992, C.18, S.3, s.349 vd.).

(kastedilen temerrüd faizidir) Devlet bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanacaktır.

Y.11.D., 10.3.1997 tarihli kararında, sigorta ettirene yabancı para üzerinden ödemede bulunan sigortacının, rücu talebinde yabancı para üzerinden ödeme yapılmasını isteyebileceğini ve temerrüd faizinin de 3095 s.K.'un 4/a maddesine göre hesaplanması gerektiğini belirtmiştir (30). Karradan anlaşıldığı kadarıyla, sigortacının tazminat ödemesine yol açan riziko, taşıma akdi muvacehesinde taşınan malların noksan ve hasarlı olarak teslimi şeklinde gerçekleşmiş ve bu taşımayı teminat altına almış bulunan sigortacı da dolar üzerinden ödeme yapmıştır. Kararda, davacı sigorta şirketinin "dosyaya sunulan belgelere göre" dolar üzerinden ödeme yaptığının anlaşıldığından sözedilmekle beraber; bu belgelerin neler olduğu ve hangi hukuki sebebe dayanıldığı açıklanmış değildir.

Kanaatimce, burada bir ayırım yapılmak gerekmektedir:

a. Şayet sigorta ettiren (taşıtan) ile sarar sorumlusu (taşıyan) arasındaki hukuki ilişkide (taşıma sözleşmesi uyarınca), sigorta ettirenin dolar üzerinden tazminat talebine hakkı varsa; bu hak TTK.1301 ya da TTK.1361 gereği sigortacıya intikal edeceğinden Yargıtay'ın verdiği karar doğrudur. Sigortacı zarar sorumlusundan, rücuen, yabancı para üzerinden ödeme yapmasını isteyebilecek ve temerrüd faizi de 3095 s.K.'un 4/a hükmüne göre hesaplanacaktır. Bu sonuçta halefiyetin temel prensiplerine aykırı bir yön yoktur.

b. Ancak, sigorta ettirenin zarar sorumlusu ile hukuki ilişkisinde yabancı para üzerinden tazminat talebine hakkı olmadığı bir durumda, sigorta ettiren ile sigortacı arasındaki sigorta akdinin yabancı para üzerinden yapılmış olması, sigortacıya, rücuen, yabancı para ve 3095 s.K.'un 4/a hükmüne göre hesaplanacak temerrüd faizi talep etme hakkını veremez. Aksi halde, zarar sorumlusunun durumu halefiyet sebebiyle ağırlaştırılmış olacaktır ki, daha önce temas ettiğimiz gibi, halefiyette bu sonuç kabul edilemez.

IV. Sonuç

Sigorta ettirenin zararını tazmin eden sigortacının, zarar sorumlusundan temerrüd faizi talep etme hakkının halefiyete dayandığı açıktır. Ancak, halefiyetin tüm sonuçlarını olduğu gibi uygulamak suretiyle temerrüd faizi talep etme hakkının uygulamada ortaya çıkardığı sorunları çözmenin mümkün olmadığı da görülmektedir.

Sigortacının halefiyete dayalı başvurularında temerrüd faizi talep etme hakkının koşullarını ve muhtevasını, TTK.1301 ve 1361 ile düzenlenmiş bulunan halefiyetin sigorta hukuku bakımından amaçları ve arzettiği özellikleri dikkate almak suretiyle değerlendirmek gerekmektedir.

Sigorta hukukunda sigortacıya tanınmış bulunan halefiyet hakkının amaçlarından hareketle, temerrüd faizi hakkında şu sonuçlar belirlenebilir:

1. Sigortacının zarar sorumlusundan talep edebileceği temerrüd faizinin başlangıç tarihi, sigortacı tarafından sigorta ettirme ödeme yapılan tarihtir.
2. Zararın gerçekleştiği tarih ile sigortacının ödeme yaptığı tarih arasındaki dönem için sigorta ettirenin zarar sorumlusundan temerrüd faizi isteyebileceği kabul edilmelidir.
3. Sigortacının zarar sorumlusundan talep edebileceği temerrüd faiz oranı, sigorta ettiren ile zarar sorumlusu arasındaki hukuki ilişkiye göre değişiklik arzedecektir:

A. Sigorta ettiren ile zarar sorumlusu arasındaki akdi ilişkide kararlaştırılmış bulunan temerrüd faiz oranı, sigortacı tarafından talep edilebilir;

B. Sigorta ettiren ile zarar sorumlusu arasındaki akdi ilişkide temerrüd faiz oranının kararlaştırılmadığı ya da zararın haksız fiilden kaynaklandığı hallerde ise sigortacı, işin ticari olması halinde 3095 s.K.'un 2/III. maddesi uyarınca, reeskont faiz oranı üzerinden temerrüd faizi talep edebilecektir. İşin ticari olmasında, TTK.3'den hareket etmek ve doktrindeki çoğunluğun ve Yargıtay'ın görüşünün aksine, TTK.21/II'yi nazara almamak, amaca ve hakaniyete de uygun düşecektir.

C. Hukuki ilişkide sigorta ettirenin zarar sorumlusundan yabancı para ve 3095 s.K.'un 4/a maddesine göre faiz talep edebileceği durumda; sigorta ettiren ile sigortacı arasındaki sigorta sözleşmesi de yabancı para üzerinden yapılmış olmak kaydıyla, sigortacıya 3095 s.K.'un 4/a hükmüne dayanarak temerrüd faizi talep etmek imkanı tanınmalıdır.

KISALTMALAR

- Bkz : bakınız
BATİDER : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
C : cilt
dpn : dipnot
E : esas
HD : Hukuk Dairesi
İKİD : İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi
K : Karar
S : sayı
s : sayfa
SGŞ : Sigorta Genel Şartları
TBK : Türk Borçlar Kanunu
TD : Ticaret Dairesi
TTK : Türk Ticaret Kanunu
Y : Yargıtay
YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD : Yargıtay Kararları Dergisi
vd. : ve devamı
3095 s.K. : Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizi Hakkında Kanun

KAYNAKLAR

- 1) Arkan Sabih; Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1997.
- 2) Arseven Haydar; Sigorta Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1991.
- 3) Arslanlı Halil; Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, 2. Baskı, İstanbul 1959.
- 4) Atabek Reşat; Sigorta Hukuku, İstanbul 1950.
- 5) Baştuğ İrfan / Erdem Ercüment; Ticari İşletme Hukuku (Ders Notları), Ankara 1993.
- 6) Bozer Ali; Sigorta Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1996.
- 7) Domaniç Hayri; Ticaret Hukuku'nun Genel Esasları, Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul 1988.
- 8) Eren Fikret; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.III, 4. Baskı, İstanbul 1994.
- 9) Eriş Gönen; Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, C.I, Ankara 1992.
- 10) Feyzioğlu Feyzi Necmeddin; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 1977.
- 11) Franko Nisim; Yargıtay Kararları Açısından Zararı Ödeyen Sigortacının Üçüncü Şahsa Rücu Hakkı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, V, Ankara 1988, s.45 vd.
- 12) İmregün Oğuz; Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 9. Baskı, İstanbul 1991.
- 13) Karayalçın Yaşar; Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara 1968.
- 14) Kender Rayegan; Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, I, 5. Baskı, İstanbul 1995.
- 15) Kender Rayegan; Sigorta Tazminatını Ödeyen Sigortacının, Sigortalısının Yerine Geçmesi Meselesi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, VIII, Ankara 1991.
- 16) Kılıçoğlu Ahmet M.; Türk Borçlar Hukuku'nda Kanuni Halefiyet, Ankara 1979.
- 17) Mimaroglu Sait Kemal; Ticaret Hukuku, C.I, İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1970.
- 18) Omağ Merih K.; Türk Hukuku'nda Sigortacının Kanuni Halefiyeti, İstanbul 1983.
- 19) Poroy Reha / Yasaman Hamdi; Ticari İşletme Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1997.
- 20) Tandoğan Haluk; Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963.
- 21) Tekil Fahiman; Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1997.
- 22) Tekinay S. Sulhi / Akman Sermet / Burcuoğlu Haluk / Altop Atilla; Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- 23) Türk Hikmet Sami; Sigortacının Temerrüdü Ne Zaman Başlar? Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XII, Ankara 1995.
- 24) Ulaş Işıl; Uygulamalı Sigorta Hukuku, Ankara 1992.

II. MAKALE

Makale Konusu :

ZORUNLU TRAFİK SİĞORTASININ KAPSAMI VE HATIR TAŞINMASI İLE
ARACIN HATIR İÇİN KARŞILIKSIZ VERİLMESİNİN BU SİĞORTA
KAPSAMINDA OLUP OLMADIĞI SORUNU

Makaleyi Hazırlayan :

Doç. Dr. Samim ÜNAN
İ.Ü. Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi

Karayolları Trafik Kanunu (KTK) m.85 fk.1, bir motorlu aracın işletilmesinden kaynaklanan ölüm, yaralanma ve eşya zararları için tehlike sorumluluğu (veya ağırlaştırılmış objektif sorumluluk) öngörmüştür. İşleten, KTK m.85 fk.1'de düzenlenen bu sorumluluktan ancak işletilme halindeki aracın karıştığı kazanın (zarar doğuran olayın) mücbir sebepten, zarar görenin ağır kusurundan veya üçüncü kişinin ağır kusurundan kaynaklandığını kanıtlayarak kurtulabilir (KTK m.86 fk.1). Burada kanun işletenin sadece illiyet bağının kesilmesine yol açan bazı hallerde sorumluluktan kurtulabilmesine imkan tanımış, objektif özen ödevinin yerine getirildiği ispatlanarak sorumluluktan kurtulma yolunu ise kapatmıştır.

Bu sebeple, işleten, kazayı önlemek hususunda kendisinden beklenen özen ödevini (mesela şöförüne nezaret etme) yerine getirmemekte bir kusuru olmadığını (mesela nezaret ödevini hastanede bilingsiz durumda yatıyor olduğu için ifa edemediğini) ortaya koysa dahi, sorumlu tutulacaktır.

KTK'nda düzenlenen tehlike sorumluluğu, motorlu aracın işletilmesinden kaynaklanan bütün zararları her durumda kapsamamaktadır.

Nitekim, kenar başlığı "Genel Hükümlerin Uygulanması" olan KTK m.87'ye göre:

- Yaralanan veya ölen kişi hatır için karşılıksız taşınmakta ise,
- Motorlu araç yaralanan veya ölen kişiye hatır için karşılıksız verilmiş bulunuyorsa,
- Motorlu araca gelen zararlar için araç işleteninin araç malikine karşı sorumluluğu
- (Zarar gören kişinin beraberindeki bagaj ve benzeri eşya hariç olmak üzere) Araçta taşınan eşyanın uğradığı zararlardan sorumluluk genel hükümlere tabi kılınmıştır.

Öte yandan, KTK m.107 fk.2 uyarınca, çalınan veya gasbedilen bir motorlu araca bu vaziyeti bilerek binen yolculara karşı sorumluluk dahi genel hükümlere tabidir.

Aynı şekilde, KTK m.90 uyarınca, manevi tazminat konusunda da Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Acaba, sorumluluğun genel hükümlere tabi olması hangi anlama gelmektedir?

Kanımızca bu ifadeden maksat, anılan hallerde KTK'nun özel bir düzenleme getirmemiş olduğu, bu halleri KTK'nun uygulanmasından hariç bıraktığıdır. İşletenin sorumluluğunun baştan sona KTK'nda düzenlenmediği ayrıca kanunun 92. maddesinin c bendi hükmünden de anlaşılmaktadır. Söz konusu hükümde "İşletenin bu kanun uyarınca sorumlu tutulmadığı şeye gelen zararlar" ifadesi mevcuttur. Bu ifadeden maksat "İşletenin başka kanunlar uyarınca sorumlu olduğu eşya zararları"dır. Hüküm, mehzaz İsviçre Karayolları Trafik Kanunu (Loi sur la circulation routière-LCR) art.63 al.3 lit c'den alınmıştır. İsviçre Kanunu'nun ifadesi gayet açıktır: "les prétentions pour dommages matériels, lorsque la responsabilité civile du détenteur n'est pas régie par la présente loi" (= işletenin sorumluluğunun bu kanunda düzenlenmediği maddi zararlara ilişkin talepler).

KTK, işletenin sorumluluğu için sorumluluk sigortası yaptırılmasının zorunlu olduğunu hükme bağlamıştır. Bu sigortanın kapsamı KTK m.91 fk.1'de şu şekilde belirtilmiştir: "İşletenlerin bu kanunun 85. maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur". (Madde metnindeki "mali" sözü tamamen fuzulidir; sadece sorumluluk sigortası denmesi yeterlidir).

KTK m.85 fk.1, yukarıda da belirttiğimiz gibi, motorlu araç işleteninin tehlike esasına dayanan sorumluluğunu düzenlemektedir. KTK m.91 fk.1 zorunlu sigortanın yalnızca KTK m.85 fk.1'den kaynaklanan sorumluluk için yaptırılacağını öngörmüş olduğundan, işletenin KTK m.85 fk.1 dışında kalan sorumluluğunun sigorta kapsamına alınması şart değildir. Bununla birlikte, bir sigorta sözleşmesinin işletenin sorumluluğunu KTK'nda düzenlenenden daha geniş bir şekilde koruma altına alması da şüphesiz mümkündür. Sigorta sözleşmesinin kapsamı kural olarak taraflarca sözleşme özgürlüğü ilkesi dairesinde serbestçe belirlenir. KTK m.91 fk.1'in anlamı sadece şudur: işletenin sorumluluğunu KTK'nda düzenlenmiş olduğu şekliyle kapsayan bir sorumluluk sigortası, kanunda öngörülen zorunlu sigorta şartını yerine getirmek bakımından yeterlidir.

KTK m.91 fk.1'in "hangi hususların sorumluluk sigortası kapsamında olacağına" dair düzenlemesinin yanı sıra, "zorunlu mali sorumluluk sigortası dışında kalan hususlar" kenar başlıklı KTK m.92 "sigortanın hangi hususları kapsamadığını" (sigortacılık alanında alışılmış olan tabirle "istisnaları") belirtmektedir. KTK m.92 mutlak ifadeli bir madde olmasına rağmen, bu maddede sayılan hususların mutlaka (yani genel şartlar veya özel şartlar aksini öngörse dahi) sigorta dışında kalacakları sonucuna varılmamalıdır. KTK m.92 hakkında da KTK m.91 fk.1 için

yaptığımız yorum geçerlidir. Yani, buradaki düzenlemeden amaç da sadece bir sigortanın kanunda öngörülen zorunlu trafik sigortasına ilişkin şartları yerine getirmiş sayılıp sayılmayacağını saptamaktır. Başka bir anlatıyla, KTK m.92'de sayılan hususları koruma haricinde bırakan bir sigorta, KTK'nun aradığı şartlara uygun bir trafik sorumluluğu sigortası addedilecektir. Bu açıklamalarımız ışığında, KTK m.92'nin başlangıcının "aşağıdaki hususlar zorunlu trafik sigortasının kapsamı dışındadırlar" şeklinde değil, fakat "... kapsamı dışında bırakılabilirler" şeklinde olması daha uygun düşerdi.

Şu halde, KTK m.92'de sayılan hususlardan birini veya birkaçını hariç bırakmayan bir sigorta sözleşmesi -yine sözleşme özgürlüğü ilkesi doğrultusunda- hiç şüphesiz geçerlidir.

Kaldı ki, KTK m.92'de sayılan bazı istisnalar Türk Hukuku'nda zaten sigortanın kapsamına dahil bulunmamaktadırlar. Başka bir anlatıyla bunları istisna etmek için kanunda (ve/veya genel şartlarda) ayrı bir hüküm sevketmeye gerek yoktur. Bilindiği gibi, bir istisna hükmünün anlam taşınması için, istisna edilen hususun, o istisna hükmü olmasaydı kuvertüre dahil bulunacak olması gerekir. Zaten kuvertür dışında kalan bir hususun ayrıca istisna hükümleri arasında sayılması ise tamamen fuzulidir. KTK m.92 bent a'da böyle tamamen fuzulî bir istisna öngörülmüştür (bu fuzulî istisna her nasılsa genel şartlarda da mevcuttur, bkz. Trafik Sigortası Genel Şartları m.3 bent f). Bu gereksiz hüküm aynen şöyledir: "İşletenin bu kanun (yani KTK) uyarınca eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere karşı yöneltebileceği talepler". Türk Hukuku'nda trafik sigortası sadece işletenin sorumluluğunu kapsar. Başka kimselerin sorumluluğu sigorta kapsamı dışındadır. Bu sebeple, işletenin başka kimselere yönelteceği talepler böyle bir istisna hükmüne gerek olmaksızın esasen sigorta kuvertürü dışında kalır. Söz konusu istisna kanunumuzun me hazı olan İsviçre'de anlam ifade eder, çünkü İsviçre Hukuku'nda trafik sigortası sadece işletenin sorumluluğunu değil, fakat bu kimsenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin sorumluluklarını da kapsamaktadır (Loi sur la circulation routière-LCR art.63 al.2 : L'assurance couvrira la responsabilité civile du détenteur et celle des personnes dont il est responsable au sens de la présente loi). Yani, işleten tarafından yaptırılan sigorta aynı zamanda hem kendi (işleten) hesabına hem de başkası (işletenin eylemlerinden sorumlu bulunduğu kimseler) hesabına sigorta niteliğindedir. Bir trafik kazasında yaralanan işletenin, kusuruyla o kazaya yol açmış olan kendi şoförüne karşı tazminat alacağı doğmuş ise, bu hal İsviçre'de açıkça istisna edilmediği takdirde trafik sigortası kapsamında olacaktı. Ancak İsviçreliiler, bu halin trafik sigortası kapsamında olmasını zorunlu görmemişler ve ek prim karşılığında kuvertüre dahil edilmesine imkan hazırlamak üzere Trafik Kanunu'nda (LCR) bunun kapsam dışında bırakılabileceğine dair açık hüküm koymuşlardır (LCR art.63 al.3 lit.a). Bu hüküm daha sonra Türk Hukuku'na geçmiştir. Ancak, bizim kanuna LCR art.63 al.2 alınmadığı ve dolayısıyla bizde işletenin eylemlerinden sorumlu bulunduğu kişilerin sorumlulukları trafik

sigortasına dahil bulunmadığı için, bu istisnanın hiçbir rolü yoktur.

KTK m.92 bent c, bent e ve bent f'de sayılmış olan istisnalar da kanımızca gereksizdir. Çünkü, bu istisnaların hepsi işletenin KTK hükümleri uyarınca değil, fakat başka hükümlere müsteniden sorumlu olduğu hallere ilişkindir (KTK m.92 bent c, işletenin KTK çerçevesinde değil, fakat başka hükümlere göre sorumlu olduğu eşya zararlarını; bent e, taşıma konusu eşyaya gelen zararları ve bent f'de manevi tazminata ilişkin talepleri sigorta koruması dışında bırakmaktadır. Kaldı ki, KTK bent c ile bent e aşağı yukarı aynı anlama gelmektedir). KTK zorunlu sigortayı KTK'da düzenlenen sorumluluk için öngördüğü cihetle KTK dışındaki hükümlerden kaynaklanan sorumluluk hallerini istisna etmeye gerek kalmamaktadır.

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi, bir sigorta sözleşmesinin hangi rizikolara karşı, hangi genişlikte koruma sağlayacağını taraflar serbestçe belirleyebilirler. Özellikle, tarafların KTK'nda çizilen sınırdan daha geniş bir koruma öngörmeleri mümkün ve geçerlidir. Acaba, Trafik Sigortası Genel Şartları -ki taraflar arasında sözleşme hükmü niteliğindedir- açısından durum nasıldır?

Trafik Sigortası Genel Şartları m.1, sigortanın kapsamını şu şekilde belirtmiştir: "Sigortacı bu poliçede tanımlanan motorlu aracın işletilmesi sırasında bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermiş olmasından dolayı, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre işletene düşen hukuki sorumluluğu, zorunlu sigorta limitlerine kadar temin eder". Bu ifadeden çıkan sonuç, trafik sigortasının sadece KTK'dan kaynaklanan sorumluluk için güvence temin ettiğidir (Öte yandan, işletenin KTK'nda düzenlenen sorumluluğu bütünüyle sigorta koruması altına alınmış da değildir. Nitekim, Trafik Sigortası Genel Şartları m.1 fk.1 hükmü işletenin sadece işletilme halindeki araçların yol açacağı zararlar sebebiyle sorumluluğunun kuvertüre dahil olduğunu belirtmektedir. Şu halde işletilme halinde olmayan araçların sebep olabilecek zararlardan sorumluluk bu sigortaya dahil bulunmamaktadır. Oysa işletilme halinde olmayan araçların yol açtığı zararlardan sorumluluk KTK'nda özel olarak düzenlenmiştir; başka bir anlatıyla bu sorumluluk KTK dışında kalmamaktadır).

Buna karşılık, Motorlu Kara Taşıtları İhtiyari Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m.1'de sigortanın sadece işletenin KTK'dan kaynaklanan sorumluluğunu değil, fakat aynı zamanda -kanımızca isabetli olarak- Genel Hükümlerden kaynaklanan sorumluluğunu da kapsayacağı açıkça hükmü bağlanmıştır: "Sigortacı, işbu poliçede gösterilen aracın kullanılmasından doğan ve Karayolları Trafik Kanunu'na ve Umumi Hükümlere göre aracın işletenine terettüp eden hukuki sorumluluğu ... temin eder". Bu ifade karşısında, hatır taşımaları ile aracın hatır için karşılıksız bırakılması hallerinin İhtiyari Trafik Sigortası kapsamında olduğu şüphesizdir.

Yukarıdaki saptamalarımız ışığında, "Sigorta dışında kalan haller" kenar başlıklı

Trafik Sigorta Genel Şartları m.3'te yer alan birçok istisna hükmünün, aslında lüzumsuz olduğunu vurgulamamız gerekir.

Trafik Sigortası Genel Şartları m.3 bent a, işletilme halinde olmayan araçların sebep olacağı zararları kuvertür dışında bırakmaktadır. Her ne kadar işletilme halinde olmayan araçlarla ilgili sorumluluk KTK m.85 fk.2'de özel olarak düzenlenmişse de, Trafik Sigortası Genel Şartları m.1 fk.1, bu sigortanın işlerlik kazanması için işletilme halindeki bir aracın zarara sebep olmasını şart koştuğundan, istisna hükmü gereksizdir. Şayet Sigorta Genel Şartları m.1 fk.1, "aracın işletilme halinde olması" şartına yer vermeseydi ve sigortanın sadece "KTK'na göre işletene düşen hukuki sorumluluğu temin ettiğini" hükme bağlamakla yetinse idi, vaziyet farklı olurdu. Ancak, şunu da altını çizerek vurgulayalım: işletilme halinde olmayan bir motorlu aracın yol açtığı zararlardan sorumluluğun trafik sigortası kapsamında olmaması KTK'na aykırı bulunmamaktadır, çünkü KTK m.91 fk.1, sigorta zorunluluğunu sadece işletenin KTK m.85 fk.1'de düzenlenen sorumluluğu için öngörmüştür. İşletilme halinde olmayan araçlar dolayısıyla sorumluluk ise KTK m.85 fk.1'de değil, aynı maddenin 2. fıkrasında yer almaktadır.

Trafik Sigortası Genel Şartları m.3 bent b, işleten tarafından ileri sürülecek tazminat taleplerini koruma dışında bırakmaktadır. Trafik Sigortası esasen işletenden başka bir kimsenin sorumluluğunu koruma altına almadığı için, bu istisnanın anlamı yoktur. Tamamen fuzulidir.

Trafik Sigortası Genel Şartları m.3 bent c, işletenin eşinin, altsoy ve üstsoyunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri talepleri sigorta koruması dışında bırakmaktadır. Bu istisna KTK m.92 bent b'de de yer almıştır. Evvelce, aile fertlerinin ekonomik açıdan birlik oluşturdukları ve normal olarak da birbirlerine karşı tazminat talebinde bulunmadıkları düşüncesiyle bunların işletene yönelteceği her türlü talep sigortadan hariç bırakılıyordu. Son zamanlarda ise istisna sadece maddi zararlarla ilgili taleplere inhisar ettirilmiştir. İşletenin yakınları, KTK m.85 fk.1'e dayanarak talepte bulunabilirler. İsviçre Hukuku'nda da işletenin yakınlarının LCR art.58 uyarınca tazminat isteyebilecekleri kabul edilmektedir (1). Burada gerçek bir istisna hükmü mevcuttur; çünkü bu hüküm olmasaydı, Trafik Sigortası, işletenin KTK m.85 fk.1 uyarınca sorumlu bulunduğu eşya zararlarını kapsayacaktı. Bu zararlar bagaj vb. gibi işletene ait kaza yapan araçtaki eşyaların maruz kaldığı zararlar olabileceği gibi, kaza yapan aracın dışındaki eşyaya gelen zararlar da olabilir. Zarar görenin beraberinde bulunan eşya dışında araçta taşınan eşyanın uğradığı zarardan sorumluluk ise esasen genel hükümlere tabidir (yani KTK dışındadır).

Trafik Sigortası Genel Şartları m.3 bent d uyarınca, zarar görenlerin beraberinde bulunan bagaj ve benzeri eşya dışında araçta veya römorklarda taşınan

(1) Otfinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht-Band IV/2 Zürich 1989, § 26 Anm.95.

eşyanın uğrayacağı zararlardan dolayı işletene karşı ileri sürülecek talepler sigorta korumasına dahil değildir. KTK m.87 fk.2 işletenin araçta taşınan eşyanın uğradığı zarardan dolayı sorumluluğunun genel hükümlere tabi olduğunu hükme bağlamıştır. Şu halde, burada esasen KTK dışında (genel hükümlere tabi) bir hal söz konusudur. Bu itibarla KTK m.91 bent c ve bent e gereksizdir. Bunlardan esinlenilerek sevkediildiği anlaşılan Trafik Sigortası Genel Şartları m.3 bent d de lüzumsuzdur. Aynı sonuç, römorklarda taşınan eşya bakımından da varittir. KTK m.102 fk.1 bir römork veya yarı römorkun yahut çekilen bir aracın sebep olduğu zarardan dolayı çekicinin işleteninin motorlu araç işletenin sorumluluğuna ilişkin hükümlere göre sorumlu tutulacağını belirtmektedir. Bu itibarla vaziyet değişmemekte, römorkta taşınan eşya için sorumluluk da genel hükümlere tabi bulunmaktadır.

Trafik Sigortası Genel Şartları m.3 bent e, manevi tazminat taleplerinin sigorta dışında olduğunu belirtmektedir. Bu sonuç, anılan hüküm hiç mevcut olmasa idi, yine değişmeyecekti çünkü, KTK m.90 uyarınca manevi tazminat konusunda Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Başka bir ifade ile burada KTK'na tabi (bu kanunda düzenlenmiş) bir sorumluluk söz konusu değildir. Dolayısıyla KTK m.92 bent f ve onu tekrar eden Trafik Sigortası Genel Şartları m.3 bent e de fazulidir.

Trafik Sigortası Genel Şartları m.3 bent f, işletenin KTK uyarınca eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere karşı yöneltebileceği talepler hususunda bir istisna öngörmüştür. KTK m.92 bent a'dan aynen alınan bu hükmün bizim hukukumuzda herhangi bir önem ve anlamı olmadığını yukarıda açıklamıştık. Oraya atıfla yetiniyoruz.

Trafik Sigortası Genel Şartları m.3 bent g, işletenin aracına veya bu araç vasıtasıyla çekilen römorklara ve yarı römorklara veya çekilen araçlara gelecek zararlar nedeniyle ileri sürülecek taleplerin kuvertür dışında olacaklarını belirtmektedir. İşletenin aracına gelecek zararlar için işleten -araç malikinin başka bir kişi olması durumunda- malike karşı sorumluluk altına girebilirse de, KTK m.87 fk.1 bu sorumluluğun "genel hükümlere tabi" yani KTK dışında olduğu kuralını öngörmüştür. Bu itibarla söz konusu ihtimal, sadece KTK'da düzenlenen (KTK'na tabi) sorumluluğu kapsayan Trafik sigortasına esasen dahil değildir ve ayrıca istisna edilmesi zaittir. Öte yandan, KTK m.102 fk.1 gereğince "çekilen araçla ilgili sorumluluk genel hükümlere tabidir" (yani bu da KTK dışındadır). Trafik sigortası KTK'ndan kaynaklanmayan bu sorumluluğu genel şartların 1. maddesi uyarınca esasen kapsamadığı için, bu halin ayrıca istisna edilmesine gerek yoktur.

Trafik Sigortası Genel Şartları m.3 bent h, motorlu araçla ilgili mesleki faaliyetlerde bulunan teşebbüslere, gözetim, onarım, bakım, alım-satım, araçta değişiklik yapılması amacıyla veya benzeri bir amaçla bırakılan aracın sebep olacağı zararlara ilişkin her türlü talebin sigorta koruması dışında olduğunu

belirtmiştir. KTK m.104, motorlu araçlarla ilgili mesleki faaliyette bulunan teşebbüslerin sahibinin, gözetim, onarım, bakım, alım-satım, araçta değişiklik yapılması amacı ile veya benzeri bir amaçla kendisine bırakılan bir motorlu aracın sebep olduğu zararlardan dolayı işleten gibi sorumlu tutulacağını öngörmekte ve en önemlisi, aracın işleteninin ve araç için sorumluluk sigortası yapan sigortacının bu zararlardan sorumlu olmadığını açıkça hükme bağlamaktadır. Bu durumda, Trafik Sigortası Genel Şartları m.3 bent h'deki istisnanın hiçbir mana ve ehemmiyeti yoktur. Prof. Dr. Çağa'nın Türkçe'den Almanca'ya çevirdiği bir deyim ile anlatmak gerekirse bu hüküm "Kriegstechnikbedeutungslos"tur. Kanun koyucu, motorlu araçla ilgili mesleki faaliyette bulunanların "farazi işleten" sıfatıyla olan sorumluluklarını karşılamak üzere sorumluluk sigortası yaptırmalarını emretmiştir (KTK m.104 f.2). İhtiyaç, bu sigorta ile giderilecektir.

Trafik Sigortası Genel Şartları m.3 bent i, aracın yetkili makamların izniyle tertip olunan yarışlara katılması veya yarışlara katılan araçlara eşlik etmesi ile gösteride kullanılması sonucunda meydana gelecek zararları Trafik Sigortası'ndan istisna etmektedir. KTK m.105 f.1'e göre yarış düzenleyicileri, yarışa katılanların veya onlara eşlik edenlerin araçları ile gösteride kullanılan diğer araçların sebep olacakları zararlardan dolayı motorlu araç işletenin sorumluluğuna ilişkin hükümler uyarınca sorumludurlar. Bu kimseler KTK m.105 f.3 gereğince işleten gibi sorumluluk sigortası yaptırmakla yükümlüdürler. KTK, motorlu araçla ilgili mesleki faaliyette bulunan kimselerin kendilerine bırakılan aracın yol açtığı zararlar sebebiyle işleten gibi sorumlu olacaklarını hükme bağladıktan sonra, işleten ile işletenin sorumluluk sigortacısının bu zararlardan sorumluluk altına girmeyeceklerini açıkça öngörmüş bulunmasına rağmen; yarış düzenleyicileri hususunda aynı çözüme itibar etmemiştir. KTK'nda, yarış düzenleyicilerinin sorumlu olacağı hallerde işletenin ve sigortacısının sorumlu olmayacağına dair hüküm yoktur. Şu halde, bu yarışlara katılanlar şartları varsa KTK uyarınca ve tehlike sorumluluğu esasına göre yarış organizatörüne ek olarak sorumlu tutulabileceklerdir. İşletenin sorumluluk sigortacısının -işleten sorumlu olmasına rağmen- işlerlik kazanmaması ise, zarar görenlerin esasen KTK m.105 f.3 uyarınca tıpkı işleten gibi sigorta yaptıran yarış düzenleyicisinin sigortacısına -diledikleri takdirde doğrudan doğruya- başvurabilme imkanına sahip olmalarıyla izah edilmek gerekir. Belirtmek gerekir ki burada da gerçek bir istisna hükmü söz konusudur. Çünkü bu hüküm olmadığı takdirde, sigortacı, Trafik Sigortası Genel Şartları m.1 f.1 uyarınca yarış veya sorumluluklarını karşılamak zorunda kalırdı. KTK m.92 bent d, genel şartlardaki bu istisna hükmüne yeşil ışık yakmış ve trafik sigortasının böyle bir istisna içerebileceğini açıkça öngörmüştür.

Trafik Sigortası Genel Şartları m.3 bent j, çalınan veya gaspedilen araçların sebep oldukları ve KTK'na göre işletenin sorumlu olmadığı zararları ve aracın çalındığını veya gaspedildiğini bilerek binen kişilerin zarara uğramaları

nedeniyle ileri sürülecek talepler ile çalan veya gaspeden kişilerin taleplerini sigorta kuvertürü dışında bırakmıştır. KTK m.107 uyarınca işleten, kendisinin veya eylemlerinin sorumlu olduğu kişilerin aracın çalınmasında veya gaspedilmesinde kusurlu olmadığını ispat ederse, çalınan veya gaspedilen aracın yol açtığı zararlardan sorumlu tutulamaz, aksi haide sorumlu olur. Trafik Sigortası Genel Şartları m.3 bent j, evvela, işletenin sorumlu olmadığı hallerin sigorta kuvertürü dışında olacağını belirtmektedir ki, malumu ilamdan öteye hiçbir anlamı yoktur. Zaten başka türlü olamaz. İstisna hükmü ikinci olarak aracın çalındığını veya gaspedildiğini bilerek binen kişiler tarafından ileri sürülecek tazminat taleplerini koruma dışında tutmuştur. KTK m.107 fk.2 uyarınca aracın çalındığını veya gaspedildiğini bilerek binen kimselere karşı sorumluluk genel hükümlere tabi olduğu (KTK'ya tabi olmadığı) için işletenin sorumluluğu için yaptırılan trafik sigortası -işleten veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin aracın çalınmasında veya gaspedilmesinde kusurlu olmadıkları kanıtlanamasa dahi- devreye girmeyecektir. İstisna hükmü üçüncü bir ihtimal olarak da, bizzat hırsızın veya yağmacının (gaasibin) taleplerini ele almakta ve bunların da sigorta koruması dışında olacağını belirtmektedir. İşletenin aracını çalan veya gasbeden kimseye karşı işletenin sorumlu tutulması esasen pek mümkün değildir. Burada araçtaki bir bozukluğun kazaya yol açması halinde dahi illiyet bağı (zarar görenin ağır kusuru sebebiyle) kesilmiş addetmek daha uygun olacaktır. Sonuç olarak bu istisna hükmü de aslında gerekli bulunmamaktadır.

Trafik Sigortası Genel Şartları m.3 bent k, motorlu bisikletlerin kullanılmasından ileri gelen zararları istisna etmiştir. KTK m.103 uyarınca motorlu bisiklet sürücülerinin hukuki sorumluluğu genel hükümlere tabidir, dolayısıyla KTK ve KTK'nda düzenlenen sorumlulukla ilgili sigortanın bunlarla herhangi bir ilgisinin bulunması söz konusu değildir.

Görüldüğü gibi, Trafik Sigortası Genel Şartları m.3'te yer alan istisnaların birçoğu esasen mevcut hukuki durumu değiştirmemektedir. Bunlar fuzulidir.

İsviçre Hukuku'yla bir karşılaştırma yaptığımızda, İsviçrelilerin kanunlarında sadece dört adet istisnaya cevaz verdiklerini görmekteyiz. Bunlardan birincisi bizde bir manası olmayan "işletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişilere yönelttiği talepler" ile ilgilidir. İkincisi, işletenin yakınları tarafından ileri sürülen (maddi zararlara ilişkin) talepleri; üçüncüsü işletenin sorumluluğunun LCR'den kaynaklanmadığı hallerde, maddi zararlara ilişkin talepleri; dördüncüsü de yarış düzenleyicisi tarafından yaptırılacak bir zorunlu sigortanın şart koşulduğu sürat yarışları sırasında meydana gelen kazalarla ilgili talepleri konu almaktadır.

İsviçre Hukuku'nda bu istisnalara kanunda yer vermek mantıklıdır, zira bunlar hukuki durumu değiştirmektedirler. Mevcut olmamaları halinde, kanun koyucunun uygun gördüğü değişik sonuç meydana gelmemektedir.

- Birinci istisna hakkında yukarıda açıklamalarda bulunmuştuk. Oraya gönderme yapıyoruz.

- İkinci istisna, Türk Hukuku'nda da aynı gerekçelerle makul karşılanması gereken bir istisnadır. Bu hususta da yukarıdaki açıklamalarımıza atıfta bulunuyoruz.

- Üçüncü istisna, LCR'e tabi bulunmayan maddi zararlarla ilgili talepler hakkındadır. İsviçre'de işletenin sorumluluğu hakkında zorunlu sigorta öngören hüküm (LCR art.63), belli bir kanuna veya kanun hükmüne atıf yapmamaktadır. LCR art.63 al.1, al.2 ve al.3 (başlangıç) hükümleri aynen şöyledir:

"Aucun véhicule automobile ne peut être mis en circulation sur la voie publique avant qu' ait été conclue une assurance-responsabilité civile conforme aux dispositions qui suivent.

L'assurance couvrira la responsabilité civile du détenteur et celle des personnes dont il est responsable au sens de la présente loi.

Peuvent être exclue de l'assurance: ..."

"Hiçbir kendiliğinden hareketli araç, aşağıdaki hükümlere uygun bir hukuki sorumluluk sigortası yaptırılmadan umumi yollar üzerinde trafiğe çıkarılamaz.

Sigorta, işletenin sorumluluğu ile bu kanun uyarınca işletenin eylemlerinden sorumlu bulunduğu kimselerin sorumluluğunu temin eder.

Şu hususlar sigortanın kapsamı dışında bırakılabilirler: ..."

İsviçre'de kanun bizdeki gibi belirli bir hükme atıf yaparak, işletenin o hüküm uyarınca söz konusu olan sorumluluğu için sigorta yaptırılacağını öngörmemiştir. LCR sadece "işletenin sorumluluğunu temin eden bir sigorta"dan bahsetmiş, sorumluluğun hangi kanun veya hükümlere dayanacağını ise belirtmemiştir. Dolayısı ile, işletenin gerek LCR gerekse CO ve sair mevzuattan kaynaklanan sorumluluğu kural olarak sigorta kapsamındadır. Böyle olunca, LCR'e tabi olmayan maddi zararlar da istisna edilmedikleri takdirde sigortaya dahildirler. İşte İsviçreli kanun koyucu bunu önlemek istemiş ve istisna hükmü aracılığıyla da önlemiştir.

- Dördüncü istisna, yarış sırasındaki zararların yarış düzenleyicisince zorunlu olarak yaptırılması gereken sigorta tarafından karşılanmasını sağlamaya yöneliktir. Yarış sırasında meydana gelen kazaların yol açtığı zararlar yarış düzenleyicisinin yaptıracağı sigorta tarafından karşılandığında ise, bunların işletenin sigortasına dahil bulunması ihtiyacı ortadan kalkmaktadır.

Ülkemizde son zamanlarda tartışmaya sebep olduğu gözülenen iki hal de "hatır taşınması" ile "aracın hatır için karşılıksız verilmesi"dir. KTK m.87, yaralanan veya ölen kişinin hatır için karşılıksız taşınması veya aracın yaralanan veya ölen kişiye hatır için karşılıksız verilmiş bulunması halinde işletenin sorumluluğunun genel hükümlere tabi olacağını öngörmüştür.

Hatır için karşılıksız taşıma, günlük hayatta sık karşılaşılan bir olgudur. Bundan

maksat bir misafir yolcunun motorlu araçla karşılıksız olarak taşınmasıdır (hatır taşıması kavramı hakkında bilgi için bakınız ve karşılaştırınız (2)).

KTK m.87 sadece hatır için karşılıksız taşınan kişinin ölmesinden veya yaralanmasından bahsetmekte ve bu hallere ilişkin sorumluluğu genel hükümlere tabi tutmaktadır. Oysa, hatır taşıması sırasında ölüm veya cismani zarar değil de, sadece eşya zararının meydana gelmesi de mümkündür. KTK m.87 fk.2, zarar görenin beraberinde bulunan bagaj ve benzeri eşya dışında araçta taşınan eşyanın uğradığı zararlardan dolayı işletenin sorumluluğunu da tıpkı hatır taşıması sırasında meydana gelen cismani zararlar gibi genel hükümlere tabi tutmuş, fakat bagaj ve benzeri eşya (mesela elbise, takı vs.) için herhangi bir düzenleme öngörmemiştir. Bu vaziyette, hatır taşıması sırasında bagaj ve benzeri eşyanın zarara maruz kalmasından ileri gelen sorumluluğun KTK m.85 fk.1'e yani ağırlaştırılmış objektif sorumluluk rejimine tabi olması gerekmekte ise de, can zararını genel hükümlere bagaj ve benzeri eşya zararını tehlike sorumluluğuna tabi tutmak uygun olmadığından, kanımızca bu eşya zararları için dahi genel hükümler uygulanmalıdır.

Hatır taşımasından bahsedebilmek için işleten veya sürücünün zaman açısından veya mali açıdan (yahut diğer herhangi bir şekilde) bir harcamada bulunması gerekir. Bu harcamanın ayrıca işleten veya sürücü için "fazladan" bir nitelik taşıması yani "herhalde yapılacak olmaması"da lazımdır. Bu sebeple, bir otostopçuyu aracına alan yahut komşusunun şehir merkezine kadar kendisiyle gelmesine izin veren bir kişi "hatır taşıması" iddiasında bulunamaz.

İsviçre'de, hatır taşıması yapan kişinin araçta hatır için taşınan şahsa, ağırlığı olan bir edimde bulunması gerektiği ileri sürülmekte ve mesela normal yoldan kısa mesafeli sapmaların hatır taşıması bakımından yeterli olmadığı vurgulanmaktadır. Bu görüş doğrultusunda, sadece misafir yolcunun çıkarı için gerçekleştirilen ve önemli sayılabilecek mesafeli taşımalar hatır taşıması olarak vasıflandırılmaktadır (3). Buna karşılık, işletenin kendi çıkarı için gerçekleştirilen taşımalar hatır taşıması sayılmamaktadırlar. Mesela, bir işverenin çalışanlarını işyerine taşıması, bir otosatıcısının müşteri ile birlikte arabayı denemek üzere trafiğe çıkması, araçtaki bir bozukluğu tamirciye göstermek için onunla beraber trafiğe çıkılması halinde hatır taşıması söz konusu değildir. Aynı şekilde, işletenin ahlaki amaçla akrabalarını yahut arkadaşlık çerçevesinde arkadaşlarını araçta taşıması da hatır taşıması sayılmamak gerekir (4).

(2) Heinrich Jagusch, Strassenverkehrsrecht, 21.Aufl. München 1974, StVG § 8a Anm.10 vd.; Werner Full, Zivilrechtliche Haftung im Strassenverkehr, Grosskommentar Berlin-New York, 1980 § 16 StVG Anm.104 vd.; Nisim Franko, Hatır Taşımaları ve Hukuki Mahiyeti, Ankara 1992, s.17 vd.; Bolat Bolatoğlu, Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1988, s.27; Fikren Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt II, 2. Baskı, Ankara 1988, s.230.

(3) Otfinger/Stark, II/2 § 25 Anm.596.

(4) Otfinger/Stark, II/2 § 25 Anm.597.

Yargıtay da bu doğrultuda içtihatla bulunmuştur. İşil Ulaş tarafından (5) zikredilen Özel Daire'nin 16.2.1990 gün ve 1990/825-963 sayılı kararında aynen şöyle denmiştir: "Öte yandan, sigorta ettirenin eşi ve çocukları ile birlikte sigortalı araçta birlikte yolculuk yapmalarında sigorta ettirenin maddi ve manevi yararı bulunduğundan olayda bir hatır taşınması da söz konusu olamaz". Yine İşil Ulaş tarafından (6) zikredilen bir diğer kararda da şu ifade yer almaktadır: "... Dava konusu mecburi mali mesuliyet sigortasını yaptıran araç sahibi A'nın davacıların murisleri T ve B'ı kendi iş yerindeki marangozluk atelyesine götürmesinde sigorta ettirenin de iktisadi yararlanması mevcut olduğundan taşımanın bir hatır taşınması olarak tavsif edilemeyeceğine göre..."

Ancak, hatır taşınmasının, araçta hatır için taşınan kişi bütün masrafları üstlendiği ve mesela benzin parasını, köprü geçiş yahut otoyol ücretini hatta aracın aşınma payını karşılamış olduğu hallerde dahi söz konusu olabileceği de gözden uzak tutulmamalıdır. Bir kimsenin boş zamanını tahsis edip yorgunluğu göze alması da hatır için verilen bir hizmet niteliğindedir. Buna karşılık, kaçak yahut gizli yolcu hatır taşınması kavramı dışında kalır.

Aracın hatır için karşılıksız verilmesi halinde işletenin, aracı bu şekilde alıp kullanan kimseyi tehlikeye atmış olduğunu söylemek zordur. Bu halin (yani hatır için kendisine verilen aracı kullanan şahsın kazaya uğraması halinin) tehlike sorumluluğu kapsamında olması tartışmaya açık görünmektedir. Nitekim İsviçre Hukuku'nda da bu ihtimalde tehlike sorumluluğuna yer olmadığı belirtilmekte ve o sebeple de, tazminatın esaslı bir indirimine tabi tutulması gerektiği kabul edilmektedir (7). Aracın başkasına verilmesi işletenin çıkarına hizmet etmekte ise (mesela bir müşteriye satın almadan önce aracı denemesi için verme hali böyledir) aracın hatır için karşılıksız verilmesi söz konusu olmaz. Araç bizzat işleten tarafından değil de onun hizmetindeki bir şahıs (mesela aracın işletilmesinde hizmetinden yararlandığı bir akrabası yahut müstahdemi) tarafından hatır için karşılıksız olarak başkasına verilmişse, bu durumda genel hükümler uygulanmak lazımdır. Araç, kendisine hatır için karşılıksız verilen kimse tarafından kullanılmak üzere bir başkasına bırakılmış olduğunda da işletenin zarar gören sürücüye karşı sorumluluğu genel hükümlere tabi olmalıdır. Başka kişilere karşı sorumluluk ise KTK'na tabidir.

Bir motorlu aracın işletilmesi, o araçla temas halinde bulunan yayaları, bisiklet sürücülerini olduğu kadar o araçta hatır için taşınan kimseleri de tehlikeye atar. Bu sebeple, hatır taşınmalarında tehlike sorumluluğunun uygulanmaması mantıklı bir çözüm değildir. Öte yandan, hatır için araçta taşınan kimsenin kendini serbest iradesiyle tehlikeye atmış olduğu ve bu sebeple işletenin tehlike sorumluluğunun söz konusu olmaması gerektiği düşüncesi de pek ikna edici değildir. Bu düşünce kabul edildiği takdirde, araca kendi isteğiyle binmiş olan

(5) İşil Ulaş, Sigorta Hukuku, Ankara 1992, s.362.

(6) İşil Ulaş, a.g.e. s.363.

(7) Oftinger/Stark, II/2 § 25 Anm.601.

bütün kişileri hatır için taşınıp taşınmadıklarına bakılmaksızın tehlike sorumluluğu dışında tutmak lazım gelirdi. Oysa, gelişme bu yönde değildir. Nitekim, hatır taşıması dışında kalan işletenin akraba ve yakınlarının araçta taşınması durumu tehlike sorumluluğuna tabidir. Buna paralel olarak da, KTK m.92 bent b, işletenin eşinin, altsoy ve üstsoyunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin işletene karşı ileri sürecekleri cismani zarar taleplerini zorunlu trafik sigortası kapsamında bırakmış ve bu şahısların sadece mala gelen zararlarla ilgili taleplerini kuvertür dışında tutmuştur.

İsviçre Hukuku'nda, hatır için karşılıksız taşıma halinde % 10-20, aracı hatır için karşılıksız verme halinde ise % 50 civarında indirim yapılabileceği belirtilmektedir.

Hatır taşıması veya aracın hatır için verilmiş olduğunu işletenin kanıtlaması gerekmektedir.

Hatır taşımasından kaynaklanan sorumluluk KTK'na tabi olmadığı için, Trafik Sigortası'nın bu sorumluluğu karşılaması zorunlu bulunmamaktadır. KTK m.91, yukarıda birçok kere vurguladığımız gibi sadece işletenin KTK m.85 fk.1'de düzenlenen sorumluluğu için sigorta zorunluluğu getirmiştir. Trafik Sigortası Genel Şartları ise, bunu biraz genişletmekle yetinmiş ve sigortanın işletenin KTK'ndan kaynaklanan sorumluluğunu kapsayacağını belirtmiştir. Genel şartların kanundan farkı şudur: Kanunda işletenin sorumluluğunun dayanağı - KTK m.85 fk.1- açıkça zikredilmiştir. Oysa genel şartlar madde zikretmeksizin kanuna genel bir atıf yapmaktadır.

Bu çerçeve içinde hatır taşıması ile aracın hatır için karşılıksız verilmesi esasen trafik sigortası kapsamında değildir. Şu halde bunun bir istisna hükmüne konu teşkil etmesi de anlam taşımaz. Trafik Sigortası Genel Şartları'nda son zamanlarda yapılan bir değişiklikle evvelce istisnalar arasında yer alan hatır taşıması ve aracın hatır için karşılıksız verilmesi istisnaları kaldırılmıştır. Ancak kanımızca, bu hal hukuki durumda bir değişiklik meydana getirmeye ve hatır taşıması ile aracın hatır için karşılıksız verilmesinin trafik sigortası kapsamına girmesine yol açmaz.

Bir halin sigorta kapsamında olması için evvela, genel şartların kapsama ilişkin maddesinden bu halin kapsam dahilinde bulunduğu sonucunun çıkması icap eder. Oysa Trafik sigortasında durum böyle değildir. Bu sigorta sadece KTK'ndan kaynaklanan sorumluluğu kapsamaktadır.

İsviçre'de hatır taşıması LCR'de hakimın takdirine bağlı olarak bir sorumluluktan kurtulma sebebi yahut bir tazminattan indirim sebebi şeklinde düzenlenmişti ve aracın hatır için karşılıksız verilmesi de hatır taşıması ile bir tutulmaktaydı. Bu hüküm daha sonra kanundan çıkarılmış ve hatır taşıması ile aracın hatır için karşılıksız verilmesi de LCR'deki genel sorumluluk kuralına tabi kılınmıştır. Bununla birlikte, LCR m.62 uyarınca tazminatın şekli ve miktarı CO'un haksız

fiillere ilişkin hükümlerine göre belirleneceği için, hakim hatır taşınması yahut aracın hatır için karşılıksız verilmesi hallerinde CO hükümleri uyarınca indirim yapabilmekte hatta tazminatı tamamen kaldırabilmektedir.

İsviçre'de işletenin sorumluluğu için yaptırılacak sigorta kural olarak bu sorumluluğun dayanağı hakkında bir ayırım gözetmemektedir. Öte yandan, LCR art.63 al.3 hükmüne uygun olarak istisna edilmeyen bütün sorumluluklar sigortaya dahil bulunmakta. LCR art.63 al.3 ise, hatır taşınmaları yahut aracın hatır için karşılıksız verilmesiyle ilgili bir istisna içermemektedir. Bu sebeple de İsviçre Hukuku'nda hatır taşınmaları ile aracın hatır için karşılıksız verilmesi işletenin sorumluluk sigortasına dahildir. Bu hususta herhangi bir tartışma yoktur.

Bizde ise, kanunun ve genel şartların ifadeleri farklı bir sonuca yol açmaktadır. Bu sonucun tasvibi elbette ki söz konusu olamaz. Hatır taşınmasının ve aracın hatır için karşılıksız verilmesinin trafik sigortası kapsamında olmaması uygun bir çözüm değildir. Bunu düzeltmenin yolu, ya kanunda ya da genel şartlarda değişiklik yapılmasıdır. Kanunda değişiklik, hatır taşınmasını ve aracın hatır için karşılıksız verilmesini genel hükümlere tabi kılan hükmün kaldırılması yoluyla olabilir. Genel şartlarda ise, "trafik sigortasının işletenin hukuki sorumluluğunu kapsadığı" şeklinde genel bir ifadeye yer verilip, bu sorumluluğun dayanağı olarak belirli bir kanunu zikretmekten kaçınmak suretiyle değişiklik gerçekleştirilebilir (ancak, kanun olduğu gibi muhafaza edildiği sürece genel şartların bu şekilde himayeyi genişletmesi, zorunlu sigorta kapsamını aşan bir genişletme olduğundan, sigorta ettirenin rızası hilafına ona dayatılamaz, yani hatır taşınmalarını veya aracın hatır için karşılıksız bırakılmasını da kapsayan bir trafik sigortası ancak sigorta ettiren razı olduğu takdirde mümkündür, sigorta ettiren bu rizikonun kapsam dışı tutulmasını isterse bu isteğe uygun hareket edilmesi icap eder).

Öte yandan, sorumluluğun genel hükümlere tabi olması ile tazminatın şekil ve miktarının genel hükümlere tabi olması arasında yalnızca bir üslup (ifade) farkı bulunmadığına da işaret etmemiz lazımdır.

Hatır taşınmasında sorumluluğun genel hükümlere tabi olması demek, zarar görenin aracı bizzat süren işleten tarafından kusurlu bir davranışla kazaya yol açılmış olduğunu ispat zorunda bırakılması demektir. Oysa, sadece tazminat miktarı genel hükümlere göre belirleniyorsa, aracı süren işleten kusurlu olmasa dahi sorumlu tutulabilecektir. Buna karşılık, işleten aracı bizzat sürmüyor ise (mesela şöförünü bir ziyaretçiyi geri götürmekle görevlendirmişse) genel hükümlere göre sorumluluk BK m.55'e dayandırılabilir. Bu ihtimalde kusuru ispat şartı ortadan kalkmakta ise de, işletenin -mahkemelerce pek kolay kabul edilmeyen, ancak kanımızca pekala mümkün olması icap eden- kurtuluş kanıtı getirmesi söz konusu olabileceği cihetle, tehlike sorumluluğundan yine de farklı bir hal karşımıza çıkacaktır.

Aracın hatır için karşılıksız verilmesinde de, genel hükümler uygulandığı

takdirde zarar doğuran kazaya araçtaki bir bozukluğun yol açtığını ve -gerekiyorsa- bunda işletenin kusurlu olduğunu kanıtlama yükü araç kendisine hatır için karşılıksız verilen kişidedir. Oysa, KTK'nda düzenlenen sorumluluk rejiminde ispat yükü işletene aittir.

KTk m.87 uyarınca genel hükümlere tabi olan sorumluluk sadece hatır için araçta taşınan yahut araç kendisine hatır için verilen kişinin yaralanması veya ölmesi sebebiyle ileri sürülen tazminat taleplerine ilişkin sorumluluktur. Aynı kazada başka kişilerin, maruz kaldıkları zararlar bu sorumluluğun kapsamında olmaz.

KTk m.87 sadece hatır için karşılıksız taşımadan veya aracın hatır için karşılıksız verilmesinden bahsetmektedir. Bu eylemleri bizzat işletenin gerçekleştirmiş olması şart değildir. İşletenin hizmetinde bulunan kişilerin mesela sürücünün bir kimseyi hatır için karşılıksız taşıması veya aracı bir başkasına hatır için karşılıksız vermesi de yeterlidir. İşleten, bu durumda da sorumluluğun genel hükümlere tabi olduğunu ileri sürebilir.

Hatır için karşılıksız taşıma veya aracı hatır için karşılıksız vermeden kaynaklanan sorumluluk genel hükümlere tabi bulunduğu için, bu sorumluluğun anlaşmayla ortadan kaldırılması veya daraltılması mümkündür. Böyle bir anlaşma sadece KTK'nda öngörülen sorumlulukla ilgili bulunan KTK m.111 kapsamında değildir. Ancak, sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin BK hükümleri bu halde de uygulanır (8).

Yukarıda savunduğumuz görüş ilk olarak Keşan Asliye 1. Hukuk Mahkemesi'nde 1991/49 Esas sayısı ile görülmekte olan davada İstanbul Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Öğretim Üyeleri Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu ve Doç. Dr. Atilla Altop ile birlikte verdiğimiz 27.2.1992 tarihli bilirkişi raporunda dile getirilmiştir. Bu raporun sonuç kısmında aynen "*Trafik sigortasının içeriğini belirleyen KTK m.91/1, trafik sigortası genel şartları ve kanun koyucunun hatır taşımalarını tehlike sorumluluğu dışında tutmuş olması karşısında, bunların trafik sigortası kapsamında sayılmaları mümkün görülmemiştir*" dendiği gibi, gerekçe kısmında da şu değerlendirmelere yer verilmiştir:

... KTK m.92 hangi hususların trafik sigortası dışında kalacağını sayarken hatır taşımalarını zikretmemiştir. ... KTK m.91/1 ile KTK m.92 arasında tutarsızlık mevcuttur. Şu bakımdan ki, eğer trafik sigortası işletenin sadece KTK m.85/1'de öngörülen (yani genel hükümlere tabi olmayıp tehlike esasına dayanan) sorumluluğu için koruma öngörmek üzere düşünülmüşse, KTK m.92'de öngörülen bazı istisnalara zaten gerek yoktur.

Bu durumda iki ihtimal söz konusu olabilir:

- Ya KTK m.92'nin KTK m.91/1 hükmünü teyid eden bir hüküm olduğu ve bu arada tamamen açıklayıcı (deklaratif) nitelikteki bazı istisnalara yer verdiği kabul

edilecektir, -ya da KTK m.92'nin KTK m.91/1 hükmünü değiştirdiği (genişlettiği) sonucuna varılacaktır. Yani, KTK m.91/1 hükmü ihmal edilerek (yok sayılarak) trafik sigortasının kapsamı sadece KTK m.92 uyarınca belirlenecektir. Bu son ihtimalde sigortanın kapsamı özellikle hatır taşımaları bakımından genişletilmiş olacaktır. ...

Hukuk tekniğine (ve sigorta hukuku anlayışına) uygun düşen yukarıda saydığımız ihtimallerin birincisidir. Sorumluluk sigortalarında rizikonun sınırlandırılması konusundaki temel ilke 'İstisnaların ancak aslında sigorta kapsamına dahil olan haller'e ilişkin bulunmasıdır. Bunun anlamı şudur: Bir sorumluluk sigortasının hangi sorumluluğa karşı himaye sağladığı önce genel (ve olumlu) bir ifade ile belirtilir (birinci riziko sınırlaması) ve sonra da bunun istisnaları gösterilir (ikinci riziko sınırlaması). Yani istisnalar aslında birinci sınırlama çerçevesinde sigorta kapsamına dahil olan haller'e ilişkindir. KTK ise birinci riziko sınırlamasını 'işletenin KTK m.85/1 uyarınca olan sorumluluğu' şeklinde belirttiikten sonra, bununla bağdaşmayan KTK m.92'yi sevk etmiş ve bu maddede istisna olarak belirtilmesine gerek bulunmayan haller'e de yer vermiştir. Burada kanun koyucunun aslında birinci riziko sınırlaması uyarınca sigorta koruması dışında kalan hatır taşımalarını ikinci riziko sınırlamasına ilişkin KTK m.92'de ayrıca zikretmemek suretiyle sigorta içeriğine dahil etmek amacını gütmüş olduğu sonucuna varılmadıkça trafik sigortasının hatır taşımalarını da kapsadığına hükmetmeye imkan yoktur. Bu ise, belirtmek gerekir ki, zorlama ve mesnetsiz bir yorumdur (çünkü; hatır taşımasını tehlike sorumluluğu esasına tabi kılmaya gerek duymayan ve bunu ... alelade bir sorumluluk olarak değerlendiren kanun vaziinin hatır taşımasından kaynaklanan sorumluluğu sigorta kapsamına alması zaten beklenemez). Bu şartlarda aslında tehlike esasına dayanması ve sigorta kapsamında olması gerekerek hatır taşımaları kanun koyucunun yanlış ve adalete aykırı tercihi sebebiyle sigorta dışındadır. ..."

Sigorta genel şartlarında birinci riziko sınırlamasının açıkça "işletenin KTK m.85/1'de düzenlenen sorumluluğu" olarak öngörüldüğü ve hatır taşımalarının açıkça istisna edilmiş olduğu bir döneme ilişkin bulunan yukarıdaki değerlendirmemiz bugün de geçerlidir.

Yargıtay 11. HD'nin E.92/3522 K.93/3873 sayılı 24.5.1993 günlü kararında (Yargıtay Onursal Üyesi Sn. Coşkun Özaydın tarafından bize verilmiştir) çoğunluk, bu bildirimizde savunulan görüşe uygun olarak şu hususları kabul etmiştir: "Karayolları Trafik Kanunu'nun 87. maddesinde yaralanan veya ölen kişi hatır için karşılıksız taşınmakta ise sigortalının sorumluluğunun genel hükümlere tabi olduğu belirtilmiştir. Kanunun bu açık hükmü karşısında, hatır için taşınan kişilere karşı işletenin sorumluluğunun Trafik Kanunu'nun 85. maddesinde düzenlenen özel sorumluluk (tehlike sorumluluğu) şeklinde olmayacağını kabulü gerekir. Keza, aynı kanunun 91. maddesinde, işletenin 85. maddenin 1. fıkrasında belirlenen sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak

üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunlu kılındığına göre, mecburi mali mesuliyet sigortasının konusunun Trafik Kanunu'nun 85. maddesinde düzenlenen sorumluluk olduğu konusunda kuşku duymamak gerekir. Kanunun 87. maddesi mali mesuliyet sigortasının temin ettiği sorumluluğun istisnasını göstermiş olması karşısında, aynı kanunun 92. maddesinde ayrıca ve açıkça belirtilmemiş olması hatır taşımalarının zorunlu mali sorumluluk sigortası kaldığı sonucuna varılamaz".

Karara muhalif kalan (şu anki) Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı Gönen Eriş ise, karşı oy yazısında şu görüşlere yer vermiştir: "... Trafik Sigortası, motorlu aracın işletilmesine bağlı bir tehlike sorumluluğunu kapsamaktadır. Hatır taşımalarında işletenin sorumluluğu için genel kuralların öngörülmesi taşıyan kişiler yönünden ölüm ve yaralanmalardan doğan zararın anılan sigortanın kapsamı dışında kalmasını gerektirmez. Çünkü, tehlike sorumluluğu aracın işletilmesine bağlı olup taşımanın türüne bağlı değildir. Aksi halin düşünülmesi bir motorlu aracın işletilmesini tehlike kabul eden ve bu durumu zorunlu sigortaya bağlayan sisteme de aykırı olur. Öte yandan, KTK'nun 92. maddesinde zorunlu mali sorumluluk sigortası dışında kalan haller tek tek sıralandığı halde, burada hatır taşımasına yer verilmemiş bulunmaktadır. Bunun sonucu, hatır taşımasının tehlike sorumluluğuna bağlı olarak zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı içinde kaldığının kabulü gerekir. Ayrıca bu kabul biçimi hak ve adalete de uygundur".

Yukarıda ayrıntılı olarak yaptığımız açıklamalardan anlaşılmış olacağı gibi, Sn. Gönen Eriş'in karşı oy yazısındaki bu görüşlere katılmaya imkan göremiyoruz. Tehlike sorumluluğunun taşımanın türüne bağlı olmaması gerektiği (başka bir ifadeyle tehlikenin hatır taşıması halinde de devam ettiği) saptaması gerçi yerindedir. Biz de yukarıda aynı fikri belirtmiş bulunuyoruz. Fakat, Türk kanun koyucusunun yaptığı düzenleme de ortadadır ve bunun tartışılabilir, tevil edilebilecek yönü yoktur. Türkiye'de hatır taşımasından doğan sorumluluk genel hükümlere tabidir. Bu alanda tehlike sorumluluğu reddedilmiştir. Kanun koyucu İsviçre örneği önünde olduğu ve İsviçre sistemini temelde benimsediği halde, hatır taşımaları hususunda bu sistemden bilerek ve isteyerek inhiraf etmiştir. Bu kadar açık bir gerçek karşısında "hatır taşımalarının tehlike sorumluluğuna bağlı olarak (?) zorunlu trafik sigortası kapsamı içinde kaldığı" fikrini savunmak elbette söz konusu olamaz. Eriş'in KTK m.92'ye ilişkin gerekçesi ise esasen varit değildir. Bunun sebeplerini yukarıda ayrıntılarıyla izah ettiğimiz için burada tekrarlamıyoruz. Eriş olması gerekeni iyi teşhis etmiştir. Bu hususta kendisiyle aynı görüşü paylaşmaktayız. Ancak "gerekenin olması" için yasama kudretine ihtiyaç vardır. Bu kudret olmadan, sırf hakim yetkileri ile sonuç almak hukuken mümkün bulunmadığı gibi, bu Anayasa sistemi içinde doğru da olmaz, zira kötü örnek teşkil eder ve hakimlerin beğenmedikleri kanun hükümlerini çeşitli gerekçeler ihdas ederek devre dışı bırakmalarına, hukuk yaratma konusunda kendilerine verilmeyen yetkileri ihraz etmelerine yol açar.

SİGORTA HUKUKU TÜRK DERNEĞİ YAYINLARI

	Basım Yılı
1. Mesuliyet Sigortaları (4 - 7 Nisan 1977)	1977
2. Sigorta Endüstrisinin Türk Ekonomisindeki Yeri (15 - 16 Mayıs 1978)	1979
3. Türkiye'de Deniz Kazaları Sempozyumu (13 - 15 Ekim 1982)	1983
4. Eşya Taşımacılığı Sempozyumu (26 - 27 Ocak 1984)	1984
5. İkinci Eşya Taşımacılık Sempozyumu (24 - 25 Ocak 1985)	1985
6. Türk Sigorta Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu	1985
7. Sigorta Hukuku Dergisi (C.I/Sayı 1)	1982
8. Sigorta Hukuku Dergisi (C.I/Sayı 2)	1982
9. Sigorta Hukuku Dergisi (C.I/Sayı 3 - 4)	1983
10. Sigorta Hukuku Dergisi (C.II/Sayı 1 - 2)	1984
11. Sigorta Hukuku Dergisi (C.II/Sayı 3 - 4)	1985
12. Sigorta Hukuku Dergisi (C.III/Sayı 1)	1986
13. Sigortacılık Faaliyetlerinin Düzenlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun Taslağı Sempozyumu (14 Haziran 1991)	1992
14. Zorunlu Sigortalar Paneli (19 Kasım 1993)	1994
15. Sigorta Hukuku Dergisi (1996/Sayı 1)	1996
16. Sigorta Hukuku Dergisi (1997/Sayı 1)	1997